

EL EMBARGO DE DINERO POR DEUDAS TRIBUTARIAS DEPOSITADO EN CUENTAS DE ENTIDADES FINANCIERAS: ESPECIAL REFERENCIA AL USO POR LA ADMINISTRACION DE MEDIOS INFORMÁTICOS PARA HACERLO EFECTIVO.

JORDI SOPENA GIL.

Catedrático de Derecho Financiero y Tributario.

Miembro de la AEDAF.

Josep Vicenç Sopena Iglesias

Abogado.

SUMARIO

1. PRESENTACION.

2. LA FUNCION RECAUDATORIA

2.1. Características.

2.2. El procedimiento recaudatorio.

2.3. La recaudación como procedimiento especial.

2.4. La vía de apremio.

2.5. El embargo de los bienes y en especial el dinero depositado en cuentas.

2.6. La desaparición de la providencia de embargo.

3. LA VIGENTE REGULACION DEL EMBARGO TRIBUTARIO DE DINERO DEPOSITADO EN CUENTAS.

3.1. La versión actual del artículo 131 de la Ley General Tributaria.

3.2. El orden de embargo.

3.3. Especial referencia a la obtención de información.

3.4. Situaciones especiales del dinero embargado.

3.5. *El saldo: concepto.*

3.6. *La diligencia de embargo.*

3.7. *Situaciones especiales.*

4. EFECTOS DEL EMBARGO.

5. LA NOTIFICACION DE LA DILIGENCIA DE EMBARGO.

5.1. *Introducción.*

5.2. *Deficiente regulación.*

5.3. *Recomendaciones*

5.4. *La notificación a terceros.*

6. LA RESOLUCIÓN DEL DIRECTOR GENERAL DE LA AGENCIA ESTATAL DE ADMINISTRACIÓN TRIBUTARIA DE 14 DE DICIEMBRE DE 2000: EL EMBARGO DE DINERO POR MEDIOS TELEMÁTICOS.

6.1. *Introducción*

6.2. *El procedimiento.*

6.3. *Las fases del procedimiento.*

6.4. *La Diligencia de embargo.*

6.5. *La traba.*

6.6. *El ingreso en el Tesoro Público de las cantidades embargadas.*

6.7. *El levantamiento del embargo.*

6.8. *Limitaciones al embargo.*

6.9. *Otras situaciones.*

6.10. *La traba condicionada.*

6.11. *Incumplimiento.*

6.12. *El deber de información.*

7. LAS RECLAMACIONES Y LA SUSPENSIÓN DEL EMBARGO DE DINERO.

7.1. *A instancias del interesado.*

7.2. *A instancia de la entidad de depósito.*

7.3. *A instancias de terceros.*

8. LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACION.

9. EPILOGO

I. PRESENTACION.

Uno de los autores de las presentes líneas tuvo ocasión de estudiar el embargo por deudas tributarias de dinero depositado en entidades de crédito en dos ocasiones¹. Los dos autores han seguido con interés el desarrollo normativo y jurisprudencial de este embargo que junto a especiales características, introduce un elemento de gran interés para la Administración y que es la inmediatez en el pago o cumplimiento de la deuda tributaria. Sin embargo, esta ventaja puede provocar y provoca dificultades para el embargado por la incorrecta regulación del procedimiento. Esas dificultades se pueden convertir en indefensión por el juego de la traba y del transcurso de un plazo, cuando se ha consumado una ejecución cuya procedencia puede resultar controvertida. Esta situación, que puede resultar abusiva, se puede ver agravada por el uso o empleo de medios informáticos dada la mayor celeridad de los mismos.

Puede que quien conozca a uno de los autores de estas líneas y concretamente el de mayor edad, piense que las mismas son consecuencia de que ya “no está preparado para la vida moderna”. Posible. Para contrarrestar este efecto interviene el otro autor. Ambos tienen muy claro, que no se trata de oponerse al sistema de embargo por el empleo de medio informáticos, como tal en este momento, por otro lado muy útil para la Administración y para el administrado, sino por no haber corregido en su momento, en 1987, los defectos de procedimiento que tendremos ocasión de exponer. No nos oponemos al medio sino que su uso precisa afinar, a favor del obligado tributario, los mecanismos de conocimiento de la práctica del embargo del dinero y evitar efectos que pueden aumentar la indefensión que aquella regulación provocaba.

En concreto, la regulación del embargo de dinero depositado en cuentas bancarias y de cajas de ahorro adolece de ciertas ambigüedades relativas a su procedimiento que hacen necesaria una reforma del artículo 120 del Reglamento General de Recaudación de 1990.

No puede considerarse exagerado calificar como rayana en la inseguridad jurídica la situación actual del derecho positivo en lo referente al embargo de dinero depositado, en cuanto que la historia ha demostrado la enorme sensibilidad que el colectivo social experimenta ante el tributo, y a los poderes públicos incumbe hacer progresar el sistema, evitando que el afán recaudatorio produzca efectos negativos en las garantías de los derechos individuales subjetivos.²

¹SOPENA GIL J. “El embargo de dinero por deudas tributarias”. Marcial Pons. Madrid. 1993 y “La reforma de la Ley General Tributaria. Análisis de la Ley 25/1995 de 20 de julio”. Cedecs. Barcelona. 1995.

²MARTIN DELGADO, J.M.: Derecho tributario y sistema democrático, Universidad de Málaga, lección de apertura del Curso Académico 1983-1984 .1983, p. 152).

Esta situación, sin embargo, deriva de un hecho indudable que estamos viviendo. La importancia del derecho tributario crece en progresión geométrica con el aumento de la presión fiscal: esta rama del conocimiento jurídico, con su notable complejo normativo y organizativo, atrae siempre sobre sí misma la sensibilidad, además de los muchos y obvios intereses de aquellos que se ocupan de las relaciones entre el Estado y los obligados tributarios.

Creemos que la imagen del Estado como Hacienda Pública llega a ser preponderante enfrente de otras imágenes que tenemos del Estado, aun siendo estas imágenes diversas y parciales³

Afortunadamente, no debemos cuestionarnos la constitucionalidad del embargo como medio coactivo de hacer efectivas las deudas derivadas de ingresos públicos de derecho público. Efectivamente, hay una alusión constitucional al embargo en el artículo 132.1 de la Constitución española.

El embargo aparece determinado en la Ley General Tributaria en dos formas: la derivada del impago de la deuda tributaria liquidada y notificada y el embargo calificado de preventivo de bienes en el Registro correspondiente.

Ambas formas del embargo son tratadas conjuntamente, en su desarrollo reglamentario, por los artículos 100 y siguientes la primera y por los artículos 41 y 125 del Reglamento General de Recaudación de 20 de noviembre de 1990, la segunda.

Sin embargo, el objeto del estudio no se refiere al embargo general, en el ámbito de la Hacienda Pública, sino que se circunscribe a unos bienes concretos, al dinero que se halla depositado en entidades dedicadas a la custodia del mismo. Se trata de una materia que podría ser analizada sin circunscribirse a una determinada clase de embargos. No obstante, se ha considerado conveniente llevar a cabo el estudio del tema indicado desde el punto de vista del embargo ejecutivo ordenado por las entidades públicas y canalizado a través del procedimiento establecido en el Reglamento General de Recaudación.

Se examinará el procedimiento, sin perjuicio de un análisis separado de la Resolución de 14 de diciembre de 2000, de la Dirección General de la Agencia Estatal de Administración Tributaria, relativa al embargo de dinero por medios telemáticos.

2. LA FUNCION RECAUDATORIA

2.1 *Características.*

Brevemente debemos señalar, para situarnos, ante la función recaudatoria y, en particular, ante la ejecutiva y, precisando más, ante la llamada vía de apremio.

³ DE MITA, E.: Interesse fiscale e tutela del contribuente. Le garanzie costituzionali, Giuffrè, Milán, 1991, p. IX..

La gestión recaudatoria se define, por tanto, como una función administrativa, es decir, como una de las actividades propias y peculiares de Administración del Estado, actualmente desarrollada en su integridad por órganos administrativos, aunque de naturaleza especial, como es la Agencia Estatal de Administración Tributaria. Esto implica que la función recaudatoria debe gozar de las prerrogativas de tal, así como de sus limitaciones.

La función recaudatoria es necesaria al suponer una sujeción o colaboración con la Administración, pero debe plegarse a una regulación exquisita que conjugue la eficacia con el respeto a los derechos del sujeto pasivo tributario o de terceros, en su caso.

2.2. El procedimiento recaudatorio.

2.2.1 Por procedimiento podemos entender el tipo de combinación de actos cuyos efectos jurídicos están vinculados causalmente entre sí. Cuando este procedimiento adquiere la condición de administrativo, estos actos se relacionan con la función pública.

Una de las cuestiones que se plantean es si el procedimiento de gestión incluye la recaudación tanto en período voluntario como ejecutivo. Sin embargo, se puede tener un concepto más limitado del procedimiento de gestión por haber eliminado del mismo, además de la vía económico administrativa, la fase de recaudación: concepto de elaboración casi exclusivamente doctrinal, aunque con un cierto apoyo normativo en la exposición de motivos de la LGT, al decir en el capítulo V que contiene los principios generales de recaudación, como fase específica y autónoma en el procedimiento de gestión. Respecto a esta tesis debemos mostrarnos conformes en cuanto se trata de un procedimiento con unas singularidades que lo diferencian de los otros, diferencia que también podría predicarse del procedimiento de inspección. De alguna forma, la LGT, en su artículo 9.1.c) reconoce la existencia de un procedimiento de gestión, distinto del de inspección y recaudación.

