



UNIVERSIDADE DA CORUÑA

Facultad de Derecho

Trabajo de
Fin de Grado

Declaración de
concurso de
acreedores de
Mecánicas del
Noroeste, SL

Humberto Armando Teijeiro
Jiménez

Tutora: M^a Rocío Quintáns Eiras

**Grado en Derecho y Administración y Dirección de
Empresas**

Año 2017

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN	3
2. SOBRE LA IMPUGNACIÓN DE LA CANCELACIÓN ANTICIPADA DEL PRÉSTAMO	4
2.1. Acciones de Reintegración	4
2.2. Legitimación para el ejercicio de la acción rescisoria concursal.....	6
2.3. Encaje en las presunciones del art. 71 LCon e incidencia de la <i>par conditio creditorum</i>	8
2.4. Efectos de la rescisión	11
2.5. Breve apunte sobre la acción pauliana	12
3. SOBRE LA RESCISIÓN DEL CONTRATO DE COMPRAVENTA DEL INMUEBLE	12
3.1. Rescisión del contrato de compraventa	12
3.2. Efectos para la adquirente	13
3.3. Efectos para el titular del derecho real de garantía.....	15
3.3.1. El principio de fe pública registral	15
3.3.2. La figura del tercero hipotecario	17
3.3.3. Los presupuestos de la aplicación del art. 34 LH	17
3.3.4. Efectos de la fe pública registral.....	20
3.4. Efectos para el transmitente.....	21
4. SOBRE EL CONTRATO DE SUMINISTRO ELÉCTRICO	25
4.1. El contrato de suministro.....	25
4.2. Eficacia de la cláusula del contrato	27
4.3. Efectos del concurso sobre los contratos.....	28
4.4. El interés de concurso.....	30
5. SOBRE EL DELITO DE ESTAFA	31
5.1. Concepto y bien jurídico protegido	31
5.2. Elementos de la estafa	32
5.3. Sujeto activo y pasivo. Especial mención a la responsabilidad penal de las personas jurídicas	36
5.4. Consumación	37
5.5. Penalidad y agravantes	38
5.6. Competencia	39
6. SOBRE EL IMPAGO DE LAS LIQUIDACIONES DEL IVA	39
6.1. El delito de defraudación fiscal	39
6.2. Infracción tributaria	40
7. CONCLUSIONES	44
8. BIBLIOGRAFÍA	47

Índice de abreviaturas:

AAP: Auto de la Audiencia Provincial

Art.: Artículo

ATS: Auto del Tribunal Supremo

CC: Código Civil, Real Decreto de 24 de julio de 1889

CCom: Código de Comercio, Real Decreto de 22 de agosto de 1885

CE: Constitución Española

CP: Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal

IVA: Impuesto sobre el Valor Añadido

LCon: Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal

LEC: Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil

LGT: Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria

LH: Ley Hipotecaria, Decreto de 8 de febrero de 1946

LIVA: Ley 37/1992, de 28 de diciembre, del Impuesto sobre el Valor Añadido

LOPJ: Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial

LSC: Ley de Sociedades de Capital, Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio

RDGRN: Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado

RGRST: Reglamento General del Régimen Sancionador Tributario, Real Decreto 2063/2004, de 15 octubre

RIVA: Reglamento del Impuesto sobre el Valor Añadido, Real Decreto 1624/1992, de 29 de diciembre

RP: Registro de la Propiedad

S.A.: Sociedad Anónima

SAP: Sentencia de la Audiencia Provincial

SJMER: Sentencia del Juzgado de lo Mercantil

S.L.: Sociedad Limitada

STC: Sentencia del Tribunal Constitucional

STS: Sentencia del Tribunal Supremo

STSJ: Sentencia del Tribunal Superior de Justicia

1. INTRODUCCIÓN

La declaración de concurso de acreedores supone un hecho de notable trascendencia jurídica para la persona que se vea afectada por ella. La Ley Concursal, respuesta de nuestro ordenamiento jurídico a la situación anterior, que combinaba la quiebra con la suspensión de pagos, ha supuesto la regulación de toda esta materia sobre la base de los principios de unidad legal, de disciplina y de sistema, para conseguir de esta manera su finalidad esencial, la satisfacción de los acreedores que concurren sobre el patrimonio del deudor común.

Dicha significación jurídica se predica a través de una serie de efectos que tal declaración despliega sobre distintos aspectos. En relación a los acreedores y dada la influencia de la *par conditio creditorum*, supone la modificación del ejercicio de las acciones individuales declarativas por parte de éstos y la paralización de las ejecuciones, siendo sustituido, todo ello, por la agresión colectiva del patrimonio del deudor, al quedar todos sus acreedores integrados en la masa pasiva del concurso.

Esta igualdad de tratamiento de los acreedores constituye la regla general del concurso, salvo las excepciones que la Ley admite, tanto positivas (privilegios especiales o generales) como negativas (créditos subordinados) en relación con los créditos ordinarios.

En cuanto a los contratos, se tendrán por no puestas las cláusulas que establezcan la facultad de resolución o la extinción de los mismos por la sola causa de la declaración de concurso, y ésta, no afectará a las facultades de resolución en caso de incumplimiento, presentando especialidades en este sentido los contratos de tracto sucesivo y siendo todo ello matizado por el interés del concurso.

Además, la Ley Concursal articula una técnica especial de reintegración, la acción rescisoria concursal, destinada a rescindir los actos perjudiciales para la masa activa realizados por el deudor dentro de los dos años anteriores a la declaración de concurso. Perjuicio que en unos casos la Ley presume (*iuris tantum* o *iuris et de iure*) y en los demás habrá de probarse por la administración concursal o, subsidiariamente, por los acreedores legitimados.

El triunfo de las acciones rescisorias o de impugnación puede dar lugar a casos en los que entre en juego la protección de terceros adquirentes de bienes o derechos que se puedan ver afectados por ellas, derivada ésta, de la buena fe, o de las normas sobre irreivindicabilidad o del registro.

A su vez, las actuaciones del concursado o de sus representantes, en caso de ser persona jurídica, pueden ser constitutivas de ilícitos penales u otras infracciones administrativas.

Finalmente, en la selección de este caso ha sido determinante mi interés por aquellas materias que entroncan con mi formación en el mundo de la empresa, en aras de conseguir una visión y formación más integral, además del hecho de que la crisis económica, con la consiguiente reducción del crédito y de la capacidad adquisitiva de la población, ha supuesto que el tratamiento de las situaciones de insolvencia se encuentre a la orden del día.

Todos los aspectos anteriormente mencionados constituyen el objeto del presente estudio al hilo de las cuestiones que la declaración de concurso de Mecánicas del Noroeste S.L. suscita y que serán analizadas a continuación.

2. SOBRE LA IMPUGNACIÓN DE LA CANCELACIÓN ANTICIPADA DEL PRÉSTAMO

La declaración de concurso de Mecánicas del Noroeste S.L., con la consiguiente proyección de los principios de universalidad y unidad de procedimiento, supone una serie de matizaciones a las posibilidades que tiene Veta S.L., como acreedor de ésta, de impugnar el pago realizado por la ahora concursada a Banco de Galicia S.A, para cancelar el préstamo que adeudaba a dicha entidad. Es por ello que se estudia a continuación el ejercicio de la acción rescisoria concursal con un breve apunte sobre la acción pauliana.

2.1. Acciones de Reintegración

La Ley Concursal regula en su artículo 71 bajo el título “Acciones de reintegración” una serie de acciones encaminadas a suprimir los efectos derivados de una actuación realizada por el deudor en perjuicio de sus acreedores, en el periodo que transcurre desde que comienza su situación de insolvencia y aquel en el que se produce la declaración judicial de concurso.

La *ratio legis* de este régimen reside en el hecho de que entre la insolvencia *de facto* o real del concursado y la declaración de concurso media un espacio temporal más o menos extenso, que éste puede utilizar para desviar parte de su patrimonio o favorecer a una serie de acreedores en perjuicio de otros¹.

Por ello, la finalidad de la reintegración concursal es la de preservar la integridad del patrimonio del concursado a favor de sus acreedores, y evitar la alteración injustificada del principio de la *par conditio creditorum*².

De este modo, la LCon establece unas específicas acciones de reintegración destinadas a rescindir los actos perjudiciales para la masa activa, perjuicio que en unos casos la Ley presume y en los demás habrá de probarse por la administración concursal o, subsidiariamente, por los acreedores legitimados para ejercitar la correspondiente acción. Además, los terceros adquirentes de bienes o derechos afectados por estas acciones gozan de la protección que se derive, en su caso, de la buena fe, de las normas sobre irreivindicabilidad o del registro.

Ya entrando en el contenido de tal artículo, el mismo dispone que “*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 fraudulenta*” (art. 71.1 LCon).

El fundamento rescisorio, como se puede observar, se encuentra en el elemento temporal de realización del acto, siendo suficiente la concurrencia del perjuicio para que el acto, realizado dentro de los dos años anteriores a la declaración del concurso, sea rescindible,

¹ EVANGELISTA YÁÑEZ, J., “De la formación de la masa activa y las acciones de reintegración a la masa activa”, en PRENDES CARRIL, P., PONS ALBENTOSA, L. (Directores), *Practicum Concursal 2017*, Thomson Reuters, 1ª edición, 2016, p. 427.

² BUSTILLO SAIZ, M., “Restablecimiento de la garantía patrimonial y efectos del periodo sospechoso sobre los actos perjudiciales para la masa”, en BUSTILLO SAIZ, M., *La impugnación de los actos perjudiciales para la masa activa en la Ley Concursal*, Wolters Kluwer, 1ª edición, 2016, pp. 23 y ss.

prescindiéndose del elemento subjetivo del fraude como requisito³, es decir, resulta indiferente la intención del deudor o de la contraparte al realizarlo⁴.

Para la determinación de dicho momento de realización del acto, se atenderá a aquel en el que concurran los requisitos de validez que tal acto o negocio requiera en el tráfico jurídico para surtir efectos, aun cuando no pueda ser oponible a terceros⁵.

Por lo tanto, entrarán dentro del supuesto de la norma cualquier acto realizado en dicho espacio temporal y que además suponga un perjuicio para la masa activa. Resulta necesario determinar qué se entiende por perjuicio:

“El perjuicio es un concepto jurídico indeterminado que hay que dotar de contenido. Se advierte con claridad cuando existe un sacrificio patrimonial injustificado, que requiere una aminoración del valor del activo sobre el que más tarde, una vez declarado el concurso, se constituirá la masa activa (art. 76 LC), y que ello no se encuentre justificado” [SAP de Barcelona (Secc. 15ª) de 6/02/2009, JUR\2009\172445].

El acto perjudicial debe causar un sacrificio patrimonial⁶, una disminución de la masa activa del deudor. El perjuicio ha de ser consecuencia del acto y no derivar de eventos sucesivos. Para juzgar si hubo o no daño justificado es necesario referirse al momento en que dicho acto fue adoptado⁷.

No obstante, se han observado dos tesis acerca de este concepto, una más estricta, que considera solo perjuicio aquel que supone una salida o disminución del valor del activo del deudor; y otra más amplia, que considera que el perjuicio se puede derivar también de la alteración no justificada de la *par conditio creditorum*⁸.

Como señala la SAP de Pontevedra (Secc. 1ª) de 21/03/2011 (JUR 2011\155064), la jurisprudencia se está decantando por un concepto amplio de perjuicio *“comprensivo no sólo de aquellos actos que suponen una minoración de la masa activa sin contraprestación de ninguna clase, sino también de los actos que perjudican la masa*

³ BUSTILLO SAIZ, M., “La acción revocatoria concursal. Consideraciones previas”, *ibíd.*, p. 79.

⁴ “La ley huye de los rígidos esquemas de la retroacción característicos de la legislación previgente, para instaurar un marco general de acciones de reintegración de bienes y derechos a la masa, realizados en el concreto período temporal de los dos años anteriores a la fecha de la declaración del concurso, y fundados en la existencia de un perjuicio para la masa, con independencia, en principio, de todo elemento subjetivo relativo al carácter fraudulento del acto impugnado” [SAP de Pontevedra (Secc. 1ª) de 21/03/2011, JUR 2011\155064]. También en este sentido VILLANUEVA GARCÍA-POMAREDA, B., “La legitimación y las costas de la acción de reintegración”, *Anuario de Derecho Concursal*, nº 27, 2012, pp. 303-324, y MARTÍN REYES, Mª. A., “El perjuicio como fundamento de la acción rescisoria concursal”, *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal: Anales de doctrina, praxis, jurisprudencia y legislación*, nº 12, 2010, pp. 167-196.

⁵ EVANGELISTA YÁÑEZ J., “De la formación de la masa activa y las acciones de reintegración a la masa activa”, en PRENDES CARRIL, P., PONS ALBENTOSA, L. (Directores), *ob. cit.*, p. 428.

⁶ Éste *“no se da en todos los actos de disposición patrimonial, por ejemplo, cuando el negocio es oneroso y la prestación realizada por el deudor tiene su justificación en una contraprestación de valor patrimonial equivalente”* [SAP de Barcelona (Secc. 15ª) de 6/02/2009, JUR\2009\172445].

⁷ BUSTILLO SAIZ, M., “Los requisitos de la impugnación según la LC”, en BUSTILLO SAIZ, M., *ob. cit.*, p. 457.

⁸ En este sentido EVANGELISTA YÁÑEZ J., “De la formación de la masa activa y las acciones de reintegración a la masa activa”, en PRENDES CARRIL, P., PONS ALBENTOSA, L. (Directores), *ob. cit.*, p. 431. También BUSTILLO SAIZ, M., “Los requisitos de la impugnación según la LC”, en BUSTILLO SAIZ, M., *ob. cit.*, pp. 464 y ss.

activa al tiempo que minoran el pasivo si ello supone una alteración del principio general de la par conditio”.

Para facilitar la constatación del perjuicio, como ya se ha señalado, el legislador ha querido establecer una serie de presunciones sobre su existencia, tanto *iuris et de iure* (art. 71.2 LCon) como *iuris tantum* (art. 71.3 LCon). Cuando se trate de actos no comprendidos en los supuestos anteriores, el perjuicio deberá ser probado por quien ejercite la acción (art. 71.4 LCon).

Finalmente, cabe mencionar que la denominación “Acciones de reintegración” engloba además de la acción rescisoria concursal, las demás acciones de impugnación de actos del deudor que procedan conforme a Derecho.

2.2. Legitimación para el ejercicio de la acción rescisoria concursal

La acción rescisoria concursal y demás acciones de impugnación deberán ejercitarse ante el juez del concurso. Dichas acciones comprendidas en la sección tercera del concurso (art. 183.3º LCon) se tramitarán por el cauce del incidente concursal (art. 72.4 LCon).

Cabe ahora en este apartado analizar la legitimación tanto activa como pasiva en la mencionada acción rescisoria concursal.

La legitimación hace referencia a la relación del sujeto con la situación jurídica sustancial deducida en juicio. De acuerdo con el art. 10 LEC: “*serán considerados partes legítimas quienes comparezcan y actúen en juicio como titulares de la relación jurídica u objeto litigioso*”.

Por otra parte, la legitimación constituye un presupuesto de fondo de la acción. Para su acreditación será suficiente la afirmación del derecho que pretende hacer valer la parte en juicio y el vínculo legal que la une con él⁹, quedando relegada la determinación de su existencia con carácter previo al momento de examinar la cuestión de fondo¹⁰.

La legitimación activa para las acciones anteriormente mencionadas corresponde con carácter principal a la administración concursal (art.72.1 LCon). Se trata de un caso de legitimación extraordinaria o indirecta¹¹ por expresa disposición legal, ya que se otorga legitimación a sujetos que no son los titulares del derecho subjetivo privado o situación jurídica de que se trate en la que la misma se fundamenta¹².

⁹ En palabras del TS: “*lo que ha de tenerse en cuenta en la legitimación «no es la relación jurídica en cuanto existente, sino en cuanto deducida en juicio, lo que significa que basta la mera afirmación de una relación jurídica como propia del actor o del demandado para fundar necesaria y suficientemente la legitimación para obrar, de tal manera que la parte, por el mero hecho de serlo, es siempre la justa parte en el proceso, dado que ésta sólo existe como tal en el proceso ejercitando su actividad jurídica por medio de la acción, con lo que el significado de la legitimación se circunscribe a determinar quiénes son las partes de un proceso concreto*” (STS de 21/10/2009, RJ 2009\5700).

¹⁰ La legitimación “*en su versión ordinaria se estructura en la afirmación de la titularidad de un derecho o situación jurídica coherente con el resultado jurídico pretendido en el «petitum» de la demanda. La realidad o existencia del derecho o situación jurídica afirmada no forma parte de la legitimación, sino de la cuestión de fondo, respecto de la que aquélla es de examen previo*” (STS de 13/04/2011, RJ 2011\3580).

¹¹ MARTÍN REYES, M^a. A., ob. cit., p. 173.

¹² SILVETTI, E., CORDÓN MORENO, F., “Comentario al art. 72 Ley Concursal: legitimación y procedimiento”, en CORDÓN MORENO, F. (Dir.), *Comentarios a la Ley Concursal*, Tomo I, Thomson Reuters Aranzadi, 2ª edición, 2010, pp. 819 y ss. También en BUSTILLO SAIZ, M., “El ejercicio de la acción revocatoria concursal”, en BUSTILLO SAIZ, M., ob. cit., pp. 493 y ss. Asimismo, en VILLANUEVA GARCÍA-POMAREDA, B., ob. cit., p.314.

La existencia de este tipo de legitimación encuentra su fundamento en lo dispuesto en el art. 10 párrafo segundo de LEC: “*Se exceptúan los casos en que por ley se atribuya legitimación a persona distinta del titular*”.

A diferencia del sustituto procesal, la administración concursal no ejercita la acción en interés propio¹³, sino en el de la masa de bienes que representa, no fundamentándose esta legitimación en un derecho propio, sino en un contenido estrictamente procesal¹⁴.

El reconocimiento con carácter exclusivo de la legitimación principal a la administración concursal supone que el concursado carece de la misma para las acciones de reintegración e impugnación. La legitimación se atribuye a la administración concursal “*en todo caso, y con independencia del alcance de las limitaciones acordada por el auto (de declaración) del concurso al ejercicio de las facultades de administración y disposición del deudor*” (AAP de Barcelona de 24/10/2008, JUR 2009\35554).

Además, la administración concursal será oída siempre sin necesidad de comparecencia en forma, ahora bien, cuando intervenga en incidentes o recursos tendrá que hacerlo asistida de letrado (art. 184.5 LCon).

Finalmente, la legitimación de la que dispone la administración concursal también conlleva la disponibilidad procesal, por lo que será ésta a la que le corresponda prestar su consentimiento a un posible acuerdo transaccional, no siendo posible la intervención como coadyuvantes de un acreedor o tercero¹⁵.

No obstante, la norma configura también una legitimación activa subsidiaria. De acuerdo con lo que establece el art. 72.1 LCon: “*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*¹⁶, estarán legitimados para ejercitarla si la administración concursal no lo hiciere dentro de los dos meses siguientes al requerimiento”.

En cuanto a la forma en la que se lleve la instancia escrita, no se dice si ésta ha de ser judicial o extrajudicial. Sin embargo, de hacerse de este segundo modo resultaría adecuado que se realizase de forma fehaciente para así poder facilitar la prueba del cumplimiento de este requisito.

Los legitimados subsidiarios deberán informar a la administración concursal de la interposición de la demanda (art. 72.4 LCon), pudiendo ésta intervenir en estos procesos como coadyuvante de la parte que los hubiese promovido o bien de la parte contraria (art. 193.2 LCon), si considera que mantener el acto beneficia a la masa.

¹³ “*La administración concursal constituye un órgano que representa tanto los intereses patrimoniales de la masa del concurso, como los intereses de los acreedores concursales, y las acciones de reintegración se ejercitan principalmente en interés de la masa activa del concurso y, por ende, en interés de los acreedores, que verán reforzada la garantía patrimonial de sus créditos*” (AAP de Barcelona de 24/10/2008, JUR 2009\35554).

¹⁴ SILVETTI, E., CORDÓN MORENO, F., “Comentario al art.72 Ley Concursal: legitimación y procedimiento”, en CORDÓN MORENO, F. (Dir.), ob. cit., p. 824.

¹⁵ En este sentido AAP de Barcelona de 24/10/2008, JUR 2009\35554.

¹⁶ “*La acción que en su caso iniciase la administración concursal o la que los acreedores entablen parecen guardar una identidad: el mismo petitum y causa de pedir que hubieran quedado concretados en el requerimiento*” (cfr. VILLANUEVA GARCÍA-POMAREDA, B., ob. cit., p.314).

Cuando sean los acreedores los que ostenten la legitimación deberán litigar a su costa en interés de la masa. A cambio, si finalmente la demanda resulta estimada, tendrán derecho a que se les reembolsen los gastos y costas en los que incurrieron, con cargo a la masa y hasta el límite de lo obtenido en sentencia firme (art. 54.4 II LCon).

