



ESTUDIOS

■ **Ingeniería fiscal en materias de mínimos exentos y de revisión de actos tributarios**

■ **Joan Pagès i Galtés.**

Catedrático de Derecho Financiero.
Universitat Rovira i Virgili. Tarragona-Reus.

■ **SUMARIO:**

1. Planteamiento

2. Ingeniería fiscal sobre mínimos exentos

- 2.1. Cuestiones generales
- 2.2. Impuesto sobre el Patrimonio: Afectación de bienes a una actividad económica para que, gracias a su exención, conseguir que no computen en el mínimo exento global
- 2.3. Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones: la adopción o el matrimonio como institutos jurídicos que permiten beneficiarse del mínimo exento por grado de parentesco
- 2.4. IRPF: el acogimiento como mecanismo jurídico para beneficiarse del mínimo exento familiar
- 2.5. IBI: fraccionamiento de finca para beneficiarse del mínimo exento susceptible de aplicar en las cuotas de escasa cuantía
- 2.6. Vía de apremio: no ingreso de deudas inferiores al mínimo para exaccionarse en apremio

3. Ingeniería fiscal sobre revisión de actos tributarios

- 3.1. Cuestiones generales
- 3.2. Representación verbal: posibilidad de evitar la firmeza de un acto tributario mediante la interposición de recurso o reclamación por representante carente de poder suficiente. Sus efectos dilatorios del procedimiento
- 3.3. Representación verbal: la utilización del representante verbal para impedir la interrupción de la prescripción que esté ganando el interesado.

- 3.4. Declaración de lesividad: ventajas de consultar a la administración
- 3.5. Devolución de ingresos indebidos: la verificación de ingresos indebidos para obtener unos intereses superiores a los ordinarios del mercado
- 3.6. Suspensión de actos tributarios: la presentación de fiadores a sabiendas que no son de reconocida solvencia. Sus efectos dilatorios del procedimiento
- 3.7. Suspensión de actos tributarios: simulación de onerosidad de fianza. La retribución del fiador sin coste para el fiado
- 3.8. Procedimiento económico-administrativo abreviado: presentación de mero escrito de interposición de demanda para provocar una dilación en la tramitación del procedimiento

4. Conclusiones

I. Planteamiento

En este trabajo nos ocupamos de algunos supuestos prácticos de **ingeniería fiscal**, entendiéndolo por ella el conjunto de conocimientos y técnicas que permiten aplicar el saber científico propio de la **planificación fiscal**, la cual no es más que la reflexión previa de las consecuencias tributarias derivadas de los actos y negocios jurídicos.

El **objetivo** de la ingeniería fiscal, por tanto, siempre es conseguir ciertas ventajas para quien posee los conocimientos suficientes para practicarla, cosa que nos muestra en toda su crudeza la importancia que tiene el saber diferenciar entre: a) la lícita **economía de opción**, y, b) el **abuso de derecho**, ya sea en su faceta de: b.1) el ilícito, pero no punible, **fraude de ley**; o, b.2) la ilícita y, además, punible, **simulación**.

Ciertamente, la nueva LGT, aprobada por Ley 58/2.003, de 17 de diciembre (BOE de 18-XII), sustituye la figura del fraude de ley por la nueva figura del "**conflicto en la aplicación de la norma tributaria**" (cfr. art. 15); sin embargo, tal y como se deduce de su Exposición de Motivos (último párrafo del apartado II), esta nueva figura lo único que supone es una nueva regulación del tradicional fraude de ley, y, por ende, a nuestro modo de ver, no dejan de ser figuras equivalentes.

Delimitado así el esquema básico de los conceptos dogmáticos constitutivos de la espina dorsal del trabajo pasaremos a desarrollarlo centrándonos en dos temas: a) La ingeniería fiscal en materia de mínimos exentos; y, b) la ingeniería fiscal en materia de revisión de actos tributarios.

2. Ingeniería fiscal sobre mínimos exentos

2.1. Cuestiones generales

2.1.1. Límite mínimo exento de tributación

En un sentido genérico el límite mínimo exento de tributación ha sido entendido por la doctrina como la expresión jurídica que permite eliminar “de tributación aquellos supuestos relativos a una figura impositiva concreta caracterizados por no alcanzar en su valoración económica un límite determinado” [cfr; Pont Clemente, J.F. (*La exención tributaria*. Edersa, Madrid, 1.986, págs. 78 y 79); Herrera Molina, P.M. (*Capacidad económica y Sistema fiscal*., Ed. Marcial Pons, Madrid, 1.998, págs. 120 y sig.)]. Se trata, por tanto, de excepciones de tributación al recortar o delimitar “el haz de relaciones sujetas al hecho imponible” (cfr. Cortés Domínguez, M.: *Ordenamiento Tributario Español*., Ed. Civitas, Madrid, 1.985, pág. 331). Como se observa, así entendido el mínimo exento puede **conceptuarse** como una auténtica exención aunque con la particularidad de que opera dentro de unos límites que es necesario cuantificar; “son por tanto, exenciones objetivas o subjetivas que proceden y actúan hasta un límite máximo” (cfr. Arrieta Martínez de Pisón, J.: *El mínimo existencial*., trabajo de investigación, Universidad de Castilla-La Mancha, Albacete, 2.000, pág. 23).

El **fundamento** del mínimo exento suele estar en la falta de capacidad económica del sujeto pasivo para pagar la deuda tributaria; si bien se ha de reconocer que en no pocas ocasiones el fundamento último debe buscarse en la falta de interés económico del sujeto activo para cobrar la deuda tributaria.

2.1.2. Objetivo de la ingeniería fiscal sobre mínimos exentos.

De acuerdo con los conceptos de ingeniería fiscal y de mínimo exento, podemos decir, que, sea cual sea el fundamento que en cada caso tenga este último, la tarea u objetivo de la ingeniería fiscal en la materia que nos ocupa estriba en buscar los mecanismos precisos para **no rebasar los límites legales del mínimo exento**, delimitando científicamente los supuestos plenamente lícitos (subsumibles en la economía de opción) de los supuestos ilícitos (subsumibles en el abuso de derecho, ya como fraude de ley, ya como simulación).

2.2. Impuesto sobre el Patrimonio: Afectación de bienes a una actividad económica para que, gracias a su exención, conseguir que no computen en el mínimo exento global

El Impuesto sobre el Patrimonio está esencialmente regulado a nivel legal por la Ley 19/I.991, de 6 de junio, del Impuesto sobre el Patrimonio (BOE de 7-VI).

Su hecho imponible es “... la titularidad por el sujeto pasivo en el momento del devengo, del patrimonio ...” (art. 3). Los sujetos pasivos por obligación personal son “... las personas físicas que tengan su residencia habitual en territorio español ...” [art. 5.Uno.a)]. La base imponible es el “... valor del patrimonio neto del sujeto pasivo” (art. 9.Uno), y la base liquidable viene determinada, en el caso de obligación personal, por la reducción de la base imponible “...

en concepto de mínimo exento, en el importe que haya sido aprobado por la Comunidad autónoma” (art. 28.1), y si la Comunidad autónoma no hubiese regulado este mínimo exento, “... la base imponible se reducirá en 108.182,18 euros” (art. 28.2).

Parece evidente que tan sólo pueden beneficiarse de este mínimo exento los patrimonios de las personas físicas que no sobrepasen la cifra que fije la respectiva Comunidad autónoma (o, en su defecto, la cifra determinada por el legislador estatal -108.182,18 euros-). Cuando el patrimonio supere el mínimo exento, deben examinarse las posibilidades de reubicar determinados bienes y derechos que lo componen a los efectos de que no computen para calcular el mínimo exento. Y así, por ejemplo, una primera medida podría ser el **afectar parte del patrimonio a una actividad empresarial o profesional**, pues éste gozará de exención en el Impuesto sobre el Patrimonio siempre y cuando se cumplan las condiciones exigidas por el artículo 4.º de la Ley del Impuesto sobre el Patrimonio. Tema del que ya nos ocupamos en otro trabajo precedente donde, entre otros extremos, dejamos en claro que la misma medida (constitutiva de un supuesto de **economía de opción**) sirve para beneficiarse de la bonificación del 95 por 100 del Impuesto sobre Sucesiones según viene regulada en el art. 20.2.c) de la Ley 29/1.987, de 18 de diciembre, del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones (BOE de 19-XII).

2.3. Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones: la adopción o el matrimonio como institutos jurídicos que permiten beneficiarse del mínimo exento por grado de parentesco.

El Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones está esencialmente regulado a nivel legal por la citada Ley 29/1.987.

Uno de los supuestos que integran su hecho imponible son las adquisiciones de bienes y derechos *mortis causa* (art. 3.1). Los sujetos pasivos por adquisiciones *mortis causa* son “... los causahabientes” [art. 5.a)]. En las transmisiones *mortis causa*, la base imponible es “... el valor neto de la adquisición individual de cada causahabiente ...” [art. 9.a)]. Y, en estas transmisiones, la base liquidable se obtendrá aplicando a la base imponible las reducciones que correspondan (art. 20.1.).

Entre las referidas reducciones figuran los mínimos exentos que corresponden por **grupo de parentesco**. Como que alguna de las condiciones integrantes del grupo de parentesco puede ser objeto de planificación, tendremos que el mínimo exento también podrá ser objeto de planificación fiscal. Así, por ejemplo, el legislador prevé unas reducciones en la base imponible a favor de los adoptados, adoptantes y cónyuges (cfr. art. 20.2) que, según se dice explícitamente en la Exposición de Motivos de la Ley (penúltimo pfo. del Apartado II.7) son mínimos exentos. Basta pues adoptar a un sujeto o casarse con él para que la sucesión goce del beneficio fiscal en que consiste el mínimo exento. A nuestro modo de ver, se trata de un supuesto de **economía de opción**, pues tanto la adopción como el matrimonio serían válidos incluso si se formalizaran en el lecho de muerte de cualquiera de los intervinientes en el negocio jurídico de adopción o matrimonio, a no ser, claro está, que se demostrara que la única finalidad de este negocio era la de evitar total o parcialmente el pago del impuesto, en cuya hipótesis podríamos estar ante una simulación o ante un fraude de ley.

2.4. IRPF: el acogimiento como mecanismo jurídico para beneficiarse del mínimo exento familiar.

El Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas está esencialmente regulado a nivel legal por la Ley 40/1.998, de 9 de diciembre, del IRPF (BOE de 10-XII).

Su hecho imponible es “...la obtención de renta por el contribuyente” (art. 6.1). El sujeto pasivo contribuyente son “Las personas físicas que tengan su residencia habitual en territorio español” o las personas físicas que, residiendo en el extranjero, cumplieren los requisitos legales para que se las asimile a los residentes en territorio español (art. 9). “La base imponible del Impuesto estará constituida por el importe de la renta disponible del contribuyente, expresión de su capacidad económica” y, tras la determinación de la renta del período, se minorará la misma “en el mínimo personal y familiar establecido en esta Ley, en función de las circunstancias personales y familiares del contribuyente” (art. 15).

El mínimo personal y familiar supone, según la Exposición de Motivos de la Ley (pfo. segundo del Apartado IV) la “exención de un mínimo de renta”, lo cual es tanto como decir que supone un mínimo exento. Viene regulado en el Capítulo III del Título II de la Ley, siendo a nuestros efectos de sumo interés lo previsto en el artículo 40.ter; cuando tras establecer las reducciones en concepto de mínimo exento por descendientes, asimila a los descendientes “...aquellas personas vinculadas al contribuyente por razón de tutela y acogimiento, en los términos previstos por la legislación civil aplicable”.

Salta a la vista que si una persona tiene acogida a otra, lo que le interesa desde un punto de vista fiscal es formalizar esta situación en los términos previstos por la legislación civil, pues tan sólo este tipo de **acogimiento** da lugar da lugar al mínimo exento de referencia, brindándose, de este modo, un claro supuesto de economía de opción con el simple expediente de formalizar una situación fáctica de acogimiento. Y ello es así incluso en la hipótesis de que el acogido haya de ser internado en un centro privado o público, y con independencia de si el acogimiento le supone o no algún coste económico para el acogedor; pues la ley no establece ninguna discriminación al respecto. Estamos, pues, ante un claro supuesto de **economía de opción**.

2.5. IBI: fraccionamiento de finca para beneficiarse del mínimo exento susceptible de aplicar en las cuotas de escasa cuantía.

El Impuesto sobre Bienes Inmuebles está esencialmente regulado a nivel legal por el RD Legislativo 2/2.004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley reguladora de las Haciendas Locales.

Su hecho imponible es la titularidad de bienes inmuebles (art. 61). El sujeto pasivo contribuyente son las personas físicas, las personas jurídicas y las entidades sin personalidad constitutivas de un patrimonio separado en cuanto “...ostenten la titularidad del derecho que, en cada caso, sea constitutivo del hecho imponible de este impuesto” (art. 63.1, pfo. primero). “La base imponible de este impuesto estará constituida por el valor catastral de los bienes inmuebles...” (art. 65), y la base liquidable será el resultado de practicar en la base imponible la reducción que legalmente corresponda (art. 66.1). La cuota íntegra “...será el resultado de aplicar a la base liquidable el tipo de gravamen...” (art. 71.1).

En la redacción original de la Ley, el artículo 64.k) establecía la exención de aquellos inmuebles que no alcanzaban una determinada cuantía de la base imponible, al señalar que la misma se daba a favor de los bienes inmuebles de naturaleza urbana cuya base imponible fuera inferior a 100.000 pesetas, así como a los de naturaleza rústica, cuando para cada sujeto pasivo la base imponible correspondiente a la totalidad de los bienes rústicos sitos en un Municipio fuera inferior a 100.000 pesetas [cifra esta última que se elevó a 200.000 pesetas en virtud del art. 29.2 del RD-Ley 7/1.989, posteriormente recogido por el art. 25.2 de la Ley 5/1.990, de 29 de junio (BOE de 30-VI)]. Exención, que como bien, apreció Herrera Molina, P.M. (*La exención tributaria*., Ed. Colex, Madrid, 1.990, pág. 50), podía calificarse como un mínimo exento en sentido propio arbitrado a través de una reducción en la base.

Independientemente de que este mínimo exento tuviera un trasfondo relativo a la capacidad económica de los sujetos pasivos titulares de las fincas de escaso valor catastral, también tenía una clara justificación de política recaudatoria, pues tratándose de bases imponibles muy menguadas, la cuota tributaria resultante difícilmente compensaría los costes de gestión tributaria de su recaudación.

Precisamente este es el motivo por el que se ha derogado semejante exención sustituyéndose por otra que se recogió en el artículo 63.4 de la Ley 39/1.988, reguladora de las Haciendas Locales [según la redacción que le dió el artículo 7 de la Ley 51/2.002, de 27 de diciembre (BOE de 28-XII)] y que actualmente se encuentra recogida en el artículo 62.4 del TR de la LRHL.

Este artículo 62.4 del TR de la LRHL reza como sigue: "*Los Ayuntamientos podrán establecer, en razón de criterios de eficiencia y economía en la gestión recaudatoria del tributo, la exención de los inmuebles rústicos y urbanos cuya cuota líquida no supere la cuantía que se determine mediante ordenanza fiscal...*"

Se observa, pues, que la vigente legislación traslada a cada Ayuntamiento la competencia para decidir si existe o no mínimo exento en el IBI, y, caso de respuesta afirmativa, la competencia para concretar cuál es su importe.

Al respecto tan sólo diremos dos cosas:

- 1.- Si el Ayuntamiento decide no establecer ningún límite mínimo exento o, si decidiendo establecerlo, lo fija en una cantidad muy reducida, puede darse el curioso resultado de que se estén gravando inmuebles de tan escaso valor (chabolas, barracas, chozas) que no tan sólo el coste gestor de su recaudación sea superior al importe de la cuota, sino que, incluso, en la práctica, ni tan siquiera se incluyan en el padrón del impuesto (cfr: Izard Anaya, B.: *Las exenciones en el Impuesto sobre Bienes Inmuebles*., tesis doctoral, Universidad de Salamanca, 2.003, pág. 339).
- 2.- Ahora bien, si el Ayuntamiento decide establecer un límite mínimo exento que sea demasiado elevado, estará dando pie a que los contribuyentes "prefabriquen" una particular **economía de opción** consistente en fraccionar fincas a los efectos de que el valor catastral imputable a cada una de las fincas resultantes dé una cuota líquida que no supere el mínimo exento fijado por la Ordenanza.

2.6. Vía de apremio: no ingreso de deudas inferiores al mínimo para exaccionarse en apremio

Nuestro Ordenamiento jurídico contempla un límite mínimo para la exacción de las deudas por vía de apremio.