Se precisa, para que nos hallemos ante un procedimiento administrativo, que se den dos condiciones:

A.- Global. Se trata de la coherencia de los actos entre sí, la cual, según GONZALEZ PEREZ, es expresada a través de los siguientes requisitos: cada uno de los actos integrantes debe encontrarse individualizado, la conexión entre dichos actos ha de producir una unidad de efecto jurídico, los actos han de encontrarse causalmente vinculados entre sí, de tal modo que cada uno suponga el anterior y el último suponga el grupo entero. De no darse alguno de estos factores, cabrá entender que no existe procedimiento o que éste no es identificable, incursos en la sanción de nulidad prevista en el artículo 62 de la Ley 30/1992 de 26 de noviembre de RJAEPAC.

B.- Específico. Consiste en la validez de cada uno de los actos integrantes del procedimiento, teniendo en cuenta la influencia de los unos sobre los otros, en aras a ser-

vir a la anterior coherencia, con arreglo a las normas establecidas de manera general por el artículo 57 de la Ley 30/1992.

2.2.2 Los principios a que debe responder la estructura y aplicación de los procedimientos administrativos son los siguientes:

1) La seguridad jurídica del administrado que conduce a la objetividad, imparcialidad y servicio a los intereses generales fijado en el artículo 103 de la Constitución, han de asegurarse al máximo dentro de límites lógicos, incluso mediante el empleo de técnicas organizativas de especialización o independencia funcional y orgánica y también al respeto a la defensa y tutela judicial del administrado. Las garantías que se deben exigir al procedimiento recaudatorio las podemos resumir de la forma siguiente:

- Aplicación del principio “pro actione”, que exige la interpretación de las normas y requisitos procedimentales de la manera más favorable al pleno ejercicio de la acción del administrado.
- Aplicación del principio de contradicción, asegurando la intervención de los afectados por el procedimiento, presentado alegaciones, pidiendo práctica de pruebas o de actos de instrucción pertinentes y dándoles audiencia.
- Aplicación del principio de publicidad, entendido como exigencia de que el expediente no constituya secreto para los interesados, reforzándose este principio con la necesidad de expresar los motivos o razones que fundamenten la decisión y de notificar y publicar éstas en términos legalmente establecidos. Este puede ser uno de los aspectos que la regulación del embargo de dinero depositado en entidades de depósito, puede afectar a este principio, agravándose el problema con el embargo por vía telemática.

2) La eficacia de la acción administrativa se desarrollará con arreglo a normas de economía, celeridad y eficacia⁴, consagrado por el Tribunal Constitucional, entendiéndose que una de las consecuencias del Estado democrático y social de derecho es la plasmación real de sus valores en una organización que, legitimada democráticamente, asegure la eficacia en la resolución de los conflictos sociales y la satisfacción de las necesidades de la colectividad. Esta efectividad no puede, sin embargo, entenderse que pasa por no ajustarse al procedimiento. Actuación eficaz sólo puede serlo la que se ha cumplido observando el procedimiento legalmente establecido para la misma. Precisamente, el principio de eficacia aplicado a la recaudación no puede hacer olvidar la necesidad de adecuar las actuaciones escrupulosamente al procedimiento establecido, llenando incluso las lagunas que en algún aspecto puedan aparecer en ese procedimiento.

⁴ art. 3.1 LRJAEPAC 30/1992.

No se debe confundir eficacia con el rendimiento, que es una cualidad que debe tener un buen sistema tributario, recordando aquí lo señalado por SAINZ DE BUJANDA en el sentido de que “unas veces por inactividad, otras por negligencia, y en no pocas ocasiones, por una mal entendimiento del llamado interés fiscal, la Administración tributaria conculca el ordenamiento tantas veces, al menos, como los propios contribuyentes”.

2.3 La recaudación como procedimiento especial.

Nos encontramos frente a un procedimiento especial según se determina en la legislación al referirse al procedimiento de gestión y dentro del procedimiento de gestión nos hallamos ante el de ejecución.

Vamos a señalar algunas de las características de los procedimientos tributarios aplicables al específicamente recaudatorio:

1. La Administración mantiene diversos planos o núcleos de actuación sobre el interesado, no necesariamente sucesivos o paralelos. Se trata, por tanto, de una dinámica no lineal ni autónoma.

2. Existencia de procedimientos que PALAO calificaría de en “masa” por suponer un gran volumen de actos que de manera repetitiva o periódica afectan a una generalidad de administrados, lo que impone la concentración y simplificación de trámites. Sin embargo, la recaudación supone una mayor individualización de los actos debido al carácter especialmente reglado y por los derechos que se pueden lesionar. El uso de medios informáticos o telemáticos puede agravar el problema, tal y como hemos indicado antes.

3. La separación entre órganos de gestión y recurso, en forma relativa respecto al recurso de reposición y clara respecto a la vía económico-administrativa por lo que afecta al sujeto pasivo o sujetos pasivos. Sin embargo, en materia de recaudación se pueden afectar derechos de terceros, los cuales podrán defenderse previamente en la vía administrativa, pero después ante la jurisdicción ordinaria, caso de tercerías de dominio o de mejor derecho, o bien afectar a disposiciones de derecho común, como las acciones subrogatorias o rescisorias, juicios universales y de prioridad registral. Aunque el procedimiento sea exclusivamente administrativo, esa exclusividad sólo se predica en cuanto no precisa que la ejecución la realicen los órganos de la Administración judicial.

4. Se trata de un procedimiento de tramitación rigurosamente establecida.

5. Como se trata de un procedimiento de ejecución forzosa, existe un decisivo grado de conexión con el declarativo antecedente, de tal forma que se exige como presupuesto inexcusable de su viabilidad la existencia de un acto declarativo previo que, a su vez, implica otra potestad de autotutela consistente en la posibilidad de que la Ad-

ministración configure situaciones jurídicas por sí y, eventualmente, cree sus propios títulos ejecutivos.

Esta premisa, estas actuaciones anteriores, vengan de la vía de gestión propiamente dicha o vengan de la vía inspectora, se proyectan sobre la actividad recaudatoria en los siguientes términos:

- No basta el nacimiento de la obligación tributaria, sino que es preciso que la deuda sea exigible y líquida, ya que de otro modo no constituye a éste en la obligación de pago, salvo el supuesto excepcional del embargo preventivo.
- La actuación recaudatoria viene también predeterminada por el acto declarativo o de liquidación por lo que se refiere a la cuantía a exigir, las garantías que rodeen el cobro, los instrumentos de éste y los mecanismos de traba y realización de bienes. Cabe, además, la extensión o sustitución de los obligados al pago, por circunstancias sobrevenidas en el procedimiento, pero dicha posibilidad se encuentra fuertemente condicionada por los términos de la deuda inicial.
- Las vicisitudes del acto de liquidación se comunican directamente al procedimiento recaudatorio, de modo que la anulación de aquél dará lugar a la de éste, o en su caso, a la devolución de cantidades indebidamente ingresadas. Este procedimiento opera desvinculado de su causa en cuanto se refiere a la posibilidad de impugnar a través de sus trámites el acto declarativo, al menos que se hayan producido soluciones de continuidad entre éste y aquéllos, lo que explica lo tasado de las motivaciones de impugnación de la providencia de apremio.
- Carácter unitario del procedimiento de recaudación; lo que no impide advertir en él dos fases: voluntaria y ejecutiva. El procedimiento se abre desde el momento en que la deuda no se ha ingresado en plazo, y a partir del mismo se despliegan las correspondientes potestades administrativas, siendo evidente que la posibilidad de que el interesado cumpla voluntariamente se deben dar, ya que la ejecución forzosa tiene carácter subsidiario.

En definitiva, transcurrido el plazo voluntario de ingreso, se inicia el procedimiento ejecutivo en el cual se puede realizar el ingreso de la deuda tributaria, con recargo del 10% y que transcurre hasta que se recibe la notificación de la providencia de apremio. Notificada ésta se pasa a la vía de apremio, con el recargo del 20% y liquidación de intereses de demora.

2.4 La vía de apremio.

El artículo 127 de la LGT regula el procedimiento de apremio fijándolo como procedimiento que actúa sobre el patrimonio del deudor. El procedimiento se iniciará mediante providencia notificada al deudor en la que se identificará la deuda pendiente y

requerirá para que se efectúe su pago con el recargo correspondiente. Si el deudor no hiciera el pago dentro del plazo establecido que depende de la notificación⁵, se procederá al embargo de sus bienes, advirtiéndolo así en la providencia de apremio.

Es decir, la providencia de apremio es el título ejecutivo y ha desaparecido como tal la certificación de descubierto del artículo 104 del RGR.

2.5. El embargo de los bienes y en especial el dinero depositado en cuentas.

En terminología procesal, el embargo designa un conjunto de actividades cuya principal finalidad es afectar bienes concretos de patrimonio del ejecutado a una concreta ejecución frente a él despachada⁶ o refiriéndose concretamente al apremio, se trata de convertir bienes en dinero y posterior entrega al ejecutante de la cantidad que corresponda⁷, aunque en el supuesto que estamos examinando esta conversión no es necesaria, ya que el embargo actúa sobre el propio dinero.

El embargo es necesario como acto ejecutivo porque es el único medio de determinar que bienes de entre los que forman el patrimonio del acreedor van a responder de una ejecución. Se habla de trabar ejecución lo que significa realizar las diligencias de embargo por lo que traba equivale a embargo y el embargo es una pieza fundamental en el procedimiento de recaudación ejecutiva⁸.

Sin embargo, la Instrucción de embargo por medios telemáticos, distingue entre el embargo en sentido estricto y la traba. Esta disposición distingue dos momentos en el procedimiento: la orden de embargo que se plasma en una diligencia de embargo y la efectiva inmovilización del dinero -la traba- que lleva a cabo la entidad depositaria. Por ello habría que revisar lo que hasta este momento se ha señalado, por ser más precisa la distinción señalada por la referida Instrucción. Son dos momentos procedimentales que en algunos supuestos pueden confundirse en uno solo pero que, en determinados casos, como el presente o el de embargo de inmueble por anotación registral, se da la distinción señalada.