Por lo que respecta a la legitimación pasiva, el art. 72.3 LCon señala quiénes tendrán esta consideración:

“Las demandas de rescisión deberán dirigirse contra el deudor y contra quienes hayan sido parte en el acto impugnado¹⁷. Si el bien que se pretenda reintegrar hubiera sido transmitido a un tercero, la demanda también deberá dirigirse contra éste cuando el actor pretenda desvirtuar la presunción de buena fe del adquirente o atacar la irreivindicabilidad de que goce o la protección derivada de la publicidad registral”.

En lo tocante a esta acción, la LCon no establece expresamente un plazo de prescripción, lo que ha llevado a algunos autores a considerar que se debería aplicar por analogía el plazo de cuatro años del art. 1299 CC dada la naturaleza rescisoria de la acción¹⁸.

En el caso objeto de estudio, tal y como se deriva de la explicación precedente, la legitimación activa para el ejercicio de la acción rescisoria concursal se atribuye a la administración concursal de Mecánicas del Noroeste S.L. con carácter principal. Veta S.L., uno de los acreedores de la concursada personado en el concurso, dispondrá de legitimación activa subsidiaria, en caso de que, una vez que haya instado por escrito a la administración concursal para que entable dicha acción, transcurriesen dos meses sin que ésta procediese a ello.

Por último, la legitimación pasiva corresponde a Mecánicas del Noroeste S.L., como deudor que sería en este caso, y a Banco de Galicia S.A., al ser parte del acto impugnado.

2.3. Encaje en las presunciones del art. 71 LCon e incidencia de la par conditio creditorum

Una vez estudiada la legitimación se ha de analizar si el acto encaja dentro de algunas de las presunciones de perjuicio del art. 71 LCon anteriormente citadas.

Como se deriva del relato fáctico del caso, nos encontramos ante un supuesto de cancelación anticipada de un préstamo. El 25 de abril de 2014, Mecánicas del Noroeste

¹⁷ “La presencia de ambos sujetos se constituye como una obligación [...] Nos encontramos por tanto ante un litisconsorcio pasivo necesario (art. 12.2 LEC)” (cfr. VILLANUEVA GARCÍA-POMAREDA, B., *ibíd.*, p. 318).

¹⁸ En este sentido DÍAS VALES, F., “Régimen jurídico de la acción rescisoria concursal”, *Anuario de la Facultad de Derecho*, Universidad Alcalá III, 2010, pp.261-269. También en este sentido y considerando que ese plazo es de caducidad GULLÓN BALLESTEROS, A., “La acción rescisoria concursal”, en OLIVENCIA RUIZ, M. y AA. VV., *Estudios sobre la Ley Concursal: libro homenaje a Manuel Olivencia*, Marcial Pons, 2005, Tomo IV, p. 4132. Como afirma BUSTILLO SAIZ: “La acción rescisoria concursal se puede ejercitar durante toda la tramitación del procedimiento y antes de la conclusión del concurso”. (cfr. BUSTILLO SAIZ, M., “El ejercicio de la acción revocatoria concursal”, en BUSTILLO SAIZ, M., *ob. cit.*, p. 516). Si bien, como apunta la SJMER nº9 de Madrid de 3/09/2010 (AC 2010\1448), al aprobarse el convenio y cesar la administración concursal ya no será posible su ejercicio durante la fase de cumplimiento del mismo, pero en caso de ser éste incumplido nada impide su ejercicio. Además, como apunta MASSAGUER, J., a pesar del silencio de la LCon, “parece que la administración concursal solo podrá ejercitar esta acción tras la elaboración de su informe” (cfr. MASSAGUER, J., “Aproximación al régimen de los efectos del concurso sobre los actos perjudiciales para la masa activa: la reintegración de la masa”, en OLIVENCIA RUIZ, M. y AA. VV., *ob. cit.*, p. 4230).

S.L. procede a extinguir la obligación que tenía con Banco de Galicia S.A. devolviendo el principal y, en su caso, los intereses pactados de un contrato de préstamo cuyo vencimiento se situaba en abril de 2020, lo que supone una antelación de seis años.

Este tipo de operaciones no constituyen un acto que pueda considerarse como ordinario de la actividad empresarial de la concursada, cuyo objeto social es la fabricación y venta de maquinaria industrial, por lo que no se trataría de un acto no susceptible de rescisión *ex art. 71.5.1º LCon*. En todo caso la apreciación o no como tal quedará al arbitrio del juez¹⁹, si bien la jurisprudencia viene a entender como actos ordinarios los que constituyen el objeto social y la actividad normal y habitual de la empresa²⁰.

Dado que la declaración de concurso de acreedores de Mecánicas del Noroeste, S.L. tiene lugar el 24 de marzo de 2016, tales hechos constituyen la extinción de una obligación con vencimiento posterior a la declaración del concurso.

Sin embargo, un supuesto como este se podría subsumir en una de las presunciones *iuris tantum* o *iuris et de iure* del art. 71 LCon en función de si dicho préstamo contaba o no con una garantía real. Como del relato del caso no se obtiene información sobre la existencia o no de tal garantía, a continuación, se expone el diferente tratamiento en uno u otro caso.

Si el préstamo no disponía de ella, el caso encuadraría dentro de una de las presunciones *iuris et de iure* de perjuicio contenidas en el art. 71.2 LCon al tratarse de un pago o acto de extinción de una obligación de vencimiento posterior al concurso que no cuenta con garantía real. En este caso, a la administración concursal le bastaría con esgrimir la concurrencia de este artículo para solicitar la rescisión del acto, no admitiendo prueba en contrario por la contraparte.

El fundamento de esta presunción se deriva de la alteración de la *par conditio creditorum* que supondría el hecho de excluir al acreedor, que debería de haber quedado integrado en la masa pasiva del concurso, por la voluntad del deudor²¹.

La *par conditio creditorum* es uno de los principios inspiradores del proceso concursal, enunciado en la Exposición de Motivos de la LCon bajo la denominación “principio de igualdad de tratamiento de los acreedores”. Hay que tener en cuenta que si bien el texto contenido en la Exposición de Motivos de una ley no tiene carácter normativo, como se ha puesto de manifiesto por la jurisprudencia (STC 36/1981 de 12 de noviembre, RTC 1981\36), sí es un elemento a tener en cuenta en la interpretación de la misma.

Como indica el TS: “entre los principios o criterios rectores que caracterizan la regulación concursal figuran: la limitación de los privilegios de Derecho público (sin llegar a su supresión, o fuerte restricción, de otros ordenamientos de nuestro entorno);

¹⁹ En un caso similar, en la cancelación anticipada de una póliza de crédito con vencimiento posterior a la declaración de concurso no se han considerado como actos ordinarios los pagos realizados por el deudor al banco, cuando en vez de responder al interés y efecto de incrementar, con proyección futura, el saldo de crédito disponible, como si se tratara de reintegros ordinarios, han supuesto la efectiva cancelación de la misma. Vid. SAP de Barcelona (Secc. 15ª) 26/04/2007, AC 2007\1698.

²⁰ “Pues bien, por ‘actos ordinarios’ podemos entender los propios del giro o tráfico del deudor concursado, así como los generados por el mantenimiento de su centro de actividad, excluyéndose los que no pertenezcan al ámbito de la actividad propia de la empresa y los de gestión extraordinaria” (SAP de Pontevedra (Secc. 1ª) de 21/03/2011, JUR 2011\155064).

²¹ EVANGELISTA YÁÑEZ, J., “De la formación de la masa activa y las acciones de reintegración a la masa activa”, en PRENDES CARRIL, P., PONS ALBENTOSA, L. (Directores), ob. cit., p. 454.

la "par condicio creditorum", con igualdad de trato de los acreedores; y el trato discriminatorio, en diversos aspectos, y entre ellos la postergación en el cobro, (arts. 27, 97.2, 118, 122, 134 y 158 LC), para los denominados créditos subordinados" (STS de 21/01/2009, RJ 2009\398).

Cabe apreciar la intención de la LCon de establecer como regla general la igualdad entre los acreedores y que solo en casos excepcionales esta regla ceda en privilegio de algunos de ellos. Estas excepciones justificadas no serán otras que las establecidas en una norma vigente.

No se puede olvidar que el concurso de acreedores pretende sujetar, ante la insolvencia e imposibilidad del deudor de hacer frente a todas sus obligaciones, todo el caudal y masa de acreedores a un proceso conjunto universal, en el que se consigan hacer efectivos los distintos créditos de modo proporcional y equitativo²². Sin embargo, existen autores que consideran que, dada la existencia de diferentes calificaciones y privilegios de los créditos, la regla general en el procedimiento concursal no es precisamente la de igualdad de los acreedores, y abogan por reformular el principio y que éste no se refiera al conjunto de todos ellos sino solo a los que se encuentren en el mismo orden de prelación de créditos²³.

Como ya se apuntó anteriormente, dentro de una concepción amplia de perjuicio, éste no solo se predica desde el punto de vista cuantitativo, sino que también se puede apreciar cuando se reduce la garantía de cobro al realizarse pagos ignorando el principio de la *par conditio creditorum*²⁴.

En un caso similar al que resulta objeto de estudio, en relación a la cancelación anticipada de una póliza de crédito, la SAP de Barcelona (Secc. 15ª) de 26/04/2007 (AC 2007\1698) aprecia en esta operación el "perjuicio que supone el reintegro del crédito dispuesto, preordenado a la cancelación de la póliza, con anterioridad a su vencimiento y cuando ya se ha manifestado la situación de insolvencia (tres semanas antes del concurso), para el resto de los acreedores, que han de someterse a la regla de la *par conditio creditorum* en el marco del procedimiento concursal, con la masa patrimonial minorada en beneficio de un acreedor, que de esta forma ha eludido la ordenación y prelación de cobro en el contexto concursal".

Ahora bien, tampoco cabe equiparar el perjuicio para la masa activa con la alteración de la *par conditio creditorum* derivada de cualquier pago, puesto que habrá algunos de ellos que sí estén justificados. No obstante, carece de justificación abonar un crédito no debido o no exigible²⁵.

Por último, si el préstamo sí contaba con algún tipo de garantía real, el caso se movería en los términos del art. 71.3.3º LCon que dispone: "Salvo prueba en contrario, el perjuicio patrimonial se presume cuando se trate de los siguientes actos: [...]3.º Los pagos u otros actos de extinción de obligaciones que contasen con garantía real y cuyo vencimiento fuere posterior a la declaración del concurso".

²² En este sentido STS de 17/03/1988, RJ 1988\2210.

²³ GARCÍA ESCOBAR, G. A., "El tratamiento de los créditos concursales y el principio *par conditio creditorum*", *Revista Internacional de Doctrina y Jurisprudencia*, Vol. 5, 2014, pp. 1-31.

²⁴ En este sentido SAP de Pontevedra (Secc. 1ª) de 21/03/2011, JUR 2011\155064.

²⁵ En este sentido STS de 26/10/2012, RJ 2012\10415.

En tal caso correspondería a la concursada o a Banco de Galicia S.A. demostrar que la cancelación anticipada de este préstamo no ha supuesto un perjuicio para la masa activa del concurso²⁶.

Como se indicó anteriormente, para el ejercicio de la acción rescisoria concursal además de la existencia del perjuicio es necesario que el acto a rescindir se haya producido dentro de los dos años anteriores a la declaración de concurso. En este sentido, el momento determinante de la realización del acto es el de su perfección y no el de su ejecución²⁷.

La cancelación anticipada del préstamo tuvo lugar el 25 de abril de 2014, fecha posterior al 24 de marzo del mismo año y por tanto dentro de los dos años anteriores a la declaración de concurso por el auto de 24 de marzo de 2016.

2.4. Efectos de la rescisión

El triunfo de la acción rescisoria concursal tendrá una serie de efectos que se detallan en el art. 73 LCon.

El principal efecto de la acción rescisoria es privar de eficacia todas las consecuencias del negocio jurídico objeto de rescisión, restituyéndose las cosas al estado que tenían en el momento de la celebración de dicho acto o negocio. Es por ello que *“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”* (art. 73.1 LCon)²⁸.

Se trata de un efecto *ex lege*, que nace por expresa disposición legal, sin que sea necesario que las partes lo incluyan en su petición de manera expresa. De prosperar, la acción rescisoria concursal dará lugar a un crédito de restitución a favor de la masa, y en su caso un crédito de restitución a favor de la contraparte o tercero.

Ahora bien, ésta es la regla general, aplicable a la rescisión de negocios jurídicos bilaterales generadores de obligaciones para ambas partes. Sin embargo, tal y como establece el TS: *“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, que por ser anterior a la apertura del concurso tiene la consideración de concursal y deberá ser objeto de reconocimiento por el cauce pertinente.”* (STS de 26/10/2012, RJ 2012\10415).

En definitiva, de triunfar la acción rescisoria concursal, Banco de Galicia S.A. deberá reintegrar a la masa activa las cantidades indebidamente percibidas por la cancelación

²⁶ En estos casos, el deudor concursado y el acreedor privilegiado podrán destruir la presunción probando que la entrega de bienes gravados a éste último, en concepto de pago, ha recaído sobre bienes no necesarios para la actividad profesional o empresarial del deudor. No obstante, ello no deja de ser un medio “anormal” y forzado de pago, pudiendo ser un indicio revelador del estado de insolvencia que en algún supuesto excepcional podría clarificar su carácter de perjudicial para los acreedores. En este sentido BUSTILLO SAIZ, M., “Actos impugnables y actos excluidos de la impugnación”, en BUSTILLO SAIZ, M., ob. cit., pp. 230-231.

²⁷ SILVETTI, E., VALPUESTA GASTAMINZA, E., “Comentario al art. 71 Ley Concursal: Acciones de reintegración”, en CORDÓN MORENO, F. (Dir.), ob. cit., pp.796 y ss.

²⁸ *“Se trata de realizar las correspondientes devoluciones, debiendo resultar, un crédito contra la masa a favor de la contraparte, pero a la vez un incremento de la masa patrimonial, de tal forma que el resultado final sea un patrimonio recuperado y no empobrecido”* (cfr. MARTÍN REYES, M^a. A., ob. cit., p. 193).

anticipada. A su vez, se reconocerá a su favor un crédito concursal en la lista de acreedores, cuya clasificación será la que se derive de los arts. 89 y ss. LCon.

2.5. Breve apunte sobre la acción pauliana

En el caso de que Veta S.L. ostentase legítimamente la condición de acreedor de la ahora concursada en fecha anterior a la cancelación anticipada del préstamo, podría plantearse el ejercicio de la acción pauliana respetando el plazo de cuatro años del art. 1299 CC. Ello requeriría la prueba del perjuicio causado por el acto, y siendo éste de naturaleza onerosa, será también necesario probar la mala fe del deudor y del tercero relacionado con él²⁹.

No obstante, hay que tener en cuenta que la declaración de concurso incide en el régimen de la acción revocatoria ordinaria de modo que la LCon atribuye la legitimación para su ejercicio a la administración concursal. Dado que ésta dispone de la acción rescisoria concursal, los casos en los que plantee la acción pauliana serán aquellos en los que el acto a rescindir se encuentre situado con anterioridad al período sospechoso, puesto que de no ser así (como acontece en este caso) resultará más sencillo a efectos probatorios, tal y como se ha visto anteriormente, el ejercicio de la acción rescisoria concursal.

3. SOBRE LA RESCISIÓN DEL CONTRATO DE COMPRAVENTA DEL INMUEBLE

3.1. Rescisión del contrato de compraventa

Una vez más, para estudiar las posibilidades de rescisión, en este caso del contrato de compraventa del inmueble celebrado en abril de 2014, es necesario analizar si dicho negocio jurídico ha supuesto un perjuicio para la masa activa, labor que el legislador facilita, como ya se comentó anteriormente, al establecer una serie de presunciones acerca de la existencia del mismo en el art. 71 LCon.

Los hechos que ahora son objeto de examen se pueden incardinar dentro del numeral primero del art. 71.3 LCon que considera perjudiciales para la masa activa, salvo prueba en contrario, los actos dispositivos a título oneroso realizados a favor de alguna de las personas especialmente relacionadas con el concursado.

Cuando el concursado sea una persona jurídica, tal y como acontece en el caso, se considerarán personas especialmente relacionadas con él los socios personal e ilimitadamente responsables de las deudas sociales y aquellos otros que, en el momento del nacimiento del derecho de crédito, sean titulares directa o indirectamente de, al menos, un 10 % del capital social si la misma no tuviese valores admitidos a negociación en un mercado secundario oficial (art. 93.2.1º LCon).

A su vez, en el caso de que los socios sean personas naturales, se considerarán también personas especialmente relacionadas con la persona jurídica concursada aquéllas que lo sean con los socios conforme a lo dispuesto en el art. 93.1 LCon. Éste recoge las personas especialmente relacionadas con el concursado persona natural, dentro de las que se incluyen los ascendientes, descendientes y hermanos del concursado (art. 93.1.2º LCon).

La adquirente del inmueble es doña María, hermana de don Miguel, administrador único de Mecánicas del Noroeste S.L. y dueño de participaciones representativas del 60 % del

²⁹ BUSTILLO SAIZ, M., “Naturaleza jurídica de la acción revocatoria concursal. Otras acciones de impugnación”, en BUSTILLO SAIZ, M., ob. cit., p. 681.

capital social de la misma. Esto hace que doña María sea, a tenor del artículo 93 LCon, una persona especialmente vinculada con la concursada.

Por tanto, tal negocio realizado dentro de los dos años anteriores a la declaración de concurso, puesto que se celebró el 10 de abril del año 2014, y por tanto, con posterioridad al 24 de marzo de ese mismo año, se presume perjudicial para la masa activa.

Ahora bien, esta presunción es *iuris tantum*, y por ello, en el incidente concursal en el que se resuelva sobre la misma, la contraparte podrá defender la inexistencia de ese perjuicio. En todo caso, parece difícil que se pueda apreciar que no se ha producido tal perjuicio para la masa activa cuando el inmueble fue transmitido por 150.000 € siendo su valor en tasación de 304.750 €, lo cual supone una reducción del 49,22 %, sin ofrecerse explicación que justifique tal rebaja en el precio.

La acción rescisoria concursal tendrá que ser planteada por la administración concursal de Mecánicas del Noroeste S.L. (art. 72.1 LCon), siendo legitimados pasivos don Miguel y doña María³⁰.

3.2. Efectos para la adquirente

Tal y como se ponía de relieve en la cuestión anterior, el principal efecto del triunfo de la acción rescisoria concursal es la ineficacia del acto impugnado y la restitución de las prestaciones objeto de aquel, con sus frutos e intereses. Con la previsión de tales efectos lo que busca el legislador es devolver las cosas al estado anterior a tal acto o negocio, persiguiendo la indemnidad del patrimonio del concursado.

Por tanto, doña María, de prosperar la acción rescisoria concursal deberá reintegrar a la masa activa el inmueble que adquirió en 2014.

Sin embargo, si el bien ha de ser devuelto a la concursada en el estado en el que se encontraba en el momento de celebración del negocio, habrá que preguntarse qué ocurrirá en aquellos casos, como el que resulta objeto de análisis, en el que, procediendo a la reintegración del inmueble, se ha producido un cambio sustancial en el bien por haber sido gravado con una hipoteca en garantía de un préstamo, así como en el caso de que se hayan producido mejoras en el mismo a cargo del adquirente.

En relación a la primera cuestión, la jurisprudencia ha considerado que la satisfacción de la hipoteca ha de tener cabida en la restitución, ya que ésta: *“ ha de ser propia, es decir, de lo percibido en su día y por tanto, con devolución de identidad de estado, condiciones naturaleza y valor, tanto jurídico como económico.[...] El gravamen que sujeta a la propiedad, constituido por los adquirentes, es de su exclusiva responsabilidad , 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 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 restitución de la vivienda y ello supone la cancelación de la hipoteca. De no ser así, la restitución de la vivienda deberá ir adicionada a la de la entrega del importe de la hipoteca y cuantos gastos conlleve su*

³⁰ Para una explicación más detallada de la legitimación en la acción rescisoria concursal me remito a las consideraciones del apartado “Legitimación para el ejercicio de la acción rescisoria concursal” tratado anteriormente.

total liberación hasta la cancelación” (SAP de Alicante, (Secc. 8ª), de 9/04/2008, JUR 2008\189071)³¹.