Concretamente, el artículo 41.3 de la Ley General Presupuestaria, aprobada por RD Legislativo 1.091/1.988, de 23 de septiembre (BOE de 29-IX), establecía lo siguiente: *"Se autoriza al Ministerio de Economía y Hacienda para que pueda disponer la no liquidación o, en su caso, la anulación y baja en contabilidad de todas aquellas liquidaciones de las que resulten deudas inferiores a la cuantía que estime y fije como insuficientes para la cobertura del coste que su exacción y recaudación representen"*. En parejo sentido, se pronuncia la nueva LGP, aprobada por Ley 47/2.003, de 26 de noviembre (BOE de 27-XI), cuando en su artículo 16 establece que: *"El Ministro de Hacienda podrá disponer la no liquidación o, en su caso, la anulación y baja en contabilidad de todas aquellas liquidaciones de las que resulten deudas inferiores a la cuantía que fije como insuficiente para la cobertura del coste que su exacción y recaudación representen"*.

Desarrollando esta norma, se han dictado las Ordenes de 23 de septiembre de 1.998 y de 5 de noviembre de 2.002 (BOE de 13-XI). Básicamente, por la primera Orden se dispone la no exigencia de liquidaciones practicadas por la Administración Tributaria cuando éstas se refieran a impuestos estatales gestionados por la Agencia Estatal de Administración Tributaria y sean consecuencia de rectificación de autoliquidaciones o declaraciones liquidaciones; y, por la segunda Orden se dispone la **no exigibilidad** por la Agencia Estatal de la Administración Tributaria en vía de apremio de cualquier ingreso de derecho público siempre que la cuantía de su liquidación inicial, notificada en período voluntario, no exceda de 6 euros.

Centrándonos en esta segunda Orden citada, se observa que su justificación estriba en la conveniencia de minimizar los costes derivados de las exigencias formales de gestión, pues, lógicamente, si los costes de recaudación de una cuota son superiores al importe de ésta, resulta totalmente ineficaz el procedimiento recaudatorio. Ello es así cuanto menos en base al principio constitucional de eficacia administrativa en su vertiente más financiero-material, lo cual no excluye que desde otras vertientes menos materiales, donde imperen valores de justicia social más elevados, se pueda llegar a conclusión muy distinta.

Sea como sea, creemos que esta normativa regula una figura que, sin ser en un sentido estricto una exención, presenta unas claras concomitancias con el mínimo exento en tanto en cuanto consiste en un límite hasta el cual no será posible que la Administración Tributaria Estatal ejerza sus facultades recaudatorias. En ambos casos, pese haberse realizado el hecho imponible, no se verifica el pago del tributo que correspondería en situaciones ordinarias. Ahora bien, mientras que la no superación del mínimo exento impide que nazca la obligación tributaria, el límite mínimo para recaudar en apremio presupone que ha nacido la obligación tributaria en la cuantía que le correspondía, lo único que pos-

teriormente esta obligación es anulada por razones de oportunidad gestora. Estamos, pues, ante un supuesto de prohibición para recaudar que, pese a no ser un mínimo exento, sí que guarda con él algunas similitudes que, con las debidas matizaciones, permiten su estudio conjunto en materia de ingeniería fiscal.

Lo más curioso es que este límite mínimo para recaudar en vía de apremio puede dar lugar a un supuesto de **fraude ley material** que, a la práctica, funcione como un supuesto de **economía de opción formal**.

En efecto, el *modus operandi* de la hipótesis que estamos planteando es tan simple que llega a ser burdo y tosco, pues consiste en dejar de ingresar al Tesoro cantidades que no excedan de 6 euros, con la confianza de que la Administración Tributaria no le podrá reclamar este débito porque no le está permitido por la citada Orden ministerial.

Se observa que materialmente es un palmario fraude de ley porque el contribuyente se ampara en el artículo 16 de la LGP de 2.003 y en la Orden reglamentaria de desarrollo (que actúan como norma de cobertura) para sortear el cumplimiento de la regulación substantiva del tributo de que se trate que le obliga a pagar determinada cuota líquida (que es la norma defraudada); sin embargo, también se observa que formalmente es una economía de opción, pues el contribuyente tiene derecho a que la Administración Tributaria no proceda contra él en ejecutiva para reclamarle la cantidad que deja de ingresar; hasta el punto, entendemos nosotros, que si la Administración iniciara la vía ejecutiva para proceder al cobro de la deuda, el administrado podría impugnar la providencia de apremio alegando el supuesto previsto en el art. 99.I.b) del Reglamento General de Recaudación, aprobado por RD 1.684/I.990, de 20 de diciembre (BOE de 3-I-1.991), consistente en la anulación de la liquidación, habida cuenta de que la citada Orden ministerial impone, imperativamente, la anulación de las deudas tributarias que no superen el mínimo exento fijado reglamentariamente.

Adviértase que la Orden ministerial de referencia no se limita a permitir o autorizar la anulación por parte de la Administración Tributaria Estatal de las deudas inferiores a 6 euros que estén en período ejecutivo, sino que obliga a su anulación. “*Serán anuladas y dadas de baja*” dice textualmente el artículo primero de la citada Orden. Lo cual, siempre según nuestro parecer, conlleva una obligación de anular para la Administración y un derecho a beneficiarse de la anulación por parte del administrado. Piénsese que, de interpretarse que la Administración Tributaria puede en cada caso decidir si anula o no anula deudas tributarias que estén en iguales condiciones cuantitativas (ser inferiores a 6 euros) y cualitativas (encontrarse en período ejecutivo), fácilmente se darían tratos discriminatorios que pugnarían con el principio constitucional de igualdad. Consecuentemente, las interpretaciones literal y principalista de la Orden comentada nos conducen a sostener que el límite mínimo que contempla en relación a la recaudación de deudas en ejecutiva es un derecho del sujeto pasivo que impide se dicte la providencia de apremio.

3. Ingeniería fiscal sobre revisión de actos tributarios

3.1. Cuestiones generales

3.1.1. La revisión de actos tributarios

Los actos tributarios, pese a gozar de la presunción de legalidad y ser inmediatamente ejecutables, pueden ser objeto de revisión, es decir, pueden ser **corregidos o sustituidos** por otros actos administrativos o por resoluciones judiciales posteriores.

En este sentido, el artículo 6 de la Ley 58/2.003, de 17 de diciembre, General Tributaria (BOE de 18-XII), transcribiendo casi literalmente el redactado del artículo 7 de la Ley 230/1.963, de 28 de diciembre, General Tributaria (BOE de 31-XII), dice que *"El ejercicio de la potestad reglamentaria y los actos de aplicación de los tributos y de imposición de sanciones tienen carácter reglado y son impugnables en vía administrativa y jurisdiccional en los términos establecidos en las Leyes"*.

Desde un punto de vista subjetivo, atendiendo al sujeto competente para verificar la revisión del acto administrativo, podemos diferenciar entre la revisión por un órgano administrativo y la revisión por un órgano judicial, lo cual da lugar a la distinción entre la denominada "revisión en vía administrativa" y la denominada "revisión en vía judicial".

Partiendo de la LGT de 1.963, la LGT de 2.003 únicamente se ocupa de regular la revisión en vía administrativa, destinando a tales efectos su Título V, el cual lleva precisamente por rúbrica **"Revisión en vía administrativa"**. La sistemática de este Título puede doctrinalmente ordenarse como sigue:

- a) **Normas comunes:** En primer lugar la LGT dicta unas *"Normas comunes"* sobre los medios de revisión, sobre la capacidad y representación, prueba, notificaciones y plazos de resolución, así como sobre la motivación de las resoluciones (Capítulo I del Título V –arts. 213 a 215-).
- b) **Revisión de oficio por la Administración:** En segundo lugar, regula los *"Procedimientos especiales de revisión"* (Capítulo II del Título V –arts. 216 a 221-). Se trata de procedimientos que pueden encuadrarse en lo que tradicionalmente se conoce como "revisión de oficio", distinguiendo entre:
 - b.1) La declaración de nulidad.
 - b.2) La declaración de lesividad,
 - b.3) La revocación
 - b.4) La rectificación de errores.
 - b.5) La devolución de ingresos indebidos.

c) **Revisión por la Administración previo recurso:** En tercer lugar, regula los procedimientos que pueden encuadrarse en lo que tradicionalmente se conoce como “revisión previo recurso” (Capítulos III y IV del Título V –arts. 222 a 249-), distinguiendo entre:

c.1) El recurso de reposición.

c.2) La reclamación económico-administrativa.

