



REVISTA LEX MERCATORIA
ISSN 2445-0936



Vol. 22, 2022. Artículo 1
DOI: 10.21134/lex.vi22.1862

EL CONTRATO DE SUMINISTRO ANTE LA INSOLVENCIA: REESTRUCTURACIÓN EMPRESARIAL Y CONCURSO DE ACREEDORES

*THE SUPPLY CONTRACT IN INSOLVENCY: CORPORATE
RESTRUCTURING AND INSOLVENCY PROCEEDINGS*

Blas Alberto González Navarro

Abogado. Magistrado en excedencia. Especialista CGPJ asuntos mercantiles

Resumen

La relevancia del contrato de suministro en el campo concursal es evidente. Pocos casos tan frecuentes y determinantes como el suministro se dan en la práctica a la hora de valorar cuándo nos encontramos ante un contrato necesario para el mantenimiento de la actividad del deudor, o cuándo, por el contrario, se carece de este carácter. Las consecuencias previstas en el TRLC, siguiendo la estela de la antigua Ley de 2003, siguen siendo las mismas - las diferentes posibilidades y tipos de resolución contractual, o el mantenimiento forzoso de un contrato a pesar de su incumplimiento - pero es ineludible examinar las variaciones, algunas sensibles, introducidas en este terreno por la reforma operada por la Ley 16/2022, sobre todo en las negociaciones de un plan de reestructuración. Usando la figura del suministro, se estudian seguidamente las modificaciones efectuadas en la ley en plano contractual, para llegar de nuevo a la pregunta siempre subyacente en la relación del Derecho pre-concursal y concursal con los contratos del deudor: los límites del interés del concurso y, ahora, del interés de la reestructuración.

Abstract

The relevance of the supply contract in the bankruptcy field is evident. Few cases as frequent and decisive as the supply occur in practice when assessing when we are faced with a necessary contract for the maintenance of the debtor's activity, or when, on the contrary, this character is lacking. The consequences foreseen in the TRLC, following the trail of the old Law of 2003, remain the same - the different possibilities and types of contractual resolution, or the forced maintenance of a contract despite its breach - but it is unavoidable to examine the variations, some sensitive, introduced in this field by the reform operated by Law 16/2022, above all in the restructuring matter. Using the figure of supply, the modifications made to the law are then studied, to return to the always underlying question in the relationship of pre-bankruptcy and bankruptcy law with the debtor's contracts: the limits of the interest of the bankruptcy and, now, of the restructuring interest.

Palabras clave

Reestructuración empresarial, concurso, suministro, resolución, incumplimiento, extinción, plazo contractual, interés del concurso, interés de la reestructuración, tracto sucesivo.

Keywords

Corporate restructuring, bankruptcy, supply, resolution, contractual breach, extinction, contractual term, bankruptcy interest, restructuring interest, successive tract.

Sumario

INTRODUCCIÓN. I.- EL CONTRATO DE SUMINISTRO Y EL TRACTO SUCESIVO. 1.1. El concepto y la natu-

raleza del suministro. 1.2. La suspensión, la resolución y la terminación del contrato de suministro fuera de los escenarios de insolvencia. 1.3. La consideración del suministro como contrato de tracto sucesivo. II.- EL SUMINISTRO ANTE LA INSOLVENCIA DEL SUMINISTRADO: EL SISTEMA ANTERIOR A LA REFORMA DE LA LEY 16/2022. III.- EL SUMINISTRO ANTE LA INSOLVENCIA DEL SUMINISTRADO: EL SISTEMA POSTERIOR A LA REFORMA DE LA LEY 16/2022. 3.1. El escenario preconcursal general de los contratos del deudor. a) El principio de vigencia de los contratos del deudor y la enervación de las cláusulas ipso facto. b) La resolución por incumplimiento de los contratos del deudor durante la negociación con los acreedores. El mantenimiento forzoso del contrato de suministro necesario para la actividad y la contraprestación del suministrador. c) La comunicación de negociaciones y la resolución por incumplimiento en caso de suministros negociados en mercados organizados. d) El efecto del plan de reestructuración: el mantenimiento forzoso del contrato de suministro necesario para la actividad y la posibilidad de resolución por interés de la reestructuración. 3.2. El escenario preconcursal de las microempresas. 3.3. El escenario concursal: el mantenimiento forzoso del suministro y el reequilibrio de la posición del suministrador. IV. - BIBLIOGRAFÍA.

INTRODUCCIÓN

Hace años, cuando ni siquiera se había aprobado la primera reforma de gran calado de la Ley Concursal de 2003 (la querida e histórica Ley 22/2003 de 9 de julio), que vendría de la mano de la Ley 38/2011, ya tuve ocasión de tratar, estudiando el contrato de suministro eléctrico¹, un tema que causaba cierta perplejidad en el plano civil contractual, como eran los efectos del concurso de acreedores en los contratos del deudor. Habían pasado ya unos años desde que se instalara nuestro nuevo modelo concursal, pero aún seguían escociendo entre los civilistas normas que subvertían principios de todo derecho privado que se daban por inmutables, como la posibilidad de resolver un contrato que no estaba siendo incumplido por nadie o, por el contrario, de mantenerlo a la fuerza a pesar de su manifiesto incumplimiento, sometiendo al acreedor *in bonis*. El problema era evidente a poco que se asomara uno a la práctica diaria de un concurso de acreedores: ¿hasta dónde alcanza el interés del concurso?

Qué deba entenderse por interés del concurso y cómo calibrarlo en normas jurídicas de alcance imperativo que aborden el problema de la “acción colectiva”, es algo que, por supuesto, ha merecido la atención de la mejor doctrina², y que, de la misma forma, ha preocupado a la mejor jurisprudencia, con autores que incluso niegan la existencia misma de este interés, planteando un concurso de acreedores como un escenario en el que, por concepto, no es imaginable que existan intereses comunes. Como dije en su momento, es ciertamente posible que así sea: quizás, más que intereses en común, en el precurso y en el concurso sólo asistamos a la confluencia de estrategias absolutamente autónomas, propias de cada protagonista, no regidas por un objetivo de satisfacer un fin colectivo, sino por la protección de intereses individuales, siquiera sea en una ceremonia conjunta derivada de la necesidad y utilidad de ordenarlos. Hoy, tras la Directiva (UE) 2019/1023³, con el protagonismo de las clases crediticias y el poder reforzado de los acreedores en fases de la insolvencia con mucha menos intervención judicial, es más fácil advertir que el interés propio de las instituciones de la insolven-

1 Anuario de Derecho Concursal nº 25 (2012-1), “Los límites del interés del concurso: el contrato de suministro de energía eléctrica”, pags. 207-236, enero de 2012.

2 Especialmente interesante el trabajo en esta materia de TIRADO MARTÍ, I, por ejemplo en “Reflexiones sobre el concepto de «interés concursal» (Ideas para la construcción de una teoría sobre la finalidad del concurso de acreedores)”, ADC, tomo LXII, 2009, fasc. I. Como señala el autor, la visión del Derecho concursal como una normativa que debe «tomar partido» entre los perjudicados por la insolvencia ha sido defendida por algunos autores de gran relevancia: en Estados Unidos, vid., por todos, Warren E., *Business Bankruptcy*, Washington D. C. (Federal Judicial Center) 1993, passim; en el Reino Unido, abandera esta posición Goode, R. M., *Principles of Corporate Insolvency Law*, London (Thomson) 2006, 3.ª ed., pp. 40 ss.; para este planteamiento en Derecho español, vid. Garrido García, J. M., *Garantías reales, privilegios y par conditio. Un ensayo de análisis funcional*, Madrid (CER) 1999.

3 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.

cia se ha modulado sensiblemente. Como veremos, ha nacido un nuevo protagonista en la fase preconcursal: el interés, no del concurso, sino precisamente en evitarlo, que es el interés de la reestructuración.

No obstante, y la Directiva sobre reestructuración e insolvencia de 2019 confirma y parte de esta idea, aunque sea cierto lo anterior, ello resulta compatible con la existencia de un interés subyacente, más que común, generalizado en la masa pasiva, incluso egoísta, como es la necesidad de apoyar a la empresa y asegurar su continuidad como medio para dar mayores oportunidades al cobro de sus créditos, o la necesidad de proteger en lo posible la masa activa liquidable y permitir que ésta pueda hacer frente a los pagos debidos en la mayor cuantía posible. Sigue siendo cierto que una empresa en funcionamiento atesora un activo de mucho más valor conjunto que la estricta suma de los elementos patrimoniales que lo componen, debiendo aspirarse en efecto a conservarlo. Como decía la SAP Barcelona Secc. 15ª de 28 de mayo de 2015, o la STS Sala 1ª de 10 de noviembre de 2016, el sacrificio individual derivado de este interés concursal se orienta a maximizar la satisfacción de los créditos concurrentes en un proceso de insolvencia, también una fase preconcursal, y asegurar el mantenimiento de la actividad de la empresa, por ejemplo asegurando el mantenimiento de un contrato que sirva de base a la continuación de la actividad empresarial.

Poco aportaré a estas consideraciones conceptuales, más que evidentes: la idea aquí es reflejar cómo se ha impuesto en la nueva reforma de la normativa concursal española, esta vez por mor

de la necesidad de implementar la Directiva de 2019 en nuestro ordenamiento interno, un nuevo equilibrio en el juego del interés del concurso o del precurso y sus límites operativos cuando de los contratos del deudor se trata. Más específicamente, cómo la reforma ha afectado sensiblemente a los contratos de suministro, de enorme relevancia en la viabilidad y sostenimiento de la actividad empresarial. Me represento el funcionamiento en un escenario de insolvencia de los suministros de energía, como la electricidad y el gas, pero evidentemente las conclusiones son extensibles a todo contrato de suministro que pueda calificarse jurídicamente como tal.

El legislador español, como se verá, ha aprovechado la ocasión para introducir algunas reformas de calado. Se ha dicho que no lo son tanto⁴. Pero no comparto completamente esta opinión. Creo que la reforma, además de extender a la fase preconcursal principios que antes eran propios de la fase judicial, lo que supone una opción legislativa comunitaria que no era ineludible, sí que ha avanzado hacia posiciones que se venían reclamando en el sector desde hacía años, recogiendo precisamente el mensaje que se lanzaba desde las suministradoras eléctricas o gasísticas en contra de lo que se dio en llamar ya hace diez años cierto *integrisimo concursal*, interpretaciones extensivas sobre el límite del interés del concurso. En otras apartados de la reforma, sin embargo, se ha optado por una posición más conservadora de la masa activa, que sigue sacrificando al acreedor *in bonis* en pos de soluciones colectivas más exitosas.

Como recordaba TIRADO ya en 2009, la insolvencia enfrenta entre sí a intereses legítimos

⁴ Por ejemplo, Miriam Magdalena en El Confidencial, “*El derecho contractual en la nueva Ley Concursal*”, 11 de noviembre de 2022. A su juicio, se trata de reformas de mero matiz, algo decepcionantes.

que, de alguna forma u otra, es necesario siempre jerarquizar: “*Un Derecho cuya única finalidad es solucionar los conflictos de intereses debe, necesariamente, hacer eso: solucionarlos, lo cual implica tomar partido*”. La Directiva, y con ello la ley española, toma partido ante los diferentes escenarios que se le presentan, en efecto, y ha supuesto un reequilibrio en relación a lo que el legislador hizo en 2003 y 2011, resultando ahora una normativa mucho más protectora del derecho de crédito y potenciadora de la posición del acreedor, tanto antes como después de una declaración de concurso. También esto ha tenido cierto reflejo en la posición del acreedor *in bonis*, especialmente en las figuras de tracto sucesivo.

Veamos primero de qué tipo de contrato hablamos, y luego ubiquémoslo en el campo de juego de la insolvencia probable, inminente o actual.

I. EL CONTRATO DE SUMINISTRO Y EL TRACTO SUCESIVO

1.1. El concepto y la naturaleza del suministro

Es bien conocida la fragmentación y escasez normativa del contrato de suministro en el Derecho Privado. Aunque ha recibido suficiente atención doctrinal⁵, sigue siendo un contrato atípico, carente incluso de definición legal en el plano civil-mercantil⁶, a diferencia de lo que ocurre en el terreno de la contratación pública⁷.

Sin embargo, es un contrato absolutamente esencial para cualquier sector productivo - ya lo era en la antigüedad y lo sigue siendo -, sobre todo con la acentuada evolución contractual que han supuesto las nuevas formas de suministro energético y, para algún sector doctrinal, el de contenidos digitales. Como advierte CASTILLO PARRILLA, la observación de los mercados actuales permite constatar que el mercado ha pasado a preferir el uso y el acceso permanente, más que la propiedad, y los beneficios de una relación duradera, por encima de las transacciones puntua-

⁵ Por ejemplo, FERNÁNDEZ DEL MORAL, L, “*El contrato de suministro. El incumplimiento*”, Madrid, Montecorvo 1992; BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R “*Tratado de contratos*” 2ª Ed. Tirant Lo Blanch Valencia, o “*Contratos mercantiles*” Tomo I, 6ª ed, Aranzadi, Navarra 2017, los diferentes trabajos de CASTILLO PARRILLA, J.A, igualmente autor de la tesis de la Universidad de Granada “*El contrato marco de suministro (Un contrato flexiseguro)*”, Granada 2018; o MOLINS SANCHO, F. “*El contrato de suministro*”, Atelier, Barcelona 2022.

⁶ En el Anteproyecto de Ley de Código Mercantil de 2014 la Comisión de Codificación incluía por primera vez una definición del contrato de suministro y una completa regulación de la figura (arts. 513-1 a 513-9), que lamentablemente no prosperó, aunque fue muy bien recibida, siquiera fuera por el avance que ello suponía.

⁷ El art. 16 de la Ley de Contratos del Sector Público (LCSP 9/2017) define el contrato de suministro como aquél que tiene por objeto la adquisición, el arrendamiento financiero, o el arrendamiento con o sin opción de compra, de productos o bienes muebles. En todo caso, dice su ap. 3º, se considerarán contrato de suministro “*aquellos en los que el empresario se obligue a entregar una pluralidad de bienes de forma sucesiva y por precio unitario sin que la cuantía total se defina con exactitud al tiempo de celebrar el contrato, por estar subordinadas las entregas a las necesidades del adquirente*”.

les. Ello obedece a la necesidad, que satisface el suministro, de dotar a la empresa de estabilidad contractual con una suficiente dosis de flexibilidad ante un tráfico jurídico futuro imprevisible, adaptándose a la situación existente en cada momento.

Esta mezcla entre estabilidad e indeterminación inicial es muy característica del suministro, marcando decididamente las prestaciones de ambas partes. Por mor de esa facultad de adaptación permanente a las necesidades del suministrado y su situación económica, se superan las ineficacias que ofrecen modelos como los de la sucesión indefinida de compraventas puntuales, o el de la compraventa global con fases de ejecución aplazada. En estos modelos, mucho menos flexibles, el riesgo empresarial es diferente tanto para el suministrador, que se retrae a la hora de producir/comprar/importar, como para el suministrado, que se enfrenta a la necesidad de previsiones negociales mucho más rigurosas y rígidas, fuentes de posible responsabilidad por incumplimiento y de desgaste contractual con sus proveedores, especialmente en los precios.

Según la doctrina, o siguiendo el mismo modelo que cuajó en la propuesta del Código Mercantil, el contrato de suministro puede ser definido como el contrato por el que una parte (suministrador o proveedor) se obliga a realizar en favor de otra (suministrado) determinado tipo de prestaciones periódicas o continuadas a cambio de un precio unitario y durante un tiempo no necesariamente determinado o determinable, en función de las necesidades del suministrado.

Hablamos pues de un contrato que toda la doctrina califica de consensual, bilateral, oneroso, conmutativo y de colaboración. Aunque la caracterización más relevante de cara a la esfera

concurzal y preconcurzal, que luego se abordará, es sin duda su reciprocidad. El contrato de suministro es un contrato recíproco o, desde otra perspectiva, sinalagmático. Obligaciones recíprocas son aquellas en que, en una relación jurídica entre acreedor y deudor, cada parte es acreedora o deudora de una obligación bilateral, y a la inversa, deudora o acreedora de otra obligación bilateral. Así, cada sujeto es a la vez acreedor de una prestación (en una obligación bilateral) y deudor (en la otra obligación bilateral) de otra prestación. Ambas obligaciones son la una contrapartida de la otra. Cada obligación bilateral sirve de causa a la otra (sinalagma). El ejemplo más típico es el de las obligaciones nacidas de la compraventa - y con ello, dada la afinidad que como veremos guarda con él, el suministro: 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.

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 artículos 1100, último párrafo, y 1124. Forzoso es acudir por ello al amplio tratamiento jurisprudencia de la figura. Citemos por ejemplo, entre otros muchos, la STS Sala 1ª de 19 de febrero de 2013, que señalaba de forma muy clara la característica de esta relación sinalagmática: la reciprocidad “*no requiere equivalencia de valores, objetiva ni subjetiva, entre las dos prestaciones, pero sí que ambas tengan la condición de principales en el funcionamiento de la relación contractual de que se trate*”.

Será característico de este tipo de obligaciones que no pueda el acreedor de una obligación

recíproca exigir al deudor su cumplimiento, sin que él haya cumplido o cumpla u ofrezca cumplir la otra obligación recíproca de la que es deudor. Si lo hace, este deudor podrá oponerse y rechazar la acción de cumplimiento, mediante la consabida *exceptio non adimpleti contractus* (o *non rite adimpleti*, en caso de cumplimiento defectuoso), una excepción que introduce al contrato en una fase de auténtica suspensión.

En el plano concursal será de especial interés, por otra parte, la atención al momento en que existe la reciprocidad, es decir, si ésta debe ser apreciada en el momento de la génesis de la relación obligacional, cuando nace la obligación, o en la fase funcional del vínculo, después de declarado el concurso. El relevante a estos efectos es el segundo. Como señala la sentencia que se acaba de citar, se entiende que las obligaciones recíprocas que inicialmente tenían este carácter lo pierden si una de las partes hubiera cumplido íntegramente su prestación, a efectos del artículo 158 del Texto Refundido de la Ley Concursal (TRLR), antes de la declaración del concurso (ello determinará el carácter concursal del derecho contra concursado incumplidor: SSTS Sala 1ª núm. 2453/205 de 11 de junio o núm. 3143/2016 de 29 de junio).

El suministro está muy integrado social y económicamente en el mercado, ya sea sector privado ya sea sector público. Tomemos prestados de la LCSP los ejemplos de suministro que se recogen en el artículo 16.3, pues muestran esa naturaleza de flexibilidad e indeterminación, aunque algunos de ellos sobrepasen lo que en Derecho Mercantil entendemos como suministrar. Según la legislación del contrato público, en todo caso son suministro:

- Como ya hemos destacado, aquellos contratos en los que el empresario se obligue a entregar una pluralidad de bienes de forma sucesiva y por precio unitario sin que la cuantía total se defina con exactitud al tiempo de celebrar el contrato, por estar subordinadas las entregas a las necesidades del adquirente.
- Los contratos que tengan por objeto la adquisición y el arrendamiento de equipos y sistemas de telecomunicaciones o para el tratamiento de la información, sus dispositivos y programas, y la cesión del derecho de uso de estos últimos, en cualquiera de sus modalidades de puesta a disposición, a excepción de los contratos de adquisición de programas de ordenador desarrollados a medida, que se considerarán contratos de servicios.
- Los de fabricación, por los que la cosa o cosas que hayan de ser entregadas por el empresario deban ser elaboradas con arreglo a características peculiares fijadas previamente por la entidad contratante, aun cuando esta se obligue a aportar, total o parcialmente, los materiales precisos.
- Los que tengan por objeto la adquisición de energía primaria o energía transformada.

Las definiciones jurisprudenciales clásicas, por tanto, al centrar la atención en el contrato de suministro como un acuerdo entre las partes en mantener una compraventa continuada, con entregas repartidas o diferidas, son tributarias de la especial relación con el contrato de compraventa mercantil, pero no abordan realmente la verdadera sustancia de la figura del suministro, que es un tipo contractual autónomo y diferenciado (lo

que también reconoce la jurisprudencia desde antigua, ver por ejemplo STS 30 de noviembre de 1984), que cumple una finalidad económica distinta, es duradero y flexible. En una compraventa con entregas diferidas o sucesivas sigue existiendo una unidad en la prestación debida del vendedor, es decir, el fraccionamiento de las entregas y de los pagos “no alteran el derecho del acreedor al total inicialmente determinado” (STS Sala 1ª 31 de mayo de 2003), que coincide con el criterio de BERCOVITZ. Por su parte, no ocurre, como en los diversos contratos de distribución, netamente mercantiles, que necesariamente los bienes objeto del suministro vayan a integrarse en un proceso productivo o en una cadena de distribución.

Las sentencias más modernas sí que se hacen eco de la especial naturaleza del contrato, aunque sea resaltando igualmente el especial parentesco con las compraventas, cuya normativa se convierte en supletoria para el suministro. Citamos a modo de ejemplo la STS de 13 de junio de 2002:

“... el contrato de suministro es aquél por el que una de las partes se obliga a cambio de un precio a realizar a favor de otra «prestaciones periódicas o continuas» cuya función es la satisfacción de necesidades continuas para atender el interés duradero del acreedor”.

Más clara resultó poco antes la STS de 7 de febrero de 2002, a la que hace mención (entre otras) la STS Sala 1ª núm. 22/2009, de 23 de enero:

“(...) no puede identificarse con el de compraventa, aunque es afín a la misma. Se regula por lo previsto por las partes, en aras al principio de autonomía de la voluntad (artículo 1255 del Código civil) y, en su defecto, por la normativa

de la compraventa (artículos 1445 y ss. del Código civil y, en su caso, si es mercantil, 325 y ss. del Código de Comercio) y en último lugar, por las normas generales de las obligaciones y contratos. En la compraventa, la cosa vendida se entrega de una sola vez o en actos distintos, pero se refieren en todo caso a una cosa unitaria y en el contrato de suministro, la obligación de entrega se cumple de manera sucesiva; las partes se obligan a la entrega de cosas y al pago de su precio, en entregas y pagos sucesivos y en períodos determinados o determinables... lo verdaderamente esencial es que el contrato que liga a las partes... es un contrato de suministro, contrato único que da lugar a prestaciones periódicas y a éste como se ha dicho anteriormente, si se le aplican los artículos 336 y 342 del Código de Comercio ya que son normas de la compraventa mercantil que deben aplicarse a un contrato como el de suministro, variante de la compraventa o afín a la misma, pues de lo contrario quedaría huérfano de regulación algo tan esencial para el tráfico mercantil y la seguridad jurídica, como es el plazo de reclamación por vicios en la cosa entregada en virtud del contrato de compraventa o de suministro.”