La declaración de ineficacia de la que habla el art. 73 LC presenta efectos *ex tunc*, es decir, retrotrae sus consecuencias al momento de perfección del acto o contrato. Es por ello que: *“la finca objeto de autos ha de ser reintegrada al patrimonio de la concursada libre del gravamen hipotecario constituido por Eco Pelmar SL (adquiriente) [...] Dado que la rescisión de la compraventa no puede afectar al banco favorecido con la garantía hipotecaria, ya por su posición de tercero hipotecario, art. 32 y 34 LH, ya por no haber sido demandado en este proceso, la restitución se hará con cancelación de tal hipoteca a cargo de la entidad Eco Pelmar SL, obligada a entregar la finca libre de dicho gravamen”* (SJMER de Barcelona de 13/10/2006, AC 2007\670).

En relación a la segunda cuestión suscitada, hay que mencionar que la LCon no dispone nada acerca del régimen de mejoras, gastos y deterioros que pudiese experimentar la cosa desde que tiene lugar el negocio jurídico hasta que recaiga la sentencia que lo rescinda. En estos casos se estará lo dispuesto en los arts. 453 y ss. CC teniendo en cuenta las especificidades del concurso³².

En todo caso, lo que no se puede producir es un enriquecimiento injusto. La ineficacia que provoca el triunfo de la acción rescisoria concursal implica la restitución recíproca de las prestaciones³³. Si la administración concursal consigue reintegrar el bien y no restituye la contraprestación, este enriquecimiento de la masa tendría lugar. De este modo, el adquirente entrega el bien, pero a cambio surge a su favor un crédito (art. 73.3 LCon).

En cuanto a la clasificación de este crédito, la Ley Concursal dispone que, salvo que la sentencia aprecie la mala fe del adquirente, será considerado como un crédito contra la masa, que habrá de ser satisfecho simultáneamente a la entrega del bien (arts. 73.3 y 84.2.8º LCon).

Dicha calificación responde a la propia naturaleza de estos créditos. Con la denominación créditos contra la masa se definen aquellos que genera el propio procedimiento concursal, como acontece en este caso, puesto que su nacimiento se produce como consecuencia de la actividad de la administración concursal a través del ejercicio de la acción rescisoria concursal en sede del mismo.

El pago de estos créditos se satisfará con preferencia al de los créditos concursales, mediante lo que se conoce como prededucción. De este modo, antes de proceder al pago de los créditos concursales, la administración concursal deducirá de la masa activa los bienes y derechos necesarios para satisfacer los créditos contra ésta, realizándose dicha deducción con cargo a bienes y derechos no afectos al pago de créditos con privilegio especial (art. 154 LCon).

³¹ En este mismo sentido apunta BUSTILLO SAIZ, M., “Los efectos de la acción revocatoria concursal”, en BUSTILLO SAIZ, M., ob. cit., p. 550.

³² SILVETTI, E., CORDÓN MORENO, F., “Comentario al art.73 Ley Concursal: Efectos de la rescisión”, en CORDÓN MORENO, F. (Dir.), ob. cit., pp. 840 y ss. También en este sentido MARTÍN REYES, Mª. A., ob. cit., p. 192.

³³ SILVETTI, E., CORDÓN MORENO, F., ibíd., p. 847.

Ahora bien, si la sentencia aprecia la mala fe en el acreedor, el crédito que surja a su favor será considerado como crédito concursal subordinado. Por tanto, resulta preciso determinar qué se entiende por mala fe.

Como señala la SAP de Alicante, (Secc. 8ª) de 9/04/2008 (JUR 2008\189071): “*Hay mala fe solo cuando la intervención en el negocio rescindido se ha producido conociendo que se está participando en un acto destinado a causar perjuicio a los acreedores de la contraparte en el negocio*”. Es decir, “*cuando la parte conoce y conociendo, colabora con el deudor, en la finalidad defraudatoria seguida por éste. Hay mala fe cuando existe un consilium fraudis*³⁴”.

Mala fe que en todo caso deberá ser probada por quien ejercita la acción concursal, pudiéndose argumentar en este sentido la importante rebaja que experimentó el inmueble sin justificación aparente y el hecho de que siendo la adquirente la hermana del administrador único de la concursada, podía tener conocimiento acerca del estado en el que esta última se encontraba y del perjuicio que supondría para la empresa la salida de bienes de su patrimonio por un valor muy inferior al de su tasación.

De ser apreciada la mala fe, el crédito a favor de doña María tendrá la consideración de subordinado (art. 92. 6º LCon), categoría ésta que se caracteriza por integrar créditos que, en el caso de convenio, se someterán a las mismas quitas y esperas que las establecidas para los créditos ordinarios, pero los plazos de espera se computarán a partir del íntegro cumplimiento del convenio respecto de estos últimos (art. 134.1. II LCon); y que, en caso de liquidación, no se procederá a su pago hasta que no hayan sido íntegramente satisfechos los créditos ordinarios (art. 158.1 LCon), por el orden establecido en el art. 92 LCon y si fuese el caso, a prorrata dentro de cada número (art. 158.2 LCon).

Finalmente, la LCon señala que cuando no sea posible la reintegración por pertenecer los bienes o derechos a terceros que no hayan sido demandados o que hubiesen procedido de buena fe o gozasen de irreivindicabilidad o de protección registral, se condenará a quien hubiera sido parte en el acto rescindido a entregar el valor que tuvieran cuando salieron del patrimonio del deudor concursado, más el interés legal (art. 73.2 LCon). Además, si la sentencia apreciase su mala fe, se le condenará a indemnizar la totalidad de los daños y perjuicios causados a la masa activa.

3.3. Efectos para el titular del derecho real de garantía

En este apartado se analizarán los efectos que la posible rescisión del contrato de compraventa del inmueble celebrado en abril de 2014 tiene sobre la hipoteca constituida a favor de Banco Santander S.A., para lo cual se examinará la protección registral de la que pueda gozar el titular de este derecho real de garantía.

3.3.1. El principio de fe pública registral

El artículo 34 LH consagra uno de los principios nucleares del sistema registral de nuestro ordenamiento jurídico, el principio de fe pública registral:

³⁴ Es decir, “*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*” (SJMER de Barcelona de 13/10/2006, AC 2007\670).

“El tercero que de buena fe adquiriera a título oneroso algún derecho de persona que en el Registro aparezca con facultades para transmitirlo, será mantenido en su adquisición, una vez que haya inscrito su derecho, aunque después se anule o resuelva el del otorgante por virtud de causas que no consten en el mismo Registro”.

Este principio, de procedencia germánica, otorga protección al tercero que confía en la apariencia de titularidad del transmitente publicada en el Registro de la Propiedad, aunque éste no ostente una titularidad real o válida³⁵.

Se distingue del denominado principio de inoponibilidad frente a terceros recogido en el artículo 32 LH, que opera de manera tal, que quien deriva derechos o los ostenta en virtud de un título que no haya inscrito en el RP no puede ejercerlos frente al tercero protegido, ni ejercitar en virtud de ellos acciones perjudiciales para el mismo. Se trata de una limitación de los efectos de los títulos de dominio o derechos reales, ya que supone la exclusión de la eficacia *erga omnes* que este tipo de derechos deben tener³⁶.

En nuestro sistema jurídico el RP no garantiza positivamente, recogiendo que el *tradens* es dueño, sino de manera negativa, es decir, ante la inexistencia de un asiento de enajenación o gravamen otorgados por el *tradens*. La protección se encuentra por tanto limitada a la inoponibilidad de las enajenaciones o actos de disposición no inscritos con anterioridad frente al adquirente posterior, sin que ello pueda suplir la falta de legitimación del transmitente, ya que, si éste no era el dueño, tampoco lo será quien adquiriera de él, aunque inscriba su derecho.

Por tanto, a través de este principio de fe pública registral, se protege la apariencia jurídica que proporciona el RP, el cual designa quién es el titular del correspondiente derecho real, quedando esa designación garantizada, de forma que el adquirente de buena fe a título oneroso de quien figura como titular registral puede tenerla como segura.

De este modo, la protección que brinda el art. 34 LH se centra en hacer inatacable las adquisiciones de derechos reales llevadas a cabo por terceros confiando en la veracidad de las inscripciones que figuran en el RP, siempre que concurren los requisitos que este artículo exige para su aplicación, los cuales se detallarán más adelante.

Finalmente, en relación a estos dos artículos ha existido un debate doctrinal entre los que defienden que ambos se refieren al mismo tercero (tesis monista) y quienes defienden que se trata de terceros diferentes (tesis dualista). Ésta última postura se ajusta más a la distinción establecida anteriormente, puesto que defiende que mientras *“el artículo 34 LH protege al subadquiriente frente a la anulación o resolución del derecho de su transmitente por causas que no consten en el Registro, de suerte contempla una hipótesis de ineficacia no propia del título de adquisición del subadquiriente o tercero, sino de aquel por el que adquirió su transmitente. El artículo 32 LH, en cambio, si protege a quien adquiere confiando en el contenido del Registro frente a derechos reales no debidamente inscritos o anotados en el mismo, de suerte que no contempla necesariamente una hipótesis de ineficacia del derecho del transmitente”* (STS de 28/10/2002, RJ 2002\9310).

³⁵ DOMÍNGUEZ LUELMO, A., “Comentarios al artículo 34 de la Ley Hipotecaria”, en DOMÍNGUEZ LUELMO, A. (Dir.), *Comentarios a la Ley Hipotecaria*, Thomson Reuters Aranzadi, 2ª edición, 2016, pp.554-585.

³⁶ DÍEZ PICAZO, L., “Capítulo XXI: La fe pública registral”, en DÍEZ PICAZO, L., *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial III*, Thomson-Civitas, 5ª edición, 2008, p. 520.

3.3.2. La figura del tercero hipotecario

Recibe el nombre de tercero hipotecario el sujeto que se beneficia de la protección de la fe pública registral. No obstante, éste se distingue del tercero civil, el cual es todo aquel que resulte ajeno o extraño al negocio o relación jurídica entre dos partes, pero que entra en colisión o conflicto con el negocio o los derechos derivados de él porque a su vez ostenta, deriva o ejerce derechos contra una de ellas³⁷.

El tercero hipotecario será un tercero civil con una serie de requisitos adicionales que impone el principio de fe pública registral para que pueda gozar de su protección³⁸. Así el tercero adquirente es el sujeto que subentra en el derecho del transferente, en este contexto, el tercero es el adquirente a título oneroso del titular registral³⁹. Por lo tanto, no podrá tener la consideración de tercero hipotecario quien ha sido parte en la adquisición viciada, negocio jurídico éste que adolece de algún tipo de defecto que no consta en el RP⁴⁰.

En definitiva, *“el concepto de tercero no se halla en la Ley Hipotecaria; se entiende por tal el que no ha sido parte en el negocio jurídico que ha sido inscrito; este tercero, al adquirir un derecho real pleno o limitado partiendo del derecho inscrito y de su titular, es el tercero adquirente; y si éste adquiere de buena fe y a título oneroso, es el tercero hipotecario. Este, pues, debe reunir los presupuestos que exige el artículo 34 de la misma Ley: haber adquirido de quien en el Registro de la Propiedad aparecía como titular registral con poder disposición; de buena fe; a título oneroso y haber inscrito el derecho así adquirido [...]”* (STS de 20/03/2007, RJ 2007\1849).

3.3.3. Los presupuestos de la aplicación del art. 34 LH

A pesar de que algunos de ellos ya se han puesto de manifiesto en la explicación precedente, conviene ahora resaltar de manera individualizada cada uno de los presupuestos que han de concurrir para apreciar la aplicación del art. 34 LH, y ver si los mismos se encuentran presentes o no en el caso en cuestión.

En primer lugar, el *tradens* debe ser titular registral en el momento en que se produce la transmisión. Hay que recordar que el verdadero propietario de un bien o derecho no tiene por qué coincidir con el titular registral puesto que la inscripción en el RP es voluntaria salvo excepciones.

Por tanto, la adquisición ha de ser respecto de la persona que el RP figure con facultades para transmitir. Además, como el art. 34 LH habla de “algún derecho”, debe de tratarse

³⁷ *“Así, el tercero (civil) es el que no es sujeto de la relación jurídica que se contempla, por estar fuera de ella y no haber participado en su formación”* (STS de 11/10/2014, RJ 2014\ 4881). También en DOMÍNGUEZ LUELMO, A., “Comentarios al artículo 34 de la Ley Hipotecaria”, en DOMÍNGUEZ LUELMO, A. (Dir.), ob. cit., p. 557.

³⁸ En este sentido STS de 11/10/2014, RJ 2014\4881.

³⁹ *“Por eso el preámbulo de dicha Ley reformadora, al explicar la precisión del concepto de «tercero» que se llevaba a cabo en el artículo 34, aclaraba que por tal se entendería «únicamente al tercer adquirente, es decir, al causahabiente de un titular registral por vía onerosa. Podría, es verdad, haberse sustituido la palabra «tercero» por la de «adquirente», pero se ha estimado más indicado mantener un término habitual en nuestro lenguaje legislativo»* (STS de 20/03/2007, RJ 2007\1849).

⁴⁰ Es decir, *“Por otra parte, no cabe alegar que el adquirente esté protegido por la fe pública registral, pues no reúne la condición de tercero, sino que ha sido parte en la adquisición viciada por la falta de legitimación dispositiva del transferente”* (RDGRN 23/10/2006, RJ 2006\7158).

de un derecho inmobiliario inscrito, por lo que es necesario que se trate de una finca inmatriculada⁴¹.

En el presente caso, el *tradens* es doña María, la cual constituye a favor de Banco Santander S.A. un derecho real de garantía, como es la hipoteca que grava el inmueble que ésta adquirió el 10 de abril del año 2014 a través del administrador único de Mecánicas del Noroeste S.L.

Como se menciona en el caso, después de la formalización de esa compraventa se procede a la inscripción registral de la misma, quedando desde ese momento doña María como titular registral del citado inmueble.

En segundo lugar, es necesario que el título de transmisión sea un título válido⁴², pero ineficaz. En el seno de la protección del art. 34 LH el título ha de ser ineficaz ya que si fuera eficaz ya no sería necesario acudir al mismo.

En este caso la constitución de la hipoteca fue válida, pero de prosperar la acción rescisoria concursal que se trató anteriormente, dicha garantía devendrá ineficaz, debido a la titularidad claudicante de doña María, que ante esta situación y debiendo reintegrar a la masa activa el inmueble, dejará de ser la titular del mismo.

El tercer requisito es que el título debe de tener naturaleza onerosa. Carácter oneroso que además se exige en el art. 40 LH puesto que en ningún caso la rectificación del RP perjudicará los derechos adquiridos por tercero a título oneroso de buena fe durante la vigencia del asiento que se declare inexacto. Por título oneroso habrá que entender aquel que exige al tercero adquirente algún tipo de contraprestación o sacrificio económico.

El negocio jurídico que provoca la inscripción en el RP es la constitución de una hipoteca sobre el citado inmueble, establecida como garantía real en el marco de la celebración de un contrato de préstamo entre doña María y Banco de Santander S.A. En el caso de la constitución de garantías hipotecarias, éstas serán onerosas si el negocio jurídico que garantizan tiene esta misma naturaleza.

El art. 1740 CC define el contrato de préstamo en los siguientes términos: “*Por el contrato de préstamo, una de las partes entrega a la otra, o alguna cosa no fungible para que use de ella por cierto tiempo y se la devuelva, en cuyo caso se llama comodato, o dinero u otra cosa fungible, con condición de devolver otro tanto de la misma especie y calidad, en cuyo caso conserva simplemente el nombre de préstamo*”.

Si bien acerca de este tipo de contratos se ha discutido sobre su naturaleza⁴³, de lo que no cabe duda es de su carácter oneroso, sobre todo cuando se trata de préstamos en los que

⁴¹ DOMÍNGUEZ LUELMO, A., “Comentarios al artículo 34 de la Ley Hipotecaria”, en DOMÍNGUEZ LUELMO, A. (Dir.), ob. cit., p. 567.

⁴² “*La protección registral del tercero hipotecario presupone que el derecho inscrito a su favor en el Registro se haya adquirido por virtud de un título válido, a título oneroso y de buena fe [...]. Para que el artículo 34 sea aplicable, debe ser válido el acto del tercero protegido. Si fuera nulo se aplicaría entonces el artículo 33 de la propia Ley Hipotecaria, y la declaración de nulidad afectaría al adquirente como parte que es del acto inválido. El artículo 33 solo protege frente a la nulidad del acto adquisitivo anterior, no del propio*” (STS de 14/05/2007, RJ 2007\4335).

⁴³ Suele ser considerado un contrato de carácter real, de tal forma que se perfecciona con la entrega de la cosa. Sin embargo, otros autores defienden que, en virtud del principio de autonomía de la voluntad, las partes pueden alterar la regla del carácter real del préstamo, de manera que la confluencia de voluntades de las partes sería suficiente para su perfección. En ese sentido NATERA HIDALGO, R.D., “El comodato”,

interviene una entidad bancaria⁴⁴ y se fija un tipo de interés. Resulta oneroso, pues impone provechos y gravámenes recíprocos. Además, con carácter general, si el prestamista es una entidad de crédito, la garantía que se establezca a su favor será considerada onerosa⁴⁵.

En definitiva, en este caso el título resulta oneroso, puesto que goza de esta misma naturaleza el contrato de préstamo que se encuentra garantizado por la hipoteca constituida.

En cuarto lugar, el adquirente, Banco Santander S.A., en su condición de titular del derecho real de garantía constituido, lo ha de ser de buena fe. En este contexto la buena fe consiste en el desconocimiento o ignorancia del tercero, en el momento de adquirir, de la inexactitud del RP, creyendo que la realidad se corresponde con la información contenida en el mismo⁴⁶.

Se entiende por tanto desde un punto de vista positivo, el adquirente cree que quien le ha transmitido o constituido el derecho real está legitimado para hacerlo, como en sentido negativo, desconoce la existencia de vicios invalidatorios en las facultades del enajenante, si bien la jurisprudencia en algunos casos señala que la buena fe no se puede limitar a la consulta del RP, sino que es necesaria una actuación diligente⁴⁷. Por otra parte, se trata de una buena fe de índole subjetiva, en términos de creencia o error. No se refiere a un estado de conducta sino de conocimiento.

La buena fe deberá ser valorada libremente por el tribunal⁴⁸, y se presumirá (art. 34 LH), en tanto no sea declarada por éste la mala fe, debiendo recaer la prueba de esta última en quien la alega.

De acuerdo con el TS : *“La buena fe 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*

en NATERA HIDALGO, R.D. (Coord.), *Fiscalidad de los contratos civiles y mercantiles*, CISS, Wolters Kluwer, 7ª edición, 2011, p. 973.

⁴⁴ El préstamo bancario es considerado de carácter mercantil, con independencia de su destino, desde la STS de 9/05/1944. *“La doctrina científica más autorizada y la opinión mayoritaria de los Tribunales se han inclinado por considerar que los préstamos bancarios deben calificarse como contratos mercantiles, al amparo del artículo 2 del Código de Comercio, aun cuando el préstamo se haga a favor de personas ajenas al comercio que no se propongan emplear el objeto recibido en operaciones mercantiles”* (SAP Asturias (Secc. 4ª) de 18/06/2001, AC 2001\1229). Como señala NATERA HIDALGO, se trata de un contrato unilateral porque solo genera obligaciones a cargo del prestatario, no obstante, la práctica bancaria ha convertido este contrato en consensual, puesto que el Banco se obliga a entregar la cantidad en el momento pactado, vid. NATERA HIDALGO, R.D., *“El préstamo mercantil”*, ibíd., pp. 959-960.

⁴⁵ *“El contrato de creación del préstamo hipotecario es oneroso, no gratuito. Así lo demuestra el hecho de que el prestatario debe pagar intereses del capital prestado, junto con otras compensaciones económicas (comisiones, etc.), constituyendo operación habitual de una entidad financiera que obtiene beneficios económicos mediante el ejercicio de esa actividad empresarial”* (STS de 17/10/1989, RJ 1989\6928).

⁴⁶ En este sentido STS de 19/07/1989, RJ 1989\5728.

⁴⁷ *“Por contra, para la segunda línea de configuración, que requiere la convicción de no lesionar legítimos derechos o intereses ajenos, la noción de buena fe responde a una actuación diligente conforme a unos criterios o pautas de comportamiento que resulten socialmente aceptados; de ahí que, a diferencia de la anterior concepción, no sea suficiente padecer cualquier tipo (de) error, sino sólo el error que, según las circunstancias, sea excusable, esto es, que no se hubiera vencido actuando diligentemente”* (STS de 19/05/2015, RJ 2015\2612).

⁴⁸ *“La buena fe para poder ser reputada concurrente o no desde el punto de vista subjetivo como del objetivo, debe ser valorada libremente por el Tribunal de Instancia, en relación a unos hechos determinados y dicha valoración ha de ser respetada a no ser que se sitúe en un parámetro de irracionalidad o falta de lógica”* (STS de 7/11/2006, RJ 2006\8069).

y en el caso presente no existía anotación alguna que afectara a los inmuebles en el momento de ser otorgado el préstamo con garantía hipotecaria y de inscribirse la hipoteca, momento 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 Registro de la Propiedad y que han de ser consideradas irrelevantes en relación con la efectividad de la hipoteca por una elemental razón de seguridad jurídica y de eficacia en cuanto a terceros de los derechos que proclama” (STS de 4/05/2006, RJ 2006\2209).