Ciertamente, en el Capítulo IV, rubricado “*Reclamaciones económico-administrativas*” advertimos que su Sección 4ª lleva por rúbrica “**Recurso contencioso-administrativo**”, sin embargo, también advertimos que esta Sección únicamente consta de un precepto, el artículo 249, cuyo contenido es de mera retórica en tanto en cuanto tan sólo dice la obviedad de que “*Las resoluciones que pongan fin a la vía económico-administrativa serán susceptibles de recurso contencioso-administrativo ante el órgano jurisdiccional competente*”. Y decimos que es una obviedad porque el contenido de este precepto ya se deduce de la Ley 29/I.998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (BOE de 14-VII) -cfr: arts. 25 y concordantes-, y, por ende, no añade nada nuevo a nuestro Ordenamiento jurídico. De ahí que sostengamos que, en materia de revisión de actos, la LGT se limita a regular la revisión en vía administrativa, sin que se ocupe de la revisión en vía judicial la cual se encuentra regulada en la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

3.1.2. Objetivo de la ingeniería fiscal en materia de revisión de actos tributarios

De acuerdo con los conceptos de ingeniería fiscal y de revisión de actos tributarios, podemos decir que la tarea u el objetivo de la ingeniería fiscal en la materia que nos ocupa estriba en buscar los mecanismos precisos para **procurar que se dé el presupuesto de hecho** de una norma reguladora del procedimiento de revisión que beneficia a un sujeto determinado, delimitando científicamente los supuestos plenamente lícitos (subsumibles en la economía de opción) de los supuestos ilícitos (subsumibles en el abuso de derecho, ya como fraude de ley, ya como simulación).

3.2. Representación verbal: posibilidad de evitar la firmeza de un acto tributario mediante la interposición de recurso o reclamación por representante carente de poder suficiente. Sus efectos dilatorios del procedimiento

El apartado 2 del artículo 46 de la LGT de 2.003, exige que para la interposición o el desestimiento de recursos o reclamaciones mediante representante, la representación deberá acreditarse fehacientemente. Ahora bien, el apartado 7 del mismo artículo especifica que “*La falta o insuficiencia del poder no impedirá que se tenga por realizado el acto de que se trate, siempre que se acompañe aquél o se subsane el defecto dentro del plazo de 10 días, que deberá conceder al efecto el órgano administrativo competente*”.

Este apartado 7 del artículo 46 de la LGT de 2.003, es transcripción literal del artículo 46 de la LGT de 1.963, y concuerda con el art. 71 de la Ley 30/I.992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (BOE de 27-XI).

Una interpretación estricta del mismo conduciría a sostener que cabrá archivar el recurso o la reclamación interpuesta por medio de representante falto o insuficiente de poder si se aporta el poder o se subsana el defecto pasado el plazo de diez días a contar desde la notificación del requerimiento que a tal efecto dicte el órgano administrativo competente. Sin embargo, y a nuestro juicio con buen criterio, la STSJ de Balears de 24 de noviembre de 2.000 (en Quincena Fiscal, núm. 20/2.001, págs. 28 y 29), matiza que si en dicho plazo de diez días se solicita por el particular una ampliación del plazo para aportar el poder o subsanar sus defectos, el órgano administrativo competente no puede decretar el archivo de lo actuado, sino que debe pronunciarse sobre la prórroga solicitada, y, entretanto no se pronuncie sobre la misma el particular puede aportar el poder o subsanar sus defectos válidamente.

En este marco resulta obvio que si, por la razón que sea, no es posible que el interesado en recurrir o reclamar un acto tributario pueda hacerlo por sí mismo y ni tan siquiera pueda otorgar el suficiente poder a un tercero para que lo haga en su nombre, cabrá la siguiente posibilidad:

- 1.- Por de pronto, se ha de reconocer que, mientras se respete el plazo para recurrir, **cualquier persona** puede presentar el recurso o la reclamación en nombre del interesado aun cuando no tenga poder suficiente, lo cual impedirá que el acto administrativo adquiera la condición de firme, pues ya habrá sido recurrido o reclamado.
- 2.- Si la Administración advierte el defecto o la insuficiencia de poder, deberá requerir al interesado para que lo aporte o lo subsane en el plazo de diez días.
- 3.- En el supuesto de que el interesado pueda en este plazo de diez días aportar el poder o subsanar el defecto del poder aportado, no mediará ningún problema.
- 4.- En el supuesto de que el interesado no pueda en este plazo de diez días aportar el poder o subsanar el defecto del poder aportado, siempre cabrá que solicite una **ampliación de tal plazo**.
- 5.- Ciertamente cabe la posibilidad de que la Administración le deniegue la ampliación de plazo solicitada, pero mientras no se pronuncie al respecto entendemos que el interesado tendrá tiempo para aportar el poder o subsanar sus defectos.

Por otra parte, adviértase que la utilización de un representante verbal carente de poder conllevará un retraso en la tramitación del recurso, retraso que aún será mayor si en el plazo para subsanar la falta de poder se solicita ampliación del plazo. Se trata pues de una táctica dilatoria subsumible en la **economía de opción** que puede ser muy útil cuando interesa que el procedimiento se prolongue en el tiempo.

3.3. Representación verbal: la utilización del representante verbal para impedir la interrupción de la prescripción que esté ganando el interesado

El TEAC [cfr. Resolución del TEAC de 13 de noviembre de 2.003 (en Impuestos núm. 6/2.003, págs. 105 a 108)], ha venido entendiendo que la notificación de ampliación de inspección a otros ejercicios ante el mandatario verbal del interesado al que se le notificó el inicio de actuaciones inspectoras, surte plenos efectos en cuanto a la interrupción del

plazo legal de prescripción. El argumento de que se sirve el TEAC estriba en considerar que la ampliación acordada con un simple mandatario verbal es un acto de mero trámite, y como que la interrupción del plazo legal de prescripción no la considera una renuncia de derechos, procede que mediante la notificación al mandatario verbal de la ampliación de la inspección a otros ejercicios tenga efectos interruptivos de la prescripción.

Este criterio, se ampara en una interpretación estricta de la redacción original del artículo 43.2 de la LGT de 1.963, el cual tan sólo exigía que la representación se **acreditara fehacientemente** cuando se tratase de interponer recursos o reclamaciones, desistir de ellos o de renunciar a derechos. Sin embargo, si bien es cierto que la interrupción de la prescripción no supone renunciar a ningún derecho —pues se trata de la consecuencia que la ley asocia al simple transcurso del tiempo bajo determinadas condiciones—, no es menos cierto que sí supone un perjuicio irreparable al sujeto pasivo, y, por tanto, algunos autores, como R. Huesca Boadilla [con motivo del comentario que efectúa a la Res. TEAC de 13 de noviembre de 2003 (en Impuestos, núm. 6/2.003, pág. 107)], ya habían manifestado que cabía una interpretación finalista de ese precepto en el sentido de exigir que si se actúa mediante representante exista un mandato formal expreso para todos aquellos actos de los que pueda derivarse un perjuicio irreparable para el sujeto pasivo, cuales son los actos que, como la ampliación de la inspección a otros ejercicios, provocan la interrupción de la prescripción.

La nueva redacción dada a ese artículo 43.2 por el artículo 30 de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, con vigencia a partir del 1 de enero de 2002, todavía da mayores argumentos para defender esta interpretación finalista cuando exige la acreditación formal del poder de representación, además de para los tradicionales casos que en él se mencionan, para cualquier supuesto de asunción o reconocimiento de obligaciones en nombre del sujeto pasivo, siendo indudable, como ya se destacó por Huesca Boadilla, que “de la ampliación acordada de la inspección con el consiguiente efecto interruptivo de la prescripción se puede derivar una obligación a cargo del sujeto pasivo”.

Interpretación que consideramos trasladable a la vigente LGT de 2003, pues su artículo 46.2 continúa exigiendo poder formal de representación para los supuestos de asunción o reconocimiento de obligaciones en nombre del sujeto pasivo.

Consecuentemente entendemos que cuando el interesado sospeche que una inspección tributaria relativa a determinado ejercicio pueda ampliarse a otros ejercicios distintos respecto a los cuales esté ganando la prescripción, podría valorar la posibilidad de que sus relaciones con la Administración sean llevadas por un mero representante verbal, pues las actuaciones que con él tenga la Administración no podrán interrumpir tal prescripción. Al ser ésta una actitud perfectamente lícita, creemos que se trata de un supuesto subsumible en la **economía de opción**.

