

Reestructuración preventiva y desactivación de los instrumentos de protección del contratante *in bonis*

CARMEN DE VIVERO DE PORRAS

Profesora ayudante doctora de Derecho mercantil
(acreditada a profesora titular por ANECA)
Universidad de Málaga

RESUMEN

El presente trabajo tiene por objeto analizar ciertos aspectos de los contratos en el preconcurso de acreedores dada la novedosa regulación que se incorporaba al ordenamiento español tras el mandato de la Directiva de Reestructuración e Insolvencia. La normativa concursal acoge la desactivación de las denominadas cláusulas ipso facto en los contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento y varias son las cuestiones que se plantean. Conocer qué tipo de contratos quedan afectados por dicha desactivación, la interpretación de los contratos necesarios, así como una posible rebus sic stantibus como remedio a la alteración sustancial de las circunstancias existentes al momento de la suscripción del contrato se tornan imprescindibles para los contratantes.

PALABRAS CLAVE

Preconcurso; Comunicación de apertura de negociaciones; Plan de reestructuración; Contratos; Obligaciones recíprocas; Tracto sucesivo y tracto único; Contratante in bonis.

Preventive restructuring and deactivation of *in bonis* contracting party protection tools

ABSTRACT

The purpose of this paper is to analyze certain aspects of contracts in the pre-bankruptcy proceedings, given the new regulation that was incorporated into Spanish law following the mandate of the Restructuring and Insolvency

Directive. The insolvency regulations include the deactivation of the so-called ipso facto clauses in contracts with reciprocal obligations pending fulfillment and several questions arise. Knowing what type of contracts are affected by such deactivation, the necessary interpretation of the contracts, as well as a possible rebus sic stantibus as a remedy to the substantial alteration of the circumstances existing at the time of the subscription of the contract become essential for the contracting parties.

KEY WORDS

Pre-bankruptcy; Notice of commencement of negotiations; Restructuring plan; Contracts; Reciprocal obligations; Successive and single tract; Contracting in bonis.

SUMARIO: I. *La desactivación de las cláusulas ipso facto en el precurso.* 1. La DRI como punto de partida. 2. Las cláusulas *ipso facto* y su previsión (desactivación) en la normativa preconcursal.–II. *Principio general de vigencia de los contratos en la fase preconcursal.* 1. La vigencia de los contratos en la comunicación de apertura de negociaciones y en el plan de reestructuración como principio general. 2. Los contratos necesarios en el precurso.–III. *Contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento en el precurso.* 1. Aproximación al concepto de obligaciones recíprocas. 2. Obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento: ¿por una o ambas partes?–IV. *La resolución de los contratos con obligaciones recíprocas en interés de la reestructuración.* 1. El interés de la reestructuración y la prevención del concurso como conceptos jurídicos indeterminados. 2. La modificación o resolución de los contratos en el plan de reestructuración: ¿una nueva rebus?–V. *Reflexiones finales.–Bibliografía.–Jurisprudencia.*

I. LA DESACTIVACIÓN DE LAS CLÁUSULAS *IPSO FACTO* EN EL PRECURSO

1. LA DRI COMO PUNTO DE PARTIDA

La Directiva (UE) 2019/1023, emitida por el Parlamento Europeo y el Consejo el 20 de junio de 2019¹ (en adelante DRI), concerniente a los marcos de reestructuración preventiva, expone

¹ El nombre completo es Directiva (UE) 2019/1023 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, sobre marcos de reestructuración preventiva, exoneración de deudas e inhabilitaciones, y sobre medidas para aumentar la eficiencia de los procedi-

en su Considerando 2 la premisa de que la reestructuración debe facultar al deudor, que enfrenta adversidades financieras, a perseverar en su actividad empresarial, ya sea de manera integral o parcial. Esta directiva manifiesta un interés particular en asegurar que las legislaciones de los Estados miembros incorporen, con precisión, tanto los ajustes operativos como las repercusiones — ya sea mediante modificación o rescisión— de los contratos, o bien la venta o transferencia de activos de cualquier otra índole. Esto se debe a que el proceso de reestructuración podría obligar al deudor a alterar la composición, las condiciones o la estructura tanto de sus activos y pasivos como de cualquier otro aspecto de su estructura de capital².

El Considerando 40 de la DRI subraya la importancia de neutralizar las llamadas cláusulas *ipso facto* haciendo referencia a las potenciales consecuencias adversas derivadas de las cláusulas contractuales de vencimiento anticipado. Estas permiten a una de las partes contratantes (el acreedor o la parte *in bonis*) terminar el contrato de manera prematura exclusivamente debido a la situación de insolvencia del deudor.

La activación de esas cláusulas durante la negociación de un plan de reestructuración o en el contexto de una comunicación previa de negociaciones puede comprometer de forma significativa la viabilidad de rescate de la empresa. Por lo tanto, la directiva recalca la necesidad de legislar específicamente sobre estas circunstancias para prevenir que los acreedores ejerzan las cláusulas de vencimiento anticipado basadas en la negociación sobre un plan de reestructuración, una suspensión o cualquier acción análoga relacionada con la suspensión³.

mientos de reestructuración, insolvencia y exoneración de deudas, y por la que se modifica la Directiva (UE) 2017/1132, DOUE núm. 172, de 26 de junio de 2019.

² En palabras de VÁZQUEZ CUETO, con la expresión «realización de cambios operativos» pretende hacerse alusión a operaciones que persiguen una modificación de las condiciones bajo las que se vienen desarrollando las operaciones continuadas ordinarias para la explotación del objeto social. Como el propio autor señala, «se trataría de la resolución de contratos con proveedores y trabajadores y celebración de otros en su sustitución, del otorgamiento de contraavales, etc.». De interés, VÁZQUEZ CUETO, *Revista Lex Mercatoria*, 2021, p. 24. *Vid.* también el trabajo de TOLLENAAR, *Insolvency Intelligence*, 2017, p.67.

³ Como apunta VÁZQUEZ CUETO, la DRI «[...] Trata, en consecuencia, de procurar el salvamento de la actividad productiva y con ello, de la generación de riqueza y el mantenimiento del empleo en un contexto preconcursal y, asimismo, de preinsolvencia. Y es que, al objetivo de evitar el estigma y los problemas que la aplicación de los efectos de la declaración de inicio de un procedimiento concursal provoca sobre el funcionamiento cotidiano de las empresas se suma una clara vocación de anticipación a los acontecimientos, de intervención antes de que la situación empeore y termine por complicar la viabilidad de la empresa y las probabilidades de cobro de los acreedores de un modo casi irreversible», *vid.* VÁZQUEZ CUETO, *Revista Lex Mercatoria*, 2021, p. 3. Para DÍAZ MORENO, las medidas contempladas en los artículos 8.1. y 2.1.1 de la DRI, entre otras actuaciones, van dirigidas a «la modificación de la composición, de las condiciones o de la estructura de los activos y del pasivo o de cualquier otra parte de la estructura del capital del deudor, (por

Es reconocido que, en el umbral de la insolvencia, emergen con excesiva frecuencia situaciones en las que la terminación anticipada de contratos puede amenazar la capacidad de una empresa para mantener su operatividad durante el proceso de negociaciones de reestructuración. Esto es particularmente crítico en lo concerniente a contratos de suministro de servicios esenciales como son los de gas, electricidad, agua, telecomunicaciones y servicios de pago con tarjeta⁴.

En respuesta a esta problemática, la DRI instó a los Estados miembros a legislar de forma que se prohíba a los acreedores afectados por la suspensión de ejecuciones individuales —cuyas deudas se hayan generado antes de dicha suspensión y que no hayan percibido pagos por parte del deudor— suspender, resolver o modificar los contratos en curso que contengan obligaciones recíprocas fundamentales durante el periodo de suspensión y negociación. Esta disposición se condiciona a que el deudor continúe cumpliendo con sus obligaciones contractuales vencidas durante el periodo de suspensión⁵.

En línea con lo anterior, el artículo 7, apartado 4, de la DRI establece que, para las deudas contraídas antes de la suspensión de ejecuciones individuales, los Estados miembros deberán establecer normas destinadas a prevenir que los acreedores afectados por esta suspensión puedan suspender, resolver, acelerar⁶ o modificar los contratos en vigor considerados «esenciales», en perjuicio del deudor. El término «contratos vigentes esenciales» se define en este contexto como aquellos imprescindibles para la continuidad de la operativa diaria de la empresa, incluidos los contratos de suministro, cuya interrupción resultaría en la cesación de las actividades empresariales del deudor⁷.

ejemplo, ventas de activos o de partes de la empresa y, cuando así lo disponga la normativa nacional, la venta de la empresa como empresa en funcionamiento), así como cualquier cambio operativo necesario o una combinación de estos elementos», *vid.* DÍAZ MORENO, *ADCon*, 2020, pp. 7-64. De interés, SÁNCHEZ PAREDES, *ADCon*, 2018, pp. 133-160.

⁴ Como afirma CAMPUZANO LAGUILLO, en la norma europea es recurrente la consideración de que es necesario atender a las dificultades económicas del deudor con prontitud para que las medidas que se adopten tengan la mayor posibilidad de resultar exitosas. *Vid.* CAMPUZANO LAGUILLO, *RDM*, 2023, pp. 2 y ss.

⁵ Como ejemplo de contratos con obligaciones recíprocas en el Considerando 41 de la DRI se recogieron los contratos de arrendamiento y de licencia, los contratos de suministro a largo plazo y los acuerdos de franquicia.

⁶ La DRI utiliza esta expresión para referirse a los supuestos de resolución y extinción del contrato, lo cual ha sido muy criticado por la doctrina al considerar poco acertado el uso de ese término en lo que se ha entendido como una deficiente traducción de la DRI. Así lo advirtió ROJO FERNÁNDEZ, que aconsejó utilizar versiones en otras lenguas. Así, por ejemplo, para este autor resulta más adecuada la traducción italiana que utiliza la expresión *anticiparne la scadenza*. *Vid.* al respecto ROJO FERNÁNDEZ, *ADCon*, 2017, pp. 99-111.

⁷ El apartado 5 del artículo 7.1 de la DRI se refiere a los *executory contracts* en los siguientes términos: «Los Estados miembros garantizarán que no se permita a los acreedo-

Además, la DRI concede la facultad a los Estados miembros de otorgar a los acreedores implicados ciertas garantías para evitar que sufran daños injustos derivados de la restricción de estas cláusulas contractuales. Esta protección podría extenderse igualmente a los «contratos vigentes no esenciales».

2. LAS CLÁUSULAS *IPSO FACTO* Y SU PREVISIÓN (DES- ACTIVACIÓN) EN LA NORMATIVA PRECONCURSAL

El mandato de la DRI⁸, que incorpora a nuestro derecho concursal el Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo⁹ (TRLR), supone en sede de comunicación de negociaciones la prohibición del ejercicio de cualesquiera de las facultades de suspensión¹⁰, modificación, resolución¹¹ o terminación anticipada de los contratos por el mero hecho de la presentación de la comunicación de inicio de negociaciones, o su admisión a trámite, o la solicitud de suspensión general o singular de acciones y procedimientos ejecutivos¹². La norma sanciona con la nulidad la inclusión de este tipo cláusulas en los contratos al mencionar que «se tendrán por no puestas»¹³.

res dejar en suspenso el cumplimiento de contratos vigentes, resolverlos, acelerarlos o modificarlos de cualquier otra manera en detrimento del deudor, en virtud de una cláusula contractual que prevea tales medidas por el mero motivo de: a) una solicitud de apertura de un procedimiento de reestructuración preventiva; b) una solicitud de suspensión de las ejecuciones singulares; c) la apertura de un procedimiento de reestructuración preventiva, o d) la propia concesión de una suspensión de las ejecuciones singulares».

⁸ Véase artículo 7 apartado 5 de la DRI que menciona incluso la protección frente a intentos de «acelerar» los contratos en detrimento del deudor, lo que sin duda muestra su voluntad de prohibir todo intento de modificación del contrato aprovechando el hecho mismo del inicio de negociaciones.

⁹ El nombre completo es Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Concursal. BOE núm. 127, de 07/05/2020.

¹⁰ En cuanto a la suspensión, O'CALLAGHAN considera que no es aplicable al contrato a no ser que las partes lo hayan pactado, en aras del principio de autonomía de la voluntad (artículo 1255 del Código civil). *Vid.* al respecto O'CALLAGHAN, 2020, pp. 1-716.

¹¹ Las consecuencias respecto de la facultad resolutoria en nuestro derecho de obligaciones y contratos se recogen en el artículo 1124 CC, sobre el cual la reiterada doctrina jurisprudencial exige para su éxito la prueba de los siguientes requisitos: i) la existencia de un vínculo contractual entre quienes lo concertaron; ii) la reciprocidad de las pretensiones estipuladas en el mismo, así como su exigibilidad; iii) que la parte incumpla de forma grave las obligaciones que le incumbían; iv) que semejante resultado se haya producido como consecuencia de la una conducta de este que de un modo indubitado, absoluto, definitivo e irreparable lo origine, y v) que quién ejercite la acción no haya incumplido las obligaciones que le concernían, salvo si ello ocurriese como consecuencia de incumplimiento anterior del otro, pues la conducta de este sería lo que motivaría el derecho de resolución de la contraparte y lo liberaría de su compromiso. Para el análisis de esta cuestión, *vid.* las reflexiones de SANJUÁN Y MUÑOZ, 2008, pp. 1-496, donde podremos encontrar un estudio detallado de la cuestión.

¹² *Vid.* artículo 598 TRLR.

¹³ *Vid.* artículo 597 TRLR.

En similares términos se regula en sede de reestructuración y, por tanto, se tendrán por no puestas aquellas cláusulas contractuales que establezcan la facultad de suspender o de modificar las obligaciones o los efectos del contrato, así como la facultad de resolución o la de extinción del contrato por el mero motivo de la presentación de la solicitud de homologación o su admisión a trámite, la homologación judicial del plan o cualquier otra circunstancia análoga o directamente relacionada con las anteriores¹⁴. En cambio, sí le estará permitido a la contraparte del deudor (*a sensu contrario*) ejercitar las facultades de suspensión, modificación, resolución o extinción contractual, siempre y cuando no tengan que ver con las circunstancias mencionadas en los artículos 597 y 618, por lo que serán aceptadas aquellas facultades que puedan ejercitarse por motivos legales o contractuales¹⁵ distintos de los prohibidos.

