

VIII) Derecho Concursal

Comentarios

Calificación de los créditos cuando se acuerda el cumplimiento del contrato por el juez del concurso, aunque exista causa de resolución
Comentario a la SAP de Murcia de 29 de octubre de 2007 (AC 2008, 261)

ANA MORENO SÁNCHEZ-MORALEDA

Doctora en Derecho. Universidad de Sevilla

Resumen: Cuando se declara el concurso, las prestaciones debidas y no cumplidas por el concursado son calificadas en el concurso como créditos concursales. Así lo dispone el artículo 61.1 LC, cuando sólo hay obligaciones pendientes de cumplimiento por una de las partes en un contrato bilateral declarado el concurso. Cuestión distinta se plantea en el caso de que se acuerde el cumplimiento del contrato por el juez del concurso, aunque exista causa de resolución (artículo 62.3 LC). Pues, en este supuesto, aun en sentido contrario a la sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia, confirmando la sentencia del juzgado de lo mercantil, que califica las prestaciones debidas y no cumplidas por el concursado con anterioridad a la declaración de concurso como créditos concursales, con distintos argumentos jurídicos y doctrinales, defendemos que estos créditos son contra la masa.

Términos significativos: Obligaciones pendientes de cumplimiento por una de las partes declarado el concurso. El juez del concurso acuerda el cumplimiento del contrato aunque exista causa de resolución. Calificación de las prestaciones debidas y no cumplidas por el concursado antes de la declaración de concurso.

SAP Murcia 29 octubre 2007 (AC 2008, 261)

Civil

Ponente: Ilmo. Sr. D. Juan Antonio Jover

- ☑ **CONCURSO (LEY 22/2003, DE 9 JULIO): DETERMINACIÓN DE LA MASA PASIVA:** lista de acreedores: impugnación: improcedencia: prestaciones debidas con anterioridad a la declaración del estado concursal: suministro eléctrico prestado a la concursada con anterioridad a la declaración de concurso, en cumplimiento de los contratos de suministro de energía eléctrica suscritos por ambas partes: crédito ordinario: corte del suministro y restitución tras ser requerida en ese sentido por el Juzgado de lo Mercantil: en este momento posterior de restitución del suministro no hay un acuerdo de voluntades, sino una imposición judicial: no puede hablarse propiamente de un contrato que continuó en vigor tras la declaración de concurso. La Audiencia Provincial de Murcia declara no haber lugar al recurso de apelación interpuesto contra la Sentencia de fecha 2-2-2006 dictada por el Juzgado de lo Mercantil.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.-La referida resolución contiene el siguiente fallo:

«Que desestimando la demanda promovida por el

Procurador Sr. Luis Hernández Prieto, en nombre y representación de IBERDROLA DISTRIBUCIÓN ELÉCTRICA, SAU, declaro que las prestaciones debidas con anterioridad a la declaración del estado concursal de la entidad BIOFERMA MURCIA, SA, son

créditos concursales y han de calificarse como créditos ordinarios; todo ello haciendo expresa imposición de las costas causadas a la parte actora».

SEGUNDO.—Contra dicha sentencia interpuso Iberdrola, SA recurso de apelación, que tras tenerse por preparado fue formalizado conforme a lo dispuesto en los artículos 458 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil (RCL 2000, 34, 962 y RCL 2001, 1892).

TERCERO.—Seguidamente se remitieron las actuaciones a esta Audiencia Provincial, donde se formó el correspondiente rollo, con el núm. 17/07, y se señaló el 26 de octubre de 2007 para que tuviera lugar la votación y fallo del recurso, tras lo cual quedó éste visto para sentencia.

CUARTO.—En la tramitación de este recurso se han observado las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Se aceptan los de la sentencia apelada.

PRIMERO.—El Juzgado de lo Mercantil de Murcia dictó sentencia en el procedimiento incidental núm. 324/05, dimanante del Concurso núm. 158/05, desestimando la demanda promovida por Iberdrola Distribución Eléctrica, SAU y declarando que las prestaciones debidas con anterioridad a la declaración del estado concursal de la entidad Bioferma Murcia, SA, eran créditos concursales y debían calificarse como créditos ordinarios.

A tal efecto, consideró el Juzgado que la actora, Iberdrola Distribución Eléctrica, SAU, no había ejercitado su facultad de resolución por incumplimiento, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 62-2 de la Ley Concursal (RCL 2003, 1748), por lo que, a la fecha de declaración del concurso, lo que procedía era que Iberdrola insinuara su crédito y se sometiera a las reglas del dividendo, incluyendo la deuda correspondiente en la masa activa, como crédito ordinario, en virtud de lo dispuesto en los artículos 61 y 89 de la Ley Concursal.

Por otra parte entendía el Juzgado que de acuerdo con el artículo 62 de la Ley Concursal, relativo a la resolución por incumplimiento, aunque existiera causa de resolución, atendiendo al interés del concurso, se podía acordar el cumplimiento del contrato, siendo a cargo de la masa las prestaciones debidas o que debiera realizar el concursado. Y en relación con el contrato de suministro de energía eléctrica, se trataba de un servicio público prestado mediante empresas privadas, lo que hace de él un contrato mixto, que participa de un aspecto administrativo y de un aspecto privado, contrato único que da lugar a prestaciones periódicas.

Concluía el Juzgado de lo Mercantil expresando que la finalidad de la Ley Concursal era la satisfacción ordenada de los acreedores del deudor común y la conservación de la actividad empresarial y, en definitiva, del empleo. Y estos dos principios quebrarían si se mantuviera la solución propuesta por Iberdrola, de abono inmediato e íntegro con cargo a la masa, sin someterse a la resolución del concurso, lo que

abocaría irremediamente a la empresa concursada a su liquidación.

En consecuencia, entendió el Juzgado que los créditos debidos con anterioridad al concurso eran concursales, y los devengados durante su tramitación eran créditos contra la masa.

SEGUNDO.—El recurso de apelación interpuesto por Iberdrola, SA pretende la revocación de la sentencia apelada, exponiendo que se trata de una cuestión eminentemente jurídica.

Iberdrola, SA impugnó la lista de acreedores en lo relativo a la calificación dada por la administración concursal a la parte de su crédito correspondiente al suministro eléctrico prestado a la concursada con anterioridad a la declaración de concurso, en cumplimiento de los contratos de suministro de energía eléctrica suscritos por ambas partes el 1-5-2003 y el 1-5-2005. Dicho crédito, por importe total de 990.457,97 euros, fue calificado como crédito ordinario.