Desde el punto de vista doctrinal, entendemos que embargo es “el acto procesal consistente en la determinación de los bienes que han de ser objeto de realización forzosa de entre los que posee el deudor, en su poder o en el de terceros, fijando su sometimiento a la ejecución y que tiene como contenido una intimación al deudor para

⁵ art. 108 del RGR.

⁶ FERNANDEZ M. A.” Derecho procesal civil”. pág. 135.

⁷ FRANCO ARIAS J “El procedimiento de apremio”. Bosch. Barcelona. pág. 8.

⁸ PRADO RASA M “El procedimiento de recaudación”. Impuestos. 1989. Vol. I. pág. 1068.

que se abstenga de realizar cualquier acto dirigido a sustraer los bienes determinados y sus frutos a la garantía del crédito”⁹.

También se ha definido como “actividad procesal compleja, llevada a cabo en el proceso de ejecución, enderezada a elegir los bienes del ejecutado que deben sujetarse a ejecución y a afectarlos concretamente a ella, engendrando en el acreedor ejecutante una facultad meramente procesal a percibir el producto de la realización de los bienes afectados y sin que se limite jurídicamente ni se expropie la facultad de disposición del ejecutado sobre dichos bienes”¹⁰. Para nuestra exposición hay dos puntos negativos en esa definición ya que no se puede “elegir” entre los bienes del deudor sino seguir el orden señalado en el artículo 131 de la Ley General Tributaria. Tampoco es cierto que no se limite la facultad de disposición sobre dichos bienes, como la mayoría de autores reconoce, ya que una vez efectuada la traba del dinero depositado, dicho poder de disposición no existe. No es que se trate de una carga que tiene el bien embargado, como sería el supuesto del embargo de bienes inmuebles. Sencillamente, no se puede disponer del dinero en una cantidad determinada y por el transcurso del plazo de veinte días, sin oposición, la deuda se hace efectiva, percibiendo el acreedor el importe de la misma.

Por último haremos una referencia a otra definición del embargo como “declaración de voluntad mediante la cual determinados bienes que se consideran pertenecientes al ejecutado se afectan o adscriben a la actividad de apremio que ha de realizarse en el mismo proceso de ejecución de que forma parte el embargo”¹¹.

Podemos comprobar como la doctrina procesalista tiene primacía en esta parte sobre la propia del derecho tributario, ya que la doctrina en esta última materia no define el embargo, quizás por tres razones: una, debida a la relativa juventud del Derecho tributario, otra la discutida distinción entre derecho material y derecho formal, quedando éste siempre en segundo plano y tercero, porque se trata de una institución que puede ser definida de igual forma por la doctrina procesalista como por la tributaria o administrativa. Es conveniente señalar, además, en este punto, que el derecho procesal, será derecho “común”, supletorio, de acuerdo con lo establecido en el artículo 9.2 de la Ley General Tributaria.

La sentencia del Tribunal Supremo de 17 de octubre de 1994 define el embargo, partiendo de que “tenga su origen en una deuda de naturaleza civil o la tenga en una deuda de naturaleza tributaria”. No se trata, por tanto, de buscar una definición propia del derecho procesal y otra del derecho financiero. La sentencia fija lo que se entiende por embargo -cualquiera que sea su naturaleza-, es decir, civil o tributaria-, como he-

⁹ CARNELUTTI “Instituciones del proceso civil”. Trad. Sentis. Buenos Aires. 1973.

¹⁰ CARRERAS LLANSANA J “El embargo de bienes”. Barcelona. 1975. pág. 107-113.

¹¹ CACHON CADENAS, J.M. “El embargo”. Bosch. Barcelona. 1991. Pág. 29.

mos indicado antes, como “la facultad que se concede a los acreedores para sustraer determinados bienes de la libre disposición del deudor afectándolos al cumplimiento de una obligación”, en nuestro caso tributaria.

En cuanto a la estructura del embargo, existen diferencias doctrinales al respecto, una partiendo de que el embargo es una actividad procedimental compleja, integrada por los siguientes elementos: la localización de los bienes que han de ser trabados, la afección de dichos bienes a la ejecución y las medidas de garantía de la traba¹² al considerar que el embargo está compuesto, conjuntamente, por la declaración de bienes a la ejecución y por las medidas de aseguramiento de la traba. Por último, la posición a la que se adhieren los autores es considerar el embargo como declaración de afección de bienes como único acto integrante del embargo. La “traba” es inmovilización y ese es el elemento de mayor peso específico en la relación, sin perjuicio de señalar los aspectos de información necesarios para determinar los bienes del deudor y señalar los que proceda embargar, siguiendo el orden fijado.

Puede comprobarse como el Reglamento General de Recaudación,¹³ estima la traba como una retención. En un sentido vulgar nos parece correcta la expresión o bien ya lo es porque retener, es mantener algo para entregarlo a un tercero.

A pesar de ello, no podemos dejar de destacar que, en todo caso, el embargo es una actividad administrativa compleja.

2.6 La desaparición de la providencia de embargo.

Ni la redacción de la Ley General Tributaria anterior, ni en la redacción actual establecían la necesidad de este trámite procesal. Sin embargo, el Reglamento General de Recaudación sí, de tal forma que según el artículo 110 del citado Reglamento, “cuando no se hubiera efectuado el ingreso de la cantidad fijada en los plazos señalados en la providencia de apremio, los jefes de las dependencias y unidades de recaudación debían citar esta providencia, ordenando el embargo de bienes y derechos en cantidad suficiente, a su juicio”.

Hemos anunciado que ya no es necesaria esa providencia de embargo, para proceder, sin más, contra los bienes del deudor. Dada la redacción del artículo 127 de la Ley General Tributaria, en su número 3, una vez notificada la providencia de apremio, en la que debe identificarse la deuda pendiente, se requerirá a éste para que efectúe el pago con el recargo correspondiente y si el deudor, no hiciere el pago dentro del plazo que reglamentariamente se establezca, se procederá al embargo de sus bienes, según advertencia que al efecto debe constar en la referida providencia de apremio. Por

¹² CARRERAS LLANSANA J “El embargo..” o.c. o la de PRIETO CASTRO

¹³ art. 120 3. reformado en 1995.

tanto, desde la notificación de la providencia de apremio, si no se produce el ingreso en plazo, se puede proceder al embargo de los bienes del deudor, sin necesidad de dictar un nuevo acto administrativo, como la providencia de embargo. La única objeción a esa supresión es que se elimina una garantía que tenía el obligado tributario. En todo caso, mientras se mantenga en el Reglamento General de Recaudación el precepto que establece la necesidad de esa providencia, podría exigirse su cumplimiento ya que es la propia Administración, a través de un Reglamento de desarrollo, la que ha establecido una autolimitación.

3. LA VIGENTE REGULACION DEL EMBARGO TRIBUTARIO DE DINERO DEPOSITADO EN CUENTAS.

3.1 La versión actual del artículo 131 de la Ley General Tributaria.

La versión actual del artículo 131 de la Ley General Tributaria mantiene en el primer lugar del orden de prelación en los embargos que debe realizar la Hacienda pública, el embargo de dinero, sea en metálico, sea depositado en entidades financieras. El desarrollo reglamentario de la anterior versión de la Ley General Tributaria, en 1990, a través de los artículos 120 y siguientes del Reglamento General de Recaudación, había planteado una serie de problemas, sobre los que la doctrina y la Asociación Española de Banca AEB ya se habían manifestado poniendo de manifiesto la necesidad de una reforma sobre esta materia¹⁴. La reforma resultaba además obligada desde el momento en que fueron recurridos por la referida Asociación, los artículos 120 del Reglamento General de Recaudación de 20 de diciembre de 1990 y el Tribunal Supremo suspendió su aplicación, sin entrar en el fondo del asunto, por cuanto apreciaba indicios muy claros de que los citados preceptos reglamentarios carecían de soporte legal suficiente. Esta medida cautelar fue confirmada por dos sentencias del citado Tribunal de 17 de octubre y 16 de noviembre de 1994. Especialmente la primera con una clara relación con el tema que estamos tratando en cuanto se refieren al procedimiento de ejecución forzosa de las deudas tributarias, en el momento de mayor gravedad del mismo, que consiste en la sustracción de la posesión de los bienes de su dueño para pasarlos provisional o definitivamente al ámbito patrimonial del acreedor tributario. Nos estamos refiriendo al embargo de los bienes del obligado tributario.

Dichas sentencias analizan el procedimiento que debe seguirse cuando se pretende embargar el bien que con su obtención o aprehensión se realiza el cumplimiento de la obligación tributaria, de la “solutio”, es decir, del pago. La cuestión la circunscribimos al embargo de dinero y más concretamente al dinero depositado en entidades de crédito o de ahorro, depósito o financieras.

¹⁴ SOPENA GIL, J. “El embargo de dinero por deudas tributarias”, o.c.

La legislación sobre recaudación en vía ejecutiva ha sido objeto de modificaciones constantes.¹⁵

Este ciclo de modificaciones se ha completado con la publicación de la Ley 25/1995 de 20 de julio de modificación parcial de la Ley General tributaria de 28 de diciembre de 1963 que, dentro de la línea de la modificación del Reglamento de 1990 por el Real Decreto 448/1995, de 24 de marzo,¹⁶ incluso ha completado y modificado alguno de sus preceptos, lo que obligaba a realizar una nueva modificación del Reglamento. Debe tenerse en cuenta que la LGT, ha sido modificada partiendo de la modificación previa del Reglamento y no viceversa, como sería lógico, sirviendo el principio de jerarquía normativa. En esta anómala producción normativa evidentemente interviene o resulta afectada por la doctrina del Tribunal Supremo a la que nos hemos referido.