Los preceptos mencionados introducen en el ámbito preconcursal la desactivación de las denominadas cláusulas *ipso facto*, tanto en sede de comunicación de inicio de negociaciones como en sede de la reestructuración¹⁶. Es por ello que la parte *in bonis* que pretenda ejercitar cualesquiera de las facultades de suspensión, modificación, resolución o extinción deberá ser extremadamente cuidadosa en la comunicación o comunicaciones que se intercambien a estos efectos con vistas a no referirse a las circunstancias prohibidas. De hecho, en la práctica, será determinante lo que las partes hayan pactado en el contrato y, dado que nos encontramos ante un escenario preconcursal, en ocasiones

¹⁴ Vid. artículo 618 TRLC. En palabras de GONZÁLEZ NAVARRO, «[...] Se reitera por tanto la ineficacia de las cláusulas ipso facto, esta vez haya existido o no el paraguas protector de la comunicación de negociaciones. Sin esta cobertura, acreedores in bonis que no hayan querido sumarse a la reestructuración, sin perjuicio del arrastre y de sus posibilidades de impugnación del plan, contarían con derechos contractuales preestablecidos para resolver, suspender o terminar sus relaciones contractuales con el deudor, dinamitando *ex ante* su actividad». Vid. GONZÁLEZ NAVARRO, *Revista Lex Mercatoria*, 2022, p. 24.

¹⁵ Vid. al respecto GALLEGO SÁNCHEZ, 2021, p. 595, quien afirma que, «[...] este régimen general solo protege las negociaciones ante decisiones de resolución o modificaciones de los contratos vigentes basadas en el mero hecho de la solicitud o adopción de medidas de reestructuración, pero no en otras fundadas en la normativa de aplicación a la concreta relación jurídica».

¹⁶ CIFREDO ORTIZ, 2022A, p. 276, para quien la facultad de «dejar en suspenso» irá referida al ejercicio de la *exceptio non adimpleti contractus* o de la *exceptio non rite adimpleti contractus*. Se trata de dos remedios defensivos, creados por la jurisprudencia, a los que puede acudir el deudor de una obligación recíproca en el marco de un contrato sinalagmático que se encuentra con que el acreedor no ha cumplido con su parte de la prestación o lo ha hecho de forma defectuosa; la distinción de ambas estriba en la distinta gravedad del incumplimiento. Para un estudio más profundo de la *exceptio non adimpleti contractus* vid. CRUZ MORENO, (2004), pp. 68 y ss. También vid. Tribunal Supremo (Sala Civil, Sección 1.ª) sentencias de 22 octubre 1997 (ECLI:ES:TS: 1997:6290) y de 20 diciembre 2006 (ECLI:ES:TS: 2006:7973). En esta última resolución, el Alto Tribunal señala que la distinción de ambas estriba en la distinta gravedad del incumplimiento.

podría ser complejo discernir si el ejercicio de cualesquiera de las facultades antes apuntadas no tiene nada o poco que ver, al menos, con la comunicación del inicio de negociaciones o la reestructuración¹⁷.

Es aquí donde las partes deberán extremar su análisis acerca de la mora de los obligados en el contrato de que se trate. Como es sabido, en nuestro derecho de obligaciones, «incurren en mora los obligados a entregar o a hacer alguna cosa desde que el acreedor les exija judicial o extrajudicialmente el cumplimiento de su obligación» (art. 1100 del CC¹⁸). Además, en el caso de obligaciones recíprocas, el último inciso del artículo 1100 CC recoge de forma expresa que «ninguno de los obligados incurre en mora si el otro no cumple o no se allana a cumplir debidamente lo que le incumbe. Desde que uno de los obligados cumple su obligación, empieza la mora para el otro». Esta disposición ha suscitado controversia en la doctrina al plantear si, una vez cumplida la obligación por una de las partes, la otra se constituye automáticamente en mora o, por el contrario, como ocurre con el resto de las obligaciones, es necesaria la intimación o requerimiento de la otra parte¹⁹.

No obstante, la cuestión determinante aquí será el análisis de la constitución en mora por alguna de las partes partiendo de que ninguna se constituye en mora mientras la otra parte no haya cumplido con su obligación y, por ello, la consecuencia del cumplimiento simultáneo de las obligaciones en los contratos con obligaciones recíprocas conlleva que, si existe una alteración consentida por los contratantes (*v. gr.* un aplazamiento en las obligaciones de pago) y una de las partes incumple con su obligación, aunque la otra parte deje transcurrir el plazo estipulado para el cumplimiento no podrá requerir el cumplimiento con los efectos de constitución en mora²⁰.

La razón última de la nueva regulación supone mantener durante el periodo transitorio del plan de reestructuración la continuidad de la actividad empresarial o profesional del deudor, lo que debe impedir, por tanto, el ejercicio de las facultades que supongan la suspensión o aceleración del contrato.

¹⁷ Así lo consideramos en nuestro trabajo DE VIVERO DE PORRAS, 2022, p. 141.

¹⁸ Conforme al citado precepto habrá casos en los que no será necesaria la intimación del acreedor para que la mora exista: i) cuando la obligación o la ley lo declaren así expresamente y ii) cuando de su naturaleza y circunstancias resulte que la designación de la época en que había de entregarse la cosa o hacerse el servicio fue motivo determinante para establecer la obligación.

¹⁹ ANTÓN SANCHO, 2017, p. 35 y ss.

²⁰ ANTÓN SANCHO, 2017, p. 36 y ss.

II. PRINCIPIO GENERAL DE VIGENCIA DE LOS CONTRATOS EN LA FASE PRECONCURSAL

1. LA VIGENCIA DE LOS CONTRATOS EN LA COMUNICACIÓN DE APERTURA DE NEGOCIACIONES Y EN EL PLAN DE REESTRUCTURACIÓN COMO PRINCIPIO GENERAL

Nuestra normativa concursal recoge en el artículo 597 TRLC —y como principio general— la vigencia (en la comunicación de inicio de negociaciones) de los contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento.

En este sentido, la sola notificación de apertura de negociaciones con los acreedores o cualquier situación semejante o directamente vinculada a esta no supondrá un impacto sobre los contratos con obligaciones recíprocas aún por cumplir²¹. De forma específica, el artículo señala que se considerarán nulas las cláusulas contractuales que estipulen la suspensión, modificación, resolución o terminación anticipada del contrato únicamente por razones tales como: i) la presentación de la comunicación o su aceptación a trámite, ii) la petición de suspensión general o particular de acciones y procedimientos ejecutivos o iii) cualquier otra circunstancia similar o directamente relacionada con las mencionadas. Estas disposiciones buscan evitar interrupciones que puedan afectar la normal continuidad operativa del deudor.

Una alusión similar se halla en el contexto concursal dentro del artículo 156 TRLC, el cual reafirma el principio general de vigencia de los contratos²². De acuerdo con este artículo, la declaración de concurso no constituye, por sí misma, motivo para la resolución anticipada de contratos vigentes en el momento de tal declaración, lo cual lleva a la inaplicabilidad de las cláusulas *ipso facto*. Por tanto, la declaración de concurso no implica una causa de resolución anticipada de los contratos sin más consideraciones.

²¹ Solo se establece una excepción a este principio para los acuerdos de compensación contractual sujetos al Real Decreto-Ley 5/2005, de 11 de marzo (*vid.* artículo 599). Por el contrario, los incumplimientos de obligaciones posteriores a la comunicación no impiden el ejercicio del derecho de resolución contractual (*vid.* artículo 598.2 *a contrario*). En este sentido *vid.* GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *ADCon*, 2022, pp. 9-49.

²² El artículo 156 TRLC dispone que «La declaración de concurso no es causa de resolución anticipada del contrato. 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». A diferencia de este precepto, el artículo 597 TRLC (en sede preconcursal), además de la exigencia de reciprocidad en las obligaciones, persigue el mantenimiento de la actividad profesional o empresarial del deudor y, en consecuencia, que la vigencia de los contratos pueda permitir una futura reestructuración.

El origen normativo del artículo 156 TRLC se halla en la anterior Ley Concursal (LC) de 2003, en concreto en el primer párrafo del artículo 61.2. Este estipulaba que la declaración de concurso no incidía de forma directa sobre la validez de los contratos con obligaciones recíprocas aún pendientes de cumplimiento, tanto por parte del concursado como por la contraparte²³.

La LC optó por preservar la continuidad de la actividad empresarial del concursado evitando que la declaración de concurso afectase a los contratos en vigor con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento, tal como se reflejaba también en el ya derogado artículo 44.1 LC²⁴, que asignaba las prestaciones a cargo del concursado, derivadas de estos contratos, como crédito contra la masa²⁵. La legislación concursal vigente continúa reconociendo como crédito contra la masa²⁶ aquellos créditos que i) provengan de prestaciones pendientes de cumplimiento por parte del concursado en el marco de contratos con obligaciones recíprocas que se mantengan vigentes tras la declaración de concurso y que ii) correspondan a obligaciones de restitución e indemnización en caso de resolución del contrato en interés del concurso o por incumplimientos cometidos tras la declaración de concurso por parte del concursado²⁷. Por tanto, la vigencia del contrato en sede concursal conlleva salvaguardas de cara a impedir que la desactivación de este tipo de cláusulas pueda ocasionar un perjuicio injusto a los acreedores-contrapartes del contrato en línea con lo contemplado en la DRI²⁸.

²³ En cambio, sí se recogía como excepción en el párrafo segundo del artículo 61.2 LC que, o bien la administración concursal (en caso de suspensión) o bien el concursado (en caso de intervención) podían solicitar la resolución del contrato si lo estimaban conveniente al interés del concurso. Vid. AZNAR GINER, 2021, p. 11.

²⁴ En este mismo sentido, vid. SANJUÁN Y MUÑOZ, *Abogacía*, 2019, pp. 223-239.

²⁵ Para ANTÓN SANCHO «[...] la declaración de la vigencia del contrato pendiente de cumplimiento por ambas partes, que podría suponer una carga desproporcionada para la contraparte del concursado frente a otros acreedores, al tener que seguir cumpliendo sus obligaciones con la incertidumbre de si recibirán o no la contraprestación debida y en qué momento, se compensa con la calificación del crédito que ostentan como crédito contra la masa, (artículo 61.2 LC), ventaja que se justifica porque el sacrificio que realiza tienen un contravalor actual para el concurso. Es lo que algunos autores denominan “principio de compensación de sacrificios”: la imposición de la vigencia del contrato (seguir cumpliendo frente a un insolvente) a cambio de la calificación de los créditos que nazcan de ese sacrificio contra la masa». Vid. al respecto ANTÓN SANCHO, 2017, p. 85. Distintas son las conclusiones a las que llega SALINAS ADELANTADO, *ADCon*, 2011, pp. 102-102.

²⁶ Vid. artículo 242, párrafo 9.º TRLC. Un interesante trabajo sobre la cuestión puede encontrarse en MOLINA HERNÁNDEZ, *ADCon*, 2019, pp. 559-570.

²⁷ Como se ha señalado, solo podrían calificarse como créditos contra la masa aquellos que enumera de forma taxativa la normativa concursal, sin que pueda hacerse una interpretación extensiva o análoga de dicho precepto. De interés, HERNÁNDEZ SÁINZ, 2017, pp. 327-328.

²⁸ Así se recoge en el artículo 7.4 de la DRI.

Al profundizar en el análisis del artículo 597 TRLC destaca la relevancia de la locución «por sí sola»²⁹. Esta expresión hace referencia a la notificación (tanto la presentación como la admisión a trámite) y a cualquier otra situación comparable o vinculada. Como resultado, se deduce que las cláusulas contractuales que aludan a las circunstancias mencionadas no influirán en la continuidad del contrato, pudiendo incluso ser consideradas nulas, ya que el precepto indica que se considerarán como no puestas.

Sin embargo, se interpreta que, bajo la condición «por sí sola», podrían presentarse otras situaciones estipuladas en el contrato o contempladas en la legislación diferentes a las situaciones excluidas (comunicación, suspensión o análogas) que sí podrían impactar en la continuidad del contrato y, por ende, podrían llevar a su resolución, modificación, suspensión o terminación. Un ejemplo ilustrativo sería el de un incumplimiento contractual por parte del deudor (una empresa de mantenimiento) en un acuerdo de servicio con una comunidad de propietarios, donde el deudor ha incumplido reiteradamente las obligaciones contractuales antes de la notificación. Si el contrato vincula tales incumplimientos reiterados a una posible resolución contractual, la activación del mecanismo de protección para la parte *in bonis*, acordado en el contrato, no debería representar un obstáculo en sede preconcursal³⁰.

Como hemos visto, el principio de la continuidad de los contratos constituye un eje fundamental tanto en el procedimiento concursal³¹ como ahora en el precurso, cuyo objetivo esencial es garantizar la preservación de los contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento que estén en vigor en el momento de la declaración del concurso³². Este principio busca, en

²⁹ El artículo 597 TRLC recoge que «[...] La comunicación, por sí sola, no afectará a los contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento». Como señala SANJUÁN Y MUÑOZ, 2023A, pp. 315 y 316, la norma utiliza «las expresiones “por sí sola”, “mero motivo” y “mero hecho”, para determinar la afectación o no afectación de los contratos [...] se trata de expresiones análogas en donde lo que se quiere resaltar es que la posibilidad de afectar el contrato, en la forma que veremos, no se puede dar por la circunstancia (mero hecho, mero motivo, por sí sola) de que nos encontremos ante un periodo de negociación de un plan de reestructuración o la aprobación del mismo. Esto no significa que pueda considerarse junto con otras para configurar un sistema propio de resolución, suspensión, terminación, etc. [...]».

³⁰ Según YANES, esas circunstancias distintas tendrán que ver con el incumplimiento del deudor de las prestaciones a su cargo, y así lo da a entender la propia rúbrica del precepto. Como afirma el autor, la solución que incorpora la norma es razonable porque impedir la resolución no sería tanto favorecer la negociación, sino premiar el comportamiento del deudor como parte incumplidora. *Vid.* YANES YANES, 2023, p. 113.