Características esenciales del contrato son su duración, y la finalidad que se busca, que es estar suministrado, lo que hace que el incumplimiento de entregas concretas no debe determinar necesariamente la resolución del contrato. Inicialmente se consideró por la jurisprudencia, y todavía se sostiene por parte de la doctrina, que el contrato de suministro no es otra cosa que una compraventa de carácter especial. Sin embargo, tal y como dice la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de mayo de 1986 “el contrato de suministro entraña un cierto número de operaciones, que lo diferencia de la compraventa, especialmente por su finalidad previsor en orden

a la obtención, mediante precio, de unos bienes con la periodicidad pactada y, por esta diferencia con la compraventa, solamente le son aplicables aquellas reglas que no contradigan su carácter de contrato normativo, de duración y prestación múltiples y, especialmente, que no contradigan lo pactado que suele ser la liquidación de cuentas”.

- Énfasis añadido -

En todo caso, el objeto del suministro, que integra la prestación del suministrador, puede ser tanto cosas genéricas - en el sentido que da el artículo 1096 del Código Civil en contraposición a las cosas determinadas, tratándose habitualmente de elementos y materias primas - como cosas determinadas o específicas, siempre que concurren el resto de las características del suministro. Es decir, dentro de los márgenes y mínimos que se pactan y las variaciones que en tal caso experimenta el precio, la concreción del objeto del suministro puede ser directa, señalando un número, peso o medida en relación con una unidad de tiempo en la que hayan de ser entregados, o indirecta, acordando las partes que sea el suministrado el que pida en cada momento la cantidad que le ha de ser entregada en esa unidad de tiempo o a demanda, pero lo importante es que con el suministro se satisfaga una necesidad reiterada, no excepcional e individualizada.

La doctrina refiere que no pueden ser objeto del contrato los servicios, tratando de evitar la confusión con el arrendamiento de servicios del artículo 1544 del Código Civil. El contrato públi-

co, como hemos visto, es sin embargo más amplio en este sentido sin desvirtuarse por ello la naturaleza de la figura. Y de hecho, como veremos, el Texto Refundido de la Ley Concursal (por ejemplo arts. 599 y 619), habla con normalidad de un contrato de “suministro de servicios”, de la misma forma que la misma Directiva UE 2019/1023 presta atención especial a “suministros básicos tales como gas, electricidad, agua, telecomunicaciones y servicios de pago con tarjeta” (Cdo. 41). Por el contrario, bienes incorpóreos como la energía, pero sin duda “bienes” en sentido jurídico-patrimonial, integran muy importantes ejemplos de contratos de suministro e integran una prestación continuada, de tal importancia que están profundamente normados e intervenidos - no sólo en la comercialización, sino también en la generación y la distribución por infraestructuras estables - por normas administrativas, como muestra la Ley del Sector Eléctrico o la regulación específica del suministro de gas o agua. Y ello sin perjuicio de la adquisición de esa condición corpórea cuando, aunque sigan siendo fluidos, sean envasados, como recoge el artículo 59bis.2 de la LGDCU⁸.

CASTILLO PARRILLA y demás autores ponen de relieve la importancia de la obligación de entrega a cargo del suministrador, que es lo que ha aproximado tradicionalmente al suministro con el contrato de compraventa y los demás contratos traslativos del dominio. Más concretamente, es muy frecuente que el plazo mismo de la entrega se construya desde el comienzo como algo esencial, determinante de incumplimiento igualmente esencial del contrato y por tanto resolutivo (ver al respecto SSTS Sala 1ª núm. 348/2016

⁸ Recordemos que, según el artículo 59bis.2 de esta ley, a los efectos de ese libro, título I, capítulo I, artículos 66 bis y 66 ter, y de los títulos III y IV, “se consideran “bienes” a las cosas muebles corporales. El agua, el gas y la electricidad se considerarán “bienes” cuando estén envasados para su comercialización en un volumen delimitado o en cantidades determinadas”.

de 25 mayo, núm. 220/2016, de 7 de abril, núm. 736/2015, de 30 de diciembre, núm. 40/2011, de 29 de enero, o núm. 239/2010, de 30 de abril, que permiten a las partes tipificar determinados incumplimientos como resolutorios al margen de que objetivamente puedan considerarse o no graves o, si se quiere, al margen de que conforme al art. 1124 del CC tengan o no trascendencia resolutoria).

La entrega es, en efecto, tan relevante, que muchas veces “entrega” ha pasado a identificarse sin más con “suministro”, aunque en la actualidad, si bien las notas centrales del suministro se mantienen, se debilita e incluso desaparece como tal la noción de “entrega” como parte central de la prestación contractual del suministrador, pues más allá del suministro de bienes muebles, de mercancías y materias primas, no cabe duda de la existencia de suministro en el caso del suministro básico de energía (luz, gas), y se ha avanzado legalmente, sobre todo en el terreno comunitario, en el campo del “suministro de información” o de acceso y puesta a disposición de contenidos digitales⁹. Se discute, no obstante, que en este caso los contenidos digitales sean realmente objeto de un contrato de suministro tal y como lo entendemos a efectos mercantiles, y no se asista a contratos de compraventa de bienes no corporales.

La obligación de “entrega”, así entendida, puede verse acompañada de obligaciones igual-

mente importantes que determinan la existencia o no de incumplimiento a efectos del artículo 1124 del Código Civil, ya sea acreedor *in bonis* el suministrador, ya lo sea el suministrado. Por ejemplo, en contratos *just in time*, la obligación del suministrador de disponer siempre de un stock mínimo (STS Sala 1^a5 de octubre de 2016, que condena al suministrado).

Desde el punto de vista del suministrado el contenido de la prestación siempre es el mismo, el pago de - en principio - una cantidad de dinero en función de lo que le es entregado, una obligación nuclear regida por las reglas generales del Código Civil relativas a este medio de extinción de las obligaciones y que exige un nivel mínimo de determinación que no la haga caer en la arbitrariedad (SSTS 20 de diciembre de 2007 o 7 de junio de 2011). Suelen añadirse pactos relativos a la financiación del precio o figuras adyacentes de arrendamiento de maquinaria u otras de utilidad específica para la actividad empresarial o profesional del suministrado, y cláusulas de exclusividad o preferencia en favor del suministrador, de especial relevancia.

⁹ Ver Directiva (UE) 2019/770 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 2019, relativa a determinados aspectos de los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales. Según su artículo 2.1, a efectos de la Directiva, se entenderá por «contenido digital»: “*los datos producidos y suministrados en formato digital*”. El ámbito de aplicación de la Directiva (art. 3) es “*todo contrato en virtud del cual el empresario suministra o se compromete a suministrar contenidos o servicios digitales al consumidor y este paga o se compromete a pagar un precio*”.

La implementación nacional de esta Directiva vino de la mano del Real Decreto Ley 7/2021 de (art. 18), que introduce ciertas modificaciones relevantes en el texto de la LGDCU de 2007.

1.2. La suspensión, la resolución y la terminación del contrato de suministro fuera de los escenarios de insolvencia

Otra de las características del contrato de suministro es que, junto a las facultades resolutorias en caso de incumplimiento de las prestaciones respectivas por alguna de las partes, se recoge en la jurisprudencia y en algunos textos legales la facultad del suministrador de suspender el suministro en caso de que el suministrado incumpla la que le incumbe. Era una facultad especialmente recogida en el malogrado proyecto de Código Mercantil, en el que la suspensión habilitada era de siete (7) días, con otros siete de preaviso, y el Tribunal Supremo ha reconocido tradicionalmente las cláusulas suspensivas al amparo de la libertad contractual del artículo 1255 del Código Civil y la buena fe del artículo 57 del Código de Comercio (por ejemplo, STS Sala 1ª 11 de diciembre de 2002, en un caso de combustibles).

Desde el punto de vista de la duración del contrato, nada se opone en principio a que se celebre por tiempo indeterminado, si bien lo más habitual es fijar un periodo inicial que se sujeta a prórroga, ya sea tácita y automática, ya exija una manifestación expresa de las partes o de una de ellas. Si se fija plazo de terminación, la llegada de éste opera como una condición resolutoria explícita: el pacto de duración determinada puede ser celebrado bien con relación a una concreta fecha o duración desde la fecha del primer suministro, o bien con referencia a un determinado acontecimiento (como por ejemplo la terminación de una obra). En todos estos casos, llegada la fecha fijada desde un inicio o producido el acontecimiento, y finalizada la prórroga o prórrogas, el contrato de suministro se extingue.

Caso de celebrarse por tiempo indeterminado, cualquiera de las partes tendrá derecho a resolver el contrato con el plazo de preaviso que se hubiera pactado o, si nada se hubiera establecido expresamente, con un plazo razonable a fijar atendida la naturaleza de los bienes suministrados y la periodicidad con que lo eran. Esta facultad de denuncia es propia de este tipo de contratos de duración indefinida, y ha sido validada por la jurisprudencia, sin perjuicio de que se generen o no daños resarcibles a la contraparte (por ejemplo, SSTS Sala 1ª de 21 de noviembre de 2005). Nótese además la relevancia de esta facultad en lo que hace a los contratos con consumidores y usuarios y la protección legal ante los intentos de limitarla (arts. 62 y 87.6 LGDCU). Este plazo de preaviso para la denuncia, en defecto de pacto, era de tres (3) en el artículo 513-7 del proyecto de Código Mercantil, un mes (1) si la vigencia del contrato era inferior al año.

La resolución del contrato en caso de incumplimiento se rige por las reglas generales del Código Civil, especialmente por los artículos 1091, 1101 y 1108 relativo a intereses (STS Sala 1ª núm. 52/2021 de 4 febrero), los relativos a la interpretación de los contratos (arts. 1281 y ss) y, como no, el artículo 1124 del Código Civil y la jurisprudencia aplicable a la hora de calibrar debidamente la existencia, o no, de incumplimientos verdaderamente resolutorios o, según alguna corriente, esenciales (por ejemplo, STS Sala 1ª núm. 348/2016 de 25 mayo). Es reseñable, desde luego, la influencia en el contrato de suministro de los avances internacionales en lo que hace al principio de conformidad, especialmente relevante en la legislación de consumo.

1.3. La consideración del suministro como contrato de tracto sucesivo

La jurisprudencia de la Sala 1ª, según ya se ha expuesto, considera que la duración del suministro es una de sus características nucleares. Y como señalaron los Juzgados de lo Mercantil en una fase temprana de evolución de la LC (SS Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Madrid 15 de abril de 2005, nº 1 de Córdoba 8 de julio de 2005, nº 1 de Valencia 14 de julio de 2005, nº 2 de Barcelona 21 de julio de 2005, nº 1 de Oviedo 3 de febrero de 2006), parece claro que asistimos, además de a un contrato bilateral, que genera obligaciones recíprocas, a un contrato de tracto sucesivo. Tomemos como un buen ejemplo al respecto la SAP Murcia de 21 de julio de 2008:

“Por contratos de tracto sucesivo podemos entender, siguiendo a García Vicente (Comentarios a la Ley Concursal, de Bercovitz, 2004, pág. 687) “aquellos en los que hay diferentes obligaciones de idéntico contenido que nacen sucesivamente de un supuesto de hecho duradero, puesto que responden a una necesidad prolongada (tal vez permanente) del acreedor y que son susceptibles de aprovechamiento independiente”. Entre los mismos pueden señalarse los de arrendamiento (así la STS 25 de junio de 2007), de suministros (SSTS de 11 de diciembre de 2002 y 28 de febrero de 1997), de colaboración y de prestación de servicios (SSTS 12 de julio de 2001 y 10 de noviembre de 2000). Claramente tiene tal consideración el ahora examinado, un contrato de suministro continuado de energía eléctrica”.

Lo anterior ha sido confirmado por la jurisprudencia de nuestro Alto Tribunal. En materia de suministro eléctrico, son muy claras las SSTS Sala 1ª núm 145/2012, de 21 de marzo, y núm.

161/2012, de la misma fecha, con cita de otras relativas a suministros diferentes (SS 91/2002, de 7 febrero, 590/2002, de 13 junio, 340/2003, de 3 abril, y 22/2009, de 23 de enero). Según la primera, que califica al contrato de suministro de electricidad como el “paradigma de los contratos de tracto sucesivo”, *“en nuestro Derecho positivo no se define lo que debe entenderse por contrato de tracto sucesivo. La doctrina afirma que tiene tal carácter el contrato por el que un proveedor 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”.*

El suministro, por tanto, no es un contrato de ejecución instantánea, esto es, no es un tipo contractual en el que el cumplimiento total (solutorio) acontece en un instante, con independencia de que, si el tipo de obligación lo permite, haya existido en el tiempo anterior una serie de ejecuciones parciales que culminan en el que importa, que es el cumplimiento final - pues en tal caso se trata también de contratos de tracto único -. En el suministro, no existen prestaciones periódicas procedentes de una fragmentación de la prestación inicial unitaria, sino prestaciones unitarias sucesivas. De ahí que la doctrina lo califica como un contrato marco. Si cada prestación sucesiva es susceptible de un aprovechamiento independiente, el incumplimiento de alguna de ellas no afecta al cumplimiento global de un contrato duradero como es éste.

En estos casos, en efecto, se trata de un contrato duradero de tracto sucesivo, como lo define la jurisprudencia. Aunque aún puede afinarse más y afirmar que, dentro de esa categoría general, que los diferencia del tracto único, en el suministro de materias o bienes que no son susceptibles de ejecución separada o fraccionable, como ocurre con la energía eléctrica, gas, o el agua, el tracto en realidad es en realidad “continuado”.

II.- EL SUMINISTRO ANTE LA INSOLVENCIA DEL SUMINISTRADO: EL SISTEMA ANTERIOR A LA REFORMA DE LA LEY 16/2022

Pues bien, expuesta la sustancia, la finalidad económica y las características técnicas del contrato de suministro, enfrentemos la figura a la insolvencia del suministrado, que es el problema concursal realmente relevante por lo general (aunque las reformas legales y el alza de los precios de los últimos años, tan convulsos, afectan por igual a unos y otros, como muestran las abundantes quiebras y cierres de muchas comercializadoras de luz y gas).

La refundición operada por el Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, que aprobó el TRLC, no trajo en materia contractual especiales novedades sobre el sistema original de los artículos 61, 62 y 63 de la LC de 2003, una normativa entonces novedosa que, sin embargo, ofrecía problemas evidentes en su aplicación y que dejaba aspectos muy importantes sin resolver que hubieron de ser integrados por la jurisprudencia,

enfrentada en los años 2008 y siguientes a una muy importante tensión tras los efectos devastadores de la crisis financiera de aquellos años y sus efectos en el tejido empresarial del país, especialmente en materia de contratación inmobiliaria y bancaria. Y precisamente por mantenerse sustancialmente el sistema de la Ley 22/2003, la norma concursal no establecía reglas específicas en el plano preconcursal: no se contenían previsiones concretas sobre el efecto de la comunicación de negociaciones, o de los antiguos acuerdos de refinanciación o extrajudiciales de pago, sobre los contratos del deudor.

Sin perjuicio de lo anterior, la refundición operada en 2020, en mitad de la pandemia del Covid, acompañada de una histórica normativa de emergencia y, concretamente, de una moratoria concursal que ha pervivido hasta junio de 2022, dio lugar a una nueva ordenación de la antigua norma, que antes se encajaba sólo en tres preceptos y que en este momento pasaron a ser diez, de los arts. 156 a 165, más los dedicados seguidamente a la rehabilitación de algunos contratos de financiación o arrendamiento. El TRLC, en efecto, reordenó y dividió la norma en dos secciones: la primera, se ocupa en general de los efectos en los contratos, y la segunda de la resolución de los mismos en el seno de un concurso.

Todo ello es aplicable al suministro, como vemos: respecto de los efectos generales (arts. 156 a 159), se comenzó de entrada reafirmando el principio general de vigencia de los contratos¹⁰, es decir, que la declaración de concurso, salvo

¹⁰ La Exposición de Motivos de la Ley 22/2003 señalaba a este respecto lo siguiente:

“Objeto de especial atención ha sido también la regulación de los efectos de la declaración de concurso sobre los contratos, una de las materias más deficientemente tratadas en el anterior derecho y, por tanto, de mayor originalidad en la nueva ley. Conforme a ésta, la declaración de concurso no afecta, en principio, a la vigencia de los contratos con prestaciones recíprocas pendientes de cumplimiento por ambas partes; no obstante, en interés del

excepciones¹¹, no es por sí misma causa de resolución anticipada ni de extinción del suministro, y que se tendrán por no puestas las cláusulas que establezcan la facultad de resolución o la extinción del contrato por la sola causa de la declaración de concurso de cualquiera de las partes.

Para obligaciones recíprocas como efectivamente integra el contrato de suministro, el TRLC diferenciaba, como hacían los artículos 61 y 62, según se tratara de contratos pendientes de cumplimiento por uno de los contratantes o pendientes de cumplimiento por ambas partes. No existía sin embargo - como decimos al tratarse de una mera de refundición - tratamiento distinto al de la LC de 2003: en el primer caso la deuda que corresponda al concursado se debería incluir, según proceda, en la masa activa o en la pasiva del concurso, y en el segundo ambas partes deberán ejecutar las prestaciones comprometidas, siendo con cargo a la masa aquellas a que esté obligado el suministrado concursado.

En lo que hace a la resolución, el TRLC introdujo una nueva subdivisión entre los casos de resolución por incumplimiento y los casos de resolución en interés del concurso. En los primeros (incumplimiento), se reiteró la regla ya conocida: declarado el concurso, la facultad de resolución del contrato por incumplimiento anterior a la de-

claración de concurso solo podría ejercitarse si el contrato fuera de tracto sucesivo. Esto es de gran importancia para los suministradores. Si el incumplimiento es posterior al concurso, cabía ejercitar como siempre acción de resolución ante el juez del concurso y por la vía incidental. Si se dictara sentencia de resolución, quedarían extinguidas las obligaciones recíprocas pendientes de vencimiento; y en cuanto a las vencidas, si el incumplimiento del concursado fuera anterior a la declaración del concurso, al acreedor cumplidor se le reconocería el correspondiente crédito concursal, mientras que, si el incumplimiento hubiera sido posterior, el crédito de la parte cumplidora se satisfaría con cargo a la masa.

El nuevo artículo 164 siguió recogiendo algo muy importante para los suministradores, especialmente relevante para el suministro de luz y gas, como es la conocida posibilidad, instaurada en 2003, de que el juez, en interés del concurso, imponga la vigencia del contrato a pesar de que el deudor no ha cumplido con el contrato. En estos casos, se replicó la norma que establecía el pago a cargo de la masa.

El supuesto inverso, la resolución en interés del concurso y aunque no hubiera incumplimiento por ninguna de las partes de obligaciones recíprocas, se mantuvo sin alteraciones en el artículo 165.

concurso y con garantías para el derecho de la contraparte, se prevé tanto la posibilidad de una declaración judicial de resolución del contrato como la de enervarla en caso de que exista causa para una resolución por incumplimiento. No se admiten las cláusulas contractuales de resolución o extinción en caso de declaración de concurso, pero sí la aplicación de normas legales que dispongan la extinción o expresamente faculden a las partes para pactarla o para denunciar el contrato”.

11 Según MARTÍNEZ FLORES A, en el Comentario de la Ley Concursal (Aranzadi, Dtores. A. Rojo y E. Beltrán), se alude con ello a normas especiales que establecen la extinción o la terminación por el hecho de concurso, como ocurre en el mandato, la agencia o el seguro marítimo, o normas que permiten pactar la extinción, aplicables por mor del artículo 61.3 de la antigua LC, hoy artículo 159. Además debe atenderse en este sentido a la lista de leyes especiales del actual artículo 578 del TRLC.

La experiencia en el suministro de electricidad y gas, entre otros suministros de presencia permanente en los concursos de acreedores, evidenció que, aunque la facultad del AC de resolver un contrato por mero interés concursal era relevante, aún más lo era el mantenimiento forzoso a pesar del incumplimiento manifiesto. Mientras que en la primera opción se pierde un contrato, pero a cambio se detiene la sangría, en el segundo el problema era acuciante: se obliga a suministrar sin que, a cambio, se perciba el precio pactado, por lo que el sinalagma que hemos descrito más arriba salta por los aires. La multiplicación sistemática de esas decisiones de mantenimientos forzosos de contratos incumplidos por el deudor ha generado en muchas empresas suministradoras agujeros impresionantes y déficits negociales millonarios.

Cabría argumentar que no se desatendía completamente al acreedor *in bonis*, al suministrador que cumple con su obligación de entrega y lo hace en plazo. El artículo 164, en su redacción de 2020, refundiendo la norma ya incluida en el artículo 62.3 de la LC de 2003, estableció que *“(a)unque exista causa de resolución, el juez, atendiendo al interés del concurso, podrá acordar el cumplimiento del contrato, siendo a cargo de la masa las prestaciones debidas o que deba realizar el concursado”*. El supuesto es de lo más real, de hecho es muy frecuente y, desde la perspectiva lógica de la continuidad de la

actividad empresarial o profesional del deudor, resulta razonable que el deudor o el AC procuren no desactivar el contrato de suministro. Piénsese por ejemplo en la luz. Es una apreciación muy habitual en el caso de las empresas la de que, manteniendo la entidad concursada su actividad productiva, el suministro eléctrico sea de vital importancia para ello, pues su interrupción equivaldría a la suspensión irremediable de la producción. Incluso en caso de liquidación se mantiene el mismo criterio del mantenimiento forzoso del suministro, pues se considera que sin él la unidad productiva vería muy seriamente erosionado su valor, perjudicando así el interés colectivo de los acreedores, cuando no el del propio deudor.