Entiende la representación de la apelante que, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 62-3 de la Ley Concursal (RCL 2003, 1748), el crédito tenía que haber sido calificado como crédito frente a la masa, y no como crédito ordinario, como entendió la administración judicial.

Frente a ello, considera esta Sala que la interpretación del artículo 62-3 de la Ley Concursal y la solución dada por el Juzgado de lo Mercantil es correcta, porque existe una deuda anterior a la declaración de concurso, y otra posterior, siendo esta última la que deriva del acuerdo judicial de cumplimiento del contrato, pese a existir causa de resolución y debe gozar de preferencia frente a la deuda inicial.

En efecto, el artículo 84 de la Ley Concursal dispone en su número 2-6º que tienen la consideración de créditos contra la masa, y serán satisfechos conforme a lo dispuesto en el artículo 154, los que conforme a esta Ley, resulten de prestaciones a cargo del concursado en los contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento que continúen en vigor tras la declaración de concurso, y de obligaciones de restitución e indemnización en caso de resolución voluntaria o por incumplimiento del concursado.

Luego, «a sensu contrario» debe entenderse que los créditos anteriores a la declaración de concurso no comprendidos en los once apartados del núm. 2 del artículo 84, no se pueden considerar créditos contra la masa.

Sostiene la apelante que no era necesario un incidente concursal para que el Juzgado de lo Mercantil pudiera apreciar si concurría o no causa de resolución y si debía acordarse o no el cumplimiento del contrato en interés del concurso, y que al tratarse de un contrato de tracto sucesivo no cabía restringir la aplicación del artículo 62-3 a los supuestos de incumplimiento posterior al concurso. Pero tales alegaciones en modo alguno afectan a lo anteriormente expresado en cuanto a la diferente calificación de los créditos anteriores a la declaración de concurso, que en lo que se refiere a Iberdrola, SA, es un crédito

concursal, y el crédito posterior a dicha declaración, generado tras el requerimiento de la Juez de lo Mercantil de restablecimiento del suministro eléctrico, cortado unilateralmente, sin preaviso, ni resolución contractual, que se debe satisfacer con cargo a la masa, teniendo la consideración de crédito contra la masa.

Es cierto que Iberdrola y Bioferma Murcia, SA habían contratado el suministro de energía eléctrica. Pero también lo es que aquella cortó a ésta dicho suministro y sólo lo restituyó tras ser requerida en ese sentido por el Juzgado de lo Mercantil. Es evidente, en consecuencia, que en este momento posterior de restitución del suministro no hay un acuerdo de voluntades, sino una imposición judicial a Iberdrola, SA y por eso no puede hablarse propiamente de un con-

trato que continuó en vigor tras la declaración de concurso. De ahí la distinta naturaleza y diferente consideración del crédito existente con anterioridad al concurso y el devengado durante la tramitación de éste.

En consecuencia resulta procedente desestimar el recurso de apelación interpuesto por Iberdrola Distribución Eléctrica, SAU y confirmar la sentencia apelada.

TERCERO.—De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 398 en relación con el 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (RCL 2000, 34, 962 y RCL 2001, 1892) y con el 196-2 de la Ley Concursal (RCL 2003, 1748), procede imponer a la apelante el pago de las costas de esta alzada.

COMENTARIO

SUMARIO

- I. PLANTEAMIENTO
- II. CALIFICACIÓN DE LOS CRÉDITOS CUANDO, DECLARADO EL CONCURSO, EXISTEN OBLIGACIONES PENDIENTES DE CUMPLIMIENTO POR UNA DE LAS PARTES EN UN CONTRATO CON OBLIGACIONES RECÍPROCAS: ARTÍCULO 61.1 LC
- III. CALIFICACIÓN DE LOS CRÉDITOS CUANDO SE ACUERDA EL CUMPLIMIENTO POR EL JUEZ DEL CONCURSO AUNQUE EXISTA CAUSA DE RESOLUCIÓN: ARTÍCULO 62.3 LC

I. PLANTEAMIENTO

La sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia, sección 4ª (sentencia núm. 237/2007, de 29 de octubre) conoce del recurso de apelación instado por IBERDROLA DISTRIBUCIÓN ELÉCTRICA, SAU, contra la sentencia de 2 de febrero de 2006 dictada por el Juzgado de lo Mercantil de Murcia, que, desestimando la demanda interpuesta por Iberdrola, declaró que las prestaciones debidas con anterioridad a la declaración de concurso de la entidad BIOFERMA MURCIA, SA, deben ser calificadas como créditos concursales y no como créditos contra la masa.

La empresa IBERDROLA DISTRIBUCIÓN ELÉCTRICA, SAU presentó demanda ante el Juzgado de lo Mercantil contra BIOFERMA MURCIA, SA, con la que había contratado el suministro de energía eléctrica, cuando ésta fue declarada en concurso.

La demandante, Iberdrola, impugnó la lista de acreedores en lo relativo a la calificación dada por la administración concursal a la parte de su crédito correspondiente al suministro eléctrico prestado a la concursada, Bioferma Murcia, SA, con anterioridad a la declaración de concurso, en cumplimiento de los contratos de suministro de energía suscritos por ambas partes el 1-5-2003 y el 1-5-2005. Dicho crédito, por importe total de 990.457,97 euros, fue calificado como crédito ordinario por la administración concursal. Asimismo, Iberdrola cortó el suministro eléctrico a Bioferma Murcia, SA en el momento que ésta fue declarada en concurso.

El Juzgado de lo Mercantil de Murcia requirió a Iberdrola para que restituyera el suministro de energía eléctrica a la empresa Bioferma Murcia SA y desestimó la demanda promovida por Iberdrola, declarando que las prestaciones debidas con anterioridad a la declaración de concurso de la entidad Bioferma Murcia SA, eran créditos concursales y debía calificarse como créditos ordinarios, aportando, principalmente, dos argumentos jurídicos.

Así, en primer lugar, consideró el Juzgado de lo Mercantil, que la actora, Iberdrola, no había ejercitado su facultad de resolución por incumplimiento, conforme a lo dispuesto en el artículo 62.2 LC, por lo que, a la fecha de la declaración de concurso de Bioferma Murcia SA, y ante la obligación pendiente de cumplimiento por parte de ésta, lo que procedía era que Iberdrola insi-

nuara su crédito en el concurso y se sometiera a las reglas del dividendo, como crédito concursal ordinario. Esta decisión la adopta en virtud de lo dispuesto en el artículo 61.1 LC, que lo establece respecto a los contratos celebrados por el deudor, cuando en el momento de la declaración de concurso, una de las partes hubiera cumplido íntegramente sus obligaciones y la otra tuviese pendiente el cumplimiento total o parcial de las recíprocas a su cargo, y el crédito o la deuda que corresponda al deudor se incluirá, según proceda, en la masa activa o en la pasiva del concurso.