³¹ OTERO COBOS, 2020, pp. 1013 y ss.

³² De interés, ANTÓN SANCHO, 2017, p. 84, quien advierte, respecto de la redacción en sede concursal, que la mera declaración del concurso no afecta a la vigencia, pero que sí pueden darse otras circunstancias que la impidan, como por ejemplo la apertura de la fase de liquidación con el cese de la actividad del concursado. También *vid.* BELTRÁN SÁNCHEZ, 2006, pp. 957-984 respecto de la normativa concursal anterior.

esencia, prevenir cualquier alteración involuntaria del contrato derivada de la situación preconcursal mencionada.

En aras de reforzar o esclarecer este principio general de la continuidad de los contratos con obligaciones recíprocas aún por cumplir, el artículo 598 TRLC complementa dicho principio en su primer párrafo, pero no se refiere a la pervivencia de las cláusulas *ipso facto*³³, sino a la posibilidad de resolver el contrato por causas distintas a las expuestas en el artículo precedente. Por lo tanto, el incumplimiento contractual justificaría la suspensión, modificación, resolución o terminación anticipada del contrato en los términos descritos antes³⁴.

Esta norma no solo se limita al ámbito de protección proporcionado por la notificación de inicio de negociaciones, sino que también se extiende al marco del plan de reestructuración³⁵. De acuerdo con esto, el artículo 618 TRLC establece que la homologación judicial de un plan de reestructuración, por sí misma, no incidirá en los contratos que contengan obligaciones recíprocas aún pendientes de ser cumplidas.

Por consiguiente, en consonancia con lo establecido en el artículo 597 TRLC, los contratos con obligaciones recíprocas aún por cumplir no se verán comprometidos por el proceso de homologación. El mencionado artículo estipula la prohibición de incluir en los contratos cualquier cláusula que otorgue a la parte *in bonis* el derecho de suspender o alterar las obligaciones o los efectos del contrato, así como la terminación o extinción del mismo solo por razones tales como: i) la presentación de la solicitud de homologación o su admisión a trámite, ii) la homologación judicial o iii) cualquier otra situación semejante o directamente vinculada a las anteriores.

De este modo, tanto la DRI como el TRLC (artículos 597 y 618) impiden la aplicación de cláusulas *ipso facto*. Sin embargo, no excluyen la posibilidad de terminación del contrato por incumplimientos. Esta restricción se aplicaría en el caso de contratos

³³ El precepto indica que «la comunicación no afectará a la facultad de suspensión, modificación, resolución o terminación anticipada de los contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento por circunstancias distintas de las mencionadas en el artículo anterior».

³⁴ De interés, GONZÁLEZ NAVARRO, *Revista Lex Mercatoria*, 2022, pp. 1-58.

³⁵ La DRI define los planes de reestructuración en el artículo 2.1.1: «se considerarán planes de reestructuración los que tengan por objeto la modificación de la composición, de las condiciones o de la estructura del activo y del pasivo del deudor, o de sus fondos propios, incluidas las transmisiones de activos, unidades productivas o de la totalidad de la empresa en funcionamiento, así como cualquier cambio operativo necesario, o una combinación de estos elementos». El artículo 614 TRLC recoge qué debemos entender por plan de reestructuración.

esenciales siempre y cuando los incumplimientos hayan ocurrido antes y se sostengan los efectos de la comunicación.

2. LOS CONTRATOS NECESARIOS EN EL PRECONCURSO

Los contratos, en sede preconcursal, quedan sujetos al régimen general que hemos recogido y que parte del principio general de no resolución o modificación, suspensión u otros, en tanto en cuanto se refieran solo a la facultad de la otra parte de suspender o de modificar las obligaciones o los efectos del contrato, así como la facultad de resolución o la de extinción del contrato por los motivos antes apuntados.

Sin embargo, tanto en el contexto de la comunicación de inicio de negociaciones (artículo 598.2 TRLC) como en el ámbito del plan de reestructuración (artículo 618.2 TRLC) se aborda la terminación de contratos con obligaciones recíprocas pendientes en casos de contratos considerados «necesarios». En estas situaciones, se restringe el ejercicio de facultades resolutivas, suspensivas o modificativas de los contratos sujeto al cumplimiento de determinados criterios. No obstante, hay diferencias específicas entre ambos artículos que se analizarán más adelante.

Como premisa inicial, resulta fundamental definir qué se entiende por contratos necesarios conforme a la DRI y la reciente legislación concursal derivada de la transposición de esta directiva.

En el marco del Derecho concursal español, se reconoce el concepto de bien o derecho necesario para la actividad empresarial, aunque no se define de manera explícita el término «contrato necesario» para dicha actividad³⁶. La distinción entre bien o derecho «afecto» a la empresa y bien o derecho «necesario» para la continuidad de la actividad empresarial o profesional se precisó tras la reforma legislativa de 2014. Según esta última concepción, que algunos autores consideran más restrictiva, un bien necesario es siempre un bien afecto, pero no todos los bienes afectos son necesarios³⁷.

Respecto a la categorización de un contrato como necesario, el artículo 7.4 de la DRI especifica que se trata de «aquellos contratos vigentes que sean necesarios para proseguir la gestión diaria de la empresa, incluidos los contratos de suministro, cuya

³⁶ Vid. artículos 145, 146, 206, 214, 329, 583, 585, 588, 591, 593, 636 y 669 TRLC.

³⁷ YAÑEZ EVANGELISTA, 2020, pp. 990 y ss.

interrupción conduciría a una paralización de las actividades del deudor»³⁸.

Basándonos en esta premisa, y como tuvimos ocasión de analizar en anteriores trabajos, si a los activos nos referimos, solo deben clasificarse como necesarios aquellos que resulten cruciales para asegurar la continuidad de la actividad empresarial o profesional del deudor³⁹. Esta consideración prevalece con independencia de que el objeto social de la empresa permita la realización de otras actividades o funciones o de que el deudor tuviera planes de emprender o desarrollar nuevas actividades antes del concurso⁴⁰.

Cuando nos referimos a los contratos, para determinar si estos son o no necesarios para la continuidad de la actividad empresarial o profesional del deudor, serán necesarios o esenciales todos aquellos contratos incluidos como tales por el deudor en la comunicación prevista en el artículo 586.7 TRLC (salvo que judicialmente se determine lo contrario). Somos conscientes de la amplia gama de contratos que abarca tal consideración, cuya clasificación como necesarios se fundamenta en un principio en la percepción del deudor y no se circunscribe solo a los contratos de suministro fundamentales, sino a cualquier contrato que se considere esencial para la continuidad de la actividad.

Estamos ante una categoría amplia cuyo fundamento inicial es la propia percepción del deudor. Ahora bien, dicha calificación inicial queda condicionada al posible recurso de revisión (ex artículo 590 TRLC) que pueda interponer la contraparte afectada contra la resolución que tenga por efectuada la comunicación de apertura de negociaciones si considera que su contrato no es necesario para la continuidad de la actividad empresarial o profesional del deudor.

Como hemos señalado, los artículos 598.2 y 618.2 TRLC albergan ciertas diferencias en lo que a los contratos necesarios y su

³⁸ Conviene aquí recordar que, en la traducción española de la DRI, el Considerando 41 se refiere a estos contratos como suministros «básicos». En cambio, en la versión inglesa, el Considerando 41, que también se refiere a los suministros, lo hace añadiendo el término esencial *contracts for essential supplies*, y el artículo 7.4 se refiere a ellos como *essential executory contracts*, término que emplean otras versiones de la directiva, como la francesa o la italiana. Para GONZÁLEZ NAVARRO, «[...] La idea que traslada el legislador español está clara, pero estas diferencias pueden entrañar distinciones conceptuales que restan precisión a la norma». Vid. GONZÁLEZ NAVARRO, *Revista Lex Mercatoria*, 2022, pp. 38.

³⁹ DE VIVERO DE PORRAS, 2022, pp. 121-164.

⁴⁰ Para AZOFRA no podrán entenderse incluidos en el concepto de contratos necesarios aquellos que pueda ser sustituidos sin penalidad y sin consecuencias jurídicas o económicas relevantes para el deudor, por ejemplo, los contratos negociados en mercados regulados a los que el deudor tenga acceso, aún en la tesitura en la que se encuentra. Vid. AZOFRA VEGAS, *ADCon*, 2022, pp. 151-172.

suspensión se refiere. Mientras que el primero hace referencia a incumplimientos anteriores a la comunicación, así como a la imposibilidad de ejercitar las cláusulas *ipso facto* mientras se mantengan los efectos de la comunicación, el segundo de los preceptos recoge cómo los contratos necesarios no podrán verse afectados (su vigencia) por el hecho de que el plan de reestructuración conlleve un mero cambio de control del deudor.

Nótese, además, que al mencionar el precepto los incumplimientos anteriores se estaría produciendo una suerte de contraposición entre los créditos anteriores y posteriores a la comunicación, de forma muy parecida a como se recoge en el artículo 158 TRLC. Por tanto, los créditos anteriores a la comunicación quedarán sometidos a la solución de la reestructuración y se satisfarán con arreglo al plan, quedando fuera de este los créditos posteriores. Estos últimos tendrán un tratamiento parecido al de los créditos contra la masa y deberán satisfacerse a su vencimiento⁴¹, obligación implícita en el artículo 597 TRLC. También la DRI se refiere a ello cuando en el artículo 7 apartado 4 hace mención a las salvaguardas adecuadas a favor de la parte *in bonis* con el objeto de impedir que se le ocasione un perjuicio injusto⁴². La distinción es importante porque el contrato se seguirá cumpliendo respecto de lo posterior, pero quedará pendiente en lo anterior en tanto en cuanto puede ser un crédito afectado y, por lo tanto, sujeto a las vicisitudes de la negociación y del plan.

La desactivación de las cláusulas *ipso facto* en el caso de contratos necesarios en sede del plan de reestructuración se anuda, además, al hecho de que dicho plan conlleve un mero cambio de control del deudor. De lo anterior se colige que un mero cambio en el accionariado del deudor⁴³ no puede afectar a la vigencia de los contratos necesarios y que serán ineficaces aquellas cláusulas que impongan la resolución, por ejemplo, como consecuencia del cambio de control que una capitalización de créditos pueda causar en el deudor⁴⁴.

⁴¹ Vid. artículo 245.2 TRLC. Un interesante trabajo sobre la cuestión puede encontrarse en DÍAZ LA CHICA, *ADCon*, 2018, p. 130.

⁴² En igual sentido, el Considerando 41 de la DRI determina la obligatoriedad para el deudor de cumplir las prestaciones de los contratos esenciales que lleguen a su vencimiento durante las negociaciones.

⁴³ Se da incluso en el supuesto de acuerdos tipo *lock-up agreement* en donde se limita por un tiempo la posibilidad de estos cambios de control de dirección o administración. Llegaríamos a afirmar que incluso más si hablamos de planes de reestructuración que puedan ser modificados posteriormente a través de otro tipo de planes y que contuvieran el régimen de protección que decimos.

⁴⁴ Sobre si el nombramiento del experto en reestructuración ha de entenderse como un cambio en la gestión cotidiana de la actividad empresarial del deudor que pudiera entenderse, además, como un cambio de control en el deudor, habría que acudir al Considerando n.º 30 de la DRI. La norma europea recoge como principio la conservación del

Es por ello que la desactivación no deberá afectar a aquel clausulado que además de establecer un cambio de control del deudor conlleve un plus adicional como sería, por ejemplo, la adquisición de la sociedad deudora por una sociedad competidora⁴⁵, donde podrían darse conflictos de interés precisamente por las relaciones contractuales ya establecidas. El precepto hace alusión a una práctica bastante extendida y que concurre en la gran mayoría de este tipo de cláusulas resolutorias, donde se establece la posibilidad de suspensión, resolución o terminación anticipada si se presenta un plan con un mero cambio de control del deudor.

En contraposición con lo que ocurre en sede de comunicación de inicio de negociaciones, la disposición normativa contenida en el artículo 620.1 TRLC (negociación de un plan de reestructuración) autoriza la alteración o terminación de los contratos necesarios si tal medida se considera esencial para el éxito de la reestructuración y para evitar el riesgo de un procedimiento concursal. Dada la importancia de este precepto, se profundizará más adelante sobre esta cuestión.

Para los acuerdos de compensación contractual⁴⁶, tanto el artículo 599.3 como el 619.3 establecen determinadas especialidades. Los contratos de suministro de bienes, servicios o energía necesarios para la continuidad de la actividad empresarial o profesional del deudor⁴⁷ topan con la prohibición y, en consecuencia, no podrán vencerse de manera anticipada. Sí cabe su alteración contractual en el caso de que tales contratos se hubieran negociado en mercados organizados de modo que puedan verse sustituidos en cualquier momento por su valor de mercado⁴⁸. Por tanto, los negociados en un mercado organizado (sustituibles en cualquier

control por parte del deudor sobre sus activos y la gestión cotidiana de su actividad empresarial en aras a evitar costes innecesarios y reflejar de esta forma el carácter anticipatorio de la reestructuración preventiva. Además, se anima a los deudores a solicitar la reestructuración preventiva en un momento temprano de sus dificultades financieras. El nombramiento de un administrador en materia de reestructuración, sea para supervisar la actividad de un deudor o para tomar parcialmente el control de las operaciones cotidianas de un deudor, no será siempre obligatorio. Que un cambio de gestión pudiera suponer un cambio de control del deudor podría ser algo forzado a los efectos de lo dispuesto en el artículo 618.2 TRLC.

⁴⁵ Vid. en este mismo sentido GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *ADCon*, 2022, pp. 9-49

⁴⁶ Este tipo de acuerdos se encuentran sujetos al Real Decreto-Ley 5/2005, de 11 de marzo, de reformas urgentes para el impulso a la productividad y para la mejora de la contratación pública. Ahora bien, el saldo resultante neto favorable a la contraparte sí puede quedar afectado por el plan de reestructuración.

⁴⁷ Tanto el Texto Refundido de la Ley Concursal (arts. 599 y 619) como la normativa europea tratan con normalidad el contrato de «suministro» de bienes, servicios o energía necesarios. La DRI presta atención especial a los «suministros básicos tales como gas, electricidad, agua, telecomunicaciones y servicios de pago con tarjeta». Vid. GONZÁLEZ NAVARRO, *Revista Lex Mercatoria*, 2022, p. 45.