Si se parte pues de la conclusión, que debe ser previa tanto para los administradores concursales como para el Juez del concurso, de que es interés concursal el de mantener a ultranza el contrato incumplido, y dado que, como hemos visto, el suministro de energía eléctrica, o cualquier otro suministro estratégico, permite, al ser de tracto sucesivo, tener presente tanto los incumplimientos posteriores a la declaración del concurso como los anteriores, la cuestión subsiguiente era determinar qué naturaleza tienen los créditos del acreedor puesto en esa tesitura, o lo que es lo mismo, qué coste debe suponer esto para la compañía suministradora¹².

La respuesta a esa pregunta dependía de la

¹² Ello partiendo, por supuesto, de la concurrencia real y contrastada, tanto de un auténtico y propio incumplimiento del contrato de suministro, no de meros retrasos o impagos puntuales sin eficacia resolutive (SS. Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Valencia de 14 de julio de 2005 o del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Madrid de fecha 15 de abril de 2005, por citar de las primeras dictadas al amparo de la LC en torno a la electricidad), como de un verdadero interés concursal en el mantenimiento forzoso, que además debe ser un contrato vigente y mientras lo sea, lo que exige excluir contratos vencidos por el mero transcurso del tiempo y considerar el agotamiento del plazo acordado, sin que el juez o el AC puedan suplir la voluntad negocial del deudor para rehabilitarlo fuera de los excepcionales casos en que esto es posible (AAP Castellón 22 de septiembre de 2009).

interpretación del artículo 62.3, luego artículo 164, cuando señalaban que, en tal caso de mantenimiento del suministro, serían a cargo de la masa “*las prestaciones debidas o que deba realizar el concursado*”. La equivocidad del precepto, de defectuosa redacción por la oscuridad que generaba, derivaba de que no distinguía entre las prestaciones debidas antes de la declaración de concurso y las posteriores a la misma.

A raíz de la aplicación de este artículo, y obligados los Jueces de lo Mercantil a imponer la vigencia de contratos de suministro esenciales para que la actividad de la concursada no se detuviera, se pensó que se trataba de un precepto ideado para los contratos en general y no para la especialidad de los contratos de tracto sucesivo, en los que se permite la reclamación por deudas anteriores y posteriores. La LC concursal, según esta tesis, se asentaría en la distinción entre los dos tipos de deudas, lo que resultaría corroborado por una interpretación sistemática del anterior artículo 164, puesto en relación con los artículos 163 (antes 62.4) y 242 del TRLC de 2020. El artículo 163, que es el que se ocupa de señalar qué destino dar a las deudas derivadas del contrato una vez que, con arreglo a las normas anteriores, el mismo hubiera sido resuelto por incumplimiento, distingue entre las obligaciones procedentes de incumplimiento anterior a la declaración del concurso, que se incluirán como créditos concursales, y las dimanantes de incumplimiento posterior, que se satisfarán con cargo a la masa. Y en segundo término, el artículo 242, al enumerar los créditos contra la masa, no incluía (ap.1.9º) los

créditos anteriores a la declaración de concurso generados por el incumplimiento de contratos de tracto sucesivo.

Por tanto, se decía inicialmente, la posibilidad del Juez del concurso de imponer el suministro no puede pasar por reconocerle a la compañía suministradora el derecho a cobrar deudas concursales directamente contra la masa, pues de lo contrario, los acreedores cuyo crédito procede de un contrato de tracto sucesivo verían mejorada su posición, mediante la conversión de todos sus créditos en créditos contra la masa y por tanto abonables inmediatamente y a su vencimiento, mediante el simple expediente de ejercitar la acción prevista en el artículo 162 del TRLC, lo que cabría reputar de resultado absurdo, desigualitario y conculcador del principio de la *par conditio creditorum*.

Se trataba de una idea sustentada primeramente por el Juzgado de lo Mercantil nº 2 de Barcelona en su sentencia de 21 de julio de 2005, para el cual ni era propósito de la Ley el crear nuevos créditos contra la masa - salvo los «expresamente» reconocidos como tales por la Ley Concursal, tal y como rezaba el núm. 11 del artículo 84-2 LC -, ni el dotar al contratante *in bonis* de una especial protección que altere la categoría de un crédito que sería naturalmente concursal para convertirlo en crédito contra la masa. Fue una tesis seguida posteriormente por otros, como muestra la sentencia del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Oviedo 3 de febrero de 2006¹³, así como las Audiencias (por ejemplo, SAP Murcia de 21

13 “Por el contrario en el supuesto que ahora nos ocupa nos hallamos ante una situación de contrato vigente aun cuando afectada por el incumplimiento de cualquiera de las partes. Es por ello que cuando el art. 62-3 LC establece que en el caso que regula serán a cargo de la masa «*las prestaciones debidas o que deba realizar el concursado*», deberá ser interpretado el término «*prestaciones debidas*» como prestaciones devengadas tras la fecha de declaración del concurso, pues no olvidemos que la norma está regulando las situaciones de incumpli-

de julio de 2008, SAP Sevilla 9 de diciembre de 2008).

La tesis antes expuesta, por tanto, no era descabellada y tenía fundamento técnico. Sin embargo, suponía para el acreedor *in bonis*, para el suministrador diligente y cumplidor, un perjuicio absolutamente desproporcionado. Como dijo al respecto la SAP Barcelona, Secc. 15ª, de 13 de septiembre de 2006, revocando precisamente la sentencia del Juzgado de Barcelona que por primera vez se pronunció por pagar contra la masa en caso de imposición forzosa del contrato sólo las cuotas vencidas tras la declaración, para el legislador, según era de ver en la Exposición de Motivos de la LC en 2003, el cumplimiento forzoso, determinado por el interés del concurso, es una forma de enervación, es decir, de evitar la efectividad de la resolución contractual por causa de incumplimiento, pero, seguía indicando la Exposición de Motivos, esa facultad de enervación en interés del concurso tiene efectividad con garantías para el derecho de la contraparte. Decía literalmente aquella primera Exposición de Motivos que *“no obstante, en interés del concurso y con garantías para el derecho de la contraparte, se prevé tanto la posibilidad de una declaración judicial de resolución del contrato como la de enervarla en caso de que exista causa para una resolución por incumplimiento”*.

Como bien dijo la Audiencia de Barcelona, esas garantías, en interés de quien se ve forzado a seguir cumpliendo pese a que el ordenamiento jurídico le otorga la facultad de extinguir el vínculo por no haber obtenido la satisfacción de su interés negocial por causa del incumplimiento

contrario, no pueden ser otras que las que resultaban de la literalidad del artículo 62.3 (en 2020, el art. 164), es decir, que con cargo a la masa sean abonadas las prestaciones adeudadas por el concursado, **anteriores y posteriores a la declaración de concurso**, por razón de esa relación contractual.

Según la sentencia mencionada, *“(e)n tal sentido deben ser interpretados, de acuerdo con su sentido literal y propio, los términos “prestaciones debidas o que deba realizar el concursado”, comprensivas de la deuda anterior al concurso que ha motivado la acción resolutoria (y que procedería de no acogerse la facultad enervatoria) y las ulteriores a la declaración de concurso, puesto que la norma no distingue y, antes bien, contempla una disyuntiva temporal que se proyecta sobre un pasado y un futuro, en relación con las prestaciones que deben satisfacerse a cargo de la masa en caso de declararse la continuidad contractual pese al incumplimiento. Si tan sólo debieran pagarse con cargo a la masa las prestaciones generadas con posterioridad al concurso hubiera bastado una expresión en este sentido, o acaso sólo el último inciso, “las que deba realizar el concursado”, pero incluye también las prestaciones debidas. De entender lo contrario, tal como mantiene la Administración Concursal y el Sr. Juez del concurso, el precepto no introduciría nuevas garantías, ni en realidad ninguna, porque en todo caso las prestaciones a cargo del concursado generadas por el ejercicio de su actividad después de declarado el concurso ya son consideradas deudas de la masa por el art. 84.2.5º LC”*.

Efectivamente: si el legislador dice expresa-

mente posterior a dicho momento, y cuando ampara también a las de incumplimiento anterior si se tratare de contratos de tracto sucesivo, deberán calificarse las prestaciones devengadas antes de la declaración del concurso como genuinos créditos concursales”.

mente que la posibilidad de enervar la resolución de un contrato por incumplimiento exige garantizar los derechos de la contraparte, debe entenderse entonces que esa garantía no puede consistir simplemente en redundar en algo que ya decía el artículo 84.2 de la LC, como es que los créditos contra la masa posteriores a la declaración se pagarían según su devengo a su vencimiento.

Fue el Tribunal Supremo el que acabó por resolver la discrepancia existente al respecto, validando la tesis de la Audiencia de Barcelona. **Si se mantiene con carácter forzoso el contrato de suministro, debe pagarse como crédito contra la masa todas las prestaciones adeudadas por el concursado en ese momento, tanto las anteriores como las posteriores a la declaración de concurso.** Efectivamente, planteado por una suministradora (concretamente de electricidad, ENDESA) la infracción legal que suponía no pagar como crédito contra la masa las prestaciones debidas desde antes de la declaración del concurso, la Sala 1ª construyó su jurisprudencia al respecto en sus sentencias núm. 145/2012, de 21 de marzo, y núm. 161/2012, igualmente de 21 de marzo, concluyendo lo siguiente:

“6.- Ciertamente, un crédito potencialmente concursal, a raíz del mantenimiento del contrato, cristaliza en crédito contra la masa, pero ello no obedece a una decisión unilateral del suministrador, sino a la decisión que le impone un sacrificio actual y le expropia la facultad de resolver al obligarle a continuar suministrando a quien incumplió resolutoriamente sin que, por otra parte, como la realidad demuestra de forma notoria, el hecho de que el crédito sea contra la masa garantice en modo alguno el cobro.

7.- Finalmente, esta respuesta coincide con la prevista en los arts. 68 a 70 LC para los supuestos de rehabilitación de contratos, incluso de contrato único, de préstamo, crédito y adquisición de bienes con precio aplazado y de enervación del desahucio en arrendamientos urbanos, ya que, si bien no es lo mismo «rehabilitar» contratos resueltos que «impedir» la resolución de los vigentes, ambas medidas responden a una misma idea: la necesidad de que la masa - en cuyo interés se obliga a mantener los contratos en los que concurrir causa de resolución - responda frente a quienes se ven privados de la facultad de desligarse u obligados a rehabilitar el contrato ya resuelto. De ese modo se cumplen las «garantías» a las que se refiere la Exposición de Motivos”.

La cuestión, por tanto, quedó cerrada. Sin embargo, subsistía un problema adicional que, a la postre, se traducía en un impago sistematizado. Como anticipaba y vaticinaba la Sala 1ª en aquellas dos sentencias de 2012, reconocer que deudas concursales, por mor del mantenimiento obligado de un contrato incumplido, pasaban a ser deuda contra la masa no significaba otra cosa que cambiar su clasificación crediticia, dotándolas de una indudable preferencia, pero poco más. Si el crédito contra la masa no se paga a su vencimiento, el resultado para la suministradora es idéntico. Y dado el frecuente panorama de los concursos sin masa, la victoria ante el Tribunal Supremo mejoró las expectativas pero no logró por sí mismo que, de un reconocimiento formal de un crédito contra la masa, se pasara a su pago como respuesta al sacrificio que se imponía al suministrador¹⁴.

¹⁴ El restrictivo criterio que, a la par, ha mantenido el Tribunal Supremo sobre la interpretación de lo que deba considerarse, al amparo del antiguo artículo 176bis.2 de la LC (en 2020 arts. 249 y 250), “créditos imprescindibles

Se procuró entonces convencer al Tribunal Supremo de que, si en efecto la ratio de esta conversión de deuda concursal en deuda contra la masa es la misma que la existente en la rehabilitación de los contratos financieros y de arrendamiento, la solución debía entonces ser la misma: si los artículos 166, 167 y 168, como hacía la antigua LC (arts. 68 a 70), permiten rehabilitar contratos vencidos pero siempre que en ese momento se actualice el pago de todo lo que se deba, la misma razón obliga, si se quiere imponer un contrato incumplido y seguir sirviendo al deudor, a pagar contra la masa, en ese momento y no otro, todos los suministros adeudados a esa fecha.

La respuesta de la Sala 1ª, sin embargo, fue negativa en esta ocasión. En la STS Sala 1ª núm. 678/2020 de 15 de diciembre, el tribunal, ratificando primero sus conclusiones anteriores de 2012, considera sin embargo que el régimen aplicable a la rehabilitación, aunque la ratio fuera la misma en sus sentencias previas sobre el suministro, no permite la extensión de ese pago inmediato a los suministros incumplidos pero forzosos. Es un argumento de pura legalidad, reforzado por la diferencia existente en el TRLC de 2020 entre el contenido del artículo 164, que no varió en relación a su precedente de 2003, y el contenido de los artículos 166 a 168, que sí varían y enfatizan esa diferencia de trato.

III.- EL SUMINISTRO ANTE LA INSOLVENCIA DEL SUMINISTRADO: EL SISTEMA POSTERIOR A LA REFORMA DE LA LEY 16/2022

Llegado finalmente el momento de implementar la Directiva de reestructuración preventiva de 2019, la Ley 16/2022 de 5 de septiembre, en vigor como se ha dicho desde el día 26 de ese mismo mes para el Libro I y II, y desde el 1 de enero de 2023 para las microempresas, el legislador español ha configurado un sistema preconcursal y concursal en el que el contrato de suministro, y en general los contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento, se van a ver afectados de una forma muy parecida a la que se conoce al amparo de la legislación de 2003 y 2020, aunque con algunas variaciones sin duda reseñables. A efectos de examinar estas modificaciones legales y describir cuál es el campo de juego del suministro enfrentado a un deudor insolvente, es preciso diferenciar entre el tratamiento que recibe en la fase preconcursal y el que recibe cuando, descartada o fracasada la reestructuración, se abre un procedimiento concursal.

Como se verá, aunque se importa y se trae a la reestructuración desde el proceso concursal el principio de vigencia de las relaciones contractuales del deudor, los límites a los que se sujeta al suministrador son distintos en una fase y otra: en el momento de la negociación de un plan, existe, como novedad, la posibilidad de resolver un suministro (un contrato, en general) por el mero interés en la reestructuración, y al tiempo se

para la liquidación” y cuándo se activa la prelación que se precepto establecía (vgr. SSTS Sala 1ª 225/2017 de 6 de abril y 15 de septiembre de 2020), ha venido cerrando el paso también a que los suministros estratégicos se paguen por esta vía excepcional en caso de concurso sin masa. Véase por ejemplo el caso Isofotón (S. Juzgado de lo Mercantil de Málaga nº 2 de 1 de septiembre de 2022), en el que incluso medió un auto anterior considerando el suministro eléctrico como ineludible para el mantenimiento de la actividad de la empresa.

protegen a ultranza los contratos necesarios para la actividad siempre que el deudor pague mientras negocia; en el proceso concursal no se hace esa diferenciación en torno al contrato necesario y el suministrador puede pedir la resolución por incumplimiento, pero se recoge la posibilidad de desestimar la resolución si se ofrece el pago inmediato de todo cuanto se debe y efectivamente se paga; en la reestructuración, los límites a la resolución contractual a instancias del suministrador están ligados a la suspensión de las ejecuciones individuales sobre bienes necesarios, lo que no ocurre en el proceso concursal.

3.1. El escenario preconcursal general de los contratos del deudor

Quizás la más importante novedad, en efecto, derivada de la implementación de las normas comunitarias sobre alarma temprana, reestructuración preventiva y agilización procesal, es el gran desarrollo que ello ha supuesto para el Derecho Preconcursal español, al que se dedica todo el Libro II del TRLC. A partir de los artículos 583 y siguientes, contamos ahora con un sistema más completo y exhaustivo de las instituciones preconcursales, concretamente de los planes de reestructuración, protegidos por la comunicación de negociaciones, aplicable en el plano subjetivo a las empresas que cuenten con actividad y que, en el plano objetivo, se encuentren, no sólo en insolvencia actual o inminente, sino también en insolvencia probable. Nos remitimos al estudio de los artículos 2 y 584.2 del TRLC reformado y a sus

definiciones, que adelantan, cumpliendo con la finalidad de la Directiva, la posibilidad de evitar la insolvencia con previsiones de hasta dos años anteriores a la insolvencia actual¹⁵.

En este escenario de lo que el TRLC ya llama - dando carta de naturaleza a lo que antes era una mera expresión vulgar y se empleaba de forma puntual en torno al artículo 5bis o la antigua Disp. Ad. 4ª de la LC - el “preconcurso”, el legislador ha procurado enfatizar y repetir lo que antes sólo había dicho en sede puramente concursal en torno a la eficacia de los contratos del deudor. Y podemos afirmar que la reforma de 2022 ha sido mucho más sensible con la relevancia contractual del suministro, unas veces protegiendo la actividad del deudor ante resoluciones, modificaciones o suspensiones que vengan del lado del suministrador afectado por la insolvencia, y otras protegiendo la posición del suministrador ante el impago de sus facturas.

a) El principio de vigencia de los contratos del deudor y la enervación de las cláusulas ipso facto.

La integración en España de los mandatos europeos en materia de reestructuración exigía, primeramente, el dejar perfectamente asentada una regla que ya conocíamos pero propia exclusivamente del mundo concursal: el principio general de vigencia de las relaciones contractuales y la nulidad de las previsiones negociales que permitieran al contratante cumplidor poner fin o alterar sustancialmente un contrato por el mero hecho de que se haya abierto un proceso de ne-

¹⁵ Según el artículo 2.3 TRLC, “(s)e encuentra en estado de insolvencia inminente el deudor que prevea que dentro de los tres meses siguientes no podrá cumplir regular y puntualmente sus obligaciones”.

Según el artículo 584.2, “(s)e considera que existe probabilidad de insolvencia cuando sea objetivamente previsible que, de no alcanzarse un plan de reestructuración, el deudor no podrá cumplir regularmente sus obligaciones que venzan en los próximos dos años”.

gociación, lo que, efectivamente y como recoge la Directiva, supondría dinamitar todo intento de evitar el concurso y reestructurar la deuda. Se iría de forma innecesaria en contra del principio general del mantenimiento de la actividad empresarial o profesional del deudor, que anima toda la Directiva de reestructuración preventiva, y que es principio nuclear igualmente del concurso de acreedores, según muestra el artículo 111 del TRLC¹⁶.

No en vano, toda la normativa europea sobre reestructuración preventiva tiene como objeto una empresa viable, es decir, empresas que tengan un valor en funcionamiento superior (como *going concern*) al valor de la liquidación, en la línea que anticipa el Considerando 2 de la Directiva y concreta su artículo 4, en el cual la viabilidad de la empresa es una condición necesaria para poder abordarse un proceso de reestructuración¹⁷. Cabría incluso exigir nacionalmente una prueba de esa viabilidad, según prevé el Considerando “*como condición para acceder al procedimiento de reestructuración preventiva previsto en la presente Directiva*”.

La resolución de los contratos del deudor, por tanto, puede acabar con esa viabilidad precisamente por abordarse una reestructuración empresarial que aleje y espante a los proveedores y clientes, lo que autoriza a admitir cierto nivel de injerencia en los derechos subjetivos de los acreedores. Es una de las medidas de lo que la doctrina llamaba al hilo de la Propuesta de Directiva la “moratoria concursal” o “*stay concursal*”¹⁸, junto a la suspensión de las ejecuciones y la de la obligación de solicitar el concurso.

Máxime si se tiene en cuenta el amplio concepto de “reestructuración” que maneja el legislador. Según el artículo 2.1.1 de la propia Directiva, se entiende por «reestructuración» “*aquellas medidas destinadas a la reestructuración de la empresa del deudor que incluyen la modificación de la composición, las condiciones o la estructura de los activos y del pasivo o cualquier otra parte de la estructura del capital del deudor, como las 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 opera-*

16 Al hablar de los efectos generales de la declaración del concurso sobre el deudor, este precepto, titulado *Continuación del ejercicio de la actividad profesional o empresarial*, establece: “1. La declaración de concurso no interrumpirá la continuación de la actividad profesional o empresarial que viniera ejerciendo el deudor. 2. Hasta la aceptación de la administración concursal el concursado podrá realizar los actos que sean imprescindibles para la continuación de su actividad, siempre que se ajusten a las condiciones normales del mercado, sin perjuicio de las medidas cautelares que hubiera adoptado al respecto el juez al declarar el concurso”.

17 La nueva Propuesta de Directiva para la armonización de ciertos aspectos de la ley de insolvencia, del Parlamento y del Consejo, de 7 de diciembre de 2022, lo ha vuelto a confirmar muy recientemente, así como su foco en las empresas viables:

“*The minimum harmonisation standards of Directive (EU) 2019/1023 on the preventive restructuring frameworks only apply to businesses that are not yet insolvent and pursue the very aim of avoiding insolvency proceedings for businesses that can still be returned to viability. They do not address the situation where a business becomes insolvent and has to undergo insolvency proceedings*”.

18 GARCIMARTÍN F, “*La Propuesta de Directiva europea sobre reestructuración y segunda oportunidad (II): Moratoria preconcursal*”, Almacén de Derecho, Dic 11, 2016.

tivo necesario o una combinación de estos elementos”. El Considerando 2 señala expresamente que, entre los posibles “cambios operativos”, se encuentran precisamente la resolución o la modificación de los contratos del deudor¹⁹. La traducción española está en el artículo 614, que sigue esta pauta²⁰.

En el diseño del legislador europeo, en consecuencia, la resolución de los contratos o su modificación integra un cambio operativo, y un cambio operativo, por sí solo o en combinación con otros elementos, es una medida de reestructuración en sí misma. Afectar y alterar el escenario contractual de un deudor ya es reestructurar. Fácilmente se comprende, pues, que si una reestructuración empresarial puede centrar su atención, no ya en el pasivo, sino en el activo del deudor, o en un cambio operativo de su actividad, o en la venta de todo o parte de la empresa, o en una combinación de lo anterior, el papel que juegan los contratos vigentes de la empresa insolvente es determinante y exige una especial atención y cuidado, como ya han señalado algunos autores²¹. Como recuerda E. GÓMEZ²², la preocupación por el mantenimiento del escenario contractual del deudor, clave de su actividad empresarial, ya

se tradujo en el terreno de la venta de unidades productivas en el antiguo artículo 146bis y la reforma operada en la LC por la Ley 9/2015, protegiendo esos contratos y su asunción por el adquirente.

