



UNIVERSIDADE DA CORUÑA

Facultad de Derecho

Trabajo de
fin de grado

Declaración de
concurso de
acreedores de
Mecánicas del
Noroeste, S.L.

Isabel Souto Vázquez

Tutora: María Rocío
Quintáns Eiras

Grado en Ade + Derecho

Año 2017

Índice.

1. Introducción.....	3
2. Impugnación de pagos para la cancelación anticipada de préstamos.....	4
2.1. Acción rescisoria concursal.....	4
2.2. Legitimación y procedimiento.....	7
2.3. Otras acciones de impugnación: la acción pauliana.....	10
3. Impugnación de la compraventa y Derecho Hipotecario.....	11
3.1. Derecho de propiedad e hipoteca.....	11
3.2. Tercero hipotecario (art. 34 LH).....	13
3.3. Rescisión concursal.....	16
3.4. Efectos para las partes.....	18
4. Contrato de suministro: resolución contractual y concursal.....	22
4.1. Cuestiones previas sobre el suministro.....	22
4.2. Cláusula de resolución.....	24
4.3. Resolución en sede concursal.....	25
5. Tratamiento penal de la actuación con su proveedor.....	27
5.1. Caracterización del delito de estafa: tipo básico y sujetos activo y pasivo.....	27
5.2. Elementos del delito de estafa.....	29
5.3. Tipos agravados del delito de estafa.....	34
5.4. Penalidad del delito de estafa.....	36
6. Calificación jurídica de los impagos del IVA.....	36
6.1. IVA: aspectos generales.....	36
6.2. Infracción y sanción.....	37
6.3. Presentación extemporánea.....	40
6.4. Responsabilidad del administrador.....	41
7. Conclusiones.....	42
8. Bibliografía y jurisprudencia consultada.....	45

Índice de abreviaturas.

- AAP: Auto de la Audiencia Provincial.
- AP: Audiencia Provincial.
- Art.: artículo.
- ATS: Auto del Tribunal Supremo.
- BOE: Boletín Oficial del Estado.
- CC: Código Civil.
- CComer: Código de Comercio.
- Coord.: coordinador.
- CP: Código Penal.
- Dir.: Director.
- etc.: Etcétera
- IVA: Impuesto sobre el Valor Añadido.
- LC: Ley Concursal.
- LCA: Ley del Contrato de Agencia.
- LEC: Ley de Enjuiciamiento Civil.
- LGT: Ley General Tributaria.
- LH: Ley Hipotecaria.
- LIVA: Ley del Impuesto sobre el Valor Añadido.
- LO: Ley Orgánica.
- LSC: Ley de Sociedades de Capital.
- Núm.: número.
- op. cit.: obra citada (“opus citatum”).
- p. : página.
- pp.: páginas.
- RP: Registro de la Propiedad.
- S.A.: Sociedad Anónima.
- SAN: Sentencia de la Audiencia Nacional.
- SAP: Sentencia de la Audiencia Provincial.
- SJM: Sentencia del Juzgado de lo Mercantil.
- S.L.: Sociedad Limitada.
- ss.: siguientes.
- STS: Sentencia del Tribunal Supremo.
- STSJ: Sentencia del Tribunal Superior de Justicia.
- TEA: Tribunal Económico-Administrativo.
- TS: Tribunal Supremo.
- vol.: volumen.

1. Introducción.

La elección del presente caso, se debe a la gran actualidad práctica que tienen los concursos de acreedores tanto de personas físicas como jurídicas. Cabe señalar la riqueza que este tema presenta debido a los múltiples aspectos a tratar así como la reciente reforma legislativa. Los autores de este supuesto de hecho son dos de mis compañeros y yo misma, la elección del tema responde a nuestro entusiasmo por el Derecho Mercantil y, concretamente, por la temática concursal.

El concurso de acreedores ha cobrado un notable protagonismo en los últimos años debido al elevado número de empresas y personas que se han acogido a él con motivo de la crisis económica. Esta situación despertó nuestro interés en aras a conocer en profundidad como se articulan los mecanismos legales para que los acreedores puedan ver satisfechos los créditos cuando el deudor es insolvente.

Antes de abordar las soluciones a las diferentes cuestiones que se plantean en relación a las actuaciones llevadas a cabo por la empresa Mecánicas del Noroeste S.L., cabe realizar una serie de apuntes sobre el concurso de acreedores.

El concurso de acreedores, regulado por la Ley 22/2003, de 9 de julio¹, es una figura nacida para los casos en los que un deudor, persona física o jurídica, devenga insolvente. La insolvencia es un estado en el cual el deudor no puede atender regularmente con sus obligaciones exigibles (art. 2 LC). Debe tenerse en cuenta que, el simple incumplimiento de una o más obligaciones no puede ser considerado hecho causal del concurso y la imposibilidad del deudor de cumplir con sus propias obligaciones, si no se ha manifestado en incumplimientos reales o previsibles, no constituye el presupuesto objetivo de la declaración².

Precisamente por ser don Miguel quien solicita la declaración nos encontramos ante un concurso voluntario³. La solicitud debe producirse en el plazo de dos meses desde que hubiera conocido o debido conocer el estado de insolvencia (art. 5 LC)⁴.

El concurso se declara mediante Auto de 24 de marzo de 2016, a continuación se produce el nombramiento de la administración concursal. Las facultades del administrador pueden verse sometidas a un régimen de intervención o suspensión y sustitución por la administración concursal. Al ser un concurso voluntario, lo más frecuente es que se aplique la primera opción, de tal manera que el deudor conserva sus facultades de administración y disposición sobre su patrimonio.

La declaración de concurso propaga sus efectos sobre el deudor, los acreedores, la masa activa y la masa pasiva. Debe tenerse en cuenta que la misma no interrumpe la continuación de la actividad del deudor y que no constituye una causa de disolución de la sociedad. En cuanto a los acreedores, hay que señalar que, a pesar de ser el principio

¹ Publicada en el BOE núm. 164, de 10 de julio de 2003. Referencia: BOE-A-2003-13813.

² GONZÁLEZ LECUONA, M^a M., “Artículo 2. Presupuesto objetivo”, en CORDÓN MORENO, F. (Dir.), *Comentarios a la Ley Concursal*, Tomo I, Thomson Reuters Aranzadi, 2010, 2^a Edición, p. 107.

³ El deudor debe expresar si su insolvencia es actual o inminente, además de acreditarla. En este sentido ver, entre otros, a GONZÁLEZ LECUONA, M^a M., “Artículo 6. Solicitud del deudor”, en CORDÓN MORENO, F. (Dir.), *Comentarios a la Ley Concursal*, Tomo I, Thomson Reuters Aranzadi, 2010, 2^a Edición, p. 154.

⁴ Según la STS 614/2011 de 17 de noviembre de 2011 (RJ 2012\3368) dicho plazo es aplicable a todo el concurso tanto voluntario como necesario.

de igualdad de trato entre los mismos universalmente admitido existen numerosas excepciones⁵.

Por último, si se abriera la sección de calificación, la sentencia determinará si el concurso es fortuito o culpable. En este último caso, puede exigírseles responsabilidad a los administradores (art. 167 y ss LC).

Teniendo en cuenta los aspectos anteriormente comentados se procede al análisis de los temas del derecho concursal, penal, civil y tributario nucleares para la resolución del caso. Debido a la gran amplitud de la materia a tratar y la limitación del espacio del trabajo, me centraré exclusivamente en los aspectos relevantes e imprescindibles para ofrecer una solución a las preguntas planteadas.

2. Impugnación de pagos para la cancelación anticipada de préstamos.

En este apartado se abordará la impugnación, por parte de Veta S.L. acreedor de Mecánicas del Noroeste S.L., del pago para cancelar un préstamo que ésta tenía con Banco de Galicia S.A.

2.1 Acción rescisoria concursal.

En primer lugar, cabe señalar que los efectos de la declaración de concurso sobre los acreedores se centran en el principio de la par conditio creditorum que supone una agresión colectiva del patrimonio del deudor y la formación de la masa de acreedores⁶.

Es decir, declarado el concurso, todos los acreedores quedan integrados en la masa pasiva del concurso (art. 49.1 LC) y no podrán iniciarse ejecuciones singulares contra el patrimonio del concursado en función de la aplicación del principio de igualdad de trato o par conditio creditorum⁷.

La reintegración, impugnación o retroacción son términos equivalentes que justifican la recuperación de bienes y derechos a la masa activa del concurso debido a que no debieron salir del patrimonio del deudor⁸.

Existen dos clases de acciones: las rescisorias concursales y las acciones de impugnación. A pesar de que son diferentes, ambas producen el efecto de reintegración o recuperación de bienes a la masa activa. Conforme establece el art. 71.6 LC, el ejercicio de la acción rescisoria no impedirá el de otras acciones de impugnación de actos que procedan conforme a Derecho. Por lo tanto, el acreedor podrá ejercitar contra actos del deudor las correspondientes acciones de nulidad, anulabilidad, declarativa, restitutoria, subrogatoria o rescisoria por lesión.

Las acciones rescisorias concursales, llamadas tradicionalmente de retroacción, son típicas del procedimiento concursal. De acuerdo con la Sentencia del Juzgado de

⁵ Así nos encontramos con una diferencia entre créditos privilegiados y subordinados, tal y como explica ARROYO I. y MORRAL R., *Teoría y práctica del Derecho concursal examen de la Ley 38/2011 y sus posteriores reformas de 2014 y 2015*, Tecnos, 2016, 3ª Edición, pp. 122 y ss.

⁶ Compuesta por los derechos de todos los acreedores del deudor anteriores a la declaración de concurso.

⁷ CAÑETE VERDÚ, Mª J., “Efectos de la declaración del concurso”, en SANCHEZ RUÍZ, M., CAÑETE VERDÚ, Mª J., ESPINOSA ALONSO, F. J. (Coord.), *Manual de Derecho Mercantil de Contratos*, Tirant, 2014. Disponible en: <http://www.tirantonline.com.accedys.udc.es/tol/documento/show/4104794?searchtype=substring&index=9>

⁸ ARROYO, I. y MORRAL, R., *Teoría y práctica del Derecho concursal examen de la Ley 38/2011 y sus posteriores reformas de 2014 y 2015*, op. cit., p. 143.

Primera Instancia de Toledo 175/2016 de 28 abril (JUR 2016\219364) la apreciación de una acción de reintegración concursal requiere de la existencia de un acto de disposición patrimonial, que el acto de disposición haya sido realizado por el deudor y la existencia de un perjuicio patrimonial. En este caso se cumplen todos estos requisitos.

Durante el concurso, de conformidad con el art. 71.6 LC, podrán pedirse acciones de impugnación de los actos del deudor pero también la acción rescisoria concursal. Así pues, declarado el concurso, serán rescindibles los actos perjudiciales para la masa activa realizados por el deudor dentro de los dos años anteriores a la fecha de la declaración, aunque no hubiere existido intención fraudulenta⁹.

Por tanto, son necesarios dos requisitos para aplicar la acción rescisoria: el tiempo y el daño. Hay que tener en cuenta que no se requiere probar fraude pero el deudor tampoco queda exonerado si demuestra que actuó sin intención fraudulenta.

En lo relativo al tiempo no cabe duda. La operación descrita tuvo lugar el 25 de abril del 2014 y la declaración de concurso data del 24 de marzo de 2016, por tanto, dentro del plazo de dos años. Debe tenerse en cuenta que el cómputo del tiempo empieza en el momento de la perfección del contrato, independientemente de su ejecución¹⁰.

En el caso de que el acto perjudicial se realice fuera del plazo señalado de los dos años, habrá que atacarlo por la vía de la revocatoria común si bien serán aplicables las normas sobre legitimación y procedimiento de aquella¹¹.

Cabe destacar la STS 185/2012, de 28 de marzo (RJ 2012\4869) que expresa que los actos susceptibles de reintegración lo son porque resultan lesivos para la masa activa, a pesar de que no redunden en daño del patrimonio de la concursada, independientemente de si han sido realizados de buena fe. Por el contrario, no lo son los que no son lesivos para la masa activa, incluso si fueron ejecutados de mala fe.

La misma sentencia establece que: *“Los términos de la norma -"serán rescindibles los actos perjudiciales para la masa..."- permiten la impugnación de concretos comportamientos aislados del contexto en el que se desarrollan, incluso cuando se trata de actos debidos -como lo demuestra la posibilidad de atacar pagos anticipados”*.

También es necesario que se produzca un perjuicio. Aunque la norma no lo define, se entiende por tal todo empobrecimiento de la masa. Además, tanto la doctrina como la jurisprudencia también han considerado perjudiciales actos que, sin suponer empobrecimiento, suponen un cambio en la posición de los acreedores, de tal manera que unos se beneficien en detrimento de los demás o, en general, actos que disminuyan la solvencia o el crédito del deudor o que impidan la continuidad de la empresa¹².

En referencia a esto, muchos tribunales han afirmado la existencia de perjuicio cuando se paga a uno de los acreedores, beneficiándose a éste sobre los demás y provocando que el resto posean menos garantías para cobrar sus créditos, cuando ya existe insolvencia¹³.

⁹ Ello se recoge, entre otras, en la STS 185/2012 de 28 de marzo (RJ 2012\4869).

¹⁰ SILVETTI, E., “Artículo 72. Legitimación y procedimiento”, en CORDÓN MORENO, F. (Dir.), *Comentarios a la Ley Concursal*, Tomo I, Thomson Reuters, 2010, p. 818.

¹¹ SILVETTI, E., “Artículo 72. Legitimación y procedimiento”, op. cit., p. 818.

¹² SILVETTI, E., “Artículo 71. Acciones de reintegración”, op. cit., p. 805.

¹³ Sobre el mismo tema véase, entre otras, la SAP Lugo 18/2007 de 11 enero (AC 2007\742) y SAP de Pontevedra 369/2009 de 22 julio (JUR 2009\361897).

En el art. 71.2 LC se establecen presunciones de su existencia en determinadas situaciones, incluidos los pagos para extinguir obligaciones cuyo vencimiento fuere posterior a la declaración del concurso. Mecánicas del Noroeste realiza un pago para cancelar una deuda que vencía en 2020, es decir, 6 años más tarde que la fecha en la que se produjo el pago. En base a todo ello, sí se produce un perjuicio con la actuación de Mecánicas del Noroeste S.L.

Nada se dice sobre si dicha deuda estuviese garantizada con garantía real. En el supuesto de que no lo estuviese el perjuicio se presume sin que quepa prueba en contrario (art. 71.2 LC) pero si tuviese garantía real el perjuicio se presume aunque cabe prueba en contrario (art. 71.3 LC).

En el caso de los pagos, aunque conllevan una disminución del haber del deudor y reducen la garantía patrimonial de los acreedores, no por ello se pueden considerar todos ellos perjudiciales para la masa. Su justificación viene determinada, en primer lugar, por el carácter debido de la deuda satisfecha, así como por su exigibilidad. Carece de justificación abonar un crédito no debido o que no sea exigible (STS 629/2012 de 26 octubre (RJ 2012\10415)¹⁴). Por tanto, este pago carece de justificación puesto que la deuda no era exigible ni estaba vencida aunque sí que era debida.

Así pues, Veta S.L. nada podría hacer si dicho pago fuera para satisfacer una deuda vencida y exigible, salvo determinadas circunstancias excepcionales. Al igual que en el caso de pagos de obligaciones con un vencimiento inicial posterior a la declaración de concurso pero que vencieron anticipadamente por diversos motivos (como la resolución del contrato por incumplimiento)¹⁵.

Hay que mencionar que la operación descrita en el caso no se encuadra en ninguno de los supuestos detallados en el art. 71.5 LC donde se imposibilita el ejercicio de la acción concursal.

Es preciso destacar lo dispuesto en la STS 105/2015 de 10 de marzo (RJ 2015\2678) de acuerdo con la cual el perjuicio para la masa activa es concebido, por la jurisprudencia, como un sacrificio patrimonial injustificado en cuanto que tiene que suponer una minoración del valor del activo sobre el que más tarde, una vez declarado el concurso, se constituirá la masa activa (art. 76 LC), y, además, debe carecer de justificación. Fuera de los supuestos en los que se presume iuris et de iure el perjuicio regulados en el art. 71.2 LC (enajenaciones a título gratuito y pagos anticipados), dice la sentencia que *“en la medida en que el acto de disposición conlleve un detrimento patrimonial, deberán examinarse las circunstancias que concurren para apreciar su justificación, que va más allá de los motivos subjetivos, y conforman el interés económico patrimonial que explica su realización”*. La acreditación del perjuicio corresponde, en principio, a quien insta la rescisión concursal (art. 71.4 LC), pero se trasladará a los demandados la carga de probar que el acto impugnado no perjudica a la masa activa si dicho acto está afectado por alguna de las presunciones de perjuicio previstas en el art. 71.3 LC, las cuales admiten prueba en contrario.

¹⁴ También STS 105/2015 de 10 marzo (RJ 2015\2678).

¹⁵ SILVETTI, E., “Artículo 71. Acciones de reintegración”, op. cit., p. 809. Haciendo referencia a la SAP Madrid de 9 de octubre 2008 (JUR 2009, 122808) sobre pago a un despacho de abogados que iba a asesorar y a defender a una empresa durante el concurso y cobra anticipadamente sus honorarios.

Al encuadrarse el acto impugnado en las presunciones del art. 71.2 LC, Veta no tendría que acreditar el perjuicio. Si estuviese garantizado con garantía real debería ser Mecánicas del Noroeste quien acreditase que dicho acto no perjudica a la masa activa.

Nada se dice en la LC sobre el plazo de prescripción o caducidad de la acción rescisoria concursal. Por analogía puede aplicarse el plazo de 4 años previsto en el art. 1299 CC¹⁶, computándose el mismo desde el momento en que pudo ejercitarse, es decir, desde que se produjo la aceptación del cargo por la administración concursal y teniendo en cuenta que es un plazo de caducidad¹⁷.

2.2 Legitimación y procedimiento.

Es ante el juez responsable del concurso ante quien se debe ejercitar tanto la acción rescisoria como las demás acciones de impugnación. Correspondiendo la legitimación activa a la administración concursal¹⁸ que actuará asistida de letrado (art. 184.5 LC) pero también, de forma subsidiaria, a los acreedores que previamente se hubieran dirigido por escrito a la administración concursal solicitando el ejercicio de alguna acción¹⁹.

La legitimación de la administración concursal procede de su actuación en interés de la masa, y por ende, de la colectividad de acreedores que refuerzan su garantía, y no en interés del concursado ni de los acreedores individualmente considerados²⁰.

Para que Veta S.L. ostentase la legitimación activa en la acción rescisoria contra el pago de la deuda con Banco de Galicia S.A. es preciso que, previamente, se hubiera dirigido por escrito a la administración concursal de Mecánicas del Noroeste S.L. En aras a solicitar la impugnación de esta operación, así como expresando los fundamentos en los que sustenta su petición²¹ y que dicha administración concursal no hiciese nada al respecto en el plazo de los dos meses siguientes desde el requerimiento (art. 72.1 y 2 LC).

De acuerdo con SILVETTI, no se trata de que la administración concursal represente al deudor concursado. Se asemeja más a una peculiar sustitución procesal siendo el fundamento de su legitimación el interés de la masa de la que este órgano ostenta una especie de representación orgánica. Asimismo es exclusiva, excluyéndose al deudor, por

¹⁶ Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil. Publicado en el BOE núm. 206, de 25/07/1889. Referencia: BOE-A-1889-4763.

¹⁷ AZNAR GINER, E., *La acción rescisoria concursal. Doctrina, jurisprudencia y formularios*, Tirant lo Blanch, 2012, 3ª Edición, p. 349. En la SAP de Baleares 397/2009 de 20 noviembre (AC 2010\37), se especifica que se trata de un plazo de caducidad.

¹⁸ Véase también el AAP Barcelona 351/2008 de 24 de octubre de 2008 (JUR 2009\35554) donde se atribuye a la administración concursal la legitimación activa originaria para instar la rescisión concursal y cualquier otra acción de impugnación de actos realizados por el deudor con anterioridad a la declaración de concurso.

¹⁹ Sobre el mismo tema SAP de Murcia 199/2012 de 22 de marzo (AC 2012\788): “... *La legitimación activa para el ejercicio de las acciones rescisorias y demás de impugnación corresponderá a la administración concursal. Los acreedores que hayan instado por escrito de la administración concursal el ejercicio de alguna acción, señalando el acto concreto que se trate de rescindir o impugnar y el fundamento para ello, estarán legitimados para ejercitarla si la administración concursal no lo hiciere dentro de los dos meses siguientes al requerimiento*”.

²⁰ AZNAR GINER, E., *La acción rescisoria concursal. Doctrina, jurisprudencia y formularios*, op. cit., p. 317.

²¹ A saber, que se alteró el principio de igualdad de trato al pagar un crédito que, por no ser exigible hasta después de la declaración de concurso, debía haber formado parte de la masa pasiva del concurso y la existencia de un perjuicio recogido en el art. 71.2 LC.

lo que el deudor, a diferencia de la sustitución procesal normal, tiene expropiada su acción²².

Debe tenerse en cuenta que nada se dice en la Ley sobre la necesidad de autorización de los otros acreedores, igualmente los acreedores deben notificar a la administración concursal las demandas interpuestas. La administración concursal puede intervenir en el incidente concursal ya sea coadyudando a los acreedores o al concursado en caso de que entienda que es necesario mantener la validez de un acto por creer que beneficia a la masa²³. Asimismo, los acreedores ejercitan la acción rescisoria en interés de la masa y no en interés propio.