⁴⁸ De interés, MORALES PLAZA, y FLORES SEGURA, *RDM*, 2023, p. 6.

momento) quedarían a salvo de la prohibición. Como se ha señalado, con este tipo de blindajes será obligada una negociación caso a caso de la medida exacta en que la homologación pretendida afecta a cada contrato necesario, lo que luego deberá trasladarse a la propuesta de homologación⁴⁹.

III. CONTRATOS CON OBLIGACIONES RECÍPROCAS PENDIENTES DE CUMPLIMIENTO EN EL PRECONCURSO

1. APROXIMACIÓN AL CONCEPTO DE OBLIGACIONES RECÍPROCAS

Como ya hemos señalado, en el marco de la legislación concursal especificada en los artículos 597 y 598 TRLC relativos a la comunicación, así como en los artículos 618 y 620 TRLC referentes al plan de reestructuración, se aborda la temática de la resolución de contratos que presentan obligaciones recíprocas aún pendientes de cumplir. Es imperativo determinar a qué categoría de contratos alude la normativa concursal. Antes de profundizar en la materia de las obligaciones pendientes, es pertinente realizar un análisis preliminar sobre la naturaleza de los contratos con obligaciones recíprocas.

Las obligaciones unilaterales o simples se definen como aquellas que se ajustan al concepto tradicional de obligación y configuran una relación jurídica estándar entre acreedor y deudor, sin particularidades adicionales. En contraste, las obligaciones recíprocas, también conocidas como bilaterales o sinalagmáticas, caracterizan aquellas situaciones en las que, dentro de una misma relación jurídica, cada parte actúa de forma simultánea como acreedor y como deudor respecto de obligaciones correspondientes, estableciendo un vínculo de interdependencia entre las partes involucradas.

En este contexto, cada sujeto desempeña simultáneamente los roles de acreedor y deudor dentro de una obligación bilateral, lo que implica que la prestación a la que una parte está obligada constituye, a su vez, el objeto de la obligación por la cual la otra parte es responsable⁵⁰. Esta dualidad establece que, en el marco de las

⁴⁹ Vid. GONZÁLEZ NAVARRO, *Revista Lex Mercatoria*, 2022, p. 45 y ss.

⁵⁰ O'CALLAGHAN, X., 2009, pp. 1-747. Como advierte el autor: «El Código civil no trata esta distinción en forma orgánica y sistemática, sino que se refiere a la obligación recíproca en alguna ocasión, como en el artículo 1120, y la trata al prever sus efectos en los

obligaciones bilaterales, cada parte tiene compromisos que son recíprocos y se consideran contraprestaciones mutuas, de manera que una obligación actúa como fundamento para la otra.

Las obligaciones recíprocas crean una interdependencia entre las partes, lo cual no necesariamente implica que los compromisos deban ejecutarse de manera simultánea. La secuencia de cumplimiento dependerá de los términos acordados en el contrato.

Para definir la reciprocidad, se suele recurrir a notas definitivas como la bilateralidad⁵¹ y la onerosidad⁵². Respecto a la bilateralidad, se identifica en contratos que generan obligaciones para ambas partes⁵³. En lo referente a la onerosidad, esta emerge en acuerdos donde la causa de obligación para cada parte es la prestación de un bien o servicio por la otra. Es importante reconocer que la onerosidad también puede presentarse en contratos unilaterales, lo que indica que, aunque la onerosidad y la bilateralidad suelen coincidir, existen excepciones, tal como ocurre en el caso de los contratos de préstamo con interés⁵⁴.

Es pertinente realizar una distinción entre el ámbito patrimonial y el ámbito obligacional de un contrato⁵⁵. El primero se refiere a la correspondencia, ya sea objetiva o subjetiva, entre las prestaciones de las partes, mientras que el segundo abarca la exigibilidad, donde una obligación implica un derecho respecto al cual el acreedor demanda su cumplimiento. A partir de esta distinción, se entiende que la onerosidad pertenece al ámbito patrimonial y la bilaterali-

artículos 1100, último párrafo, y 1124 a lo que añade que [...] La jurisprudencia ha dictado innumerables sentencias no tanto sobre esta distinción ni sobre las obligaciones recíprocas, como sobre el efecto esencial de estas últimas, que es la resolución que regula el artículo 1124». Por tanto, y siguiendo al autor, para el análisis de la reciprocidad también habremos de acudir a los artículos del CC en los que aparece como nota distintiva de algunas obligaciones contractuales (*vid.* artículos 1100, 1120 y 1124 CC). Como ejemplo más típico, O'CALLAGHAN recoge el de las obligaciones nacidas de la compraventa: en la obligación de pago del precio, el deudor es el comprador y el acreedor el vendedor; como contrapartida y causa de la anterior, se da la obligación de entrega de la cosa, en la que el deudor es el vendedor y el acreedor el comprador.

⁵¹ Dentro de la bilateralidad se pueden encontrar los contratos bilaterales perfectos, en los que nacen siempre obligaciones para ambas partes contratantes (ej. compraventa, permuta, arrendamiento, etc.), y los bilaterales imperfectos, en que las obligaciones de una de las partes tienen solo carácter eventual, pues responden a una necesidad de resarcir los posibles perjuicios patrimoniales causados a la otra parte (ej. mandato y depósito no retribuido o el comodato). De interés es RODRÍGUEZ-ROSADO, 2013, p. 93, quien hace esta distinción con ocasión del estudio de las excepciones de incumplimiento.

⁵² DIEZ PICAZO, 2007, pp. 167-168.

⁵³ Para un estudio más completo sobre la cuestión, *vid.* MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, 2020, pp. 267 y ss. Como señala ANTÓN SANCHO, existen ciertos contratos que en un principio se configuran como unilaterales, pero respecto de los cuales posteriormente pueden nacer obligaciones para la otra parte. Es el caso del abono de los gastos en el contrato de depósito, a los que la doctrina denomina bilaterales imperfectos, *ex post facto* o no rigurosamente unilaterales. *Id.* en este sentido ANTÓN SANCHO, 2014, p. 3.

⁵⁴ DIEZ PICAZO, 2007, pp. 167-168.

⁵⁵ ANTÓN SANCHO, 2017, p. 31.

dad al obligacional. Es crucial reconocer que, si bien todos los contratos recíprocos son bilaterales y onerosos, no todos los contratos bilaterales y onerosos son sinalagmáticos o recíprocos. En el contexto obligacional es necesario diferenciar entre el sinalagma genético, que se establece en el momento de la formalización del contrato y donde cada obligación se origina como causa de la obligación correspondiente de la otra parte⁵⁶, y el sinalagma funcional, que se refiere a la reciprocidad durante el cumplimiento del contrato, generalmente de forma simultánea, e implica que la ejecución de la prestación de cada parte está condicionada por el cumplimiento recíproco de la otra⁵⁷. Por consiguiente, la no afectación de la comunicación a la vigencia de los contratos, conforme al artículo 597, requiere que se trate de contratos con obligaciones recíprocas y, por tanto, la presencia tanto del sinalagma genético como del funcional.

Además, se pueden identificar otras categorías contractuales que se diferencian en función del tiempo como elemento definitorio del contrato o en el modo en que las obligaciones se cumplen a lo largo del tiempo. Estas categorías incluyen los contratos de tracto único y los de tracto sucesivo, cuya normativa no se especifica en el Código Civil⁵⁸. La doctrina ha establecido esta bifurcación e identifica, por un lado, los contratos de tracto único con aquellas relaciones que se consuman en un único acto o momento jurídico específico y, por otro, los contratos de tracto sucesivo, que se refieren a relaciones de duración prolongada o periódica y donde las prestaciones se dividen de manera periódica (como el pago de renta), no periódica pero extendida en el tiempo (como el suministro de energía eléctrica) o aquellas que requieren de un cumplimiento duradero o continuado (como el mantenimiento del disfrute pacífico del bien arrendado)⁵⁹.

La jurisprudencia ha proporcionado una definición de los contratos de tracto sucesivo particularmente en la Sentencia de

⁵⁶ Como señala RODRÍGUEZ-ROSADO, el sinalagma genético se refiere al hecho de que, en los contratos consensuales, el nacimiento de la obligación de cada parte depende del recíproco nacimiento de la otra. *Vid.* RODRÍGUEZ-ROSADO, 2013, p.11.

⁵⁷ Para RODRÍGUEZ-ROSADO «[...] Manifestaciones de ese sinalagma funcional serían, típicamente, la excepción concedida a cada contratante en caso de falta de cumplimiento de la contraprestación (exceptio non adimpleti contractus y la exceptio non rite adimpleti contractus), el hecho de que la imposibilidad sobrevenida fortuita de cumplir para una parte determine el perecimiento de la obligación de la otra y la institución de la resolución de los contratos por incumplimiento», *vid.* RODRÍGUEZ-ROSADO, 2013, p. 11 y ss.

⁵⁸ ANTÓN SANCHO, 2014, p. 5.

⁵⁹ DIEZ PICAZO, 2007, pp. 167-168. Como ALBALADEJO ya señaló en su momento, un mismo contrato podía generar unas obligaciones de una clase y otras de otras. Por ejemplo, el arrendamiento: de tracto continuo, el mantenimiento en el goce pacífico, y de tracto periódico, el pago de la renta. *Vid.* ALBALADEJO GARCÍA, 2008, p. 430.

21 de marzo de 2012⁶⁰. Para el Alto Tribunal, puede definirse el contrato de tracto sucesivo como aquel contrato por el que una persona se obliga a realizar una sola prestación continuada en el tiempo o una pluralidad de prestaciones sucesivas, periódicas o intermitentes, por tiempo determinado o indefinido, que se repiten, a fin de satisfacer intereses de carácter sucesivo, periódico o intermitente de forma más o menos permanente en el tiempo a cambio de una contraprestación recíproca determinada o determinable dotada de autonomía relativa dentro del marco de un único contrato.

De esta definición se deduce que los contratos sinalagmáticos engloban tanto a los contratos de tracto único como a los de tracto sucesivo. En los contratos de tracto único, la prestación se presenta como un elemento unitario de una obligación única (o se divide en varias prestaciones parciales) en contraposición a los contratos de tracto sucesivo, donde las relaciones jurídicas establecidas generan obligaciones que pueden ser aprovechadas de manera independiente⁶¹.

2. OBLIGACIONES RECÍPROCAS PENDIENTES DE CUMPLIMIENTO: ¿POR UNA O AMBAS PARTES?

La norma concursal (tanto en sede de comunicación como en reestructuración), aborda de forma específica los contratos que contemplan obligaciones recíprocas aún por cumplir. Los artículos mencionados no proporcionan detalles adicionales sobre el estado de cumplimiento de dichas obligaciones, es decir, no especifican si deben encontrarse pendientes por parte de una o ambas partes. A partir de una interpretación literal de dichos preceptos, se podría inferir que la normativa apunta en exclusiva a los contratos sinalagmáticos donde persisten obligaciones por cumplir por ambas par-

⁶⁰ *Vid.* Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1.^a sentencias núm. 145/2012 (ECLI:ES:TS:2012:4011) y núm. 161/2012 (ECLI:ES:TS:2012:4176), de 21 de marzo ambas. Para un estudio más profundo de la cuestión *vid.* GONZÁLEZ FERNÁNDEZ, (2013), pp. 13-27.

⁶¹ Para YANES, «ha de tratarse de contratos bilaterales que produzcan obligaciones recíprocas, i) con causa en la misma relación contractual, ii) a cargo de las dos partes, en la doble posición de acreedora y deudora de la otra, y iii) con interdependencia o mutua condicionalidad entre las prestaciones conectadas por un nexo causal determinante de que cada una esté prevista inicialmente y funcione como contraprestación de la otra». Además, para el autor, estaríamos ante una reciprocidad funcional, y no genética, donde la comprobación de la reciprocidad a los efectos de la aplicación del principio de vigencia o no afectación debe hacerse de presente no en el momento de la perfección del contrato, sino en el de presentación o admisión a trámite de la comunicación de inicio de las negociaciones. En suma, si la reciprocidad hubiera decaído en ese momento, el principio no sería aplicable como tal. *Vid.* YANES YANES, 2023, p. 108.

tes, excluyendo así aquellos contratos de tracto único en los cuales la parte *in bonis* ya ha satisfecho sus obligaciones y solo quedan pendientes por cumplir las que incumben al deudor que hizo la comunicación.

La derogada LC sí hacía referencia explícita a este aspecto. El artículo 61.2 de la LC estipulaba, dentro del principio general de vigencia sobre los contratos que: «la declaración de concurso, por sí sola, no afectará a la vigencia de los contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento tanto a cargo del concursado como de la otra parte». Además, el artículo 191 ter de la misma normativa mencionaba la situación de las obligaciones pendientes por ambas partes en contratos cuya resolución podría acordarse judicialmente en el auto que aprobaba el plan de liquidación; nos referimos aquí al procedimiento abreviado en caso de solicitud de concurso con presentación de plan de liquidación.