3.2. El orden de embargo.

3.2.1 El artículo reformado en 1995 coincide prácticamente con el de igual número, apartado también 2, derogado, con una modificación que señalaremos a continuación¹⁷. Dicho orden se inicia dando preferencia, según la legislación derogada, al dinero efectivo o en cuentas abiertas en entidades de depósito. Este apartado ha sido modificado en el sentido de sustituir entidades de depósito por “entidades de crédito”. Puede parecer que esta modificación es únicamente una precisión semántica o el simple uso de un sinónimo ya que es igual entidad de depósito que la de crédito. Estimamos que no es así. Con la modificación, se ha ampliado el contenido del apartado primero del orden de prelación en el embargo. La modificación del precepto fue propiciada por el Grupo socialista y se justificaba en el sentido de que con ella se conseguía mejorar o unificar la redacción del proyecto, dejándonos con la duda de que en qué sentido se ha mejorado o unificado la redacción del proyecto. Ya sabemos que la diferencia entre entidad de crédito y de depósito no es muy clara desde el punto de vista legislativo. Como ha hecho notar¹⁸ el confusionismo creado es evidente y además nada inocente, señalándose que no han faltado ocasiones en las que la entidad de crédito ha pretendido invocar la denominación o la simple etiqueta de la norma para hacer valer lo que no le era aplicable. Además, la regulación de los agentes del sistema financiero ha provocado una flagrante confusión terminológica, lo cual resulta de algu-

¹⁵ v. las modificaciones del artículo 128 de la anterior redacción y la modificación del 131, por la Ley 37/1988 de 28 de diciembre, que introdujo el orden de prelación propio del ámbito tributario, al margen del orden fijado en la Ley de Enjuiciamiento civil.

¹⁶ v. MARTINEZ LAFUENTE A “La reforma del procedimiento recaudatorio”. Impuestos. 1995. Nº 23. Dic. pag. 87.

¹⁷ SOPENA GIL J. “La Reforma de la Ley General Tributaria. Análisis de la Ley 25/1995 de 20 de julio”. CEDECS Barcelona. 1995. pag. 343 y sig.

¹⁸ MARTIN OVIEDO J M “Hacia la construcción de un ordenamiento financiero”. RDBB. num. 24, 1986. pag. 71, 703 y 717.

na forma recogido por los propios Servicios Jurídicos del Banco de España, al reconocer que la legislación financiera es un intrincado conjunto normativo¹⁹, teniendo en cuenta que existían catorce denominaciones distintas; cinco se refieren a crédito, cuatro a entidades financieras, una a entidades de depósito y cuatro son mixtas (crédito, ahorro o financiación, tráfico bancario o crediticio), sin perjuicio de señalar la terminología mediática de “intermediarios financieros”.

En todo caso, queda patente que, de acuerdo con lo antes señalado, no es lo mismo, o no es sinónimo, el calificativo de depósito o de entidad crediticia.

Hemos considerado que la expresión de crédito es más amplia que la de depósito. Una entidad de crédito, es la que puede prestar dinero pero no aceptarlo en depósito.

La norma es concreta, entidades de crédito, y no hace referencia a entidades financieras ya que la ambigüedad del término, fuera del ámbito de investigación de las Facultades de Derecho, es notoria. Para delimitar el concepto de entidad de crédito creemos que es fundamental partir de la definición que de las mismas hace la Ley sobre Disciplina e Intervención de las entidades de crédito ²⁰considerando como tales entidades las empresas que tiene como actividad típica y habitual captar fondos para el público, en forma de depósito, de préstamo, por cesión temporal de activos financieros y “otras análogas”, que comportan la obligación de restitución, empleando tales fondos en la concesión de créditos por cuenta propia. Aparece el concepto de operaciones activas y pasivas de estas entidades. Son operaciones activas las de prestar dinero, conceder créditos en sus más diversas formas y las pasivas aquellas por las que la entidad recibe dinero, básicamente en forma de depósito. Este depósito, sobre el que respecto a su naturaleza volveremos a insistir, si es un préstamo o un depósito irregular es importante en cuanto, según la calificación que se realice podemos pasar a un orden de embargo posterior, no al primero al que nos estamos refiriendo²¹.

Se configuran así, como empresarios cuya actividad consiste en la intermediación en el crédito. Se trata de un concepto funcional y amplio que no tiene en cuenta la forma o estructura del sujeto que desarrolla la actividad indicada, considerándose ²² esta definición influida por la Directiva CEE, núm. 780/1977, se adhiere al criterio de que la

¹⁹ “Legislación de las Entidades de depósito y otros intermediarios financieros”. Preámbulo. Madrid. 1988.

²⁰ art. 1 del Real Decreto Legislativo 1298/1986, en la redacción introducida por la Ley 26/1988,

²¹ el número 2º del orden señalado en el artículo 131 se refiere a “créditos realizables en el acto”.

²² SANCHEZ CALERO F. “Instituciones de Derecho mercantil”. Ed. Rev. Reunidas. Madrid. 1991 pag. 520.

empresa bancaria es aquella que tiene por objeto la realización de operaciones de crédito activas y pasivas, pero de forma que unas y otras se complementan.

Nosotros hacíamos, como hemos indicado antes, una diferenciación entre entidades que eran de depósito y de crédito, como bancos, cajas de ahorro, etc. y entidades que sólo lo son de crédito pero no de depósito, como las sociedades de crédito hipotecario, las entidades de financiación, las sociedades de arrendamiento financiero y las sociedades mediadoras del mercado de dinero. Estas entidades, como hemos dicho antes, no pueden tener dinero en depósito y sí sólo prestarlo. Además entendemos que tampoco pueden prestar otros servicios, propios de las entidades de depósito, como la de gestión de caja, accesoria o complementaria a la de depósito.

Esta limitación, que fijaba la legislación tributaria anterior a 1995, ha desaparecido con la nueva redacción dada al artículo 131 de la Ley General Tributaria y, por tanto, será embargable, en la primera línea de la orden de embargo, aunque el dinero este situado no en una entidad de crédito sino en una de las enumeradas, sin perjuicio de hacer constar las dificultades prácticas que ello puede plantear ya que ese dinero debe estar en esas entidades en “cuentas abiertas”²³, de acuerdo con lo que vamos a examinar a continuación.

3.2.2 El dinero debe estar depositado en “cuentas abiertas”.

Esta referencia a la cuenta aparece en el artículo 131, reformado, cuando habla de datos identificativos y la situación de cada “cuenta”. Uno de los requisitos objetivos exigidos para que el dinero del deudor pueda ser embargado preferentemente, es que el mismo debe hallarse en cuentas abiertas en las entidades de crédito. La cuenta debe ser abierta por alguien, es decir, la cuenta hace referencia a la materialización contable de un contrato de depósito. Abrir una cuenta es materializar el contrato mediante la firma de la documentación contractual oportuna, con fichas de firmas de las personas físicas que como titulares, autorizados o representantes, tienen facultades, en virtud de las cláusulas contractuales, a disponer de las mismas.

La relación entre la entidad de crédito y el cliente nacida del hecho de un depósito de dinero o de títulos o de un préstamo, o de la concesión de un crédito, hecha al cliente se prolonga a lo largo del tiempo y ello da lugar a la apertura de una cuenta en la contabilidad de la entidad a nombre del cliente. Hemos de determinar, por tanto, que es lo que entendemos por cuenta. Para Garrigues ²⁴ abrir una cuenta supone haber celebrado un contrato con la entidad de crédito -el profesor empleaba esta expresión- a pesar de que advierta un predominio fáctico de lo contable sobre lo jurídico, aunque de todos modos los asientos contables no alteran la relación jurídica de la que nacen. La cuenta es el soporte de todas las diversas operaciones concretas que medien entre la

²³ art. 131 LGT, redacción anterior y vigente.

²⁴ GARRIGUES J. Curso de Derecho mercantil Madrid. 1958 pag. 115.

entidad de crédito y su cliente y el aspecto contable es fundamental y justifica la utilización de un soporte de tal tipo, con partidas de debe y haber.

Se trata, en fin, de una obligación compleja, ya que deriva de la imposición a todo empresario de la necesaria llevanza de una contabilidad ordenada y de otra del carácter múltiple de las relaciones con el cliente, lo que exige que en la entidad de crédito se abra una cuenta, que reflejará la situación patrimonial del mismo, frente al banco o caja de ahorros u otra entidad similar²⁵. El aspecto contable del depósito es fundamental. Además, se trata de un sistema de contabilidad por partida doble con objeto de compensar todos los créditos y deudas que se llevan al mismo, prestando al cliente el servicio de caja.

Precisamente, abrir una cuenta en una entidad de crédito significa haber convenido con ésta un contrato del cual la cuenta va a ser una reflejo aritmético. La variedad del posible contrato subyacente- depósito de dinero, a la vista, a plazos, descuento de efectos, por apertura de un crédito se traduce en una figura contable unitaria, la cuenta que puede ser corriente o no, lo que supone que los ingresos hechos por el cliente y los pagos realizados por la entidad se han de anotar en el debe y el haber, respectivamente, del cliente. Dentro de este molde contable se cobijan aquellas múltiples relaciones jurídicas que dan lugar a otras tantas figuras contractuales²⁶.

Lo que se acaba de exponer no es una mera disquisición teórica, sino que tiene una trascendencia práctica realmente importante ya que se puede comprobar que si no nos hallamos ante “cuentas abiertas” el dinero embargable lo será por otros conceptos distintos del primero del orden de embargo. Si el dinero no tiene esa condición sino quizás otra como por ejemplo, hallarse en anotaciones contables no “abiertas” por el cliente, como en cuentas transitorias del propio banco o caja, o en forma de cheque, etc. es evidente que podrá ser objeto de embargo, pero no por el concepto de dinero en cuentas abiertas en entidades de crédito, a nombre del obligado tributario.