La importancia que, en relación al mantenimiento de este principio de vigencia, se da al suministro, es capital. De hecho, véase el Considerando 40 de la norma comunitaria, que tiene al suministro como su principal protagonista, ya sea enfrentado a un concurso de acreedores, ya sea afectado por una solicitud de reestructuración preventiva:

“(40) Cuando un deudor sea objeto de un procedimiento de insolvencia, algunos proveedores pueden disponer de derechos contractuales previstos en las denominadas cláusulas de vencimiento anticipado, que les permitan resolver unilateralmente el contrato de suministro por la sola causa de la insolvencia, aun cuando el deudor haya cumplido debidamente sus obligaciones. También podrían ganar efecto las cláusulas de vencimiento anticipado cuando un deudor pide medidas de reestructuración preventiva. Si se invocan estas cláusulas cuando el deudor esté sola-

19 Considerando 2 de la Directiva 2019/1023: “(...) Salvo que se disponga específicamente otra cosa en la normativa nacional, los cambios operativos, como la resolución o modificación de contratos o la venta u otra forma de enajenación de activos, deben cumplir los requisitos generales que establece la normativa nacional para tales medidas, en particular las normas de Derecho civil y de Derecho laboral”.

20 Artículo 614 TRLC: “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”.

21 Véase, por ejemplo, AZOFRA, F “Las cláusulas ipso facto y la posibilidad de denuncia unilateral del contrato”, en “Los contratos en el concurso de acreedores”, Coord. Campuzano A. B y Díaz Moreno A, Aranzadi 2020.

22 GÓMEZ LÓPEZ E, “El principio general de vigencia de los contratos y las especialidades de la compensación contractual y el suministro de energía en supuestos de reestructuración”, en “Planes de reestructuración y cláusulas ipso facto”, Dres. E. Sanjuán y A.B Campuzano, Tirant lo Blanch, Valencia 2022.

mente negociando un plan de reestructuración o pidiendo la suspensión de ejecuciones singulares o si se invocan en relación con cualquier acto relacionado con la suspensión, la resolución anticipada puede tener repercusiones negativas en la empresa del deudor y en el rescate satisfactorio de la empresa. Por lo tanto, en esos casos, es necesario disponer que los acreedores no puedan invocar ese tipo de cláusulas de vencimiento anticipado vinculadas a negociaciones sobre un plan de reestructuración o una suspensión o cualquier acto similar relacionado con la suspensión”.

La Unión Europea, por tanto, es consciente del daño que puede causar en una reestructuración el que se haya concedido al contratante *in bonis*, más concretamente a un suministrador que cumple con sus obligaciones, el derecho a poner fin al contrato por el mero hecho de que el deudor reconozca su insolvencia y abra un proceso negociador. La realidad, sin embargo, es que se trata de cláusulas muy frecuentes. Abundan en todo tipo de contratos, en el capítulo de resolución y extinción - acompañada en el anexo o la cláusula dedicada a las definiciones de una completa y amplia definición de “insolvencia”, que siempre se extiende más allá del proceso concursal para incluir la comunicación previa de negociaciones o cualquier proceso equivalente de reestructuración o refinanciación de deuda, la liquidación de activos, incluso el cambio de control -, especialmente en los suministros y demás contratos de tracto sucesivo y duraderos. En ellos se establece una relación de confianza en el tiempo - tanto del suministrado de que se va a mantener activo a su proveedor, como del suministrador de que se pagarán los pedidos o la energía que provee - que puede verse alterada, amenazada, por la insolvencia del primero.

De hecho, la ineficacia de estas cláusulas que

ya impuso el artículo 61 de la Ley de 2003 no supuso su desaparición de los modelos contractuales, siguen apareciendo sistemáticamente a pesar de que, en caso de concurso, son completamente ineficaces y se tienen por no puestas. La razón es que, si el suministrado, en general el deudor insolvente, se aquieta a la resolución por ese motivo, es una vía para poner fin al contrato de forma pacífica, no suscitándose por ello discrepancia alguna ante el juzgado. Evidentemente, es una solución práctica pero que no convierte a la cláusula *ipso facto* en eficaz: el contrato se está resolviendo en realidad por interés del concurso.

Pero efectivamente cabe predicar de obstáculo un derecho contractual, negociado y concedido de forma voluntaria, en principio válido y legítimo (arts. 1255 y 1258 Código Civil), que antes incluso de que se haya activado judicialmente un proceso concursal y de que éste despliegue sus efectos, pueda impedir la continuación de la actividad empresarial o profesional del deudor. El interés del suministrador se impondría siempre al interés colectivo de sacar adelante la empresa, en beneficio del resto de acreedores y del tejido productivo. Se introduce para toda la Unión, pues, una norma específica en sede de reestructuración para poner coto a las llamadas “cláusulas *ipso facto*”, a las que se alude expresamente en la traducción inglesa o la italiana, “resolutorias” en la versión francesa de la Directiva (Cdo. 40), y que en España se han traducido en la Directiva, como vemos, como “cláusulas de vencimiento anticipado”.

La traducción de esta necesidad de enervar esos derechos contractuales pasó finalmente al artículo 7.5 de la Directiva:

“5. Los Estados miembros garantizarán que no se permita a los acreedores 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”.

Es muy importante destacar el alcance de esta previsión, pues lo cierto es que, a pesar del título de la norma (el artículo 7 se dedica globalmente a las “consecuencias de la suspensión de las ejecuciones singulares”, de las que se ha ocupado en el artículo 6), un título muy equívoco a este respecto, la Directiva no cierra el paso a la cláusulas ipso facto solamente como consecuencia de una suspensión de las ejecuciones individuales sobre el activo del deudor, como veremos si ocurre a la hora de tratar los contratos necesarios. Las cláusulas ipso facto quedan sin eficacia, además y sobre todo, si prevén la resolución contractual o se altera sustancialmente la relación contractual

por la mera solicitud de apertura, o la apertura misma, de un procedimiento de reestructuración preventiva.

Cuando el legislador español recoge la Directiva y la implementa, elige, creo que acertadamente, la comunicación de negociaciones como el primer lugar en el que instalar el principio de vigencia en fase preconcursal. Parece lógico, en efecto. La comunicación de negociaciones previas con los acreedores es, ahora sí, la primera pieza de ese mecanismo de evitación del concurso que es el plan de reestructuración. No es ineludible ni estrictamente necesaria, pero sí será por lo general el primer paso del deudor insolvente orientado a reestructurar su deuda. En el pasado, sobre todo cuando en 2009 apareció por primera vez el viejo artículo 5.3 de la LC, la comunicación (el “precurso”, como dio en llamarse, o más recientemente “el 5bis”) era una pieza desgajada de un sistema preconcursal que en realidad no protegía nada: un paraguas protector de intentos de refinanciación que en realidad eran completamente inoperantes (sobre todo por un muy importante riesgo de rescisión concursal), lo que se tradujo en comunicaciones previas que tan sólo perseguían, con mayor o menor pudor, ganar cuatro meses más para interponer el recurso, sin negociación alguna intermedia. Quien suscribe se significó mucho en aquellos años en la exigencia de que para tal beneficio, se acreditaran las negociaciones, sin demasiado éxito²³.

23 GONZÁLEZ NAVARRO, B.A., “En torno al nuevo artículo 5.3 de la Ley Concursal”, Anuario de Derecho Concursal, núm. 19, año 2010-1.

Abierta la discusión, la tesis que pasó a la reforma de la Ley 38/2001 fue la contraria, la no imposición de requisitos adicionales a la comunicación previa. Hoy el sistema es diferente, mucho más exigente, en efecto, a la hora de construir una comunicación de negociaciones eficaz (arts. 585 y ss TRLC), pero con señales del viejo sistema, más flexible: el artículo 588.3 aligera la carga del solicitante en relación con el estado de insolvencia y, aunque sólo en relación al estado, le da siempre credibilidad al solicitante (“3. La resolución teniendo por efectuada la comunicación se dictará sin necesidad de que el deudor acredite el estado en que se encuentre que hubiera alegado”).

Sea como fuere, lo cierto es que, al amparo de la anterior normativa, no era posible aplicar este principio de vigencia en la fase preconcursal y, más concretamente, considerar que era una consecuencia más de la comunicación de negociaciones. La diferenciación entre la insolvencia declarada judicialmente y la fase preconcursal seguía siendo diáfana. AZOFRA analizó la cuestión más recientemente²⁴, discutiendo cierta posibilidad de aplicar a la fase de las negociaciones del antiguo acuerdo de refinanciación el artículo 156 en su redacción de 2020, lo que desde luego se enfrentaba con la inexistencia de apoyo legal explícito para esa extensión, que en efecto era aventurada, pues no existía identidad de razón bastante que sustentar una aplicación analógica. Como señala SANJUAN²⁵, recogiendo el parecer de otros autores coincidentes²⁶, en realidad esas limitaciones contractuales podrían tener sentido al amparo del deber general de abstención que, para los acuerdos extrajudiciales de pago, ya extintos, recogía el antiguo artículo 664 del TRLC de 2020, cuando decía que “(d)esde la comunicación de la apertura de las negociaciones al juzgado competente para la declaración del concurso, los acreedores deberán abstenerse de realizar acto alguno dirigido a mejorar la situación en que se encuentren respecto del deudor”, y que “(l)os actos de mejora que se realicen no producirán efecto alguno”.

Al contrario pues de lo que hacía la ley concursal anterior, la reforma de la Ley 16/2022 sí que se ocupa de la comunicación de negociaciones que efectúa el deudor precisamente con el

objetivo de proteger la viabilidad de la empresa y lograr un plan de reestructuración de su deuda, y se introduce, ahora sí, una sección destinada a regular los efectos de la comunicación previa sobre los contratos, estableciendo en el artículo 597 el principio general del que venimos hablando:

“Artículo 597. Principio general de vigencia de los contratos.

La comunicación, por sí sola, no afectará a los contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento. En particular, se tendrán por no puestas las cláusulas contractuales que prevean la suspensión, modificación, resolución o terminación anticipada del contrato por el mero motivo de:

1.º La presentación de la comunicación o su admisión a trámite.

2.º La solicitud de suspensión general o singular de acciones y procedimientos ejecutivos.

3.º Cualquier otra circunstancia análoga o directamente relacionada con las anteriores”.

Es una novedad de la reforma que, en mi opinión, sólo es de énfasis, no estrictamente necesaria: si ni siquiera existe una declaración judicial de concurso, en esta fase previa no hay razones conceptuales para que la mera presentación de una comunicación del inicio de negociaciones su-

²⁴ Ver obra citada ad supra.

²⁵ SANJUAN Y MUÑOZ E, “Las cláusulas ipso facto en los ámbitos preconcursal y concursal”, en “Planes de reestructuración y cláusulas ipso facto”, Dres. Campuzano A.B y Sanjuán E, Tirant lo Blanch, Valencia 2022.

²⁶ CIFREDO ORTIZ P, “Los contratos en la reestructuración preventiva”, en “La reestructuración como solución de las empresas viables”, Dres. A. Díaz Moreno, FJ León, J. Brenes y S. Rodríguez, Aranzadi 2022. La autora se hace a su vez de otros autores en esa línea, como CARRASCO PARERA A, o SÁNCHEZ PAREDES M.L.

ponga el fin de las relaciones contractuales del deudor, quien poco estímulo tendría entonces para ello y que dinamitaría la reestructuración. Así ha sido siempre al amparo de la legislación anterior, que nada decía al respecto, dándolo por cierto, y ello a pesar, como se ha mencionado, de la resistencia de los modelos contractuales en eliminar este tipo de cláusulas de resolución por el mero hecho de la comunicación, que se saben completamente ineficaces. Sin embargo no se contaba con una norma específica que en esta fase previa enfatizara la conservación del contrato a pesar de que se reconozca la insolvencia y se trate de negociar con los acreedores. El reconocimiento expreso del principio de vigencia en el escenario preconcursal ha llegado finalmente por la vía de la implementación de la norma comunitaria²⁷.

Como venía ocurriendo en nuestra normativa concursal, el objeto de protección son los contratos con obligaciones recíprocas. Ya sabemos que el contrato de suministro lo es. Nos remitimos a la innumerable jurisprudencia recaída sobre este tipo obligacional, y cabe sólo enfatizar la importancia de reparar en que los contratos unilaterales no están incluidos en este principio de vigencia propio del escenario preconcursal o concursal. La evolución de la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha ido más allá de la exclusión (no completamente diáfana, cabe decir) del contrato de préstamo como contrato unilateral, y se ha centrado en un problema diferente, como es

analizar el sinalagma funcional que se ha descrito para determinar, a efectos concursales, si el fogonazo jurídico que es el concurso encuentra al contrato con ambas partes pendientes de cumplir o pendiente sólo una de ellas. Así el Tribunal Supremo ha considerado que los contratos de swap desvinculados o los contratos de leasing no se ubican en el artículo 61.2 LC (actual art. 158 TRLC), es decir, no hay prestaciones pendientes de ambas partes, ya que tras la declaración de concurso nada más surgen obligaciones para una de ellas.

En el seno por tanto de las obligaciones recíprocas, la norma del artículo 597 del nuevo TRLC establece de forma saludable, en los escenarios preconcursales y de negociación, un principio general de vigencia de los contratos muy amplio, pues se asienta en tres mensajes muy claros:

- No es relevante que la pendencia en el cumplimiento sea en la posición del contratante *in bonis* o en la del deudor, como no lo es que el contrato tenga obligaciones pendientes de cumplimiento por ambas partes o sólo por parte de una de ellas, como ocurre y es propio del escenario concursal: sólo alude a contratos recíprocos en fase de desarrollo y cumplimiento, “*contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento*”. De hecho, la Propuesta de Directiva hablaba inicialmente de “contratos pendientes de

²⁷ La ineficacia de las cláusulas ipso facto también se extiende a los créditos a plazo, no solamente a los contratos. La implementación de la Directiva se ha concretado en este punto en el artículo 595 del TRLC, según el cual la comunicación de negociaciones por sí sola no producirá el vencimiento anticipado de los créditos, añadiendo lo siguiente:

“2. Serán ineficaces las cláusulas contractuales que prevean la modificación de los términos o condiciones del crédito, incluido su vencimiento anticipado, por esa sola causa, por la solicitud de suspensión general o singular de acciones y procedimientos ejecutivos o por otra circunstancia análoga o directamente relacionada con ellas”.

ejecución”. Ello es coherente con la definición posterior de “contrato vigente” que recoge el artículo 2.1.5 de la Directiva 2019/1023: “*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*”.

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 sinálgámico, pero no a que la pendencia sea necesariamente de ambos contratantes, que es cosa distinta. 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.

Igualmente, no se distingue aquí entre contratos de tracto único de tracto sucesivo. La ineficacia de las cláusulas ipso facto

y el principio de vigencia se predica de todos ellos. Ello se complementa, de todas formas, con la regla especial establecida para ciertos contratos en el artículo 7.6 de la Directiva, que será implementado en España en el artículo 599 del TRLC, que luego veremos.

- No se refiere sólo a los intentos de resolver el contrato por el mero efecto de la comunicación, sino que se protege también frente a la suspensión del contrato - muy relevante y frecuente en el caso del suministro, un caso muy normado además por la Administración en el caso concreto de suministros de energía, y que por lo general se refiere al ejercicio de la *exceptio nin adimpleti contractus* -, la modificación, o la terminación anticipada (también vedada por el art. 595 TRLC). El artículo 7.5 de la Directiva menciona incluso la protección frente a intentos de “acelerar” los contratos en detrimento del deudor. Ello obedece, por supuesto, a la traducción de la norma europea²⁸, de aspiración más amplia y para todos los ordenamientos de la Unión que recojan esa “aceleración” de forma expresa (no ha sido el caso español), pero muestra esa voluntad de proscribir todo intento de modificación del contrato aprovechando el hecho mismo del inicio de negociaciones, refiriéndose de esa forma al ejercicio del vencimiento anticipado.
- De la misma forma, se protege la vigen-

²⁸ Una mala traducción, ciertamente, pues pasa al castellano sin más el verbo *accelerate* que se emplea en la versión inglesa. Las críticas a la mala traducción que en general presenta la norma española ya ha sido objeto de crítica generalizada. Véase por ejemplo, ROJO FERNÁNDEZ A, en “La Propuesta de Directiva sobre reestructuración preventiva”, en Anuario de Derecho Concursal, núm. 42, 2017.

cia de los contratos y su intangibilidad con un afán omnicompreensivo, no sólo por la solicitud de suspensión general o singular de acciones y procedimientos ejecutivos, como parece apuntar el título del artículo 7 de la Directiva que se implementa, sino también por el mero hecho de la comunicación de negociaciones, y en general, por “*cualquier otra circunstancia análoga o directamente relacionada con las anteriores*”. Como destaca ROJO ÁLVAREZ-MANZANEDA²⁹, es una extensión que teleológicamente concuerda con el espíritu de la Directiva, si bien ésta no la exigía directamente, pues esa mención desapareció finalmente del artículo 7.5, a diferencia de lo que incluía la Propuesta. Recordemos en todo caso que esa extensión se refiere en el Considerando 40 de la Directiva al caso de que se invoque las cláusulas de resolución “en relación con cualquier acto relacionado con la suspensión”.

b) La resolución por incumplimiento de los contratos del deudor durante la negociación con los acreedores. El mantenimiento forzoso del contrato de suministro necesario para la actividad y la contraprestación del suministrador.

La segunda novedad relevante que arroja la reforma de la Ley 16/2022 en este escenario preconcursal y de negociación es el relativo a la resolución, terminación, suspensión o modificación anticipadas del suministro - en general de los contratos recíprocos - no ya por mor de cláusulas *ipso facto*, sino por el incumplimiento del deudor. En este punto, la legislación española recoge

el mandato europeo, efectuando un movimiento primero de reconocimiento de los derechos del acreedor *in bonis*, y luego de nueva limitación a ese derecho en beneficio de los intereses colectivos.

La preocupación, no ya por los derechos contractuales concedidos para afectar los contratos del deudor por el mero hecho de negociar un plan, sino por el derecho legal y natural de un contratante cumplidor a no verse atrapado en un contrato que la contraparte no cumple, es patente. De nuevo la Unión Europea presta atención especial, dada su incidencia, al contrato de suministro. Véase el Considerando 41 de la Directiva 2019/1023:

(41) La resolución anticipada puede poner en peligro la capacidad de una empresa para continuar operando durante las negociaciones de reestructuración, especialmente por lo que se refiere a los contratos de suministros básicos tales como gas, electricidad, agua, telecomunicaciones y servicios de pago con tarjeta. Los Estados miembros deben disponer que los acreedores a los que se aplique la suspensión de ejecuciones singulares, cuyos créditos se hubieran originado con anterioridad a la suspensión y que no hubieran recibido el pago de un deudor, no puedan suspender el cumplimiento, resolver, acelerar o modificar de ninguna otra manera los contratos vigentes con obligaciones recíprocas esenciales durante el plazo de suspensión, siempre que el deudor cumpla sus obligaciones derivadas de aquellos contratos que lleguen a su vencimiento durante la suspensión. Los contratos vigentes con obligaciones recíprocas incluyen, por ejemplo, los contratos de arrenda-

²⁹ ROJO ÁLVAREZ-MANZANEDA R, “La extensión temporal de los efectos de la comunicación”, en “Planes de reestructuración y cláusulas ipso facto”, Dres. A.B Campuzano y E. Sanjuán, Tirant lo Blanch, Valencia 2022.

miento y de licencia, los contratos de suministro a largo plazo y los acuerdos de franquicia”.

- Énfasis añadido -

Algún autor ha señalado que la diferencia entre el artículo 7.4 y el artículo 7.5 de la Directiva radica en que éste se ocupa de aquellos contratos con una cláusula ipso facto preestablecida, mientras que el artículo 7.4 se ocupa de aquéllos en los que no existe dicha cláusula³⁰. Parecería de este modo que la resolución contractual en un supuesto y otro obedecería, en ambos casos, al mero hecho del reconocimiento de la insolvencia por el deudor y el inicio de negociaciones. No creo que sea así. La diferencia entre ambas normas comunitarias radica en que el artículo 7.5 se ocupa en efecto de las cláusulas ipso facto, donde la resolución (terminación o modificación) proviene del mero hecho de la insolvencia, mientras que en el artículo 7.4 la resolución proviene del incumplimiento previo del deudor, en cuyo caso las cláusulas contractuales anteriores ipso facto son completamente irrelevantes. Como veremos, la propia norma española lo confirma.

La lectura de este considerando previo de la norma europea permite ya de entrada, antes incluso de conocer la norma de Derecho positivo, alcanzar conclusiones muy valiosas sobre las

ideas matrices del sistema comunitario en este punto de la resolución por incumplimiento:

- El objetivo es impedir que la capacidad de una empresa para seguir operando con normalidad se vea resentida o impedida por una resolución contractual legítima, derivada del impago, pero inoportuna, pues de ella puede derivar la paralización de la actividad en perjuicio de todos los acreedores y de una empresa en principio viable. El posible beneficio colectivo de la aprobación de un plan de reestructuración, impone, según la Directiva un sacrificio particular a un contratante *in bonis*, no sólo neutralizando las cláusulas ipso facto, sino también ante su legítima pretensión de incumplir un contrato incumplido o de alegar en su defensa la *exceptio non adimpleti contractus*³¹.
- Los contratos que se mencionan son meros ejemplos, en una mención claramente no exhaustiva (“*por ejemplo*”): los arrendamientos, sin especificación alguna de su clase y objeto, dando cabida a contratos de arrendamiento financiero o leasing, que además cabrían al ser menciones meramente ejemplificativas que amparan otras figuras contractuales (renting, líneas

30 SANJUAN Y MUÑOZ E, “Las cláusulas ipso facto en los ámbitos preconcursal y concursal”, en “Planes de reestructuración y cláusulas ipso facto”, Dres. Campuzano A.B y Sanjuán E, Tirant lo Blanch, Valencia 2022, pag. 26.