En este caso, la buena fe del Banco Santander S.A. se presumirá, correspondiendo desvirtuar dicha presunción a la contraparte. Buena fe que por otro lado existió al no conocer la entidad la futura y eventual rescisión, en sede concursal, del contrato de compraventa, que determinaría la falta de legitimación del *tradens*, doña María.

En quinto lugar, es preciso que el adquirente proceda a la inscripción de su derecho real en el RP, convirtiéndose a su vez en titular registral. Por tanto, la protección se deriva de la inscripción⁴⁹. Dicha inscripción se practicó en el caso que nos ocupa el 25 de enero de 2015.

Finalmente es necesario que la causa en virtud de la que se resuelve o anula el título del *tradens* no conste en el RP⁵⁰. En otras palabras, que la causa por la que no está legitimado, por lo que se ha resuelto en el sentido más amplio, no figure en el mismo y por tanto el adquirente no tenga por qué conocer de acuerdo con lo publicado en él la razón por la que su transmitente ha perdido la legitimación para transmitir la propiedad o gravar el bien.

Es un requisito que en cierta medida se encuentra incluido dentro del principio de buena fe, puesto que de acuerdo con éste el adquirente debe de ignorar cualquier inexactitud registral o discrepancia con la realidad extraregistral⁵¹.

Resulta evidente que, en la fecha en la que se procedió a la inscripción registral de la hipoteca, no constaba en el RP la falta de legitimación de doña María, acaecida con posterioridad en caso de resultar rescindido el contrato de compraventa del inmueble.

3.3.4. Efectos de la fe pública registral

A la vista de los requisitos anteriores, Banco Santander S.A. es tercero hipotecario en los términos del artículo 34 LH, siendo su principal efecto jurídico el ser inatacable en su posición, de tal manera que será mantenido en su derecho real en los términos que resulten

⁴⁹ Si se entiende rigurosamente, la exigencia consiste en que se haya ya extendido el asiento a su favor. No obstante, DÍEZ PICAZO sugiere que la misma quedará cumplida cuando se haya practicado el asiento de presentación o cuando se haya tomado anotación preventiva por defectos subsanables, las cuales tienen como finalidad prolongar los efectos del asiento de presentación para evitar que se perjudiquen derechos que podrían perder su prioridad de no haber tenido lugar la petición de suspensión. En este sentido DOMÍNGUEZ LUELMO, A., “Comentarios al artículo 34 de la Ley Hipotecaria”, en DOMÍNGUEZ LUELMO, A. (Dir.), ob. cit., pp. 568 y 569. Dicha finalidad se enuncia también en diversas RRDGRN como la de 1/9/2000 (RJ 2000\7394).

⁵⁰ “El artículo 34 protege efectivamente al tercero hipotecario con la consecuencia de que no le afectarán negativamente determinadas circunstancias jurídicas que afecten al derecho de su causante y transmitente, siempre que concurren los requisitos a que la norma se refiere; pero para ello será siempre necesario que tales circunstancias no consten en la propia inscripción del tercero pues constituye un presupuesto necesario para su protección el que no fuere conocedor de las mismas [...]” (STS de 18/02/2009, RJ 2009\1497).

⁵¹ En este sentido STS de 19/07/1989, RJ 1989\5728.

del Registro de la Propiedad. Adquiere el derecho tal y como lo publica éste a través de todos los asientos vigentes.⁵²

Por lo tanto, la rescisión de la compraventa no puede afectar al derecho del Banco Santander S.A. Doña María será la que tenga que cancelar la hipoteca constituida a su favor, la cual en ningún caso podrá seguir afectando al inmueble en cuestión, que deberá ser reintegrado en la masa activa en el estado en el que se encontraba antes de la transmisión, es decir, sin el gravamen que dicha hipoteca supone.

3.4. Efectos para el transmitente

La venta del inmueble por parte del administrador único de la concursada, en los términos que se señalan en el caso, plantea el problema, que ha existido en materia concursal, de definir el marco de relaciones entre las acciones de responsabilidad frente a los administradores, tanto societarias como concursales.

LSC contempla, en este sentido, tanto la acción social (art. 238 LSC) como individual (art. 241 LSC) de responsabilidad contra los administradores⁵³. En relación a la primera de ellas, ante una actuación de ésta índole por parte de don Miguel, es posible que la sociedad se plantee entablar contra éste dicha acción para reclamar los daños que hubiera sufrido el patrimonio social como consecuencia la misma.

En este sentido, cabe señalar que, una vez haya sido declarado el concurso⁵⁴, corresponderá de forma exclusiva a la administración concursal el ejercicio de las acciones de responsabilidad de la persona jurídica concursada contra sus administradores, auditores o liquidadores (art. 48 *quater* LCon)⁵⁵. A su vez, para el conocimiento de estas acciones por los daños y perjuicios causados, antes o después de la declaración judicial de concurso, a la persona jurídica concursada, el juez del concurso dispone de competencia exclusiva y excluyente *ex art. 8.7º LCon*.

Con esta configuración, la responsabilidad por daños y la responsabilidad por déficit, serían complementarias entre sí y no excluyentes. Como señala QUIJANO GONZÁLEZ: *“si se diera el caso, ciertamente extremo, de que la recomposición de la masa activa como consecuencia de la indemnización del daño causado por los administradores, o por los demás responsables, a través de la acción social, alcanzara para enjugar el déficit*

⁵² DOMÍNGUEZ LUELMO, A., “Comentarios al artículo 34 de la Ley Hipotecaria”, en DOMÍNGUEZ LUELMO, A. (Dir.), ob. cit., p. 570. También BUSTILLO SAIZ, M., “Los efectos de la acción revocatoria concursal”, en BUSTILLO SAIZ, M., ob. cit., p. 613, y DÍEZ PICAZO, L., “Capítulo XXI: La fe pública registral”, en DÍEZ PICAZO, L., ob. cit., p. 536.

⁵³ Estas acciones están sujetas a un plazo de prescripción de cuatro años de acuerdo con el art. 241 *bis* LSC: *“La acción de responsabilidad contra los administradores, sea social o individual, prescribirá a los cuatro años a contar desde el día en que hubiera podido ejercitarse”*.

⁵⁴ No obstante, si se hubiese iniciado su ejercicio antes de la declaración del concurso, éste podrá continuar, incluso sin intervención de la administración concursal, pero sometido a la regla del art. 51 LCon: *“Por excepción se acumularán de oficio al concurso, siempre que se encuentren en primera instancia y no haya finalizado el acto de juicio o la vista, todos los juicios por reclamación de daños y perjuicios a la persona jurídica concursada contra sus administradores o liquidadores, de hecho o de derecho, y contra los auditores. Los juicios acumulados continuarán su tramitación ante el juez del concurso, por los trámites del procedimiento por el que viniera sustanciándose la reclamación, incluidos los recursos que procedan contra la sentencia”*.

⁵⁵ *“Se trata precisamente el ejercicio de la acción prevista en el art. 238 LSC”* (cfr. SELLER ROCA DE TOGONES, L., “Comentario al art. 48 *quater*”, en MACÍAS CASTILLO, A., JUEGA CUESTA, R. (Coords.), *Ley Concursal Comentada*, Lefebvre el derecho, 2ª edición, 2016, p. 172).

concurzal, en todo o en parte, decaería en la misma medida la base material para una condena de responsabilidad concurzal (art. 172 bis LCon) ”⁵⁶.

Por su parte, respecto a la acción individual, prevista para reclamar frente a la lesión directa de los intereses de un socio o tercero por la actuación del administrador, la LCon guarda silencio, existiendo tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, opiniones a favor y en contra⁵⁷ de su ejercicio en el marco del procedimiento concurzal. Considero más adecuada la primera postura, puesto que ni la parte activa ni la pasiva tienen la condición de concursado, y su finalidad, no es la de obtener de la sociedad en concurso la reparación del daño producido por su administrador, lo que convertiría al sujeto activo en acreedor concurzal en su caso, sino reclamar directamente de este administrador la indemnización del daño, que por su actuación, ha sufrido el promotor de la acción.

No obstante, en relación al ejercicio de la acción individual, la jurisprudencia no ha considerado la existencia de daño directo en la enajenación de activos sociales de un modo perjudicial para la propia sociedad y en beneficio de quien los ha adquirido⁵⁸. Por lo tanto, en el caso estudiado, la venta del inmueble en todo caso perjudicaría al patrimonio de la sociedad, de tal manera que no se produciría un perjuicio directo a los socios, siendo difícil que dicha acción individual prospere de ser planteada por éstos.

Pasando ahora a analizar las posibles consecuencias de la actuación de don Miguel en el plano concurzal, hay que tener en cuenta que, en el caso de que el contrato de compraventa sea rescindido al triunfar la acción rescisoria concurzal, la administración concurzal podría apreciar en esta salida del patrimonio de Mecánicas del Noroeste S.L. una actuación de carácter fraudulento por parte de su administrador.

Si finalmente se abre la fase de liquidación, o se lleva a cabo un convenio que no tenga la consideración de convenio no especialmente gravoso, la calificación del concurso será obligatoria (art.167 LCon).

De acuerdo con el art. 164.1 LCon, el concurso se calificará como culpable cuando en la generación o agravación del estado de insolvencia hubiera mediado dolo o culpa grave del deudor o sus representantes legales y, en caso de persona jurídica, de sus administradores o liquidadores, o los que hubieran tenido esta condición en los dos años anteriores a la fecha de declaración del concurso, así como de sus socios en los términos del art. 165.2 LCon.

A su vez la LCon facilita esta calificación con una serie de presunciones de culpabilidad. Dentro de ellas la actuación llevada a cabo por don Miguel podría entenderse como una salida fraudulenta⁵⁹ de bienes, lo que determinaría la calificación del concurso como

⁵⁶ Cfr. QUIJANO GONZÁLEZ, J., “Coordinación de las acciones societarias (social, individual y por deudas) y concursales de responsabilidad”, *Revista de Derecho Concurzal y Paraconcurzal*, nº 22, 2015, pp. 43-50.

⁵⁷ En este sentido se razona que cuando la acción individual se ejerce por acreedores que lo que pretenden es exigir a los administradores el pago de lo que la sociedad les adeuda ello choca con la finalidad del concurso y la *par conditio creditorum*. En este sentido apunta el Auto del Juzgado de lo Mercantil de Oviedo de 13/12/2005, JUR 2006\123836.

⁵⁸ En este sentido STS de 23/10/2009, RJ 2009\7272.

⁵⁹ “Sobre el concepto de fraude se puede considerar que el mismo supone una especial disposición de ánimo en aquel que hace desaparecer los bienes o vaciamiento patrimonial, bastando a tal efecto la conciencia de que con dicho acto u omisión se está perjudicando a la generalidad de acreedores” (cfr. PRENDES CARRIL, P., “La calificación del concurso”, en PRENDES CARRIL, P., PONS ALBENTOSA, L. (Directores), ob. cit., p. 718). Una vez más, para concluir la existencia de fraude en esta presunción, es

culpable ex art. 164.2.5º LCon.: “En todo caso, el concurso se calificará como culpable cuando concurra cualquiera de los siguientes supuestos: [...] Cuando durante los dos años anteriores a la fecha de la declaración de concurso hubieran salido fraudulentamente del patrimonio del deudor bienes o derechos”⁶⁰.

Si recayese sentencia calificando el concurso como culpable en base al artículo anterior, tal resolución deberá contener, además de las causas en las que se fundamente dicha calificación, la relación de personas afectadas por ella, y en su caso, las declaradas cómplices⁶¹. Don Miguel, como administrador de la concursada y dada su participación en la conducta anteriormente descrita gozaría de dicha condición de persona afectada.

Siendo don Miguel afectado por la calificación, la sentencia también deberá pronunciarse sobre su inhabilitación para administrar los bienes ajenos, así como para representar a cualquier persona, durante un período de dos a quince años, en función de la gravedad de los hechos y a la entidad del perjuicio, así como la declaración culpable en otros concursos (art. 172.2.2º LCon)⁶².

Finalmente, tanto en relación a las personas afectadas por la calificación como las declaradas cómplices, la sentencia de calificación deberá contener pronunciamiento sobre la pérdida de cualquier derecho que estas personas tuvieran como acreedores concursales o de la masa y la condena a devolver los bienes o derechos que hubieran obtenido indebidamente del patrimonio del deudor o hubiesen recibido de la masa activa, así como a indemnizar los daños y perjuicios causados⁶³ (art.172.2.3º LCon).

suficiente con que se dé una *scientia fraudis*, no siendo necesario un *animus nocendi*. En este sentido MUÑOZ PAREDES, A., “La calificación del concurso como fortuito o culpable”, en MUÑOZ PAREDES, A., *Tratado Judicial de la responsabilidad de los administradores. Volumen II La responsabilidad concursal*, Thomson Reuters Aranzadi, 1ª edición, 2015, pp. 302 -304.

⁶⁰ Así los tribunales han aplicado esta presunción a casos similares de venta de un bien por un precio muy inferior al tasado, en el que el precio de enajenación apenas alcanzó el 60 % de su precio de mercado. En este sentido SAP de Barcelona (Secc. 15ª) de 29/11/2007, JUR 2009\33340.

⁶¹ De acuerdo con el art. 166 LCon: “Se consideran cómplices las personas que, con dolo o culpa grave, hubieran cooperado con el deudor o, si los tuviere, con sus representantes legales y, en caso de persona jurídica, con sus administradores o liquidadores, tanto de derecho como de hecho, o con sus apoderados generales, a la realización de cualquier acto que haya fundado la calificación del concurso como culpable”. Por tanto, es posible que, la sentencia de calificación considere cómplice a doña María si aprecia que con su actuación ha colaborado con dolo o culpa grave con el administrador de la concursada en la salida fraudulenta de bienes, con los afectos que se derivarían de ello para doña María recogidos en el art.172.2.3º LCon. Así, la jurisprudencia ha declarado cómplices a personas que han colaborado en la realización de la conducta del art. 164.2.5º LCon, “bien con actos de cooperación directa, bien con la incorporación del bien a su propio patrimonio. [...] La sentencia considera que tales conductas necesariamente precisaron de la colaboración culpable de los recurrentes, como participación necesaria para que las daciones en pago y las compraventas simuladas tuvieran virtualidad, identificando en ellos un ánimo de defraudar. [...]Enajenaciones de bienes de la masa a precio vil en períodos próximos a la insolvencia constituyen hipótesis típicas de fraude, en las que el elemento intencional se presume” [cfr. SAP de Pontevedra (Secc. 1ª) de 4/12/2015, JUR 2016\8625].

⁶² Se trata del primer efecto necesario de la declaración del concurso como culpable, sanción que además el juez del concurso debe imponer de manera automática solo por el hecho de calificarse de este modo el concurso y graduándose de acuerdo con los criterios apuntados. Además, no precisa de previa petición de parte. En este sentido PRENDES CARRIL, P., “La calificación del concurso”, en PRENDES CARRIL, P., PONS ALBENTOSA, L. (Directores), ob. cit., p. 741.

⁶³ Respecto a esta indemnización, “se exige la prueba del triple clásico requisito exigido por la teoría civil de responsabilidad por daño, a saber, actuación u omisión culposa o negligente, daño y nexo causal [...] y sin que debemos confundir esta figura con la cobertura del déficit patrimonial prevista en el art. 172 bis LC” (cfr. PRENDES CARRIL, P., ibíd., p.743).

Como se puede apreciar, existen casos en los que una misma conducta puede fundamentar tanto una acción rescisoria concursal, como una calificación culpable de concurso. Ahora bien, ello no siempre acontece. Para que se produzca el deslinde entre una y otra, se atenderá a criterios como los siguientes: El grado en el que el fraude se presenta, de forma accidental o accesoria en la acción rescisoria, y como un elemento esencial en la presunción de culpabilidad; y la afectación a los acreedores, la salida fraudulenta exige que en el momento de su comisión existan acreedores defraudados o próximos a serlo, mientras que la acción rescisoria concursal no se vincula a la existencia de éstos en el momento de realización del acto⁶⁴.

En un caso como el que constituye el objeto de este estudio, si la acción rescisoria se ejercita y se rescinde el acto, cabría preguntarse si sería posible apreciar la causa de culpabilidad del art. 164.2.5º LCon, la cual requiere un acto consumado. Como señala MUÑOZ PAREDES la respuesta a este interrogante ha de ser afirmativa: *“la declaración de ineficacia del acto no elimina la antijuridicidad de la conducta; la salida fraudulenta requiere un acto consumado, aunque al tiempo de dictarse la sentencia de calificación sus efectos hayan desaparecido. La rescisión no sana la conducta, sino sus efectos”*⁶⁵.

Por otra parte, solo si se abriese la fase de liquidación y calificado el concurso como culpable, si tras la misma hubiese créditos fallidos, es decir existiese un déficit concursal, se cumplirían los presupuestos para que la administración concursal instase la acción de responsabilidad concursal⁶⁶ contra don Miguel en virtud del art. 172 bis LCon⁶⁷.

En tal caso, si don Miguel se viese afectado por una calificación culpable del concurso y el juez apreciase una relación de causalidad⁶⁸ entre la salida del inmueble del patrimonio

⁶⁴ MUÑOZ PAREDES, A. “La calificación del concurso como fortuito o culpable”, en MUÑOZ PAREDES, A., ob. cit., p. 307.

⁶⁵ Cfr. MUÑOZ PAREDES, A., ibíd., p. 309. A más abundamiento, una cuestión distinta son los efectos de la acción rescisoria sobre la condena del art. 172.2.3º o art.172 bis LCon. Si bien la previa rescisión no excluye la ilicitud a efectos de una calificación culpable, sí que puede atenuar las condenas patrimoniales que resulten de aplicación. En relación al art. 172 bis LCon, no entra en colisión dado su carácter residual, de modo que lo que se pague en sede rescisoria no se pagará por la vía de este artículo. No obstante, con respecto al art.172.2.3º, que opera de manera directa, es posible que se dé una duplicidad de condenas. Si con la restitución, los daños y perjuicios han sido satisfechos, decae la causa de imponer la condena a su pago en sede de calificación. En este sentido MUÑOZ PAREDES, A., ibíd., p. 310.

⁶⁶ Ésta se encuentra presidida por el principio de congruencia, no pudiendo ser apreciada de oficio por el juzgador. Sin embargo, también hay sectores que abogan por la aplicación del principio *iura novit curia*. En este sentido PRENDES CARRIL, P., “La calificación del concurso”, en PRENDES CARRIL, P., PONS ALBENTOSA, L. (Directores), ob. cit., p. 767.

⁶⁷ La responsabilidad por el déficit concursal se distingue del art. 172.2.3º anteriormente mencionado en que mientras que la indemnización por daños y perjuicios se aplica tanto en supuestos de convenio como en liquidación, la condena a la cobertura del déficit solo opera en casos de liquidación. Además, la condena del art. 172.2.3º es directa, mientras que la del art.172 bis LCon es subsidiaria, pues hay que hacer previa excusión de los bienes de la concursada. Por otra parte, el art. 172.2.3º, a diferencia del art.172 bis LCon, alcanza no solo a los administradores y liquidadores, apoderados generales y socios, sino también a los cómplices. Finalmente, el art.172 bis LCon puede tener lugar por todo el elenco de presunciones, mientras que la indemnización de daños y perjuicios requiere un tipo de resultado o de mera actividad. Sin embargo, cuando el concurso sea liquidatorio y la conducta que determine la culpabilidad produzca un resultado dañoso, las condenas procedentes de ambos artículos se confunden desde el punto de vista formal, y no desde la óptica material, dado que al operar el art.172 bis LCon como subsidiario, lo que se pague por vía del art. 172.2.3º LCon no se pagará por la vía del anterior. En este sentido MUÑOZ PAREDES, A. “La sentencia de calificación”, en MUÑOZ PAREDES, A., ob. cit., p. 413.

⁶⁸ Se ha discutido en la jurisprudencia la naturaleza sancionadora o resarcitoria de esta acción, sin embargo, el TS ha considerado que presenta esta segunda naturaleza tras las últimas reformas operadas al respecto. En este sentido MARTÍNEZ GALLEGU, E., “Comentario al art.172 bis”, en MACÍAS CASTILLO, A.,

de la sociedad, por un valor muy inferior al de tasación, y la generación o agravación de la insolvencia de la concursada, podrá condenarlo a cubrir el déficit concursal.

Se trata de una responsabilidad personal, respondiendo de ésta con su propio patrimonio; y limitada, el déficit concursal determinará el límite de dicha responsabilidad, si bien su concreción subjetiva y objetiva por parte del juez dependerá de la imputación de las correspondientes responsabilidades en atención a la gravedad de la infracción determinante para la calificación del concurso.