3.4. Declaración de lesividad: ventajas de consultar a la administración

Cuando un acto infringe el Ordenamiento jurídico por causa que no puede ser reconducible a la nulidad de pleno derecho, y tampoco puede ser reconducible a la rectificación de errores materiales, este acto será anulable y puede ser revisado de oficio por la

Administración mediante uno de estos dos procedimientos: si la revisión beneficia al interesado, cabrá, en determinados supuestos, seguir el procedimiento de revocación; y, si la revisión perjudica al interesado, cabrá, en todo caso, seguir el procedimiento de lesividad.

Por tanto, la **declaración de lesividad** puede definirse como el procedimiento de revisión de oficio en perjuicio de los interesados de los actos que incurran en vicio de anulabilidad.

Este procedimiento se encuentra regulado en el artículo 218 de la LGT de 2.003 (como antecedente tenemos el art. 159 de la LGT de 1.963 y como concordante tenemos el art. 103 de la Ley 30/1.992, de Procedimiento Administrativo Común).

Consiste en que la Administración, tras advertir que ha dictado un acto que infringe el ordenamiento jurídico y que es lesivo a sus intereses, lo declara, previa audiencia de los interesados, lesivo antes de que transcurra el plazo de cuatro años desde que lo notificó a los interesados. Y, acto seguido, procede a impugnarlo en vía contencioso-administrativa.

De entre las numerosas cuestiones particulares que plantea el procedimiento de lesividad, nos resulta de interés la controversia que ha suscitado la necesidad de que la rectificación en perjuicio de los interesados de las consultas vinculantes se verifique mediante tal procedimiento de lesividad, pues creemos que da un juego importante a la ingeniería fiscal según la hemos definido más arriba.

Buena muestra de esta polémica nos la ofrece la STS de 22 de julio de 1.994 (en La Ley, núm. 3.662, 30 de noviembre de 1.994, págs. 3 y 4 –ref. 14.092–) que enjuició un caso donde el sujeto pasivo del Impuesto municipal de plusvalía solicitó al Ayuntamiento un avance de la liquidación, la cual fue contestada diciéndole que ésta ascendería a 1.088.645 pts., sin embargo a la hora de dictar la liquidación se cuantificó en 3.234.633 pts.

Interpuesto recurso contencioso-administrativo ante el Tribunal Superior de Justicia de Catalunya, se dictó Sentencia de 23 de noviembre de 1.990, confirmando la liquidación. Sin embargo, esta Sentencia fue casada por la citada STS entendiendo que como **la consulta era vinculante**, la única forma de modificar el avance de liquidación que contenía estribaba en declararla lesiva a través del cauce procedimental previsto a tales efectos.

Cabe, pues, concluir que si la Administración contesta a una consulta vinculante, y, con posterioridad se da cuenta de que ha incurrido en un error que no es meramente material, no puede con posterioridad rectificarlo de oficio en perjuicio de los particulares a no ser que siga el procedimiento de lesividad.

De ahí se deduce que el planteamiento de consultas por parte de los particulares a la Administración tributaria suele ser recomendable pues, si al particular no le beneficia la opinión de la Administración tampoco deberá seguirla; y, si, por el contrario, al particular le beneficia la opinión de la Administración siempre podrá ampararse en la misma para justificar su conducta, hasta el punto de que en el supuesto extremo de que la Administración decida cambiar de criterio no le restará otro remedio que acudir al proceso de lesividad, el cual, por supuesto, no excluye la eventual responsabilidad de la Administración por daños y perjuicios. Al ser perfectamente lícito el planteamiento de consultas ante la

Administración tributaria, creemos que se trata de un supuesto subsumible en la **economía de opción**.

3.5. Devolución de ingresos indebidos: la verificación de ingresos indebidos para obtener unos intereses superiores a los ordinarios del mercado

El procedimiento de **devolución de ingresos indebidos** regulado en la LGT de 2.003 se define por sus propios términos, pues consiste en que la Administración retorna a los interesados aquellos ingresos que no estaban obligados a satisfacer. Se observa, pues, que a pesar de que tanto la LGT de 1.963 (cfr. art. 155) como la LGT de 2.003 lo califican de "procedimiento especial de revisión", en realidad, como explican J. Arias y S. Sartorio (*Procedimientos tributarios*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 1.996, págs. 536 y 537), "no constituye un remedio procesal autónomo, sino simplemente el trámite de ejecución de todos aquellos acuerdos de los que resulte el derecho a la devolución de ingresos tributarios indebidamente efectuados". Por su parte, J. Banacloche ("Reclamaciones y recursos", en *Impuestos*, núms. 23-24/2.003, pág. 5) afirma que "este es un procedimiento de recaudación, no de revisión".

Este procedimiento se encuentra regulado por el artículo 221 de la LGT de 2.003 (como antecedente tenemos el art. 155 de la LGT de 1.963), indicando que se iniciará de oficio o a instancia de parte cuando se produzca una duplicidad en el pago, cuando el importe del pago sea superior al importe liquidado o autoliquidado, cuando se pague una deuda ya prescrita y cuando así lo establezca la normativa tributaria. Una vez declarado el ingreso indebido o exista algún otro título que reconozca dicho ingreso (como puede ser un acto administrativo, una sentencia judicial o una resolución económico-administrativa), se procederá a la ejecución de la devolución. Las resoluciones que se dicten en este procedimiento serán susceptibles de recurso de reposición o de reclamación económico-administrativa.

La LGT parte de la regla general de que los ingresos indebidos derivan de un acto administrativo que no ha adquirido firmeza. De ahí que los ingresos indebidos que no derivan de actos administrativos, como son las auto-liquidaciones, o que derivan de actos administrativos firmes, únicamente podrán ser devueltos siguiendo unas peculiaridades procedimentales.

Pero la peculiaridad que en este apartado más debemos destacar es la del cómputo de los **intereses de demora**.

En efecto, la LGT diferencia entre las devoluciones derivadas de la normativa propia de cada tributo y las devoluciones derivadas de ingresos indebidos.

Las devoluciones derivadas de la normativa propia de cada tributo se encuentran reguladas en el artículo 31, el cual, como apreció M. Pont Mestres ("Acerca de los derechos y garantías de los contribuyentes en el Proyecto de Ley General Tributaria", en *Impuestos*, núm. 20/2.003, pág. 23) en comentario al Proyecto de la nueva LGT, incorpora, en lo sustancial, lo previsto en el artículo 11 de la Ley 1/1.998, de derechos y garantías de los con-

tribuyentes. El sistema que se prevé consiste en que la devolución de ingresos derivada de la normativa particular de cada tributo (como puede ser el caso del IRPF, Impuesto sobre Sociedades e IVA), únicamente generarán intereses de demora a favor del contribuyente una vez haya pasado el plazo fijado por tal normativa particular; o, en su defecto el plazo de seis meses contados desde que se verificó el ingreso indebido.

Pont Mestres critica este criterio al considerar que se produce una discriminación según sea la Hacienda Pública acreedora o deudora. Si la Hacienda Pública es acreedora, el interés de demora siempre será exigible a partir de la finalización del plazo para el pago voluntario [cfr. art. 26.2.a) LGT de 2.003]; en cambio, cuando la Hacienda Pública es deudora y se le reconoce un período de carencia, resultará que durante este período “dispone de dinero que no es suyo, que debe devolver; pero que graciosamente la Ley, sin fundamento alguno o al menos sin que se conozca, concede el privilegio o si se quiere la gracia de exonerarle, incluso, del pago de interés de demora. Y digo, incluso, porque lo razonable y lo equitativo, por recíproco, sería que una vez determinada la cantidad a devolver; en lugar de seis meses de la plazo para hacerlo, tuviera que efectuarse como máximo en el plazo de un mes y, si hay incumplimiento, automática aplicación de un recargo y del interés de demora, al modo como se halla establecido para el obligado tributario”.

Esta crítica que hace Pont Mestres a las devoluciones derivadas de la normativa de cada tributo, no puede —al menos en su totalidad— predicarse de las devoluciones de ingresos indebidos, las cuales, están reguladas en el artículo 32, a cuyo apartado 2 se remite explícitamente el apartado 5 del artículo 221. El citado artículo 32.2, viene a establecer que cuando proceda la devolución de ingresos indebidos, la Administración vendrá obligada a abonar de oficio intereses de demora por el período que va desde la fecha en que se hubiese realizado el ingreso indebido hasta la fecha en que se ordene el pago de la devolución.