En segundo lugar, el Juzgado de lo Mercantil de Murcia, consideró, por otra parte, que de acuerdo con el artículo 62.3 LC, relativo a la resolución por incumplimiento, aunque existiera causa de resolución, atendiendo al interés del concurso, se podía acordar el cumplimiento del contrato, siendo a cargo de la masa las prestaciones debidas o que debiera realizar el concursado.

Sin embargo, concluía el Juzgado de lo Mercantil expresando que la finalidad de la LC era la satisfacción ordenada de los acreedores del deudor y la conservación de la actividad empresarial. Y estos dos principios quebrarían si se mantuviera la solución propuesta por Iberdrola, de abono inmediato e íntegro con cargo a la masa, sin someterse al concurso, lo que abocaría irremediabilmente a la empresa concursada a su liquidación. En consecuencia, declara el Juzgado que los créditos debidos con anterioridad al concurso eran concursales, y los devengados durante su tramitación eran créditos contra la masa.

El Juzgado de lo Mercantil, entiende, pues, que los créditos anteriores devengados por el contrato de suministro y debidos por la empresa Bioferma Murcia SA, declarada en concurso, deben ser calificados como créditos concursales ordinarios. En consideración, en primer lugar, porque sólo hay obligación pendiente de cumplimiento por una de las partes, la concursada, y, por tanto, el crédito a favor de la parte *in bonis* se incluye en la masa pasiva del concurso (artículo 61.1 LC); y, en segundo lugar, porque aunque exista causa de resolución por incumplimiento, como ha requerido a Iberdrola para el cumplimiento del contrato de suministro, con apoyo legal en el artículo 62.3 LC, ordena considerar los créditos por las prestaciones anteriores a la declaración de concurso como créditos concursales. En este mismo sentido se pronuncia el fallo de la Audiencia Provincial de Murcia, pero con matizaciones.

La Audiencia Provincial de Murcia, en contra del apelante, Iberdrola, considera que la interpretación de este artículo 62.3 LC y la solución dada por el Juzgado de lo Mercantil es correcta, porque existe una deuda anterior a la declaración de concurso y otra posterior, siendo esta última la que deriva del acuerdo judicial de cumplimiento del contrato, pese a existir causa de resolución y debe, por ello, gozar de preferencia frente a la deuda inicial. Encuentra apoyo legal en lo dispuesto en el artículo 84.2, 6º, que establece que tienen la consideración de créditos contra la masa, los que conforme a esta Ley, *resulten de prestaciones a cargo del concursado en los contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento que continúen en vigor tras la declaración de concurso, y de obligaciones de restitución e indemnización en caso de resolución voluntaria o por incumplimiento del concursado*. Luego, entiende, a *sensu contrario*, que los créditos anteriores a la declaración de concurso no comprendidos en el artículo 84.2, no pueden ser considerados créditos contra la masa.

Del mismo modo, considera la Audiencia Provincial de Murcia que es evidente, en consecuencia, que en este momento posterior de restitución del suministro no hay un acuerdo de voluntades, sino una imposición judicial a Iberdrola, SA y por eso no puede hablarse propiamente de un contrato que continuó en vigor tras la declaración de concurso. En este último caso, todas las prestaciones a cargo del concursado son calificadas de créditos contra la masa (artículo 61.2, 1, *in fine* LC). De ahí la distinta naturaleza y diferente consideración del crédito existente con anterioridad al concurso y el devengado durante la tramitación de éste.

Ahora bien, es cierto que si Iberdrola no había ejercitado su facultad de resolución por incumplimiento a la fecha de declaración de concurso y había obligaciones pendientes de cumplimiento por parte de la concursada, Bioferma Murcia SA, aquélla debía insinuar su crédito en la masa del concurso y someterse a las reglas del dividendo como dispone el artículo 61.1 LC, calificándose su crédito, por las prestaciones vencidas y no cumplidas por la otra parte, como crédito concursal ordinario (si no gozase de algún privilegio general o especial).

No es cierto, sin embargo, que en el caso de que el contrato continuase por imposición judicial, existiendo causa de resolución por incumplimiento (artículo 62.3 LC), haya unanimidad

en la doctrina y en la jurisprudencia actual en la calificación como créditos concursales de los créditos por prestaciones devengadas y no cumplidas anteriores a la declaración de concurso, cuando se trata de un contrato de tracto sucesivo, como es el caso de este contrato de suministro eléctrico que es objeto de la sentencia que comentamos.

Debemos abordar, pues, en el análisis de esta sentencia, dos cuestiones distintas:

II. CALIFICACIÓN DE LOS CRÉDITOS CUANDO, DECLARADO EL CONCURSO, EXISTEN OBLIGACIONES PENDIENTES DE CUMPLIMIENTO POR UNA DE LAS PARTES EN UN CONTRATO CON OBLIGACIONES RECÍPROCAS: ARTÍCULO 61.1 LC

En estos casos, en los que sólo una de las partes ha cumplido su obligación, el crédito que le corresponde a la parte contraria queda sometido, tras la declaración de concurso, a las reglas de éste, de manera que si el que cumplió fue el deudor, luego declarado en concurso, su crédito frente a la otra parte se incluirá en la masa activa del concurso (artículo 76 LC), mientras que si el cumplimiento procedió de la otra parte, éste podrá incluir su crédito frente al concursado en la masa pasiva (artículo 49 LC), con lo que quedará sometido a la ley del dividendo, consecuencia lógica del principio *par conditio creditorum*.

En el supuesto de que el contratante no concursado, Iberdrola, haya cumplido íntegramente lo pactado, quedando por cumplir las obligaciones que le incumben a la concursada, Bioferma Murcia SA, aquélla sólo podrá exigir que las obligaciones que a la concursada corresponda cumplir le sean reconocidas mediante su inclusión en la masa pasiva del concurso, según lo dispuesto en el artículo 61.1 LC, quedando sometido a las reglas generales de pago establecidas en la Ley Concursal. Lo que supone que, teniendo cumplida su prestación, deberá limitarse a instar el reconocimiento de su crédito en la masa pasiva (artículo 49 LC), quedando sometido al convenio que se acuerde en su día o a las reglas de liquidación (sin perjuicio que dentro del concurso goce de algún privilegio, especial o general [artículos 90 y 91 LC]).