3.2.3 El dinero depositado.

La calificación de dinero depositado quedaba muy clara cuando, según, el precepto anterior, no modificado, el mismo debía hallarse situado en cuentas de entidades de depósito. Con la nueva redacción del precepto al cual nos hemos referido antes, la cuestión no aparece con la misma nitidez. Sin embargo, la referencia que hace con posterioridad el artículo 132 de la Ley General Tributaria, también reformado, a “fondos, valores u otros bienes confiados a una determinada oficina de una entidad de crédito u otra persona o entidad depositaria”, mantiene la idea de que el dinero debe tener esa condición de depositado.

²⁵ SANCHEZ CALERO F. o.c. pag. 529.

²⁶ GARRIGUES . o.c. pág. 116.117.

Por el depósito, el banco o caja recibe del cliente una suma, de la que la entidad de crédito puede disponer, pero que ha de custodiar y restituir de la forma pactada. Son los depósitos abiertos de dinero, frente a depósitos cerrados en pliegues o sobres -hoy en desuso- y que forman parte del contrato constituido por el llamado depósito mercantil. Se trata de una operación fundamental para aquellas entidades, llamadas pasivas, que les consiente disponer de fondos para operaciones activas, es decir, conceder créditos. El dinero entregado al Banco o caja, entra a ser propiedad de éstos, que se obligan a devolver otro tanto cuando el depositante lo pida, salvo cuando se haya pactado un plazo para la devolución²⁷.

Sobre esta cuestión la jurisprudencia mercantil ha sido vacilante ya que en algún caso se ha señalado que el cliente tiene un derecho de crédito frente al Banco²⁸. Esta tesis es muy discutible si se tiene en cuenta que ambas partes coinciden en que se custodie el dinero. En interés del cliente por esa custodia y en interés de la entidad en tener la cosa depositada.

De todas formas, nada impide que se considere como un depósito irregular, y si bien el pago de intereses, puede hacer pensar en un crédito, en un préstamo, no lo es menos que los intereses satisfechos por el banco o caja son debidos precisamente por la disponibilidad que se tiene sobre la cosa guardada, dinero, bien fungible, por excelencia.

Habrán supuestos especiales, pero nada impide que exista un depósito y un contrato de cuenta corriente. En realidad se trata de determinar la naturaleza de esta unión y de los contratos que la conforman. El problema está en determinar si nos hallamos ante un contrato típico previsto en el Código civil o de comercio, o contrato innominado, o un contrato mixto o, simplemente como un conjunto de diversos contratos. Incluso se podrá hablar de la existencia de un mandato.

En principio se puede situar el contrato al que nos estamos refiriendo como uno entre el contrato de depósito en sentido estricto y el contrato de préstamo. La cuestión²⁹ deriva de que no queda claro si el cliente que deposita el dinero en un banco o caja lo hace porque quiere que este sea conservado o porque quiere sacar un provecho de su utilización, o quizás, lo que desea son las dos cosas.

Todo lo expuesto anteriormente tiene importancia por cuanto si se trata de un préstamo que el cliente hace al banco, no nos hallaríamos ante el número uno o primero del orden de embargo sino en el número segundo, como ya hemos indicado antes. Nosotros habíamos defendido que si se trata de un depósito³⁰ no había duda sobre

²⁷ SANCHEZ CALERO F. o.c. pag. 533.

²⁸ SSTs 7 mar. 1974 y 4 dic. 1975.

²⁹ SPINELLI M. y GENTILE G. "Diritto bancario", 2 ed. Cedam. Padova. 1991. pag. 197.

³⁰ SOPENA GIL J. "El embargo d.o.c. pag. 140.

la aplicación del número primero indicado. Sin embargo, al sustituir la expresión entidad de depósito por la de crédito y a pesar de lo que hemos indicado antes sobre el concepto de depósito, la nueva redacción le da una mayor amplitud al tratarse simplemente de dinero en cuentas abiertas en entidades de crédito, sean o no de depósito.

Esto nos lleva a plantear la cuestión de si el dinero que se halla en cuentas derivado de un crédito concedido por el banco, esta cantidad será o no embargable en el número uno indicado. Nos estamos refiriendo a dinero abonado en cuenta del interesado por la propia entidad, como consecuencia de un crédito concedido al cliente. No creemos que pueda desligarse este precepto del artículo siguiente el 132, el cual, como hemos comentado antes, hay una referencia expresa al depósito. ¿Se entiende que el dinero abonado en cuenta por haber la propia entidad de crédito otorgado un préstamo, puede ser embargado?. Es evidente que nos hallamos ante una cantidad de dinero que es custodiada por el banco o caja, sobre la cual tiene la titularidad y disposición, lo que ha de determinar la posibilidad de embargarla de acuerdo con el número 1 del orden de embargo. No vemos objeción. Esta afirmación debe hacerse con grandes reservas ya que otra cosa puede ser que las especiales relaciones entre el concedente del crédito, que además es el depositario del mismo, con el cliente, quiera ejercitar un derecho preferente de retención, a la vista de la actuación de la Hacienda Pública en la vía de apremio. En este supuesto se pueden plantear cuestiones relativas a la preferencia del crédito.

3.2.4 Formas jurídicas en que puede estar depositado el dinero.

Debemos hacer una distinción entre:

A.- Cuentas corrientes. Es un contrato de gestión en virtud del cual el banco se compromete a realizar por cuenta del cliente, cuantas operaciones son inherentes al servicio de caja, realizando las correspondientes anotaciones contables de abono o cargo³¹. Es importante que exista un servicio de caja, nacido como accesorio al contrato de depósito bancario. En resumen es un sistema de contabilidad, derivado de un contrato, caracterizado por la anotación de las partidas del debe y haber, débito y crédito, como consecuencia de las varias y sucesivas operaciones realizadas entre el banco y el cliente, con posibilidad en cualquier momento de determinar el saldo activo o pasivo resultante³². Son lo que se denominan cuentas “a la vista” porque puede retirarse la cantidad ingresada cuando se quiere, salvo el período de preaviso establecida en las leyes y en los usos y que, en la práctica, las entidades de depósito están orientadas a reembolsar inmediatamente el dinero³³. Recordamos que la nota característica es la adquisición por el depositario de la propiedad de la cosa depositada, circunstancia que es

³¹ BROSETA PONT M. “Manual de Derecho mercantil”. Tecnos. Madrid. 1991. pág. 521.

³² SPINELLI M y GENTILE G o.c. pág. 297.

³³ SPINELLI I GENTILE o.c. pág. 205.

debida, según GARRIGUES ³⁴ porque se va en contra de lo dispuesto en el artículo 1.728 del Código civil, según el cual las cosas depositadas deben ser devueltas “in individuo” y que el depositante sigue conservando la disponibilidad del depósito a pesar de no ser suyo³⁵.

La instrucción de la AEAT para embargar mediante medios telemáticos dinero depositado en cuentas, establece como limitación para emplear el sistema, entre otros, que las cuentas deben ser “cuentas corrientes”, nunca cuentas a plazo o de otro tipo.

B.-Libretas de ahorro.

No altera la naturaleza de la cuenta el hecho de que la documentación del contrato se concrete en una llamada libreta, que no es otra cosa que un documento en el cual se van abonando y cargando cantidades de dinero, no pudiendo configurarla como título valor ya que carece de la condición de endosable. Su efectos son los mismos que la cuenta corriente o de ahorro y el embargo deberá realizarse inmediatamente en la forma indicada, sin ninguna especialidad.

Nosotros creemos que deben ser incluidas en el concepto general de cuentas corrientes, ya que la diferencia entre unos y otras es que en las primeras se trata de un documento que acredita la recepción de fondos como hecho constitutivo del contrato ³⁶ y en donde aparecen los cargos y abonos efectuados. Se trata de una pura diferencia práctica que deriva del tipo de documento que se emplea en una u otra forma. Podemos añadir que en este caso el titular de la cuenta no posee un talonario de cheques, sino que debe usar dicha libreta para ingresar y retirar dinero. Si la libreta es un título probatorio privilegiado o un título valor, es una cuestión que excede los límites de esta exposición si bien deberíamos inclinarnos por lo primero y no por lo segundo.

Estas dos formas de dinero depositado serán aptas para ser embargadas por medios telemáticos, con las limitaciones a las que nos referiremos de forma específica.

C.- Depósitos o cuentas a plazo.

También se denominan imposiciones a plazo. La doctrina jurisprudencial ha mostrado su indecisión sobre la naturaleza jurídica de esta operación, ante la opinión de quienes la consideran como una modalidad de depósito irregular y las que estiman que se trata de un negocio con caracteres especiales, dejando en la sombra la antigua tesis jurisprudencial de que nos hallamos antes un préstamo³⁷. Estas cuentas tienen como especialidad que no pueden ser retiradas por el titular hasta haber cumplido el plazo fi-

³⁴ o.c. pág. 259 y 361.

³⁵ VEGA PEREZ F. “Responsabilidad bancaria por impago indebido de cheque”. RDBB. pág. 679.

³⁶ GARRIGUES o.c pág. 371.

³⁷ SSTs 2 jul. 1985 y 19 sep. 1987. SANCHEZ CALERO F. Inst. pp.534 y 535.

jado en el contrato. En el supuesto de que la cuenta quede embargada, el Reglamento General de Recaudación ha optado por mantener la retención hasta el final del plazo fijado en el contrato y en ese momento es cuando el principal puede ser entregado al Tesoro Público.

D.-Supuestos que no deben ser calificados como dinero en cuentas.

Como se había indicado en otro lugar ³⁸ se trata de supuestos que no pueden ser calificados como dinero en cuentas y que, siendo embargables, lo serán por otro de los apartados del art.131, pero no por el a). Podemos citar los certificados de depósito y las cuentas en divisas. Estas últimas no son dinero en España. Siguiendo con lo expuesto, si podrán embargarse en este apartado las cuentas en pesetas convertibles y, en contra de lo indicado en 1993 por uno de los autores ³⁹ sobre los depósitos en “ecus”, son ya “moneda” los depósitos en “euros”, lo que se consolida en fecha 1 de enero de 2002. Nos referimos siempre a depósitos situados en España, sin perjuicio de la aplicación de convenios y tratados internacionales y Directivas de la Unión Europea ⁴⁰ para el cobro de deudas cuyo acreedor o deudor está situado fuera de España.