Según lo dispuesto en el art. 72.3 LC, la legitimación pasiva recae sobre el deudor y sobre quienes hayan sido parte en el acto impugnado o se beneficiaran de él, puesto que se verán directamente afectados por la sentencia. Por tanto, se contempla un supuesto de litisconsorcio pasivo necesario que encaja con lo dispuesto en el art. 12.2 LEC, cuya inobservancia, según AZNAR GINER, supone que la relación jurídico procesal ha sido indebidamente constituida²⁴. La ineficacia del acto revocable afecta a todas las partes por lo que todas tienen el mismo interés en oponerse a la impugnación²⁵.

En el caso de que el bien que se pretenda reintegrar fuera transmitido a un tercero, también habrá que demandarlo siempre y cuando se pretenda desvirtuar la presunción de buena fe del subadquirente, atacar la eficacia de esa segunda transmisión o la irrevindicabilidad de que goce o la protección derivada de la publicidad registral²⁶.

También se permite que puedan intervenir las personas que presenten un interés legítimo en el concurso siempre que lo hagan asistidas de procurador y letrado. Habrá interés legítimo cuando el resultado del proceso le otorgue un beneficio al interviniente.

El hecho de que se hayan suspendido o intervenido las facultades de administración y disposición del concursado no significa que no pueda personarse y defenderse separadamente en los juicios rescisorios (art. 54.3 LC).

Así pues, la legitimación pasiva corresponde a Mecánicas del Noroeste S.L. y a Banco de Galicia S.A. (que se ve afectado por la posible declaración de ineficacia y obligado a la restitución).

La demanda se podrá interponer desde el momento en que se haya dictado el Auto de declaración de concurso reseñado en el art. 21 LC y, siempre que la administración concursal esté en el ejercicio de su cargo tras la aceptación del mismo²⁷. Con relación a la forma en que se debe presentar la demanda, el art. 194.1 LC, se remite a lo dispuesto en el art. 399 LEC.

²² SILVETI, E. “Artículo 72. Legitimación y procedimiento” en CORDÓN MORENO (Dir.), *Comentarios a la Ley concursal*, op. cit., p. 821.

²³ SILVETI E., “Artículo 72. Legitimación y procedimiento” en *Comentarios a la Ley Concursal*, op. cit., p. 827.

²⁴ AZNAR GINER, E., *La acción rescisoria concursal. Doctrina, jurisprudencia y formularios*, op. cit., p. 329.

²⁵ BUSTILLO SAIZ, M^a M., *La acción de impugnación de los actos perjudiciales para la masa activa en la Ley Concursal*, Wolters Kluwer, 2016, p. 504.

²⁶ Art. 72.3 LC.

²⁷ AZNAR GINER, E., *La acción rescisoria concursal. Doctrina, jurisprudencia y formularios*, op. cit., p. 333.

La admisión de la demanda, y, por tanto, por la incoación del incidente rescisorio no produce la suspensión de la tramitación del concurso (art. 192.2 LC). Si bien, el juez del concurso, de oficio o a instancia de parte, puede acordar la suspensión de aquellas actuaciones que puedan verse afectadas por la sentencia que se dicte en el incidente.

Si la sentencia estima la acción rescisoria concursal declarará la ineficacia del acto impugnado y la restitución de las prestaciones, con sus frutos e intereses. De esta manera, existirá un crédito de restitución a favor de la masa y un crédito de restitución a favor de la contraparte o del tercero. Este derecho a la prestación a favor de cualquiera de los demandados como consecuencia de la rescisión, se considera como crédito contra la masa, salvo mala fe, en cuyo caso se considerará crédito concursal subordinado de último rango (73.3 LC), que ostente dicha calificación implica que quedan en último lugar para ser cobrados, tal y como se establece en el artículo 158 LC²⁸.

La STS 629/2012 de 26 octubre (RJ 2012\10415) argumentaba lo siguiente: *“pero la rescisión de un acto de disposición unilateral, como es el pago, no conlleva la ineficacia del negocio del que nace la obligación de pago que se pretende satisfacer con el acto impugnado. De ahí que la rescisión afecte tan sólo al pago, surgiendo para el receptor del dinero pagado la obligación de restituirlo, con los intereses, sin que pierda su derecho de crédito, por ser anterior a la apertura del concurso tiene la consideración de concursal y deberá ser objeto de reconocimiento por el cauce pertinente”*.

El procedimiento en el que se sustancian las acciones rescisorias es el del incidente concursal. Este proceso se divide en una fase de alegaciones escritas (demanda y contestación) y el acto del juicio. Finaliza con una sentencia que, cuando deviene firme, tiene eficacia de cosa juzgada.

En cuanto a las costas debe estarse a lo dispuesto en la LEC si bien la LC presenta algunas especialidades (art. 54.4 LC): si se desestima la demanda, los gastos y costas en los que se incurre no son créditos contra la masa ni corren por cuenta de ésta; pero si es estimada, total o parcialmente, los legitimados subsidiarios tendrán derecho a reembolsarse de tales costas o gastos con el límite de lo obtenido por la sentencia. La cantidad a reembolsar tendrá la consideración de crédito contra la masa. En caso de que se rechacen las pretensiones promovidas por la administración concursal, las costas serán a cargo de la masa. Si la acción hubiera sido promovida por los acreedores cada parte abonará las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad.

En cuanto a los recursos, únicamente cabrá el de reposición contra las providencias y autos que dicte el juez del concurso. Contra los autos resolutorios de recursos de reposición y contra las sentencias dictadas en incidentes concursales promovidos en la fase común o en la de convenio si el incidente se promueve en la fase común o de convenio no existe recurso directo aunque si las partes formulan protesta en el plazo de cinco días podrán reproducir la cuestión en la apelación más próxima. Si bien esto ha sido discutido en la jurisprudencia, a favor se ha mantenido, por ejemplo, la SAP de Jaén 110/2007 de 7 de mayo (JUR 2007\367176)²⁹ pero en cambio la AP Barcelona lo

²⁸ SEBASTIÁN QUETGLAS, R., “Efectos de la rescisión en la ley concursal” en DÍAZ RUÍZ, E. (Dir.), *Revista Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, núm. especial Homenaje al profesor D. Juan Luis Iglesias Prada, 2011, pp. 48-53. Disponible en: <http://www.uria.com/documentos/publicaciones/3189/documento/art05.pdf?id=3334>

²⁹ Dice la SAP que: *“En consecuencia y aunque este régimen de recursos ha sido muy citado por la doctrina no se puede considerar una imposibilidad de acudir a la segunda instancia sino que el momento*

ha cuestionado en su auto de 16 de enero de 2007 (JUR 2007\206097)³⁰ donde se pronuncia sobre el acceso directo a la apelación aunque el incidente se produzca en la fase común.

Asimismo, se podrán interponer los recursos extraordinarios de casación y por infracción procesal de conformidad con lo dispuesto en el art. 197.7 LC.

2.3 Otras acciones de impugnación: la acción pauliana.

El legislador ha dejado la puerta abierta para solicitar otras acciones impugnatorias contra el deudor al margen de la rescisoria concursal³¹. Así, están las acciones de impugnación que tienen la misma finalidad que las anteriores, es decir, reintegrar bienes a la masa activa del concurso. Sobre la legitimación, es de aplicación el régimen previsto para las acciones rescisorias (art. 72.1 LC). Se pueden ejercer, bien por la administración concursal o bien, subsidiariamente, por los acreedores. De la misma manera, los legitimados pasivos son el deudor, las personas que participasen en la operación y terceros adquirentes del bien.

Se ejercitan ante el juez del concurso por el trámite del incidente concursal. Dentro de estas acciones podrían incluirse la acción revocatoria o la pauliana³².

La STS 485/1999 de 31 de mayo (RJ 1999\4062) recoge que: *“La acción rescisoria por fraude acreedores ha sido concebida en doctrina y jurisprudencia como un remedio in extremis para evitar el perjuicio que un acto fraudulento le causa al acreedor, en su crédito. Para ello debe cumplirse el requisito de la existencia del crédito anterior al acto pretendidamente fraudulento, aunque puede ser posterior si se prueba que el acto se ejecutó en consideración y perjuicio del crédito futuro”*³³.

Así pues, a través de esta acción los acreedores y, en caso de concurso, la administración concursal pueden impugnar los actos que el deudor haya realizado en fraude de sus derechos. La jurisprudencia exige una serie de requisitos para que prospere esta acción civil:

1. El actor debe ser un acreedor legítimo, cuyo crédito ha de ser anterior al acto que se impugna³⁴. Si bien, cuando se ejerce en el concurso no es preciso la anterioridad del crédito respecto al acto que se quiere impugnar.

Ello es debido, según BUSTILLO SAIZ, a que la reintegración en el patrimonio del deudor favorece a todos los acreedores concursales, consiguientemente, el perjuicio

queda pospuesto a la apelación más próxima, que normalmente será la sentencia que aprueba el convenio.”

³⁰ Dice la AAP que: *“En el presente supuesto se cuestiona si cabe recurso de apelación frente al auto que resuelve una oposición a las medidas cautelares adoptadas inaudita parte en el curso de un incidente de reintegración, iniciado durante la fase común del concurso.... debemos advertir que el art. 197.2 LC con carácter general dispone que "contra las providencias y autos que dicte el juez del concurso sólo cabrá el recurso de reposición, salvo que en esta Ley se excluya todo recurso o se otorgue otro distinto". A juzgar sólo por esta previsión, cabría entender que el auto ahora recurrido únicamente era susceptible de revisión por medio del recurso de reposición. Pero ello no es así, pues la regulación general antes expuesta debe completarse con la regulación contenida en la Ley de enjuiciamiento civil respecto de las medidas cautelares, por las razones que ahora expondremos”.*

³¹ CANDELARIO MACIAS, M^a I., *Lecciones de Derecho concursal*, Tecnos, 2012, p. 90.

³² A este respecto conviene destacar lo dispuesto en el art. 1111 CC.

³³ Otras STS núm. 449/1994 16 de mayo (RJ 1994\3585), núm. 635/1994 de 28 de junio (RJ 1994\5990) y núm. 322/1995 de 10 de abril (RJ 1995\3254).

³⁴ BUSTILLO SAIZ, M^a M., “Naturaleza jurídica de la acción revocatoria concursal. Otras acciones de impugnación”, op. cit., pp. 683 y ss.

rescisorio a tener en cuenta para determinar la extensión de la acción es el provocado al conjunto de la masa activa.

2. La producción de un concreto perjuicio para el acreedor, que ve mermada su posibilidad de percibir su crédito (esto no exige acreditar la inexistencia total de bienes). Este requisito también se cumpliría.
3. Concurrencia de una intención fraudulenta por parte del deudor, sin que sea preciso la intención de dañar, bastando la conciencia del perjuicio. En este punto se separa de la rescisoria concursal donde solo había que mirar el perjuicio y el tiempo pero no importaba el ánimo defraudatorio del sujeto.

El consilium fraudis requiere de una connivencia en el fraude tanto del deudor como del acreedor. El concepto de fraude, no se define en el CC, por ello, se han establecido una serie de presunciones legales que lo establecen³⁵. En el presente caso, podría pensarse que se era perfectamente consciente de que dicho pago a Banco de Galicia, mermaba la masa del concurso, es decir, las posibilidades de cobro de Veta S.L.³⁶.

4. Que la acción se ejercite dentro del plazo de caducidad de cuatro años (art. 1299 CC). Veta S.L. estaría dentro del plazo para el ejercicio de la acción.

Aunque la acción rescisoria concursal participa de la naturaleza de la acción pauliana tiene importantes diferencias así pues la primera solo se aplica en caso de concurso y descansa sobre el perjuicio en la masa activa del mismo, la pauliana se fundamenta en el fraude de acreedores y no requiere de tal declaración. Asimismo, la acción pauliana tiene carácter subsidiario de tal modo que sólo se podrá ejercer cuando los acreedores carezcan de todo recurso legal para obtener la reparación del perjuicio mientras que la acción rescisoria concursal no presenta tal nota de subsidiaridad³⁷.

3. Impugnación de la compraventa y Derecho Hipotecario.

Otra de las operaciones realizadas por don Miguel, es la venta de un inmueble a su hermana, doña María Arias, por un precio inferior al de tasación. Posteriormente, el Banco Santander S.A. concede un préstamo a doña María, que se garantiza con una hipoteca sobre dicho inmueble inscrita en el RP. En este apartado se resolverá la posible rescisión del contrato de compraventa así como los efectos que de ello se derivan para las partes.

3.1 Derecho de propiedad e hipoteca.

En este supuesto tenemos dos derechos que merecen una explicación por separado, el derecho de propiedad derivado del contrato de compraventa y el derecho real de hipoteca.

En cuanto a la compraventa puede señalarse, que según el art. 1445 CC: *“Por el contrato de compra y venta uno de los contratantes se obliga a entregar una cosa determinada y el otro a pagar por ella un precio cierto, en dinero o signo que lo represente”*. Así pues, es una operación celebrada el 10 de abril del 2014, en la que el

³⁵ El art. 1297 CC establece que se presumen celebrados en fraude de acreedores todos aquellos contratos por virtud de los cuales el deudor enajenare bienes a título gratuito, así como también se presumen fraudulentas las enajenaciones a título oneroso, hechas por aquellas personas contra las cuales se hubiese pronunciado antes sentencia condenatoria en cualquier instancia o expedido mandamiento de embargo de bienes.

³⁶ BUSTILLO SAIZ, M^a M., *La impugnación de los actos perjudiciales para la masa activa en la Ley Concursal*, op. cit., pp. 572 y ss.

³⁷ AZNAR GINER, E., *La acción rescisoria concursal. Doctrina, jurisprudencia y formularios*, op. cit., pp. 17-18.

vendedor, Mecánicas del Noroeste, entrega un almacén a cambio del precio de 150.000€ a la compradora, doña María Arias. Además, siguiendo el CC, ambas partes tienen capacidad para la realización de dicho acto.

En primer lugar, cabría preguntarse si doña María adquirió la propiedad del inmueble. Para que se produzca la adquisición de la propiedad debe haber título, modo y legitimación del tradens. En el caso hay título (compraventa), modo (según el art. 1462 CC, el otorgamiento de la escritura pública equivale a la entrega) y legitimación del tradens (anteriormente el almacén pertenecía a Mecánicas del Noroeste y así figuraba en el RP). Por tanto, doña María adquiere la propiedad del inmueble.

En lo relativo a la hipoteca hay que señalar que el CC dedica a la hipoteca los arts. 1874 a 1880 remitiendo, en este último, a la LH³⁸ para todo lo no comprendido en este Código. Se trata de un derecho real de garantía que se constituye para asegurar el cumplimiento de una obligación, en este caso, la obligación de doña María de devolver el préstamo de 200.000€ que le ha sido concedido por el Banco³⁹.

Una de sus características es su necesaria constancia registral, es decir, el documento público por el cual se constituya debe inscribirse en el RP⁴⁰. De esta forma, la inscripción registral de la hipoteca tiene naturaleza constitutiva.

Debe distinguirse entre la perfección del contrato de préstamo con garantía hipotecaria, fecha de la escritura, que tiene lugar el 23 de enero de 2015 y la creación del derecho real de hipoteca, que se produce por la inscripción en el RP. Por lo que la constitución del derecho real de hipoteca tiene lugar el 25 de enero de 2015. Al haber inscripción y no recaer la misma en derechos no susceptibles de hipoteca, nace el derecho real de garantía de hipoteca del que es titular el Banco⁴¹.

El acreedor hipotecario no pasa a poseer el bien pero sí que dispone de facultades jurídico-reales sobre el mismo, que le permiten ejercitar la acción hipotecaria contra los bienes hipotecados en caso de incumplimiento de la obligación garantizada. Así pues, cuando se constituye, el derecho de crédito sigue existiendo pero ahora el acreedor será también titular de un derecho real de garantía que le otorga más facultades de protección de su crédito⁴².

Primeramente debe aclararse que el hecho de constituirse una hipoteca, según el art. 105 LH, no altera la responsabilidad personal ilimitada del deudor del art. 1911 CC⁴³. Así pues, según LUENGO DOMÍNGUEZ, al advertir al deudor de que sus bienes responden del cumplimiento de sus obligaciones, la responsabilidad patrimonial universal tiene una función estimuladora del comportamiento voluntario del deudor⁴⁴.

Pero más que nada, este artículo tiene una función de garantía para al acreedor ya que le permite satisfacer su interés a costa de cualquier bien de su deudor. Pero no es una

³⁸ Decreto de 8 de febrero de 1946 por el que se aprueba la nueva redacción oficial de la Ley Hipotecaria. Publicado en el BOE núm. 58, de 27/02/1946. Referencia: BOE-A-1946-2453.

³⁹ En este caso se trata de una hipoteca voluntaria (no es legal puesto que su fundamento no está en la ley) y de tráfico (ya que la obligación es cierta y de cuantía determinada en la inscripción).

⁴⁰ Arts. 145 LH y 1875 CC.

⁴¹ Ver art. 200 CComer.

⁴² LASARTE, C., *Derechos reales y Derecho hipotecario*, Marcial Pons, 2009, 7ª Edición, p. 42.

⁴³ Según el cual del cumplimiento de las obligaciones responde el deudor con todos sus bienes, presentes y futuros.

⁴⁴ LUENGO DOMÍNGUEZ, A., "Artículo 34" en LUENGO DOMÍNGUEZ, A. (Dir.), *Comentarios a la Ley Hipotecaria*, Thomson Reuters Aranzadi, 2016, 2ª Edición, p. 1019.

garantía en sentido estricto sino, como dice LUENGO DOMÍNGUEZ, la responsabilidad del patrimonio del deudor no constituye, en rigor, ningún contenido especial del crédito, ni tampoco ninguna forma especial de refuerzo, sino que es algo inherente al crédito mismo⁴⁵.

3.2 Tercero hipotecario (art. 34 LH).

A priori, puede parecer que estamos ante el supuesto recogido en el art. 73.2 LC donde se alude a la imposibilidad de reintegración por pertenecer el bien a tercero. Debe matizarse que doña María no encaja en el concepto de tercero puesto que con ese término la Ley hace referencia al subadquiriente o persona a quien se han transmitido los bienes y derechos objeto del acto ejecutado en el periodo de retroacción por el sujeto que los adquirió del concursado.

Merece la pena resaltar que alguna doctrina civilista atribuye la cualidad de tercero también a quien adquiere directamente del concursado siempre que lo haga de buena fe y a título oneroso⁴⁶. Sin embargo, es difícil imaginarse una circunstancia que sea más atentatoria contra la buena fe que la participación en el fraude en contra de terceros. Luego, si se considera que doña María participó en la operación de compraventa compartiendo con su hermano la intención de perjudicar a sus acreedores, no habría buena fe.

El término tercero también aparece en la legislación civil, concretamente recogido en el art. 34 LH, donde se consagra el principio de la fe pública registral. Se denomina tercero hipotecario al beneficiario de la fe pública registral siendo éste diferente al denominado tercero civil⁴⁷. El tercero adquiere una titularidad jurídico-real inatacable⁴⁸.

Este artículo protege al tercero hipotecario en situaciones en las que el negocio jurídico presenta defectos que no resultan del Registro. Si bien es cierto que, deber ser válida la adquisición de quien pretende la inscripción en el Registro, puesto que dicha inscripción no convalida los actos o contratos nulos de acuerdo a las leyes (art. 33 LH). Analizaré, a continuación, si Banco Santander encaja en este supuesto.

Para que sea tercero hipotecario es preciso el cumplimiento de una serie de requisitos. La STS 906/2004 de 23 de septiembre (RJ 2004\5579) dice que: *“siguiendo el unánime criterio jurisprudencial, los requisitos que han de darse para que conforme al art. 34 de la Ley Hipotecaria se haga inatacable la adquisición llevada a cabo por los terceros, son los siguientes: a) que los terceros protegidos sean adquirentes del dominio de un inmueble o de un derecho real limitativo del dominio; b) que tal adquisición se realice de buena fe, es decir, que su adquisición se halla llevado a cabo confiando en lo que el Registro publica; c) que el negocio adquisitivo ha de encontrarse fundado en un título*

⁴⁵ LUENGO DOMÍNGUEZ, A., “Artículo 34”, op. cit., p. 1020.

⁴⁶ SILVETTI, E., “Artículo 73. Efectos de la rescisión”, op. cit., pp. 842-843.

⁴⁷ Referencia a la STS 541/2014 de 11 de noviembre de 2014 (RJ 2014\4881): Tercero civil: El tercero hipotecario base de la protección registral, no es más que el tercero civil, completado con unos presupuestos que para su protección impone el principio de fe pública registral. Y el concepto es esencialmente negativo, el tercero es el que no es parte, al que el CC (LEG 1889, 27) se refiere en numerosas ocasiones (arts. 1091, 1257 y otros) conforme a la regla del Derecho romano: *res inter alios acta tertiis neque nocet neque prodest*, siendo también la base del concepto de cosa juzgada en Derecho procesal.

Tercero hipotecario. El tercero adquirente es el sujeto que subentra en el derecho del transferente, es decir, en la relación jurídica que es considerada: causahabiente del mismo, bajo el principio *nemo plus iuris in alium transferre potest, quam ipse habet*. No son terceros los adquirentes *mortis causa* que suceden al titular en sus mismos derechos y obligaciones).

⁴⁸ LASARTE, C., *Derechos reales y Derecho hipotecario*, op. cit., p. 325.

oneroso; d) que el disponente o transferente sea un titular inscrito, es decir, que el tercero o terceros deben adquirir de persona que en el registro aparezca con facultades para transmitirlo; y e) que ese tercero o terceros inscriban a su vez propia adquisición”.