La legitimación para solicitar la ejecución de la condena corresponderá a la administración concursal. Subsidiariamente, estarán legitimados los acreedores que hubiesen instado por escrito de la administración concursal la solicitud de la ejecución de la misma si ésta no lo hiciese dentro del mes siguiente al requerimiento. Todas las cantidades que se obtengan en ejecución de la sentencia de calificación se integrarán en la masa activa del concurso.

4. SOBRE EL CONTRATO DE SUMINISTRO ELÉCTRICO

4.1. El contrato de suministro

El contrato celebrado entre Mecánicas del Noroeste S.L. y Eléctricas Renovables S.A. presenta la naturaleza de un contrato de suministro.

El contrato de suministro es aquel por el que una parte (suministrador) se obliga, a cambio de un precio, abonado periódicamente o entrega a entrega, a proporcionar a la otra (suministrado) cosas muebles que han de ser objeto de entregas sucesivas, en el momento y cantidad establecidos, de modo determinado o determinable.

En palabras del TS, *“el contrato de suministro es aquel por el que una de las partes se obliga a cambio de un precio a realizar a favor de otra ‘prestaciones periódicas o continuas’ cuya función es la satisfacción de necesidades continuas para atender el interés duradero del acreedor”* (STS de 13/06/2002, RJ 2002\4897).

Se trata de un contrato de duración en el que cada prestación del suministrador es autónoma, revistiendo como nota característica el ser un contrato marco que disciplina las relaciones futuras entre las partes⁶⁹.

Dicho contrato no está regulado en el Derecho privado, pero sí en el Derecho Administrativo. La Ley de Contratos del Sector Público⁷⁰ en su art. 9 entiende por contrato de suministro el que *“tiene por objeto la adquisición, el arrendamiento financiero, o el arrendamiento, con o sin opción de compra, de productos o bienes muebles”*; considerando en todo caso, *“aquellos en los que el empresario se obligue a entregar una pluralidad de bienes de forma sucesiva y por precio unitario sin que la*

JUEGA CUESTA, R. (Coords.), ob. cit., pp. 508 y ss. También, conteniendo los argumentos a favor de ambas posturas y la evolución del TS al respecto, RIBELLES ARELLANO, J. M.^a, “La naturaleza jurídica de la responsabilidad concursal”, *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, nº 22, 2015, pp. 215-221.

⁶⁹ MARTÍNEZ SANZ, F., BROSETA PONT, M., “Capítulo 28: Compraventas especiales y contratos afines a la compraventa”, en MARTÍNEZ SANZ, F., BROSETA PONT, M., *Manual de Derecho Mercantil Vol.II contratos mercantiles, derecho de títulos-valores y derecho concursal*, Tecnos, 23ª edición, 2016, pp. 105 y ss.

⁷⁰ Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público.

cuantía total se defina con exactitud al tiempo de celebrar el contrato, por estar subordinadas las entregas a las necesidades del adquirente”.

El contrato de suministro es, en definitiva, un contrato atípico, que ha venido siendo considerado por la jurisprudencia como una variante del contrato de compraventa. Se regula en primer lugar por lo previsto por las partes, en virtud del principio de autonomía de la voluntad; en su defecto por la normativa de la compraventa (si es civil artículos 1445 y ss. CC, y si es mercantil, 325 y ss. CCom); y finalmente, por las normas generales de las obligaciones y contratos⁷¹.

A diferencia de la compraventa, el contrato de suministro entraña cierto número de operaciones, con una finalidad previsoras en orden a la obtención, mediante precio, de unos bienes con la periodicidad pactada. Por ello, solo le resultan aplicables aquellas normas de la compraventa que no contradigan lo pactado, así como su carácter de contrato normativo, de duración y prestación múltiples⁷².

Por tanto, mientras en la compraventa hay una única obligación, cuya ejecución se puede pactar en forma de varias entregas, en el contrato de suministro hay varias prestaciones autónomas que se identifican con una pluralidad de obligaciones.

Desde el punto de vista concursal, interesa saber que se trata de un contrato bilateral, con prestaciones recíprocas pendientes de cumplimiento por ambas partes y de tracto sucesivo⁷³. Tal y como establece el TS: *“El contrato de suministro constituye el paradigma de los contratos de tracto sucesivo”* (STS de 9/03/2012, RJ 2012\5570).

Su objeto generalmente estará constituido por bienes muebles, que se caracterizarán por ser cosas genéricas más que específicas. Su determinación puede ser directa, señalando la cantidad por unidad de tiempo, o indirecta, siendo el suministrado el que en cada momento fije la cantidad que le ha de ser entregada.

El tiempo, se puede referir a la periodicidad del suministro o a la duración del contrato. La periodicidad del suministro es clave para el suministrado, puesto que este tipo de contratos satisfacen una necesidad reiterada, no excepcional e individualizada, del bien objeto del mismo, que en el ámbito mercantil podrá determinar en ocasiones que se pueda continuar o no con la normal explotación del negocio.

Por lo que se refiere a su duración, puede ser por tiempo indeterminado, en cuyo caso lo más frecuente es que se fije el correspondiente plazo de preaviso para su renuncia por cualquiera de las partes, o determinado, siendo habitual esta última modalidad con posibilidad de prórroga.

En cuanto al contenido obligacional del mismo, en líneas generales, el suministrado se obliga al pago del precio convenido en el momento pactado, y el suministrador a la entrega de las mercancías objeto del contrato en los términos fijados en éste.

⁷¹ En este sentido STS de 27/09/2006, RJ 2006\8631, que además dispone que: *“la semejanza con la compraventa no implica que se identifique con ella y las normas que regulan el primer contrato sólo pueden aplicarse al suministro cuando se dé la razón de analogía que lo permita”.*

⁷² En este sentido STS de 20/05/1986, RJ 1986\2734.

⁷³ PAÑEDA USUNARIZ, F., “Efectos del concurso sobre los contratos”, en PRENDES CARRIL, P., PONS ALBENTOSA, L. (Directores), ob. cit., p. 419. También sobre su naturaleza GONZÁLEZ NAVARRO, B.A., “Los límites del interés del concurso: el contrato de suministro de energía eléctrica”, *Anuario de Derecho Concursal*, n.º. 25, 2012, pp. 207-236.

4.2. Eficacia de la cláusula del contrato

El contrato de suministro celebrado entre la ahora concursada y Eléctricas Renovables S.A. contenía una cláusula que establecía la posibilidad de resolución unilateral del mismo por parte de la suministradora en el caso de que la suministrada fuese declarada en concurso de acreedores.

Para enjuiciar la validez de la misma habrá que acudir al art. 61.3 LCon que dispone que: *“se tendrán por no puestas las cláusulas que establezcan la facultad de resolución o la extinción del contrato por la sola causa de la declaración de concurso de cualquiera de las partes”*.

La lógica de este precepto subyace en el hecho de que el concurso somete a los acreedores del deudor a un procedimiento único para todos ellos, con sus correspondientes diferencias en función de la calificación de sus créditos, de modo que la posición en la que se encuentren al declararse el concurso es la que tendrán para toda la duración del mismo. Si tuviese lugar esta posibilidad de la contraparte, de resolver el contrato por la mera declaración de concurso, se colocaría en una posición distinta a la que tenía en el momento de la declaración, y además en el caso de resolverse el mismo, en una posición más ventajosa⁷⁴.

Por lo tanto, la cláusula contenida en el contrato se tendrá por no puesta, lo cual no obsta para que Eléctricas Renovables S.A. pueda solicitar la resolución del contrato por el incumplimiento en los pagos de Mecánicas del Noroeste S.L., ya que, al tratarse de un contrato de tracto sucesivo, la facultad de resolución podrá ejercitarse también cuando el incumplimiento hubiera sido anterior a la declaración de concurso (art. 62.1 LCon).

Además, hay que tener en cuenta que lo establecido en los artículos 61 y 62 LCon no afectará al ejercicio de la facultad de denuncia unilateral de dicho contrato que proceda conforme a la ley (art. 63.1 LCon).

Al respecto se ha discutido acerca del significado de la palabra “denuncia”. Algunos autores, como VALPUESTA GASTAMINZA⁷⁵ sostienen que por tal se ha de entender la declaración por virtud de la cual se fija el término final de un contrato de duración indefinida, y que por lo tanto se refiere a los contratos de tracto sucesivo en los que no se ha fijado un plazo de duración, y en los cuales la prohibición de los vínculos perpetuos impone que cualquiera de las partes pueda dar por terminado un negocio en cualquier momento, existiendo el correspondiente preaviso. Si bien este autor considera que el término no se debe considerar solo en sentido técnico, sino que tiene un sentido más amplio.

Esta facultad a la que alude, de denunciar los contratos de tracto sucesivo, no viene en la ley, sino que ha sido formada por la doctrina como principio general de la prohibición de plazos perpetuos, prohibición que no puede resultar a su juicio afectada por la declaración de concurso.

⁷⁴ VALPUESTA GASTAMINZA, E., “Comentario al art.61 Ley Concursal: Vigencia de los contratos con obligaciones recíprocas”, en CORDÓN MORENO, F. (Dir.), ob. cit., pp. 703 y ss.

⁷⁵ VALPUESTA GASTAMINZA, E., “Comentario al art.63 Ley Concursal: Supuestos especiales”, ibíd., pp. 716 y ss.

Por tanto, concluye que, si el suministrador podía denunciar con preaviso antes de la declaración de concurso, podrá hacerlo después, habida cuenta de que no tiene efectos retroactivos y solo afectaría a las prestaciones futuras que todavía no se han devengado.

En definitiva, pese a que la cláusula se tendrá por no puesta, Eléctricas Renovables S.A. ante el impago por parte de la concursada podrá solicitar la resolución del contrato de acuerdo con el art. 62.1 LCon, o bien, sosteniendo una postura como a la defendida por el autor antes citado.

No obstante, habrá que barajar la posibilidad de rehabilitación de estos contratos que se examina más adelante en el apartado “El interés del concurso”.

4.3. Efectos del concurso sobre los contratos

Tal y como dispone el art. 61.2 LCon: *“La declaración de concurso, por sí sola, no afectará a la vigencia de los contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento tanto a cargo del concursado como de la otra parte”*.

Por tanto, a pesar de que Mecánicas del Noroeste S.L. sea declarada en concurso, el contrato celebrado con Eléctricas Renovables S.A. se mantendrá vigente. En cuyo caso, resultarán de aplicación los preceptos generales de cumplimiento de los contratos.

Dentro de éstos, destaca la facultad implícita de resolver las obligaciones recíprocas en el caso de que uno de los obligados no cumpla con lo que le incumbe (art. 1124 CC). Facultad de resolución que, para el caso de los contratos de tracto sucesivo, como un contrato de suministro, y como ya se apuntó anteriormente, podrá ejercitarse también cuando el incumplimiento hubiera sido anterior a la declaración de concurso (art. 62.1 LCon).

No obstante, esta facultad de resolución *ex art. 1124 CC* no se podrá, una vez declarado el concurso, ejercitar extrajudicialmente, sino que habrá de realizarse ante el juez del concurso. Si se interpreta el art. 61.3 LCon conjuntamente con el art. 62.2 del mismo cuerpo legal, se ve como no es posible resolver de manera unilateral y extrajudicial estos contratos después de que dicha declaración tenga lugar, debiendo el acreedor acudir al trámite del incidente concursal para poder obtener la resolución del mismo⁷⁶.

No cabe pues la resolución extrajudicial del contrato a la que se refiere el TS en su jurisprudencia: *“Es doctrina reiterada de esta Sala la de que la facultad resolutoria puede ejercitarse en nuestro ordenamiento no solo en la vía judicial, sino también mediante declaración, no sujeta a forma, dirigida a la otra parte, pero a reserva –claro está– de que sean los Tribunales quienes examinen y sancionen su procedencia cuando es impugnada (negando el incumplimiento o rechazando la oportunidad de extinguir el contrato), determinando, en definitiva, si la resolución ha sido bien hecha o si ha de tenerse por indebidamente utilizada”* (STS de 8/05/2002, RJ 2002\4047).

Una vez declarado el concurso, y a la vista de lo expuesto anteriormente, Eléctricas Renovables S.A. no podrá resolver unilateral y extrajudicialmente el contrato de

⁷⁶ VALPUESTA GASTAMINZA, E., “Comentario al art.62 Ley Concursal: Resolución por incumplimiento”, *ibid.*, pp. 709 y ss. También PAÑEDA USUNARIZ, F., “Efectos del concurso sobre los contratos”, en PRENDES CARRIL, P., PONS ALBENTOSA, L. (Directores), *ob. cit.*, p. 359.

suministro que tiene con la concursada, sino que tendrá que solicitar su resolución, que sustanciará a través de los trámites del incidente concursal.

En lo tocante a la legitimación activa, esta facultad de resolución puede ser interesada por cualquiera de las partes contratantes. En cualquier caso, en ausencia de previsión normativa, corresponderá a la administración concursal la legitimación con carácter principal, pues es la que mejor valorará el interés del concurso en resolver determinados contratos⁷⁷. No obstante, en caso de intervención, el propio concursado podrá solicitar tal resolución, y en caso de suspensión, podrá proponerlo⁷⁸.

Por lo que respecta al plazo para solicitar la resolución del contrato en interés del concurso, la LCon no señala uno determinado. El límite temporal, por exigencias de la buena fe, se podría fundamentar en la doctrina del retraso desleal, que será en este caso, aquel que vaya más allá del tiempo necesario para valorar si la resolución es conveniente, no debiendo superar, en este sentido, el plazo del informe de la administración concursal⁷⁹.

Acordada la resolución del contrato quedarán extinguidas las obligaciones pendientes de vencimiento (art. 62.4 LCon). En cuanto a las vencidas, darán lugar a diferentes clases de créditos en función de cuando se haya producido el incumplimiento del concursado. En todo caso, el crédito comprenderá el resarcimiento de los daños y perjuicios que proceda.

Como ya se ha comentado, la facultad resolutoria de los contratos de tracto sucesivo es especialmente amplia, operando tanto frente a incumplimientos anteriores como posteriores a la declaración de concurso. Hay que tener en cuenta que en el presente caso existían impagos con anterioridad a tal declaración, y que, tras la misma, éstos continuaron produciéndose.

Los impagos anteriores a tal declaración constituirán créditos a favor del suministrador, que tendrán la consideración de concursales, puesto que se han generado con anterioridad al concurso. Los posteriores a la declaración serán calificados como créditos contra la masa de acuerdo con el art. 61.2 LCon, mismo sentido al que apunta el art. 84.2.6° LCon que considera créditos contra la masa: *“los que, conforme a esta Ley, resulten de prestaciones a cargo del concursado en los contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento que continúen en vigor tras la declaración de concurso, y de obligaciones de restitución e indemnización en caso de resolución voluntaria o por incumplimiento del concursado”*.

En resumen, en caso de resolución del contrato de suministro, por el incumplimiento anterior al concurso, se generará a favor del acreedor un crédito concursal; mientras que, por el incumplimiento posterior, se originará un crédito contra la masa, dado que la causa de resolución es posconcurzal. En este caso, la restitución solo operará respecto de las obligaciones ya cumplidas por una parte sin el cumplimiento correlativo de la otra⁸⁰.

⁷⁷ PAÑEDA USUNARIZ, F., *ibíd.*, p. 361.

⁷⁸ JUAN Y MATEU, F., “Los contratos de suministro en el concurso de la parte suministrada”, *Anuario de Derecho Concursal*, n.º 13, 2008, p. 137.

⁷⁹ En este sentido JUAN Y MATEU, F., *ibíd.*, pp. 138 y 139.

⁸⁰ VALPUESTA GASTAMINZA, E., “Comentario al art. 62 Ley Concursal: Resolución por incumplimiento”, en CORDÓN MORENO, F. (Dir.), *ob. cit.*, p. 715.

4.4. *El interés del concurso*

Como se ha señalado, la declaración de concurso no afectará a la posibilidad de que, ante el incumplimiento del concursado, se ejerzan las facultades de resolución del contrato de suministro, con las especialidades anteriormente apuntadas. No obstante, y a pesar de que exista una causa de resolución del contrato, el juez, atendiendo al interés del concurso⁸¹ podrá acordar su cumplimiento, siendo a cargo de la masa las prestaciones debidas o que deba realizar el concursado (art. 62.3 LCon).

Este interés del concurso del que habla la norma deberá ser determinado según el caso concreto, ponderando la incidencia que el cumplimiento del contrato puede tener en la finalización del concurso y en la continuidad de la actividad de la empresa. El juez del concurso dispone de esta facultad tanto si la resolución la pide el concursado como la parte *in bonis*⁸².

Esta regla⁸³ ha sido aplicada generalmente por la jurisprudencia en casos como el presente, de contratos de suministro eléctrico, en los que ante el incumplimiento del concursado y habiendo instado la compañía eléctrica la resolución, los jueces han mantenido la vigencia del mismo por considerar que la energía eléctrica es necesaria para la continuidad de la actividad del concursado y que, por tanto, es de interés para el concurso.

Sin embargo, una cuestión discutida también en estos casos, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, versa sobre la clasificación que deberían tener los créditos por incumplimientos anteriores a la fecha de concurso.

Una postura defiende que solo sean considerados como créditos contra la masa las prestaciones debidas con posterioridad a la declaración de concurso, mientras que las anteriores, si las hubiese, constituyan un crédito concursal.

Los argumentos a favor que se esgrimen son, por un lado, el hecho de que una deuda preconcursal no puede ser contra la masa, y por otro, que sería discriminatorio que la parte *in bonis* fuese un acreedor de la masa por créditos preconcursales a diferencia del resto de acreedores de este tipo.

Así, en este sentido, la SAP de Sevilla, (Secc. 5ª) de 9/12/2008 (JUR, 2009\175679) entiende que: *“El hecho de que, habiendo causa de resolución del contrato de suministro eléctrico, se acuerde, no obstante, su continuidad, en interés del concurso, determina, conforme a lo dispuesto en dicho precepto, que deban abonarse con cargo a la masa activa las cantidades que deba la concursada al tiempo de tal acuerdo, así como las que se devenguen con posterioridad, pero no las anteriores a la declaración de concurso, que, evidentemente, no entran dentro del concepto de créditos contra la masa”*.

⁸¹ Sobre las diversas consideraciones doctrinales del concepto de interés del concurso vid. BLASCO GASCÓ, F., “Capítulo II: determinación del interés del concurso”, en BLASCO GASCÓ, F., *Declaración de concurso y contratos*, Tirant lo Blanch, 1ª edición, 2009, pp. 40 y ss.

⁸² Además, la continuación puede ser acordada de oficio por el juez, aunque lo normal es que actúe a instancia del concursado o de la administración concursal. En este sentido BLASCO GASCÓ, F., “Capítulo II: el incumplimiento sin resolución”, *ibíd.*, p. 68.

⁸³ Esta regla es manifestación de uno de los principios inspiradores del concurso como es el de continuidad de la actividad. Tal y como dispone la Exposición de Motivos de la ley: *“la ley procura la conservación de las empresas o unidades productivas de bienes o servicios integradas en la masa [...] con preferencia a las soluciones que garanticen la continuidad de la empresa”*.

Por su parte, otra postura, asumida por el TS, y la cual estimo más acertada, considera todas las prestaciones debidas como créditos contra la masa. Sostiene que ello se deriva de una interpretación literal del artículo 62.3 LCon en relación con el art. 84.2.7º LCon que dispone que tendrán la consideración de créditos contra la masa “*los que, en los casos de pago de créditos con privilegio especial sin realización de los bienes o derechos afectos, en los de rehabilitación de contratos o de enervación de desahucio y en los demás previstos en esta Ley, correspondan por las cantidades debidas y las de vencimiento futuro a cargo del concursado*”.

Además, esta postura defiende que dicho tratamiento se deriva de la intención del legislador de defender a la parte *in bonis*, puesto que se le está obligando a mantener vigente un contrato pese al incumplimiento ya producido del concursado, privándosele del derecho que tiene *ex art.* 1124 CC y 62.1 LCon. En contrapartida, se garantiza el interés del acreedor al calificar también los créditos por incumplimientos anteriores a la declaración del concurso como créditos contra la masa⁸⁴.

En el caso de que, una vez el juez haya declarado la continuación del contrato, se produzca un nuevo incumplimiento, es posible que se vuelva a plantear la resolución del mismo. En este sentido hay jurisprudencia que aboga por no declarar la continuidad si no existe una cierta garantía de que se va a poder cumplir con cargo a la masa la prestación futura:

“Finalmente, no puede desconocerse que la decisión judicial de que el contrato continúe en su vigencia en modo alguno priva al acreedor in bonis de la facultad resolutoria posterior –facultad ínsita «ex» art. 1124 CC a todas las obligaciones recíprocas– si se ven nuevamente incumplidas las prestaciones con cargo a la masa, de tal manera que, [...] el cumplimiento forzoso del contrato únicamente puede mantenerse en tanto exista masa activa suficiente para afrontar el coste que ello supone” (SJMER de Oviedo de 3/02/2006, JUR 2006\68797).