3.3 Especial referencia a la obtención de información.

Vamos a examinar como había redactado el texto reglamentario de 1990 las normas que el Tribunal Supremo dejó en suspenso primero y ahora ha anulado en sentencia de fechas 17 de octubre de 1994. Sobre la información que debe facilitarse a la Administración, se ha pronunciado la doctrina de forma diversa⁴¹.

Vamos a examinar por separado los preceptos a los cuales se refiere la sentencia y en cada caso los fundamentos jurídicos que han llevado al Tribunal a declarar esa nulidad.

En la misma, se señala que los artículos 113.5 y 118.3 del Reglamento General de Recaudación, atentan al principio de legalidad. Dichos artículos establecían que los órganos de gestión podían requerir directamente que las personas y entidades obligadas a facilitar información sobre los bienes del embargado, con la sola excepción que la misma se refiera a movimiento de cuentas y demás operaciones activas y pasivas de los Bancos, Cajas de Ahorros y cuantas personas físicas o jurídicas se dediquen al tráfi-

³⁸ SOPENA GIL, El embargo o.c. pág. 155.

³⁹ SOPENA GIL J.

⁴⁰ V. Directivas 76/308, 77/794 y 79/1071 CEE, Real Decreto Legisl. 1068/1988 de 16 de sep. Y O.M. de 9 de oct. 1989.

⁴¹ V. SESMA SANCHEZ B. “La obtención de información tributaria”. Aranzadi. Pamplona. 2001; ALONSO GONZALEZ LM El número de identificación fiscal y los deberes de información. 1991, entre otros.

co bancario o crediticio, en cuyo caso, será necesaria la previa autorización de la Dirección General de Recaudación o, en su caso, del Delegado de Hacienda “que podrá delegar en los Administradores de Hacienda y Jefes de Dependencias de Recaudación”. Esta parte entrecomillada de los preceptos, que había quedado en suspenso por el Auto del Tribunal Supremo de 17 de marzo de 1992, resulta nulo definitivamente por la sentencia que comentamos por atentar al principio constitucional antes señalado⁴².

Los dos preceptos tenían cobertura legal en cuanto que el artículo 111.3 de la Ley General Tributaria, en su redacción por la Ley de presupuestos Generales para 1992, de 31 de diciembre de 1992, permitía que la investigación pudiera comprobar la información relativa al origen y destino de los movimientos o de los cheques u otras órdenes de pago, precepto que el Tribunal Constitucional en Sentencia de 28 de junio de 1994, declaró inconstitucional, de lo cual se infiere que, por tanto los artículos citados del Reglamento recaudatorio quedaban sin la citada cobertura, lo que suponía, a su vez, que debían ser declarados nulos.

Dentro de esta línea argumental, la indicada sentencia del Tribunal constitucional, declaraba, a su vez, inconstitucional el artículo 128.5 de la LGT en su versión fijada por Ley de 30 de diciembre de 1991, según el cual los “órganos de recaudación podrán comprobar e investigar la existencia y situación de los bienes o derechos de los obligados al pago de una deuda para asegurar o efectuar su cobro, ostentado cuantas facultades reconocen a la Administración los artículos 110 a 120 de la LGT”, lo cual determinaba que quedasen también, sin cobertura legal por otra vía, los artículos 113.5 y 118.3 del Reglamento.

Esa cobertura, ha resultado restablecida, al aprobarse la nueva redacción del artículo 133 de la LGT, según el cual “el Delegado competente de la Agencia Estatal de la administración tributaria podrá autorizar que las investigaciones realizadas afecten al origen y destino de los movimientos o de los cheques u otras órdenes de pago, si bien en estos casos no podrá exceder de la identificación de las personas o de las cuentas en las que se encuentre su origen o destino”.

Esta nueva redacción de la LGT tiene dos partes, por una de ellas se da soporte legal a un precepto declarado inconstitucional, se separa el deber de información para el embargo de cuentas del deber general de información y se limita el deber de información a las posibilidades de identificación de persona o de las cuentas en las que se encuentre su origen y destino.

Para sistematizar lo expuesto y a modo de conclusión, debemos distinguir entre:

a) Deber de información sobre el saldo en un momento dado de la cuenta, información que puede ser recabada por los órganos de recaudación de la AEAT y

⁴² art. 113.5.

b) El origen y destino de las órdenes de pago y de los talones que deberán exigirse solo por las autoridades expuestas o por su equivalencia de la Agencia.

En este apartado, se puede comprobar como en el embargo por medios telemáticos, sin demasiadas explicaciones, se indica que se investigan, como actuación previa al embargo, las cuentas. En esta sucinta indicación no hay la más mínima alusión a las limitaciones que hemos señalado y que proceden del desarrollo legislativo, la actuación del Tribunal constitucional y la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo sobre el Reglamento General de Recaudación de 1990, versión 1995. Entendemos que en este caso se mantiene lo dispuesto en la Ley sin posible conculcación cuando se empleen medios telemáticos.

3.4 Situaciones especiales del dinero embargado.

Son situaciones en las que se han iniciado por el deudor de la cuenta las órdenes de pago con cargo a la misma y, sin embargo, todavía no se han realizado las correspondientes anotaciones contables. Antes del embargo, se ha validado la orden de pago, pero no se ha plasmado en la cuenta.

A ellas se refiere la Instrucción de embargo por vía telemática, saldo 07. La cuestión en este caso, no plantea problema en cuanto que la entidad depositaria, conoce la orden. El gran problema aparece cuando ella no tiene dicho conocimiento previo a la traba.

Las situaciones que podemos estudiar son las siguientes:

3.4.1 Reclamación por la entidad de depósito del importe de letras de cambio o pagarés impagados.

La cuestión que se plantea es si el contraasiento se ha realizado antes de la traba, nos hallamos ante un supuesto que la Instrucción de embargo por vía telemática, califica de 07. Ahora bien, cuando dicha anotación no se ha efectuado, difícilmente se podrá sustraer esa cantidad del saldo ya que la primacía corresponde a la traba, sin perjuicio de que el banco o caja puede plantear una tercería de mejor derecho.

3.4.2 La transferencia bancaria.

Se trata de un servicio que se presta de banco a banco en el que el cliente de uno de ellos ordena que transfiera una cantidad a otra cuenta de otra entidad o, incluso, a favor de la Administración. Existe, por tanto, una orden de pago que origina una disminución de un saldo. El problema se puede plantear cuando la orden se haya dado antes de la traba y no se haya anotado todavía. Sin perjuicio de que la Administración parta de la idea de que el saldo es inamovible, sí se estima que el contrato se ha

perfeccionado⁴³ con la orden de transferencia, anterior al embargo, procedería reducir el saldo embargable.

La doctrina no es unánime al respecto. Una posición es la que acabamos de exponer. Para GARRIGUES ha nacido un crédito a favor del beneficiario de la transferencia⁴⁴ lo que no resuelve el problema. Para nosotros, si antes del embargo se ha recibido la orden de transferencia, aunque no se haya hecho la anotación en la cuenta, debe reducirse el saldo disponible en esa cantidad, de acuerdo con el art. 1258 CC⁴⁵.

3.4.3 Supuestos que modifican la posición del sujeto pasivo.

Esto es el supuesto donde aparece el problema de los regímenes patrimoniales del matrimonio los cuales vendrán relacionados con el tipo de deuda tributaria y la naturaleza de los rendimientos, especialmente en el régimen de gananciales, tema realmente difícil y que no puede resolverse en un apartado, mereciendo un estudio separado sobre ello.

3.5. El saldo: concepto.

La LGT en la versión anterior a 1995, no se refiere al saldo. La versión posterior, en el art. 132.2, sí hace referencia al saldo. En todo caso, sí lo hace el Reglamento, entre los preceptos anulados por el Tribunal Supremo así como en la Instrucción sobre embargo por vía telemática. Es un concepto manejado especialmente por las disciplinas que estudian contabilidad. Se trata de la diferencia entre las sumas del debe menos las del haber y FIORENTINO⁴⁶ en un sentido más jurídico, señala que consiste en la compensación entre varios créditos y deudas convirtiéndose en un crédito liquidado y exigible, cualidades que lo hacen especialmente apto para ser embargado en vía de apremio. El problema está en si, dentro del mismo depositante, es posible compensar las distintas cuentas entre sí, teniendo en cuenta la existencia de saldos deudores o saldos negativos en otras cuentas del mismo titular. La Circular 8/1988 de 16 de diciembre admite que en el plazo de reflexión de los 20 días se puede aceptar que las cuentas de signo distinto puedan compensarse si están intercomunicadas y funcionan como una sola.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de octubre de 1994 examina el precepto del Reglamento General de Recaudación⁴⁷ que establece que se pueden embargar “todos los saldos del deudor existentes en todas las oficinas de una misma entidad”, con-

⁴³ art. 1258 CC.

⁴⁴ STS 29 may. 1978.

⁴⁵ “Los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento”.

⁴⁶ FIORENTINO A “Contrato de cuenta corriente”. Trad. Cusi. Bosch. Barcelona. 1958. pag. 49.

⁴⁷ art. 120.

siderando que el precepto debe ser declarado nulo al carecer de cobertura legal ya que permite a quien actúa en nombre del acreedor -el recaudador- exigir mayores cantidades de las debidas por el deudor. El precepto podría mantenerse si estos embargos se limitaran al importe de la deuda tributaria, pero al no establecerse este límite y permitiéndose un embargo-sanción, debe ser anulado. Como consecuencia de ello se ha modificado el precepto reglamentario en el sentido de mantener el embargo de todos los saldos, cuando se conozca la existencia al menos de una cuenta en una oficina de una entidad de depósito, con la limitación, que recoge la doctrina del Tribunal Supremo, de no sobrepasar “el importe de la deuda no pagada”.