En aquel momento parecía claro que la normativa concursal se refería a la pendencia en el cumplimiento de las obligaciones por ambas partes y no a una sola de ellas, de ahí que tanto la doctrina como la jurisprudencia⁶² venían sosteniendo que para que los cré-

⁶² HERNÁNDEZ SÁINZ, 2017, pp. 358-370; también VALPUESTA GASTAMINZA, 2010, pp. 966-967. En este sentido, igualmente se ha manifestado el Tribunal Supremo (Sala Civil, Sección 1.ª) en la sentencia núm. 494/ 2015 de 12 de septiembre (ECLI:ES:TS:2015:3830), que reza como sigue: «para que el crédito contractual contra el concursado pueda ser calificado como un crédito contra la masa es necesario, conforme al artículo 61.2 de la Ley Concursal, que derive de un contrato con obligaciones recíprocas que esté pendiente de cumplimiento por ambas partes al declararse el concurso. La reciprocidad del vínculo contractual y la pendencia del cumplimiento de obligaciones por ambas partes constituyen los criterios determinantes de la calificación de los créditos contractuales contra el concursado, conforme a dichos preceptos legales». La SAP de Vizcaya de 12 de noviembre de 2014 (ECLI:ES:APBI:2014:2607) interpreta, en un supuesto similar al analizado, que el crédito surgido de una cláusula penal insertada en el contrato no puede tener carácter de crédito contra la masa ya que, al tiempo de la declaración del concurso, la concursada no había cumplido con la obligación que le incumbía, de manera que considera aplicable el artículo 61.1 LC y, por ende, califica el crédito como concursal. Por su parte, el Tribunal Supremo (Sala Civil, Sección 1.ª) en la sentencia núm. 760/2012 de 18 de diciembre (ECLI:ES:TS:2012:8997), vino a distinguir entre los efectos de la declaración del concurso sobre los contratos en función de si es una o ambas partes las que están pendientes de cumplimiento, incidiendo en la posibilidad de resolver el contrato si ninguna de las partes hubiese cumplido con su deber de prestación: «Si está pendiente de cumplimiento solo por el deudor concursado, el art. 61.1 LC prescribe que el derecho de la contraparte (parte *in bonis*) al cumplimiento de la prestación debida se considerará crédito concursal, cuya inclusión en la masa pasiva y clasificación deberá seguir los trámites previstos en los arts. 85 y ss. LC; mientras que si el contrato está pendiente de cumplimiento por la parte *in bonis*, la concursada podrá reclamar su crédito por el cauce previsto en el art. 54 LC. Sin embargo, si el contrato con obligaciones recíprocas está pendiente de cumplimiento por ambas partes, ‘las prestaciones a que esté obligado el concursado se realizarán con cargo a la masa’. Ello sin perjuicio de que el juez del concurso pueda acordar la resolución del contrato en interés del concurso, a instancia de la administración concursal o, en su caso, del deudor concursado, conforme a lo previsto en el art. 61.2.II LC. Pero lo anterior no impide que un contrato con obligaciones recíprocas pueda ser objeto de resolución por incumplimiento de una de las partes, si bien el art. 62 LC distingue según se trate de un contrato de tracto único o de tracto sucesivo. Si es de tracto único, solo cabe la resolución

ditos surgidos de contratos con obligaciones recíprocas fueran calificados como créditos contra la masa debían estar pendientes de cumplimiento por ambas partes y no por una sola de ellas⁶³.

No obstante, el Tribunal Supremo matizó ligeramente su criterio permitiendo resolver los contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento por una de las partes al tiempo de la declaración concursal. La consecuencia en calificación fue la consideración de crédito contra la masa respecto del crédito que surge de la obligación de restituir las prestaciones como consecuencia de la resolución.

La Sentencia de 19 de julio de 2016⁶⁴ fue trascendental en este asunto, donde analizando un contrato de compraventa incumplido por el concursado antes de la declaración de concurso. Declaró que, si bien los efectos de la resolución de los contratos con obligaciones recíprocas se regulan por el artículo 62.4 LC, lo cierto es que

«Esta norma, en realidad, regula los efectos de la resolución de los contratos de tracto sucesivo, en los que es posible distinguir entre las obligaciones pendientes de vencimiento y las vencidas, y dentro de estas últimas según el incumplimiento por parte del concursado fuera anterior o posterior a la declaración del concurso».

Añadía además que «la norma prevé los efectos liberatorios, liquidatorio de la relación jurídica contractual e indemnizatorio propios de la resolución de un contrato de tracto sucesivo». Así, como finalmente determinó el Alto Tribunal,

«Los efectos de la resolución de un contrato de tracto único son diferentes [...]. De ahí que, además del efecto liberatorio, la resolución de estos contratos traiga consigo, cuando alguna de las prestaciones hubiera sido ejecutada, un efecto *ex tunc*, restitutorio, debiendo ambas partes restituir lo percibido».

del contrato fundada en el incumplimiento del contrato cuando fuera posterior a la declaración del concurso. En el caso de contratos de tracto continuado, cabe instar la resolución del contrato por incumplimiento, con independencia de si este es anterior o posterior a la declaración de concurso».

⁶³ Vid. OTERO COBOS, 2020, pp. 1013 y ss., para quien en sede concursal, «el diverso tratamiento que dispensa la norma concursal en el caso de que existan obligaciones pendientes de cumplimiento para una o ambas partes, suscita importantes controversias. El acreedor in bonis diseña su estrategia para actuar en el concurso buscando el mayor beneficio para su crédito, por esta razón, suele tener especial interés en defender que el contrato litigioso contiene obligaciones recíprocas y que estaba pendiente de cumplimiento por ambas partes, lo que le puede permitir desligarse de su situación como acreedor concursal y ver satisfecho su crédito con cargo a la masa».

⁶⁴ Tribunal Supremo (Sala Civil, Sección 1.ª), sentencia núm. 500/2016 de 19 julio (ECLI:ES:TS:2016:3630).

Según el Tribunal Supremo, estos efectos, pese a no venir recogidos en la normativa concursal, resultaban aplicables ya que se trataba de efectos inherentes al carácter recíproco de las prestaciones acordes con el contenido del artículo 62.1 LC. De esta manera, «si se resuelve [el contrato], el efecto restitutorio se aplica indistintamente a todos los contratos y el crédito restitutorio de la parte in bonis es contra la masa».

De esta forma, la novedad consistió en sostener el criterio de calificar como créditos contra la masa a los créditos surgidos de obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento por una sola de las partes —el concursado— en el momento de la declaración del concurso⁶⁵, cuestión que hasta el momento no se admitía⁶⁶.

A la hora de determinar las obligaciones pendientes de cumplimiento, no será lo mismo que estemos ante obligaciones principales a que nos encontremos ante obligaciones accesorias⁶⁷. Parece claro, como así lo ha entendido un sector de la doctrina⁶⁸, que, para justificar la aplicación de este precepto, no bastaría con que las obligaciones principales fueran recíprocas si se encuentran cumplidas y en cambio las que están pendientes de

⁶⁵ Como señala COLLADO-RODRÍGUEZ, el cambio de criterio se basó principalmente, a la vista de las SSTs núm. 500/2016 de 19 de julio (ECLI:ES:TS:2016:3630) y núm. 284/2017 de 12 de mayo (ECLI:ES:TS:2017:1860), así como de los Autos del TS de 21 de febrero de 2018 y 6 de febrero de 2019, en distinguir los efectos del concurso sobre el deber de prestación de los efectos sobre el deber de restitución y, en concreto, en qué debe consistir el deber de restitución en función de si la obligación es de tracto único o de tracto sucesivo. Esta distinción entre los efectos restitutorios que deben resultar procedentes en el caso de una obligación de tracto único y los efectos restitutorios previstos para las obligaciones de tracto sucesivo (artículo 62.4 LC), si bien puede resultar acertada y de utilidad para liquidar las obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento en momento de la declaración del concurso, omite cualquier referencia a si estos efectos deben predicarse respecto de los contratos pendientes de cumplimiento por una o por ambas partes al declararse concurso establecidos en el artículo 61 LC. No obstante, el cambio doctrinal apuntado en los dos autos del TS referenciados *ut supra* da a entender que la resolución de contratos recíprocos procede tanto si estos están pendientes de cumplimiento por ambas partes como por una de ellas en tanto se den los requisitos necesarios para ello (en este caso, el incumplimiento del concursado). Esta interpretación sería, además, congruente con el artículo 1124 CC. *Vid.* COLLADO-RODRÍGUEZ, *CCJC*, 2020, pp. 27-42.

⁶⁶ Junto con este debate se venía defendido que en las prestaciones recíprocas pendientes de cumplimiento no deben hacerse distinciones entre si son anteriores o posteriores a la declaración del concurso, pues la parte *in bonis* sufriría un doble daño: i) no cobrar lo devengado con anterioridad al concurso y ii) la incertidumbre de si habrá suficiente masa para que pueda cobrar el resto de las cantidades debidas. Además, y como otros autores han considerado, las obligaciones pendientes en los contratos de tracto sucesivo nacidas por incumplimientos anteriores a la declaración de concurso deben ser consideradas como créditos concursales al ser asimilable al crédito de cualquier acreedor concursal, y más acorde con la dicción del artículo 163 TRLC. *Vid.* SALINAS ADELANTADO, 2011, pp. 99-135; ANTÓN SANCHO, 2017, p. 156.

⁶⁷ En relación con la obligación en sí misma, esta podrá ser principal y, por tanto, existe por sí sola, y accesorial, la cual depende de otra principal cuya suerte sigue. Al respecto, O'CALLAGHAN pone como ejemplo la obligación accesorial del pago de intereses respecto a una obligación principal dineraria, *vid.* O'CALLAGHAN, 2020, pp. 1-716.

⁶⁸ ANTÓN SANCHO, 2017, p. 87

cumplimiento son las obligaciones accesorias, que carecen de la nota de reciprocidad. En línea con lo apuntado y siguiendo la teoría general de Derecho de obligaciones y contratos, habrá que comprobar que el carácter recíproco de las obligaciones se mantiene durante todo el periodo de tiempo en el que el contrato despliega sus efectos⁶⁹.

Al abordar la identificación de aquellos acuerdos que caen dentro de la definición de contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento en situación preconcursal, surge la necesidad de evaluar las distintas interpretaciones. En este sentido, si se adopta una interpretación restrictiva solo entrarían dentro de esta fórmula los contratos de tracto sucesivo que estuviesen en vigor a la fecha de presentación de la comunicación (homologación también). Por otro lado, una interpretación amplia permitiría incluir también aquellos contratos de tracto único vigentes en el mismo lapso temporal⁷⁰.

Acerca de lo que debemos entender por contrato vigente⁷¹ a la luz de la DRI y, en concreto, en atención a lo dispuesto en su artículo 2.5, será aquel «contrato entre un deudor y uno o varios acreedores en virtud del cual las partes tienen todavía obligaciones que cumplir en el momento en que se acuerda o aplica la suspensión de las ejecuciones singulares». Si esto lo conectamos con la regulación del artículo 7.4 DRI, debemos cuestionarnos si la derogación de los instrumentos de protección que se atribuyen al contratante *in bonis* en supuestos de incumplimiento contractual afecta exclusivamente a los contratos de tracto sucesivo o si

⁶⁹ Para ANTÓN SANCHO debe concurrir el sinalagma en su dimensión estática —sinalagma genético— y en la dinámica —sinalagma funcional—, de modo que si un contrato que nació siendo recíproco carece de reciprocidad en su cumplimiento, no será objeto de aplicación lo previsto en la normativa concursal en cuanto al mantenimiento de la vigencia de los contratos. *Vid.* ANTÓN SANCHO, 2017, p. 88

⁷⁰ Esta misma visión restrictiva o amplia se prodiga para el caso en el que estemos ante el plan de reestructuración (artículos 618 y 620 TRLC). Para VÁZQUEZ CUETO, «habría que realizar un esfuerzo por proponer una interpretación amplia o de alcance más comprensivo de la expresión “contrato de tracto sucesivo”, acorde con estas reflexiones, que permitiera acoger bajo su seno todas las relaciones cuya ejecución, bien por la configuración natural del contrato, bien por voluntad de las partes, no se agota de manera instantánea, “uno actu”, sino que requieren de una “ejecución continuada” o “ejecución duradera” a lo largo del tiempo por una o ambas partes, pendiente aún tras el concurso». VÁZQUEZ CUETO, *Revista Lex Mercatoria*, 2022, pp. 3 y ss.

⁷¹ Véase el trabajo de FACHAL NOGUER, *La Ley Insolvencia: Revista profesional de Derecho Concursal y Paraconcursal*, 2022, (versión electrónica). También, DÍAZ LA CHICA, *ADCon*, 2018, pp. 99 y ss., quien sostiene que solo los contratos de tracto sucesivo pueden estar pendientes de cumplimiento por ambas partes en el momento de la suspensión —anudada a la comunicación—, pese a la existencia de un incumplimiento previo, ya que este no afectaría a las obligaciones integrantes de las restantes parejas de prestaciones; por el contrario, en los contratos de tracto único, si el incumplimiento precedió en el tiempo a la suspensión, el contrato no estará pendiente de cumplimiento por ambas partes, pues no existirán obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento.

puede hacerse extensiva a los de tracto único, siempre que sean esenciales para el mantenimiento de la actividad. Al determinarse en la DRI cuáles son los efectos del precurso sobre los contratos vigentes esenciales, parecería que solo se refiere a los contratos de tracto sucesivo necesarios para proseguir con la gestión diaria de la empresa.

Sin embargo, como la DRI es una norma de mínimos, cabría que los Estados miembros incluyan otros contratos dentro del ámbito de aplicación de la norma según decidan aprobar para transponer la norma europea. Como hemos apuntado en líneas precedentes, aunque pudiera parecer que el plural utilizado en la expresión «contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento» limitase el ámbito de aplicación de la norma concursal solo a los contratos pendientes de cumplimiento por ambas partes, tanto la redacción de la DRI como la del TRLC no impide que puedan entenderse incluidos los contratos pendientes de cumplimiento solo por una de las partes⁷². Además, nótese que en sede preconcursal, a diferencia de lo que ocurre en sede concursal, la expresión «contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento» estaría aludiendo a contratos recíprocos en fase de desarrollo y cumplimiento⁷³ y, por tanto, la resolución, modificación, terminación, etc. son circunstancias que pueden concurrir en algunos contratos de tracto único en los que todavía resten pagos o cumplimientos parciales que deben atenderse con posterioridad a la presentación de la comunicación. Piénsese, a modo de ejemplo, en las compraventas con precio aplazado o en las permutas en las que se hubiesen pactado pagos en efectivo y entregas de bienes. No parece lógico que este tipo de contratos queden fuera del ámbito de aplicación de los artículos 597 y 598 TRLC (arts. 618 y 620 en sede de plan de reestructuración).

⁷² Como señala GONZÁLEZ NAVARRO en relación con el artículo 597 TRLC, «[...] El plural que se emplea para referirse a “las partes” que todavía tienen que cumplir parece apuntar, desde luego, a un escenario de obligaciones recíprocas en el que ambas partes aún no han cumplido íntegramente sus prestaciones. Pero debe entenderse que la Directiva ampara igualmente la implementación que ha hecho el legislador español, pudiendo la regla europea, con ese plural, hacer referencia a la existencia de un contrato sinalagmático, pero no a que la pendencia sea necesariamente de ambos contratantes, que es cosa distinta». *Vid.* GONZÁLEZ NAVARRO, *RLM*, 2022, p. 28 y ss. Además, como el propio autor señala, «Téngase en cuenta la explícita distinción que hacían los artículos 61 y 62 de la LC de 2003 entre obligaciones recíprocas pendientes solamente a cargo de una de las partes o a cargo de ambas: la desaparición de esta distinción en el TRLC de 2022 evidencia la voluntad del legislador de incluir ambos casos en la norma actual».