31 Es discutible que esta opción sea necesariamente la correcta para las partes cumplidoras. Ver por ejemplo GARCIMARTÍN F, “La Propuesta de Directiva europea sobre reestructuración y segunda oportunidad (II): Moratoria preconcursal”, Almacén de Derecho, Dic 11, 2016. Según este autor, tratando en su día la Propuesta de Directiva “la solución contenida en la Propuesta es muy defendible por lo que hace a las ipso facto clauses, pero no lo es tanto en relación a los incumplimientos anteriores. Si cuando el deudor solicita una moratoria se ha producido ya un incumplimiento resolutorio, no veo por qué la parte *in bonis* (que no ha incumplido) no va a poder resolver el contrato u oponer la *exceptio non adimpleti*. Sería excesivo obligar a la parte *in bonis* a cumplir su obligación, pese a que el deudor siga sin cumplir la suya”.

de descuento, factoring, confirming...); las licencias, que dirigen así la mirada de la Unión Europea a los activos intangibles como marcas, patentes, diseños industriales y demás propiedad intelectual e industrial; y sobre todo - con una atención extraordinaria - los suministros.

Éstos son reflejados de dos maneras: primero se alerta de la necesidad de que los suministros básicos no pueden paralizarse en mitad de un proceso de negociación colectiva, mencionando, igualmente a título ejemplificativo (“*tales como*”), el suministro de gas, electricidad, agua, telecomunicaciones y servicios de pago con tarjeta, aunque pueden existir otros de bienes diferentes o servicios distintos igualmente básicos; de otro modo, se alude expresamente a los suministros “*a largo plazo*”, sin especificar ya el objeto de los mismos, y sin que esa alusión temporal excluya cualquier suministro que, por concepto como sabemos, se caracteriza por ser un contrato duradero y de tracto sucesivo.

- La medida para evitar la resolución del contrato en ese fase preconcursal de negociación no es otra que limitar la facultad resolutoria del contratante *in bonis*, cerrando ese camino al acreedor y por tanto haciendo que el contrato en cuestión sea intangible a pesar del incumplimiento producido. El diseño del legislador comunitario para esta limitación sustancial a un derecho contractual básico ha exigido de-

limitar con claridad su objeto, sus sujetos pasivos, su duración, la condición a la que se somete y sus efectos.

- El objeto de este límite a la resolución legítima del contrato incumplido, dada la amplitud de la primera parte de ese Considerando y sus menciones meramente ejemplificativas - y esto es lo determinante de la afección preconcursal de dichos contratos - es el contrato “esencial”, aquél que integra obligaciones “esenciales”. Ni el Considerando 41 ni el artículo 2 de la Directiva, que recoge las definiciones, especifican qué debe entenderse por tales, lo hará como veremos el artículo 7.4 de la Directiva. Los contratos que no puedan calificarse de esenciales, por tanto, no están sujetos a esta limitación, y por ello podrán ser resueltos en fase preconcursal sin limitaciones.
- Los sujetos pasivos de la limitación, del blindaje de los contratos esenciales, no son todos los contratantes afectados, sino exclusivamente *los acreedores a los que se aplique la suspensión de ejecuciones singulares, cuyos créditos se hubieran originado con anterioridad a la suspensión y que no hubieran recibido el pago de un deudor*. La importancia de este extremo es capital, y proviene de la preocupación en la Unión por evitar que la suspensión de ejecuciones suponga igualmente la suspensión de la operativa comercial ordinaria de la empresa³². El cierre a la resolución por parte del acreedor está ligada a la

³² Por ejemplo, y citando uno de los antecedentes de *soft law* más importantes de la Directiva de reestructuración preventiva 2019/1023, la Recomendación de la Comisión de 12 de marzo de 2014, sobre un nuevo enfoque frente a la insolvencia y el fracaso empresarial, señala en su ap. 10 lo siguiente (énfasis añadido):

suspensión de las ejecuciones singulares sobre el patrimonio del deudor³³. **Si se trata de acreedores contractuales que no se ven afectados por ninguna suspensión de ejecuciones singulares, no existe paralización de su acción de resolución contractual.** Más concretamente, no se protegen todos los contratos del deudor insolvente y en todo caso, sino sólo los esenciales y, además, sólo ante las acciones resolutivas por impago del deudor que provengan de acreedores,

(i) a los que se haya suspendido la ejecución individual sobre el activo, que es un efecto ligado a la presentación de la comunicación previa de negociaciones, pero que no se activa sin dicha comunicación, lo que confirma que si no se presenta la comunicación previa no existe limitación contractual viable para el acreedor *in bonis*;

(ii) que sean titulares de créditos anteriores a la suspensión de ejecuciones, entendiendo que son créditos anteriores, no los que venzan antes de la suspensión de ejecuciones, sino los que estén originados antes de la misma, aunque venzan después.

- La condición prevista para que opere esa limitación al acreedor alude entonces a los pagos vencidos *a posteriori*, es decir, después de haberse acordado la suspensión de ejecuciones, y es ciertamente significativo cómo la Directiva trata de equilibrar la posición del contratante *in bonis* que no puede resolver a pesar del incumplimiento ni siquiera antes del concurso y no imponer sacrificios desproporcionados: la paralización de la acción resolutiva para los contratos esenciales y los contratantes afectados por la suspensión es viable, pero siempre que el deudor cumpla sus obligaciones derivadas de aquellos contratos que lleguen a su vencimiento durante la suspensión. Si el deudor que negocia no paga sus suministros durante el plazo de suspensión de las ejecuciones, no puede aspirar a paralizar las acciones resolutivas.
- La duración de dicha paralización de la acción de resolución contractual, en coherencia con lo que establece la norma, se fija en lo que dure la suspensión de las ejecuciones singulares.
- Si todo lo anterior concurre, el efecto será

“Los deudores deberían tener derecho a solicitar al órgano jurisdiccional la suspensión temporal de las acciones de ejecución individuales (en lo sucesivo, «la suspensión») presentadas por los acreedores, incluidos los acreedores preferentes y con garantía, que podrían de otro modo ensombrecer las perspectivas del plan de reestructuración. La suspensión no debería interferir en la ejecución de los contratos en curso”.

33 La definición que ofrece la Directiva de “suspensión de ejecuciones singulares” se contiene en su artículo 2.1.4:

“Toda suspensión temporal, concedida por una autoridad judicial o administrativa o por ministerio de la ley, del derecho de un acreedor a ejecutar un crédito frente a un deudor y, cuando así lo disponga la normativa nacional, también frente a terceros prestadores de garantías, en el contexto de un procedimiento judicial, administrativo u otro, o suspensión del derecho de embargar o ejecutar los activos o la empresa del deudor por medios extrajudiciales”.

la paralización para el acreedor de su facultad de resolver por impago, y además, la de alterar de otra forma la regularidad de la relación contractual que le liga con el deudor insolvente: no puede suspender el cumplimiento, resolver, acelerar o modificar de ninguna otra manera los contratos vigentes. Llama la atención, de nuevo, esta mención a la “aceleración” del contrato, derivada de la integración comunitaria de ordenamientos diferentes, pero que alude a la terminación anticipada o a otras fórmulas no pactadas de adelanto del programa contractual, de muy difícil asunción en un escenario de insolvencia.

La cristalización previa del mensaje europeo sobre la posibilidad de resolver un contrato incumplido cuando todavía no existe concurso de acreedores, hecha en el Considerando 41 de la Directiva, ha sido pues ciertamente efectiva. No obstante, plantea ciertos problemas conceptuales que quizás se deben a una identificación defectuosa entre los derechos de crédito afectados por las ejecuciones singulares, derechos que habilitan una ejecución patrimonial singular sobre bienes y derechos del deudor si se cuenta con un título de ejecución eficaz, y los contratos esenciales en vigor del mismo deudor y pendientes de cumplimiento.

El vínculo legal que se ordena entre la restricción a la facultad de resolver los contratos incumplidos y la suspensión legal de las ejecuciones individuales - de forma que no cabrá resolver contratos necesarios incumplidos si al acreedor se le aplica la suspensión ejecutiva y ello mientras duren los efectos de la misma -, ha debido tener en cuenta que puede tratarse de sujetos perfectamente diferenciados. Dicho de otra forma, en muchas ocasiones los contratantes afec-

tados por esta limitación resolutoria en caso de incumplimiento no serán posibles ejecutantes, sino sujetos distintos, acreedores *in bonis* que no cuenten con garantías u otros títulos de ejecución, sino sólo un derecho a resolver si el deudor no le paga, o a negarse él a cumplir alegando la *exceptio non adimpleti* (o *non rite adimpleti*) contractus. Ello genera, pues, una diferenciación entre ejecutantes que ven suspendido su derecho a ejecutar y además suspendida su facultad de resolver el contrato que genera el título de ejecución, y contratantes *in bonis* sin acceso a ejecuciones individuales.

La diferencia entre unos y otros ya estaba perfectamente detectada cuando se publica la Propuesta de Directiva de 22 de noviembre de 2016, que se ocupaba de esta limitación contractual en el Considerando 21 - que igualmente se pronunciaba teniendo en mente al contrato de suministro, aunque se aplica a otros contratos - el cual establece un trato distinto según se trate de acreedores afectados por la suspensión de ejecuciones o no afectados:

“Los acreedores a los que se aplica la suspensión no deben poder suspender el cumplimiento, rescindir, acelerar o modificar de cualquier otra manera los contratos pendientes de ejecución durante el período de suspensión, siempre que el deudor siga cumpliendo sus obligaciones en virtud de dichos contratos. El cese anticipado pondría en peligro la capacidad de la empresa para continuar operando durante las negociaciones de reestructuración, especialmente por lo que se refiere a los contratos de suministros básicos tales como electricidad, gas, agua, telecomunicaciones y servicios de pago con tarjeta. Sin embargo, con el fin de proteger los intereses legítimos de los acreedores, así como para garantizar el menor trastorno posible a las actividades

de los acreedores en la cadena de suministro, la suspensión debe aplicarse únicamente a los créditos nacidos antes de que se concediera la suspensión. Para lograr que se lleve a cabo con éxito la reestructuración, el deudor debe pagar los créditos originados en el curso ordinario de la actividad empresarial y adeudados a los acreedores no afectados por la suspensión, así como los créditos de los acreedores afectados por la suspensión que se han originado tras la concesión de dicha suspensión”.

- Énfasis añadido -

El Considerando 41, como hemos visto, ha eliminado la referencia al pago de las deudas ordinarias de la compañía en fase de reestructuración a todos aquellos acreedores y proveedores que no se vean afectados por la suspensión de ejecuciones, mientras que ha mantenido la necesidad de que se paguen durante las negociaciones las deudas posteriores a la suspensión de las ejecuciones generadas en favor de los acreedores que sí están afectados por la suspensión. En la versión final, por tanto, el legislador diseña de entrada un sistema en el que las restricciones a la facultad de resolver o alterar el contrato se aplica sólo a los segundos, no a los primeros, los no afectados por la suspensión, a los cuales por tanto la desaparición de esa mención en el Considerando 21 de la Propuesta les es ya indiferente, pues si no se les paga durante la suspensión podrán resolver. Ello es así a pesar del efecto negativo que esa resolución contractual produzca en la reestructuración, que es precisamente el origen de esta preocupación por poner coto a las resoluciones sobre contratos necesarios para el mantenimiento de la actividad empresarial o profesional.

¿Se confirma el diseño en el articulado de la Directiva? Ello nos conduce a su artículo 7.

Tras desarrollar las normas comunitarias mínimas sobre la suspensión de las ejecuciones singulares sobre los bienes del deudor en el artículo 6 - que marca una duración inicial máxima de cuatro meses, aunque prorrogables - el artículo 7 se dedica a las “consecuencias de la suspensión de las ejecuciones singulares”, y en este precepto se incluyen, en efecto, las reglas atinentes a la posibilidad de paralizar en escenarios preconcursales la acción de resolución de los contratos incumplidos. El título del precepto confirma la tesis: la paralización de las acciones de resolución contractual no es otra cosa que una consecuencia de la suspensión de las ejecuciones individuales, y por tanto no tiene operatividad más allá de la misma.

Tras establecer el efecto que la suspensión de ejecuciones produce en relación a la obligación de acudir al concurso voluntario o la facultad de los acreedores de presentar un concurso necesario, que se interrumpen ambas mientras se extienda la suspensión, el artículo 7.4 establece lo siguiente:

“4. Para las deudas nacidas antes de la suspensión, únicamente por el hecho de no haber sido liquidadas por el deudor, los Estados miembros establecerán normas para impedir que los acreedores a los que se aplica la suspensión dejen en suspenso el cumplimiento de contratos vigentes esenciales, los resuelvan, aceleren o modifiquen, en detrimento del deudor. Se entenderá por contratos vigentes esenciales aquellos contratos vigentes que sean necesarios para proseguir la gestión diaria de la empresa, incluidos los contratos de suministro, cuya interrupción conduciría a una paralización de las actividades del deudor.

El párrafo primero no obstará a la posibilidad

de que los Estados miembros reconozcan a dichos acreedores salvaguardias adecuadas con objeto de impedir que se les ocasione un perjuicio injusto como consecuencia de lo dispuesto en dicho párrafo.

Los Estados miembros podrán establecer que el presente apartado también se aplique a otros contratos vigentes no esenciales".

Todos los elementos nucleares por tanto incluidos en el Considerando 41 han pasado al artículo 7.4: un acreedor *in bonis*, cuyo derecho proviene de un contrato suscrito con el deudor y en curso, que tiene el carácter de esencial para la operativa diaria de la empresa insolvente, puede verse limitado en su facultad de resolver dicho contrato por el hecho de que no se le pague si ya se le ha aplicado alguna suspensión en su facultad de poner en marcha una ejecución individual sobre el patrimonio del deudor, y mientras esta suspensión de ejecuciones perviva. Si no se ve afectado por la suspensión de ejecuciones y/o si el contrato no es esencial, no existe restricción en materia resolutive.

Igualmente coincide el artículo 7 con el Considerando 41 a la hora de enfatizar la importancia del contrato de suministro, que en el artículo es el único mencionado de forma expresa y al que ya se califica, directamente, como "contrato esencial".

El artículo 7.4 sí incluye una definición concreta de contrato vigente "esencial". Recordemos que, según el artículo 2.1.5 de la Directi-

va, "contrato vigente" es el "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". Pues bien, la definición del "contrato vigente esencial" se hace pivotar sobre la condición de ese contrato como necesario para poder proseguir la gestión diaria de la empresa e impedir que su interrupción conduzca a la paralización de la actividad empresarial o profesional del deudor. Como vemos, la Directiva no fija esta condición de contrato "necesario" en función de su relevancia en la reestructuración, ni siquiera en que sea imprescindible mantenerlo en un acuerdo futuro con los acreedores sobre la actividad de la empresa, sino en un plano mucho más funcional, operativo e inmediato: que no se paralice dicha actividad diaria durante las negociaciones. De forma significativa, la versión inglesa de la Directiva se refiere en este punto a no paralizar las operaciones del "día a día" de la empresa³⁴.

Sin embargo, la lectura del artículo 7.4 de la Directiva ofrece algunas diferencias sustanciales en relación a lo que se recoge en el Considerando 41:

- Por una parte, se añade la posibilidad nacional de hacer extensiva esta limitación de la acción de resolución por mor de una suspensión de ejecuciones a contratos en curso que no sean esenciales, en referencia a otros que no siendo necesarios pudieran resultar de utilidad como palanca para alcanzar acuerdos de reestructuración. La

³⁴ "Essential executory contracts' shall be understood to mean executory contracts which are necessary for the continuation of the day-to-day operations of the business, including contracts concerning supplies, the suspension of which would lead to the debtor's activities coming to a standstill".

verdad es que es una posibilidad que confirma la vocación expresa de la Directiva como norma de mínimos y de voluntad armonizadora³⁵, que no configura un proceso unificado de reestructuración, sino un marco de reestructuración preventiva llamado a ser desarrollado por las diversas leyes nacionales con un amplio margen de libertad³⁶. Pero resulta llamativo, pues el origen y la razón de ser de la paralización de la resolución está en aquellos negocios jurídicos del deudor en los que se asienta su capacidad operativa, lo que no cabe predicar de otros contratos. España, como veremos, no ha hecho uso de esta posible extensión a contratos que no tengan ese carácter esencial, a diferencia de su opción en torno a extender la suspensión de ejecuciones a bienes no necesarios.

- Pero sobre todo, llama la atención el artículo 7.4 por no incluir expresamente algo que, sin embargo, era de enorme importancia en el Considerando 41. Me refiero a la condición establecida en esa exposición previa de la norma europea para habilitar una paralización de las acciones resolutorias, como es que el deudor sí que pague tras la suspensión de ejecuciones individuales, es decir, que cumpla con sus prestaciones mientras dura la suspensión ejecutiva y las negociaciones para la res-

tructuración. Según el Considerando, recordemos, los Estados miembros deben disponer que los acreedores a los que se aplique la suspensión de ejecuciones singulares, cuyos créditos se hubieran originado con anterioridad a la suspensión y que no hubieran recibido el pago de un deudor, no puedan suspender el cumplimiento, resolver, acelerar o modificar de ninguna otra manera los contratos vigentes con obligaciones recíprocas esenciales durante el plazo de suspensión, “*siempre que el deudor cumpla sus obligaciones derivadas de aquellos contratos que lleguen a su vencimiento durante la suspensión*”.

Si la condición de pagar durante las negociaciones los créditos de los acreedores contractuales no afectados por la suspensión ya desapareció en el tránsito de la Propuesta de 2016 a la Directiva de 2019, la condición de cumplir las obligaciones derivadas de los contratos afectados durante la suspensión que figura en el Considerando 41 desaparece en el artículo 7, lo que resta claridad a la norma. Sin embargo, que se elimine esa mención expresa no significa que la condición haya desaparecido. De entrada, la interpretación del artículo 7.4 de la Directiva debe integrarse con sus Considerandos, pues no en vano “*los Considerandos razonan el contenido*

35 Como ya se ha mencionado, la nueva Propuesta de Directiva para la armonización de ciertos aspectos de la ley de insolvencia, del Parlamento y del Consejo, de 7 de diciembre de 2022, lo ha vuelto a confirmar muy recientemente, así como su foco en las empresas viables.

36 Así lo reconocía la Propuesta de Directiva de reestructuración preventiva de noviembre de 2016. Lo que a su vez presenta problemas en torno a la posibilidad real de alcanzar la tan ansiada armonización en el campo europeo de la insolvencia, sin eliminar completamente las posibilidades de *fórum shopping*. Por ejemplo, ver PULGAR EZQUERRA J, “*Preconcurso y reestructuración empresarial (Acuerdos de refinanciación y acuerdos extrajudiciales)*”, 3ª ed. Wolters-Kluwer, Madrid 2021.

de la parte dispositiva (el articulado) del acto”³⁷. Y ciertamente no puede afirmarse que el Considerando 41 sea en este punto ambiguo ni indeciso: el equilibrio de la posición del acreedor al que se impone esta restricción pasa por que el deudor sí cumpla sus obligaciones durante el periodo de la suspensión.

Pero en todo caso, no existe diferencia real con el régimen que anticipaba el Considerando 41 porque el artículo 7.4 - así comienza la norma - sólo se refiere y opera “(p)ara las deudas nacidas antes de la suspensión”. Las deudas nacidas después de la suspensión de ejecuciones no son, en consecuencia, objeto de la regulación europea, de modo que, si no se paga el suministro o cualquier otro contrato necesario tras la suspensión de las ejecuciones individuales, el acreedor *in bonis* mantiene intacta su facultad de resolver. Igual, por tanto, que los acreedores no afectados por la suspensión de ejecuciones.

La pregunta que resta por hacer, visto el sistema comunitario, es si el mismo se ha desarrollado adecuadamente, si se ha respetado, en la implementación española. El precepto a examinar es el artículo 598 del TRLC, en sede de efectos de la comunicación de negociaciones:

“Artículo 598. Resolución de contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento.

1. La comunicación no afectará a la facultad de suspensión, modificación, resolución o terminación anticipada de los contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento por cir-

cunstancias distintas de las mencionadas en el artículo anterior.

2. Si se tratase de contratos necesarios para la continuidad de la actividad empresarial o profesional del deudor, las facultades de suspender el cumplimiento de las obligaciones de la contraparte o de modificar, resolver o terminar anticipadamente el contrato por incumplimientos anteriores a la comunicación no podrán ejercitarse mientras se mantengan los efectos de la comunicación sobre las acciones y los procedimientos ejecutivos. La contraparte afectada podrá interponer recurso de revisión si considera que su contrato no es necesario para la continuidad de la actividad empresarial o profesional del deudor”.

La novedad en nuestro ordenamiento es ciertamente reseñable. La norma española traduce así el *stay* concursal derivado de la apertura de la fase de negociaciones para la reestructuración e impone, en efecto, que, en orden a proteger las reestructuraciones empresariales, también se cierre el paso, incluso existiendo un incumplimiento anterior, no sólo a la resolución, sino también a la suspensión, la modificación o la terminación anticipada del contrato. No se alude en el artículo 598 a la subsistencia de las cláusulas ipso facto, que se regulan en el artículo 597, sino a la resolución “*por circunstancias distintas de las mencionadas en el artículo anterior*”, es decir, por el incumplimiento resolutorio del contrato con obligaciones recíprocas, que es el que habilita la resolución contractual, y también, como novedad, la suspensión del mismo, su modificación o su terminación anticipada. No obstante, esta limitación tan importante al suministrador, en general a todo contratante *in bonis*, se asienta en tres condicionantes igualmente relevantes.

³⁷ Ap. 2.2 del Libro de Estilo Institucional, web de la Unión Europea.

El primero es justa traducción de la regla europea y de su razón de ser: la restricción a la facultad resolutoria sólo afecta en caso de incumplimiento de “*contratos necesarios para la continuidad de la actividad empresarial o profesional del deudor*”. La terminología ha vuelto a variar: si en la traducción española de la Directiva el Considerando 41 se refería a suministros “básicos”, y en su artículo 7.4 se habla de contratos “esenciales”, que es, en efecto, el término que emplean otras versiones lingüísticas de la Directiva (en el Cdo. 41 o en el artículo 7.4, como la inglesa, la italiana o la francesa), en el nuevo artículo 598, pasan a ser contratos “necesarios”. La idea que traslada el legislador español está clara, pero estas diferencias pueden entrañar distinciones conceptuales que restan precisión a la norma. No obstante, consciente quizás de la importancia del concepto, deberemos aplicar para integrar este concepto el propio artículo 7.4 de la Directiva, que como vimos se toma la molestia de definirlos con un recuerdo específico y significativo al suministro, al que ya de entrada y sin necesidad de más valoración, el legislador comunitario ya califica como “esencial” y “necesario”.