Al examen del embargo por vía telemática se le dedicará un apartado especial a este problema.

3.6. La diligencia de embargo.

3.6.1 Concepto y naturaleza.

Volvemos otra vez al ámbito del derecho procesal. Previamente, debemos precisar una cuestión: no es lo mismo embargar bienes y derechos en general que embargar dinero, y dentro de este último, entre el que se obtiene en metálico, en efectivo y el que está depositado en bancos y cajas de ahorro. El dinero en metálico aprehendido automáticamente realiza el pago de la deuda, como hemos señalado antes, mientras que en el embargo de dinero depositado, el pago no se ha realizado, ya que existe un período de tiempo⁴⁸ en el que, realizada la retención de la cantidad como medida de aseguramiento de bienes, el sujeto pasivo no puede disponer de la suma y, si resultase embargada en otro procedimiento, podría entrar en el juego los procedimientos de las tercerías de mejor derecho.

Por tanto, en este último caso, la diligencia se convierte en un documento central en cuanto asegura bienes y después, por el transcurso de un plazo, establece el deber de entrega de dinero por parte del banco o caja, con lo cual se llega a la terminación total o parcial del procedimiento de apremio, y total o parcialmente la extinción de la deuda tributaria.

Desde el punto de vista jurisprudencial se ha señalado que a la diligencia de embargo, notificada en forma, ha de concedérsele, por su naturaleza, una mayor trascendencia que una simple reclamación, en cuanto a la fase de realización del crédito⁴⁹. Constituye una retención posesoria, un estatuto, no un acto simple y se manifiesta constante, interín no se alza o deja sin efecto lo que impide, mientras subsiste, la reanudación del derecho a enajenar.

⁴⁸ veinte días naturales.

⁴⁹ STS 21 may.1956.

Nos hallamos ante un documento, como pone de manifiesto el Reglamento General de Inspección, al considerarlo como una de las formas de manifestarse la documentación relativa a las actuaciones de la misma. La normativa reglamentaria sobre recaudación no define qué se entiende por diligencia. De acuerdo con la primera disposición, la correspondiente a la Inspección, se trata de un documento que se extiende para hacer constar hechos o circunstancias relevantes que se produzcan en el curso de las actuaciones, así como las manifestaciones de la persona ante la cual se actúa. Se recuerda que en ese documento no deben hacerse consideraciones jurídicas.

Ahora bien, esa definición, derivada de las normas propias de la Inspección tributaria, no puede trasladarse literalmente a la diligencia de embargo. Esta tiene un efecto intimatorio importante⁵⁰ produce un efecto instantáneo o quasi instantáneo; la entidad de depósito debe retener el importe de lo adeudado al Tesoro, paralizando la disponibilidad de cantidades de dinero, lo que tiene el efecto de traba inmediato, pretendiendo asegurar que dicho dinero permanecerá en el patrimonio del embargado y precisamente como se encontraba en el momento de la afección. A través de la diligencia de embargo se pretende conjurar un doble peligro: impedir que el deudor oculte el dinero y sobre todo impedir que salga del patrimonio del deudor y sea adquirido por un tercero de forma irrevindicable, lo cual es especialmente aplicable al dinero, bien fungible por excelencia, con lo cual quedaría substraído a la acción de la Hacienda Pública.

Por tanto, la diligencia de embargo, es un documento que se refiere a hechos del procedimiento, a aspectos formales del mismo, en nuestro caso del de apremio, en su fase de embargo, reflejándose cuantos hechos con relevancia para el servicio surjan en el curso del procedimiento, así como las manifestaciones del interesado en el curso de las mismas⁵¹. Sería por tanto, el acto de un miembro de la Administración, especialmente habilitado para ello, por el que se da cumplimiento a una orden, en concreto la orden de embargo de cuenta⁵². Pero como hemos dicho antes, el elemento fundamental de la diligencia de embargo es que nos hallamos ante un acto de intimación que tiene por objeto la imposición de una conducta a la entidad bancaria o de ahorro. Es además un acto de trámite, no decidiendo el fondo del asunto⁵³. Se trata de la constancia de un hecho: la intimación y comunicación a la entidad de depósito de que proceda de forma inmediata a retener el saldo del deudor tributario para que aquél lo ingrese en cuentas restringidas del Tesoro, una vez transcurridos veinte días naturales desde la entrega de la diligencia.

⁵⁰ GONZALEZ PEREZ J. "Comentarios a la Ley de Procedimiento Administrativo". Civitas. Madrid. 1988.

⁵¹ MANTERO SAENZ A. "procedimiento de inspección tributaria". IEF. Ministerio de Economía y Hacienda. 1987.

⁵² GUASP P "Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento civil. Tomo I. Derecho procesal civil.

⁵³ SSTs 9 mar y 30 may. 1955 y 2 mar. 1987.

Tal y como están redactados los preceptos reguladores, tanto en el ámbito reglamentario vigente como por modificación de la Ley General Tributaria, parece más una comunicación, un dar a conocer una decisión administrativa que una diligencia en sentido estricto. Se indica que la diligencia se “presentará” lo cual hace suponer que estará ya redactada y que el receptor debe limitarse tan solo a recibirla puesto que en ningún momento se indica que deba redactarse en su presencia. Lo indicado no puede impedir que el receptor⁵⁴ haga constar lo que crea conveniente sobre su derecho o sobre el de los embargados que conozca.

Por lo que respecta a la Instrucción de embargo por vía telemática, creemos que se cumplen las indicadas condiciones. Evidentemente, es una comunicación, el dar a conocer una decisión que proviene de la providencia de apremio y, que se reconoce que proviene de órgano competente, sin intervención directa y personal, en este caso, de funcionario encargado de la comunicación. El acto de trámite se realiza a través de comunicación. En este procedimiento, se distingue entre la diligencia y la traba y a esta última se le da la naturaleza de retención, lo cual resulta coincidente con lo señalado en el RGR.

3.6.2 Órgano competente.

Como la recaudación ejecutiva está encomendada a las Unidades de Recaudación, haciendo referencia el artículo 113.3 y 115.3 del RGR, a los “agentes” de las mismas, todo ello dentro del ámbito de las Dependencias de Recaudación y actuando como funcionarios al servicio de la Agencia Estatal de la Administración Tributaria, en éste último ámbito, debiendo señalar en este sentido, aparte de las referencias al RGR, modificado por R.D. de 24 de marzo de 1995, la Orden de 15 de abril de 1995 y Resolución del 26 del mismo mes y año. Su acreditación debe ser formalmente realizada para evitar abusos. En el caso de la actuación por vía telemática, la actuación queda acreditada por sí misma.

3.6.3 Actuaciones.

A.- Cuentas embargables, en general.

La diligencia debe comprender todos los saldos de las cuentas que están abiertas en una oficina. Se ha modificado el artículo 120 de RGR como consecuencia de la Sentencia del Tribunal Supremo de 1994, arriba referenciada. Nuestra tesis, cualquiera que sea la redacción de los preceptos vigentes o con vigencia de futuro, es que las actuaciones ante las entidades bancarias o de ahorro deben realizarse sucesiva y no simultáneamente para evitar el efecto de embargar cuentas de modo genérico⁵⁵, sinó especifi-

⁵⁴ (banco o entidad de crédito)

⁵⁵ TEJERIZO LOPEZ J M “El embargo de cuentas bancarias por parte de los órganos recaudatorios de tributos”. La Ley. núm. 2118. 1988 y CHECA. C. “El embargo administrativo de cuentas bancarias”. Impuestos.

cándolas claramente, lo que ayudará a no vulnerar el principio de proporcionalidad, principio que ha merecido poca atención de la doctrina, salvo excepciones, quizás porque no aparece expresamente en el ámbito tributario, desde la perspectiva de los preceptos constitucionales relativos al poder tributario o aplicados en la Ley General Tributaria. Precisamente, hemos constatado que la regulación de 1995 de los preceptos de esta última Ley relativos a la recaudación por dos veces se hace una expresa mención de este principio, básico cuando se trata de aplicar preceptos que limitan los derechos individuales.

Puede comprobarse como en la Instrucción que regula el embargo por vía telemática se señala que respecto al mismo deudor no pueden simultanearse para un mismo deudor varias diligencias. Entendemos que se refiere a que no se puede emitir más de una diligencia aunque ello parece aplicable solo al embargo telemático. Esta limitación puede significar también que en el ámbito temporal no procederán embargos sucesivos. Creemos que ello es así ya que se refiere a la simultaneidad de diligencias y no a la sucesión de ellas en el tiempo. Sería una paralización no exigida por la norma y no tendría ningún soporte lógico ni legal que practicado un embargo en un banco que resultase más o menos fallido, no pudiera proseguirse en otros.

En este sentido habrá que entender que cuando se pretende embargar una cantidad superior a 4.000 Euros, el trámite a seguir es el de la personación del agente tributario en cada entidad bancaria o de ahorro.

B.- Ámbito espacial.

En principio, la actuación de los agentes recaudadores deberá realizarse en una oficina de la entidad, concretamente en la que constan las cuentas a embargar. La regulación del RGR, modificada, amplía estas posibilidades de dos formas: señalando que puede llegarse a convenios entre la Administración y las entidades de crédito, para concretar estos aspectos, generalmente a través de los servicios centrales, estatales o regionales, de bancos o cajas o bien dirigiéndose a la oficina especialmente designada por la entidad o, a juicio de la Administración, en el domicilio fiscal de la entidad. No se nos escapan los problemas que se puede plantear en este último caso cuando se trate de entidades con gran número de oficinas, en cuyo supuesto habrá que volver a la oficina en donde esté ubicada la cuenta o en esos centros locales o regionales de la entidad. Por lo que respecta a los acuerdos o convenios, nada que objetar siempre que ello no produzca disminución de garantías o de información, como consecuencia de que la recepción de la diligencia de embargo se reciba, a pesar de la informatización del sistema bancario, en una oficina muy lejana o despersonalizada.