- Adquisición a título oneroso⁴⁹. Es decir, el tercero debe haber adquirido mediante contraprestación, la operación realizada con el Banco es un préstamo que tiene naturaleza onerosa (nada se dice pero lo más probable es que se hubiesen pactado intereses por convenirse el préstamo con una entidad financiera⁵⁰). En cambio, los adquirentes a título gratuito no gozarán de más protección registral que la que tuviere su causante o transferente.

Este punto lo diferencia del tercero del art. 32 LH, que tal y como dice la STS 8 de mayo de 1982 (RJ 1982\2559), no precisa haber adquirido onerosamente para ser merecedor de la protección que le dispensa dicho artículo. La onerosidad es un requisito de la adquisición del tercero, pero no de las anteriores a la de su transmitente, es decir, es independiente de como haya conseguido Mecánicas del Noroeste el almacén, excepción hecha de que nos encontremos ante un supuesto del art. 37 LH.

- Adquisición del titular registral anterior. Conviene señalar que únicamente el titular registral está legitimado para llevar a cabo actos dispositivos con los derechos inscritos (art. 38 LH). En el presente caso, Mecánicas del Noroeste figuraba como titular de ese inmueble y nada se dice de que tenga limitadas sus facultades para transmitir. A su vez, cuando se constituye la hipoteca figuraba como titular del almacén doña María.

Hay que tener en cuenta que el adquirente no puede basar su protección en el contenido de la última inscripción, sino que habrá de mirar el folio en su conjunto. Si se atiende a los art. 1.3º, 7,8 y 243 LH, lo contenido en un asiento permanece mientras ese asiento no se cancele o se sustituya totalmente por otro⁵¹.

La STS 906/2004 de 23 de septiembre (RJ 2004\5579) establece que, la protección al tercero hipotecario del art. 34 LH, que tiene como uno de sus presupuestos la adquisición del titular registral, exige que la titularidad registral exista en el momento de la perfección del contrato, no en el momento de la inscripción a favor del adquirente. En ambos casos, figuraban como titulares registrales con anterioridad a la perfección del contrato.

- Inscripción de la adquisición. El Banco Santander inscriben sus derechos. Se trata de una exigencia sine qua non para que el sistema registral despliegue sus efectos en beneficio del adquirente.
- Adquisición de buena fe. La STS 108/2012 de 21 de febrero de 2012 (RJ 2012\4985) explica que la buena fe, en el sentido en que es recogida en el artículo 34, es el desconocimiento de la inexactitud del Registro, tal y como dice ese artículo y recoge la jurisprudencia⁵², que es un sentido negativo o, en sentido positivo, creencia o confianza en la exactitud del Registro de la Propiedad.

⁴⁹ LASARTE, C., *Derechos reales y Derecho hipotecario*, op. cit., pp. 327-329.

⁵⁰ La onerosidad de los préstamos concertados con entidades financieras se explica en sentencias tales como la STS 148/2011 de 4 marzo (RJ 2011\2632), añadiendo además que una cosa es que la operación de préstamo sea concertada sin interés, y otra muy diferente que la entidad financiera no obtenga rentabilidad de tal operación, aunque la obtenga del establecimiento que presta el servicio en cuestión.

⁵¹ LUENGO DOMÍNGUEZ, A., “Artículo 34”, op. cit., p. 568.

⁵² Véase también la STS 579/1996 de 13 de julio (RJ 1996/ 5888).

En el propio art. 34 LH se establece que la buena fe del tercero se presume siempre mientras no se pruebe que conocía la inexactitud del Registro. Igualmente esta presunción de buena fe se recoge en el art. 434 CC: “*La buena fe se presume siempre, y al que afirma la mala fe de un poseedor corresponde la prueba*”.

Se trata de una presunción iuris tantum. En principio el adquirente goza de la presunción, produciéndose una inversión de la carga de la prueba de tal manera que será quien alegue mala fe quien debe probarla. La mala fe habrá de ser declarada por los Tribunales⁵³.

No existe en la jurisprudencia un concepto unitario de la buena fe, pudiendo distinguirse dos posturas: la conocida como concepción psicológica de la buena fe, entendida como la simple ignorancia de la realidad y la llamada concepción ética de la buena fe según la cual se precisa de una diligente actuación que vaya más allá de la simple consulta al registro⁵⁴. Es por esta postura por la que opta la STS 928/2007 de 7 de septiembre de 2007 (RJ 2007\5303)⁵⁵.

Es importante saber en qué momento debe concurrir esta buena fe. Mayoritariamente, la jurisprudencia se inclina a exigir este requisito en el momento de la adquisición del derecho real⁵⁶. Nada parece indicar que el Banco no hubiese actuado de buena fe, todo lo contrario de la actuación de doña María. Es insuficiente para apreciar mala fe que el tercero participante del negocio simplemente tenga conocimiento de la situación de crisis de la otra parte, se requiere un consilium fraudis⁵⁷.

Aquí puede destacarse la STS 451/2006 de 4 de mayo de 2006 (RJ 2006/2209) donde se especifica que la buena fe del adquirente, a efectos de su consideración como tercero hipotecario protegido por el art. 34 LH, ha de concurrir en el momento de adquirir el derecho amparado en la publicidad de los folios registrales y según lo que resulta de los mismos. Precisamente en esta sentencia se dilucida sobre el momento en que ha de concurrir la buena fe para que un acreedor hipotecario ostente la consideración de tercero hipotecario, afirmando que la inscripción de la hipoteca es el instante en el que ha de establecerse el requisito de la buena fe del acreedor hipotecario que concede el préstamo en atención a la garantía que para su devolución supone la constitución de la hipoteca; garantía que en forma alguna puede verse afectada por circunstancias que no constaban en el RP y que han de ser consideradas irrelevantes en relación con la efectividad de la hipoteca por razón de la seguridad jurídica y de eficacia en cuanto a terceros de los derechos que proclama el RP.

En base a lo expuesto, el Banco Santander S.A. sí cumple los requisitos necesarios para ser considerado tercero hipotecario.

⁵³ La STS 721/2003 de 9 de julio de 2003 (RJ 2003/4616) también expone que la buena fe se presume hasta en tanto no sea declarada la mala fe por los tribunales.

⁵⁴ LUENGO DOMÍNGUEZ, A., “Artículo 34”, op. cit., p. 562.

⁵⁵ Otra sentencia que desvirtúa la presunción de buena fe en casos de desconocimiento causado por la negligencia del ignorante es la STS 235/2001 de 8 de marzo 2001 (RJ 2001\3975).

⁵⁶ La STS 19 julio 1989 (RJ 1989\5728) expone que: “*Que actúe de buena fe: Que en el momento de adquirir, desconozca o ignore, la existencia de una inexactitud del Registro por discrepar su contenido con la realidad material, creyendo que los hechos referentes a la adquisición se presentan tales y como en el Registro aparecen. No habrá buena fe si los bienes a adquirir aparecen en el Registro como libres y no perturbados y el adquirente sabe y le consta que están gravados o son perturbados*”. También STS 194/1992 de 23 diciembre (RJ 1992\10685).

⁵⁷ SILVETTI, E., “Artículo 73. Efectos de la rescisión”, op. cit., p. 844.

3.3 Rescisión concursal.

La reintegración a la masa del concurso se realizaría por el procedimiento del incidente concursal ejercitándose una acción rescisoria concursal ante el juez del concurso. La parte actora sería la administración concursal y, subsidiariamente, los acreedores de la empresa⁵⁸. La parte demandada serían el deudor y quienes hayan sido parte en el acto impugnado, en este caso, Mecánicas del Noroeste S.L. y doña María Arias⁵⁹.

El acto de compraventa impugnado se ataca por ser un acto perjudicial para la masa activa (art. 71.4 LC) que ha sido acreditado como tal ya que se vende a un precio muy inferior al de tasación (que, como nada se dice, supongo que la tasación se realizó en una fecha próxima al momento de la venta) esgrimiéndose como único motivo una disminución en el volumen de actividad.

La posibilidad de que el valor del inmueble vendido por la concursada sea mucho mayor que el precio pagado por él queda reforzado por el hecho de que, aproximadamente 10 meses después de la operación, la compradora hipoteca dicho inmueble en garantía de un préstamo por un valor superior en 50.000€ al precio pagado.

Sin perjuicio de ello, en este caso, se presume el perjuicio patrimonial en virtud de lo expresado en el art. 71.3.3º LC ya que es un acto dispositivo a título oneroso realizado a favor de alguna de las personas especialmente relacionadas con el concursado. Las personas que se califican como especialmente relacionadas con el concursado se recogen en el art. 93 LC⁶⁰, concretamente en su apartado 2 dice que cuando los socios sean personas naturales, se considerarán también personas especialmente relacionadas con la persona jurídica concursada las personas que lo sean con los socios. En este caso, al ser el socio una persona natural hay que remitirse a lo dispuesto en el art. 93.1: “2º *Los ascendientes, descendientes y hermanos del concursado o de cualquiera de las personas a que se refiere el número anterior*”.

Por tanto, doña María al ser la hermana de don Miguel (socio persona natural) se considera especialmente relacionada con la sociedad. Este dato es relevante a la hora de la calificación del crédito⁶¹.

En el art. 92.5º LC se establece que son subordinados los créditos de que fuera titular alguna de las personas especialmente relacionadas con el deudor a las que se refiere el art. 93 y se recogen dos excepciones⁶². En base a lo cual, estamos ante un crédito subordinado.

⁵⁸ Siempre y cuando hubiesen instado previamente el ejercicio de la acción a la administración concursal y ésta no hubiese atendido su petición en el plazo de los dos meses siguientes a su requerimiento.

⁵⁹ Únicamente cuando se pretenda la reintegración del bien a la masa y no pueda ser obtenida del adquirente, será preciso dirigirse contra el subadquirente, tal y como explica BUSTILLO SAIZ, Mª M., “*La acción de impugnación de los actos perjudiciales para la masa activa en la Ley Concursal*, op. cit., p. 507.

⁶⁰ La calificación como persona especialmente relacionada deriva de la inclusión del sujeto en esta lista legal, tratándose de una enumeración cerrada, así lo recogen, entre otros, BUSTILLO SAIZ, Mª M., *La acción de impugnación de los actos perjudiciales para la masa activa en la Ley Concursal*, op. cit., p. 149 y BLASCO GASCÓ, P., *Prelación y pago a los acreedores concursales*, Thomson Aranzadi, 2004, p. 155.

⁶¹ http://www.elderecho.com/tribuna/mercantil/Problematica-personas-especialmente-relacionadas-concursado_11_347680004.html

⁶² Art. 92.5º LC: “...”*excepto los comprendidos en el artículo 91.1.º cuando el deudor sea persona natural y los créditos diferentes de los préstamos o actos con análoga finalidad de los que sean titulares los socios a los que se refiere el artículo 93.2.1.º y 3.º que reúnan las condiciones de participación en el capital que allí se indican*”.

La calificación como subordinado puede impugnarse en base a lo dispuesto en el art. 96.3 LC si bien el objeto de la impugnación sería demostrar que no se cumple la condición de persona especialmente vinculada con el deudor concursado. Además, si no se impugna o impugnado en tiempo y forma no triunfa, el juez declarará extinguidas las garantías de cualquier clase constituidas a favor del crédito (art. 97.2 LC).

Según BLASCO GASCÓ, existe una severidad en la postergación de los créditos subordinados en atención a su titularidad, máxime si tenemos en cuenta que la mayoría de las empresas son de reducida dimensión y prestan su trabajo a familiares del empresario. Se trata de una subordinación basada en una oculta presunción de fraude⁶³.

Por lo que respecta al plazo, la operación de compraventa se formaliza en escritura pública el 10 de abril de 2014, luego la acción rescisoria se ejercita dentro del plazo de los dos años (puesto que la declaración de concurso se produce el 24 de marzo de 2016).

Hay que tener en cuenta que el hecho de que se pueda ejercitar una acción rescisoria no implica mala fe. En la SJM de Barcelona 278/2006 de 13 de octubre (AC 2007\670) se expresa que no se fija en la LC lo que debe entenderse por mala fe por lo que se atiende a criterios fijados por la jurisprudencia sobre la acción rescisoria del Derecho Civil, (arts. 1291 y ss. CC), dada su analogía con la acción rescisoria concursal, así *“puede entenderse esa mala fe como equivalente al ánimo fraudulento o intención defraudadora de los derechos de los acreedores, ya actuales ya potenciales. Esto es, se requiere en el consilium fraudis, como elemento cognitivo, un conocimiento directo por los intervinientes en el acto de obrar en fraude de derechos ajenos legítimamente tutelados, y la directa voluntad de ejecutar el acto con tal intención, como elemento volitivo, sin que para ello sea exigible la directa intención de dañar, sino que basta con la previsión de disminuir la posibilidad de cumplimiento de la propia obligación”*.

Por tanto, es un presupuesto de carácter interno que deberá ser probado haciendo referencia a otros hechos externos. El bien vendido era un activo importante para la empresa ya que era donde se almacenaba los pedidos fabricados y las mercancías recibidas, luego era importante para la actividad empresarial.

Don Miguel conocía perfectamente la situación de crisis que atravesaba la empresa y que gozar de tal bien en propiedad es una garantía de solvencia para la empresa, ante la financiación de futuras operaciones empresariales. Asimismo, lo vende por un precio muy inferior y a su hermana. En base a ello puede inferirse la irracionalidad de este acto siendo la finalidad de la compraventa la extracción del patrimonio de la concursada de uno de sus activos, con un contravalor de precio muy inferior, disminuyendo las garantías de los acreedores.

Además, en el caso de que sí existiese por parte de don Miguel y doña María Arias la intención fraudulenta de perjudicar a los acreedores de la sociedad del primero también podría ejercitarse la acción pauliana (arts. 1111 y 1291 CC)⁶⁴.

Los requisitos⁶⁵ para que esta acción prospere ya han sido explicados con detalle en el apartado anterior, por lo que ahora simplemente analizaré si se cumplen o no en este

⁶³ BLASCO GASCÓ, P., *Prelación y pago a los acreedores concursales*, op. cit., p. 159.

⁶⁴ Con ella se permite a los acreedores impugnar aquellos actos que hayan sido llevados a cabo por el deudor en fraude de su derecho, y de esta manera se impide que el deudor se desprenda de sus bienes para no hacer frente al cumplimiento de sus obligaciones. Explicada en el apartado 2.3 Otras acciones de impugnación: la acción pauliana.

caso. El deudor realiza un acto de enajenación en beneficio de un tercero, que supone una salida de bienes de su patrimonio, reduciendo así su capacidad económica, la cual ya estaba mermada. En el presente caso, vende el inmueble a su hermana por un precio muy inferior (la mitad) a su valor de tasación, lo que repercute en una importante pérdida patrimonial para Mecánicas del Noroeste S.L

En lo relativo a la intención fraudulenta por parte del deudor, hay que señalar que, cuando don Miguel realiza la operación es consciente de la grave situación de crisis por la que pasa la sociedad y de que si disminuye su patrimonio también disminuye las probabilidades de cobro de los acreedores. Si se tratase de un acto a título gratuito, la Ley presume fraude⁶⁶. En los casos en que se trate de una enajenación onerosa se exige que el tercero lo haya adquirido de mala fe conociendo el carácter fraudulento del acto dispositivo.

En este supuesto, al ser una adquisición onerosa habría que probar que doña María, su hermana, era consciente del fraude y que ha actuado de mala fe. Parece lógico pensar que debido a los lazos familiares conociese la situación que atravesaba la sociedad pero no solo llega con este conocimiento, tal y como establece la SAP de Alicante 136/2008 de 9 de abril (JUR 2008\189071) resulta insuficiente para apreciar mala fe que el tercero simplemente participe en el negocio conociendo la situación de crisis que padece la otra parte. Es necesario que, además, sepa que el negocio lo realiza aquél con intención de perjudicar a sus acreedores, es decir, que lo que se pretende es sustraer bienes en perjuicio de acreedores.

Asimismo, el plazo de caducidad es cuatro años (art. 1299 CC) y este requisito se cumple en este caso.

3.4 Efectos para las partes.

La declaración de ineficacia del negocio tiene como consecuencia la obligación de las partes del mismo a la restitución de las respectivas prestaciones (art. 73.1 LC⁶⁷). El tercero queda obligado a restituir a la masa activa lo que hubiera recibido del deudor con ocasión del negocio rescindido, y adquiere el derecho, de recibir lo que hubiera entregado al deudor como contraprestación. Es decir, se declara la ineficacia del acto atacado por la reintegración concursal, declaración con efectos ex tunc. Por tanto, retrotrayendo sus consecuencias al momento de perfección del acto o contrato en cuestión, acorde con las reglas generales de la acción pauliana civil⁶⁸. Así pues, el almacén debe reintegrarse en el patrimonio de la concursada libre del gravamen hipotecario constituido por doña María Arias.

A estos efectos, es importante destacar lo expuesto en la SAP de Alicante 136/2008 de 9 de abril (JUR 2008\189071) que versa sobre la reintegración a la masa concursal de una vivienda sobre la que se ha constituido una hipoteca: "*...el cumplimiento del deber de restitución adiciona una responsabilidad económica que dimana de aquella carga real, de modo que para que la restitución tenga lugar en modo equivalente a lo percibido en su día, deber no condicionado ni subordinado por la conducta sobre la prestación*

⁶⁵ BUSTILLO SAIZ, M^a M., *La acción de impugnación de los actos perjudiciales para la masa activa en la Ley Concursal*, op. cit., p. 681 y ss.

⁶⁶ Artículo 1297 CC: "*Se presumen celebrados en fraude de acreedores todos aquellos contratos por virtud de los cuales el deudor enajenare bienes a título gratuito*"

⁶⁷ Art. 73.1 LC: "*La sentencia que estime la acción declarará la ineficacia del acto impugnado y condenará a la restitución de las prestaciones objeto de aquel, con sus frutos e intereses*".

⁶⁸ Arts. 1295 y 1298 CC, según STS 812/2005 de 27 de octubre de 2005 (RJ 2005\7356) y la núm. 1014/2001 de 6 de noviembre de 2001 (RJ 2002\236).

percibida, no cabe sino la satisfacción del valor del gravamen junto a la devolución del bien gravado. Por tanto, esa responsabilidad ha de liberarse con anterioridad al momento de la restitución de la vivienda y ello supone la cancelación de la hipoteca. De no ser así, la restitución de la vivienda deberá ir adicionada de la entrega del importe de la hipoteca y cuantos gastos conlleve su total liberación hasta la cancelación”.

En base a lo expuesto, doña María deberá restituir el almacén junto con el importe necesario para la total cancelación de la hipoteca o bien cancelar la hipoteca y, posteriormente, reintegrar el bien. Cabe recordar aquí, que el principal fin de la acción rescisoria es privar de eficacia al negocio fraudulento/perjudicial, dando lugar a un proceso restitutorio de las cosas al estado que tenían al tiempo de la celebración del negocio, es decir, como si el negocio no se hubiera efectuado⁶⁹.

El derecho real de hipoteca no se ve afectado, el Banco Santander mantiene su derecho intacto (tal y como se explicó, ostenta la condición de tercero hipotecario, lo que le otorga una titularidad jurídico real inatacable).

Hay señalar que, si doña María ostentase la posición de tercero hipotecario, en virtud del art. 73.2 LC no se reintegraría a la masa y se condenará a quien hubiera sido parte en el acto rescindido a entregar el valor que tuvieron cuando salieron del patrimonio del deudor concursado, más el interés legal y, si hubiera actuado de mala fe, estará obligado a indemnizar todos los daños y perjuicios causados⁷⁰.

Por último, cabe hablar de los efectos de dicha operación sobre don Miguel, administrador único de la sociedad. Los administradores de las sociedades de capital son los encargados de actuar en nombre y representación de la sociedad que dirigen o administran cumpliendo con los deberes que vienen establecidos en los artículos 225 y ss. LSC. Incurrirán en responsabilidad cuando incumplan estos deberes y de ello se derive un daño directo a la sociedad, afectando indirectamente a los socios o a terceros, o bien lesionando directamente los intereses de unos y otros⁷¹.

Así pues, podría estudiarse la posibilidad de ejercitar contra él la acción social de responsabilidad prevista en el art. 238 LSC cuya función principal es la tutela del interés social, orientada al resarcimiento de los daños causados a la sociedad⁷². Se configura, según VERDÚ CAÑETE, como un sistema de responsabilidad de administradores tendente a la reintegración en la masa activa del concurso que puede concurrir con la responsabilidad concursal⁷³. La legitimación corresponde a la sociedad, por acuerdo de la junta general, a los socios (si se cumplen los requisitos del art. 239 LSC) y,

⁶⁹ BUSTILLO SAIZ, M^a M., *La acción de impugnación de los actos perjudiciales para la masa activa en la Ley Concursal*, op. cit., p. 536.

⁷⁰ Véase el art. 1298 CC.

⁷¹ Tal y como explica ZURITA VICIOSO, J. M., (“La responsabilidad de los administradores”, en *Revista Internacional de Doctrina y Jurisprudencia*, volumen 10, 2015) se trata de una responsabilidad de naturaleza civil, distinta de la responsabilidad administrativa, fiscal, penal o de cualquier otra índole en la que pudieran incurrir por su actuación al frente de la sociedad.

⁷² GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, J. A., “Declaración de concurso y acciones societarias de responsabilidad frente a los administradores de la sociedad concursada” en BELTRÁN, E. (Dir.) *Anuario de Derecho Concursal*, n^o 28, Civitas Thomson Reuters, 2013, p. 34.

⁷³ VERDÚ CAÑETE, M^a J., *La responsabilidad civil del administrador de sociedad de capital en el concurso de acreedores*, Wolters Kluwer, 2008, p. 286.

subsidiariamente, a los acreedores (art. 240 LSC). En caso de concurso, corresponderá exclusivamente a la administración concursal⁷⁴.