En este sentido, el *Auto del Juzgado de lo Mercantil de Vizcaya, núm. 306/2005, de 1 de septiembre* (AC 2005, 1563), establece que, en el contrato con obligaciones recíprocas suscrito, se obligaba a Ganados Monfer, SL, a entregar a la entidad hoy en concurso, Energía Viva, SA, las cabezas de ganado y en su caso la obligación contractual fue satisfecha plenamente, lo que le constituye en contratante *in bonis* y, por tanto, en parte acreedora de la entidad concursada por haber cumplido íntegramente sus obligaciones convencionales. En el fundamento segundo de este auto se dispone sobre la eventual resolución del contrato suscrito con quien se encuentra en situación de concurso. Así, si bien el demandante mantiene que los artículos 61.2 y 62.1 LC le autorizan a resolver el contrato que había suscrito con Energía Viva, SA, porque ha cumplido por su parte con lo que le incumbe, y no ha hecho otro tanto la concursada, considerando entonces aplicable el artículo 1124 CC, lo que a su juicio justifica que haya de reintegrarse el objeto del contrato suscrito. Sin embargo, se defiende que como la Ley Concursal ha establecido un régimen específico que es además sustento del propio proceso concursal, no autoriza a una pretensión semejante: el artículo 61 LC al disciplinar «la vigencia de los contratos con obligaciones recíprocas», establece en el apartado primero que en los casos en que una de las partes hubiera cumplido íntegramente sus obligaciones y la otra tuviera pendiente el cumplimiento total o parcial de las recíprocas, el crédito o la deuda que corresponda al deudor se incluirá, según proceda, en la masa activa o pasiva del concurso. Esto sucede precisamente en este supuesto, en el que Ganados Monfer, SL ha satisfecho en su totalidad la prestación, y ante el incumplimiento de la concursada, intentó antes de la declaración de concurso hacer efectivo el crédito. Al aplicar esta regla el efecto que se produce es que Ganados Monfer SL se convierte en un acreedor más de los que integran la masa pasiva del concurso, y tendrá el mismo trato que los demás sin perjuicio de la calificación concursal de su crédito. No es de aplicación, por lo tanto, el artículo 61.2 LC, pues disciplina la situación en la que se sitúan los contratos que, en el momento de la declaración de concurso, están pendientes de cumplimiento por ambas partes. Tampoco puede serlo la previsión del artículo 62.1 LC, cuando regula «la resolución por incumplimiento», porque se basa en el presupuesto fáctico que describe el artículo 62.1, es decir, contrato de obligaciones recíprocas que están pendientes por ambas partes, al declararse el concurso. la continuidad de la empresa. El sistema establecido por la LC es mucho más sencillo y consiste en que si una de las partes ha cumplido íntegramente su obligación, podrá incorporar su crédito a la masa pasiva, de ser acreedor, o a la activa, si es el concursado, para

someterse en el primer caso al régimen general de pago regulado en la LC o en el segundo para reclamar el cumplimiento voluntario o en su caso, la tutela judicial que garantice la incorporación de ese elemento patrimonial a la masa con la que se satisfará a los acreedores.

El contratante no concursado tendría, pues, a su favor, un crédito concursal, al igual que el resto de los acreedores concursales. No sólo porque así lo dispone el artículo 61 en su apartado primero, sino también, el artículo 84.1 LC. Son créditos contra la masa únicamente los que expresamente recoge el apartado segundo de este artículo 84 LC.

Así, para NAVEIRA ZARRA («Los efectos del concurso sobre los contratos», *Estudios de Derecho Concursal*, PÉREZ-CRUZ MARTÍN, Santiago de Compostela, 2005, pgs. 346 a 348), en contra de los que entienden que en los casos en los que solamente el contratante no concursado haya cumplido sus obligaciones el crédito que ostenta frente al concursado será satisfecho como un crédito contra la masa y no como un crédito concursal esgrime las siguientes razones: a) En primer lugar por la propia literalidad de la Ley, que establece una diferencia en el modo de proceder al pago de los créditos de los que es deudor el concursado en función de que antes de la declaración del concurso la contraparte hubiera o no procedido al cumplimiento de sus obligaciones: artículo 61 párrafo primero y párrafo segundo, respectivamente. b) La conclusión anterior, derivada de la literalidad de la Ley, se ve reforzada por las normas reguladoras de la composición de la masa pasiva. Así, el artículo 84 LC señala en su apartado primero que «constituyen la masa pasiva los créditos contra el deudor que conforme a esta Ley no tengan la consideración de créditos contra la masa». Dispone el artículo 84.2, 6º que tienen la consideración de créditos contra la masa «los que, conforme a esta Ley, resulten de prestaciones a cargo del concursado en los contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento que continúen en vigor tras la declaración de concurso...», porque solamente estos contratos continúan vigentes tras la declaración de concurso de una de ellas, pudiendo resultar afectados, en consecuencia y a partir de ese momento, por los avatares propios de todo contrato bilateral, aunque teniendo en cuenta las normas especiales previstas en la Ley Concursal. Por el contrario, los contratos que, antes de la declaración de concurso, hubieran sido cumplidos íntegramente por una de las partes (artículo 61, 1 LC) pierden su vigencia en el momento de esa declaración, pasando a integrarse el crédito o la deuda correspondiente al concursado en la masa activa o pasiva de aquél. c) Una última razón es la relativa al respeto de la *par conditio creditorum*. Sería injusto tratar de manera diferente y más indulgente a los acreedores de créditos derivados de contratos bilaterales que a los de créditos derivados de otro tipo de relaciones jurídicas. (En el mismo sentido, HERRERO DE EGAÑA y DE TOLEDO: «Comentarios al artículo 61 LC», *Derecho Concursal Práctico. Comentario a La Nueva Ley Concursal*, FERNÁNDEZ BALLESTEROS, Madrid, 2004, pg. 324, que se plantean si con arreglo al artículo 84.2, 6º LC, las prestaciones a cargo del concursado, si cumplió la otra parte, serían créditos contra la masa. La respuesta es negativa por dos motivos: 1º El precepto que analizamos (artículo 61.1 LC) establece expresamente que se incluirá el crédito correspondiente en la masa pasiva, lo cual está configurada, con arreglo al artículo 84.1 LC, precisamente por los créditos que no sean contra la masa. 2º El primer inciso del número 6º del artículo 84.2 LC se refiere a los contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento por ambas partes).