⁷³ La DRI en el artículo 2.1.5 recoge la definición de contrato vigente como «aquel contrato entre un deudor y uno o varios acreedores en virtud del cual las partes tienen todavía obligaciones que cumplir en el momento en que se acuerda o aplica la suspensión de las ejecuciones singulares».

No debe confundirse, como hemos tratado en anteriores trabajos⁷⁴, con el caso del contrato de arrendamiento financiero, ya que podríamos no estar ante un contrato con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento. Para el Tribunal Supremo, se trata de un contrato que en origen posee obligaciones recíprocas, no obstante lo cual dicha reciprocidad podría dejar de existir en la fase funcional y después de declarado el concurso⁷⁵. No ocurre lo mismo con el contrato de arrendamiento de vivienda y con el de uso distinto del de vivienda, a los que se ha atribuido su carácter bilateral, de tracto sucesivo y con obligaciones recíprocas por ambas partes⁷⁶.

Para reforzar nuestra tesis (amplia), añadiremos otro argumento a lo ya expuesto. Si restringimos la noción de «contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento» que maneja el artículo 598 TRLC (por tanto, solo aquellos contratos pendientes de cumplimiento por ambas partes), deberemos mantener la misma interpretación para el precepto anterior, que determina la

⁷⁴ DE VIVERO DE PORRAS y PASTOR VEGA, 2009, pp. 22 y ss. Afirmábamos en nuestras conclusiones que «los créditos derivados de contratos de arrendamientos financiero o los de *leasing* deberán ser considerados créditos concursales para no entrar en contradicción con la consideración de crédito concursal que le da la inclusión del nuevo art. 92. 7.º LC. Se considerarán créditos contra la masa las cuotas posteriores al concurso, siempre que la Administración Concursal opte por la opción prevista en el art. 155 LC». *Vid.* también CAMPUZANO LAGUILLO, y SÁNCHEZ PAREDES, 2013, pp. 135-199.

⁷⁵ El Tribunal Supremo (Sala Civil, Sección 1.ª), en la sentencia núm. 439/2016 de 29 de junio (ECLI:ES:TS:2016:3143), consideró que, respecto de la interpretación que debía darse a la nueva redacción del artículo 61.2 de la Ley Concursal y, en concreto, del último inciso en el que hace mención a los contratos de arrendamiento financiero, «[...] 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, será aplicable el régimen previsto en dicho precepto para la resolución en interés del concurso del contrato de *leasing* pendiente de cumplimiento por ambas partes. Pero no puede entenderse que dicha modificación legal tiene por consecuencia atribuir en todo caso al contrato de *leasing* la naturaleza de contrato de tracto sucesivo en el que las obligaciones recíprocas a cargo de ambas partes subsisten a lo largo de la vigencia del contrato, sea cual sea la regulación convencional que resulte de las cláusulas del contrato suscrito por las partes. El Alto Tribunal concluyó que: «[...] el contrato de *leasing* o arrendamiento financiero objeto del litigio no establece obligaciones a cargo de la arrendadora financiera que se encuentren pendientes de cumplimiento en el momento de declaración del concurso, sino que se trata de un contrato que, al tiempo de la declaración de concurso, solo estaba pendiente de cumplimiento por la concursada, arrendataria financiera». En estos casos, la arrendadora financiera tiene un crédito concursal cuyo incumplimiento, una vez declarado el concurso, no puede justificar la resolución del contrato, sino la reclamación del crédito dentro del concurso sin perjuicio de que pueda promover la realización de la garantía mediante la acción de recuperación del bien si reúne los requisitos exigidos para su ejercicio. Asimismo, y conforme a la doctrina del Tribunal Supremo, desde un punto de vista puramente obligacional, la arrendadora financiera es un acreedor más de la concursada cuyo crédito, si se cumplen los requisitos exigidos con carácter general a los acreedores concursales, se integra en la masa pasiva para ser satisfecho en los términos previstos en el convenio o en la liquidación.

⁷⁶ En sede concursal, para OTERO COBOS en este tipo de contratos las rentas posteriores a la declaración de concurso han de calificarse como créditos contra la masa y las anteriores como créditos concursales. *Vid.* OTERO COBOS, 2020, pp. 1013 y ss.

desactivación de las cláusulas *ipso facto*; es aquí donde parece estar más justificada una lectura amplia de la norma en la que tengan cabida otras variantes de contratos bilaterales (de tracto único también)⁷⁷.

Lo que sí podría estar más claro es que no deberán incluirse en su ámbito de aplicación aquellos contratos de tracto único en los que la contraparte del deudor sea quien ha incumplido su prestación. Pensemos en un contrato ya cumplido por el deudor que realiza la comunicación y pendiente de cumplimiento por la parte *in bonis*. De la intención del legislador (precisamente por mandato de la DRI) puede deducirse que las disposiciones analizadas no estarían concebidas para este tipo de supuestos, ya que lo que se persigue en la fase preconcursal no es otra cosa que el favorecimiento de la reestructuración, con lo que se impide que la actividad del deudor que acude a los institutos concursales pueda sufrir una incidencia negativa a causa de los instrumentos de protección que el ordenamiento dispensa a la parte *in bonis*. De hecho, si quien incumplió fue la contraparte del deudor, este podrá instar la resolución del contrato ex artículo 1124 CC (con independencia de la comunicación de negociaciones) siempre que convenga a su derecho poner fin a la relación contractual. Partiendo de que la finalidad no es otra que la de proteger al deudor evitando el ejercicio de determinados derechos de la parte *in bonis*, esta es precisamente la utilidad práctica del artículo 597 TRLC, con el que se impide que la contratante *in bonis* pueda resolver por incumplimiento del deudor en los casos enumerados en el citado precepto, así como en todos los supuestos si estamos ante contratos necesarios mientras duren los efectos de la comunicación⁷⁸.

De mantenerse la tesis estricta (solo se aplica a los contratos con prestaciones pendientes de cumplimiento por ambas partes), si el contrato ya hubiese sido total o parcialmente incumplido antes de la presentación de la comunicación y la parte *in bonis* hubiese cumplido las obligaciones que corren de su cargo, la desactivación de las cláusulas contractuales *ipso facto* que recoge el artículo 597 TRLC no reportaría beneficio alguno al deudor en tanto que el contratante cumplidor siempre podría acudir a la facultad resolutoria del artículo 1124 CC en los contratos a los que no aplicase la protección de desactivación. Esta alternativa la retiene en sus manos la parte *in bonis*, ya que el supuesto

⁷⁷ Esta teoría amplia es seguida también por YANES YANES, 2023, p. 215 cuando afirma que «nos encontramos ante la disciplina de los contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento, por ambas partes o por una sola».

⁷⁸ ROJO ÁLVAREZ-MANZANEDA, 2022, pp. 236 y ss.

paradigmático de las «circunstancias distintas de las mencionadas en el artículo anterior» a las que hace referencia el artículo 598.1 TRLC es el de incumplimiento del deudor. Hay que recordar que el incumplimiento parcial puede darse en algunos contratos de tracto único, en concreto en aquellos en los que todavía resten pagos o cumplimientos parciales que deben atenderse con posterioridad a la presentación de la comunicación, tal y como hemos mencionado.

Es por ello por lo que, siguiendo una interpretación sistemática y coherente de la expresión «contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento» utilizada tanto en sede de comunicación (arts. 597 y 598) como en sede del plan de reestructuración (arts. 618 y 620), cabe concluir que los mismos proyectan su aplicación sobre todos los contratos bilaterales que estén en vigor y pendientes de cumplimiento —ya a cargo de ambas partes, ya a cargo del deudor—; en este supuesto, incluso si la prestación está pendiente de cumplimiento parcial y han tenido lugar incumplimientos previos en el caso de la comunicación

IV. LA RESOLUCIÓN DE LOS CONTRATOS CON OBLIGACIONES RECÍPROCAS EN INTERÉS DE LA REESTRUCTURACIÓN

1. EL INTERÉS DE LA REESTRUCTURACIÓN Y LA PREVENCIÓN DEL CONCURSO COMO CONCEPTOS JURÍDICOS INDETERMINADOS

Uno de los artículos que ha despertado un especial interés en la norma concursal es el artículo 620 TRLC al introducir el supuesto resolutorio (también novatorio) de mutuo acuerdo en el plan de reestructuración.

En virtud de dicho precepto, mientras se sustancie la negociación de un plan de reestructuración, el deudor podrá solicitar a la otra parte contratante tanto la modificación como la resolución del contrato (con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento) siempre y cuando dicha modificación o resolución resulte necesaria para el buen fin de la reestructuración y prevenir el concurso⁷⁹.

⁷⁹ El artículo 620 TRLC señala que «durante la negociación de un plan de reestructuración, el deudor podrá solicitar a la otra parte contratante la modificación o resolución de los contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento cuando esa modificación o resolución resulte necesaria para el buen fin de la reestructuración y prevenir el concurso».

En virtud de este precepto, se permite que el deudor, durante la negociación del plan, solicite a la otra parte la resolución (o la modificación). La sistemática utilizada respecto de dicho precepto en la normativa concursal (ámbito de los planes de reestructuración) no parece muy acertada. De la literalidad del mismo parece aludirse a la negociación del plan al utilizar la expresión «durante la negociación», lo que en un sentido amplio (así lo parece) nos llevaría a entender todos los supuestos (exista o no comunicación)⁸⁰. Además, parece tratarse no tanto de un efecto de la propia negociación, sino del contenido del plan y su aprobación.

Este supuesto nos recuerda a la solicitud de resolución del contrato en interés del concurso (artículo 165.2 TRLC), que permite resolver el contrato sin necesidad de que exista incumplimiento alguno⁸¹.

El artículo 620 TRLC no distingue (como ya apuntamos) si deben estar pendientes de cumplimiento por una o ambas partes, de modo que lo esencial aquí será qué deba entenderse, en cada caso, por «interés de la reestructuración», así como «prevenir el concurso». *A priori*, estaremos ante conceptos jurídicos indeterminados que, a buen seguro, irán perfilándose en la práctica⁸².

No obstante, y a los efectos de contextualizar el «buen fin de la reestructuración y la prevención del concurso», creemos que habrán de vincularse ambos con la viabilidad de la compañía. Por tanto, en la interpretación de los mismos no solo deberá atenderse al interés del deudor, sino también al de los acreedores, lo que nos lleva a una proyección de viabilidad del deudor.

⁸⁰ En este mismo sentido SANJUÁN Y MUÑOZ, 2023B, p. 328 y ss.

⁸¹ El artículo 165 TRLC, titulado Resolución judicial del contrato en interés del concurso, recoge en su apartado 1 que, «aunque no exista causa de resolución, el concursado, en caso de intervención, y, la administración concursal, en caso de suspensión, podrán solicitar la resolución de cualquier contrato con obligaciones recíprocas si lo estimaran necesario o conveniente para el interés del concurso». Recientemente y sobre este asunto, hemos conocido la Sentencia núm. 105/2023 del Juzgado de lo Mercantil núm. 11 de Barcelona, de 18 de julio (ECLI:ES: JMB:2023:1518), que resuelve la solicitud de la resolución contractual en interés del concurso. En este caso se trata de un contrato de gestión hotelera, aunque también se firmaron contratos complementarios (asesoramiento, gestión de licencias, financiación, etc.) atendiendo a la evaluación de la situación desde un criterio de necesidad (concepto nuevo) o conveniencia. El Tribunal Supremo había vinculado el interés del concurso a que el mantenimiento del contrato fuera lo bastante provechoso para la masa. De este modo, en la STS 660/2016, de 10 de noviembre, «el interés del concurso se refiere a lo que mejor convenga a la finalidad perseguida con el concurso de acreedores, que es la satisfacción de los créditos y la continuación de la actividad empresarial del deudor concursado. Este interés legitima que el juez autorice al concursado a que se desligue de la relación contractual».

⁸² CIFREDO ORTIZ acude para ello al Considerando 2 de la DRI y, por tanto, a que la reestructuración permita a los deudores en dificultades financieras evitar el concurso, la liquidación de la empresa y la pérdida de empleo continuando su actividad empresarial en su totalidad o en parte. *Vid.* CIFREDO ORTIZ, 2022A, p. 289.

El objetivo de la norma es de corte más finalista que de otra índole, pues lo que se persigue con esta facultad novatoria o resolutoria es el buen fin de la reestructuración y que, con ello, se evite el concurso. Además, la necesidad de acudir a esta facultad podría darse durante la negociación donde, de no alcanzarse acuerdo sobre las vicisitudes del contrato (modificación o términos de la resolución), se imponga en el plan la resolución del aquel. Así las cosas, lo que podría parecer circunstancial se traduce en estructural.

Otra de las finalidades que parecen postularse de la norma es el hecho de que no tiene por qué ser cumplida de forma exclusiva con la acción contenida en el precepto que analizamos, habida cuenta que junto con estas medidas (modificación o resolución) se recogen otras contenidas en el artículo 633 TRLC (contenido del plan)⁸³.

Como hemos anticipado, se trata de un supuesto de resolución en el que no será precisa la existencia de incumplimiento alguno, como tampoco se habla de contratos de tracto sucesivo (por su continuidad en el plan) o único (si las prestaciones no se hubieran cumplido con anterioridad). En tal sentido, las interpretaciones que del precepto se hagan deberán tomar como referencia que la resolución (o modificación) permita al deudor continuar con su actividad empresarial o profesional (de manera parcial o total), con lo que se evitaría la insolvencia. Más allá de ello, la resolución (o modificación) deberá buscar una maximización del valor total para los acreedores —en comparación con lo que habría recibido en el supuesto de liquidación—, así como para el deudor⁸⁴.