Recalca la SAP de Lugo 348/2014 de 9 octubre (JUR 2015\8311) que el ejercicio de la acción social en el seno de un procedimiento concursal ha de dirigirse a la protección de los acreedores sociales. La competencia para el conocimiento de esta acción corresponde al juez del concurso (art. 8 LC). Asimismo, en determinadas circunstancias, se acumularán de oficio todos los juicios por reclamación de daños y perjuicios a la persona jurídica concursada contra sus administradores o liquidadores (art. 51 LC).

También podría entablarse contra don Miguel la acción de individual responsabilidad, en su calidad de administrador único y vendedor del almacén⁷⁵. Dicha acción se recoge en el art. 241 LSC. Se dirige al resarcimiento de daños directos e individuales causados a acreedores o socios concretos, su éxito requiere de la concurrencia de los presupuestos generales de la responsabilidad civil extracontractual⁷⁶.

La STS 662/2011 de 4 de octubre 2011 (RJ 2012\759) exige la concurrencia de los siguientes requisitos: 1) acción u omisión antijurídica, 2) desarrollo de la acción u omisión por el administrador o administradores precisamente en concepto de administradores, 3) daño directo a quien demanda, 4) relación de causalidad entre el actuar de los administradores y el daño⁷⁷.

Concretamente, en esta operación don Miguel actúa con interés personal puesto que la venta se realiza con su hermana y en contra de los intereses de la sociedad ya que se vende por un precio inferior al de tasación, disminuyéndose las garantías de los acreedores⁷⁸.

La STS 318/2001 de 30 de marzo (RJ 2001\6639) dice que se trata de una acción resarcitoria que exige una conducta o actitud -hechos, actos u omisiones- de los administradores carente de la diligencia del ordenado comerciante (basta la diligencia simple, sin que sea necesaria, como sí ocurría en la legislación anterior, la malicia o negligencia grave) que dé lugar a un daño, de tal modo que el accionante perjudicado ha de probar también que el acto se ha realizado en concepto de administrador y existe un nexo causal entre el mismo y el resultado dañoso.

El TS⁷⁹ reiteró en varias sentencias que mientras el objeto de la acción social es reestablecer el patrimonio de la sociedad, mediante la acción individual se trata de reparar el perjuicio en el patrimonio de los socios o terceros.

Cabe destacar aquí la STS 242/2014 de 23 de mayo de 2014 (RJ 2014\2943) que presenta esta acción y la diferencia de la acción social: "*la acción individual de*

⁷⁴ Ver art. 48 quáter LC.

⁷⁵ Tanto la acción individual como la social prescriben a los 4 años por lo que todavía se encontraría dentro del plazo. Debe tenerse en cuenta que se interrumpe la prescripción de las acciones contra los administradores (entre otros) desde la declaración del concurso y hasta su conclusión (art. 60.3LC).

⁷⁶ VERDÚ CAÑETE, M^a J., *La responsabilidad civil del administrador de sociedad de capital en el concurso de acreedores*, op. cit., p. 333.

⁷⁷ También recoge estos requisitos la STS 670/2010 de 4 de noviembre (RJ 2010/8868).

⁷⁸ CABRERA GONZÁLEZ, I., ("El conflicto de intereses de los administradores sociales y su eventual responsabilidad concursal" en PULGAR EZQUERRA, J. (Dir.), *Revista de Derecho concursal y paraconcursal*, nº 20, 2014, Wolters Kluwer, p. 244) considera que el interés social es el principio que debe regir toda actuación del administrador de sociedad de capital.

⁷⁹ Véase la STS 261/2007 de 14 marzo de 2007 (RJ 2007\1793) y la núm. 1168/2008 de 27 de noviembre de 2008 (RJ 2008\6323).

*responsabilidad es una acción directa y principal, no subsidiaria, que se otorga a los accionistas, socios y terceros, para recomponer su patrimonio particular, que resultó afectado directamente por los actos de administración, siendo los actos u omisiones constitutivos de esta acción idénticos a los de la acción social de responsabilidad, es decir, los contrarios a la ley, a los estatutos o los realizados sin la diligencia con la que los administradores deben desempeñar su cargo, con la diferencia que el daño (o la disminución patrimonial) no se ocasiona a la sociedad sino directamente a un tercero, que es el legitimado para el ejercicio de la acción que, cuando carece de fuerza ejecutiva, se suelen acumular las acciones contra ambos”.*⁸⁰

De acuerdo con GARCÍA-CRUCES, las resultas del ejercicio de esta acción son irrelevantes para el concurso de la sociedad, puesto que no se afecta a la masa activa ni a la pasiva. Ello es así puesto que la acción incide en el patrimonio personal de los administradores condenados a indemnizar y no en la masa del concurso, asimismo el crédito para la reparación del daño causado en el patrimonio personal de los socios legitimados no se califica como crédito concursal⁸¹. Asimismo, se ejercita ante el juez de lo mercantil que corresponda.

Puede estudiarse, también, el ejercicio de la acción de responsabilidad por obligaciones sociales en el caso de que se cumplan los presupuestos recogidos en el art. 367 LC.

Para exigir la responsabilidad concursal es necesario que se abra la sección de calificación en la fase de liquidación, que se produzca la calificación de culpable del concurso⁸² y que haya un déficit del activo para cubrir las deudas del concursado⁸³. En este caso, el juez podrá condenar a don Miguel a cubrir total o parcialmente el déficit⁸⁴.

Tal y como expone la STS 650/2016 de 3 noviembre (RJ 2016\5199) la condena de los administradores a cubrir el déficit, no es una consecuencia necesaria de la calificación del concurso como culpable, sino que requiere una justificación añadida. Así, además de concurrir los presupuestos del 172 bis, es necesario que el tribunal valore, conforme a criterios normativos y al fin de fundamentar el reproche necesario, los distintos elementos subjetivos y objetivos del comportamiento de cada uno de los administradores en relación con la actuación había determinado la calificación del concurso como culpable.

Puede añadirse que, el dolo o culpa grave del administrador en la generación o agravación del estado de insolvencia lleva consigo la calificación de culpable del concurso⁸⁵. Lo que se requiere no es sólo que se haya generado insolvencia sino que se agrave este estado⁸⁶. Por dolo se entiende la conducta consciente de causar un daño y

⁸⁰ También la STS 140/2005 de 11 de marzo de 2005 (RJ 2005\2228), STS 206/2003 de 10 de marzo de 2003 (RJ 2003\3755), STS 1178/2003 de 17 de diciembre (RJ 2004\195).

⁸¹ GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, J. A., “Declaración de concurso y acciones societarias de responsabilidad frente a los administradores de la sociedad concursada”, op. cit., pp. 36-37.

⁸² En el art. 164 LC se recoge una serie de supuestos que determinan la calificación de culpable de concurso, incluyéndose la salida fraudulenta de bienes.

⁸³ CABANILLAS GARCÍA, L., “Naturaleza jurídica de la responsabilidad concursal” en PULGAR EZQUERRA, J., *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, nº 20, 2014, Wolters Kluwer, p. 217.

⁸⁴ Véase art. 172 bis LC.

⁸⁵ VERDÚ CAÑETE, M^a JOSÉ, “Presupuestos de la responsabilidad concursal del administrador social”, op. cit., p.173.; También RUÍZ MUÑOZ, M. y VIZCAÍNO, P. L., “Crisis económica y responsabilidad concursal de los administradores sociales a la luz de las últimas resoluciones judiciales” en CAMPUZANO, A. B.; SANCHO, I. (Dir.), *Anuario de Derecho Concursal*, nº 36, Civitas Thomson Reuters, 2015, op. cit., p. 210.

⁸⁶ RUÍZ MUÑOZ, M. y VIZCAÍNO, P. L., “Crisis económica y responsabilidad...”, op. cit., p. 212.

por culpa grave la ausencia de los elementales deberes de mínimo cuidado, la falta de diligencia⁸⁷.

La sentencia que califique el concurso como culpable contendrá la determinación de las personas afectadas por la calificación, su inhabilitación para administrar bienes ajenos y representar personas de dos a quince años, la pérdida de los derechos que tuviera como acreedor concursal o de la masa, la condena a la restitución de los bienes o derechos obtenidos o recibidos indebidamente y la indemnización de los daños y perjuicios causados (art. 172 LC)⁸⁸.

La STS 501/2012 de 16 de julio (RJ 2012\9330) expresamente señala que la responsabilidad del art. 172.3º LC no es una indemnización por el daño derivado de la generación o agravación de la insolvencia por dolo o culpa grave, sino un supuesto de responsabilidad por deuda ajena cuya exigibilidad requiere ostentar la condición de administrador o liquidador, que el concurso fuese calificado como culpable, la apertura de la fase de liquidación y la existencia de créditos fallidos o déficit concursal. Además añade que la condena al administrador no deriva necesariamente de la calificación del concurso como culpable y que para su fijación hay que tener en cuenta la gravedad objetiva de la conducta y el grado de participación en los hechos del demandado⁸⁹.

En esta situación, doña María podría ser considerada cómplice por haber cooperado con el deudor en el acto que ha fundado la calificación como culpable del concurso (art. 166 LC). El hecho de que sea cómplice implica la pérdida de su crédito subordinado e incluso puede ser obligada a indemnizar por los daños y perjuicios causados (art. 172.2.3º LC)⁹⁰.

4. Contrato de suministro: resolución contractual y concursal.

En este apartado se analizará el contrato firmado entre la empresa y Eléctricas Renovables S.A.

4.1 Cuestiones previas sobre el suministro.

Se trata de un contrato de tracto sucesivo. En este tipo de contratos existen prestaciones periódicas, continuadas, correspectivas y relativamente autónomas entre ambas partes, que se realizan de forma periódica, dilatadas en el tiempo (no aplazamientos o fraccionamientos)⁹¹. Como cualquier contrato se origina por un acuerdo voluntario pero su cumplimiento no se realiza en un acto único sino que se prolonga en el tiempo⁹².

Así lo caracteriza la STS 161/2012 de 21 de marzo (RJ 2012\5571): “*En nuestro Derecho positivo no se define lo que debe entenderse por contrato de tracto sucesivo,*

⁸⁷ RUÍZ MUÑOZ, M. y VIZCAÍNO, P. L., “Crisis económica y responsabilidad ...”, op. cit., p. 213.

⁸⁸ CABRERA GONZÁLEZ, I., “El conflicto de intereses de los administradores sociales y su eventual responsabilidad concursal”, op. cit., pp.258-259.

⁸⁹ RIBELLES ARELLANO, J. M., “La naturaleza jurídica de la responsabilidad concursal”, en PULGAR EZQUERRA, J., (Dir.), *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, nº 22, 2015, p. 218.

⁹⁰ Para apreciar esta complicidad es necesario, siguiendo la STS 5/2016 de 27 enero (RJ 2016\25), que haya cooperado de manera relevante con el deudor persona física, o con los administradores o liquidadores del deudor persona jurídica, a la realización de los actos que han servido para fundamentar la calificación del concurso como culpable y que tal cooperación se hubiera realizado con dolo o culpa grave. También es necesario que exista un obrar conjunto entre este tercero y el administrador societario.

⁹¹ VALPUESTA GASTAMINZA, E., “Artículo 62. Resolución por incumplimiento”, op. cit., pp.708-709.

⁹² Es mercantil puesto que se celebra entre comerciantes y bilateral ya que exige el concurso de voluntades tanto del consumidor como del proveedor.

afirmando la doctrina que tiene tal carácter aquel por el que un proveedor se obliga a realizar una sola prestación continuada en el tiempo o 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. Constituyen los contratos de suministro el paradigma de los de tracto sucesivo, por lo que resultan aplicables al mismo las reglas referidas a estos en la Ley Concursal”.

Concretamente estamos ante un contrato de suministro que es un contrato por el que una parte (suministrador o proveedor) se obliga a entregar a la otra (suministrado)⁹³ a cambio de precio unitario que puede pagarse periódicamente o caso por caso, cosas muebles que han de ser objeto de entregas sucesivas, en el momento y cantidad establecidos de modo determinado o determinable.

Por lo tanto, se trata de un contrato de tracto sucesivo de suministro de energía eléctrica. Definido en la STS 145/2012 de 21 de marzo (RJ 2012\5570) como aquel por el que la proveedora se obliga a proporcionar al abonado, de manera continua, energía eléctrica en la potencia contratada y el abonado a pagar por ella el precio pactado en las fechas estipuladas.

La diferencia entre este tipo de contrato y la compraventa se recoge en la SAP de León 374/2011 de 30 noviembre (JUR 2011\433359) que expresa que en la compraventa, la cosa vendida se entrega de una sola vez o en actos distintos, pero referidos en todo caso a una cosa unitaria mientras que 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 determinables⁹⁴.

La STS de 8 de julio de 1988 (RJ 1988\5589) establece que hay que estimar como notas características del contrato de suministro la existencia de un solo contrato comprensivo de un conjunto de determinadas mercancías o géneros a servir en períodos de tiempo determinados o a determinar, con posterioridad y por un precio en la forma preestablecida por las partes.

Cabe señalar también que se trata de un contrato oneroso⁹⁵ y recíproco⁹⁶. En los contratos de tracto sucesivo la reciprocidad existe entre las obligaciones correlativas de cada período, con independencia de las anteriores o futuras⁹⁷.

⁹³ En este caso los sujetos serían Mecánicas del Noroeste S.L. (suministrado) y Eléctricas Renovables S.A. (suministrador).

⁹⁴ También se recoge esta diferencia en la STS de 20 de mayo de 1986 (RJ 1986\2734) que dice que: "*el contrato de suministro entraña un cierto número de operaciones, que lo diferencia de la compraventa, especialmente por su finalidad previsoras 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*". Otra STS 24 de febrero de 1992 (RJ 1992\1425).

⁹⁵ La onerosidad se da en aquellos contratos en los que se entiende por causa, para cada parte contratante, la prestación o promesa de una cosa o servicio por parte de la otra.

⁹⁶ ANTÓN SANCHO, M., "Los contratos con obligaciones recíprocas en el concurso de acreedores" en CAMPUZANO, B.; SANCHO, I. (Dir.), *Anuario de Derecho Concursal*, nº 32, Civitas Thomson Reuters, 2014, p. 288.

Con carácter general, el contrato de suministro puede extinguirse por transcurso del plazo pactado, por denuncia o por incumplimiento.

4.2 Cláusula de resolución.

En primer lugar, debe tenerse en cuenta que, los contratos con obligaciones recíprocas⁹⁸ pendientes de cumplimiento tanto a cargo del concursado como de la otra parte no serán afectados, en principio, por la declaración de concurso y continuarán produciendo sus efectos⁹⁹. El fundamento de esto reside en la voluntad del legislador de favorecer la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor¹⁰⁰.

Es decir, las partes continúan obligadas a su cumplimiento de conformidad con los términos pactados en el contrato, salvo que a instancia del concursado o de la administración concursal se resuelva por el interés del concurso¹⁰¹.

Según ANTÓN SANCHO, al declarar la vigencia del contrato, la LC determina también la vigencia de las normas que lo regulan (como las contenidas en el CC) siempre que éstas no alteren las disposiciones y presupuestos concursales¹⁰². Así, la vigencia del contrato no puede ser alterada por la voluntad de las partes (art. 61.3 LC) salvo las excepciones legalmente previstas.

En lo que respecta a la cláusula contractual de resolución hay que señalar que en el art. 61 LC se establece 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 partes¹⁰³.

Que se tenga por no puesta significa que el resto del contrato sigue siendo válido y del mismo desaparece esa cláusula, se trata, por tanto, de un supuesto de nulidad parcial que también se utiliza en caso de cláusulas abusivas en la Ley de defensa del consumidor o de las condiciones generales del contrato nulas¹⁰⁴. Sin embargo, debe tenerse en

⁹⁷ Esto quiere decir que las obligaciones del concursado nacidas antes del concurso guardan una relación de reciprocidad con las correlativas de la parte in bonis, nacidas en el mismo periodo de tiempo, tal y como explica ANTÓN SANCHO, M, (“Los contratos con obligaciones recíprocas en el concurso de acreedores”, op. cit., p. 317).

⁹⁸ La reciprocidad existe en el momento de la perfección del contrato y consiste en que cada obligación nace como causa correlativa de la otra parte, en este sentido puede verse, entre otros, a ANTÓN SANCHO, M., “Los contratos con obligaciones recíprocas en el concurso de acreedores”, op. cit., pp. 291-292.

⁹⁹ SÁNCHEZ CALERO, F. y SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., “Efectos de la declaración de concurso” en *Instituciones de Derecho Mercantil*, volumen II, Thomson Reuters Aranzadi, 2012, 35ª Edición, p. 624.

¹⁰⁰ JUAN Y MATEU, F., “Suministro de energía eléctrica: cumplimiento forzoso y calificación de los créditos de la compañía suministradora” en BELTRAN, E. (Dir.), *Anuario de Derecho Concursal*, nº 29, Civitas Thomson Reuters, 2013, p. 508.

¹⁰¹ BLASCO GASCÓ, F., *Declaración en concurso y contratos: resolución sin incumplimiento e incumplimiento sin resolución*, Tirant lo Blanch, 2009, p. 88.

¹⁰² ANTÓN SANCHO, M, “Los contratos con obligaciones recíprocas en el concurso de acreedores”, op. cit., p. 307.

¹⁰³ Debe tenerse en cuenta que existen excepciones, así lo recoge la STS 629/2015 de 17 noviembre (RJ 2015\5626): “Como regla general, el art. 61.3 de la Ley Concursal (RCL 2003, 1748) establece que el concurso no es causa de extinción de los contratos en que el concursado sea parte. Las cláusulas de extinción anticipada o de resolución por causa de la declaración de concurso pactadas contractualmente se tendrán por no puestas. Sin embargo, como hemos visto, el RDL 5/2005 (RCL 2005, 503) supone una excepción al régimen general y otorga validez a las cláusulas de terminación del contrato por la mera declaración del concurso del cliente (art. 16.1 RDL 5/2005 (RCL 2005, 503))”.

¹⁰⁴ VALPUESTA GASTAMINZA, E. “Artículo 61. Vigencia de los contratos con obligaciones recíprocas”, op. cit., pp. 703-705.

cuenta lo dispuesto en el art. 63.2 LC puesto que clarifica que las leyes pueden disponer la extinción de los contratos en situaciones concursales.

En este punto es importante resaltar la excepción que supone el contrato de agencia ya que el art. 26 LCA establece que, cualquiera de las partes puede darlo por finalizado, sin necesidad de preaviso, cuando la otra parte hubiese sido declarada en concurso de acreedores¹⁰⁵.

4.3 Resolución en sede concursal.

Las obligaciones susceptibles de ser resueltas en interés del concurso y, también, por incumplimiento son sólo las mencionadas en el apartado 2 del artículo 61 y 62 LC. Esto es, las recíprocas pendientes de cumplimiento tanto a cargo del concursado como de la otra parte¹⁰⁶.

La declaración de concurso, en el caso de contratos de tracto sucesivo, no afecta a la facultad que tienen las partes para resolverlo en caso de incumplimientos producidos durante el concurso o con anterioridad al mismo (art. 62.1 LC). Por tanto, al tratarse de un contrato de tracto sucesivo Eléctricas Renovables sí podría resolverlo sobre la base de los incumplimientos anteriores a la declaración de concurso¹⁰⁷.

Así lo recoge la STS 145/2012 de 21 de marzo (RJ 2012\5570) que manifiesta que la declaración de concurso no afecta a la facultad de resolver los contratos de tracto sucesivo, de tal forma que, a tal fin es irrelevante que el incumplimiento resolutorio, tanto del concursado como del tercero, se haya producido antes o después de la declaración de concurso, puesto que la declaración no produce efectos depuradores de incumplimientos anteriores ni priva al contratante cumplidor de la facultad de resolución en caso de incumplimiento resolutorio de la contraparte.

La base de esta resolución se encuentra en el art. 1124 CC y constituye una excepción a la regla general que se fundamenta en que sería ilógico mantener vinculada a la parte in bonis, de contratos de duración y prestaciones sucesivas, cuando ya ha habido incumplimientos anteriores y la contraparte se declara en concurso. Las prestaciones preconcursales incumplidas se recuperarán como crédito contra la masa¹⁰⁸.

Para la aplicación del art. 1124 CC la jurisprudencia ha establecido una serie de requisitos recogidos, entre otras, en la STS de 438/2012 de 28 de junio (RJ 2012\8603): *“La acción de resolución de contrato encuentra fundamento legal en el art. 1124 del Código Civil, que regula la impropia denominada “condición resolutoria tácita”, definida por la doctrina científica como aquella facultad o remedio que, con carácter principal y genérico, otorga la ley en las obligaciones recíprocas para resolverlas a favor de la parte perjudicada por el incumplimiento del deber a la otra asignado. Siendo requisitos para la resolución del contrato bilateral por incumplimiento, según reiterada y tradicional jurisprudencia del Tribunal Supremo, los siguientes:*

1. *Reciprocidad de las obligaciones.*
2. *Inejecución de una o varias de las obligaciones contractuales.*

¹⁰⁵ El concurso también produce la extinción del contrato de mandato (art. 1732.3º CC), además la insolvencia es causa de extinción del contrato de sociedad civil (art. 1700.3 CC). También tiene efectos sobre la comisión (art. 274 CComer) y sobre el contrato de seguro (art. 37 Ley Contrato de Seguro).

¹⁰⁶ Véase STS 687/2011 de 11 de octubre (RJ 2011\7407).