Se advierte, respecto a la situación en que queda el contratante no concursado que ha cumplido, que la solución adoptada por el legislador concursal puede producir situaciones ciertamente injustas. De manera que recibirá mejor trato el contratante no concursado que tiene pendiente el cumplimiento de la obligación en el momento de declararse el concurso, cuyo derecho de crédito se hace efectivo contra la masa (artículo 61.2, 1 LC y artículo 84.2, 6º LC), que el contratante no concursado que al declararse el concurso ha cumplido ya su obligación, cuyo derecho de crédito tendrá la consideración de crédito concursal integrado en la masa pasiva del concurso. La reciprocidad de las obligaciones pendientes de cumplimiento por ambas partes, del primer caso, explicaría este distinto tratamiento en la Ley.

Por otra parte, la parte *in bonis*, que ha cumplido sus obligaciones, tampoco puede instar la resolución del contrato (artículo 1124 CC), cuando la otra parte, la concursal, no haya cumplido (sin merma de la facultad de denuncia que pueda ejercitarse o la extinción del contrato que pueda resultar de conformidad con la Ley [artículo 63 LC]). Esto es claro si se entiende que la resolución produce efectos restitutivos, lo que permitiría a la parte no concursada que instase la resolución extraer de la masa del concurso los bienes identificables que anticipó al cumplir su prestación. Tal resultado es incompatible con el concurso, que es un procedimiento de ejecución universal que se dirige a la satisfacción de todos los acreedores conforme al orden legalmente establecido. Señala

el *Auto del Juzgado de lo Mercantil de Vizcaya*, núm. 306/2005, de 1 de septiembre (AC 2005, 1563): «lógicamente todos los acreedores tienen un contrato u obligación de otro origen pendiente de cumplimiento por el concursado, si ante el impago de su crédito todos pudieran resolver los respectivos contratos, obligándole al concursado a reponer las cosas al estado inmediatamente anterior a la firma del contrato, se acabaría con el trato igual de los acreedores de la misma clase, el principio de universalidad (artículo 76 LC), y el principio conservativo de la masa que pretende dar satisfacción al mayor número de aquéllos, además de garantizar la continuidad de la empresa». Añade más argumentos GÓMEZ MENDOZA («Efectos del concurso sobre los contratos: cuestiones generales», *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro Homenaje a Manuel Olivencia*, 3, Madrid, 2005, pgs. 2801 a 2803), que señala que no cabría la resolución con eficacia retroactiva real en la quiebra por numerosos motivos, siendo los más importantes y convincentes los siguientes: a) la resolución significaría ir en contra de la *par conditio creditorum* y privilegiar a unos acreedores respecto de otros; b) la indisponibilidad del patrimonio concursal afecto a la satisfacción de los créditos hace que no pueda ser objeto de ninguna agresión: la parte *in bonis* no puede extraer del patrimonio concursal un bien ya integrado en el mismo, reduciendo así su valor y perjudicando al resto de los acreedores; c) tratándose de un bien mueble, el transmitente está ya suficientemente tutelado con el privilegio especial del artículo 1922 CC, si bien es cierto que la acumulación de garantías no es argumento, ya que, por ejemplo, el vendedor de cosa mueble cuenta también con la reserva de dominio que le concede la Ley 18/1998 de venta a plazos de bienes muebles corporales (artículo 16.5); d) la resolución supondría una burla para los privilegios legales si tras las restituciones no quedasen bienes suficientes; e) algunos acreedores podrían haber concedido crédito al posteriormente quebrado fiándose en esos bienes de su patrimonio que luego recuperarían por resolución otros acreedores, lo que atentaría contra la seguridad del tráfico; f) en el artículo 908.8 y 9 CCom se prevenían, cierto es, supuestos de resolución (recuperación por la parte *in bonis* de bienes identificables vendidos al contado al quebrado y no satisfechos en todo o en parte, mercancías compradas al fiado por el quebrado y enviadas a éste, y aquéllas cuyos conocimientos de embarque o cartas de porte se le hubieren remitido), si bien se trataba de casos excepcionales que debían ser objeto de una interpretación restrictiva; g) las devoluciones de las prestaciones recibidas por el quebrado, dada su situación de insolvencia, podrían no ser posibles sencillamente porque no hubiera bienes suficientes y entonces habría que arbitrar el funcionamiento de otro principio de igualdad de trato para repartir el déficit patrimonial; y, por último, h), no cabe aplicar la acción de resolución del artículo 1124 CC porque en la quiebra han quedado paralizadas las acciones individuales.

En el supuesto de que el deudor haya incumplido su obligación antes de que se declare en concurso, la otra parte no puede instar la resolución por incumplimiento, no sólo porque al iniciarse el procedimiento concursal quedan paralizadas las acciones individuales de los acreedores, sino, también, porque el artículo 62.1 LC dispone expresamente que la resolución por incumplimiento procede declarado el concurso, cuando cualquiera de las partes haya incumplido, siempre y cuando las obligaciones recíprocas se hayan pendientes de cumplimiento *por ambas partes al declararse el concurso*. En este sentido, MARTÍNEZ FLÓREZ («Consideraciones en torno a la resolución de los contratos por incumplimiento en el concurso», *ADCo*, núm. 13, 2008-1, pgs. 63, 64 y 65), que nos dice que, en el caso de concurso de una de las partes de un contrato sinalagmático, no tiene sentido permitir al contratante *in bonis* ejercitar la resolución —ni siquiera aunque produjera únicamente efectos retroactivos obligacionales— porque, dada la situación de concurso (de insolvencia) de la contraparte, el ejercicio de la resolución no sirve para otorgarle una tutela especial o superior a la que obtiene exigiendo el cumplimiento de la prestación a la que se obligó el deudor posteriormente concursado. El ejercicio de la resolución no atribuirá a la parte *in bonis* una especial mejor posición que le supone el cobro del crédito que nació del contrato pendiente por el concursado (puesto que, como ya se ha indicado, las consecuencias de la resolución tendrían que hacerse valer en el concurso). Y, además, tendría importantes inconvenientes. En primer lugar y desde el punto de vista práctico, complicaría excesivamente las cosas, puesto que, declarado el concurso, la parte *in bonis* tendría que comunicar el crédito derivado del contrato pendiente que tiene frente al concursado en el plazo establecido por la Ley (bajo la pena de ser considerado como un crédito subordinado: artículo 92.1º), y, posteriormente, en el caso de que llegara a declararse la resolución, aquel derecho de crédito (a la contraprestación) se extinguiría y surgiría otro derecho nuevo (el derecho a la restitución, consecuencia de la resolución), con lo cual podría ser necesaria una modificación del valor del derecho del acreedor (pues el valor del derecho a la contraprestación pactada y el correspondiente a la restitución de la prestación realizada pueden no coincidir) con los efectos consiguientes (v. gr., la modificación de su participación en el pasivo, a los efectos de