Esta identificación comunitaria entre ambos adjetivos es muy útil de cara a la interpretación del alcance de la norma española: “*Se entenderá por contratos vigentes esenciales aquellos contratos vigentes que sean necesarios para proseguir la gestión diaria de la empresa, incluidos los contratos de suministro, cuya interrupción conduciría a una paralización de las actividades del deudor*”. Las consideraciones hechas antes sobre el concepto armonizado de contrato necesario son de aplicación aquí: una necesidad centrada en lo operativo, en la inmediatez del día a día y la gestión cotidiana de la empresa, que es lo que hay que asegurar que se mantiene, y no tanto

orientada al papel estratégico del negocio de que se trate en el horizonte global de la reestructuración, aunque lógicamente tenderán a coincidir.

En coherencia con ello, si el deudor pretende blindar sus contratos durante ese plazo de negociaciones del plan, tiene la carga de identificar en su solicitud qué contratos concretos considera necesarios para el mantenimiento de su actividad (art. 586.1.7º, referente al contenido de la solicitud), y en consonancia el decreto del Juzgado debería identificar igualmente, como hace con las ejecuciones pendientes y las garantías sobre bienes necesarios, los contratos necesarios que se ven afectados por esa comunicación. Se dice debería porque, en principio, la identificación de los contratos necesarios no forma parte del contenido de la resolución según el artículo 590. Pero debe entenderse que este precepto establece un contenido mínimo y obligatorio, no cerrado. De hecho, el artículo 598.2 del TRLC (a diferencia de lo que hacía el Anteproyecto, que no lo incluía) permite expresamente al contratante *in bonis*, si entiende que el contrato afectado en realidad no es necesario para mantener la actividad empresarial, interponer recurso de revisión (ante el Juez, por tanto), lo que puede hacerse tanto si el decreto guarda silencio y se entienden afectados esos contratos sin necesidad de pronunciamiento expreso, como si se han identificado debidamente los contratos, lo que sería deseable.

Aunque la Directiva, según vimos, lo permitía, el legislador español no ha extendido la norma a contratos no esenciales (art. 7.4 *in fine*). Este silencio nacional respecto a contratos no necesarios pero que pudieran ayudar de alguna forma al proceso de negociación de la reestructuración merece un juicio positivo: aunque es una posibilidad habilitada por la propia norma europea, las restricciones a la capacidad resolutoria de un con-

tratante cumplidor, enfrentado al incumplimiento del contrato, deben considerarse de forma estricta y restringida. No obstante, debe repararse en el contraste de este silencio con la decisión en torno a otros bienes del activo del deudor que no resulten estrictamente necesarios para la actividad empresarial o profesional del deudor, pues en este caso el artículo 602 sí que permite la extensión de la suspensión de ejecuciones individuales que, con carácter general para los necesarios, establece el artículo 600. Esta posible suspensión de la ejecución singular por decisión judicial ad hoc, sobre bienes no necesarios, “*cuando resulte necesario* - el mismo adjetivo - *para asegurar el buen fin de las negociaciones*” va a plantear además un interrogante relativo al segundo condicionante del artículo 598.

El segundo condicionante, en efecto, es el vínculo, antes estudiado, entre la paralización de las acciones de resolución contractual y la suspensión de las ejecuciones singulares. Como vimos, la Directiva incluye expresamente la protección de los contratos como una consecuencia de la paralización de las ejecuciones individuales de los acreedores: son los acreedores a los que se aplica la suspensión ejecutiva los sujetos pasivos de la paralización de las acciones de resolución contractual. Sin embargo, no hay ni rastro de las menciones expresas que primero la Propuesta de 2016, y luego la Directiva de 2019, hacen a este extremo sustancial en el Considerando 41 y el artículo 7.4. ¿Quiere esto decir que la norma española no atiende a ese vínculo y que, en consecuencia, todos los contratos necesarios, estén afectados o no los créditos resultantes por una paralización de ejecuciones individuales, quedan incluidos en la regla y, por ello quedarán blindados e intocables durante las negociaciones?

Lamentablemente el artículo 598 del TRLC no se

hace eco de las reglas europeas, lo que carece de sentido y utilidad. No obstante, debería entenderse que el sistema necesariamente es el mismo, pues de implementar la norma europea se trata. Si se admitieran interpretaciones diferentes que pudieran colisionar con la Directiva de la Unión, podría abrirse camino a las cuestiones prejudiciales al TJUE. Pero lo cierto es que la huella de la regla comunitaria del artículo 7.4, integrada con el Considerando 41 de la Directiva, también se detecta en el artículo 598. En la reforma española, la protección del contrato necesario, a pesar de concurrir causa de resolución o suspensión, también se está ligando a las suspensiones de las ejecuciones, y por esta razón el paraguas protector del contrato sólo se extiende “*mientras duren los efectos de la comunicación sobre las acciones y los procedimientos ejecutivos*”, o lo que es lo mismo, mientras la comunicación produzca efectos sobre las acciones ejecutivas a interponer o los procedimientos de ejecución que estaban en marcha. Es decir, tres meses, o como máximo, computando una posible prórroga, siete meses desde la presentación de la comunicación (arts. 600, 607 y 611). Téngase en cuenta no obstante que el artículo 608 del TRLC, desarrollando la Directiva (art. 6.9), permite el levantamiento de la prórroga o de sus efectos si la comunicación ha dejado de cumplir el objetivo de favorecer las negociaciones del plan de reestructuración.

Una interpretación coherente con el sistema comunitario, en consecuencia, debería llevar a esta conclusión: vistos los mandatos examinados de la Directiva y sus antecedentes, y si según la norma española se sigue estableciendo que la paralización de la resolución contractual solamente puede mantenerse mientras dura la suspensión de las ejecuciones singulares, parece más lógico afirmar que la paralización contractual se predica del acreedor *in bonis* afectado por la suspensión,

en vez de concluir que la restricción contractual afecta por igual a todos los posibles acreedores de contratos necesarios, incluyendo en ese grupo a algunos a los que la suspensión ni les va ni les viene. La primera opción sería, en efecto, la que más concuerda con la Directiva y más coherencia ofrece entre la norma europea y la norma nacional de desarrollo interno.

Sin embargo, esta interpretación, más rigorista, choca con otro elemento central del mismo sistema comunitario, como es su consideración de norma de mínimos. Ello significa por tanto que el legislador español puede, en efecto, partir de esa regulación e ir más allá, extendiendo la moratoria contractual, no sólo a los acreedores a los que se aplica la suspensión de ejecuciones, como establecen el Considerando 41 y el artículo 7.4 de la Directiva, sino también a todos los acreedores *in bonis* en contratos necesarios para el mantenimiento de la actividad del deudor, se les aplique o no la suspensión. Ello es compatible con dicha moratoria en sus facultades contractuales se mantenga mientras duren los efectos suspensivos de la comunicación... sobre las ejecuciones singulares. Será ésta la interpretación que seguramente se impondrá para proteger las negociaciones del plan de reestructuración, aunque a mi juicio es la menos coherente con su origen comunitario.

Afirmado en todo caso ese vínculo entre paralización contractual y suspensión de ejecuciones, menos rígido en España, la extensión de la suspensión de ejecuciones singulares a bienes que en realidad *no son necesarios* para la actividad planteada, como decíamos, la pregunta de si, aplicado el artículo 602 por entender que esa suspensión es en todo caso necesaria “*para asegurar el buen fin de las negociaciones*”, los contratos afectados también verían neutralizada la acción de resolución. En mi opinión, la respuesta debe ser afirma-

tiva: la ligazón entre suspensión de ejecuciones y paralización de la resolución contractual se debe a la necesidad de evitar que se dinamite la reestructuración desde el mismo momento de las negociaciones, y si se ha acordado, por necesario para ese fin, la extensión de la suspensión de ejecuciones a bienes no necesarios, la suerte de las acciones de resolución contractual debe ser la misma, pues idéntica es la razón de la norma.

El tercer condicionante es el que podemos llamar el “requisito menguante”, pues si, como advertimos, llamaba la atención el artículo 7.4 de la Directiva por no incluir expresamente algo que, sin embargo, era de enorme importancia en el Considerando 41, y éste a su vez por no incluir algo mucho más explícito en la Propuesta de Directiva de 2016, en el artículo 598 del TRLC ha desaparecido por completo. Hablamos de nuevo de la condición para habilitar una paralización de las acciones resolutorias - una condición plena de sentido común para no imponer sacrificios desproporcionados a los acreedores, lo que expresamente se trata de evitar (art. 7.4 2º párr. Directiva) - como es que el deudor cumpla con sus obligaciones y pague mientras dura la suspensión ejecutiva y las negociaciones para la reestructuración (“... *siempre que el deudor cumpla sus obligaciones derivadas de aquellos contratos que lleguen a su vencimiento durante la suspensión*” - Cdo. 41 -). Al final, sin perjuicio de la coherencia interna del articulado de la Directiva con las motivaciones de sus Considerandos, el artículo 7.4, como hemos visto sólo se refiere y opera “(p) *ara las deudas nacidas antes de la suspensión*”, habilitando al acreedor *in bonis*, si no se paga el suministro o cualquier otro contrato necesario tras la suspensión de las ejecuciones individuales, para resolver el contrato como si de un contrato no necesario se trate.

La norma española, sin embargo, también guarda silencio sobre este extremo sustancial. No obstante, el sistema sigue siendo el mismo. A pesar de que no se dice de forma expresa, el deudor insolvente deberá ir cumpliendo con sus obligaciones durante el periodo en el que la comunicación produce sus efectos, pues el artículo 598 sólo prevé la paralización de las acciones de resolución contractual por incumplimientos anteriores a la comunicación, no por incumplimientos posteriores. Los créditos derivados de los primeros se han generado en una fase de dificultades financieras del deudor a raíz de una insolvencia probable, inminente o incluso actual, y son los que determinan el acceso del deudor a un proceso negociador de un plan de reestructuración; los créditos derivados de los segundos nacen ya en la fase de negociaciones y no se integrarán en el plan, debiendo ser satisfechos en su integridad a riesgo de que el acreedor que cumple con su prestación ponga en marcha sus acciones resolutivas.

Así lo reconoce, en efecto, la doctrina (CIFREDO, SÁNCHEZ PAREDES, por ejemplo). Como señalan estos autores, la referencia expresa a los incumplimientos anteriores como los determinantes de la moratoria contractual que se impone al acreedor *in bonis* revela y confirma que el legislador se está centrado en el afección de la comunicación previa en los contratos de tracto sucesivo³⁸, cuyo paradigma, como sabemos, no es otro que el con-

trato de suministro.

Si se dieran incumplimientos posteriores durante las negociaciones, por tanto, el acreedor *in bonis*, como un suministrador, puede resolver el contrato a pesar de ser un contrato necesario. Los pagos que el deudor insolvente va haciendo durante las negociaciones vendrían a ser, por tanto, una suerte de créditos contra la masa en fase preconcursal, y como advertía el Informe del CGPJ al Anteproyecto (ap. 367)³⁹, esta obligación de pago durante la negociación sirve de contrapeso al sacrificio que se impone al contratante cumplidor y está implícita en el principio general de vigencia de los contratos con obligaciones recíprocas, recogido como sabemos en el artículo 597.1 del TRLC: “La comunicación, por sí sola, no afectará a los contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento”. Recordemos de todas formas que se reconoce al acreedor afectado por esos impagos durante la negociación del plan una facultad contractual, un derecho a su alcance, lo que no significa que lo ponga en marcha si estratégicamente no conviene.

Sea como fuere, debe repararse en la diferencia de la ley española en relación a la Directiva, pues si ésta focalizaba la atención del artículo 7.4 en “las deudas nacidas antes de la suspensión”, el artículo 598 del TRLC parece fijar un hito temporal diferente y se centra en “incumplimientos anteriores a la comunicación”. La realidad, sin

³⁸ CIFREDO ORTIZ P, obra citada *ad supra*.

³⁹ Informe del CGPJ al Anteproyecto de Ley de reforma, de 25 de noviembre de 2021, ap. 367: “La Directiva, como se ha visto, contempla en estos casos la posibilidad de introducir salvaguardas que operen como contrapartidas en favor de los acreedores que ven restringidas sus facultades de suspender, modificar, resolver o terminar anticipadamente el contrato, y que se resumen en el mantenimiento de las obligaciones del deudor de pagar sus deudas surgidas con posterioridad a la comunicación y a sus efectos. Esta posibilidad, que sirve de contrapeso en las relaciones nacidas de los contratos con obligaciones recíprocas, puede verse sin embargo implícita en el primer inciso del artículo 597 AL”.

embargo, es que ambos momentos coincidirán, pues la suspensión de ejecuciones, como efecto de la comunicación de negociaciones, se activa precisamente desde el momento de la comunicación, esto es, desde la fecha de su presentación (arts. 588.1, 590.1 y 600 TRLC).

c) La comunicación de negociaciones y la resolución por incumplimiento en caso de suministros negociados en mercados organizados.

El contrato de suministro se ve afectado por todo lo anterior. Como se ha visto, es uno de los grandes protagonistas de esta regulación. No obstante, se ha de hacer referencia a una especialidad recogida en el TRLC, al igual que se recogía en la Directiva 2019/1023, como es la inaplicación de ningún tipo de moratoria contractual al suministrador si se trata de contratos negociados en mercados organizados.

El suministro se ve incluido, en efecto, en una preocupación más amplia del legislador comunitario, como es impedir, en general, la incidencia de los procesos concursales y preconcursales en el funcionamiento de los mercados financieros, evitando convertirlos en un riesgo sistémico. La expresión de esta preocupación debe encontrarse en el Considerando 94 de la Directiva de reestructuración preventiva:

“(94) La estabilidad de los mercados financieros se basa en gran medida en acuerdos de garantía financiera, en particular cuando se constituyen las garantías en relación con la participación en determinados sistemas o en las operaciones del banco central y cuando los márgenes son asignados a entidades de contrapartida central. Dado que el valor de los instrumentos financieros que constituyen las garantías puede ser muy volátil,

es esencial ejecutar su valor rápidamente antes de que baje. Por tanto, lo dispuesto en las Directivas 98/26/CE y 2002/47/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y en el Reglamento (UE) n° 648/2012 debe aplicarse no obstante lo dispuesto en la presente Directiva. Debe permitirse a los Estados miembros que eximan los acuerdos de compensación (netting), en particular los acuerdos de compensación (netting) exigible anticipadamente, de los efectos de la suspensión de las ejecuciones singulares incluso en circunstancias en las que no estén cubiertos por las Directivas 98/26/CE, 2002/47/CE y el Reglamento (UE) n° 648/2012, si dichos acuerdos son ejecutivos con arreglo a la normativa de los correspondientes Estados miembros, aunque se hayan abierto procedimientos de insolvencia.

Este puede ser el caso de un importante número de acuerdos marco ampliamente utilizados por contrapartes financieras y no financieras en el mercado financiero, el mercado de la energía y el de las materias primas. Dichos acuerdos reducen los riesgos sistémicos, especialmente en los mercados de derivados. Por tanto, estos acuerdos pueden quedar exentos de las restricciones que impone la normativa en materia de insolvencia a los contratos vigentes. Por consiguiente, los Estados miembros también deben poder excluir de los efectos de la suspensión de ejecuciones singulares los acuerdos de compensación (netting) exigidos por ministerio de la ley, incluidos los acuerdos de compensación (netting) exigible anticipadamente, que intervienen una vez abierto un procedimiento de insolvencia. La cantidad que resulte de la operación de los acuerdos de compensación (netting), incluidos los acuerdos de compensación (netting) exigible anticipadamente, sí debe estar sujeta, sin embargo, a la suspensión de las ejecuciones singulares”.

Esta motivación acabó por plasmarse en el artículo 7.6 de la Directiva, según el cual, en efecto, los Estados miembros tienen margen para excluir y no aplicar la regla general de suspensión de las ejecuciones singulares a las garantías financieras y a los acuerdos de compensación contractual (netting) en los mercados financieros, de la energía y de las materias primas. No es de extrañar, por tanto, que en ese contexto puedan verse afectados determinados contratos de suministro de bienes, servicios o energía necesarios para el funcionamiento de la empresa del deudor, y el mensaje que traslada la Unión Europea es que igualmente quedarán excluidos de la regla general de suspensión de ejecuciones si concurre en ellos la misma razón, es decir, que tales contratos se hayan negociado en la bolsa u otro mercado organizado, de modo que puedan ser sustituidos en cualquier momento a valor actual de mercado.

No obstante, la redacción del artículo 7.6 se hace en negativo, es decir, señalando primero que el suministro necesario para la actividad no está excluido de la suspensión y que, por tanto, sí que puede verse suspendida la ejecución individual derivada conforme a las reglas anteriores: *“El párrafo primero - la exclusión de suspensiones de garantías financieras y netting por razones de protección sistémica de los mercados - no se aplicará a contratos de suministro de bienes, servicios o energía necesarios para el funcionamiento de la empresa del deudor, a menos que tales*

contratos sean en forma de posición negociada en bolsa u otro mercado, de modo que pueda ser sustituido en cualquier momento a valor actual de mercado”.

En España, la protección de las garantías financieras y del netting se verificó, en implementación de la Directiva 2002/47/CE⁴⁰, por el RD-Ley 5/2005 de 11 de marzo, de reformas urgentes para el impulso de la productividad y para la mejora de la contratación pública. Recordemos que esta norma, en sus artículos 14, 15 y 16, consideró los procesos concursales de aquella época - cuando no se había desarrollado el Derecho preconcursal del país - como medidas de saneamiento - incluyéndose a ese efecto la comunicación del antiguo artículo 5bis y los acuerdos de refinanciación en la reforma del RD-Ley 1/2014, rigiendo el mismo régimen -, blindó las garantías financieras frente a las acciones rescisorias, admitiendo igualmente su ejecutividad inmediata y sin suspensión posible, y en relación a los contratos del deudor, estableció de la misma forma la intangibilidad de las acciones de resolución⁴¹.

Así las cosas, en cumplimiento del artículo 7.6 de la Directiva, el nuevo artículo 599 del TRLC excluye en efecto los acuerdos de netting y las garantías financieras de la suspensión de ejecuciones y la moratoria contractual que conlleva por lo general una comunicación de negociaciones de reestructuración. Pero además, y he aquí la atención específica que recibe del legislador,

⁴⁰ Directiva 2002/47/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 6 de junio de 2002, sobre acuerdos de garantía financiera (DO L 168 de 27.6.2002, p. 43). El artículo 31.1.b) de la Directiva de reestructuración la deja expresamente a salvo y la declara compatible con sus mandatos preconcursales.

⁴¹ Según el artículo 16 del RD-Ley 5/2005, la declaración del vencimiento anticipado, resolución, terminación, ejecución o efecto equivalente del acuerdo de compensación contractual no podría verse limitada, restringida o afectada en cualquier forma por la apertura de un procedimiento concursal o de liquidación administrativa, incluyendo como crédito o deuda en el concurso únicamente el importe neto de la operación. En caso de ejercicio

éste dedica una norma especial al suministro, su tercer apartado:

“3. En ningún caso se podrán vencer anticipadamente, resolver o terminar los contratos de suministro de bienes, servicios o energía necesarios para la continuidad de la actividad empresarial o profesional del deudor, a menos que tales contratos se hubieran negociado en mercados organizados de modo que puedan ser sustituidos en cualquier momento por su valor de mercado”.

En realidad, pues, la excepción sólo afecta a los suministros necesarios y negociados en mercados organizados, donde se cuenta con una disciplina especial que hace líquidas inmediatamente las posiciones de los contratantes para protegerles ante las oscilaciones de los precios, y donde puede justificarse, como medida de protección de los mercados financieros, que, presentada la comunicación de negociaciones, los suministros - repárese en la calificación de “suministro” cuando se trata de servicios - puedan quedar afectados por el vencimiento anticipado, suspenderse o directamente ser resueltos. Todos aquellos contratos de suministro que son necesarios para mantener la actividad y que, por el contrario, no han sido negociados en mercados secundarios, la mayoría, ya cuentan con la regla general antes mencionada en el artículo 598, es decir, no podrán verse afectados mientras duren los efectos de la comunicación sobre las ejecuciones.

d) El efecto del plan de reestructuración: el mantenimiento forzoso del contrato de

suministro necesario para la actividad y la posibilidad de resolución por interés de la reestructuración.

Dado que la protección, el paraguas protector que supone la comunicación previa de negociaciones, tiene por objeto alcanzar un plan de reestructuración durante el plazo concedido, los efectos que aquélla ha producido en el suministro, en general en los contratos del deudor, son los mismos que produce la propia existencia de un plan objeto de negociación. De hecho, qué concretos contratos pueden resultar resueltos finalmente en virtud del plan es una mención necesaria del mismo, según muestra el artículo 633.6º del TRLC, expresión clara de la preocupación del legislador por este asunto.

Los efectos contractuales mientras se negocia con el paraguas de una comunicación previa ya han sido examinados. Pero es necesario tener ahora en cuenta que cabe perfectamente negociar un plan de reestructuración sin necesidad de que haya existido una comunicación previa (véase por ejemplo el art. 637.1), ya sea porque el deudor no la ha efectuado, ya sea porque se trata de una reestructuración forzosa o, en términos concursales, un *plan necesario* en vez de voluntario, esto es, a instancias de los acreedores habilitados para ello (50% pasivo, excepcionalmente el 35%).

De ahí que el legislador se ocupe de reiterar en sede de la reestructuración los efectos que produce, no ya la negociación del plan, sino su homologación. La norma de partida es, en efecto, la misma: el principio de vigencia e intangibilidad de

de la acción resolutoria, si el acuerdo fuese resuelto con posterioridad a la declaración de concurso por un incumplimiento anterior, el importe neto, calculado conforme a las reglas establecidas en el acuerdo de netting, se incluirá en el concurso como crédito concursal. Si el acuerdo fuese resuelto con posterioridad a la declaración de concurso por un incumplimiento posterior, el neto debería satisfacerse con cargo a la masa.

los contratos, que no pueden verse afectados por el mero hecho de presentarse, admitirse a trámite u homologarse un plan de reestructuración, con la misma amplitud antes expresada (suspensión, resolución, modificación, “extinción” - en vez de terminación -, o cualquier circunstancia análoga) e ineficacia de las cláusulas que establezcan lo contrario. Así lo establece el artículo 618:

“1. La homologación de un plan de reestructuración, por sí sola, no afectará a los contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento. En particular, se tendrán por no puestas las cláusulas contractuales que establezcan 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 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 anteriores.