¹⁰⁷ BLASCO GASCÓ, F., *Declaración en concurso y contratos: resolución sin incumplimiento e incumplimiento sin resolución*, op. cit., p. 85.

¹⁰⁸ VALPUESTA GASTAMINZA, E. “Artículo 62. Resolución por incumplimiento”, op. cit., p.712.

3. *Previo cumplimiento del actor; y*
4. *Existencia en el deudor demandado de una voluntad deliberadamente rebelde al cumplimiento o aparición de un hecho que de modo definitivo e irreformable lo impida....Habiéndose sustituido el último requisito por la más moderna doctrina jurisprudencial en el sentido de exigir que el incumplimiento se produzca frustrando las legítimas expectativas de la otra parte a la que se priva de alcanzar el fin económico perseguido por el vínculo negocial (STS 21 noviembre 2000)”.*

Debe tenerse en cuenta que para solicitar la resolución del contrato, el incumplimiento debe ser grave y esencial. Es decir, se requiere lo que se ha denominado incumplimiento propio y verdadero¹⁰⁹. Nada se dice en el caso, pero debería especificarse el número de facturas impagadas. En este sentido, cabe destacar la SJM de Madrid de 15 abril 2005 (AC 2005\839): *“Es menester que el incumplimiento pueda calificarse de grave y total. Así lo establece la jurisprudencia, al exigir que se trate de un incumplimiento con la entidad precisa para producir una grave consecuencia en el funcionamiento de la relación. Tampoco basta con un mero retraso en el cumplimiento de la contraprestación, ni con un cumplimiento defectuoso de la misma... Es necesario un incumplimiento total que denote la conducta rebelde del demandado a cumplir; o un cumplimiento defectuoso, siempre que en todo caso se frustre el fin contractual”*¹¹⁰.

En dicha sentencia se resuelve sobre el impago de dos facturas por suministro de fluido eléctrico producido con anterioridad al concurso, afirmando que es un retraso que no frustra el fin del contrato y que, por tanto, no puede calificarse de incumplimiento contractual grave que permita a la a la compañía eléctrica obtener un pronunciamiento resolutorio¹¹¹.

El procedimiento se sustanciará por los trámites del incidente concursal (art. 62.2 LC). De esta manera, la acción resolutoria debe ejercitarse ante el juez del concurso. Si bien, el juez, en interés del concurso¹¹², y aunque exista causa de resolución, puede decretar el cumplimiento del contrato, siendo a cargo de la masa las prestaciones debidas o que deba realizar el concursado (art. 62.3 LC). Según la mayoría de la doctrina esta decisión judicial puede ir acompañada de una indemnización por los daños y perjuicios causados por el incumplimiento¹¹³.

Esto se ha aplicado en varias ocasiones respecto a contratos de suministro de energía eléctrica a concursados que continuaban su actividad debido a la consideración de los jueces de que sin energía la actividad del concursado no podía continuar y dicha continuación interesaba al concurso¹¹⁴.

¹⁰⁹ BLASCO GASCÓ, F., *Declaración en concurso y contratos: resolución sin incumplimiento e incumplimiento sin resolución*, op. cit., p. 91.

¹¹⁰ La STS (Sala 1ª) de 5 de junio de 1989 (RJ 1989/4298) no reconoce al mero retraso eficacia resolutoria de contratos con prestaciones recíprocas, salvo que con tal retraso se frustre el fin práctico perseguido por las partes con el contrato.

¹¹¹ GONZÁLEZ NAVARRO, B. A., (“Los límites del interés del concurso: el contrato de suministro de energía eléctrica” en BELTRÁN E. (Dir.), *Anuario de Derecho Concursal*, nº 25, 2012, Civitas, p. 225) recalca que el impago no supone un incumplimiento resolutorio sino un retraso relevante que no permite activar el art. 1124 CC.

¹¹² GONZÁLEZ NAVARRO, B. A., “Los límites del interés del concurso: el contrato de suministro de energía eléctrica”, op. cit., p. 221.

¹¹³ VALPUESTA GASTAMINZA, E., “Artículo 62. Resolución por incumplimiento”, op. cit., p.713.

¹¹⁴ VALPUESTA GASTAMINZA, E., “Artículo 62. Resolución por incumplimiento”, op. cit., p.712.

Tal y como explica VALPUESTA GASTAMINZA, el contrato seguirá vigente, aun cuando el juez no haya decretado su cumplimiento, cuando se desestime la demanda incidental de resolución contractual. Debe tenerse en cuenta que una primera desestimación esta pretensión no es indefinida, pudiendo volver a solicitarse en caso de nuevos incumplimientos¹¹⁵.

En el caso de que el juez acuerde la resolución del contrato, se produce el cese de las obligaciones pendientes de vencimiento a partir del incumplimiento que hubiera dado lugar a la resolución¹¹⁶. En relación a las vencidas y no satisfechas hay que distinguir las que son anteriores a la declaración de concurso en cuyo caso este crédito de la parte no concursada se incluye en la masa pasiva del concurso como un crédito concursal incluyéndose la indemnización por daños y perjuicios y si son posteriores tanto el crédito como la indemnización se consideran créditos contra la masa¹¹⁷.

Según BLASCO GASCÓ, la irretroactividad de la resolución de los contratos de tracto sucesivo se pone de manifiesto, también, porque dicho acto no tiene efectos restitutorios de las prestaciones ya satisfechas sino que únicamente concede un derecho sobre las vencidas y no satisfechas¹¹⁸.

5. Tratamiento penal de la actuación con su proveedor.

En este apartado se abordan las cuestiones penales existentes en la solicitud de Mecánicas del Noroeste a Hierro S.L., proveedor con el que trabaja habitualmente, de un gran pedido, a pesar de que es consciente de que no va a ser capaz de pagarlo.

5.1 Caracterización del delito de estafa.

Esta actuación de Mecánicas del Noroeste podría encuadrarse dentro del delito de estafa propia recogido en el art. 248.1 CP¹¹⁹: “Cometen estafa los que, con ánimo de lucro, utilizaren engaño bastante para producir error en otro, induciéndolo a realizar un acto de disposición en perjuicio propio o ajeno”.

El bien jurídico protegido es el patrimonio. Según BENÍTEZ ORTÚZAR, la clave de las diferentes modalidades de estafa reside en el engaño, lo que exige unas determinadas características en la pareja criminal (en la relación víctima – victimario, por lo menos en la estafa propia)¹²⁰.

En el presente caso, cabe destacar que las empresas llevaban más de una década realizando negocios juntos, negocios que siempre habían arrojado resultados satisfactorios para ambas y nunca se habían producido problemas, en resumen, existía una relación de confianza.

¹¹⁵ VALPUESTA GASTAMINZA, E. “Artículo 62. Resolución por incumplimiento”, op. cit., p.713.

¹¹⁶ VALPUESTA GASTAMINZA, E., “Artículo 62. Resolución por incumplimiento”, op. cit., p.712.

¹¹⁷ Tal y como explica JUAN Y MATEU, F., (“Suministro de energía eléctrica...”, op. cit., p. 518) esta es la postura adoptada por el TS pero debe tenerse en cuenta que se aplica tan sólo a los supuestos de mantenimiento del contrato por imposición judicial pero cuando el contrato continua por disposición legal, los créditos anteriores serán créditos concursales.

¹¹⁸ BLASCO GASCÓ, F., “Declaración en concurso y contratos: resolución sin incumplimiento e incumplimiento sin resolución”, op. cit., p. 102.

¹¹⁹ LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Publicado en el BOE núm. 281, de 24/11/1995. Referencia BOE-A-1995-25444.

¹²⁰ BENÍTEZ ORTÚZAR, I. F., “De la estafa”, en MORILLAS CUEVAS, L., (Dir.), *Sistema de derecho penal. Parte especial*, Dykinson, 2015, 2ª Edición, p. 503.

Precisamente es el engaño, provocador de un error en Hierro S.L. el que le hace realizar un acto de disposición patrimonial “voluntario” en perjuicio suyo o de un tercero, el que permite diferenciar la estafa de otros delitos patrimoniales¹²¹.

En muchas ocasiones, la estafa aparece junto con la utilización de falsedades documentales realizadas, precisamente, para lograr el engaño de la estafa. En el supuesto se plantea que, para justificar un pedido mayor al normal, Mecánicas del Noroeste aduce la existencia de un contrato con una importante empresa. No se especifica, pero podría ser que hubiera realizado una falsedad de documento privado (art. 395 CP). En este caso se produciría un concurso de normas penales y de conformidad con el art. 8.4 CP se aplicaría el delito de estafa (entendiendo que el perjuicio de la estafa supera los 400€) o el delito de falsedad en documento público (si el perjuicio es inferior a 400€).

Hierro S.L. es el sujeto pasivo del delito ya que es el engañado. En cuanto al sujeto activo hay que destacar que puede ser tanto una persona física como jurídica a tenor de lo establecido en el art. 31 bis CP. Por tanto, Mecánicas del Noroeste será penalmente responsable de los delitos cometidos en su nombre o cuenta, y en su provecho, por sus representantes legales y administradores de hecho o de derecho, en este caso el administrador único don Miguel. Al igual que si dichos delitos se cometen en el ejercicio de actividades sociales y por cuenta y en provecho de la entidad por quienes han podido realizar los hechos por no haberse ejercido sobre ellos el debido control atendidas las concretas circunstancias del caso.

Puede señalarse aquí lo dispuesto en el ATS 2008/2011 de 15 diciembre (JUR 2012\51540) según el cual la responsabilidad penal de las personas jurídicas será exigible siempre que se constate la comisión de un delito que haya tenido que cometerse por quien ostente los cargos o funciones representantes legales y administradores de hecho o derecho. En este caso es don Miguel quien, en su calidad de administrador de la mentada sociedad, comete el delito en nombre de la misma. Dicho Auto también aclara que la responsabilidad criminal de las personas jurídicas no excluye la de las personas naturales ni a la inversa. En concordancia con lo dispuesto en el art. 31 CP¹²². Así pues, se le podría exigir responsabilidad tanto a Mecánicas del Noroeste como a don Miguel.

En la STS 154/2016 de 29 de febrero (RJ 2016\600) se establece como requisito que el delito debe ser integrante del catálogo de aquellas infracciones susceptibles de generar responsabilidad penal para la persona jurídica en cuyo seno se comete y que las personas físicas autoras de dicho delito sean integrantes de la persona jurídica. En este caso se cumplen ambos.

Hace especial hincapié en que en dicha persona jurídica deben instalarse controles en orden a prevenir posibles delitos: *“el análisis de la responsabilidad propia de la persona jurídica, manifestada en la existencia de instrumentos adecuados y eficaces de prevención del delito, es esencial para concluir en su condena y, por ende, si la acusación se ha de ver lógicamente obligada, para sentar los requisitos fácticos necesarios en orden a calificar a la persona jurídica como responsable, a afirmar la*

¹²¹ BENÍTEZ ORTÚZAR, I. F., “De la estafa”, op. cit., p. 504.

¹²² Aclara dicho ATS que: *“El que actúe como administrador de hecho o de derecho de una persona jurídica, o en nombre o representación legal o voluntaria de otro, responderá personalmente, aunque no concurran en él las condiciones, cualidades o relaciones que la correspondiente figura de delito o falta requiera para poder ser sujeto activo del mismo, si tales circunstancias se dan en la entidad o persona en cuyo nombre o representación obre”*.

inexistencia de tales controles, no tendría sentido dispensarla de la acreditación de semejante extremo esencial para la prosperidad de su pretensión”¹²³.

Así pues, tal y como señala, se prevé la exención de responsabilidad de la persona jurídica que haya cumplido con sus deberes de vigilancia y control sobre la persona física delincuente a su servicio, estableciendo ex ante medidas de prevención y reacción frente al delito eficaces jurídica y económicamente para eliminar o reducir el riesgo de comisión de delitos en beneficio de la entidad¹²⁴. Por tanto, la responsabilidad de Mecánicas del Noroeste podría verse limitada en la medida en que hubiese controles para prevenir tales actos.

En dicha sentencia se reitera, también, que las personas jurídicas gozan de los derechos y garantías constitucionales tales como la tutela judicial efectiva, la presunción de inocencia, al juez legalmente predeterminado, a un proceso con garantías, etc., es decir, de los principios irrenunciables que conforman el Derecho Penal¹²⁵.

5.2 Elementos del delito de estafa.

Analizaré, a continuación, cada uno de los elementos de este delito para ver si se dan o no en la actuación de Mecánicas del Noroeste S.L. con Hierro S.L.¹²⁶.

Engaño bastante: engloba cualquier tipo de maquinación (activa u omisiva) que sea capaz, tanto objetiva como subjetivamente, de llevar a error a otra persona. En el presente caso, Mecánicas del Noroeste engaña a Hierro S.L. realizando una conducta omisiva puesto que, a pesar de que sabe perfectamente que no va a poder hacer frente al pago de las mercancías oculta este hecho, es decir, aparenta una solvencia inexistente. Además, realiza una conducta activa puesto que aduce la firma de un contrato (a sabiendas de su falsedad) con una empresa clave del sector para justificar tanto la compra con el aumento del tamaño normal del pedido.

La jurisprudencia del TS¹²⁷ ha establecido de forma reiterada que el engaño en el delito de estafa tiene que ser un engaño precedente, bastante y causante. En cuanto al requisito del engaño precedente, comporta la exigencia de un engaño como factor antecedente y causal del desplazamiento patrimonial por parte del sujeto pasivo de la acción en

¹²³ Véase también la STS 221/2016 de 16 de marzo (RJ 2016\824): “... sea cual fuere el criterio doctrinal mediante el que pretenda explicarse la responsabilidad de los entes colectivos, ésta no puede afirmarse a partir de la simple acreditación del hecho delictivo atribuido a la persona física. La persona jurídica no es responsable penalmente de todos y cada uno de los delitos cometidos en el ejercicio de actividades sociales y en su beneficio directo o indirecto por las personas físicas a que se refiere el art. 31 bis 1 b). Sólo responde cuando se hayan “...incumplido gravemente de los deberes de supervisión, vigilancia y control de su actividad, atendidas las circunstancias del caso”. Los incumplimientos menos graves o leves quedan extramuros de la responsabilidad penal de los entes colectivos”.

¹²⁴ SERRANO ZARAGOZA, O., “Reestructuración empresarial y responsabilidad penal de la persona jurídica” en PULGAR EZQUERRA, J.(Dir.), *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, nº 24, Wolters Kluwer, 2016, p. 152.

¹²⁵ Véase también STS 514/2015 de 2 de septiembre (RJ 2015/3974): “Sin embargo, ya se opte por un modelo de responsabilidad por el hecho propio, ya por una fórmula de heterorresponsabilidad parece evidente que cualquier pronunciamiento condenatorio de las personas jurídicas habrá de estar basado en los principios irrenunciables que informan el derecho penal”.

¹²⁶ Sus presupuestos aparecen recogidos, entre otras, en la STS 526/1993 de 12 marzo (RJ 1993\2156) y STS 2320/1993 de 18 octubre (RJ 1993\7788).

¹²⁷ SSTs 465/2012 de 1 de junio (RJ 2012\6721), 512/2012 de 10 de junio (RJ 2012\6739) y 929/2012 de 19 de noviembre (RJ 2013\37).

perjuicio del mismo o de un tercero, desplazamiento que no se habría producido de resultar conocida la naturaleza real de la operación¹²⁸.

La STS 476/2009 de 7 de mayo (RJ 2009\4859) dispone que: *“el engaño ha de entenderse bastante cuando haya producido sus efectos defraudadores, logrando el engañador, mediante el engaño, engrosar su patrimonio de manera ilícita, o lo que es lo mismo, es difícil considerar que el engaño no es bastante cuando se ha consumado la estafa. Como excepción a esa regla solo cabría exonerar de responsabilidad al sujeto de activo de la acción cuando el engaño sea tan burdo, grosero o esperpéntico que no puede inducir a error a nadie de una mínima inteligencia o cuidado. Y decimos esto porque interpretar esa requisito de la suficiencia con un carácter estricto, es tanto como trasvasar el dolo o intencionalidad del sujeto activo de la acción, al sujeto pasivo, exonerando a aquel de responsabilidad por el simple hecho, ajeno normalmente a su voluntad delictual, de que un tercero, la víctima, haya tenido un descuido en su manera de proceder o en el cumplimiento de sus obligaciones”*.

BENÍTEZ ORTÚZAR recalca que, para que se dé este engaño bastante deben converger las condiciones objetivas del caso preciso y las subjetivas de la víctima. Es decir, no estaríamos ante un delito de estafa si el sujeto pasivo capta la situación de engaño y, a pesar de ello, decide realizar el acto de disposición ya que, aunque hay engaño, éste no provoca error en el sujeto pasivo. Así pues, para que sea estafa, el acto de disposición patrimonial obligatoriamente debe ser consecuencia del error inducido por el engaño¹²⁹.

En este sentido, la STS 331/2014 de 15 de abril (RJ 2014\4203) recoge que: *“La jurisprudencia ha aceptado en algunos casos, excepcionalmente, la atipicidad de la conducta cuando el engaño es tan burdo, tan fácilmente perceptible, que hubiera podido ser evitado por cualquier sujeto pasivo con una actitud mínimamente diligente”*.

Por tanto, en el presente caso cabría preguntarse si el engaño realizado por la empresa no podría haber sido descubierto por Hierro S.L. Al tratarse de una sociedad de responsabilidad limitada, está obligada a depositar sus Cuentas Anuales (integradas por el Balance, el Libro Diario, el Estado de Cambios en el Patrimonio Neto, el Estado de Cambios de Efectivo y la Cuenta de Pérdidas y Ganancias) en el Registro Mercantil. Las cuentas anuales deben reflejar la situación patrimonial y financiera de la empresa, así como sus resultados. Dicho Registro es público, de tal manera que Hierro S.L. podría haber acudido allí para comprobar la situación patrimonial y la solvencia de su cliente.

También hay que observar si el engaño es preexistente o coetáneo al error. Si el ánimo defraudatorio surge tras la realización del acto de disposición patrimonial no habrá delito de estafa sino que se resolverá como un incumplimiento contractual propio de Derecho Civil. Así se vincula la estafa a los contratos civiles criminalizados¹³⁰, si bien no siempre es fácil distinguir si el dolo surgió antes o después del acto de disposición. En este sentido, cabe citar a la SAP de Castellón 349/2002 de 20 de diciembre (ARP 2003\24): *“Claro es que carece el Tribunal de facultades paranormales que le permitan adentrarse en el fuero interno del acusado y conocer sus íntimos pensamientos, pero también lo es que su intención puede inferirse de su comportamiento”*.

¹²⁸ SSTs 580/2000 de 19 de mayo (RJ 2000\3533); 1012/2000 de 5 de junio (RJ 2000\5241); 628/2005 de 13 de mayo (RJ 2005\5860) y 977/2009 de 22 de octubre (RJ 2009\7786).

¹²⁹ BENÍTEZ ORTÚZAR, I. F., “De la estafa”, op. cit., p. 510.

¹³⁰ ARROYO DE LAS HERAS, A., *Los delitos de estafa y falsedad documental*, Bosch, 2005, pp. 63-65.

En los negocios jurídicos criminalizados se sabe ex ante que no habrá cumplimiento por uno de los contratantes, y sí tan sólo aprovechamiento del cumplimiento del otro contratante¹³¹. Existe mucha jurisprudencia que cifra el delito de estafa en la presencia de un engaño como factor antecedente y causal de las consecuencias de carácter económico como las SSTS 580/2000 de 19 de mayo (RJ 2000\3533) y 1012/2000 de 5 de junio (RJ 2000\5241).

Atendiendo al comportamiento de Mecánicas del Noroeste puede decirse que el ánimo defraudatorio existía antes del acto de disposición. Previamente a la firma del contrato era consciente de que no iba a poder pagarlo, demandando una cantidad superior a la que pedía normalmente.

Dentro de este apartado, también cabe distinguir entre dolo penal y civil (art. 1269 CC). A diferencia del dolo de la estafa, el dolo civil no exige ni el ánimo de lucro ni el engaño penal, si el engaño no es bastante los perjuicios ocasionados por el mismo, se relegan al campo civil¹³².

Tal y como explica la STS 1427/1997 de 17 de noviembre (RJ 1997\7986) en los delitos contra el patrimonio la línea divisoria entre el dolo penal y el dolo civil se sitúa la tipicidad, de modo que solo si la conducta del agente se incardina en el precepto penal tipificado del delito de estafa es punible la acción, lo que no supone criminalizar todo incumplimiento contractual, ya que el ordenamiento jurídico establece remedios para restablecer el imperio del Derecho cuando es conculcado por vicios puramente civiles¹³³.