En un sentido similar a lo previsto en sede concursal, en supuestos de reestructuración se establece la posibilidad de resolver aquellos contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento si lo es en interés de la reestructuración, incluidos los contratos de derivados (respetando, como es natural, el régimen de los acuerdos marco⁸⁵) y, con alguna especialidad adicional, los contratos de alta dirección (*vid.* artículo 621). En sede de microempresas, la remisión lo es al régimen concursal y no al de planes de

⁸³ SANJUÁN Y MUÑOZ, 2023B, p. 328 y ss.

⁸⁴ Para CIFREDO «[...] resultará necesaria para el buen fin de la reestructuración y prevenir el concurso la modificación o resolución de los contratos con obligaciones recíprocas que dificulten ese objetivo perseguido con la reestructuración: contratos antieconómicos, que incluyan condiciones desventajosas que disminuyen el activo de la empresa, o contratos que ya no se consideran útiles para la ejecución de la actividad empresarial». *Vid.* CIFREDO ORTIZ, *RdPat*, 2022B, p. 2.

⁸⁵ Por ejemplo, cuando integren varias operaciones o contratos no cabe resolver unos sí y otros no. Aquí el saldo deberá calcularse en términos netos.

reestructuración (solo de forma indirecta lo sería tomando en consideración el artículo 689.1 de aplicación supletoria).

La voluntariedad es otro de los rasgos distintivos, pues el deudor acudirá al supuesto novatorio o resolutorio cuando el cumplimiento del contrato le resulte particularmente gravoso, precisamente por el hecho de poner en peligro el buen fin de la reestructuración y acabar abocando al concurso. Todo ello con independencia de que se encuentre pendiente de cumplimiento por ambas partes o por una sola de ellas⁸⁶.

El precepto recoge un supuesto indemnizatorio en favor de la parte *in bonis* para el supuesto resolutorio que se impone por virtud del plan en caso de desacuerdo al aclarar que tendrá derecho a una indemnización por los daños que la resolución pueda causarle, de modo que dicho crédito indemnizatorio quede afecto al plan (*vid.* artículo 620.1-4). En todo caso, la parte afectada puede impugnar la decisión de resolver el contrato o la cuantía indemnizatoria, pero debe hacerlo en el contexto de la impugnación u oposición al plan. Esta es una de las pocas reglas especiales que se establecen en relación con la reestructuración operativa o del activo del deudor.

Nos encontramos, sin duda, ante una suerte de imposición de resolución contractual sin intervención judicial; la única opción que le queda a la parte *in bonis* será su impugnación u oposición.

Algunas han sido las voces críticas que se han alzado al respecto y, por ejemplo, el propio Consejo General del Poder Judicial (en adelante CGPJ) así lo argumentó en el informe elaborado para el anteproyecto⁸⁷. Consideró que, al imponerse la resolución del contrato en beneficio del buen fin de la reestructuración, la parte del contrato dejaba de ser tal para convertirse en parte afectada por el plan de reestructuración en la medida en que el crédito indemniza-

⁸⁶ Así lo defendimos en DE VIVERO DE PORRAS, 2022, p. 154 y ss.

⁸⁷ Informe sobre el Anteproyecto de Ley de reforma del texto refundido de la Ley Concursal, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, para la transposición de la Directiva (UE) 2019/1023 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, sobre marcos de reestructuración preventiva, exoneración de deudas e inhabilitaciones, y sobre medidas para aumentar la eficiencia de los procedimientos de reestructuración, insolvencia y exoneración de deudas, y por la que se modifica la Directiva (UE) 2017/1132 (Directiva sobre reestructuración e insolvencia). Fue adoptado mediante acuerdo del Pleno del Consejo General del Poder Judicial en su reunión del día 25 de noviembre de 2021. Disponible en: <https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Consejo-General-del-Poder-Judicial/Actividad-del-CGPJ/Informes/Informe-sobre-el-Anteproyecto-de-Ley-de-reforma-del-texto-refundido-de-la-Ley-Concursal--aprobado-por-el-Real-Decreto-Legislativo-1-2020--de-5-de-mayo--para-la-transposicion-de-la-Directiva--UE--2019-1023-del-Parlamento-Europeo-y-del-Consejo--de-20-de-junio-de-2019--sobre-marcos-de-reestructuracion-preventiva--exoneracion-de-deudas-e-inhabilitaciones--y-sobre-medidas-para-aumentar-la-eficiencia-de-los-procedimientos-de-reestructuracion--insolvencia-y-exoneracion-de-deudas--y-por-la-que-se-modifica-la-Directiva-UE--2017-1132--Directiva-sobre-reestructuracion-e-insolvencia->

torio derivaba de la resolución que se incluye en el plan. También se criticaba su falta de concreción.

Para el CGPJ, el ejercicio de esta facultad impuesta por el plan supone una alteración del principio de obligatoriedad de los contratos que autoriza la resolución contractual a instancia de una de las partes y convierte a la parte del contrato en parte afectada por la reestructuración, todo ello sin que esté prevista la intervención judicial. Recuerda, además, que, en sede concursal, la resolución de los contratos en interés del concurso requiere la intervención del juez del concurso, que articula un trámite específico para acordarla (*vid.* artículo 165 TRLC). De ahí que el CGPJ en su informe sugería que debería preverse en el plan de reestructuración respecto de esta resolución contractual la intervención judicial y regularse la forma en que habrá de tener lugar en términos análogos a la resolución recogida en sede concursal.

En cualquier caso, la resolución de los contratos en interés de la reestructuración conllevará la homologación judicial del plan, según establece el artículo 635 TRLC. Esto habrá de ponerse en relación con el artículo 657 TRLC, que permite impugnar el auto de homologación que resuelva contratos con obligaciones recíprocas ya sea porque esa resolución del contrato no resulte necesaria para asegurar el buen fin de la reestructuración y prevenir el concurso (apartado 1.º), ya sea porque no sea adecuada la indemnización prevista en el plan por la resolución anticipada del contrato (apartado 2.º)⁸⁸.

2. LA MODIFICACIÓN O RESOLUCIÓN DE LOS CONTRATOS EN EL PLAN DE REESTRUCTURACIÓN: ¿UNA NUEVA *REBUS*?

Partiendo de que no solo la resolución (o modificación) del contrato pueda darse por acuerdo de las partes, sino que además puede imponerse en el plan de reestructuración (no cabe la modificación), podría considerarse (quizá de forma errónea) que estamos ante un supuesto extraño de la conocida cláusula *rebus sic stantibus*⁸⁹.

⁸⁸ Igual posibilidad cabe en el caso de optarse por la contradicción previa del plan (artículos 662 y 663.2.ª).

⁸⁹ De interés, CAÑIZARES LASO, 2020, Conferencia impartida el 25 de marzo de 2023, en el XVIII Congreso de Derecho Concursal y Mercantil de Andalucía, Antequera (Málaga), quien reflexionó sobre esta cuestión y sobre la posibilidad de que nos encontrásemos ante una nueva *rebus*. Asimismo y de interés, el estudio sobre la *rebus* en CAÑIZARES LASO, 2020, pp. 63-94.

Como es de sobra conocido, a través de la cláusula *rebus* sería posible una modificación del contrato cuando una circunstancia externa, sobrevenida y, en todo caso, extraordinaria, alterase significativamente el equilibrio inicial entre las prestaciones a las que vienen obligadas las partes contratantes⁹⁰. Como es sabido, se trata de una cláusula que se ha configurado como un instrumento excepcional y extraordinario, condicionado a la concurrencia de excepcionales requisitos singularizados en el caso concreto⁹¹.

El cambio de estas características que, bajo las premisas que establece la jurisprudencia, podría generar un supuesto de aplicación de la regla de la *rebus sic stantibus* es más probable que se dé en un contrato de larga duración y, por tanto, de tracto sucesivo.

El artículo 620 en su párrafo primero, permite al deudor (durante la negociación de un plan de reestructuración), que pueda solicitar a la parte *in bonis* la modificación o resolución del contrato cuando esa modificación o resolución resulte necesaria para el buen fin de la reestructuración y prevenir el concurso. Si seguimos la literalidad del precepto, parece claro que la alteración de las circunstancias y, por tanto, de la situación de la insolvencia del deudor, provocarían la modificación o, en último término, la resolución del contrato. La magnitud de esta situación incrementa de modo muy significativo el riesgo de frustración de la finalidad del contrato siempre que lo sea en interés de la reestructuración y para evitar un eventual futuro concurso.

Además, las circunstancias (sobrevenidas) deben ser totalmente imprevisibles para ambos contratantes, los cuales, de forma expre-

⁹⁰ La regulación normativa de la *rebus sic stantibus* en España se planteó en el año 2009 en la propuesta para la modernización del Derecho de obligaciones y contratos preparada por la Comisión General de Codificación, pero finalmente no vio la luz. Disponible en: https://www.mjusticia.gob.es/es/AreaTematica/ActividadLegislativa/Documents/1292430960594-Propuesta_para_la_modernizacion_del_Derecho_de_obligaciones_y_contratos._Año_2009.PDF. Vid. artículo 1213 propuesto en el Capítulo VIII. De la alteración de las circunstancias básicas del contrato.

⁹¹ Vid. STS núm. 156/2020, de 6 de marzo (ECLI:ES:TS:2020:791), que venía a señalar lo siguiente: «[...] según la doctrina jurisprudencial de la *rebus sic stantibus*, la alteración de las circunstancias que puede provocar la modificación o, en último término, la resolución de un contrato ha de ser de tal magnitud que incremente de modo significativo el riesgo de frustración de la finalidad del contrato. Y por supuesto, es preciso que tales circunstancias sobrevenidas fueran totalmente imprevisibles para los contratantes (sentencia del pleno 820/2012, de 17 de enero de 2013). Es condición necesaria para la aplicación de la regla *rebus* la imprevisibilidad del cambio de circunstancias. Si las partes han asumido expresa o implícitamente el riesgo de que una circunstancia aconteciera o debieron asumirlo porque, en virtud de las circunstancias y/o naturaleza del contrato, tal riesgo era razonablemente previsible, no es posible apreciar la alteración sobrevenida que, por definición, implica lo no asunción del riesgo (recientemente sentencia 5/2019, de 9 de enero). No puede hablarse de alteración imprevisible cuando la misma se encuentra dentro de los riesgos normales del contrato (sentencias 333/2014, de 30 de junio, 64/2015, de 24 de febrero, y 477/2017, de 20 de julio, entre otras)». Vid. también Sentencia (Sala Civil) Tribunal Supremo núm. 455/2019, de 18 de julio (ECLI:ES:TS:2019:2831).

sa (o implícita), no han debido asumirlas con anterioridad. Aunque el deudor haya podido prever su situación de insolvencia y, por tanto, acudir a la reestructuración, esto no supone que se haya previsto por los contratantes a los efectos de la modificación o resolución del contrato. De hecho, cuando los contratantes hacen concurrir sus voluntades para la formalización del contrato, lo hacen sobre la base de unas concretas condiciones y previsiones, pero durante la negociación de un plan de reestructuración con esta modificación (y en su caso resolución) se estaría buscando un remedio en interés de la reestructuración y, por tanto, la aprobación de un plan que lleve al deudor a evitar el concurso.

Podríamos pensar que quizás el legislador ha pretendido, con esta posibilidad de modificación (incluso resolución), recalibrar el equilibrio en las prestaciones de las partes ante la variación sustancial y sobrevenida de las condiciones dadas durante la vigencia del contrato, cuestión que, por otro lado, habría llevado al deudor (y también a los acreedores) a su reestructuración.

De hecho, tal es la magnitud en el cambio de las circunstancias sobrevenidas que si las partes no llegasen a un acuerdo sobre los términos de la modificación (o las consecuencias de la resolución), el plan de reestructuración podrá prever la resolución sin incumplimiento de esos contratos (*vid.* apartado 2 del artículo 620). Aquí son esenciales las consideraciones de aquellos que afirman que no se puede practicar un ajuste *rebus* en favor de un deudor que ya se encuentra en mora o incumplimiento debido a que en esta situación es imposible que se conserve el nivel de riesgo de los acreedores⁹².

La práctica nos dirá si, en efecto, se está dando esta situación en los planes de reestructuración con afectación al vencimiento de los contratos que los modifica y los impone en el plan. El propósito de este apartado de nuestro estudio (como reflexión) es proporcionar ciertas consideraciones preliminares en torno al precepto analizado y la conocida cláusula *rebus* teniendo presente que se trata de una materia alejada de nuestro ramo (el mercantil) y, por lo tanto, sin estar autorizados para formular postulados definitivos al respecto. Así, la evaluación detallada de esta cuestión queda reservada para aquellos cuya autoridad y reconocimiento en el campo específico (el civil) les confiere la capacidad y conocimientos adecuados para tal análisis, al que estaremos muy atentos.

⁹² CARRASCO PERERA, 2022, apostilla además «como señala el artículo 1129 del Código Civil: si quieres conservar el *status quo* del acuerdo alcanzado y te encuentras en mora, presta más garantías».

V. REFLEXIONES FINALES

La DRI parte de la necesaria desactivación de las denominadas cláusulas *ipso facto* en el precurso a la vista de las eventuales repercusiones negativas que pudieran tener en la empresa del deudor y en el rescate satisfactorio de la misma.

De igual forma, exhorta a los Estados miembros a disponer que los acreedores a los que se aplique la suspensión de ejecuciones singulares no puedan suspender el cumplimiento de sus prestaciones, resolver anticipadamente o modificar los términos contractuales de los contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento en base a incumplimientos del deudor en reestructuraciones anteriores a la suspensión de ejecuciones frente al patrimonio del deudor que acompañan estos procesos de reestructuración preventiva, con la exigencia de que el deudor cumpla puntualmente con los vencimientos durante la suspensión.

En línea con ello, nuestro legislador concursal parte, en sede preconcursal, del principio general de vigencia de los contratos y, por tanto, ni la comunicación de inicio de negociaciones ni tampoco la homologación de un plan de reestructuración, o circunstancias análogas a estas, deberán afectar a los contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento.

En consecuencia, quedan proscritas las denominadas cláusulas *ipso facto* que puedan prever la facultad suspensiva, modificativa, resolutoria o extintiva de la parte *in bonis* por las circunstancias antes mencionadas, así como análogas (*vid.* artículos 597 y 618). *A sensu contrario*, serán plenamente eficaces aquellas cláusulas incluidas en los contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento que prevean la suspensión, modificación, resolución o extinción anticipada obligaciones por cualesquiera otras razones no prohibidas.