2. Los contratos necesarios para la continuidad de la actividad empresarial o profesional del deudor no podrán suspenderse, modificarse, resolverse o terminarse anticipadamente por el mero hecho de que el plan de reestructuración conlleve un cambio de control del deudor”.

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. No obstante, se añade un supuesto frecuente en

la práctica y que efectivamente concurre en la gran mayoría de este tipo de cláusulas de contenido resolutivo, como es la previsión contractual de que cabe la suspensión, la resolución o la terminación anticipadas si se presenta un plan que conlleve un cambio de control del deudor. El artículo 618.2 especifica, por el contrario, que la propuesta del cambio de control, que como destaca la propia Exposición de Motivos de la Ley 16/2022 está ligada a la capitalización de los créditos como medida de reestructuración, no habilita al otro contratante a poner fin al contrato, pero siempre que se trate de un contrato necesario para mantener la actividad profesional o empresarial.

Además, se reitera en el artículo 619 lo ya expresado en el artículo 599 sobre los acuerdos de compensación contractual y las garantías financieras del RD-Ley 5/2005, y en lo que aquí nos afecta, en torno a los contratos de suministro: dejando a salvo los negociados en un mercado organizado, sustituibles en cualquier momento por su valor de mercado, la presentación de una solicitud de homologación de un plan, su admisión a trámite o la homologación misma no es causa que, por sí misma y *ope legis*, habilite el vencimiento anticipado, la resolución o la terminación de los suministros necesarios para el mantenimiento de la actividad, ni cabrá resolverlos o suspenderlos incluso en caso de incumplimiento mientras duren los efectos de la comunicación previa de negociaciones. Con este tipo de blindajes, será obligado, en consecuencia, 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 homologación, como hemos visto.

Pero con una muy importante diferencia, como es que el legislador, implementando la Directiva

comunitaria, recoge ya el mismo principio antes existente sólo en el proceso concursal (el interés del concurso del antiguo artículo 61.2 de la LC, hoy subsistente en el actual artículo 165 del TRLC, que luego veremos, que permite resolver aunque no haya incumplimiento alguno), aunque con una finalidad precisamente orientada a esquivar el proceso concursal: **la resolución contractual en interés de la reestructuración y de evitar el concurso**. Se incluye expresamente en el artículo 620, y efectivamente permite al deudor, durante la negociación de un plan de reestructuración, solicitar a la otra parte contratante la resolución (también la modificación) de los contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento - de nuevo con la amplitud ya conocida, es decir, ya esté el contrato pendiente de cumplimiento para ambas partes o sólo para una de ellas - cuando la resolución contractual o la modificación del contrato *“resulte necesaria para el buen fin de la reestructuración y prevenir el concurso”*.⁴²

A diferencia de lo que hacen los artículos 160 y 161 en sede concursal, esta posibilidad de resolución por interés de la reestructuración no diferencia entre contratos de tracto sucesivo o único pendientes de cumplir, de modo que el núcleo del precepto será qué deba entenderse en cada caso por interés de la reestructuración, un concepto jurídico indeterminado que irá perfilándose en la práctica y en los tribunales una vez la homologación judicial llegue a las mesas de los tribunales. CIFREDO ORTIZ⁴³ acude para concretarlo, con buen criterio, al Considerando 2 de la

Directiva 2019/1023, es decir, 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, modificando la composición, las condiciones o la estructura del activo y del pasivo o de cualquier otra parte de su estructura de capital, en su caso mediante la venta de activos o de parte de la empresa o, cuando así lo prevea el Derecho nacional, de la empresa en su conjunto, así como realizando cambios operativos. Entre estos *“cambios operativos”*, como ya hemos visto, la Directiva incluye expresamente a la resolución o la modificación de contratos. Deben excluirse en consecuencia los contratos antieconómicos, con condiciones tóxicas o lesivas para el activo, o inútiles para la actividad empresarial o profesional que va a ser conservada. El acreedor, por su parte, deben ver maximizado el valor que perciben en comparación con escenarios liquidatorios.

Se recoge pues una excepción importante al principio de vigencia de las relaciones contractuales y se impone así un sacrificio al suministrador y demás contratantes cumplidores, que puede perder el contrato aunque éste no esté siendo incumplido, lo que quizás se asuma como mal menor para evitar mayores pérdidas. De todas formas, si no existiere acuerdo sobre esa resolución por interés colectivo y, sobre todo, sobre sus consecuencias, es decir, sobre la indemnización y los pagos resultantes al suministrador, el plan de reestructuración podrá prever en todo caso la resolución de esos contratos y el crédito indemni-

⁴² Debe destacarse, por su importancia, que esta posibilidad de resolución en interés de la reestructuración se extiende también a los contratos de derivados, como pueden ser los swaps, en el artículo 620.3, modulando sensiblemente lo dispuesto con carácter general en el artículo 619. Debe repararse en que en estos casos la norma ya no se aplica a la modificación contractual sino sólo a la terminación y la cancelación anticipada

⁴³ Ver obra citada *ad supra*, pág. 289.

zatorio derivado también podrá quedar afectado por las medidas pactadas por la mayoría el plan (art. 620.2).

Esta imposición ha sido criticada con toda razón. Lo hace por ejemplo el Informe al Anteproyecto del propio CGPJ (25 de noviembre de 2021), que puso de relieve (ap. 396) que la posibilidad de resolver en interés de la reestructuración se contempla en el plano consensual, por acuerdo de ambas partes contratantes, pero al permitir que, de no alcanzarse un acuerdo, se imponga la resolución del contrato en beneficio del buen fin de la reestructuración, *“la parte del contrato deja de ser tal para convertirse en parte afectada por el plan de reestructuración, en la medida en que el crédito indemnizatorio derivado de la resolución se incluya en el plan”*. Como señaló el CGPJ, esta alteración del principio de obligatoriedad de los contratos, que autoriza la resolución contractual a instancia unilateral de una de las partes sin mediar siquiera el incumplimiento del contrato y que convierte a la parte del contrato en parte afectada por la reestructuración, opera sin que esté prevista la intervención judicial, como sí que ocurre en sede concursal merced al artículo 165.

Esa fue la razón por la que se propuso, con acierto, hacer obligatoria la homologación si se pretendía resolver contratos en interés de la reestructuración. El TRLC, como hacía en efecto el Anteproyecto, regula la impugnación de la resolución de contratos sobre la base de que el auto de homologación del plan de reestructuración hubiere acordado la resolución de un contrato con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento. Pero inicialmente la homologación judicial solo era necesaria en los casos previstos en el artículo 638 del Anteproyecto (es decir, si se pretendiera el arrastre de los acreedores disi-

dentos, del deudor o de los socios, o proteger a la financiación interina y la nueva financiación, así como los actos, operaciones o negocios realizados en el contexto del plan frente a acciones rescisorias, casos actualmente recogidos en los números 1º y 3º del actual artículo 635). Cabía por tanto ampliar la necesidad de la homologación judicial a los casos en que se deba decidir acerca de la resolución de contratos con obligaciones recíprocas, pues, en definitiva, con ella se extiende el plan a la parte contratante, que pasa a ser parte afectada por el plan de reestructuración, y extender la homologación con contradicción previa a los casos en que deban resolverse los contratos en interés del plan de reestructuración.

El resultado en el TRLC, por tanto, es fruto de este reequilibrio de la posición inicial del contratante cumplidor, afectado por la reestructuración de la contraparte: ante este posible arrastre e imposición del plan, el único recurso del contratante *in bonis*, en nuestro caso el suministrador diligente que mantiene su controversia sobre la necesidad de resolver o terminar el contrato o, sobre todo, sobre la cuantía que debe satisfacer el deudor, es acudir a la impugnación u oposición previa al plan. Así lo establece el artículo 620.4, y en consonancia con ello, de nuevo mostrando la gran importancia que el legislador otorga a este factor contractual, el artículo 635.2º del TRLC efectivamente recoge la necesidad y la obligación, no la facultad, de pedir la homologación judicial si se está pretendiendo resolver contratos en interés de la reestructuración. Ello a su vez debe ponerse en relación con el artículo 657, 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 (ap. 1º), ya sea porque no sea adecuada la indemnización

prevista en el plan por la resolución anticipada del contrato (ap. 2º). Igual posibilidad se abre en caso de optarse por la contradicción previa del plan (arts. 662 y 663.2ª).

3.2 El escenario preconcursal de las microempresas

Establecido lo anterior con carácter general⁴⁴, es obligado hacer mención específica al procedimiento especial del Libro III del TRLC, dedicado a las microempresas, que como es sabido entrará en vigor el día 1 de enero de 2023. Hablamos pues de empresas que lleven a cabo una actividad empresarial o profesional - no están paralizadas y sin actividad - que hayan contratado un suministro y que, conforme al ámbito de aplicación del artículo 685.1, reúnan las siguientes características: 1.ª Haber empleado durante el año anterior a la solicitud una media de menos de diez trabajadores. 2.ª Tener un volumen de negocio anual inferior a setecientos mil euros o un pasivo inferior a trescientos cincuenta mil euros según las últimas cuentas cerradas en el ejercicio anterior a la presentación de la solicitud.

Las normas anteriores del Libro II, así como las del Libro I, referente al concurso y que seguidamente veremos, son aplicables supletoriamente al procedimiento especial para este tipo de empresas en todo lo que el Libro III no regule. Así lo establece con carácter general el artículo 689, es decir, ya sea un procedimiento de continuación, ya lo sea de liquidación. En sede de contratos del deudor, los cambios por tanto no son muy

relevantes, y ello supone, por tanto, la vigencia en el procedimiento de microempresas de todo cuanto hemos dicho en relación a la intangibilidad de los suministros en la fase de negociación preconcursal y, como veremos, la capacidad de resolver contratos en interés de la continuación o del mantenimiento forzoso en los nuevos términos que establece el artículo 164. Seguidamente expondremos la relevancia para el suministro de este último artículo, también pues para la microempresa.

Como regla explícita que sí recoge el Libro III, más de énfasis que de especialidad, se establece que la solicitud voluntaria de apertura de este procedimiento - de carácter judicial pero que opera desde la fase preconcursal - se verifica por medio de un formulario que necesariamente debe indicar los contratos pendientes de ejecución (art. 691.3.7º), de la misma forma que debe contenerse en el plan de continuación la descripción de qué efectos produce sobre los contratos recíprocos pendientes de ejecución (art. 697ter.1.5º). Y según el artículo 694bis, si se trata del procedimiento especial de continuación o del procedimiento de liquidación con transmisión de la empresa en funcionamiento, los efectos sobre los contratos son los mismos que en el concurso, pues se remite explícitamente (a pesar de existir ya una remisión supletoria general en el mencionado artículo 689), a las reglas de la sección 1.ª del capítulo IV del título III del Libro I, es decir, a los artículos 156 a 159: principio general de vigencia e ineficacia de cláusulas ipso facto, con la misma extensión antes expuesta; inclusión en

⁴⁴ El régimen preconcursal descrito se aplica íntegramente a las PYMES a las que alude el artículo 682, que recoge algunas especialidades para empresas con un número medio de trabajadores no superior a 49 en el año anterior y un volumen de negocios no superior a los 10 millones de euros. Son especialidades referentes a la comunicación previa, el modelo de plan de reestructuración, la protección de la autonomía del deudor y el principio de prioridad relativa, en vez de absoluta. No hay especialidad en el terreno de los contratos del deudor.

masa activa o pasiva según corresponda, en caso de que uno de los contratantes haya cumplido íntegramente y la otra aún no; cumplimiento con cargo a la masa de las obligaciones pendientes del deudor, si ambas contratantes aún no han cumplido íntegramente; y respeto de las reglas especiales para los tipos contractuales que admitan la denuncia unilateral o la extinción.

No obstante, se especifica *ex abundantia* que la apertura de la liquidación no afectará a los contratos pendientes de ejecución por ambas partes, ni serán válidas las cláusulas que permitan la resolución anticipada en caso de liquidación, en tanto exista la posibilidad de transmisión de la empresa en funcionamiento y no se haya producido un incumplimiento del contrato, posterior o anterior al inicio del procedimiento especial de liquidación, sin que en este caso la ley diferencia entre contratos de tracto sucesivo o único.

3.3 El escenario concursal: el mantenimiento forzoso del suministro y el reequilibrio de la posición del suministrador

El suministrador de bienes, servicios o energía necesarios para la actividad del deudor, por tanto, ha atravesado una fase preconcursal, en principio pensada para durar un máximo de siete meses, durante la cual el suministro se ha blindado frente a su intención resolutoria o suspensiva, aunque mientras duran las negociaciones deberá ser cumplido íntegramente por el deudor. Deberá alcanzarse un acuerdo, por tanto, contrato a contrato durante las negociaciones del plan, si es que no se hace uso de la indicada facultad de resolver el suministro en interés de la reestructuración, y si existe discrepancias sobre la resolución misma o sobre las consecuencias indemnizatorias, deberá

acudirse a la impugnación o, si es el caso, a la contradicción previa. ¿Qué ocurre, sin embargo, si las negociaciones - con o sin comunicación protectora - fracasan, o si ni siquiera han existido y el deudor no solventa su estado de insolvencia? La respuesta es clara: tratándose de una insolvencia actual o inminente (prevista para los tres meses siguientes, según el art. 2.3 TRLC), es obligación del deudor solicitar su concurso voluntario (arts. 5 y 611), asumiendo el riesgo en caso contrario de someterse a una solicitud de concurso necesario (arts. 3.1, 13 y ss) y la correspondiente responsabilidad concursal.

Por su parte, el acreedor *in bonis*, ante un incumplimiento del concursado producido con anterioridad al concurso, tiene la carga (STS Sala 1ª 22 de mayo de 2014) de comunicar su crédito en el concurso conforme el régimen previsto en el artículo 255 y siguientes del TRLC, y si no se reconoce, de impugnar la lista con arreglo a los artículos 297 y siguientes (anterior art. 96 LC) (SAP de Asturias de 21 de junio de 2012).

Pues bien, en este escenario concursal, y por tanto abordando ahora los efectos de la declaración del concurso de acreedores sobre el suministro, debe decirse que, como anticipé, sí existen algunas variaciones llamativas en relación a la regulación previa del TRLC, provenientes a su vez de la norma de 2003. No son variaciones atinentes al principio general de vigencia contractual y la neutralización de las cláusulas ipso facto, exportado desde este escenario concursal y suficientemente reafirmado en fase preconcursal, como hemos visto, y que se mantiene en el nuevo artículo 156, si bien el principio de vigencia igualmente se extiende ahora, no sólo a la resolución, sino también a la suspensión, la modificación y la extinción, y no sólo a raíz de la declaración del

concurso, sino también por la apertura de la fase de liquidación⁴⁵.

En este sentido, tiene interés la STS Sala 1^a de 26 de febrero de 2013 (c. *Llanera*), que no extiende esa ineficacia a cláusulas de resolución anticipada que no nacen del hecho de la declaración del concurso, sino de otros eventos derivados, como el descenso en las ventas, el incumplimiento del número de pedidos, etc; o el Auto del Juzgado de lo Mercantil nº 12 de Barcelona de 4 de marzo de 2022, que sí aplica este principio general de vigencia e intangibilidad de los contratos no sólo en casos de resolución anticipada, sino también frente a actos de obstaculización de su cumplimiento que pretendan dejarlos sin contenido efectivo.

Se ha conservado en 2022 la facultad de la administración concursal, en caso de suspensión de facultades, o del mismo deudor concursado, si está en intervención, de instar la resolución del contrato por el *interés del concurso*, al que aludíamos al comienzo de este estudio, es decir si este interés hace la resolución necesaria o simplemente conveniente. Este tipo de resolución, como viene ocurriendo desde 2003, no se extiende a la suspensión, la modificación o la terminación anticipada, sigue circunscrita a la resolución aunque no exista incumplimiento, si bien importa destacar cómo en la refundición de 2020 se extendió la posibilidad a todo tipo de contrato, no sólo a los recíprocos (por ejemplo, SAP La Coruña 20 de abril de 2021). No obstante, es doctrina del Tribunal Supremo que esta posibilidad sólo opera cuando ambas partes están pendientes de cumplir, no en el caso de que una parte haya cum-

plido ya (STS Sala 1^a de 11 de octubre de 2011, o SAP Baleares 30 de diciembre de 2013, referente al leasing). Se resuelve por medio de la comparecencia ya conocida o, si no hay acuerdo, por la vía tradicional del incidente concursal.

Lo que sí se ha modificado (art. 165.3), es la clasificación del crédito resultante: si se acuerda la resolución, deben acordarse igualmente las restituciones que procedan, y para tal caso, “(e) *l crédito que, en su caso, corresponda a la contraparte en concepto de indemnización de daños y perjuicios tendrá la consideración de crédito concursal*”. Se ha degradado pues la clasificación de este crédito, que antes tenía la consideración de crédito contra la masa (anteriores arts. 165.3 y 242.1.9º). Ello hacía menos atractiva la resolución en interés del concurso, pues se creaba un crédito preferente (si bien en muchas ocasiones más simbólico que otra cosa, dada la frecuencia de concursos sin masa). En la actualidad, pues, el contratante *in bonis* ve resuelto el contrato y a cambio sólo obtiene un crédito concursal, lo que supone una importante potenciación de la resolución de contratos que no encajen en el interés concursal, pero que en cambio parece ir en contra de la propia naturaleza del crédito de indemnización, que surge por concepto con la resolución del contrato y, con ello, con posterioridad a la declaración del concurso.

Tampoco ofrecen grandes novedades las normas tradicionales de tratamiento de los contratantes en caso de obligaciones recíprocas, que según se ha visto rigen también para el procedimiento especial de microempresas: inclusión en masa activa o pasiva según corresponda, en caso

45 No es de aplicación al suministro, pero debe ponerse de relieve la importancia que supone, en la redacción y ubicación sistemática del artículo 156, el hecho de que ya no se refiere únicamente a la vigencia de los contratos con obligaciones recíprocas, sino en general a todo tipo de contratos.

de que uno de los contratantes haya cumplido íntegramente y la otra aún no en el momento de la declaración (art. 157)⁴⁶; cumplimiento con cargo a la masa de las obligaciones pendientes del deudor, si ambas contratantes aún no han cumplido íntegramente (arts. 158 y 242.1.12^o), sin necesidad de comunicación del crédito (STS Sala 1^a 26 de marzo de 2015); y respeto de las reglas especiales para los tipos contractuales que admitan la denuncia unilateral o la extinción (art. 159), a los que ya aludimos anteriormente (ver nota 11).

En este esquema general, que permanece inalterado en principio, el suministrador, al contar con un contrato de tracto sucesivo como vimos, puede ejercitar su pretensión resolutoria en caso de incumplimiento, tanto si éste es anterior al concurso como si es posterior (arts. 160 y 161, que no experimentan cambios en la reforma

de 2022 en relación al texto de 2020⁴⁷). Así por ejemplo lo reconoce también y aplica la SAP Barcelona Secc. 15^a núm. 665/2021 de 15 de abril de 2021, en un caso de suministro de luz y gas. Como señalaba la STS Sala 1^a núm. 145/2012 de 21 de marzo, en estos casos de tracto sucesivo el incumplimiento se produce en el marco de una relación contractual unitaria, esto es, *“dada la existencia de una relación unitaria, el incumplimiento resolutorio anterior a la declaración de concurso permanece y sigue incurso en causa de resolución con posterioridad a la misma”*. Y ello, obviamente, y conforme a lo antes explicado, siempre en el supuesto de un auténtico y propio incumplimiento que tenga efectos resolutorios, pues en muchas ocasiones el debate concursal no es si el efecto debe ser o no la resolución, sino si existió o no dicho nivel de frustración del programa contractual o un incumplimiento esencial⁴⁸.

46 Si falta por cumplir el deudor concursado, el acreedor *in bonis* tiene un crédito concursal, incluso en el supuesto de que hubiera ya ejercitado la acción de resolución antes del concurso y ésta se declara después (STS Sala 1^a 3 de julio de 2013); si falta por cumplir el acreedor, cabrá ejercitar acciones contra el mismo fuera del concurso en caso de incumplimiento (ver por ejemplo STS Sala 1^a de 18 de diciembre de 2012).

47 Destaquemos no obstante la discusión doctrinal planteada con motivo de la refundición del RDL 5/2020, que al eliminar en el artículo 161 la referencia a *“los contratos a los que se refiere el apartado 2 del artículo precedente”*, tal y como hacía el antiguo artículo 62.1 de la LC, permitía una posible interpretación de que en caso de incumplimiento del contrato se estaban incluyendo, además de los contratos con obligaciones recíprocas pendiente de cumplimiento, a los contratos unilaterales, como el préstamo. Cabe examinar esta discusión tras la reforma de 2022 en BLANCO GARCÍA-LOMAS L, *“La resolución de los contratos”*, Derecho Concursal y Preconcursal, Dra. E. Gallego, págs. 955 y ss. El autor entiende que debió aclararse la cuestión definitivamente en el artículo 161 de 2022, centrando la atención del precepto únicamente en las obligaciones recíprocas pendientes, aunque la interpretación mayoritaria o del Consejo de estado ya apuntara en esta dirección.

48 Véase por ejemplo la SAP Valencia núm. 125/2022, de 15 de febrero, FD 2^o: *“Partiendo de lo expuesto se impone la confirmación de la resolución apelada, teniendo presente de partida que, pese a lo aducido al respecto en su escrito de oposición al recurso por la concursada y la administración concursal, no apreciamos variación sustancial en la posición de la apelante porque basara su demanda en el art. 160 y ahora aduzca la infracción del art. 161, ambos del texto refundido de la Ley Concursal, dado que no se objeta la posibilidad de poder accederse a la resolución de un contrato como el que nos ocupa en sede concursal y de lo que se trata en todo caso es de determinar si el contrato que vincula a las partes ha sido incumplido y si dicho incumplimiento reviste los caracteres precisos para dar lugar a la resolución del mismo, basándose en todo caso el mismo en el impago*

Si el ejercicio de la acción de resolución por parte del suministrador (en general del contratante *in bonis*) es exitoso, el efecto es el mismo que reconoce la LC desde el año 2003 (antiguo art. 62.4): (i) extinción de obligaciones pendientes de vencimiento, con carácter *ex nunc*; (ii) reconocimiento del crédito concursal derivado de las obligaciones incumplidas con anterioridad a la declaración de concurso; y (iii) reconocimiento como crédito contra la masa de las obligaciones incumplidas con posterioridad a la declaración de concurso, incluido el resarcimiento de los daños y perjuicios. Con la publicación del Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueba el TRLC y se trocean los antiguos artículos 61 y 62, quedaron los efectos de la resolución del contrato recogidos en el artículo 163, sin modificación alguna respecto de la regulación anterior de 2003.