Se observa, pues, que aquí no hay período de carencia alguno a favor de la Administración. Y, esto que nos merece una crítica positiva, puede ser el origen de un grave problema para las Administraciones públicas.

Pensemos que el interés de demora es el interés legal del dinero incrementado en un 25 por 100, salvo que la Ley de Presupuestos Generales del Estado establezca otro distinto (cfr. art. 26.5 de la LGT de 2.003). Para el año 2.004, la disp. adic. sexta de la Ley 61/2.003, de PGE para 2.004 (BOE de 31-XII), fija el interés legal del dinero en el 3,75 por 100 y el interés de demora en el 4,75 por 100.

Hoy en día, por más que busquemos, difícilmente encontraremos algún agente financiero de contrastada solvencia que nos ofrezca un 4,75 por 100 por nuestro ahorros en una inversión-depósito a más de un mes y a menos de doce meses que tenga plenas garantías de reembolso y de satisfacción de intereses a tipo fijo (por lo menos así se deduce de la consultas que a la feha de redacción del presente trabajo verificamos a la página web www.intereconomia.com, en su apartado de cuentas de ahorro de alta rentabilidad).

Bajo este marco se comprenderá que no sería de extrañar que un contribuyente ingresara un importe muy superior al debido, sabiendo que por lo ingresado de más va a a percibir unos intereses moratorios que le van a representar una remuneración alta y segura.

Ni que decir tiene esto sería un auténtico **abuso de derecho**, pues se utilizaría la figura de la devolución de ingresos indebidos con una finalidad distinta a la que prevé el Ordenamiento jurídico.

Lógicamente semejante estratagema se dará especialmente en las **autoliquidaciones**, cuya normativa viene a corroborar cuanto se ha dicho.

El artículo 120.3 de la LGT de 2.003, tras establecer el derecho de los obligados tributarios a instar a la Administración para que rectifique las autoliquidaciones que perjudiquen los intereses de aquéllos, distingue entre dos hipótesis: a) Rectificaciones que originen una devolución de la normativa propia de cada tributo. Estamos ante lo que se suele denominar devoluciones de ingresos “debidos”, pues en el momento de verificar el ingreso —o soporta su repercusión—, así lo imponía la normativa reguladora del tributo, lo único que, en virtud de la misma normativa, ha resultado que el obligado tributario tiene derecho a su devolución total o parcial. Y, en línea con que se establece en el artículo 31.2, se establece un período de carencia durante el cual no se devengarán intereses de demora a favor del obligado tributario. b) Rectificaciones que originen la devolución de ingresos “indebidos”. Estamos ante un ingreso indebido propiamente dicho, pues en el momento de verificarlo no lo imponía la normativa reguladora del tributo. En estos casos, se establece que la Administración abonará el interés de demora en los términos señalados en el artículo 32.2, el cual, como ya se ha dicho, no contempla ningún período de carencia, devengándose el interés de demora desde la fecha en que se hubiese realizado el ingreso indebido hasta la fecha en que se ordene el pago de la devolución.

3.6. Suspensión de actos tributarios: la presentación de fiadores a sabiendas que no son de reconocida solvencia. Sus efectos dilatorios del procedimiento

La **fianza como garantía destinada a la suspensión** de los actos recurribles es un medio que se nos presenta interesante, pues, por de pronto, como que lo normal es que se acuda a un pariente o conocido que no cobra remuneración alguna para ser fiador, resulta muy barata. Sin embargo, como tantas veces acontece en Derecho, las instituciones pueden ser utilizadas de forma torticera dando origen a auténticos abusos de derecho. En este trabajo nos ocuparemos de dos: a) Uno es el relativo a la presentación de sucesivos candidatos a fiador que no reúnen los requisitos legales. b) Otro es el relativo a la presentación de un fiador con el que se ha suscrito un contrato secreto de fianza oneroso.

Y como que lo mejor es empezar por el principio, empezaremos nuestro estudio haciendo un somero repaso de la evolución normativa que ha experimentado la fianza destinada a suspender los actos recurridos en reposición.

C. Checa González (*La revisión de los actos tributarios en vía administrativa.*, Ed. Lex Nova, Valladolid, 1.988, pág. 107) explica que “Antes de la promulgación del RD de 7 de septiembre de 1.979 [se refiere al RD 2.244/1.979, por el que se regula el recurso de reposición] la interposición del recurso de reposición no producía efectos suspensivos. Tras ella sí que caben éstos si se prestan unas determinadas garantías, tal y como establece el art. 11 del referido texto, lo cual no puede merecer sino un juicio favorable”.

En la redacción original del artículo 11 del citado RD 2.244/1.979, estas garantías podían consistir en depósitos en dinero efectivo o en valores públicos, en aval o fianza solidario prestado por banco o caja de ahorros, o en fianza personal y solidaria prestada por dos contribuyentes de la localidad, de reconocida solvencia, para débitos inferiores a 100.000 pesetas.

Tras la redacción que a este precepto le dio el artículo 23 del RD 448/1.995, de 24 de marzo, las garantías exigibles para la suspensión del acto recurrido en reposición se equiparan a las exigibles para la suspensión del acto recurrido en reclamación económico-administrativa. Lo más importante, a nuestros efectos, es que el artículo 75.6.c) del RD 391/1.996, por el que se aprueba el Reglamento del Procedimiento de las Reclamaciones Económico-Administrativas, también contempla la fianza personal y solidaria prestada por dos contribuyentes de la localidad, de reconocida solvencia, pero no fija directamente la cuantía de los débitos en los que será aplicable, remitiéndose a lo que se determine por Orden Ministerial (la O.M. de 26 de junio de 1.996 fijó en 250.000 ptas. la cuantía máxima de los débitos para cuya suspensión se admite la referida fianza personal y solidaria).

La LGT de 2.003 no parece haber modificado este esquema, pues, a la hora de regular la suspensión de la ejecución del acto recurrido en reposición, también prevé la referida "*Fianza personal y solidaria de otros **contribuyentes de reconocida solvencia** para los supuestos que se establezcan en la normativa tributaria*" [art. 224.2.c)]. A la luz de la doctrina civilista sobre el contrato de fianza [cfr. J. Castán Tobeñas (*Derecho civil español, común y foral*, Ed. Reus, Madrid, 1.993, t. IV, págs. 767 y ss.); M. Albaladejo (*Derecho civil*, Librería Bosch, Barcelona, 1.982, t. II, vol. 2º, págs. 435 y ss.)], el comentario que nos merece este precepto puede sintetizarse como sigue:

- 1.- Se trata de una "*fianza*" y, más precisamente de una fianza convencional, pues procede de un contrato de fianza, el cual en sentido estricto puede ser definido como el contrato de "*garantía personal que se constituye asumiendo un tercero el compromiso de responder del cumplimiento de la obligación, si no la cumple el deudor principal*".
- 2.- La LGT nos dice que la fianza es "*personal*". Lo cual es evidente, pues, por definición, el contrato de fianza siempre es una garantía personal.
- 3.- La LGT también nos dice que la fianza ha de ser "*solidaria*". Lo cual, a diferencia de la fianza "*subsidiaria*", significa que "*el acreedor puede dirigirse *directamente* contra el fiador – y éste no puede oponerle la excusión–, como si fuera deudor principal*".
- 4.- La LGT requiere que los fiadores han de ser "*otros contribuyentes*". Si nos fijamos, el artículo 11 del RD 2.244/1.979, del recurso de reposición (tanto en su redacción original, como en la actual redacción que se remite al RD 391/1.996, de las reclamaciones económico-administrativas), venía a exigir que los fiadores fueran "*dos contribuyentes de la localidad*". Tras la LGT de 2.003, bastará pues con un único fiador siendo indiferente cuál sea la localidad donde tribute. Ciertamente se continúa reclamando que el fiador sea "*contribuyente*", sin embargo ninguna limitación añade este requisito, pues a la práctica es imposible encontrar a alguien que no sea contribuyente de algún tributo. Por tanto, entendemos que con el término contribuyente se ha querido aludir a todos

los sujetos que son jurídica y económicamente capaces de prestar la fianza de que se trate. De ahí que lo substancial es que se trate de sujetos “*de reconocida solvencia*”, requisito del que trataremos acto seguido.

5.- La LGT requiere que los fiadores sean “*de reconocida solvencia*”. Requisito que, como en seguida se verá, es susceptible de sortearse fraudulentamente.