Esta distinción también se trata en la STS 376/2013 de 10 de mayo (RJ 2013\4406): *“Por ello, esta Sala casacional ha declarado a estos efectos que si el dolo del autor ha surgido después del incumplimiento, estaríamos, en todo caso ante un "dolo subsequens" que, como es sabido, nunca puede fundamentar la tipicidad del delito de estafa. En efecto, el dolo de la estafa debe coincidir temporalmente con la acción de engaño, pues es la única manera en la que cabe afirmar que el autor ha tenido conocimiento de las circunstancias objetivas del delito. Sólo si ha podido conocer que afirmaba algo como verdadero, que en realidad no lo era, o que ocultaba algo verdadero es posible afirmar que obró dolosamente. Por el contrario, el conocimiento posterior de las circunstancias de la acción, cuando ya se ha provocado, sin dolo del*

¹³¹ Véase la STS 814/2005 de 14 de junio (RJ 2005\7203): *“Proyectando esta distinción sobre los negocios jurídicos o contratos criminalizados, entendiendo por ellos cuando ha mediado un engaño que es el causante del incumplimiento contractual, la jurisprudencia de esta Sala tiene declarado que el incumplimiento contractual quede criminalizado bajo la forma de la estafa cuando con ocasión de la contratación de negocios jurídicos de carácter privado, ya sean civiles o mercantiles, uno de los contratantes -el sujeto activo- simule desde el principio el propósito de contratar con otra persona, cuando lo verdaderamente apetecido es aprovecharse del cumplimiento de la otra parte contratante, pero sin intención de cumplir la suya, en tal sentido, y entre otras muchas, la STS de 20 de julio de 1998 (RJ 1998, 5844), afirma que sólo existe estafa en los casos en los que el autor simula un propósito serio de contratar, cuando en realidad sólo quería aprovecharse del cumplimiento de la parte contraria y del propio incumplimiento...En los negocios jurídicos criminalizados se sabe ex ante que no habrá cumplimiento por uno de los contratantes, y sí tan sólo aprovechamiento del cumplimiento del otro contratante”.*

¹³² BENÍTEZ ORTÚZAR, I. F., “De la estafa”, op. cit., p. 512.

¹³³ Otros ATS 109/2013, de 17 de enero (JUR 2013\38744) donde, con cita de la STS 14 de junio de 2005, se dice que la línea divisoria entre dolo civil y penal en los delitos contra el patrimonio se sitúa en la tipicidad, de tal manera que solo si la conducta del agente se incardina en el precepto penal tipificado del delito de estafa, es punible la acción, no suponiendo ello criminalizar todo incumplimiento contractual.

autor, el error y la disposición patrimonial del supuesto perjudicado, no puede fundamentar el carácter doloso del engaño, a excepción de los supuestos de omisión impropia. Es indudable, por lo tanto, que el dolo debe preceder en todo caso de los demás elementos del tipo de la estafa”.

La jurisprudencia se ha pronunciado a favor de la admisión del engaño por omisión y la admisión de la comisión por omisión en el delito de estafa. Así se expresa la STS 1058/2010 de 13 de diciembre (RJ 2011\2370)¹³⁴.

Por su vinculación con el caso, debe citarse la SAP de Valencia 412/2015 de 26 de octubre (JUR 2016\129852) donde se dice que comete el engaño típico de estafa el que, consciente de su insolvencia y la imposibilidad de pago, omite informar al otro, con el que ha tenido relaciones mercantiles anteriores, de dichas circunstancias las cuales son relevantes para decidir la celebración del contrato que se le ofrece.

Esta sentencia hace hincapié en que el TS ha admitido que en el delito de estafa la conducta del que engaña puede ser omisiva, entendiendo que la omisión es relevante en aquellos casos en los que se solicita una prestación de otro con el que se han tenido vínculos contractuales anteriores de una cierta duración, omitiendo comunicar que su situación patrimonial ha disminuido de manera relevante para el cumplimiento de la obligación que contrae.

Recalco una vez más que Mecánicas del Noroeste, que ya mantuvo relaciones contractuales satisfactorias previas con Hierro S.L., aparenta una solvencia suficiente para hacer frente al pago de la compra de suministros ocultando que está atravesando graves dificultades financieras y que sabe que no será capaz de pagar. En base a ello, comete el engaño típico del delito de estafa.

Error: provoca en el sujeto pasivo un conocimiento inexacto o deformado de la realidad¹³⁵, es un elemento subjetivo. Solo serán constitutivas de estafa las disposiciones patrimoniales que provengan de un engaño bastante para provocar error en el sujeto pasivo de la acción típica¹³⁶.

El error en el presente caso consiste en la creencia por parte de Hierro S.L. de que Mecánicas está en condiciones de afrontar el pago de la deuda. Es decir, contrató en la creencia que la mercancía suministrada sería abonada como siempre había sucedido.

Acto de disposición patrimonial: es la acción por la cual el sujeto engañado traslada un elemento de su patrimonio o de un tercero al del estafador. El sujeto debe saber lo

¹³⁴ “En cuanto a la creación por parte del omitente de una situación de riesgo para el bien jurídico protegido, situación de riesgo que puede tener su origen tanto en un acto positivo o acción como en una omisión, es claro que, siendo atribuible al agente el peligro jurídicamente desaprobado, si dicho agente adopta luego una conducta omisiva permitiendo de este modo la producción del resultado lesivo, será responsable del delito de estafa por comisión por omisión”. Aclarando que los requisitos que se deben producir son: que la infracción penal consista en la producción de un resultado, que la pasividad u omisión por parte del agente, en la estafa, sea la causa del principio derivado del acto de disposición y que la no evitación del resultado vaya acompañada a la infracción de un especial deber jurídico del autor. Este deber jurídico del autor se ha venido entendiendo por la doctrina en el sentido de que la acción que se espera que realice el agente "pueda exigirse" en el caso concreto (que sea garante).

¹³⁵ Sobre este punto la STS 1344/2002 de 18 julio (RJ 2002\8150) afirma que el sujeto pasivo carece de un conocimiento exacto de la realidad, debido a la insidia, mendacidad, fabulación o artificio del agente. Ello origina un error esencial que le lleva a actuar bajo una falsa presuposición, a emitir una manifestación de voluntad partiendo de un motivo viciado, por cuya virtud se produce el traspaso patrimonial.

¹³⁶ BENÍTEZ ORTÚZAR, I. F., “De la estafa”, op. cit., pp. 514 y ss.

que significa un acto de disposición patrimonial puesto que de lo contrario no estaríamos ante una estafa sino ante un hurto. Y dicho acto debe ser consecuencia del error provocado por el engaño¹³⁷. En este supuesto el acto consiste en la entrega de la mercancía por parte de Hierro S.L.

Relación de causalidad “engaño, error, acto de disposición”: si no existe esta relación no habrá estafa. El acto de disposición patrimonial debe ser la materialización del riesgo creado con el engaño que provoca el error en el sujeto pasivo, atendiendo a criterios de imputación objetiva. No se dará esta relación en comportamientos burdos donde cualquier persona medianamente cautelosa captaría la intención del sujeto¹³⁸. Cabe citar la STS 331/2014 de 15 de abril de 2014 (RJ 2014\4203) que recoge que es preciso que exista una relación de causalidad entre el engaño que provoca el error y el acto de disposición que da lugar al perjuicio, de donde se obtiene que aquél ha de ser precedente o, al menos, concurrente, al momento en que tal acto tiene lugar. Por lo tanto, el engaño debe ser la causa del error; el error debe dar lugar al acto de disposición y éste ha de ser la causa del perjuicio patrimonial¹³⁹.

Perjuicio propio o de tercero: el acto de disposición ha de suponer una disminución patrimonial del sujeto pasivo o de un tercero. En el presente caso, coincide tanto sujeto pasivo del delito como de la acción, puesto que Hierro S.L. es tanto el titular del bien jurídico protegido como el engañado. Aquí el perjuicio económico se produce puesto que sí se recibe el producto solicitado pero no se paga el precio¹⁴⁰.

El valor de lo defraudado del tipo básico se sitúa en los 400€, por debajo de dicha cantidad estaríamos ante el delito leve del art. 249 CP. En el presente caso no se especifica la cantidad.

Ánimo de lucro: es decir, un ánimo de enriquecimiento injusto a través de la entrega del elemento patrimonial. Se trata de un elemento subjetivo, distinto del dolo, que excluye la posibilidad de la comisión por imprudencia¹⁴¹.

Conforme a la STS 94/1995 de 31 de enero (RJ 1996\95), *“por ánimo de lucro, a los efectos de apreciar la existencia del delito de estafa, ha de entenderse cualquier ventaja, provecho, beneficio o utilidad que se proponga obtener el agente, inclusión hecha de los meramente contemplativos o de ulterior beneficencia,..., más en cualquier caso no hace falta que se pretenda la obtención de lucro propio, pues basta con que el sujeto activo de la infracción trate con su conducta injusta de beneficiar a un tercero, quizás en la forma de cooperación necesaria al lucro ajeno”*¹⁴².

¹³⁷ Cabe destacar nuevamente la STS 1344/2002 de 18 julio (RJ 2002\8150): *“4º) Acto de disposición patrimonial, con el consiguiente y correlativo perjuicio para el disponente, es decir, que la lesión del bien jurídico tutelado, el daño patrimonial, será producto de una actuación directa del propio afectado, consecuencia del error experimentado y, en definitiva, del engaño desencadenante de los diversos estadios del tipo; ..., ha de ser entendido, genéricamente, como cualquier comportamiento de la persona inducida a error, que arrastre o conlleve de forma directa la producción de un daño patrimonial en sí misma o en un tercero, no siendo necesario que concurren en una misma persona la condición de engañado y de perjudicado”*.

¹³⁸ SERRANO GÓMEZ, A. y SERRANO MAÍLLO, A., “Estafa”, en *Derecho penal. Parte especial*, Dykinson, 2009, 14ª Edición, p. 423.

¹³⁹ Otras SSTS 368/2007 de 9 de mayo (RJ 2007\4731) y 452/2011 de 31 de mayo (RJ 2011\5742).

¹⁴⁰ BENÍTEZ ORTÚZAR, I. F., “De la estafa”, op. cit., pp. 515-516.

¹⁴¹ Aclara la STS 393/1996 de 8 de mayo (RJ 1996\3803): *“Es indudable, por lo tanto, que el dolo debe preceder en todo caso a los demás elementos del tipo de la estafa.”*

¹⁴² Otra STS 297/2002 de 20 de febrero (RJ 2002\3266).

En el presente caso estamos ante una modalidad de estafa propia puesto que es imprescindible una víctima colaboradora. En las estafas impropias no se produce el encuentro entre sujetos activos y pasivos y, en consecuencia, no se requiere una víctima colaboradora.

5.3 Tipos agravados del delito de estafa.

Por otra parte, en el art. 250 CP se recogen los tipos agravados. Algunos de los que se podrían aplicar al presente caso son:

- Estafa de especial gravedad (art. 250.1.4º CP): deben darse dos requisitos cumulativamente la entidad del perjuicio y a la situación económica en la que deje a la víctima o a su familia.

El TS en su sentencia núm. 580/2011 de 14 de junio (RJ 2011\4787) ha dicho que este último requisito es el que da lugar “*a una situación económica muy gravemente empobrecida, incierta e insegura como consecuencia del despojo dinerario*”. Señalando su sentencia de 30 de noviembre de 2006 (RJ 2006\8220) que basta con que quede en una situación patrimonial “*difícil o insegura*”. La jurisprudencia ha establecido la especial gravedad en los 36.000€¹⁴³.

En este caso nada se dice acerca de la cuantía ni tampoco de la situación en la que queda Hierro S.L. tras entregar la mercancía y no recibir el pago, podría suceder que atravesase graves dificultades financieras debido a ello.

- Que el valor de la defraudación supere los 50.000€, o afecte a un elevado número de personas (art. 250.1.5º CP).

La fijación de esta cantidad se introduce con la LO 5/2010, de 22 de junio¹⁴⁴, con la intención de evitar la inseguridad jurídica que se producía al dejar al intérprete la determinación de la cuantía para la aplicación del tipo agravado¹⁴⁵, y la segunda circunstancia se implanta con la LO 1/2015, de 30 de marzo¹⁴⁶.

En este caso, el único afectado por el delito es Hierro S.L. pero podría ser de aplicación este apartado siempre que la cuantía de lo defraudado superarse los 50.000€, además ha de destacarse que no tiene lugar un delito continuado sino que surge un único acto.

Tal y como señalan la STS 173/2013 de 28 de febrero (RJ 2013\2033), por importe de la defraudación hay que interpretar la cantidad objeto de desplazamiento patrimonial.

- Se cometa con abuso de las relaciones personales existentes entre víctima y defraudador, o aproveche éste su credibilidad empresarial o profesional (art. 250.1.6º CP)¹⁴⁷.

En el primer supuesto, el sujeto activo del delito se vale de la confianza o familiaridad preexistente entre ambos sujetos del delito para cometer la estafa. Es decir, existe una previa relación de confianza de la que se abusa y se toma en cuenta el atentado a la buena fe que se presume cuando existe cierta relación personal entre los sujetos.

¹⁴³ Sobre este punto véase la STS 78/2008 de 8 febrero (RJ 2008\2003).

¹⁴⁴ LO 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Publicada en el BOE núm. 152, de 23 de junio de 2010, páginas 54811 a 54883. Referencia: BOE-A-2010-9953.

¹⁴⁵ BENÍTEZ ORTÚZAR, I. F., “De la estafa”, op. cit., p. 528.

¹⁴⁶ LO 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Publicada en el BOE» núm. 77, de 31 de marzo de 2015, páginas 27061 a 27176. Referencia: BOE-A-2015-3439.

¹⁴⁷ BENÍTEZ ORTÚZAR, I. F., “De la estafa”, op. cit., p. 530.

En el segundo caso, la confianza se deriva de la actividad profesional o empresarial del sujeto activo del delito, es decir, se abusa de la confianza de quien se pone en manos de un profesional.

La STS 368/2007 de 9 de mayo de 2007 (RJ 2007\4731) en relación a esto dice que: *“El número 7º del artículo 250 recoge dos especificaciones de un genérico abuso de confianza, caracterizadas por la naturaleza de la fuente que provoca la confianza quebrantada: de una parte la credibilidad empresarial o profesional del sujeto activo, que de este modo se aprovecha precisamente de la confianza que a la víctima produce su aparente capacidad y buen hacer como profesional o como empresario; y de otra parte el abuso de las relaciones existentes entre ambos”*.

Es necesario destacar que no todas las relaciones personales entre víctima y defraudador dan lugar a la aplicación de este artículo, debiéndose distinguir las normales derivadas de una situación profesional y las que conllevan un estado de confianza¹⁴⁸.

En aras de no vulnerar el principio del ne bis in ídem, la relación de confianza o la credibilidad empresarial que fundamenta la aplicación de este tipo debe ser diferente a la que se usó para construir el engaño. De esta forma, la jurisprudencia señala que esta agravación requiere de una especial relación entre víctima y autor que supera esa situación previa que ha facilitado la eficacia del engaño.

En el actual caso se hace hincapié en las relaciones de confianza previas existentes entre ambas empresas. Ambas llevaban realizando operaciones durante más de una década sin que se produjese ningún tipo de problema.

Por otra parte, nada podía hacer dudar acerca de la credibilidad empresarial de Mecánicas del Noroeste puesto que hasta la actualidad no había tenido ningún tipo de problemas, desarrollaba sus trabajos de manera satisfactoria. No se conocían quejas ni malas experiencias que pudiesen poner en duda su buen hacer empresarial. Es más, aduce que tiene un contrato con una de las empresas de referencia en el sector.

La STS 221/2016 de 16 de marzo (RJ 2016\824) recoge que: *“Este delito no lo comete el empresario o el profesional que engaña a otro y le induce a realizar un acto de disposición patrimonial en su favor. Es menester que un sujeto en el que concurre esa condición empresarial o profesional se valga de las ventajas asociadas a ese estatus para debilitar las habituales prevenciones de toda hipotética víctima.... Hemos de insistir en que no basta la existencia de un nombre comercial más o menos asentado en una localidad para que la aplicación del tipo agravado resulte obligada”*.

Por su parte, el art. 250.2 expresa lo siguiente: *“Si concurrieran las circunstancias incluidas en los numerales 4.º, 5.º, 6.º o 7.º con la del numeral 1.º del apartado anterior, se impondrán las penas de prisión de cuatro a ocho años y multa de doce a veinticuatro meses. La misma pena se impondrá cuando el valor de la defraudación supere los 250.000 euros”*.

Luego podríamos estar ante la aplicación de este tipo hiperagravado si la cuantía de lo defraudado superase los 250.000€.¹⁴⁹

¹⁴⁸ SERRANO GÓMEZ, A.; SERRANO MAÍLLO, A., “Estafa”, op. cit., p. 432. También ARROYO DE LAS HERAS, A., *Los delitos de estafa y falsedad documental*, op. cit., p.125.

¹⁴⁹ El importe de la defraudación se identifica con la «cantidad que ha sido objeto de desplazamiento patrimonial como consecuencia del engaño [STS 173/2013 de 28 de febrero (RJ 2013\2033)]. O, en el mismo sentido, el valor de defraudación coincide con «el del desplazamiento patrimonial causado por el

5.4 Penalidad del delito de estafa.

Para saber su penalidad hay que acudir al art. 249 CP que establece una pena de prisión de seis meses a tres años y si la cuantía de lo defraudado no excediere de 400€, se impondrá la pena de multa de uno a tres meses. En el caso de los tipos agravados, su pena se recoge en el art. 250.1 y es la prisión de uno a seis años y multa de seis a doce meses. En el apartado 2 de dicho artículo se establece que la prisión será de 4 a 8 años y la multa de 12 a 24 meses en el caso de los tipos hiperagravados.

En el presente caso, al ser una persona jurídica el sujeto activo del delito, sería de aplicación el 251 bis. Dicho artículo establece como pena una multa del triple al quintuple de la cantidad defraudada, si el delito cometido por la persona física tiene prevista una pena de prisión de más de cinco años o en el resto de los casos, una multa del doble al cuádruple de la cantidad defraudada.

Por último, cabe señalar lo dispuesto en el art. 116 CP según el cual, toda persona criminalmente responsable de un delito lo es también civilmente si del hecho se derivaren daños o perjuicios.

6. Calificación jurídica de los impagos del IVA.

Por último, se resuelven las cuestiones relativas a la no presentación de las autoliquidaciones del IVA de los ejercicios 2015 y 2016, que arrojaban una deuda tributaria de 12.000€.

6.1 IVA: aspectos generales.

El IVA, regulado en la Ley 37/1992, de 28 de diciembre¹⁵⁰, es un impuesto indirecto, real, objetivo, proporcional e instantáneo. Los sujetos pasivos del impuesto son los empresarios o profesionales (personas físicas o jurídicas) que realicen las entregas de bienes o presten los servicios sujetos al impuesto¹⁵¹, en el presente caso Mecánicas del Noroeste S.L.

Asimismo, se trata de un impuesto de declaración-liquidación periódica (normalmente trimestral pero mensual si se trata de grandes empresas, sujetos pasivos inscritos en el Registro de Devolución Mensual o que apliquen el régimen especial del grupo de entidades) y repercutido. Hay que estar a lo dispuesto en el art. 88.1 LIVA: “*Los sujetos pasivos deberán repercutir íntegramente el importe del impuesto sobre aquel para quien se realice la operación gravada, quedando éste obligado a soportarlo siempre que la repercusión se ajuste a lo dispuesto en esta Ley, cualesquiera que fueran las estipulaciones existentes entre ellos*”.

La principal obligación del sujeto pasivo frente a la Administración Tributaria es autoliquidar el IVA, en ello se incluye presentar la declaración, liquidar el tributo (cuantificar el importe de la deuda tributaria) e ingresar la cuota resultante¹⁵².

La STS de 18 abril 2011 (RJ 2011\3636) dice que el IVA es: “*un tributo cuyo periodo impositivo coincide, salvo excepciones en que es mensual, con el trimestre natural de acuerdo con los artículos 167 de la Ley 37/1992, de 28 de diciembre, del Impuesto*

acto de disposición ejecutado por el error derivado del engaño [STS 166/2013, de 8 de marzo (RJ 2013\2943)].

¹⁵⁰ Esta Ley se publica en el BOE núm. 312, de 29/12/1992. Referencia: BOE-A-1992-28740.

¹⁵¹ TRUYO CUBERO, A., “El impuesto sobre el valor añadido (I)”, en PÉREZ ROYO, F., (Dir.), *Curso de Derecho tributario. Parte especial*, Tecnos, 2014, 8ª Edición, p. 770.

¹⁵² TRUYO CUBERO, A., “El impuesto sobre el valor añadido (I)”, op. cit., p. 810.

sobre el Valor Añadido, y 71 de su Reglamento, debiendo los empresarios o profesionales presentar las liquidaciones trimestrales y efectuar los ingresos dentro de los plazos establecidos en estos preceptos, a saber, dentro de los 20 días naturales de los meses de abril, julio y octubre, y 30 primeros días del mes de enero, sin perjuicio de la obligación de presentar una declaración resumen anual. De tal manera que la obligación de declaración e ingreso se refiere a cada uno de los periodos impositivos, en este caso trimestrales, con independencia del resumen anual, con lo que su incumplimiento integra el tipo sancionado al margen de las declaraciones e ingresos que se hayan podido efectuar en las liquidaciones de periodos impositivos diferentes”.

6.2 Infracción y sanción.

En primer lugar, habrá que determinar si nos encontramos ante un delito o ante una infracción tributaria. Se tratará de un delito cuando el importe de lo defraudado, por acción u omisión, a la Hacienda Pública exceda de 120.000€ (art. 305.1 CP¹⁵³).

El art. 305.2 CP dispone que si se trata de tributos periódicos o de declaración periódica, se estará a lo defraudado en cada periodo impositivo o de declaración, y si éstos son inferiores a doce meses, el importe de lo defraudado se referirá al año natural.

En este sentido puede mencionarse la STS 499/2016 de 9 junio (RJ 2016\2164) que especifica que, sin perjuicio de las posibles sanciones tributarias, el delito no se comete por la omisión de la declaración respecto de operaciones concretas, sea cual sea el importe de la cuota que correspondería a las mismas, sino por la defraudación en un importe superior a los 120.000€ en relación con la actividad del sujeto pasivo respecto a un determinado impuesto en el periodo del año natural.