5. SOBRE EL DELITO DE ESTAFA

5.1. Concepto y bien jurídico protegido

El delito de estafa aparece regulado en los artículos 248 y siguientes del Código Penal, encuadrado dentro de su Título XIII: Delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico.

En concreto, el artículo 248.1 CP describe el tipo básico en los siguientes términos: “*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*”.

Dentro de este tipo básico se pueden distinguir los componentes que configuran el ilícito penal, que son: la existencia de ánimo de lucro, un engaño, un error y un acto de disposición patrimonial (perjuicio).

⁸⁴ En este sentido SAP de Barcelona (Secc. 15ª) de 13/09/2006 (JUR 2008\104351) y también la STS de 21/03/2012 (RJ 2012\5571) según la cual esta interpretación entronca con la “*la necesidad de que la masa -en cuyo interés se obliga a mantener los contratos en los que concurre causa de resolución- responda frente a quienes se ven expropiados de la facultad de desligarse o a rehabilitar el contrato ya resuelto*”. Sobre estas diferentes posturas GONZÁLEZ NAVARRO, B.A., *ob. cit.*, pp. 221-224. También, y ofreciendo una visión del derecho comparado alemán e italiano, JUAN Y MATEU, F., *ob. cit.*, pp. 120-135.

Sin embargo, ha de tenerse en cuenta que la existencia del delito no se resume a la mera concurrencia de estos elementos, sino que es necesario la presencia de un nexo entre los mismos, comúnmente conocido como relación de causalidad. La Ley se refiere a la existencia de una causalidad motivacional y no simplemente material, es decir, el engaño ha de motivar el error, y éste ha de inducir a realizar un acto de disposición patrimonial en perjuicio tanto propio como ajeno, produciéndose de esta manera una relación consecucional.

Como ya se puede intuir, dado el encaje de este delito dentro del grupo de delitos contra el patrimonio y orden socioeconómico, el bien jurídico protegido por esta figura es el patrimonio⁸⁵.

5.2. Elementos de la estafa

En este apartado se analizarán los diferentes elementos que componen el delito de estafa en aras de determinar su concurrencia o no en la actuación de Mecánicas del Noroeste S.L. con Hierro S.L.

Engaño

Este es uno de los elementos esenciales del tipo penal, que lo diferencia de otros delitos como el de apoderamiento, la administración indebida, las insolvencias punibles o la administración fraudulenta. Constituye el primer elemento ejecutivo de la estafa, ya que es precisamente mediante engaño como el autor consigue que el sujeto pasivo del delito le entregue lo que desea hacer suyo.

El Código Penal no define en ningún momento lo que se ha de entender por engaño, por lo que habrá que remitirse a su significado común, es decir, la acción y efecto de hacer creer a alguien, con palabras o de cualquier otro modo, algo que no es verdad.

El engaño en el delito de estafa ha de presentar una serie de caracteres establecidos de forma reiterada por la jurisprudencia del TS: *“el engaño en el delito de estafa tiene que ser un engaño precedente, bastante y causante”* (STS de 19/11/2012, RJ 2013/37).

Por engaño precedente, se ha de entender aquel que antecede al error y al posterior desplazamiento patrimonial. Sin embargo, la posibilidad de comisión del delito de estafa mediante engaño implícito, ha llevado a la existencia de casos en los cuales la línea

⁸⁵ *“Desde el punto de vista penal, es un concepto mixto económico-jurídico integrado por todos los bienes con contenido económico que cuentan con algún tipo de reconocimiento jurídico”* (cfr. GALLEGO SOLER, J. I., “Comentario al art. 248 CP”, en CORCOY BIDASOLO, M., MIR PUIG, S. (Dir.), *Comentarios al Código Penal: Reforma LO 1/2015 y 2/2015*, Tirant lo Blanch, 1ª edición, 2015, p. 856).

divisoria entre el dolo civil y el penal⁸⁶ se muestra confusa. Ello ha dado lugar a lo que el TS denomina “contratos o negocios jurídicos criminalizados”⁸⁷.

En este contexto la distinción entre la estafa y el incumplimiento civil se sitúa en el momento en el que aparezca la voluntad de incumplir con la obligación asumida⁸⁸, de tal manera que, si el ánimo de incumplir existía *ab initio*, se podrá estar ante un delito de estafa (concurriendo todos los demás requisitos), pero si surge con posterioridad a la celebración del contrato, no se estará ante una estafa, sino en todo caso, ante un *dolo subsequens* que nunca puede fundamentar la tipicidad de este delito⁸⁹.

Además, el engaño ha de ser bastante. Su suficiencia o idoneidad se ha de valorar de acuerdo con un baremo mixto objetivo-subjetivo, según el cual se ponderarán tanto la perspicacia o inteligencia del ciudadano medio como las circunstancias que caracterizan al sujeto pasivo⁹⁰. Por tanto, la idoneidad en abstracto del engaño ha de ser completada con su suficiencia en el caso concreto, atendiendo a las circunstancias que lo rodean y a las características personales de la víctima y del autor⁹¹.

Como bien resume la STS de 18/12/2012 (RJ 2013\468):

“a) La valoración de la eficacia causal del engaño debe realizarse caso por caso, calibrando las circunstancias y condiciones concretas de las personas intervinientes, engañador y engañado, y los usos mercantiles aplicables (desterrándose) [...] cualquier conceptualización generalizadora, acudiendo a cada una de las situaciones concretas que la variopinta realidad nos ofrezca.

b) Procede excluir, a su vez, la relevancia típica del engaño objetivamente inidóneo cuando la representación errónea de la realidad captada por el sujeto pasivo deriva de

⁸⁶ “La línea divisoria entre el dolo penal y el dolo civil, en los delitos contra el patrimonio, se sitúa en la tipicidad, de modo que únicamente 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, porque el Ordenamiento Jurídico establece remedios para restablecer el imperio del derecho cuando es conculcado por vicios puramente civiles” (STS de 14/06/2005, RJ 2005\7203). En el simple dolo civil: “es necesario que existan palabras o maquinaciones insidiosas de parte de uno de los contratantes que inducen al otro a celebrar el contrato, pero permanece una posibilidad, aunque remota, de cumplir lo convenido, mientras que el dolo penal aparece cuando [...] se tiene la convicción de que la prestación asumida se presenta imposible o altamente problemática” (STS de 31/12/1996, RJ 1996\9668).

⁸⁷ “Cuando en un contrato una de las partes disimula su verdadera intención, su genuino propósito de no cumplir las prestaciones a las que contractualmente se obligó y como consecuencia de ello la parte contraria, desconocedora de tal propósito, cumple lo pactado y realiza un acto de disposición del que se lucra y beneficia el otro, nos hallamos en presencia de la estafa conocida como negocio o contrato criminalizado y todo aparece como normal, pero uno de los contratantes sabe que no va a cumplir y no cumple y se descubre después, quedando consumado el delito al realizarse el acto dispositivo por parte del engañado” (STS de 23/01/2008, RJ 2008\236). También en este sentido STS de 16/07/1996, RJ 1996\5915.

⁸⁸ Sobre este criterio delimitador y otros que ha utilizado la jurisprudencia vid. DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., “Estafa y dolo civil: criterios para su delimitación”, *Dereito*, n° 21, 2012, pp. 7-35.

⁸⁹ “El conocimiento posterior de las circunstancias de la acción, cuando ya se ha provocado, sin dolo del 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 a los demás elementos del tipo de la estafa” (STS de 8/05/1996, RJ 1996\3803).

⁹⁰ “En otras palabras, la cualificación del engaño como bastante pasa por un doble examen, el primero desde la perspectiva de un tercero ajeno a la relación creada y, el segundo, desde la óptica del sujeto pasivo, sus concretas circunstancias y situaciones, con observancia siempre, de la necesaria exigencia de autodefensa” (STS de 17/05/2016, RJ 2016\3681).

⁹¹ En este sentido STS de 16/03/2010, RJ 2010\4496.

un comportamiento suyo imprudente, no inducido por artimañas o ardidés del sujeto activo. En tal supuesto el error de aquél no es imputable objetivamente al engaño de éste, ni por ello las circunstancias subjetivas de la víctima en este caso convierten en idóneo un engaño que objetivamente no lo es (STS 1873/2000, de 4 de diciembre).

c) [...]es perceptible una evolución de la doctrina desde una posición objetivista, en la cual el engaño bastante sería el capaz de inducir a error a una persona medianamente perspicaz, frente a otra predominantemente subjetivista que pone el acento en la posibilidad e incluso en la obligación en que se encuentra el sujeto pasivo de reaccionar diligentemente frente a la mendacidad del activo.⁹²

d) Finalmente, para conmensurar la eficacia del engaño hemos de partir de una regla, que sólo excepcionalmente puede quebrar. Esta regla podemos enunciarla del siguiente modo: "el engaño ha de entenderse bastante cuando haya producido sus efectos defraudadores". Sería difícil considerar que el engaño no es bastante cuando ha sido efectivo y se ha consumado la estafa⁹³"

Asimismo, y en lo tocante a las modalidades de producción del engaño, éste puede originarse mediante acciones manifiestas (engaño explícito), o bien cuando el autor se comporta de acuerdo a determinados usos sociales y comerciales que implican la afirmación de ciertas circunstancias (engaño implícito)⁹⁴, a esto es a lo que la jurisprudencia se refiere con el nombre de "acción concluyente"⁹⁵.

Por último, cabe decir que la jurisprudencia más reciente solo admite el engaño activo, dado que, en los casos de engaño pasivo, el error preexiste al mismo y no es su consecuencia, lo que excluiría la apreciación del delito de estafa⁹⁶.

En este caso el engaño cumple con los requisitos para su apreciación. En primer lugar, es precedente, puesto que don Miguel conocía desde el primer momento la imposibilidad de afrontar el pago de la mercancía a consecuencia de la difícil situación económica que atravesaba Mecánicas del Noroeste S.L.

⁹² Sobre la evolución de la jurisprudencia desde el enjuiciamiento de la eficacia del engaño, como único criterio para afirmar su tipicidad, hasta el reconocimiento de ciertos deberes de autoprotección vid. PASTOR MUÑOZ, N., "Engaños punibles y mentiras impunes: un análisis de los límites del engaño típico en el delito de estafa a la luz de la STS de 18/07/2003", *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, nº56, 2003, pp. 562-592. En este sentido, "No constituye fin del tipo de la estafa evitar las lesiones patrimoniales fácilmente evitables por el titular del patrimonio que con una mínima diligencia hubiera evitado el menoscabo. [...] Sólo es bastante el engaño cuando es capaz de vencer los mecanismos de autoprotección que son exigibles a la víctima" (cfr. CHOCLÁN MONTALVO, J.A., "Engaño bastante y deberes de autoprotección", *Actualidad Jurídica Aranzadi*, nº 398, 1999, pp. 1-4).

⁹³ "Como excepción a esta regla sólo cabría exonerar de responsabilidad al sujeto 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" (STS de 11/07/2000, RJ 2000\6909).

⁹⁴ En este sentido STS de 18/12/2012, RJ 2013\468. También en GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., et al., "Lección XXIII: Delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico (VI): Estafas", en GONZÁLEZ CUSSAC, J.L. (Coord.), *Derecho penal parte especial*, Tirant lo Blanch, 5ª Edición, 2016, p. 389.

⁹⁵ Aquella "que por su significación social implica la afirmación de circunstancias que son relevantes para la decisión de la disposición patrimonial de la otra parte" (STS de 18/12/2012, RJ 2013\468). Por ejemplo, alquilar un coche implica el propósito de hacer frente a las obligaciones de pago que deriven del contrato, vid. ATS de 5/04/2002, JUR 2002\119664.

⁹⁶ GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., et al., "Lección XXIII: Delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico (VI): Estafas", en GONZÁLEZ CUSSAC, J.L. (Coord.), ob. cit., pp. 390-391.

En segundo lugar, y dentro de la relación normal de tráfico mercantil entre ambas empresas, el engaño gozaba de la entidad e idoneidad suficiente para provocar el error. Además, se trata de un engaño causante, puesto que éste motivó el error y posterior desplazamiento patrimonial en Hierro S.L., así como de un engaño activo e implícito porque don Miguel sabía desde el principio que no iba a atender al pago de la mercancía, si bien el aducir que dicho pedido, de una cantidad mayor a la habitual, respondía a la necesidad de hacer frente a un contrato con un cliente que en realidad nunca existió, puede considerarse como un elemento explícito del engaño.

Error

El error puede definirse como un estado psicológico de falsa representación de la realidad, consecuencia del engaño y causa del acto de disposición⁹⁷.

El error típico de la estafa es de tipo activo, es decir cuando se actúa bajo una falsa presuposición, bastando con que se hayan tomado las manifestaciones del sujeto activo como verdaderas, aunque el estafado alberque dudas sobre su veracidad.

Dicho error, como ya se ha comentado, ha de ser consecuencia del engaño, desencadenando en el sujeto pasivo un acto de disposición en beneficio del sujeto activo o de un tercero⁹⁸.

En este caso el error se manifestaría en el hecho de que Hierro S.L. entendiese que se trata de un pedido más de los habituales en su relación comercial, si bien, que este pedido sea de un volumen mayor, lo achacase a la existencia de un contrato que Mecánicas del Noroeste S.L. ha firmado con un nuevo cliente, creyendo en la veracidad sobre la existencia del mismo.

Acto de disposición

Se ha de entender por acto de disposición toda acción u omisión que implique un desplazamiento patrimonial, no siendo necesario que se lleve a cabo por quien tiene la facultad jurídica para ello⁹⁹.

Lo relevante es que este acto de disposición se produzca a consecuencia del error que se causó mediante engaño bastante. El acto ha de ser realizado por el engañado lo cual supone que éste no tiene por qué coincidir con el sujeto pasivo del delito.

En este caso, tal acto de disposición patrimonial se concreta en la entrega por parte de Hierro S.L. de las mercancías objeto del pedido a Mecánicas del Noroeste S.L.

Por lo que respecta al perjuicio en el delito de estafa, éste consiste en la diferencia de valor entre lo entregado¹⁰⁰, generalmente al autor del delito, y lo que eventualmente se

⁹⁷ GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., et al., *ibíd.*, p. 392.

⁹⁸ En este sentido STS de 16/03/2010, RJ 2010\4496.

⁹⁹ GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., et al., “Lección XXIII: Delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico (VI): Estafas”, en GONZÁLEZ CUSSAC, J.L. (Coord.), *ob. cit.*, p. 394.

¹⁰⁰ En la doctrina, MORENO VERDEJO distingue tres conceptos: el valor de lo defraudado (se corresponde con el valor del acto de disposición o atribución patrimonial que realiza el engañado. Este valor será el que se tenga en cuenta para saber si se está ante un delito leve o no, o si concurre la agravante del art. 250.1.5º CP.), el perjuicio causado (disminución patrimonial del engañado o de un tercero. Este concepto se relacionaría con la esfera de la responsabilidad civil derivada del delito y puede coincidir o no con el valor de lo defraudado), y el lucro obtenido (incrementos patrimoniales habidos en el patrimonio del sujeto activo por la incorporación del valor de lo defraudado y su transformación posterior. Éste se situaría en la fase de

recibe de éste como contraprestación. Si la contraprestación que se recibe es de igual valor no habrá delito de estafa, pero puede haber un perjuicio indemnizable civilmente; por el contrario, si lo que se recibe es de menor valor podrá haber un delito de estafa, aunque civilmente no haya perjuicio¹⁰¹.

El daño patrimonial se determina a través de un criterio objetivo-individual, según el cual no solo se tiene en cuenta el daño propio de la estafa sino también la finalidad patrimonial del titular del patrimonio afectado. De acuerdo con este criterio, cabría apreciar daño patrimonial en casos en los que, a pesar de que la contraprestación no sea de menor valor objetivo, impida la realización de dicha finalidad¹⁰².

Como se comentaba al principio, el tipo exige también la concurrencia de ánimo de lucro. El TS lo define en los siguientes términos: *“ha de entenderse (por éste) cualquier ventaja, provecho, beneficio o utilidad que se proponga obtener el agente, inclusión hecha de los meramente contemplativos o de ulterior beneficencia, [...] mas 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”* (STS de 31/01/1995, RJ 1996\95).

Del relato fáctico del caso se deriva que el valor de lo defraudado se corresponderá con el valor de las mercancías entregadas por Hierro S.L. Por lo que respecta al perjuicio patrimonial, si bien en un principio al no haber sido pagadas las mercancías coincidirá con el valor de lo defraudado, su cuantía podría llegar a ser mayor en función de las consideraciones anteriormente expuestas.

5.3. Sujeto activo y pasivo. Especial mención a la responsabilidad penal de las personas jurídicas

El sujeto activo de esta conducta es don Miguel en calidad de administrador único de Mecánicas del Noroeste S.L., mientras que el sujeto pasivo de la misma es Hierro S.L.

En cuanto a lo que respecta al sujeto activo del delito hay que tener en cuenta que la LO 5/2010 de 22 de junio ha supuesto la eliminación de nuestro ordenamiento jurídico penal del principio *societas delinquere non potest*, según el cual una persona jurídica no podía cometer delitos. La regulación establecida en este sentido ha sido reformada por la LO 1/2015 de 30 de marzo¹⁰³, de tal manera que hoy en día, se establecen una serie de delitos cuya comisión también se puede producir por parte de una persona jurídica (art. 31 *bis* CP) como es el caso de la estafa (art. 251 *bis* CP).

El principio de culpabilidad del art. 5 CP: *“no hay pena sin dolo o imprudencia”*, debe de regir también en estos casos, de manera que la persona jurídica no puede responder

agotamiento del delito y es ajeno a la determinación de la gravedad del mismo o al alcance de su responsabilidad civil). Vid. HUETE NOGUERAS, J., “Las distintas modalidades de estafa en la jurisprudencia de la sala II”, *Curso: última jurisprudencia en materia de delitos contra el patrimonio. Régimen vigente y perspectivas de futuro*, p.26. Disponible en: https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/Ponencia%20Sr.%20Huete%20Nogueras.pdf?idFile=8ff9bbae-abc7-4e04-838c-ea6d786a2d6f

¹⁰¹ GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., et al., “Lección XXIII: Delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico (VI): Estafas”, en GONZÁLEZ CUSSAC, J.L. (Coord.), ob. cit., p. 394.

¹⁰² En este sentido STS de 23/04/1992, RJ 1992\6783.

¹⁰³ En su Exposición de Motivos: *“La reforma lleva a cabo una mejora técnica en la regulación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas” [...], con la finalidad de delimitar adecuadamente el contenido del «debido control», cuyo quebrantamiento permite fundamentar su responsabilidad penal”*.

penalmente de manera automática por la conducta de la persona física autora del delito, sino solo de las conductas que le sean imputables.

Para sustentar la culpabilidad de las personas jurídicas, se han desarrollado dos posturas, una que entiende que ésta se manifiesta a través de la actuación de una persona física que la compromete con su previa actuación delictiva, siempre que se evidencie un hecho de conexión, es la responsabilidad por transferencia, indirecta, derivada, vicarial o por representación; la otra, considera que es propiamente el ente colectivo el que comete el delito y en la que destacan las teorías de “culpabilidad por defecto de organización”, según las cuales es culpable cuando omite la adopción de las medidas de precaución que le son exigibles para garantizar un desarrollo ordenado y no delictivo de su actividad¹⁰⁴.

De los dos títulos de imputación de la responsabilidad¹⁰⁵ de la persona jurídica contenidos en el art. 31 *bis* CP, para este caso resulta de interés el primero de ellos por el cual: “*La persona jurídica será penalmente responsable de los delitos cometidos en nombre o por cuenta de las mismas, y en su beneficio directo o indirecto, por sus representantes legales o por aquellos que actuando individualmente o como integrantes de un órgano de la persona jurídica, están autorizados para tomar decisiones en nombre de la persona jurídica u ostentan facultades de organización y control dentro de la misma*”.

Dentro de estos se encuentran los administradores de derecho que, en autoría única o colegiada, ejercen las funciones de administración de una sociedad en virtud de un título jurídicamente válido, como sería el caso de don Miguel, administrador único de la sociedad.

Además, resulta necesario que la entidad se beneficie de dicha actuación directa o indirectamente, bastando una acción tendente a conseguir este beneficio, sin necesidad de que el mismo se produzca, es decir, siendo suficiente con que la actuación de la persona física se dirija a ello. Solo quedarán excluidas aquellas conductas que sean realizadas por la persona física en su exclusivo y propio beneficio o en el de terceros, y resulten inidóneas para reportar a la entidad beneficio alguno¹⁰⁶.