6.- Finalmente, diremos que, aun cuando normalmente el contrato de fianza será “*gratuito*”, nada impide que sea “*oneroso*”. Tema que, también como en seguida se verá, es susceptible de generar un auténtico fraude de ley.

Según se ha dicho, el artículo 224.2.c) de la LGT de 2.003, requiere que los fiadores sean “*de reconocida solvencia*”.

Como ya advirtió C. Checa González (*La revisión...*, ob. cit., pág. 107), partiendo de B. de Lugo y Guillén (*El recurso de reposición previo al económico-administrativo*, Ed. Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, I.980, pág. 168), la apreciación de la solvencia de los sujetos que se presentan como fiadores “constituye un acto discrecional del órgano competente para la resolución del recurso (...) En caso de que el mismo entienda que alguno de ellos careciese de la misma, debe actuar, no denegando la suspensión, sino informando al actor del reparo que pone, para que éste pueda sustituir al fiador <tachado>, decretándose la no procedencia de la suspensión sólo en el supuesto de que el recurrente no proceda a cambiar al fiador vetado” [cfr. SAN de 5 de mayo de 2.003 (en Impuestos, núm. 22/2.003, págs. 71 y 72)].

Ni que decir tiene, salta a la vista que la fianza puede ser utilizada de una forma torticera (en claro **abuso de derecho**) por parte de los sujetos recurrentes. Así, en la hipótesis de que un interesado no pudiera o no quisiera presentar como fiador a ningún contribuyente de reconocida solvencia, lo que podría hacer es presentar a cualquier sujeto que no tuviera esta condición, y, una vez la Administración le informara del reparo que pone, podría presentar otro que, tras ser objeto de **reparo**, podría a su vez ser sustituido por un tercer candidato, y así sucesivamente. Con ello lo que conseguiría es que, sin presentar realmente un fiador solvente, la deuda estaría suspendida, pues en tanto en cuanto el interesado fuera presentando nuevos candidatos a fiadores que sustituyeran a los vetados, la Administración no podría decretar la no procedencia de la suspensión.

A falta de cualquier precisión normativa al respecto, la única forma de evitar que este pernicioso efecto se perpetuara indefinidamente, sería que la Administración advirtiera, motivadamente, que el interesado está abusando del derecho a presentar fiadores, y que en base al artículo 7 del Código civil adoptara las medidas precisas para impedir se perlongara semejante situación, entre las cuales, obviamente, se encuadraría la denegación de la suspensión. La cuestión estriba en dilucidar cuantos fiadores han de ser vetados para que la Administración pueda denegar la suspensión. A nuestro modo de ver, debería bastar que el segundo fiador presentado fuera vetado para que la Administración pudiera desestimar la suspensión. Por lo menos, esto es lo que acontece con el resto de garantías susceptibles de presentarse.

Y así, con referencia a un supuesto de solicitud de suspensión de deuda tributaria en que el interesado no podía aportar aval bancario, pero sí que aportaba otras garantías, la SAN de 5 de junio de 2.003 (en Impuestos, núm. 22/2.003, págs. 71 y 72, ref. 2.084), sostiene que solicitada la suspensión es improcedente su denegación con base en la insuficiencia o inidoneidad de las garantías aportadas, pues la Administración debe requerir al solicitante para que cumple dichas garantías, y una vez efectuada, analizar si procede o no la suspensión del acto impugnado.

Se advierte, pues, que la Audiencia exige a la Administración para que requiera al interesado la subsanación de los defectos de la primera garantía aportada, pero, sin embargo, considera procedente que deniegue la suspensión si el interesado no cumplimenta satisfactoriamente tal requerimiento de subsanación de garantías.

En esta línea, el Proyecto de Real Decreto por el que se aprueba el Reglamento General de revisión en vía administrativa, establece, en su artículo 26.6, cuarto párrafo, que en el requerimiento de la Administración para que el interesado subsane el defecto padecido por la garantía aportada *"se advertirá al interesado que en caso de que no lo atienda en su totalidad se le tendrá por desistido de su solicitud archivándose la misma sin más trámite"*. A nuestro juicio, este precepto daría pie para sostener que aun cuando el interesado presentara un segundo fiador a los efectos de atender el requerimiento de la Administración de que subsanara el defecto consistente en la insolvencia del primer fiador presentado con la solicitud de suspensión, se le podría dar por desistido de su solicitud de suspensión si este segundo fiador también fuera insolvente, pues el interesado no habría atendido *"en su totalidad"* el requerimiento de la Administración para que subsanara el defecto.

En todo caso, se advierte que la mera presentación de un fiador (reúna o no los requisitos legalmente exigibles) es suficiente para evitar que el acto recurrido pueda ser inmediatamente ejecutado hasta tanto la Administración no resuelva sobre la solicitud de suspensión y, eventualmente, no resuelva sobre la subsanación del defecto de la garantía que haya aportado el interesado.

Por otra parte, adviértase que la presentación de un fiador que no reúna los requisitos exigidos por el legislador, conllevará un retraso en la tramitación del recurso, retraso que aún será mayor si en el plazo para subsanar el reparo se solicita ampliación del plazo en los términos examinados en el anterior subapartado 3.2). Se trata pues de una táctica dilatoria que puede ser muy útil cuando interesa que el procedimiento se prolongue en el tiempo.

Ni que decir tiene, parejo análisis cabría hacer respecto a las otras garantías que pueda presentar el interesado, sin embargo, cuando es posible utilizar la fianza también suele ser la garantía más recomendable en la medida que suele ser la garantía más barata para el interesado.

Ahora bien, el hecho de que la garantía suela ser gratuita, no significa que no pueda ser onerosa, lo cual, como en seguida se verá, puede estar en el origen de un clamoroso supuesto de abuso de derecho.

3.7. Suspensión de actos tributarios: simulación de onerosidad de fianza. La retribución del fiador sin coste para el fiado

Según ya hemos apuntado, aun cuando normalmente el **contrato de fianza** será “gratuito”, nada impide que sea “**oneroso**” (cfr. J. Castán Tobeñas: *Derecho...*, ob. cit., pág. 49). Por tanto, cabe la posibilidad de que el interesado acuerde con el fiador una fianza retribuida. Así mismo, conviene recordar que, según establece el artículo 33.1 de la LGT de 2.003, “*La Administración tributaria reembolsará, previa acreditación de su importe, el coste de las garantías aportadas para suspender la ejecución de un acto o para aplazar o fraccionar el pago de una deuda si dicho acto o deuda es declarado improcedente por sentencia o resolución administrativa firme (...)*”.

Pues bien, en este marco, no es descartable que se firme, por un lado, un contrato de fianza en cuya virtud el deudor deba de retribuir en una determinada cantidad al fiador; y, por otro lado, se firme un documento secreto –que no se presenta ante la Administración tributaria– en cuya virtud se especifique que dicha retribución tan sólo será efectiva si el deudor gana el recurso y, en su virtud, la Administración tributaria le satisface los costes de la fianza.

Lo peor que puede ocurrir es que el recurrente pierda el recurso. Pero en tal caso éste no tendrá que satisfacer ninguna retribución al fiador; el cual, por otra parte, tampoco habrá tenido ningún coste, dado que lo único que habrá hecho es prestar una mera garantía personal.

En cambio, si el recurrente gana el recurso, el fiador adquirirá una retribución a costa de la Administración y sin coste alguno para el deudor; pues éste pagará al fiador la cantidad pactada y, acto seguido, se resarcirá de la misma ya que, insistimos, irá a cargo de la Administración tributaria. Tanto ello es así, que el interesado incluso tendrá derecho a percibir los intereses moratorios que se devenguen desde que haya pagado la retribución al fiador hasta que se ordene por la Administración el pago de la misma al interesado (cfr. art. 33.2 de la LGT de 2.003).