En algunas sentencias, como la STS 1505/2005 de 25 de noviembre (RJ 2006\320), se ha precisado que *“lo que penalmente se sanciona no es la omisión de la declaración por sí misma, formalmente considerada, aislada de cualquier valoración. Ni tampoco el impago, entendido como omisión del ingreso material del dinero, si ha mediado una declaración veraz. Pues el tipo exige una conducta defraudatoria y no el mero incumplimiento de deberes tributarios. De esta forma, la omisión de la declaración solo será típica si supone una ocultación de la realidad tributariamente relevante”*¹⁵⁴.

En este caso, la cuantía de lo defraudado no excede de 120.000€ luego no estamos ante el delito tipificado en el CP y habrá que recurrir a la LIVA para calificar esta conducta.

El art. 170.1 LIVA dice que: *“Sin perjuicio de las disposiciones especiales previstas en este título, las infracciones tributarias en este Impuesto se calificarán y sancionarán conforme a lo establecido en la Ley General Tributaria y demás normas de general aplicación”*. Al no encontrarnos en ninguno de los supuestos descritos en dicho Título,

¹⁵³ Art. 305.1 CP: *“El que, por acción u omisión, defraude a la Hacienda Pública estatal, autonómica, foral o local, eludiendo el pago de tributos, cantidades retenidas o que se hubieran debido retener o ingresos a cuenta, obteniendo indebidamente devoluciones o disfrutando beneficios fiscales de la misma forma, siempre que la cuantía de la cuota defraudada, el importe no ingresado de las retenciones o ingresos a cuenta o de las devoluciones o beneficios fiscales indebidamente obtenidos o disfrutados exceda de ciento veinte mil euros será castigado con la pena de prisión de uno a cinco años y multa del tanto al séxtuplo de la citada cuantía, salvo que hubiere regularizado su situación tributaria en los términos del apartado 4 del presente artículo”*.

¹⁵⁴ En el mismo sentido, en la STS 737/2006 de 20 de junio (RJ 2006\5183) donde se recalca que, para la aplicación del art. 305CP no basta con un mero impago de cuotas, el delito de defraudación tributaria requiere de un elemento de mendacidad. Si el impago no va acompañado de una maniobra mendaz será infracción tributaria pero no delito. Así pues, la responsabilidad penal surge de la ocultación de bases tributarias o la ficción de beneficios fiscales o gastos deducibles inexistentes y no tanto del impago.

para realizar la calificación de la conducta de esta empresa habrá que acudir a la Ley 58/2003 de 17 de diciembre, General Tributaria¹⁵⁵.

Cabe señalar primeramente que, en su art. 35, esta Ley establece que son obligados tributarios tanto las personas físicas como las jurídicas.

La LGT en su art. 183 expresa que son infracciones tributarias las acciones u omisiones dolosas o culposas tipificadas y sancionadas en esta u otra ley. Así como su clasificación, en su segundo apartado, en leves, graves y muy graves. Remitiéndose el art. 184 a los arts. 191 a 206 LGT para distinguir entre ellas.

De ese artículo se desprende que se sancionan tanto conductas de carácter positivo como negativo, por lo que se incluiría aquí la no presentación de las declaraciones del IVA. Además, concreta la responsabilidad dolosa o culposa por lo que será necesaria una mínima intervención de la actitud del sujeto infractor.

Los principios de la potestad sancionadora de la Administración en materia fiscal se recogen en el art. 178 LGT donde se dice que serán particularmente aplicables los de legalidad, tipicidad, responsabilidad, proporcionalidad, no concurrencia e irretroactividad, además de los principios reguladores de la misma en materia administrativa¹⁵⁶.

Por referencia al caso, cabe destacar el art. 184.2 puesto que habla del supuesto en el que no se presenten declaraciones o se presenten declaraciones en las que se incluyan hechos u operaciones inexistentes o con importes falsos afirmando que constituye una ocultación¹⁵⁷ de datos a la Administración tributaria, siempre que la incidencia de la deuda derivada de la ocultación en relación con la base de la sanción sea superior al 10 por ciento. El art. 10.5 del Reglamento Sancionador Tributario¹⁵⁸ establece que, en caso de falta de presentación de la declaración o autoliquidación, se entenderá que la incidencia de la deuda derivada de la ocultación sobre la base de la sanción es del 100 por cien¹⁵⁹. Precisamente esta es la situación de Mecánicas del Noroeste, luego la incidencia de la deuda derivada de la ocultación sobre la base de la sanción es de 12.000€.

Asimismo, existe ocultación aun cuando la Administración Tributaria pudiera conocer la realidad de las operaciones o los datos omitidos por declaraciones de terceros, por

¹⁵⁵ Publicada en el BOE núm. 302, de 18/12/2003. Referencia BOE-A-2003-23186.

¹⁵⁶ La STS de 11 de diciembre de 2014 (RJ 2014\6540) dice que: "... no existe quiebra alguna del principio de proporcionalidad en la cuantificación de la sanción, no por la mayor o menor intencionalidad apreciada en la conducta de la parte actora o por la cuantía del perjuicio económico que dicha conducta entraña para la recaudación, sino por el contenido concreto que se ha venido atribuyendo al principio de proporcionalidad en el ámbito sancionador y por los términos específicos en los que el legislador tributario ha establecido las sanciones y la aplicación de los criterios de graduación de las mismas en la vigente LGT de 2003".

¹⁵⁷ Los requisitos para la apreciación de la ocultación, recogidos en la SAN de 18 octubre 2001 (JT 2001\1857), son la sustracción a la Administración tributaria de todos o parte de los elementos constitutivos del hecho imponible, o el mismo hecho imponible; que la ocultación se realice mediante la no presentación o la presentación con inexactitudes de la declaración y que esta conducta produzca un perjuicio a la Administración Tributaria al no percibir el importe exacto de la deuda tributaria, en consonancia con la realidad de la situación tributaria del sujeto pasivo.

¹⁵⁸ Real Decreto 2063/2004, de 15 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento General Del Régimen Sancionador Tributario. Publicado en: «BOE» núm. 260, de 28 de octubre de 2004. Referencia: BOE-A-2004-18398.

¹⁵⁹ ARNÁIZ ARNÁIZ, T. (Dir.), "Infracciones que causan perjuicio económico", en *Fiscalidad práctica 2013: Procedimientos tributarios y régimen sancionador*, Thomson Reuters, 2013, 1ª Edición, p. 750.

requerimientos de información o por el examen de la contabilidad, libros o registros y demás documentación del propio sujeto infractor¹⁶⁰.

Antes de hablar de las posibles sanciones cabe destacar que en el art. 58 LGT se establece que las sanciones no formarán parte de la deuda tributaria. Asimismo, estas sanciones se dividen en pecuniarias (multa fija o proporcional) y no pecuniarias de carácter accesorio.

En el caso se deja de ingresar una deuda tributaria resultante de una autoliquidación por lo que se aplicaría lo dispuesto en el art. 191 LGT. La base de la sanción será la cuantía no ingresada en la autoliquidación como consecuencia de la comisión de la infracción. El TEA en su Resolución 01614/2016/00/00 de 8 de septiembre de 2016, ha mantenido que la base de la sanción es la cuota dejada de ingresar¹⁶¹. El cálculo de la base de la sanción se establece en el art. 8 del Reglamento Sancionador y será el importe de la cantidad a ingresar resultante de la regularización practicada, salvo en los supuestos previstos en el apartado siguiente. En los siguientes apartados habla de los supuestos en los que existan, como consecuencia de la regularización, cantidades sancionables y no sancionables, en cuyo caso, la base de la sanción se obtendrá multiplicando la cantidad a ingresar por un coeficiente.

En resumen, la norma dispone que ese coeficiente se obtiene multiplicando por 100 el resultado de una fracción cuyo numerador está integrado por los incrementos sancionables en cuota, o en la cantidad a ingresar, y los incrementos sancionables en base (multiplicados éstos últimos por el correspondiente tipo de gravamen –si dichos incrementos se producen en la parte de la base gravada por un tipo proporcional–, o bien por el tipo medio de gravamen –si se producen en la parte de la base gravada por una tarifa–), y cuyo denominador está integrado por todos los incrementos (sancionables y no sancionables) en cuota, o en la cantidad a ingresar, y por todos los incrementos (sancionables y no sancionables) en base (éstos otros multiplicados por los tipos que corresponda, como en el caso anterior)¹⁶².

En el caso se especifica que las autoliquidaciones no presentadas arrojaban un saldo a ingresar a la Hacienda Pública por importe de 12.000€. Entiendo que esta es la cantidad que, tras el procedimiento de inspección y regulación tributaria, compondría la cuota que se toma como base de la sanción (no se incluirían aquí los intereses de demora).

Debe tenerse en cuenta que la declaración del concurso se produce el 24 de marzo de 2016, fecha que tomo para realizar la calificación jurídica y responder a las cuestiones planteadas en el caso. Así pues, al tratarse de un impuesto de declaración-liquidación trimestral, siendo el primer trimestre del año el comprendido por los meses de enero, febrero y marzo, en el ejercicio 2016, y a fecha de 24 de marzo, todavía no tenía la obligación de realizar la autoliquidación correspondiente a dicho trimestre y, por tanto, no puede sancionársele por ello. En base a ello, considero que el saldo de los 12.000€ se corresponde íntegramente con las declaraciones correspondientes al ejercicio 2015, las cuales no ha presentado.

¹⁶⁰ Art. 4.1 del Reglamento general del régimen sancionador tributario.

¹⁶¹ Siguiendo la misma línea de sentencias como la del TSJ de Castilla y León 166/2015 de 6 noviembre (JT 2015\1619).

¹⁶² SANZ DÍAZ-PALACIOS, J.A., *A propósito de la determinación de la base de la sanción conforme al artículo 8 del reglamento general del régimen sancionador tributario*, disponible en https://investigacion.uclm.es/documentos/fi_1339748092-sanciones.pdf

Estamos ante una infracción grave puesto que existe ocultación y la cantidad dejada de ingresar supera los 3.000€. La sanción para las infracciones graves es del 50 al 100 por 100 de la base de la sanción, es decir, del 50 al 100 por 100 de 12.000€.

Mecánicas del Noroeste, de conformidad con el art. 179 LGT, puede ser sancionada por hechos constitutivos de infracción tributaria ya que no se encuentra inmersa en ninguna de las circunstancias eximentes previstas en el artículo. La empresa es el sujeto infractor siguiendo el tenor del art. 181 LGT¹⁶³.

6.3 Presentación extemporánea.

En el supuesto no se especifica pero podría suceder que fuera la propia empresa la que, voluntariamente, presente la declaración ante Hacienda. En dicho caso habría que acudir al art. 179 LGT que establece que: “3. *Los obligados tributarios que voluntariamente regularicen su situación tributaria o subsanen las declaraciones, autoliquidaciones, comunicaciones de datos o solicitudes presentadas con anterioridad de forma incorrecta no incurrirán en responsabilidad por las infracciones tributarias cometidas con ocasión de la presentación de aquéllas*”.

Es decir, podría presentar una declaración extemporánea que es aquella presentada fuera de plazo y sin requerimiento previo, en este caso se le impondría un recargo¹⁶⁴ pero no la sanción. Debe tenerse en cuenta que la empresa deberá identificar claramente el período de liquidación al que se refiere y deberá incluir solo los datos relativos a ese periodo, en caso contrario estaríamos ante una infracción leve del art. 191.6¹⁶⁵.

Al no especificarse las fechas, pueden darse las siguientes situaciones¹⁶⁶:

- Si la declaración se presenta dentro de los tres, seis o doce meses siguientes al término del plazo establecido para la presentación e ingreso, el recargo será del 5, 10 ó 15 por 100, respectivamente. Recargo calculado sobre el importe a ingresar resultante de las autoliquidaciones o sobre el importe de la liquidación derivado de las declaraciones extemporáneas y excluirá las sanciones que hubieran podido exigirse y los intereses de demora devengados hasta la presentación de la autoliquidación o declaración.
- Si la presentación tiene lugar transcurridos 12 meses desde el término del plazo establecido para la presentación, el recargo será del 20 por 100 y excluirá las sanciones que hubieran podido exigirse. En estos casos, se exigirán los intereses de demora por el período transcurrido desde el día siguiente al término de los 12 meses posteriores a la finalización del plazo establecido para la presentación hasta el momento en que la autoliquidación o declaración se haya presentado.

¹⁶³ “1. Serán sujetos infractores las personas físicas o jurídicas y las entidades mencionadas en el apartado 4 del artículo 35 de esta ley que realicen las acciones u omisiones tipificadas como infracciones en las leyes”.

¹⁶⁴ Se dispone en el art. 27 LGT: “1. Los recargos por declaración extemporánea son prestaciones accesorias que deben satisfacer los obligados tributarios como consecuencia de la presentación de autoliquidaciones o declaraciones fuera de plazo sin requerimiento previo de la Administración tributaria”.

¹⁶⁵ Art. 191.6 LGT: “No obstante lo dispuesto en los apartados anteriores, siempre constituirá infracción leve la falta de ingreso en plazo de tributos o pagos a cuenta que hubieran sido incluidos o regularizados por el mismo obligado tributario en una autoliquidación presentada con posterioridad sin cumplir los requisitos establecidos en el apartado 4 del artículo 27 de esta ley para la aplicación de los recargos por declaración extemporánea sin requerimiento previo”

¹⁶⁶ MERINO JARA, I. (Dir.), “Derecho financiero y tributario. Parte general, Tecnos, 2013, 3ª Edición, pp. 293-294.

Los requisitos para la regulación extemporánea se establecen en sentencias como la STS de 12 de enero de 2012 (RJ 2012\13)¹⁶⁷ y son:

“1º) Extemporaneidad de la declaración o autoliquidación, es decir que se presente después de finalizar el plazo previsto en la normativa reguladora del tributo.

2º) Presentación de la declaración-liquidación o autoliquidación omitida o de la liquidación complementaria que rectifique la anterior, formulada en plazo, haciendo constar, en ambos casos, el periodo impositivo a que se refieren las bases y cuotas objeto de regularización.

3º) Existencia de una deuda tributaria a ingresar como consecuencia de la declaración-liquidación o autoliquidación presentada.

4º) Espontaneidad de la declaración-liquidación o autoliquidación presentada sin mediar requerimiento previo de los órganos de la Administración tributaria”.

Hay que resaltar también que en el art. 188 LGT se establecen una serie de reducciones de las sanciones establecidas conforme a los artículos 191 a 197 en el caso de actas con acuerdo o de conformidad¹⁶⁸.

Debe tenerse en cuenta que la Administración Tributaria podrá iniciar el proceso de inspección dirigido a liquidar correctamente el tributo, en el plazo máximo de 4 años contados desde el día siguiente al de finalización del plazo reglamentario de autoliquidación¹⁶⁹. Se trata de un plazo de prescripción de la deuda tributaria establecido en el art. 66 LGT, comportando dicha prescripción la extinción de la deuda (art. 69 LGT). En el presente caso, no ha transcurrido el plazo de prescripción puesto que los impagos datan de 2015 y 2016.

6.4 Responsabilidad del administrador.

Cabría preguntarse si la responsabilidad por la deuda tributaria podría extenderse a don Miguel, debido a su calidad de administrador. En este sentido el art. 41 LGT establece que podrán ser considerados responsables solidarios o subsidiarios de la deuda tributaria (no de las sanciones), junto a los deudores principales, otras personas o entidades. Dicho precepto añade que se tratará de una responsabilidad subsidiaria a no ser que otra cosa se establezca en la Ley.

En su art. 42 establece que serán responsables solidarios, entre otros, los que sean causantes o colaboren activamente en la realización de una infracción tributaria, extendiéndose la responsabilidad a la sanción.

La STS de 2 de julio de 2015 (RJ 2015\3449) dice que los requisitos exigibles en el art. 40.1 LGT para derivar la responsabilidad a los administradores se fundamentan en dos causas distintas: una, por el incumplimiento de las obligaciones tributarias por parte de la persona jurídica, originador de infracciones tributarias simples o graves. Dos, por la existencia de obligaciones tributarias "pendientes", en el supuesto de que la persona jurídica haya cesado en su actividad.

Aquí interesa el primer supuesto que, continuando con lo dispuesto en la sentencia, se exigirá la declaración administrativa, a través del correspondiente expediente sancionador, de la existencia de la infracción tributaria imputada a la persona jurídica, que es el sujeto pasivo responsable principal del incumplimiento tributario; de forma

¹⁶⁷ También STS 18 de abril de 2011 (RJ 2011\3636) y de 7 julio 2011 (RJ 2011\6258).

¹⁶⁸ La reducción será del 50% en el primer caso y del 30% en el segundo. Se establece también una reducción adicional del 25% si se cumplen las circunstancias enumeradas en el art. 188.3 LGT.

¹⁶⁹ TRUYO CUBERO, A., “El impuesto sobre el valor añadido (I)”, op. cit., p. 770.

que, declarada tal responsabilidad, queda expedita la vía de derivación de responsabilidad a los administradores, que hubieren obrado, en principio, con pasividad o consentido el incumplimiento, declarado como infracción simple o grave.

Aclara la STS que *“El incumplimiento por parte de la sociedad deudora de sus obligaciones con la Hacienda Pública, incurriendo en infracciones tributarias, implica el incumplimiento por parte de los administradores de uno de sus deberes esenciales, cual es llevar o vigilar que se lleve correctamente la contabilidad, y cumplir y velar por el cumplimiento de las obligaciones tributarias. El administrador de la sociedad no puede desligarse de la responsabilidad derivada del incumplimiento de esas obligaciones, pues, en todo caso, debió vigilar que esas obligaciones fueran cumplidas por las personas a quienes se hubiere encomendado tal función”*.

Con respecto a la responsabilidad subsidiaria del art. 40.1 LGT esclarece que: *« (1º) la responsabilidad alcanza a quienes tuvieron la condición de administradores al cometerse la infracción, aunque posteriormente hubieran cesado en el cargo; (2º) la imputación de responsabilidad es consecuencia de los deberes normales en un gestor, siendo suficiente la concurrencia de la mera negligencia; y (3º) si de la naturaleza de las infracciones tributarias apreciadas se deduce que los administradores, aun cuando pudieran haber actuado sin malicia o intención, hicieron "dejación de sus funciones" y de su obligación de vigilancia del cumplimiento de las obligaciones fiscales de la sociedad, la atribución de responsabilidad subsidiaria resulta correcta, al existir un nexo causal entre dichos administradores y el incumplimiento de los deberes fiscales por parte del sujeto pasivo, que es la sociedad”*.

En base a lo expuesto, sí podría exigírsele a don Miguel responsabilidad puesto que, siendo el administrador único en el momento de comisión de la infracción, no ha cumplido con sus obligaciones como son la correcta llevanza de la contabilidad y el cumplimiento de las obligaciones tributarias. En función de su grado de colaboración en la comisión de la infracción tendría una responsabilidad solidaria o subsidiaria.

7. Conclusiones.

I. Ha de concluirse que Veta S.L. puede ejercer su pretensión a través de la acción rescisoria concursal. Se cumplen todos los requisitos para el ejercicio de la acción ya que el pago para la cancelación anticipada del préstamo supone un perjuicio (art. 71.2 LC) y tiene lugar dentro de los dos años anteriores a la declaración del concurso, además se ejercita durante el concurso. También hay que señalar que el legislador ha dejado la puerta abierta para solicitar otras acciones impugnatorias de los actos del deudor (como por ejemplo, la pauliana).

Como acreedor posee una legitimación subsidiaria de tal forma que, primeramente, deberá dirigirse a la administración concursal y, en caso de que ésta nada hiciera en el plazo de dos meses, podría ejercitar la acción.

Hay que tener en cuenta que, una vez declarado el concurso, se integran en la masa pasiva todos los acreedores y no se pueden iniciar ejecuciones singulares contra el patrimonio del concursado en virtud del principio de la par conditio creditorum.

La legitimación pasiva recae sobre Mecánicas del Noroeste S.L. y Banco de Galicia S.A. puesto que ambos son parte del acto impugnado y se verán afectados por la sentencia (se produce una situación de litisconsorcio pasivo necesario). Estas acciones se ejercitan ante el juez del concurso por el trámite del incidente concursal (art. 62.2

LC). Si la sentencia estima la acción rescisoria concursal declarará la ineficacia del acto impugnado y la restitución de las prestaciones, con sus frutos e intereses.

II. En lo referido a la impugnación de la compraventa cabe concluir que, al igual que en el caso anterior, se realizaría a través de la acción rescisoria concursal. La venta tiene lugar dentro de los dos años anteriores al concurso y el perjuicio se presume ya que se realiza a favor de una persona especialmente relacionada con el concursado (art. 71.3.3° LC). Precisamente que doña María sea una persona especialmente relacionada lleva consigo la calificación como subordinado de su crédito (art. 92.5° LC).

Activamente legitimados están la administración concursal y, subsidiariamente, los acreedores. La legitimación pasiva la ostenta la sociedad y doña María. El éxito de la acción supone la reintegración del inmueble en la masa activa del concurso. Doña María deberá entregarlo junto con la cantidad necesaria para cancelar la hipoteca o bien cancelar previamente la hipoteca y posteriormente restituir el inmueble.

El derecho de garantía del Banco no se ve afectado, ya que se encuentra en una posición inatacable por ser tercero hipotecario (art. 34 LH). Así pues cumple con todos los requisitos previstos en este artículo para ser merecedor de esta condición, a saber: es una adquisición onerosa, adquiere del titular registral anterior (doña María inscribe su derecho), inscribe su propia adquisición y actúa de buena fe.

Por su parte, la actuación de don Miguel podría ser objeto de una acción de responsabilidad social, ya que no ha actuado con la diligencia exigida al ordenado y leal administrador, si no que su actuación causó un perjuicio para la sociedad al desprenderse de uno de sus activos de mayor valor, viendo disminuidas sus garantías patrimoniales. La legitimación activa para su ejercicio corresponde a la administración concursal.