Por tanto, los hechos del caso podrían motivar la apreciación de responsabilidad penal por parte de Mecánicas del Noroeste S.L., imputándosele ésta a través de la actuación de don Miguel, en calidad de su administrador único. Actuación que, a su vez, le ha reportado el beneficio de obtener, sin pagar su precio, mercancías que utiliza en su actividad.

5.4. Consumación

La consumación de la estafa se produce cuando tiene lugar el desplazamiento patrimonial con el perjuicio y enriquecimiento que le siguen. Con carácter general, el delito se perfecciona cuando el titular del bien se desprende de él, sin ser necesario que el sujeto activo pueda disfrutar del mismo¹⁰⁷.

¹⁰⁴ FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, “Circular 1/2016 sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del Código Penal efectuada por Ley Orgánica 1/2015”, p. 5.

¹⁰⁵ Sobre estas dos vías de imputación vid. GÓMEZ MARTÍN, V., “Comentario al art. 31 *bis* CP”, en CORCOY BIDASOLO, M., MIR PUIG, S. (Dir.), ob. cit., pp. 180 y ss.

¹⁰⁶ FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, “Circular 1/2016 sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del Código Penal efectuada por Ley Orgánica 1/2015”, p. 18.

¹⁰⁷ En este sentido STS de 8/02/2012, RJ 2012\2354.

En este caso el delito se consumó en la fecha de entrega de las mercancías por parte de Hierro S.L., esto es, en febrero de 2016.

5.5. Penalidad y agravantes

La pena del tipo básico de estafa del art. 248.1 CP aparece recogida en el art. 249 CP, que la fija en pena de prisión de seis meses a tres años, siempre que la cuantía de lo defraudado supere los 400 €.

Para la determinación de la pena se tendrán en cuenta el importe de lo defraudado, el quebranto económico causado al perjudicado, las relaciones entre éste y el defraudador, los medios empleados por éste y cuantas otras circunstancias sirvan para valorar la gravedad de la infracción.

Posteriormente en el art. 250 CP se establecen una serie de agravantes, cuya naturaleza es más bien la de subtipos agravados por lo que no podrán compensarse con las atenuantes genéricas¹⁰⁸.

Dentro de estas agravantes, y a tenor de los hechos resaltados en el presente caso, cabe apreciar la concurrencia de la recogida en el art. 250.1.6.º CP que hace referencia a la comisión de la estafa con abuso de las relaciones personales existentes entre víctima y defraudador, o cuando éste aproveche su credibilidad empresarial o profesional.

El fundamento de esta agravante descansa en la mayor facilidad o desprotección del bien jurídico en estas relaciones¹⁰⁹, castigándose el aprovechamiento de una apariencia alcanzada dentro del ámbito empresarial y profesional sin que sea necesario una relación previa.

No cabe duda de que la relación profesional que mantenían desde hace años Mecánicas del Noroeste S.L. y Hierro S.L., así como el clima de confianza mutua que se había forjado entre las mismas como consecuencia de ésta, propiciaron una confianza superior o de especial entidad que la que se produciría en un caso de estafa ordinaria.

Otro aspecto a tener en cuenta es que, en el relato fáctico de los hechos, no se dice cuál es el valor de la mercancía entregada por Hierro S.L., cuantía que permitiría saber cuál es el valor económico de la defraudación.

El valor de la defraudación resulta determinante a la hora de delimitar el marco de penalidad. Si el valor de la misma no superase los 400 € se estaría ante un delito leve de estafa, castigado con multa de uno a tres meses. Si resultase mayor de 400 €, la pena sería de seis meses a tres años de prisión que, de apreciarse la agravante anteriormente

¹⁰⁸ GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., et al., “Lección XXIII: Delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico (VI): Estafas”, en GONZÁLEZ CUSSAC, J.L. (Coord.), ob. cit., p. 400.

¹⁰⁹ “La agravación específica de abuso de relaciones personales junto al aprovechamiento de una credibilidad empresarial o profesional aparecen caracterizadas «por la especial naturaleza de la fuente que provoca la confianza», [...] reservada para aquellos supuestos en los que además de quebrantar una confianza genérica, subyacente en todo hecho típico de esta naturaleza, se realice la acción típica desde una situación de mayor confianza o de mayor credibilidad que caracteriza determinadas relaciones previas y ajenas a la relación subyacente, en definitiva un plus que hace de mayor gravedad el quebrantamiento de confianza implícito en delitos de este tipo, pues en caso contrario, tal quebrantamiento se encuentra ordinariamente inserto en todo comportamiento delictivo calificable como estafa” (STS de 16/02/2007, RJ 2007\4711).

mencionada, o si el valor de la defraudación fuese superior a 50.000 € (art.250.1 5.º CP), podría elevarse a prisión de uno a seis años y multa de seis a doce meses.

Si el valor económico del fraude fuese superior a 250.000 € resultaría de aplicación el art. 250.2 CP que establece un marco de penalidad de prisión de cuatro a ocho años y multa de doce a veinticuatro meses.

Finalmente, si se apreciase la responsabilidad penal de Mecánicas del Noroeste en los términos anteriormente analizados, se le impondrá la pena recogida en el art. 251 *bis* CP.

5.6. Competencia

Si bien la competencia para conocer de los delitos la tienen los Juzgados de lo Penal, no se puede olvidar la especial transcendencia que tiene para el caso que Mecánicas del Noroeste S.L. se encuentre en situación de concurso de acreedores.

Hay que señalar que la prejudicialidad penal opera también en los supuestos de concurso. Tanto en el art. 8 LCon como en el art. 86 *ter* LOPJ se establece que el juez del concurso tiene competencia exclusiva y excluyente en una serie de materias, dejando fuera, entre otras, las correspondientes al orden penal.

No obstante, los jueces de los órdenes contencioso-administrativo, social o penal ante los que se ejerciten, con posterioridad a la declaración del concurso, acciones que pudieran tener transcendencia para el patrimonio del deudor emplazarán a la administración concursal y la tendrán como parte en defensa de la masa, si se personase (art. 50.4 LCon).

La incoación y tramitación de causas ante la jurisdicción penal que puedan tener relación con el concurso no motivaran la suspensión del mismo¹¹⁰. Así el artículo 189 LCon, poniéndolo en relación con el art. 10.2 LOPJ y 40 LEC, impide la suspensión del concurso por la mera existencia de procesos penales relacionados con elementos del mismo.

6. SOBRE EL IMPAGO DE LAS LIQUIDACIONES DEL IVA

6.1. El delito de defraudación fiscal

El Código Penal regula en su Título XIV los denominados delitos contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social.

Los delitos tributarios se configuran para proteger la consecución de los ingresos públicos, ya que mediante su comisión se impide que la Hacienda Pública tenga acceso a ellos, afectando de este modo a su capacidad económica y a la plena realización de principios tributarios como el de generalidad.

En concreto el delito de defraudación tributaria aparece regulado en los artículos 305 y 305 *bis* del CP. El bien jurídico protegido, asumiendo la tesis patrimonialista predominante en la jurisprudencia, es el interés patrimonial de la Hacienda Pública, reconociéndose que ese bien se concreta en la necesidad de obtener los recursos públicos

¹¹⁰ VILLENA CORTÉS, F. de B. actualizado por BERMÚDEZ ÁVILA, M., “El proceso concursal. Cuestiones de procedimiento general”, en PRENDES CARRIL, P., PONS ALBENTOSA, L. (Directores), ob. cit., p. 855.

tributarios en la fase de liquidación de los tributos¹¹¹. La protección de este interés público responde al mandato constitucional contenido en el art. 31 CE.

El sujeto pasivo del delito es por tanto la Hacienda Pública, y para su comisión se requiere la previa existencia de una relación jurídico-tributaria entre ella y el sujeto activo, el cual solo puede ser el obligado tributario, configurándose como un delito especial propio.

El tipo penal contiene diversas modalidades de acción, de las cuales, y para el caso que nos ocupa, habrá que centrar la atención en la elusión en el pago de tributos.

Para saber si los hechos encajan en esta figura, además de que se haya producido la defraudación hay que atender a la cuantía defraudada. La actuación defraudadora solo tendrá la consideración de delito en los términos del art. 305 CP cuando la cuantía de la cuota defraudada supere los 120.000 €¹¹², de no ser así, se estará, en su caso, ante una infracción tributaria y no un delito tributario.

Para el cálculo de la cuota defraudada se ha de seguir lo dispuesto en el art. 305.2 a) CP que establece que, si se trata de tributos, retenciones, ingresos a cuenta o devoluciones, periódicos o de declaración periódica, se estará a lo defraudado en cada período impositivo o de declaración.

En este caso se trata del impago del Impuesto sobre el Valor Añadido durante los ejercicios 2015 y 2016, resultando un saldo a ingresar a favor de la Hacienda Pública por importe total de 12.000 €. Será esta cantidad la que se tenga en cuenta como cuantía de la cuota defraudada, y por tanto no cabe la apreciación de un delito de defraudación tributaria, sino en su caso, de una infracción tributaria.

6.2. Infracción tributaria

El IVA es un impuesto de carácter indirecto, real, objetivo, proporcional e instantáneo¹¹³. Cuenta con su propia regulación específica en la ley 37/1992 de 28 de diciembre del Impuesto sobre el Valor Añadido, y será dentro de ésta donde habrá que buscar si los hechos relatados en el caso se corresponden con alguna de las infracciones que la misma prevé.

Tendrán la consideración de sujetos pasivos del Impuesto “*las personas físicas o jurídicas que tengan la condición de empresarios o profesionales y realicen las entregas de bienes o presten los servicios sujetos al mismo*” (art. 84.1 LIVA), siendo el hecho imponible “*las entregas de bienes y prestaciones de servicios realizadas en el ámbito espacial del impuesto por empresarios o profesionales a título oneroso, con carácter habitual u ocasional, en el desarrollo de su actividad empresarial o profesional*” (art. 4 LIVA).

¹¹¹ GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., et al., “Lección XXX: Delitos contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social”, en GONZÁLEZ CUSSAC, J.L. (Coord.) ob. cit., p. 515. Otros autores lo han considerado como un delito contra el patrimonio, o han apuntado a otros bienes jurídicos como la contribución al sostenimiento de las cargas públicas. Vid. GARCÍA NOVOA, C., “El delito fiscal. Aspectos jurídico-tributarios”, *Dereito*, nº12, 2003, pp. 37-84.

¹¹² Hay autores que consideran que ésta no debería ser la única frontera entre el delito y la infracción. En este sentido FERNÁNDEZ JUNQUERA, M., “La débil frontera entre la infracción tributaria y el delito penal de defraudación”, en MARTÍNEZ DE PISON, J. (Dir.), *Tratado sobre la Ley General Tributaria Tomo II*, Thomson Aranzadi, 2010, pp. 875-895.

¹¹³ CUBERO TRUYO, A., “Capítulo XI: El Impuesto sobre el Valor Añadido”, en PÉREZ ROYO, F. (Dir.), *Curso de Derecho Tributario Parte Especial*, Tecnos, 9ª edición, 2015, pp. 713 y ss.

Se configura como un impuesto autoliquidable¹¹⁴, donde el sujeto pasivo ha de presentar la declaración y liquidación del impuesto, procediendo posteriormente a ingresar, en su caso, la cuota resultante. A estos efectos formales, el IVA se comporta como un impuesto periódico en el que todos los hechos realizados durante cada trimestre natural se reúnen en una sola declaración-liquidación, estableciéndose también la necesidad de presentar una declaración-resumen anual.

Una vez realizada esta breve descripción del impuesto, es hora de examinar el régimen sancionador que la LIVA prevé ante el incumplimiento de las obligaciones que establece.

Las infracciones y correspondientes sanciones en materia de IVA se regulan en la LIVA en los artículos 170 y 171. En particular el art. 170.1 dispone 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”*. Posteriormente en su apartado dos se establecen una serie de infracciones específicas en el ámbito de este impuesto.

De los hechos que se esgrimen en el caso, y sin una información más detallada de diversos aspectos, la conducta descrita, es decir, no presentar las autoliquidaciones del IVA durante los ejercicios 2015 y 2016, no es subsumible dentro de ninguna de las infracciones previstas en el citado art. 170.2 LIVA. Es por ello que la posible infracción tributaria tendrá que examinarse de acuerdo con las disposiciones de la LGT tal y como se desprende del art. 170.1 LIVA.

Dentro de las distintas infracciones tributarias que la LGT establece, los hechos del caso se pueden encuadrar dentro de la infracción tributaria por dejar de ingresar la deuda tributaria que debiera resultar de una autoliquidación, recogida en el art. 191 de dicha norma.

Su tenor literal es el que sigue: *“Constituye infracción tributaria dejar de ingresar dentro del plazo establecido en la normativa de cada tributo la totalidad o parte de la deuda tributaria que debiera resultar de la correcta autoliquidación del tributo, salvo que se regularice con arreglo al artículo 27 o proceda la aplicación del párrafo b) del apartado 1 del artículo 161, ambos de esta ley”*.

Como se puede ver solo hay dos circunstancias que suponen una salvedad a la existencia de esta infracción, que son, la regularización de la situación mediante la presentación de una autoliquidación extemporánea, o que se haya abierto el periodo ejecutivo, para lo cual resulta necesario que se haya presentado la autoliquidación del IVA pero no se haya satisfecho el pago.

La última de estas salvedades no se da. El caso menciona que Mecánicas del Noroeste S.L. no presentó las autoliquidaciones del IVA correspondientes a los ejercicios 2015 y 2016 y en consecuencia tampoco efectuó el pago de los 12.000 € que habrían resultado a ingresar como consecuencia de las mismas. Por tanto, el periodo ejecutivo para efectuar dicho pago todavía no se ha iniciado puesto que no se presentaron las preceptivas autoliquidaciones.

¹¹⁴ Las autoliquidaciones han de presentarse dentro de los veinte primeros días naturales del mes siguiente al período de liquidación, salvo en el caso del último periodo del año que se podrán presentar hasta el día treinta de enero (art. 71.4 RIVA).

La existencia de la infracción tributaria dependerá de si Mecánicas del Noroeste S.L. ha sido requerida o no al respecto por parte de la Administración tributaria. Si todavía ésta no ha efectuado un requerimiento previo a Mecánicas del Noroeste S.L., esta última está a tiempo de presentar una autoliquidación complementaria por estos dos ejercicios.

Cabe advertir que, para que resulte de aplicación el régimen sancionador que se señala a continuación, las autoliquidaciones extemporáneas deberán identificar expresamente el período impositivo de liquidación al que se refieren y deberán contener únicamente los datos relativos al mismo (art. 27.4 LGT).

Si la presentación de la autoliquidación se efectúa 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 o 15 % respectivamente. Estos porcentajes se aplicarán sobre el importe a ingresar resultante de las autoliquidaciones (12.000 €) excluyéndose las sanciones que hubieran podido exigirse y los intereses de demora devengados hasta la presentación de las mismas.

Si su presentación se efectúa una vez transcurridos más de 12 meses, el recargo será del 20 %, excluyéndose del importe al que se le aplique este porcentaje las sanciones que hubiesen podido exigirse, pero sí que 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 se haya presentado (art. 27.2 LGT).

Estos recargos podrán experimentar una reducción del 25 % siempre que se realice el ingreso restante del recargo según los plazos del art. 62.2 LGT, abiertos desde el momento en el que se le notifique la liquidación de dicho recargo, y se ingrese el total del importe de la deuda resultante de la autoliquidación al tiempo de su presentación, o en los plazos fraccionados que en su caso pudiera haber concedido la Administración (art. 27.5 LGT).

En caso de que no proceda Mecánicas del Noroeste S.L. a la regularización de esta situación se expone a la posibilidad de que la Administración Tributaria inicie un procedimiento de inspección que termine por apreciar la comisión de una infracción tributaria del art. 191 LGT. Dicha infracción será calificada grave, dado que la base de la sanción (12.000 €) es superior a 3.000 € y ha habido ocultación:

“Se entenderá que existe ocultación de datos a la Administración tributaria cuando no se presenten declaraciones o se presenten declaraciones en las que se incluyan hechos u operaciones inexistentes o con importes falsos, o en las que se omitan total o parcialmente operaciones, ingresos, rentas, productos, bienes o cualquier otro dato que incida en la determinación de la deuda 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” (art. 184.2 LGT)¹¹⁵.

¹¹⁵ “Se entenderá que existe ocultación de datos a la Administración tributaria aun cuando la Administración tributaria pudiera conocer la realidad de las operaciones o los datos omitidos por declaraciones de terceros, por requerimientos de información o por el examen de la contabilidad, libros o registros y demás documentación del propio sujeto infractor”(art. 4 RGRST). De modo que “La ocultación se produce cuando concurren las circunstancias previstas para ello en el citado art. 184.2 NLGT -como aquí sucede, y se ha reiterado-, incluso cuando la Administración llegue a conocer los datos omitidos de la documentación del propio sujeto infractor” (STSJ de Castilla y León de 16/12/2013, JT 2014\407). “Y es que como señala la STS de 10 de septiembre de 2009 ‘La ocultación a la Administración [...] exige también la concurrencia del principio de culpabilidad a fin de eliminar cualquier atisbo de responsabilidad

Tal incidencia en este caso es del 100 % puesto que coincide con la base de la sanción¹¹⁶.

La sanción consistirá en multa pecuniaria proporcional del 50 al 100 % y se graduará incrementando el porcentaje mínimo en caso de comisión repetida de infracciones tributarias y de perjuicio económico para la Hacienda Pública¹¹⁷.

Dado que en el caso no se menciona nada al respecto, se partirá de que no ha existido la comisión repetida de infracciones y se evaluará solo la existencia de perjuicio para la Hacienda Pública, el cual se determinará por el porcentaje resultante de dividir la base de la sanción por la cuantía que debiera ingresarse (art. 187.1 b) LGT). Al ser éste del 100 % en el presente caso el porcentaje mínimo de la sanción se incrementará en 25 puntos porcentuales por lo que finalmente la sanción será de 9000 €¹¹⁸.

Esta sanción podrá ser objeto de reducción en los términos que recoge el art. 188 LGT. Dado que con los datos del enunciado no parece que se trate de un supuesto en el que *a priori* pueda ser factible la elaboración de un acta con acuerdo, la única vía de obtener una reducción de la sanción es mediante un acta de conformidad con los hechos y la propuesta de regularización que dé la Administración Tributaria.

Si se firma un acta de conformidad la reducción que se aplicará será del 30 %. Una vez aplicada esta reducción se podrá practicar una reducción adicional de 25 % si se realiza el ingreso restante de la sanción (ya incluida la reducción del 25 % adicional) en los plazos del art. 62.2 LGT y no se interpone recurso o reclamación contra la liquidación o sanción (art. 188.3 LGT).

*objetiva. Se requiere, pues, que la Administración razone el porqué de la aplicación de esa circunstancia que agrava la sanción mínima que ha querido establecer el legislador, pues en caso contrario se llega al resultado de imponer con criterios de generalidad la sanción agravada...’ [...] Debiendo tener presente en todo caso, que la ocultación exige un especial ánimo defraudatorio o un grado de culpabilidad que va más allá de ‘la simple negligencia’” (STSJ de Castilla y León de 4/04/2016, JT 2016\797). También sobre el concepto de ocultación vid. VAQUERA GARCÍA, A., “Lección 15: Infracciones y sanciones tributarias. Delitos Fiscales”, en MERINO JARA, I. (Dir.), *Derecho Financiero y Tributario. Parte General: lecciones adaptadas al EEES*, Tecnos, 4ª edición, 2014, pp. 544 y ss.*

¹¹⁶ Hay autores que sostienen que no puede descartarse que se afecte el principio *non bis in idem* cuando la infracción del art. 191 LGT haya sido calificada como grave por aplicación del criterio de ocultación. La simple comisión de la infracción del art. 191 LGT determinará automáticamente, en la práctica totalidad de los supuestos, la agravación del tipo básico por la concurrencia de la ocultación como criterio de calificación. Vid. AGUALLO AVILÉS, A., BUENO GALLARDO, E., “Estudio de las infracciones tributarias previstas en los artículos 191 y 192 de la Ley General Tributaria”, *Crónica Tributaria*, nº 132, 2009, pp. 9-62.

¹¹⁷ ALMENAR BELENGUER, J., RIPLEY SORIA, D., “Título IV: Capítulo III Clasificación de las infracciones y sanciones tributarias”, en HERRERO DE EGAÑA, J.M. (Coord.), *Comentarios a la Ley General Tributaria*, VOL. II, Thomson Aranzadi, 1ª edición, 2008, p. 1359.

¹¹⁸ Base de la sanción X [50% (191.3 LGT) +25% (187.1b) LGT]= 12.000 X 0,75= 9000€. Sobre el cálculo de estas sanciones vid. RAMÓN DE LA POZA, L.M., *Procedimientos Tributarios: infracciones y sanciones*, Ediciones Experiencia, 1ª edición, 2005.