Ciertamente podría decirse que la constitución de la fianza estará gravada por el Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales, pero cáigase en la cuenta de que: a) Si la fianza es prestada por quien se dedica a esta actividad de forma habitual (como son las entidades de crédito, se seguros o de garantía recíproca), no estará gravada ni por este Impuesto (dado que estaría no sujeta), ni por IVA (dado que estaría exenta) [cfr. art. 7.5 del RD Leg. 1/1.993, de 24 de septiembre, por el que se aprueba el TR de la Ley del ITP y AJD (BOE de 20-X); y, art. 20.uno.18, f) de la Ley 37/1.992, de 28 de diciembre, del IVA (BOE de 29-XII)]. b) En otro caso, la fianza estará sujeta a ITP, concretamente al 1 por 100 de la obligación afianzada [según interpreta F. Pérez Royo (“Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados”, en la ob. col. *Curso de Derecho Tributario*, Ed. Marcial Pons, Barcelona-Madrid, 2.003, pág. 571) o al 1 por 100 de la contraprestación pactada a favor del fiador [según interpreta A. Martínez Lafuente (*Manual del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentado*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 1.996, pág. 309)]. Sea como sea, se advierte que el importe del ITP es reducido y que, dada la dificultad de la Administración tributaria de controlar el gravamen de las fianzas, no es

descartable que el interesado utilice la estratagemas de no presentar declaración por ITP hasta que la Administración asuma los costes de la fianza, entre los cuales, obviamente, se contarán el importe del ITP excepción hecha del recargo por declaración extemporánea en los términos previstos por el artículo 27 de la LGT de 2.003.

Se observa, pues, que con este simple y burdo expediente, interesado y fiador no tienen prácticamente nada que perder y sí algo que ganar: El interesado habrá obtenido, en todo caso, una suspensión libre de toda costa significativa; y el fiador, al que tampoco jamás le supondrá un coste la prestación de la fianza, podrá ganar una retribución por la misma si el interesado gana el recurso.

Ni que decir tiene, tal y como está planteada la hipótesis comentada, se trata de un clamoroso caso de **simulación de onerosidad**, pues, en realidad, lo que se ha concertado es una fianza que tan sólo es onerosa si se cumple la condición suspensiva de que la Administración se haga cargo de su importe. El problema es que será francamente difícil que la Administración pueda demostrar tal abuso de derecho

3.8. Procedimiento económico-administrativo abreviado: presentación de mero escrito de interposición de demanda para provocar una dilación en la tramitación del procedimiento

El procedimiento abreviado es una novedad de la LGT de 2.003 destinada a descargar a los TEA de las reclamaciones de menor cuantía económica o de las que en principio deberían de ser más fáciles de resolver (como son las que se basen exclusivamente en la inconstitucionalidad o ilegalidad de normas, en falta o defecto de notificación, en insuficiencia de motivación o incongruencia del acto impugnado, o en la comprobación de valores) –cfr. art. 245.I de la LGT de 2.003-.

Salta a la vista que el legislador de la LGT de 2.003 se ha inspirado en el Procedimiento abreviado que reguló, también por primera vez respecto a la JCA, la Ley 29/I.998, de la JCA (arts. 78 y ss.)

Una de las cuestiones que más nos llama la atención estriba en el escrito de interposición de la reclamación. Según el artículo 246.Ic) este escrito debe contener “*Las alegaciones que se formulan*”.

La pregunta es ¿qué acontece si en el referido escrito se omite formular tales alegaciones?

Respecto al procedimiento abreviado regulado en la Ley 29/I.998, de la JCA, el artículo 78.2, exige que “*El recurso se iniciará por demanda...*”, lo cual significa que no podrá limitarse el recurrente a presentar un simple escrito solicitando que se tenga por interpuesto para que, con posterioridad se envíe otro escrito deduciendo demanda (tal y como acontece en el procedimiento ordinario previsto en los arts. 45.I y 52), sino que se exige que en el escrito de interposición ya se deduzca demanda.

Sin embargo, la práctica de los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo admite a trámite el mero escrito solicitando que se tenga por interpuesto el recurso, aunque, lógica-

mente, se requiere al recurrente para que en el plazo de diez días **subsane el defecto** presentando las alegaciones que deben integrar la demanda.

Pues bien, a nuestro juicio, igual criterio debería seguirse en el Procedimiento abreviado regulado en la LGT de 2.003, pues así parece exigirlo el artículo 71.1 de la Ley 30/1.992, de PAC, cuando establece que si la solicitud de iniciación de un procedimiento no reúne los requisitos exigibles “(...) se requerirá al interesado para que, en un plazo de diez días, subsane la falta o acompañe los documentos preceptivos, con indicación de que, si así no lo hiciera, se le tendrá por desistido de su petición (...)”

Es evidente que cuando al recurrente le interese dilatar el procedimiento abreviado, una elemental medida que tiene para conseguirlo es, pues, interponer el recurso sin presentar alegación alguna. Con ello forzará que el Tribunal le conceda un nuevo plazo para presentar escrito de alegaciones. En la media que se considere legítima esta práctica, creemos deberá considerarse como un supuesto subsumible en la **economía de opción**.

4. Conclusiones

Las principales conclusiones arribadas en el presente trabajo pueden sintetizarse en los siguientes puntos:

- 1.- La ingeniería fiscal relativa a los mínimos exentos consiste, básicamente, en buscar los cauces legales para no sobrepasar el límite cuantitativo de referencia, siendo a tales efectos indiferente que el mínimo exento se base en el principio de capacidad del contribuyente o en el principio de eficacia gestora de la Administración.
- 2.- Y así, por ejemplo: a) En el Impuesto sobre el Patrimonio cabe afectar parte del patrimonio de un sujeto a una actividad económica para que éste quede exento y, evitar, de este modo, que no compute a la hora de calcular el mínimo exento del referido tributo. b) En el Impuesto sobre Sucesiones cabe utilizar la adopción o el matrimonio para beneficiarse del mínimo exento por razón del grado de parentesco. c) En el IRPF cabe formalizar el acogimiento para beneficiarse del mínimo exento familiar. d) En el IBI cabe fraccionar las fincas para beneficiarse del mínimo exento susceptible de aplicarse en las cuotas de escasa cuantía. e) En materia de vía de apremio cabe dejar de ingresar cuantías que no excedan de seis euros para beneficiarse de la prohibición que la Administración Tributaria tiene de exaccionarlas en ejecutiva. Ciertamente, este último supuesto no es un mínimo exento en sentido estricto, pues se trata de una prohibición de recaudar; pero tanto el mínimo exento como la prohibición de recaudar guardan algunas similitudes que, con las debidas matizaciones, permiten su estudio conjunto en materia de ingeniería fiscal.
- 3.- La ingeniería fiscal relativa a la revisión de actos tributarios consiste, básicamente, en buscar los mecanismos precisos para procurar que se dé el presupuesto de hecho de una norma reguladora del procedimiento de revisión que beneficia a un sujeto determinado, siendo a tales efectos indiferente cuál es el procedimiento revisor de que se trate.

4.- Y así, por ejemplo: a) El servirse de un representante verbal carente de poder suficiente para recurrir es útil para evitar que en casos extremos el acto administrativo adquiera firmeza y para conseguir una dilación en el procedimiento. b) El servirse de un representante verbal carente de poder suficiente para asumir o reconocer obligaciones en nombre del representado es, en determinadas hipótesis, útil para evitar la interrupción de la prescripción. c) El plantear consultas vinculantes a la Administración es útil para ver si acaso beneficia al interesado la opinión de la Administración. d) Aun cuando parezca paradójico, el ingresar más de lo debido a una entidad pública puede ser un mecanismo factible para obtener unos intereses fijos superiores a los ordinarios del mercado. e) Cuando sea posible la suspensión del acto recurrido mediante fianza, la mera presentación de un fiador que no reúna los requisitos exigibles, es suficiente para evitar que el acto recurrido pueda ser inmediatamente ejecutado y para conseguir una dilación en el procedimiento de suspensión. f) La firma de un contrato de fianza respecto al cual se pacte secretamente que tan sólo será oneroso si el recurrente gana el recurso, es, a nuestro modo de ver, un supuesto de simulación de onerosidad en perjuicio de la Administración; el problema estribará en que será difícil demostrar tal simulación. g) Cuando al recurrente le interese dilatar el procedimiento económico-administrativo abreviado, una elemental medida que tiene para conseguirlo es interponer el recurso sin presentar alegación alguna, con lo cual forzará que el Tribunal le conceda un nuevo plazo para presentar escrito de alegaciones. ■

NOTA: Este trabajo recoge planteamientos defendidos por el autor en las “IV Jornades de Dret Tributari” celebradas en Tarragona los días 4 y 5 de marzo de 2.004 bajo la organización de la “Universitat Rovira i Virgili” en la colaboración con el “Il·lustre Col·legi d’advocats de Tarragona”, donde participaron como ponentes los Drs. Joan Francesc PONT CLEMENTE, José Andrés ROZAS VALDÉS, Eva ANDRÉS AUCEJO y Maria Luisa ESTEVE PARDO; así como los Srs. Lluís FARGAS MAS, Jordi PLANCHART REMMERT y Luís ATIENZA ALARCÓN.