En la actualidad, no obstante, se cuenta con una nueva redacción al artículo 163, que sigue lanzando el mismo mensaje, aunque con algunas variaciones. De esta forma, el contenido en sí de este precepto no ha variado en absoluto a lo largo de los años. Sigue siendo la otra cara de la regla del cumplimiento de los artículos 157 y 158. No obstante, ahora sí que se explicita que

las deudas derivadas del incumplimiento anterior a la declaración de concurso, así como los daños y perjuicios causados con ello, tienen la naturaleza de crédito *concursal*, con independencia de la fecha de resolución - se matiza también de forma expresa la irrelevancia de la fecha de resolución en el concurso -. El carácter concursal proviene, pues, del momento del incumplimiento, no de la fecha en que se establece la obligación de pagar e indemnizar como consecuencia de la resolución. Si el incumplimiento es posterior, se mantiene la clasificación de crédito contra la masa.

En este sentido, de encontrarnos ante un incumplimiento del suministro de energía, un impago de pedidos o de cuotas, anterior a la declaración de concurso, la especialidad del tracto sucesivo consiste en la posibilidad de pedir la resolución por ese motivo, pero no en la clasificación del crédito, que seguirá siendo concursal. En el contrato de tracto único esta resolución por incumplimiento anterior está vedada (como ya había reconocido la jurisprudencia, por ejemplo en STS Sala 1ª 505/2013, de 24 de julio).

Por el contrario, si el incumplimiento también es posterior, o solamente posterior, tanto los acreedores en un contrato de tracto único como

de dos facturas por el suministro objeto del contrato, que son las únicas que contemplan créditos concursales (aspecto no controvertido).

Sentado lo anterior, aunque no puede negarse la existencia del incumplimiento como tal dada la ausencia de atención oportuna de dichas facturas (no desvinculado en todo caso como la propia situación concursal de circunstancias que incumben directamente a la concursada, por mucho que ahora se erija la misma como determinante inmediata de la morosidad en que se ha incurrido), no puede obviarse que el Juez de primer grado, amén de la valoración que ha realizado acerca de la concurrencia de la existencia de un incumplimiento contractual como tal, ha venido a estimar que en todo caso no podría considerársele que estuviera dotado de efectos resolutorios, dado que no otra cosa puede significar el poner el acento en que por la situación concursal no es reprochable a la concursada el impago y, especialmente, que no se haya frustrado el negocio para la demandante, atendida la doctrina jurisprudencial acerca del art. 1.124 del C. Civil que previamente recogió profusamente y que viene a integrar sustancialmente la motivación jurídica de la resolución apelada (...)."

los inmersos en un tracto sucesivo pueden ejercitar la acción de resolución y obtener un resarcimiento a cargo de la masa. Y esta calificación se vuelve a confirmar en el vigente artículo 242.1.12º *in fine*, que considera créditos contra la masa “(l)os créditos que, conforme a lo dispuesto en esta ley, resulten de prestaciones a cargo del concursado en los contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento que continúen en vigor tras la declaración de concurso, y los créditos por incumplimiento posterior a la declaración de concurso por parte del concursado”.

La especialidad, por tanto, que nos ofrece la reforma de la Ley 16/2022 para los contratos de tracto sucesivo como el suministro se encuentra en el nuevo artículo 164, titulado “(m)mantenimiento del contrato por resolución del juez del concurso”:

“1. Ejercitada la acción de resolución de un contrato de tracto sucesivo por incumplimiento anterior a la declaración de concurso o de cualquier contrato, sea o no de tracto sucesivo, por incumplimiento posterior a esa declaración, el concursado, en caso de intervención, o la administración concursal, en caso de suspensión, podrán oponerse a la resolución solicitando en interés del concurso que se mantenga en vigor el contrato incumplido. Si el incumplimiento fuera posterior a la declaración de concurso, al formular oposición deberá ofrecerse al demandante el pago con cargo a la masa, dentro de los tres meses siguientes a la fecha de la sentencia, de las cantidades adeudadas por las prestaciones realizadas.

2. El juez, oído el demandante, resolverá sobre el mantenimiento del contrato según proceda.

3. En caso de estimación de la oposición a la resolución solicitada, si el pago de las cantidades adeudadas no se realizase dentro de plazo, el mantenimiento del contrato quedará sin efecto.

4. Contra la sentencia que acuerde el mantenimiento del contrato la parte que se considere perjudicada podrá interponer recurso de apelación”.

La novedad es sin duda reseñable. Este precepto acaba de perfilar la situación del suministrador ante el supuesto de insolvencia, de forma que, visto el blindaje del que se dota el contrato para el suministrado en la fase preconcursal en interés de la reestructuración y para mantener la actividad empresarial o profesional del deudor, la reforma reequilibra su posición en relación al problema que aludíamos en apartados anteriores al tratar el mantenimiento forzoso del contrato a pesar de su manifiesto incumplimiento.

El legislador, en efecto, conoce las sentencias expuestas sobre esta materia en torno a la obligación de pagar, si se impone a quien ha pedido la resolución el mantenimiento forzoso del contrato, no sólo las obligaciones vencidas tras la declaración, sino igualmente las anteriores, admitiendo y dando carta de naturaleza a esta mutación de una deuda concursal en un crédito contra la masa. Pero consciente seguramente de que, en realidad, de nada sirve reconocer un crédito contra la masa si este tampoco se paga, y dado el sacrificio desproporcionado que esto supone para los suministradores diligentes, la reforma de 2022 introduce reglas diferentes para tratar de controlar estos excesos.

Así, el actual artículo 164, en orden a la posibilidad de imponer el mantenimiento forzoso de un contrato, parte siempre de un presupuesto

fáctico global:

- Que se haya ejercitado ante el juez la acción de resolución por incumplimiento y que efectivamente concurra causa de resolución. Así lo impone el Tribunal Supremo (véase por ejemplo STS Sala 1ª de 26 de febrero de 2013). No se trata pues de una facultad de oficio del juez, que no puede actuar ausente toda voluntad resolutoria del acreedor *in bonis*, de forma que el mantenimiento forzoso se plantea siempre en un incidente de resolución contractual, siendo el demandado, el deudor incumplidor, y no aquél, el que pide que el contrato se conserve a pesar del incumplimiento (STS Sala 1ª 24 de febrero de 2015).
- Que se trate de un incumplimiento anterior a la declaración de un contrato de tracto sucesivo, o bien un incumplimiento posterior de cualquier contrato, ya sea de tracto sucesivo, ya sea de tracto único. Las dos cosas son acumulativas, esto es, cabe pedir la resolución del suministro por incumplimientos tanto anteriores como posteriores.
- Que el concursado, en caso de intervención, o la administración concursal, en caso de suspensión, se hayan opuesto formalmente en el incidente a la resolución, solicitando en interés del concurso que se mantenga en vigor el contrato incumplido. No obstante, la SAP Castellón de 14 de enero de 2011 no exige que, para plantear el mantenimiento del contrato, sea precisa una reconvencción.
- Que el concursado, precisamente en base

al interés del concurso, esté en condiciones de garantizar el cumplimiento del contrato como base para el sostenimiento de su actividad y así maximizar el cumplimiento de los objetivos de un proceso concursal, como es la mayor satisfacción de los acreedores y conservar el tejido productivo y el empleo. Este ha sido, hasta ahora y como vimos en su momento, una de las grandes grietas del sistema, auspiciando los concursos sacrificios desproporcionados a muchos suministradores y demás acreedores *in bonis*, en casos en los que el deudor no podía cumplir tampoco los contratos mantenidos: la aplicación de la norma se ha hecho en muchas ocasiones, no por interés concursal auténtico, sino por mera conveniencia del deudor (SAP Alicante Secc. 8ª 24 de mayo de 2013), en empresas con la actividad detenida (en contra, SAP Cantabria 10 de junio de 2013, en suministro eléctrico), o simple oportunidad de la liquidación o la venta de la unidad productiva, debiendo conformarse quien sí que cumple el contrato con un reconocimiento de un crédito contra la masa, meramente formal y sin masa real que lo haga efectivo.

Pues bien, con este escenario, la novedad legal es que, conforme al artículo 164.1 del TRLC, “**si el incumplimiento fuera posterior a la declaración de concurso, al formular oposición deberá ofrecerse al demandante el pago con cargo a la masa, dentro de los tres meses siguientes a la fecha de la sentencia, de las cantidades adeudadas por las prestaciones realizadas**”. Dice la ley que debe darse traslado de esta oferta al actor, pues se advierte que el juez resolverá oído el demandante (e igualmente, debería añadirse, a la administración concursal, que controla la suficiencia

de la masa). El criterio del actor, evidentemente, no es vinculante: no parece que se construya el sistema con una oferta voluntariamente aceptada, sino sujeta a la ponderación judicial. Y si se estimara la oposición y se mantuviera el contrato, “*si el pago de las cantidades adeudadas no se realizase dentro de plazo, el mantenimiento del contrato quedará sin efecto*”.

El alivio que esta norma produce a los suministradores cumplidores es evidente, pues ya se cierra el paso a suministros forzosos, casi punitivos o expropiatorios, sin un horizonte cierto de cobrar por lo que se suministra: si no se paga por ellos dentro de los tres meses a la sentencia del Juez de lo Mercantil, el mantenimiento se desactiva y, con ello, automáticamente acontece la resolución pretendida en la demanda, deteniendo la sangría. Creo que, no obstante, el plazo de tres meses es excesivo: cabe valorar mucho antes en la generalidad de los casos si la compañía concursada podrá abonar o no el suministro o cumplir con el contrato con cargo a la masa.

Cabría interpretar, sin embargo, que la norma tan sólo se está refiriendo al pago de las prestaciones debidas una vez se declara el concurso, es decir, al incumplimiento posterior. Ello supondría una derogación parcial tácita de la jurisprudencia antes reseñada del Tribunal Supremo (SS núm. 145/2012, de 21 de marzo, núm. 161/2012, igualmente de 21 de marzo, y núm. 678/2020 de 15 de diciembre), evolucionando la norma hacia una posición más restrictiva: si el suministrado, el deudor en general, sólo puede ofrecer el pago inmediato de las obligaciones posteriores a la declaración que se han incumplido, pero no las anteriores, es porque éstas son deudas concursales y no es posible pagarlas sin afectar a la *par conditio*.

A ello contribuye el hecho objetivo de que, al contrario de la redacción vigente en 2004 y 2020, cuando el precepto hablaba de cumplir con las “*prestaciones debidas o que deba realizar el concursado*”, es decir, proyectando tanto al pasado como al futuro, ahora el artículo 164 sólo se refiere a las “*prestaciones realizadas*”. La mutación aceptada por el Tribunal Supremo ya no existiría. El suministrador ve mejorada su posición, pues puede poner fin a un suministro imposible de sostener *ad eternum* sin cobrar nada a cambio, pero no podría ya aspirar a que su sacrificio se compense con el pago completo de todo cuanto se le adeuda.

En mi opinión, sin embargo, no existe base para entender que la tesis jurisprudencial ha sido desactivada. El artículo 164 restringe la oferta de mantenimiento forzoso del contrato al supuesto de que el incumplimiento sea posterior, pero no impide que, en tal caso, se deba actualizar el crédito en su integridad como impone la jurisprudencia. La forma de ponderar cómo compensar a un contratante *in bonis* ante un contrato que se incumple claramente por el deudor una vez declarado el concurso, pero que se sigue imponiendo a pesar de haberse ejercitado el legítimo derecho a resolverlo, es la misma: se le debe poner al día y pagarse todas “*las prestaciones realizadas*” hasta ese momento, es decir, tanto las anteriores como las posteriores, sin hacer distinciones que la ley no hace. No parece correcto entender que el legislador ha endurecido la posición del acreedor *in bonis*, imponiendo un contrato incumplido a cambio solamente de los pagos posteriores al concurso, dejando la deuda anterior perdida en el universo de créditos concursales, como si esta parte de la deuda no tuviera que ver con la demanda de resolución del contrato.

La razón que dan el Tribunal Supremo y las

Audiencias permanece y no ha sido alterada ni derogada: como señalaba la SAP Barcelona, Secc. 15ª, de 13 de septiembre de 2006, las garantías para el derecho de la contraparte - que se exigían en la Exposición de Motivos de la LC - no pueden ser otras que con cargo a la masa sean abonadas las prestaciones adeudadas por el concursado, anteriores y posteriores a la declaración de concurso, por razón de esa relación contractual. En tal sentido debe ser interpretada la referencia a las “prestaciones realizadas”, pues si tan sólo debieran pagarse con cargo a la masa las prestaciones generadas con posterioridad al concurso hubiera bastado una expresión en este sentido, o acaso mantener simplemente el último inciso de la redacción anterior, “las que deba realizar el concursado”, en vez de acudir al genérico término de las “realizadas”. De entender lo contrario, en realidad el precepto no introduciría garantía alguna, porque en todo caso, y como viene ocurriendo desde que se publicó la Ley 22/2003, las prestaciones a cargo del concursado generadas por el ejercicio de su actividad después de declarado el concurso ya son consideradas deudas de la masa por el artículo 242.1.11º del TRLC.

Esto ya lo decía la ley y la jurisprudencia anteriores a la reforma de 2022, y no hay razones para entender que haya dejado de tener sentido. Como decía el Alto Tribunal en las sentencias mencionadas, ciertamente, un crédito potencialmente concursal, a raíz del mantenimiento del contrato, cristaliza en crédito contra la masa, “pero ello no obedece a una decisión unilateral del suministrador, sino a la decisión que le impone un sacrificio actual y le expropia la facultad de resolver al obligarle a continuar suministrando a quien incumplió resolutoriamente”. Lo que el legislador trata de solucionar es precisamente el problema detectado a posterior, como es que,

reconocido este crédito contra la masa, no se pague.

Lo que sorprendentemente la reforma no ha regulado es precisamente el caso con el que comienza el artículo 164, es decir, el ejercicio de una acción de resolución de un contrato de tracto sucesivo por un incumplimiento anterior. En este caso, perfectamente posible para este tipo comercial, como es el suministro, se permite el mantenimiento forzoso del contrato incumplido en interés del concurso, pero no se habilita, sin embargo, la posibilidad de que se ofrezca el pago inmediato contra la masa. Esto se reserva para los supuestos de incumplimiento posterior, de forma que si no es el caso y el contrato se cumple tras la declaración, se daría el caso de que cabe el mantenimiento a la fuerza pero no hay compensación posible al suministrador. Esto carece de sentido, debiendo aplicarse la misma solución, tal y como postula el Tribunal Supremo.

Como dice BLANCO GARCÍA-LOMAS, el ofrecimiento del concursado opera como una auténtica condición de procedibilidad⁴⁹. El pago de la deuda completa con cargo a la masa debe darse en los tres meses siguientes a la sentencia, es decir, fecha a fecha. Y aunque el precepto habla de una oferta y de un pago del deudor, es claro que el pago de los créditos contra la masa a quien corresponde es a la administración concursal, que por eso debe ser oída igualmente a los efectos del artículo 164.2. Si el pago no se produce, la resolución es automática, entiendo que sin necesidad de más intervención judicial. Los pagos adeudados tras la declaración, incluidos los adeudados en esos tres meses y en los meses siguientes, deberán reconocerse como crédito contra la masa (arts. 163.3 y 242.1.12º), ya con el contrato resuelto.

49 Ver obra citada ad supra, nota 47.

Si por el contrario el acreedor *in bonis*, nuestro suministrador, no se conforma con la decisión del mantenimiento forzoso, o simplemente no acaba de creerse la realidad de la oferta o la capacidad de la concursada de pagar en el plazo legal, puede optar por interponer recurso de apelación contra la sentencia que acuerde el mantenimiento del contrato. Salta entonces la duda del efecto que este posible recurso ante la Audiencia Provincial puede tener en la oferta de pagar con cargo a la masa dentro de los tres meses siguientes a la sentencia apelada, que estimó la oposición y rechazó la resolución. En mi opinión, las apelaciones no tienen efecto suspensivo (art. 456.2 LEC), y si se admitiera que, por mor de un recurso legítimo, se desactiva la obligación de la administración concursal de pagar dentro de esos tres meses, se estaría imponiendo *de facto* no recurrir, pues la consecuencia sería la introducción de un plazo muy poco razonable (según las Audiencias) durante el cual el suministro se mantendría vigente y, sin embargo, no habría cobro ninguno mientras la apelación no se resuelva. Esto es justamente lo que la reforma está tratando de evitar.

Planteado el recurso contra el mantenimiento forzoso del contrato incumplido, el escenario nos devuelve al punto donde todo esto comenzó: ¿cómo ponderar el interés del concurso?

IV. BIBLIOGRAFÍA

Referencias Bibliográficas

AZOFRA, F “*Las cláusulas ipso facto y la posibilidad de denuncia unilateral del contrato*”, en “*Los contratos en el concurso de acreedores*”, Coord. Campuzano A. B y Díaz Moreno A, Aranzadi 2020.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R “*Tratado de*

contratos” 2ª Ed. Tirant Lo Blanch Valencia, o “*Contratos mercantiles*” Tomo I, 6ª ed, Aranzadi, Navarra 2017,

BLANCO GARCÍA-LOMAS L, “*La resolución de los contratos*”, Derecho Concursal y Preconcursal, Dra. E. Gallego, págs. 955 y ss

CASTILLO PARRILLA, J.A, “*El contrato marco de suministro (Un contrato flexiseguro)*”, Granada 2018

CIFREDO ORTIZ P, “*Los contratos en la reestructuración preventiva*”, en “*La reestructuración como solución de las empresas viables*”, Dres. A. Díaz Moreno, FJ León, J. Brenes y S. Rodríguez, Aranzadi 2022.

FERNÁNDEZ DEL MORAL, L, “*El contrato de suministro. El incumplimiento*”, Madrid, Montecorvo 1992;

GARCIMARTÍN F, “*La Propuesta de Directiva europea sobre reestructuración y segunda oportunidad (II): Moratoria preconcursal*”, Almacén de Derecho, Dic 11, 2016.

GARRIDO GARCÍA, J. M., *Garantías reales, privilegios y par conditio. Un ensayo de análisis funcional*, Madrid (CER) 1999.

GÓMEZ LÓPEZ E, “*El principio general de vigencia de los contratos y las especialidades de la compensación contractual y el suministro de energía en supuestos de reestructuración*”, en “*Planes de reestructuración y cláusulas ipso facto*”, Dres. E. Sanjuán y A.B Campuzano, Tirant lo Blanch, Valencia 2022.

GONZÁLEZ NAVARRO, B.A, “*En torno al nuevo artículo 5.3 de la Ley Concursal*”, Anuario de De-

recho Concursal, núm. 19, año 2010-1.

GOODE, R. M., *Principles of Corporate Insolvency Law*, London (Thomson) 2006, 3.ª ed., pp. 40 ss.

MARTÍNEZ FLORES A, en el Comentario de la Ley Concursal (Aranzadi, Dtores. A. Rojo y E. Beltrán).

MOLINS SANCHO, F. “*El contrato de suministro*”, Atelier, Barcelona 2022.

PULGAR EZQUERRA J, “*Preconcurso y reestructuración empresarial (Acuerdos de refinanciación y acuerdos extrajudiciales)*”, 3ª ed. Wolters-Kluwer, Madrid 2021.

ROJO ÁLVAREZ-MANZANEDA R, “*La extensión temporal de los efectos de la comunicación*”, en “*Planes de reestructuración y cláusulas ipso facto*”, Dres. A.B Campuzano y E. Sanjuán, Tirant lo Blanch, Valencia 2022.

ROJO FERNÁNDEZ A, en “*La Propuesta de Directiva sobre reestructuración preventiva*”, en Anuario de Derecho Concursal, núm. 42, 2017.

SANJUAN Y MUÑOZ E, “*Las cláusulas ipso facto en los ámbitos preconcursal y concursal*”, en “*Planes de reestructuración y cláusulas ipso facto*”, Dres. Campuzano A.B y Sanjuán E, Tirant lo Blanch, Valencia 2022.

TIRADO MARTÍ, I, por ejemplo en “*Reflexiones sobre el concepto de «interés concursal» (Ideas para la construcción de una teoría sobre la finalidad del concurso de acreedores)*”, ADC, tomo LXII, 2009, fasc. I.

WARREN E., *Business Bankruptcy*, Washington D. C. (Federal Judicial Center) 1993, passim;

Anuario de Derecho Concursal nº 25 (2012-1), “*Los límites del interés del concurso: el contrato de suministro de energía eléctrica*”, pags. 207-236, enero de 2012.

Pronunciamientos Judiciales

S. Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Madrid de fecha 15 de abril de 2005

S. Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Valencia de 14 de julio de 2005

AAP Castellón 22 de septiembre de 2009.

STS Sala 1ª 3 de julio de 2013.

STS Sala 1ª 225/2017 de 6 de abril de 2017.

STS 15 de septiembre de 2020.

SAP Valencia núm. 125/2022, de 15 de febrero de 2022.

S. Juzgado de lo Mercantil de Málaga nº 2 de 1 de septiembre de 2022.

Normativa Utilizada

Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal.

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.

Anteproyecto de Ley de Código Mercantil de 2014 la Comisión de Codificación.

Ley de Contratos del Sector Público (LCSP 9/2017).

Directiva (UE) 2019/770 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 2019, relativa a determinados aspectos de los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales.

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.

Otras Fuentes Bibliográficas

Informe del CGPJ al Anteproyecto de Ley de reforma, de 25 de noviembre de 2021, ap. 367

Miriam Magdalena en El Confidencial, “*El derecho contractual en la nueva Ley Concursal*”, 11 de noviembre de 2022.