7. CONCLUSIONES

A continuación, se detallan las principales conclusiones extraídas del estudio de las cuestiones precedentes.

I. La cancelación anticipada del préstamo con Banco de Galicia S.A. por parte de Mecánicas del Noroeste S.L. puede ser objeto de rescisión a través del ejercicio de la acción rescisoria concursal (art. 71 LCon). Para ello es necesario que concurren sus dos presupuestos: la existencia de perjuicio para la masa activa y la realización del acto o negocio en los dos años anteriores a la declaración de concurso. El requisito temporal se cumple en el caso en cuestión, en cuanto al perjuicio, su identificación se facilita mediante las presunciones contenidas en el art. 71 LCon.

La actuación de la concursada supone la extinción de una obligación de vencimiento posterior a la declaración de concurso, ahora bien, el caso no aclara si dicha obligación contaba o no con garantía real, lo cual abre dos posibilidades: en el supuesto de que sí dispusiese de ella, los hechos resultarían subsumibles dentro de la presunción *iuris tantum* de perjuicio contenida en el art. 71.3.3º LCon, mientras que si no contase con este tipo de garantía, tal actuación encajaría en la presunción *iuris et de iure* de perjuicio del art. 71.2 LCon.

Tratándose de la presunción *iuris et de iure*, o bien de la presunción *iuris tantum* y no siendo probada la inexistencia de perjuicio por la contraparte en este caso, la acción prosperará.

En cuanto a los efectos de la rescisión, se originará un crédito de restitución a favor de la masa a cargo de Banco de Galicia S.A. que deberá reintegrar a la misma las cantidades indebidamente percibidas por la cancelación anticipada, reconociéndose a su favor un crédito concursal en la lista de acreedores con la clasificación que se derive de los arts. 89 y ss. LCon.

Declarado el concurso, el ejercicio de la acción rescisoria concursal y demás acciones de impugnación corresponde a la administración concursal con carácter principal (art.72.1 LCon). Veta S.L., uno de los acreedores de la concursada personado en el concurso, únicamente estará legitimado subsidiariamente para entablar dicha acción en el caso de que, transcurridos dos meses desde que haya instado por escrito a la administración concursal para su ejercicio, ésta no hubiese procedido a ello.

II. El contrato de compraventa del inmueble celebrado entre don Miguel y doña María es susceptible de ser rescindido, nuevamente, mediante el ejercicio de la acción rescisoria concursal sobre la base de la presunción *iuris tantum* de perjuicio del art. 71.3.1º LCon, al suponer un acto dispositivo a título oneroso realizado a favor de una persona especialmente relacionada con la concursada, como es el caso de doña María (art. 93.2.1º LCon).

Resultando finalmente rescindido el contrato, se derivarán los siguientes efectos para las partes:

Doña María deberá reintegrar el inmueble a la masa activa en las mismas condiciones en las que fue adquirido, esto es, libre de la hipoteca con la que lo gravó, o bien, entregar junto con éste el equivalente en dinero necesario para cancelarla.

En cuanto a la clasificación del crédito a su favor, habrá que atender a si la eventual sentencia que resuelva sobre la acción rescisoria, aprecia o no su mala fe, clasificándose como subordinado (art. 92.6° LCon) o contra la masa respectivamente (art. 84.2.8° LCon).

El Banco Santander S.A., titular de un derecho real de garantía sobre el citado inmueble, ostenta la condición de tercero hipotecario (art. 34 LH). Éste adquiere de buena fe su derecho del titular registral, doña María, a través de un título de naturaleza onerosa válido pero que deviene ineficaz. Una vez adquirido, se convierte en titular registral del mismo dado que procede a su inscripción en el Registro de la Propiedad, no constando en éste la causa por la que se resuelve o anula el título del *tradens*.

En virtud del principio de fe pública registral, dicha condición de tercero hipotecario hace que su posición resulte inatacable, de tal manera que la rescisión de la compraventa no podrá afectar al derecho real constituido a su favor, siendo doña María la que tenga que cancelar tal hipoteca.

Por lo que respecta a don Miguel, su actuación, ante una eventual calificación del concurso, puede determinar su carácter de culpable si se aprecia la venta del inmueble como una salida fraudulenta de bienes *ex* art. 164.2.5° LCon. Resultando don Miguel afectado por la sentencia de calificación, se enfrenta a las consecuencias recogidas en los apartados 2° y 3° del art. 172.2 LCon.

En el caso de que se abriese la fase de liquidación y se calificase el concurso como culpable, existiendo déficit concursal, la administración concursal podría instar contra él la acción de responsabilidad concursal en virtud del art. 172 *bis* LCon, pudiendo ser condenado a cubrir total o parcialmente el déficit con su patrimonio personal, en la medida en la que la conducta que ha determinado tal calificación haya generado o agravado la insolvencia, y en los términos que se establezcan en la sentencia.

Asimismo, en el caso de que por su actuación la sociedad decida entablar contra él la acción social de responsabilidad (art. 238 LSC), una vez declarado el concurso, su ejercicio corresponderá exclusivamente a la administración concursal (art. 48 *quater* LCon).

III. En lo tocante al contrato celebrado entre Mecánicas del Noroeste S.L. y Eléctricas Renovables S.A., cabe decir que su naturaleza responde a la de un contrato de suministro, contrato atípico y paradigma de los contratos de tracto sucesivo.

La cláusula que éste contiene se tendrá por no puesta (art. 61.3 LCon), sin embargo, ello no será un impedimento para que, en caso de incumplimiento, la eléctrica pueda solicitar su resolución, ya sea *ex* art. 62.1 LCon, o bien a través del art. 63.1 LCon en virtud del principio general de prohibición de plazos perpetuos.

La resolución del contrato, una vez declarado el concurso, no podrá realizarse extrajudicialmente, sino que habrá de sustanciarse a través del incidente concursal. Si ésta resulta acordada, lo que Mecánicas del Noroeste S.L. adeudaba a la eléctrica con anterioridad a la declaración del concurso será considerado como crédito concursal, mientras que los impagos que continuasen con posterioridad a dicha declaración tendrán la consideración de créditos contra la masa.

No obstante, a pesar de que sea posible su resolución, el juez atendiendo al interés del concurso puede acordar que se continúe con el cumplimiento del contrato (art. 62.3 LCon). En estos casos, tanto la doctrina como la jurisprudencia han discutido si solo

debían tener la consideración de créditos contra la masa los derivados de incumplimientos posteriores a la declaración del concurso, o también los que se produzcan por incumplimientos anteriores a tal fecha por parte del concursado. En este sentido, considero más adecuada esta última postura, asumida por el TS, tanto por una interpretación literal del art. 62.3 LCon en relación con el art. 84.2.7º LCon, como por el hecho de compensar de esta manera a la parte *in bonis*, dado que se le obliga a mantener vigente un contrato pese al incumplimiento ya producido del concursado, privándola del derecho que tiene *ex art.* 1124 CC y 62.1 LCon.

IV. Abordando la cuarta cuestión, cabe concluir que las actuaciones de Mecánicas del Noroeste S.L. con Hierro S.L. son constitutivas de un delito consumado de estafa (art. 248 CP), habida cuenta de que en las mismas concurren los elementos del tipo: un engaño precedente de carácter activo e implícito en la actuación de su administrador, puesto que sabía desde el principio que no iba a poder atender al pago de las mercancías; engaño que, a su vez, mostraba la entidad e idoneidad suficiente para provocar el error en Hierro S.L.; y finalmente, el consiguiente desplazamiento patrimonial al entregar ésta las mercancías.

Además, los hechos del caso podrían dar lugar a la apreciación de responsabilidad penal por parte de Mecánicas del Noroeste S.L., imputándosele la misma a través de la actuación de don Miguel, en calidad de su administrador único, en los términos del art. 31 *bis* CP en relación con el art. 251 *bis* CP.

Dicho delito es castigado en función del valor de lo defraudado. Si fuese superior a 400 €, la pena sería de prisión de seis meses a tres años, elevándose ésta, de ser apreciada la concurrencia de los subtipos agravados analizados (art. 250.1. 5º y 6º y 250.2 CP); si fuese inferior, se estaría ante un delito leve de estafa, castigado con multa de uno a tres meses.

La incoación y tramitación de la eventual causa al respecto no motivará la suspensión del concurso de acreedores de Mecánicas del Noroeste S.L. (art. 189 LCon).

V. Finalmente, durante los ejercicios 2015 y 2016, Mecánicas del Noroeste, S.L. no presentó las declaraciones trimestrales del IVA, las cuales arrojaban un saldo a ingresar a la Hacienda Pública por importe de 12.000 €. Dicho importe, que representa la cuantía de la cuota defraudada, al ser menor a 120.000 € determina que tal actuación no sea constitutiva de un delito de defraudación tributaria (art. 305 y 305 *bis* CP).

No obstante, los hechos suponen una infracción tributaria por dejar de ingresar la deuda tributaria que debiera resultar de una autoliquidación (art. 191 LGT).

Dado que en el caso no se dice nada al respecto, si todavía Mecánicas del Noroeste S.L. no ha sido requerida por parte de la Administración Tributaria, se encuentra a tiempo de presentar una autoliquidación complementaria por estos dos ejercicios, debiendo pagar el correspondiente recargo en función de cuánto tiempo haya transcurrido hasta la presentación de la misma (art. 27 LGT). De no proceder a ello, se expone a la posibilidad de que la Administración Tributaria inicie un procedimiento de inspección que termine por apreciar la comisión de dicha infracción tributaria, que será calificada como grave, dado que la base de la sanción (12.000 €) es superior a 3.000 € y ha habido ocultación (art. 184.2 LGT).

Asimismo, concurriendo perjuicio para la Hacienda Pública, la sanción mínima se incrementará de acuerdo con el art. 187.1 b) LGT, resultando finalmente una sanción de 9000 €, que podrá ser objeto de reducción en los términos que recoge el art. 188 LGT.

8. BIBLIOGRAFÍA

- AGUALLO AVILÉS, A., BUENO GALLARDO, E., “Estudio de las infracciones tributarias previstas en los artículos 191 y 192 de la Ley General Tributaria”, *Crónica Tributaria*, nº 132, 2009, pp. 9-62.
- ALMENAR BELENGUER, J., RIPLEY SORIA, D., “*Título IV: Capítulo III Clasificación de las infracciones y sanciones tributarias*”, en HERRERO DE EGAÑA, J.M. (Coor.), *Comentarios a la Ley General Tributaria*, VOL. II, Thomson Aranzadi, 1ª edición, 2008, pp. 1355-1360.
- BLASCO GASCÓ, F., *Declaración de concurso y contratos*, Tirant lo Blanch, 1ª edición, 2009.
- BUSTILLO SAIZ, M., *La impugnación de los actos perjudiciales para la masa activa en la Ley Concursal*, Wolters Kluwer, 1º edición, 2016.
- CHOCLÁN MONTALVO, J.A., “Engaño bastante y deberes de autoprotección”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, nº 398, 1999, pp. 1-4.
- CORDÓN MORENO, F., (Dir.), *Comentarios a la Ley Concursal*, Tomo I, Thomson Reuters Aranzadi, 2ª edición, 2010.
- CORCOY BIDASOLO, M., MIR PUIG, S. (Dir.), *Comentarios al Código Penal: Reforma LO 1/2015 y 2/2015*, Tirant lo Blanch, 1ª edición, 2015
- CUBERO TRUYO, A., “Capítulo XI: El Impuesto sobre el Valor Añadido”, en PÉREZ ROYO F. (Dir.), *Curso de Derecho Tributario Parte Especial*, Tecnos, 9ª edición, 2015, pp. 713 y ss.
- DÍAS VALES, F., “Régimen jurídico de la acción rescisoria concursal”, *Anuario de la Facultad de Derecho*, Universidad Alcalá III, 2010, pp.261-299.
- DÍEZ PICAZO, L., “Capítulo XXI: La fe pública registral”, en DÍEZ PICAZO, L., *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial III*, Thomson-Civitas, 5ª edición ,2008.
- DOMÍNGUEZ LUELMO, A., “Comentarios al artículo 34 de la Ley Hipotecaria”, en DOMÍNGUEZ LUELMO, A. (Dir.), *Comentarios a la Ley Hipotecaria*, Thomson Reuters Aranzadi, 2ª edición, 2016, pp. 554-585.
- DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., “Estafa y dolo civil: criterios para su delimitación”, *Dereito*, nº 21, 2012, pp. 7-35.
Disponible en:
<http://www.usc.es/revistas/index.php/dereito/article/download/387/384>
- FERNÁNDEZ JUNQUERA, M., “La débil frontera entre la infracción tributaria y el delito penal de defraudación”, en MARTÍNEZ DE PISON J. (Dir.), *Tratado sobre la Ley General Tributaria Tomo II*, Thomson Aranzadi, 2010, pp. 875-895.
- FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, “Circular 1/2016 sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del Código Penal efectuada por Ley Orgánica 1/2015”.
Disponible en:
https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/CIRCULAR%201-2016%20-%20PERSONAS%20JUR%C3%8DDICAS.pdf?idFile=cc42d8fd-09e1-4f5b-b38a-447f4f63a041
- GARCÍA ESCOBAR, G.A., “El tratamiento de los créditos concursales y el principio par conditio creditorum”, *Revista Internacional de Doctrina y Jurisprudencia*, Vol. 5, 2014, pp. 1-31.
Disponible en:
http://www.ual.es/revistas/RevistaInternacionaldeDoctrinayJurisprudencia/pdfs/2014-03/articulos_el-tratamiento-de-los-creditos.pdf

- GARCÍA NOVOA, C., “El delito fiscal. Aspectos jurídico-tributarios”, *Dereito*, nº12, 2003, pp. 37-84.
- GONZÁLEZ CUSSAC, J.L (Coord.), VIVES ANTÓN, T.S, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ C., ORTS BERENGUER, E., CUERDA ARNAU, M^a. L., CARBONELL MATEU, J.C., y BORJA JIMÉNEZ, E.; *Derecho penal parte especial*, Tirant lo Blanch, 5^a Edición revisada y actualizada a la LO 1/2015, 2016.
- GONZÁLEZ NAVARRO, B.A., “Los límites del interés del concurso: el contrato de suministro de energía eléctrica”, *Anuario de Derecho Concursal*, nº. 25, 2012, pp. 207-236.
- HUETE NOGUERAS, J., “Las distintas modalidades de estafa en la jurisprudencia de la sala II”, *Curso: ultima jurisprudencia en materia de delitos contra el patrimonio. Régimen vigente y perspectivas de futuro*.
Disponible en:
https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/Ponencia%20Sr.%20Huete%20Nogueras.pdf?idFile=8ff9bbae-abc7-4e04-838c-ea6d786a2d6f
- JUAN Y MATEU, F., “Los contratos de suministro en el concurso de la parte suministrada”, *Anuario de Derecho Concursal*, nº. 13, 2008, pp. 115-151
- MACÍAS CASTILLO, A., JUEGA CUESTA, R. (Coords), *Ley Concursal Comentada*, Lefebvre el derecho, 2^a edición, 2016.
- MARTÍN REYES, M^a. A., “El perjuicio como fundamento de la acción rescisoria concursal”, *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal: Anales de doctrina, praxis, jurisprudencia y legislación*, nº. 12, 2010, pp. 167-196.
- MARTÍNEZ SANZ F., BROSETA PONT, M., *Manual de Derecho Mercantil Vol.II contratos mercantiles, derecho de títulos-valores y derecho concursal*, Tecnos, 23^a edición, 2016.
- MERINO JARA, I. (Dir.), *Derecho Financiero y Tributario. Parte General: lecciones adaptadas al EEES*, Tecnos, 4^a edición, 2014.
- MUÑOZ PAREDES, A., *Tratado Judicial de la responsabilidad de los administradores. Volumen II La responsabilidad concursal*, Thomson Reuters Aranzadi, 1^a edición, 2015.
- NATERA HIDALGO, R.D.(Coord.), *Fiscalidad de los contratos civiles y mercantiles*, CISS, Wolters Kluwer, 7^a edición, 2011.
- OLIVENCIA RUIZ, M. y AA. VV., *Estudios sobre la Ley Concursal: libro homenaje a Manuel Olivencia*, Marcial Pons, Tomo IV, 1^a edición, 2005.
- PASTOR MUÑOZ, N., “Engaños punibles y mentiras impunes: un análisis de los límites del engaño típico en el delito de estafa a la luz de la STS de 18/07/2003”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, nº56, 2003, pp. 562-592.
- PRENDES CARRIL, P., PONS ALBENTOSA, L. (Directores), *Practicum Concursal 2017*, Thomson Reuters, 1^a edición, 2016.
- QUIJANO GONZÁLEZ, J., “Coordinación de las acciones societarias (social, individual y por deudas) y concursales de responsabilidad”, *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, nº 22, 2015, pp. 43-50.
- RAMÓN DE LA POZA, L.M., *Procedimientos Tributarios: infracciones y sanciones*, Ediciones Experiencia, 1^a edición, 2005.
- RIBELLES ARELLANO, J. M.^a, “La naturaleza jurídica de la responsabilidad concursal”, *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, nº 22, 2015, pp. 215-221.
- VILLANUEVA GARCÍA-POMAREDA, B., “La legitimación y las costas de la acción de reintegración”, *Anuario de Derecho Concursal*, nº. 27, 2012, pp. 303-324.

Jurisprudencia:

- AAP de Barcelona de 24/10/2008, JUR 2009\35554
- AJMER de Oviedo de 13/12/2005, JUR 2006\123836.
- ATS de 5/04/2002, JUR 2002\119664
- RDGRN de 1/9/2000, RJ 2000\7394
- RDGRN de 23/10/2006, RJ 2006\7158
- SAP de Alicante, (Secc. 8ª) de 9/04/2008, JUR 2008\189071
- SAP de Barcelona (Secc. 15ª) de 13/09/2006, JUR 2008\104351
- SAP de Barcelona (Secc. 15ª) de 26/04/2007, AC 2007\1698
- SAP de Barcelona (Secc. 15ª) de 29/11/2007, JUR 2009\33340
- SAP de Barcelona (Secc. 15ª) de 6/02/2009, JUR\2009\172445
- SAP de Pontevedra (Secc. 1ª) de 21/03/2011, JUR 2011\155064
- SAP de Pontevedra (Secc. 1ª) de 4/12/2015, JUR 2016\8625
- SAP de Sevilla, (Secc. 5ª) de 9/12/2008, JUR, 2009\175679
- SJMER de Barcelona de 13/10/2006, AC 2007\670
- SJMER nº9 de Madrid de 3/09/2010, AC 2010\1448
- SJMER de Oviedo de 3/02/2006, JUR 2006\68797
- STC 36/1981 de 12 de noviembre, RTC 1981/36
- STS de 20/05/1986, RJ 1986\2734
- STS de 17/03/1988, RJ 1988\2210
- STS de 19/07/1989, RJ 1989\5728
- STS de 17/10/1989, RJ 1989\6928
- STS de 23/04/1992, RJ 1992\6783
- STS de 31/01/1995, RJ 1996\95
- STS de 8/05/1996, RJ 1996\3803
- STS de 16/07/1996, RJ 1996\5915
- STS de 31/12/1996, RJ 1996\9668
- STS de 11/07/2000, RJ 2000\6909
- STS de 8/05/2002, RJ 2002\4047
- STS de 13/06/2002, RJ 2002\4897
- STS de 28/10/2002, RJ 2002\9310
- STS de 14/06/2005, RJ 2005\7203
- STS de 4/05/2006, RJ 2006\2209
- STS de 27/09/2006, RJ 2006\8631
- STS de 7/11/2006, RJ 2006\8069
- STS de 16/02/2007, RJ 2007\4711
- STS de 20/03/2007, RJ 2007\1849
- STS de 14/05/2007, RJ 2007\4335
- STS de 23/01/2008, RJ 2008\236
- STS de 21/01/2009, RJ 2009\398
- STS de 18/02/2009, RJ 2009\1497
- STS de 21/10/2009, RJ 2009\5700
- STS de 23/10/2009, RJ 2009\7272.
- STS de 16/03/2010, RJ 2010\4496
- STS de 13/04/2011, RJ 2011\3580
- STS de 8/02/2012, RJ 2012\2354
- STS de 9/03/2012, RJ 2012\5570
- STS de 21/03/2012, RJ 2012\5571
- STS de 26/10/2012, RJ 2012\10415
- STS de 19/11/2012, RJ 2013/37
- STS de 18/12/2012, RJ 2013\468
- STS de 11/10/2014, RJ 2014\4881
- STS de 19/05/2015, RJ 2015\2612
- STS de 17/05/2016, RJ 2016\3681
- STSJ de Castilla y León de 16/12/2013, JT 2014\407
- STSJ de Castilla y León de 4/04/2016, JT 2016\797