considerar admitida a trámite la propuesta anticipada de convenio: art. 106; de considerarlo acreedor legitimado –sólo o junto con otros– para presentar una propuesta ordinaria de convenio: art. 113.1; de considerarlo legitimado a los efectos de oponerse a la aprobación judicial del convenio: art. 128.2; a los efectos de considerar aprobado el convenio: arts. 124 y 125). Y, en segundo lugar, el ejercicio de la resolución podría dar al traste (al menos en parte) con los fines perseguidos con el procedimiento concursal, puesto que supondría admitir la tramitación de numerosos procesos dirigidos a declarar la resolución (con los consiguientes gastos a cargo del patrimonio concursal), algo que se quiere evitar con el concurso. Una de las funciones primordiales del procedimiento concursal es reducir los costes que ocasionaría la actuación individual de los acreedores, imponiéndoles la actuación conjunta al objeto de maximizar el valor del patrimonio del deudor, y la admisibilidad del ejercicio de la facultad de resolución comportaría costes que podrían venir, en buena medida, a impedir el logro de aquel fin y a reducir el patrimonio destinado a la satisfacción de los acreedores. En definitiva, como la resolución es un medio de tutela y de defensa del contratante particular que sufre la inejecución del programa de prestación por parte del deudor, cuando esa inejecución afecta (o puede afectar) a todos o a la mayor parte de los acreedores, la tutela individual se sustituye por la tutela colectiva que constituye el concurso en la forma prevista en el convenio o de acuerdo con las reglas sobre la liquidación concursal. La parte *in bonis* de un contrato con obligaciones recíprocas cumplido por ella en el momento de la declaración de concurso debe exigir el cumplimiento de su derecho en el concurso y no puede ejercitar la facultad de resolución por incumplimiento.

En contra, de la anterior opinión se muestra, sin embargo, CARRASCO PERERA (*Los derechos de garantía en la Ley Concursal*, Madrid, 2004, pgs. 142-143), que declara que bajo ningún concepto puede proponerse que un contratante *in bonis*, que no haya podido dar el contrato por resuelto simplemente por la declaración de concurso, puede verse sometido a que la masa del concurso incumpla la obligación de hacer los pagos debidos con posterioridad al concurso, que no son pagos de deudas concursales, sin que él pueda hacer otra cosa que pretender el cumplimiento de esta obligación de la masa, sin posibilidad de resolver. Sería tan absurdo como si el acreedor de un préstamo rehabilitado, o no vencido con el concurso, no pudiera declarar el vencimiento anticipado de su crédito cuando la administración concursal dejara de hacer regularmente los pagos. En consecuencia, entiende, que la remisión del artículo 62.1 debe entenderse limitado a la condición de *contrato bilateral*, que son los que se pueden resolver, y no a la de contratos bilaterales que, además, se encuentran aun incumplidos por ambas partes.

La sentencia que estamos comentando, como dijimos, parece plantear el problema que exista incumplimiento por ambas partes del contrato de suministro y que, por ello, cualquiera de ellas pueda instar la resolución, como faculta el artículo 62.1 LC. Sin embargo, también regula el artículo 62.3 LC que el juez, en interés del concurso, acuerde que el contrato con obligaciones recíprocas continúe cumpliéndose, que es a la solución que llega la sentencia. En este caso, surge la cuestión de la calificación de los créditos anteriores y posteriores a la declaración de concurso.

III. CALIFICACIÓN DE LOS CRÉDITOS CUANDO SE ACUERDA EL CUMPLIMIENTO POR EL JUEZ DEL CONCURSO AUNQUE EXISTA CAUSA DE RESOLUCIÓN: ARTÍCULO 62.3 LC

El artículo 62.3 LC dispone que «*aunque exista causa de resolución, el juez, atendiendo al interés del concurso, podrá acordar el cumplimiento del contrato*». Deja la facultad de las partes a la resolución por incumplimiento en un segundo plano, en «interés del concurso».

La Ley Concursal, establece en el artículo 62.3, que el juez podrá acordar el cumplimiento del contrato, *en todo supuesto*, sea cual sea la causa de incumplimiento e, incluso, en contra de la voluntad de la parte concursada, siempre que se aprecie el «interés del concurso». En la regulación concursal, el juez del concurso actúa de oficio, pues puede acordar el cumplimiento del contrato aunque las partes soliciten la resolución. El artículo 62.3 LC faculta al juez para acordar dicho cumplimiento y no supedita la decisión judicial a que el «interés del concurso» sea hecho valer por el demandado (concurrido intervenido o administración concursal), a diferencia de lo que sucede en algunos supuestos (artículos 40.4 y 44.4 LC).

Respecto a las prestaciones debidas o que deba realizar el concursado en el caso de que el

juez acuerde el cumplimiento del contrato, el artículo 62.3 LC nos dice que, «*serán a cargo de la masa las prestaciones debidas o que deba realizar el concursado*». El artículo 62.3 LC es claramente equívoco porque no distingue entre la calificación concursal que ha de darse a las prestaciones debidas antes de la declaración de concurso y las posteriores a la misma, por lo que su mera literalidad parecería que toda la deuda se convierte en crédito contra la masa.

Se centra la cuestión en la interpretación del artículo 62.3 LC en relación con el contrato de *tracto sucesivo*, como es el contrato de suministro, cuyo cumplimiento fue acordado por el juez del concurso al amparo de dicho precepto. El problema se presenta en los contratos de *tracto sucesivo* pues en los contratos de *tracto único* incumplidos antes de la apertura del procedimiento concursal, si su ejecución interesa al concurso éste deberá pagar con cargo a la masa las prestaciones que tenían que haber sido realizadas antes del concurso. La declaración de concurso no afecta a la vigencia de los contratos con obligaciones recíprocas pendientes (artículo 61.2, 1 LC). Lo mismo ocurre con los contratos de *tracto único* con prestaciones fraccionadas en los que existen incumplimientos anteriores o posteriores al concurso, puesto que las prestaciones anteriores o posteriores forman parte de una prestación única y, por tanto, si al concurso interesa el cumplimiento del contrato, tendrán que pagarse con cargo a la masa las prestaciones debidas al tiempo de la declaración de concurso: en caso contrario el contratante *in bonis* podría suspender la ejecución de las futuras prestaciones invocando la *exceptio inadimplenti contractus*.