No obstante, a nuestro entender, la regla general (en el precurso) no sería la mencionada en el párrafo anterior, sino que vendría impuesta respecto de los contratos necesarios, donde las facultades antes aludidas no podrán ejercitarse por incumplimientos anteriores a la comunicación y mientras se mantengan los efectos de la misma⁹³. Tampoco por el mero hecho de que el plan de reestructuración conlleve un cambio de control del deudor.

⁹³ En este mismo sentido, SACRISTÁN BERGIA, 2023, p. 151. Para SANJUÁN Y MUÑOZ, 2023A, pp. 316-317, «[...] la regla general que teníamos en la vieja norma sobre contratos con obligaciones recíprocas debe considerarse ahora en una doble dimensión: 1.º Regla de vigencia para las cláusulas *ipso facto* en supuestos de contratos con obligaciones recíprocas. 2.º Regla en general de principio de vigencia cuando nos encontremos ante contratos necesarios para la actividad».

El legislador español, siguiendo el antecedente que ya teníamos en sede concursal, ha previsto la resolución (y también la modificación) de los contratos en sede preconcursal (no se precisa el incumplimiento previo y tampoco se habla de contratos de tracto único o sucesivo), siempre y cuando lo sea en interés de la reestructuración y para evitar el concurso.

Estamos ante conceptos jurídicos indeterminados que serán objeto de interpretación por los tribunales y que, en la búsqueda de esta interpretación, deberán atender no solo al interés del deudor, sino también al de los acreedores y, además, a que la resolución o modificación permitan al deudor continuar con su actividad empresarial o profesional y evitar así la insolvencia. En definitiva, se trata de buscar la maximización del valor para los acreedores, así como para el deudor.

El supuesto modificativo nos podría llevar a pensar en una suerte de *rebus sic stantibus* puesto que dichas situaciones podrían no solo venir por el acuerdo entre las partes, sino que además podría imponerse en el plan de reestructuración, aunque en principio solo para la resolución⁹⁴.

La situación de precurso del deudor y la magnitud de la situación incrementarían el riesgo de frustración de los contratos suscritos, y si interesa a la reestructuración y además evita la situación concursal del deudor, son circunstancias sobrevenidas a la esfera contractual que autorizarían dicha situación extraordinaria.

BIBLIOGRAFÍA

- ALBALADEJO GARCÍA, Manuel: *Derecho Civil II, Derecho de Obligaciones*, Barcelona, 2008.
- ANTÓN SANCHO, María: «Los contratos con obligaciones recíprocas en el concurso de acreedores. La reciprocidad como presupuesto para la aplicación de los artículos 61 y 62 de la Ley Concursal», *Anuario de Derecho Concursal*, núm. 42, 2014, pp. 285-325
- *Efectos de la declaración de concurso sobre los contratos artículos 61 y 62 de la Ley Concursal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.
- AZNAR GINER, Eduardo: *La resolución judicial del contrato en interés del concurso*, Valencia, 2021.
- AZOFRA VEGAS, Fernando: «Las cláusulas *ipso facto* y la posibilidad de denuncia unilateral del contrato en escenarios preconcursales y concursales», *Anuario de Derecho Concursal*, núm. 55, 2022, pp. 151-172

⁹⁴ Es importante referirnos a ello porque la línea que divide el contrato en este momento es la del incumplimiento parcial. Así el hecho de no pagar generará un crédito que puede ser sujeto a reestructuración, sin que por ello se afecte el contrato, una vez iniciada la negociación y con los efectos de la misma, que continuará.

- BELTRÁN SÁNCHEZ, Emilio: «Los efectos de la declaración de concurso sobre el concursado», en *Curso de derecho mercantil*, 2006, pp. 957-984
- CAMPUZANO LAGUILLO, Ana Belén: «Consideración crítica sobre la posición del deudor persona jurídica en los planes de reestructuración preconcursales», *Revista de derecho mercantil*, n.º 328, 2023, p. 2
- CAMPUZANO LAGUILLO, Ana Belén y SÁNCHEZ PAREDES, María Luisa: «Los contratos financieros y el concurso de acreedores: *leasing* y seguro», en *Los mercados financieros*, 2013, pp. 135-199.
- CAÑIZARES LASO, Ana: «La aplicación de la *Rebus Sic Stantibus* en la normativa de estado de alarma», en *Contratos y negocios afectados por la normativa del estado de alarma*, 2020, pp. 63-94.
- CARRASCO PERERA, Ángel: «Inaplicación de *rebus sic stantibus* en favor de deudor sometido a acuerdo de reestructuración ya incumplido», *GAP*, 2022, disponible en: <https://www.ga-p.com/publicaciones/inaplicacion-de-rebus-sic-stantibus-en-favor-de-deudor-sometido-a-acuerdo-de-reestructuracion-ya-incumplido/>
- CIFREDO ORTIZ, Patricia: «Los contratos en la reestructuración preventiva», en *La reestructuración como solución de las empresas viables*, 2022A, pp. 271-294.
- «La novedosa regulación sobre los contratos en el precurso. A propósito del proyecto de ley de reforma del Texto Refundido de la Ley Concursal», *Revista Aranzadi de derecho patrimonial*, núm. 58, 2022B, p. 2.
- COLLADO-RODRÍGUEZ, Noelia: «La calificación de créditos derivados de contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento por el concurso. Comentario a la STS 431/2019, de 17 de julio (RJ 2019, 2837)», *Revista Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 114, 2020 (Bib 2020\36781), pp. 27-42.
- CRUZ MORENO, María: *La exceptio non adimpleti contractus*, Valencia, 2004.
- DE VIVERO DE PORRAS, Carmen: «La resolución de contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento en interés de la reestructuración (arts. 598 y 620)», *Planes de reestructuración y cláusulas ipso facto*, Valencia, 2022, pp. 121-164.
- DE VIVERO DE PORRAS, Carmen y PASTOR VEGA, Daniel: «La calificación del crédito derivado de los supuestos de arrendamientos financiero (*leasing*) en el concurso de acreedores tras la declaración de concurso y por las cantidades que se generen desde el auto de declaración», *Mercantil: cuaderno jurídico*, núm. 3, 2009, pp. 22-28.
- DÍAZ DE LA CHICA, Salvador: «Los contratos pendientes de ejecución por ambas partes durante las negociaciones de reestructuración en la Propuesta de Directiva Europea sobre marcos de reestructuración preventiva», *Anuario de Derecho Concursal*, núm. 44, 2018, pp. 99-158
- DÍAZ MORENO, Alberto: «Socios, planes de reestructuración y capitalización de créditos en la Directiva (EU) 2019/1023, sobre reestructuración e insolvencia», *Anuario de Derecho Concursal*, núm. 49, 2020, pp. 7-64.
- DIEZ PICAZO, Luis: *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, Vol. I, 2007.
- FACHAL NOGUER, Nuria: «¿Qué debemos entender por «contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento» en el ámbito de la comunicación de apertura de negociaciones con los acreedores?», *La Ley Insolvencia: Revista profesional de Derecho Concursal y Paraconcursal*, núm. 13, 2022.
- GALLEGO SÁNCHEZ, Esperanza: «La Directiva (UE) 2019/2013 para aumentar la eficiencia de los procedimientos de reestructuración, insolvencia y exoneración de deudas», en *Litigación internacional en la Unión Europea V*, Pamplona, 2021, pp. 569-648.

- GARCIMARTÍN ALFÉREZ, Francisco José: «El derecho preconcursal una visión general», *Anuario de Derecho Concursal*, núm. 57, 2022.
- GONZÁLEZ FERNÁNDEZ, María Belén: «Comentario a la Sentencia de 21 de marzo de 2012», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, n.º 92, 2013, pp. 13-27.
- GONZÁLEZ NAVARRO, Blas Alberto: «El contrato de suministro ante la insolvencia: reestructuración empresarial y concurso de acreedores», *Revista Lex Mercatoria*, Vol. 22, 2022, pp. 1-59.
- HERNÁNDEZ SÁINZ, Esther: «Los créditos contra la masa», en *Jurisprudencia y concurso*, Valencia, 2017.
- MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, Carlos: «El préstamo y los contratos de financiación» en *Curso de Derecho Civil II, Derecho de Obligaciones*, Vol. 2, 2020, pp. 249-272.
- MOLINA HERNÁNDEZ, Cecilio: «Los créditos contra la masa: XI Congreso Español de Derecho de la Insolvencia», *Anuario de derecho concursal*, n.º 48, 2019, pp. 559-570.
- MORALES PLAZA, Antonio y FLORES SEGURA, Marta: «Los acuerdos de compra de energía en los procesos de reestructuración empresarial», *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 329, p. 6.
- O'CALLAGHAN, Xavier: «Las obligaciones unilaterales y recíprocas: examen del artículo 1124 del Código Civil», en *Compendio de Derecho Civil*, Tomo II (Obligaciones y Contratos). Revisado y puesto al día por M^a Begoña Fernández González, 2020, pp. 1-716.
- «Suspensión, resolución y extinción del contrato de arrendamiento de vivienda», *Compendio de Derecho Civil*, T. II (Obligaciones y Contratos). Revisado y puesto al día por M^a Begoña Fernández González, 2020, pp. 1-716.
- OTERO COBOS, María Teresa: «Artículo 156», en *Comentarios al articulado del Texto Refundido de la Ley Concursal*, Madrid, 2020, pp. 1013-1017.
- RODRÍGUEZ-ROSADO, Bruno: *Resolución y sinalagma contractual*, Madrid, 2013.
- ROJO ÁLVAREZ-MANZANEDA, Rafael: «La extensión temporal de los efectos de la comunicación», en *Planes de reestructuración y cláusulas ipso facto*, Valencia, 2022, pp. 236-324.
- ROJO FERNÁNDEZ, Ángel: «La Propuesta de Directiva sobre reestructuración preventiva», *Anuario de Derecho Concursal*, núm. 42, 2017, pp. 99-111.
- SACRISTÁN BERGIA, Fernando: «Artículo 598», en *Comentarios al articulado del Libro Segundo del Texto Refundido de la Ley Concursal*, T. I, Madrid, 2023, pp. 147-152.
- SALINAS ADELANTADO, Carlos: «Principios básicos aplicables a los efectos del concurso sobre los contratos», *Anuario de Derecho Concursal*, n.º 24, 2011, pp. 99-135.
- SÁNCHEZ PAREDES, María Luisa: «Los efectos para los contratos pendientes de ejecución en el Derecho concursal español y en la Propuesta de Directiva europea sobre marcos de reestructuración preventiva», *Anuario de derecho concursal*, n.º 45, 2018, pp. 133-160.
- SANJUÁN Y MUÑOZ, Enrique: *Concurso de acreedores en el sector de la construcción: promotoras y constructoras: afectaciones y peculiaridades*, Valencia, 2008, pp. 1-496.
- «Los efectos del concurso sobre los contratos mercantiles y civiles: apuntes prácticos», *Abogacía*, 2019, pp. 223-239.
- «Artículo 618», en *Comentarios al articulado del Libro Segundo del Texto Refundido de la Ley Concursal*, T. I, Madrid, 2023A, pp. 313-318.

- «Artículo 620», en *Comentarios al articulado del Libro Segundo del Texto Refundido de la Ley Concursal*, T. I, Madrid, 2023B, pp. 327-332.
- TOLLENAAR, Nicolaes: «The European Commission's Proposal for a Directive on preventing restructuring proceedings», *Insolvency Intelligence*, vol. 30, 2017, pp. 65-81.
- VALPUESTA GASTAMINZA, Eduardo: «Comentario al artículo 84», en *Comentarios a la Ley Concursal*, Tomo I., Navarra, 2010, pp. 966-967.
- VÁZQUEZ CUETO, José Carlos: «El concepto de reestructuración en la Directiva 2019/1023 y su traslación al derecho español de sociedades de capital», *Revista Lex Mercatoria* Vol. 18, 2021, pp. 1-44.
- «La disciplina de la resolución de los contratos por incumplimiento tras la reforma del Texto refundido de la Ley concursal», *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 326, 2022, p. 3.
- YANES YANES, Pedro: *El precurso de acreedores. Estudio sistemático y práctico de los Libros II y III de la Ley Concursal tras su adaptación a la Directiva (UE) 2019/1023*, Madrid, 2023.
- YAÑEZ ÉVANGELISTA, Javier: «Art. 147», en *Comentarios al articulado del Texto Refundido de la Ley Concursal*, Madrid, 2020, pp. 990 y ss.

JURISPRUDENCIA

TRIBUNAL SUPREMO

- STS de 22 octubre 1997 (ECLI:ES:TS: 1997:6290)
- STS de 20 diciembre 2006 (ECLI:ES:TS: 2006:7973)
- STS de 21 de marzo 2012 (ECLI:ES:TS: 2012:4011)
- STS de 21 de marzo 2012 (ECLI:ES:TS: 2012:4176)
- STS de 18 de diciembre 2012 (ECLI:ES:TS: 2012:8997)
- STS de 17 de enero 2013 (ECLI:ES:TS:2013:1013)
- STS de 30 de junio 2014 (ECLI:ES:TS:2014:2823)
- STS de 24 de febrero 2015 (ECLI:ES:TS:2015:1698)
- STS de 12 de septiembre 2015 (ECLI:ES:TS: 2015:3830)
- STS de 19 de julio 2016 (ECLI:ES:TS:2016:3630).
- STS de 10 de noviembre 2016 (ECLI:ES:TS:2016:4841)
- STS de 12 de mayo 2017(ECLI:ES:TS:2017:1860),
- STS de 20 de julio 2017 (ECLI:ES:TS:2017:3027)
- STS de 18 de julio 2019 (ECLI:ES:TS:2019:2831)
- STS de 6 de marzo 2020 (ECLI:ES:TS:2020:791)

AUDIENCIA PROVINCIAL

- SAP de Vizcaya 12 de noviembre 2014 (ECLI:ES:APBI:2014:2607)

JUZGADO DE LO MERCANTIL

- SJM Barcelona 18 de julio 2023 (ECLI:ES: JMB:2023:1518)