También podría exigírsele responsabilidad concursal por haber agravado el estado de insolvencia, en caso de que el concurso se calificara como culpable en la sección de calificación. Pudiendo el juez condenarle a cubrir total o parcialmente dicho déficit.

Al igual que lo comentado anteriormente, también podría ejercitarse la acción pauliana en caso de que la operación se concibiera como un fraude de acreedores entre don Miguel y doña María.

III. En lo concerniente al contrato celebrado con Eléctricas Renovables S.A. cabe concluir que se trata de un contrato de tracto sucesivo de suministro de energía eléctrica. La cláusula de resolución que contiene se tendrá por no puesta (art. 61 LC).

Hay que tener en cuenta que los contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento no se ven afectados por la declaración de concurso. Si bien, al tratarse de un contrato de tracto sucesivo, Eléctricas Renovables S.A. puede resolverlo unilateralmente sobre la base de los incumplimientos de Mecánicas del Noroeste S.L. anteriores a su declaración de concurso (art. 62.1 LC). Debe tenerse en cuenta que el incumplimiento ha de ser grave y esencial, no bastaría con un simple retraso en los pagos.

La acción resolutoria debe solicitarse al juez del concurso y se sustanciará por los trámites del incidente concursal. Además, aún existiendo causa de resolución, el juez en interés del concurso puede decretar el cumplimiento del contrato, siendo a cargo de la masa las prestaciones debidas o que deba realizar el concursado (art. 62.3 LC).

IV. La actuación de Mecánicas del Noroeste con su proveedor Hierro S.L. se encuadra en la estafa propia (art. 248 CP). Para que se cometa dicho ilícito penal es necesario que se realicen los siguientes elementos:

- Engaño bastante: aparenta una solvencia inexistente, ocultando el hecho de que no va a poder pagar las mercancías, asimismo justifica el incremento del tamaño del pedido aduciendo la firma de un contrato que no existe.
- Error: debido al engaño, Hierro S.L. cree que Mecánicas del Noroeste está en condiciones de hacer frente al pago de la deuda.
- Acto de disposición patrimonial: existe dado que Hierro S.L. procede a la entrega de las mercancías solicitadas.
- Relación de causalidad entre el engaño, el error y el acto de disposición: dicha relación se da en la medida en que el engaño de Mecánicas del Noroeste induce a error a Hierro S.L. y ello se materializa en la entrega de mercancías.
- Perjuicio propio o de tercero: se produce un perjuicio puesto que, a pesar de que se entrega el producto, no se paga el precio. En este caso perjudicado y sujeto pasivo del delito coinciden en Hierro S.L.
- Ánimo de lucro: se logra un beneficio ya que consigue los materiales que precisa para realizar su actividad y no paga el precio por ellos.

En cuanto al sujeto activo del delito, debe tenerse en cuenta que puede serlo tanto una persona física como jurídica (art. 31 bis CP) y que la responsabilidad criminal de las personas jurídicas no excluye la de las personas naturales y viceversa. De esta forma Mecánicas del Noroeste será penalmente responsable de los delitos cometidos en su nombre y en su provecho por su administrador. Si bien su responsabilidad quedará limitada en la medida en que establezca controles para la prevención de este tipo de actuaciones. Asimismo, es don Miguel quien, en su calidad de administrador, comete dicho delito en el seno de la sociedad. La penalidad de este delito se recoge en los arts. 249, 250 y 251 bis CP.

Al no darse suficientes datos podríamos estar ante un tipo agravado si el valor de la defraudación superase los 50.000€ (si superase los 250.000€ se trataría del tipo híper agravado) o si se hubiese cometido con abuso de las relaciones personales existentes entre víctima y defraudador, o aprovechando éste su credibilidad empresarial o profesional.

V. Por último, la empresa incurre en una infracción tributaria recogida en el art. 191 LGT por no presentar las autoliquidaciones del IVA. Dicha infracción se tipifica como grave puesto que existe ocultación (art. 184.2 LGT) y la cantidad dejada de ingresar supera los 3.000€. No es delito ya que la cantidad defraudada no supera los 120.000€ (art. 305 CP).

La base de la sanción está constituida por la cantidad dejada de ingresar, que en este caso son 12.000€. Al tratarse de un tributo de declaración – liquidación trimestral y estar a fecha de 24 de marzo de 2016, todavía no ha incurrido en ningún tipo de responsabilidad por la cuota correspondiente al primer trimestre de 2016.

Debe tenerse en cuenta que la compañía podría acogerse a lo dispuesto en el art. 179 LGT y regularizar voluntariamente su situación ante la Administración Tributaria, mediante la presentación de una declaración extemporánea. En este caso, en lugar de la sanción se le impondría un recargo del 5, 10, 15 o 20 por ciento en función del tiempo transcurrido.

El sujeto infractor es Mecánicas del Noroeste pero puede realizarse una derivación de responsabilidad hacia don Miguel puesto que era el administrador de la sociedad en el momento de la comisión de la infracción y transgredió sus deberes ya que no vigiló el cumplimiento de las obligaciones fiscales de la sociedad. Esta responsabilidad será, con carácter general, subsidiaria (art. 41 LGT) pero puede llegar a ser solidaria si hubiera colaborado activamente en la comisión de la infracción (art. 42 LGT).

8. Bibliografía y jurisprudencia consultada.

ARNÁIZ ARNÁIZ, T., (Dir.), *Fiscalidad práctica 2013: Procedimientos tributarios y régimen sancionador*, Thomson Reuters, 2013, 1ª Edición.

ARROYO, I. y MORRAL, R., *Teoría y práctica del Derecho concursal. Examen de la Ley 38/2011 y sus posteriores reformas (Ley 14/2013 y RDL 4/2014)*, Tecnos, 2016, 3ª Edición.

ARROYO DE LAS HERAS, A., *Los delitos de estafa y falsedad documental*, Bosch, 2005.

AZNAR GINER, E., *La acción rescisoria concursal. Doctrina, jurisprudencia y formularios*, Tirant lo Blanch, 2012, 3ª Edición.

BENÍTEZ ORTÚZAR, I. F., “De la estafa” en MORILLAS CUEVA, L., (Dir.), *Sistema de derecho penal. Parte especial*, Dykinson, 2015, 2ª Edición, pp. 501-544.

BLASCO GASCÓ, F., *Declaración en concurso y contratos: resolución sin incumplimiento e incumplimiento sin resolución*, Tirant lo Blanch, 2009.

BLASCO GASCÓ, F., *Prelación y pago a los acreedores concursales*, Thomson Aranzadi, 2004.

BUSTILLO SAÍZ, Mª M., *La impugnación de los actos perjudiciales para la masa activa en la Ley Concursal*, Wolters Kluwer, 2016.

CANDELARIO MACÍAS, Mª I., *Lecciones de Derecho Concursal*, Tecnos, 2012.

GONZÁLEZ LECUONA, Mª M., “Artículo 2. Presupuesto objetivo”, en CORDÓN MORENO, F. (Dir.), *Comentarios a la Ley Concursal*, Tomo I, Thomson Reuters Aranzadi, 2010, 2ª Edición, pp. 98-114.

GONZÁLEZ LECUONA, Mª M., “Artículo 6. Solicitud del deudor”, en CORDÓN MORENO, F. (Dir.), *Comentarios a la Ley Concursal*, Tomo I, Thomson Reuters Aranzadi, 2010, 2ª Edición, pp. 146-157.

LASARTE, C., *Derechos Reales y Derecho Hipotecario*, Marcial Pons, 2009, 7ª Edición.

LUELMO DOMÍNGUEZ, A., “Artículo 34”, en LUELMO DOMÍNGUEZ, A. (Dir.), *Comentarios a la Ley Hipotecaria*, Thomson Reuters Aranzadi, 2016, 2ª Edición, pp. 554-585.

MERINO JARA, I. (Dir.). DURÁN LUCAS, M., (Coor.), *Derecho financiero y tributario. Parte general*, Tecnos, 2013, 3ª Edición.

SÁNCHEZ CALERO, F. y SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., *Instituciones de Derecho Mercantil*, Volumen II, Thomson Reuters Aranzadi, 2012, 35ª Edición.

SERRANO GOMEZ, A. y MAÍLLO SERRANO, A., *Derecho Penal. Parte especial*, Dykinson, 2009, 14ª Edición.

SILVETTI, E., “Artículo 71. Acciones de reintegración”, en CORDÓN MORENO, F. (Dir.), *Comentarios a la Ley Concursal*, Tomo I, Thomson Reuters Aranzadi, 2010, 2ª Edición, pp. 795-818.

SILVETTI, E., “Artículo 72. Legitimación y procedimiento”, en CORDÓN MORENO, F. (Dir.), *Comentarios a la Ley Concursal*, Tomo I, Thomson Reuters Aranzadi, 2010, 2ª Edición, pp. 819-833.

SILVETTI, E., “Artículo 73. Efectos de la rescisión”, en CORDÓN MORENO, F. (Dir.), *Comentarios a la Ley Concursal*, Tomo I, Thomson Reuters Aranzadi, 2010, 2ª Edición, pp. 833-849.

TRUYO CUBERO, A., “El impuesto sobre el valor añadido (I)”, en ROYO PÉREZ, F. (Dir.), *Curso de derecho tributario. Parte especial*, Tecnos, 2014, 8ª Edición, pp. 709-857.

VALPUESTA GASTAMINZA, E., “Artículo 61. Vigencia de los contratos con obligaciones recíprocas”, en CORDÓN MORENO, F. (Dir.), *Comentarios a la Ley Concursal*, Tomo I, Thomson Reuters Aranzadi, 2010, 2ª Edición, pp. 689-705.

VALPUESTA GASTAMINZA, E., “Artículo 62. Resolución por incumplimiento”, en CORDÓN MORENO, F. (Dir.), *Comentarios a la Ley Concursal*, Tomo I, Thomson Reuters Aranzadi, 2010, 2ª Edición, pp. 705-716.

VERDÚ CAÑETE, Mª J., *La responsabilidad civil del administrador de sociedad de capital en el concurso de acreedores*, Wolters Kluwer, 2008.

VERDÚ CAÑETE, Mª J., “Efectos de la declaración del concurso”, en SÁNCHEZ RUÍZ, M., VERDÚ CAÑETE, Mª J., ALONSO ESPINOSA F. J. (coordinadores) *Manual de Derecho Mercantil de Contratos. Derecho Concursal*, Tirant lo Blanch, 2014.

Disponible

en:

<http://www.tirantonline.com.accedys.udc.es/tol/documento/show/4104794?searchtype=substring&index=9>

Revistas:

ANTÓN SANCHO, M., “Los contratos con obligaciones recíprocas en el concurso de acreedores” en CAMPUZANO B. y SANCHO I. (Dir.), *Anuario de Derecho Concursal*, nº 32, Civitas Thomson Reuters, 2014, pp. 286-325.

CABANILLAS GARCÍA, L., “Naturaleza jurídica de la responsabilidad concursal” en PULGAR EZCURRA, J. (Dir.), *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, nº 20, Wolters Kluwer, 2014, pp. 215-235.

CABRERA GONZÁLEZ, I., “El conflicto de intereses de los administradores sociales y su eventual responsabilidad concursal” en PULGAR EZQUERRA, J., (Dir.), *Revista de Derecho concursal y Paraconcursal*, nº 20, Wolters Kluwer, 2014, pp. 237-262.

GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, J. A., “Declaración de concurso y acciones societarias de responsabilidad frente a los administradores de la sociedad concursada” en BELTRÁN, E. (Dir.), *Anuario de Derecho Concursal*, nº 28, Civitas Thomson Reuters, 2013, pp. 31-68.

GONZÁLEZ NAVARRO, B. A., “Los límites del interés del concurso: el contrato de suministro de energía eléctrica” en BELTRÁN E. (Dir.), *Anuario de Derecho Concursal*, nº 25, Civitas, 2012, pp. 207-236.

JUAN Y MATEU, F., “Suministro de energía eléctrica: cumplimiento forzoso y calificación de los créditos de la compañía suministradora” en BELTRÁN, E. (Dir.), *Anuario de Derecho Concursal*, nº 29, Civitas Thomson Reuters, 2013, pp. 507-520.

RIBELLES ARELLANO, J. M., “La naturaleza jurídica de la responsabilidad concursal” en PULGAR EZQUERRA, J., (Dir.), *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, nº 22, Wolters Kluwer, 2015, pp. 215-221.

RUÍZ MUÑOZ, M. y VIZCAÍNO P. L., “Crisis económica y responsabilidad concursal de los administradores sociales a la luz de las últimas resoluciones judiciales” en CAMPUZANO, A. B. y SANCHO, I. (Dir.), *Anuario de Derecho Concursal*, nº 36, Civitas Thomson Reuters, 2015, pp. 197-235.

SEBASTIÁN QUETGLAS, R., “Efectos de la rescisión en la ley concursal” en DÍAZ RUÍZ, E., (Dir.), *Revista Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, núm. especial Homenaje al profesor D. Juan Luis Iglesias Prada, 2011, pp. 48-53. Disponible en: <http://www.uria.com/documentos/publicaciones/3189/documento/art05.pdf?id=3334> (Consultado el 12/11/2016).

SERRANO ZARAGOZA, O., “Reestructuración empresarial y responsabilidad penal de la persona jurídica” en PULGAR EZQUERRA, J., (Dir.), *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, nº 24, Wolters Kluwer, 2016, pp. 149-165.

ZURITA VICIOSO, J. M., “La responsabilidad de los administradores” en HERRERA DE LAS HERAS, R. (Coord.), *Revista Internacional de Doctrina y Jurisprudencia*, vol. 10, 2015. Disponible en: <http://www.ual.es/revistas/RevistaInternacionaldeDoctrinayJurisprudencia/pdfs/2015-09/LA%20RESPONSABILIDAD%20DE%20LOS%20ADMINISTRADORES..pdf> (Consultado 23/11/2016).

Textos electrónicos:

SANZ DÍAZ-PALACIOS, J. A., *A propósito de la determinación de la «base de la sanción» conforme al artículo 8 del Reglamento general del régimen sancionador tributario*. Disponible en https://investigacion.uclm.es/documentos/fi_1339748092-sanciones.pdf (Consultado el 12/11/2016).

Páginas webs:

ARTOLA, G., Problemática de las personas especialmente relacionadas con el deudor concursado. Disponible en http://www.elderecho.com/tribuna/mercantil/Problematica-personas-especialmente-relacionadas-concursado_11_347680004.html (Consultado el 30/10/2016).

Jurisprudencia consultada:

- STS 8 de mayo de 1982 (RJ 1982\2559)
- STS 20 de mayo de 1986 (RJ 1986\2734)
- STS 8 de julio de 1988 (RJ 1988\5589)
- STS de 5 de junio de 1989 (RJ 1989\4298)
- STS 19 julio de 1989 (RJ 1989\5728)

- STS 24 de febrero de 1992 (RJ 1992\1425)
- STS 194/1992 de 23 diciembre (RJ 1992\10685)
- STS 526/1993 de 12 marzo (RJ 1993\2156)
- STS 2320/1993 de 18 octubre (RJ 1993\7788)
- STS 449/1994 16 de mayo (RJ 1994\3585)
- STS 635/1994 de 28 de junio (RJ 1994\5990)
- STS 94/1995 de 31 de enero (RJ 1996\95)
- STS 322/1995 de 10 de abril (RJ 1995\3254).
- STS 393/1996 de 8 de mayo (RJ 1996\3803)
- STS 579/1996 de 13 de julio (RJ 1996/ 5888)
- STS 1427/1997 de 17 de noviembre (RJ 1997\7986)
- STS 485/1999 de 31 de mayo (RJ 1999\4062)
- STS 580/2000 de 19 de mayo (RJ 2000\3533)
- STS 1012/2000 de 5 de junio (RJ 2000\5241)
- STS 235/2001 de 8 de marzo (RJ 2001\3975)
- STS 318/2001 de 30 de marzo (RJ 2001\6639)
- STS 1014/2001 de 6 de noviembre (RJ 2002\236)
- SSTS 297/2002 de 20 de febrero (RJ 2002\3266).
- STS 1344/2002 de 18 julio (RJ 2002\8150)
- SAP Castellón 349/2002 de 20 de diciembre (ARP 2003\24)
- STS 206/2003 de 10 de marzo (RJ 2003\3755)
- STS 721/2003 de 9 de julio (RJ 2003\4616)
- STS 1178/2003 de 17 de diciembre (RJ 2004\195)
- STS 906/2004 de 23 de septiembre (RJ 2004\5579)
- STS 140/2005 de 11 de marzo (RJ 2005\2228)
- SJM nº1 de Madrid de 15 abril de 2005 (AC 2005\839)
- STS 628/2005 de 13 de mayo (RJ 2005\5860)
- STS 814/2005 de 14 de junio de 2005 (RJ 2005\7203)
- STS 812/2005 de 27 de octubre (RJ 2005\7356)
- STS 1505/2005 de 25 de noviembre (RJ 2006\320)
- AAP Barcelona 359/2006 de 16 de enero (JUR 2007\206097)
- STS 451/2006 de 4 de mayo (RJ 2006\2209)
- STS 737/2006 de 20 de junio (RJ 2006\5183)
- SJM de Barcelona 278/2006 de 13 de octubre (AC 2007\670)
- STS 1169/2006 de 30 de noviembre (RJ 2006\8220)
- SAP Lugo 18/2007 de 11 enero (AC 2007\742)
- STS 261/2007 de 14 marzo de 2007 (RJ 2007\1793)
- SAP de Jaén 110/2007 de 7 de mayo (JUR 2007\367176)
- SSTS 368/2007 de 9 de mayo (RJ 2007\4731)
- STS 928/2007 de 7 de septiembre de 2007 (RJ 2007\5303)
- STS 78/2008 de 8 febrero (RJ 2008\2003)
- SAP de Alicante 136/2008 de 9 de abril (JUR 2008\189071)
- AAP Barcelona 351/2008 de 24 de octubre (JUR 2009\35554)
- STS 1168/2008 de 27 de noviembre (RJ 2008\6323)
- STS 476/2009 de 7 de mayo de 2009 (RJ 2009\4859)
- SAP de Pontevedra 369/2009 de 22 julio (JUR 2009\361897)
- STS 977/2009 de 22 de octubre (RJ 2009\7786)

- SAP de Baleares 397/2009 de 20 noviembre (AC 2010\37)
- STS 670/2010 de 4 de noviembre (RJ 2010/8868)
- STS 1058/2010 de 13 de diciembre (RJ 2011\2370)
- STS 148/2011 de 4 marzo (RJ 2011\2632)
- STS de 18 abril 2011 (RJ 2011\3636)
- STS 452/2011 de 31 de mayo (RJ 2011\5742)
- STS 580/2011 de 14 de junio (RJ 2011\4787)
- STS de 7 julio 2011 (RJ 2011\6258)
- STS 662/2011 de 4 de octubre 2011 (RJ 2012\759)
- STS 687/2011 de 11 de octubre (RJ 2011\7407)
- STS 614/2011 de 17 de noviembre de 2011 (RJ 2012\3368)
- SAP de León 374/2011 de 30 noviembre (JUR 2011\433359)
- ATS 2008/2011 de 15 diciembre (JUR 2012\51540)
- STS de 12 de enero de 2012 (RJ 2012\13)
- STS 108/2012 de 21 de febrero (RJ 2012\4985)
- STS 145/2012 de 21 de marzo (RJ 2012\5570)
- STS 161/2012 de 21 de marzo (RJ 2012\5571)
- SAP de Murcia 199/2012 de 22 de marzo (AC 2012\788)
- STS 185/2012 de 28 de marzo (RJ 2012\4869)
- SSTs 465/2012 de 1 de junio (RJ 2012\6721)
- STS 512/2012 de 10 de junio (RJ 2012\6739)
- STS de 438/2012 de 28 de junio (RJ 2012\8603)
- STS 501/2012 de 16 de julio (RJ 2012\9330)
- STS 629/2012 de 26 octubre (RJ 2012\10415)
- STS 929/2012 de 19 de noviembre (RJ 2013\37)
- ATS 109/2013, de 17 de enero (JUR 2013\38744)
- STS 173/2013 de 28 de febrero (RJ 2013\2033)
- STS 166/2013, de 8 de marzo (RJ 2013\2943)
- STS 376/2013 de 10 de mayo (RJ 2013\4406)
- STS 331/2014 de 15 de abril (RJ 2014\4203)
- STS 242/2014 de 23 de mayo (RJ 2014\2943)
- SAP de Lugo 348/2014 de 9 octubre (JUR 2015\8311)
- STS 541/2014 de 11 de noviembre (RJ 2014\4881)
- STS de 11 de diciembre de 2014 (RJ 2014\6540)
- STS 105/2015 de 10 de marzo (RJ 2015\2678)
- STS de 2 de julio de 2015 (RJ 2015\3449)
- STS 514/15 de 2 de septiembre (RJ 2015/3974)
- SAP Valencia 412/2015 de 26 de octubre (JUR 2016\129852)
- STSJ de Castilla y León, Burgos 166/2015 de 6 noviembre (JT 2015\1619)
- STS 629/2015 de 17 noviembre (RJ 2015\5626)
- STS 154/2016 de 29 de febrero (RJ 2016\600)
- STS 221/2016 de 16 de marzo (RJ 2016\824)
- Sentencia del Juzgado de Primera Instancia de Toledo 175/2016 de 28 abril (JUR 2016\219364)
- STS 499/2016 de 9 junio (RJ 2016\2164)
- STS 650/2016 de 3 noviembre (RJ 2016\5199)