Versa concretamente en el conflicto suscitado en determinar, sobre la base de esa previsión normativa, si en el supuesto de que judicialmente se acuerde el cumplimiento del contrato, las prestaciones vencidas y exigibles al tiempo de ser declarado el concurso tienen la consideración de crédito contra la masa, o bien merecen la consideración de crédito concursal por tratarse de deudas contraídas con anterioridad al concurso.

Encontramos varias sentencias de Juzgados de lo Mercantil que, en el supuesto de contratos de suministro de energía eléctrica, ya se opte por la resolución (en este caso plenamente justificada, como dispone expresamente el artículo 62.4 LC), ya por el mantenimiento del contrato de *tracto sucesivo* en interés del concurso, las prestaciones vencidas e insatisfechas «antes» de la declaración del concurso se califican como «concurridas»; y las devengadas e incumplidas «después» se consideran como créditos «contra la masa». Así, la *SJMER de Barcelona, de 21 de julio de 2005* (La Ley. Jur. 2005/185515), resuelve la cuestión litigiosa de determinar qué calificación debe darse al crédito por facturas vencidas antes del concurso y, más en concreto, si el cumplimiento del contrato de suministro debe condicionarse a que se satisfagan con cargo a la masa todas las facturas pendientes. La defensa de la actora entendía que si la calificación como crédito contra la masa se limita a las facturas vencidas después de la declaración del concurso, nada añadiría el artículo 62.3 y nada obtendría a cambio del cumplimiento forzoso, pues tal calificación ya viene prevista en el artículo 84.2, 6º de la Ley. En segundo lugar también aduce la actora que, de no convertir el crédito anterior en crédito contra la masa, la facultad resolutoria que el artículo 62 le reconoce no daría lugar a consecuencia jurídica alguna, dado que la situación jurídica resultante de la resolución sería la misma que si no se hubiera ejercitado la acción resolutoria. Si bien la cuestión es discutible y existen argumentos que amparan una y otra tesis, se entiende que ha de prevalecer la interpretación más favorable al interés general del concurso, interpretación que es más acorde con el espíritu y finalidad de la norma (artículo 3 CC). En efecto, «no parece que el propósito del Legislador haya sido el alterar las reglas sobre calificación de los créditos y el principio general de reservar la categoría de crédito contra la masa a aquéllos generados con posterioridad a la declaración del concurso (artículo 84.2 LC). El crédito de la demandante, ni por su naturaleza ni por la condición del acreedor, merece, en principio, especial protección, por lo que no estaría justificado el trato privilegiado que para sí reclama la actora. La interpretación que se defiende tiene encaje en el tenor literal de la norma. Y como muy bien ha expuesto la administración concursal, de aceptarse la tesis que sostiene el actor, proliferarían los créditos contra la masa, con la consiguiente alteración del sistema de reconocimiento de créditos diseñado por la Ley –piénsese, por ejemplo, en todos los contratos de suministro de material–. Por todo ello, se ordena el cumplimiento del contrato pero considerando los créditos anteriores a la declaración de concurso como créditos concursales». En el mismo sentido se pronuncia también la *SJMER de Córdoba, de 8 de julio de 2005* (AC 2005, 1705). La sentencia en su fallo declara que «son a cargo de la masa las deudas de la concursada generadas por el contrato con posterioridad a la declaración de concurso, pero no las anteriores». Se apoya legalmente en lo dispuesto en el artículo 62.4 LC y el artículo 84.2 LC. Asimismo, la

SJMER de Murcia, de 26 de abril de 2005 (ADCo, núm. 8, 2006). La *SJMER de Asturias*, de 3 febrero de 2006 (JUR 2006, 68797).

Por tanto, estas resoluciones judiciales (en este sentido, también se pronuncian autores como CLEMENTE MEORO: «Los efectos de la declaración de concurso del comprador en la compraventa de inmuebles sometida a condición resolutoria por impago del precio», *ADCo*, núm. 10, 2007, pg. 214; y GARCÍA VICENTE: «El mantenimiento de los contratos de tracto sucesivo en interés del concurso», *ADCo*, núm. 13, 2008-1, pg. 361), interpretan que el inciso segundo del artículo 62.3 LC, de que todos los créditos, en el caso de que el juez acuerde el cumplimiento del contrato, se satisfagan con cargo a la masa, se basa en la literalidad de un precepto que parece pensada para los contratos en general. No para los contratos de *tracto sucesivo*, en los que se permite la reclamación por deudas anteriores y posteriores y que, por tanto, también debería prever una calificación distinta para unas y otras. Por ello, es necesario relacionar el artículo 62.3 LC con otros preceptos.

Así, con el artículo 62.4 LC, que regula los efectos de la resolución declarado el concurso, que distingue entre las obligaciones vencidas e incumplidas por el concursado antes de la declaración del concurso, que se incluirán en la masa como créditos concursales, y las dimanantes de incumplimiento posterior, que se satisfarán con cargo a la masa. No tiene porqué ser distinto el criterio en un caso y otro, de proceder la resolución o bien el cumplimiento forzoso por enervación de la facultad resolutoria, ya que si el artículo 62.4 LC distingue entre créditos anteriores y posteriores, el artículo 62.3 LC también debería distinguir.

Del mismo modo, considera esta línea jurisprudencial (como la sentencia que comentamos), es necesario relacionar el artículo 62.3 con el artículo 84.2, 6º LC, que al enumerar los créditos contra la masa, no incluye los créditos anteriores a la declaración de concurso generados por incumplimiento de contratos de tracto sucesivo.

Esta solución jurisprudencial no es, por el contrario, un lugar común en la doctrina. Algunos autores se pronuncian por la calificación tanto de los créditos anteriores, como posteriores, como créditos contra la masa, en el caso de que se acuerde el mantenimiento del contrato de tracto sucesivo por el juez del concurso. Esto es, juzgan pertinente la subsanación de los incumplimientos anteriores con cargo a la masa. Así, BONARDELL LENZANO («Régimen de los contratos sinalagmáticos en el concurso», *Estudios de Derecho de Sociedades y Derecho Concursal. Libro homenaje al profesor Rafael García Valverde*, III, Madrid, 2007, pg. 1791), dice que las obligaciones de restitución e indemnización a cargo del concursado serán siempre deudas de la masa; y MARTÍNEZ FLÓREZ («Consideraciones en torno a la resolución de los contratos por incumplimiento en el concurso», cit., pg. 109), «desde nuestro punto de vista en la Ley Concursal existen datos para entender que si el contrato continúa tras la declaración de concurso todo lo debido antes del concurso (aunque sea de escasa entidad) es deuda de la masa. En primer lugar, porque sí, por aplicación de las reglas generales (resolución o excepción), debe pagarse íntegramente cuando lo adeudado es importante (y por lo tanto, puede repercutir de forma apreciable en el grado de satisfacción de los acreedores concursales), no se ve razón para negar dicho pago cuando lo debido es de escasa entidad (y que, en consecuencia, apenas va a repercutir en la satisfacción de los acreedores). En segundo lugar, porque la norma general, recogida en el artículo 61.2, dice que los contratos con obligaciones recíprocas pendientes cuando se declara el concurso no se ven afectados en su vigencia y que “las prestaciones a que esté obligado el concursado se realizarán con cargo a la masa”, sin distinguir entre prestaciones anteriores o posteriores. Y, finalmente, porque la Ley tuvo en cuenta este específico problema de las deudas anteriores al concurso (en contra de lo que a veces afirman algunos autores y algunos jueces de lo mercantil) y le dio una solución específica para el caso de resolución, diciendo que entonces las deudas anteriores son concursales; lo que significa que esta solución fue descartada para el supuesto de continuación del contrato, en el cual las deudas de la masa no son deudas concursales». Son de esta opinión NAVEIRA ZARRA («Los efectos del concurso sobre los contratos», cit., pgs. 359 y 360) que lo justifica por ser una recompensa a la posición más gravosa que ocupa el contratante no concursado frente a los otros acreedores concursales; y GÓMEZ MENDOZA («Prestaciones anteriores al concurso en los contratos con obligaciones recíprocas», *RDCyP*, núm. 4, 2006, pgs. 129 a 131).

En este sentido se pronuncia, la *SAP de Barcelona*, de 13 de septiembre de 2006 (ADCo, núm. 11, 2007), que considera las prestaciones anteriores debidas y no cumplidas por el concursado, cuando se mantiene el contrato de tracto sucesivo, como créditos contra la masa.

En primer lugar, porque resulta de la literalidad del artículo 62.3 LC que con cargo a la masa sean abonadas las prestaciones adeudadas por el concursado, anteriores y posteriores a la declaración de concurso. Si sólo se debieran pagar con cargo a la masa las prestaciones posteriores al concurso, hubiera bastado con la expresión «las que debe realizar el concursado», pero incluye también las «prestaciones debidas».

En segundo lugar, como créditos contra la masa los incluye en el artículo 84.4, párrafo 7º LC: los créditos que correspondan por las cantidades debidas y las de vencimiento futuro a cargo del concursado (y no se incluyen en el párrafo 6º de este artículo). No es dudoso que tales términos, *cantidades debidas*, por un lado, y las *vencimiento futuro*, de otro, se identifican con los empleados por el artículo 62.3 LC: *prestaciones debidas y/o que deba realizar el concursado*; conclusión que se refuerza a la vista de la regulación de la facultad de rehabilitación de contratos y de enervación del desahucio en los artículos 68, 69 y 70 LC, nominativamente incluidos en el artículo 84.2, 7º LC, facultad que explícitamente (como estudiaremos) se supedita al pago con cargo a la masa tanto de la deuda pendiente, anterior al concurso, como la posterior y de las prestaciones futuras.

En último lugar, argumenta que la finalidad de la norma que comentamos es el sacrificio del derecho a la resolución del contrato en interés del concurso, *pero garantizando, en contrapartida y en interés del acreedor que se ve forzado a la continuidad negocial, el pago de la deuda pendiente, cuyo impago precisamente justificaría la resolución, y la futura, con cargo a la masa*. En la Exposición de Motivos de la LC, motivo III, se establece que esa facultad de enervación en interés del concurso tiene efectividad «con garantías para el derecho de la contraparte». 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 del contrario, no pueden ser otras que las que resultan de la literalidad del artículo 62.3 LC: que con cargo de la masa sean abonadas las prestaciones adeudadas por el concursado, anteriores o posteriores a la declaración de concurso, por razón de esa relación contractual.

Creemos, pues, que la norma supedita el cumplimiento forzoso del contrato a que se satisfaga con cargo a la masa toda la deuda pendiente, esto es, tanto la deuda anterior, como la generada por el cumplimiento del contrato con posterioridad a la declaración de concurso.

Ahora bien, puede ocurrir, que acordado el cumplimiento del contrato por el juez del concurso, los bienes de la masa activa fueran insuficientes para satisfacer las deudas anteriores como las generadas con posterioridad a la declaración de concurso. Así, la *SJMER de Barcelona*, de 21 de julio de 2005 (La Ley. Jur. 2005/185515), sostiene que «por otro lado el artículo 62.3º sí concede un plus de protección al acreedor con contrato incumplido y que se ve obligado a soportar la vigencia del contrato. En efecto, las prestaciones del concursado no sólo tienen la consideración de crédito contra la masa, sino que deben abonarse “con cargo” a la masa. La norma, por tanto, presupone que el cumplimiento forzoso en interés del concurso sólo puede mantenerse en tanto en cuanto existan bienes bastantes en la masa activa para afrontar, puntualmente, las prestaciones que corresponden al concursado. El actor, por tanto, no concurre, sin más, con el resto de acreedores contra la masa, sino que tiene garantizado el cobro de aquellas facturas vencidas después de la declaración del concurso».

De tal manera que, el cumplimiento del contrato sólo puede mantenerse en tanto exista masa activa suficiente para afrontar el coste que ello supone. En otro caso, si el cumplimiento acordado por el juez del concurso no fuera posible, concurriendo causa de incumplimiento, la parte perjudicada podrá instar la resolución del contrato bilateral (artículo 62.1 LC). En este sentido se pronuncia la *SJMER de Asturias*, de 3 febrero de 2006 (La Ley. Jur. 2006/68797), al señalar que «no puede desconocerse que la decisión judicial de que el contrato continúe en su vigencia en modo alguno priva al acreedor no concursado de la facultad resolutoria posterior –facultad insita “ex” art. 1124 CC a todas las obligaciones recíprocas– si se ven nuevamente incumplidas las prestaciones con cargo a la masa». Entonces, se aplicaría en cuanto a la calificación de los créditos el artículo 62.4 LC, que distingue, en los contratos de tracto sucesivo, según el incumplimiento del concursado, por prestaciones vencidas y no cumplidas, fuese anterior o posterior a la declaración de concurso: en el primer caso, el crédito a favor del contratante no concursado cumplidor será concursal y en el segundo, crédito contra la masa.