C.- De acuerdo con las disposiciones reglamentarias, la diligencia deberá entregarse o redactarse ante los "responsables" de la oficina. ¿Quién es responsable de la oficina?. Estimamos que esta locución se refiere al concepto vulgar de responsable. Creemos que la expresión se refiere a las personas que tienen a su cargo la administración directa de los depósitos, con facultad de decisión sobre la inmovilización de los saldos

existentes en el momento de la entrega de la diligencia. Habrá que pensar en personas que puedan actuar ordenando dicha traba, no en otras que carezcan de dicha facultad. Se trata, en fin, de personas al servicio de las entidades de crédito que pueden hacer efectiva la orden de inmovilización de las cantidades depositadas. No es preciso que posean poderes especiales, bastará con aquella última facultad que como empleado pueda corresponderle.

D.- Ambito temporal. Por lo que respecta al tiempo en que debe efectuarse. Esta cuestión tiene dos partes: una relativa al tiempo en que debe realizarse el embargo, el cual no puede ser anterior a la providencia de embargo o, siguiendo la regulación de la LGT en 1995, antes del plazo que debe concederse después de la notificación de la providencia de apremio, ya que desaparece la de embargo, y consiguiente a la diligencia en la que se comunique el mismo, sin perjuicio de señalar que cabrá en la nueva regulación de la LGT como medida caucional pero teniendo en cuenta siempre el principio de proporcionalidad y causando las menores molestias posibles. El embargo a través de medios telemáticos tiene unas secuencias temporales determinadas que se expondrán separadamente.

Por lo que respecta a los días hábiles o inhábiles, la actuación ha de ser en días hábiles y además en horario normal de oficina. La negativa a hacerlo fuera de este horario, no puede dar lugar a responsabilidad de la entidad depositaria del dinero ya que existe una cierta privacidad de las empresas o sociedades⁵⁶. Creemos que no es posible aplicar aquí los criterios que permiten a la Inspección actuar fuera de horarios normales ya que faltaría la habilitación legal para ello. Tampoco sería válido hacerlo en el domicilio particular del director o interventor de la oficina ya que el artículo 120 del RGR fija los lugares en que debe entregarse la comunicación.

La traba debe ser inmediata y el Reglamento y el Proyecto de Ley hacen referencia a la prioridad en la traba. Por tanto, la cuestión del momento en que se realice, puede tener gran importancia, sobre todo si se tiene en cuenta que pueden haber talones a compensar o letras en igual situación, es decir, en circulación.

En este sentido la Instrucción fija tiempos distintos entre la emisión de la orden de embargar y la traba efectiva por la entidad depositaria del dinero en cuenta corriente.

3.7. Situaciones especiales.

Se trata de determinados supuestos en los cuales se altera sustancialmente las posibilidades de embargar. Dichas situaciones pueden ser las siguientes:

⁵⁶ STC 22/1984 de 17 feb.

3.7.1 Existencia de varios titulares.

- El embargo de cuentas corrientes de titularidad indistinta con solidaridad activa.

Como es sabido, las cuentas pueden ser con titularidad mancomunada o con titularidad solidaria como consecuencia de que las mismas pueden tener diversos titulares. La primera⁵⁷ señala que existe mancomunidad cuando cada deudor debe y cada acreedor tiene derecho sólo a parte de la prestación total. En este caso el embargo se realizará solo por la parte del deudor apremiado.

Por lo que respecta a la segunda, el artículo 120 2. del Reglamento General de Recaudación, en su versión de 1990, permitía el embargo de la totalidad del saldo, aunque el deudor sea sólo uno de los titulares. En este supuesto, el banco se libera pagando a uno solo de los depositantes y cualquiera de ellos es acreedor de la suma íntegra depositada que está en vigor, como presunción normativa de solidaridad activa⁵⁸ y la condición de solidario se produce cuando uno de los acreedores se encuentra facultado para exigir y recibir del depositario la totalidad de la prestación debida⁵⁹ y el depositario, pagando a un solo deudor, se libera enteramente de la obligación. Según la jurisprudencia, la obligación solidaria es la que tiene que ser cumplida indivisamente en favor del acreedor⁶⁰, no siendo preciso que en el contrato se use tal expresión, si de su texto se infiere tal solidaridad y puede deducirse de la voluntad de los contratantes que lo que se quiso fue crear una unidad en la obligación y la responsabilidad “in solidum” de los cointerésados⁶¹.

La doctrina ha tenido una cierta dificultad en determinar si en la solidaridad de acreedores existe un único derecho de crédito con varios sujetos o si, por el contrario, la solidaridad se resuelve en una pluralidad de derechos de crédito. Esta posición parece contar con mayor respaldo doctrinal.

Las anteriores dificultades se acrecientan al delimitar el poder de disposición del acreedor solidario para llevar a cabo actos de disposición, actos modificativos o actos extintivos del derecho de crédito, como consecuencia de la necesidad de conciliar los artículos 1.141 y 1.143 del Código civil.

El artículo 1.141 permite que cada uno de los acreedores solidarios pueda hacer lo que sea útil a los demás, pero no en cambio, lo que les sea perjudicial. No cabe duda de

⁵⁷ ALBADALEJO “Derecho civil”. Vol. II. Derecho de obligaciones. Vol. I. Obligación y el contrato en general. Bosch. Barcelona. 1983. pag. 91.

⁵⁸ SPINELLI i GENTILE. o.c. pág. 211.

⁵⁹ DIEZ PICAZO L. “Fundamentos de Derecho civil patrimonial”. Vol. I. Tecnos. Madrid. 1983. pág. 422.

⁶⁰ SS TS 19 oct. 1929 y 14 feb. 1964

⁶¹ SSTs 2 jun. 1960, 5 may. 1961, 15 mar. 1976, 11 feb. 1927, 26 jun. 1956, 7 abr. 1984 y 14 abr. 1986

que es perjudicial que se le embargue la totalidad del saldo de una cuenta cuando uno de sus titulares sea deudor tributario, pero no debe olvidarse que no se trata en el presente caso, de que el deudor “haga” algo sino que soporta algo. En cambio el artículo 1.143 faculta y legitima a cada acreedor solidario, individualmente, para llevar a cabo los más importantes actos modificativos y extintivos del derecho de crédito. Y no es tarea fácil, la conciliación entre los dos artículos, ya que el artículo 1.143 parece una incrustación de los principios propios de la mancomunidad en el régimen de la solidaridad.

La Sentencia de 1994 fundamenta la nulidad del precepto reglamentario en que al limitar la responsabilidad, exigiéndola únicamente a quien es el responsable de la deuda tributaria, el cual no puede ser otro que el sujeto pasivo, definido en el artículo 30 de la LGT como persona natural o jurídica, que según la Ley resulta obligado al cumplimiento de las prestaciones tributarias, sea como contribuyente o sustituto”.

Para el Tribunal resulta que “es indiferente la naturaleza jurídica de las cuentas distintas, y que éstas no coincidan exactamente con los contratos de depósito regular, ya que lo único que la Hacienda pública puede reclamar es el importe de la deuda tributaria y al único que puede reclamar su importe es a quien sea deudor”.

Y sigue señalando la sentencia “Cualquiera que sea la opinión que se mantenga respecto de estas cuentas, es lo cierto que mediante un Reglamento no se puede definir el aspecto sustantivo de una institución como la que examinamos, olvidando además, que existen preceptos con rango de ley, que establecieron para esta clase de cuentas normas diferentes”.

A pesar de la rotundidad de lo expuesto, no nos parece que el Reglamento hay actuado “contra legem” ya que lo único que ha hecho es interpretar unas normas que, desde el punto de vista civil, no se puede afirmar, que sean tan claras. En la mente de todos están innumerables disposiciones legales que no son reguladas por ley expresamente la cuestión y que es preciso acudir a lo dispuesto en el precepto de derecho civil correspondiente. Otra cuestión, es que la doctrina en esta materia y la legislación como hemos visto antes, plantea dificultades interpretativas.

En todo caso, lo importante de la sentencia es que hace una distinción entre la titularidad de la cuenta y la posibilidad de disposición de la misma, cuestiones diferentes. Otra cosa es que se haya alcanzado dicha titularidad, quizás, como consecuencia simplemente de la apertura de la cuenta como indistinta cuando el dinero depositado es sólo de uno de los titulares, situación muy frecuente en las cuentas abiertas entre personas de muy cercano parentesco, como es el caso de los esposos entre sí y de padres e hijos.

Este criterio ya había sido mantenido por el Tribunal Económico Administrativo Central en resolución de 23 de abril de 1965 ⁶² que “no puede estimarse acreditado que

⁶² PR.pag. 609.

perteneciera exclusivamente al heredero el dinero depositado en cuentas corrientes, de ahorro o imposición a plazo fijo, a nombre indistinto de ambos, porque la simple circunstancia de que la imposición y disponibilidad de fondos se ordenase por uno solo de los cotitulares no justifica aquella propiedad exclusiva”.

Respecto a esa titularidad, la sentencia se hace eco de las disposiciones del Impuesto sobre el Patrimonio, tanto en su versión antigua como actual, en el que el hecho imponible esta constituido por la titularidad de bienes y derechos, en los que dicha titularidad por precepto legal, se prorratea entre los cotitulares, salvo que éstos hayan establecido diferente proporción. Este criterio, al que no nos habíamos adherido anteriormente,⁶³ debe ser revisado por los autores de estas líneas en cuanto que el embargo, dada la definición que hemos dado, sólo puede realizarse sobre bienes “propiedad” del obligado tributario embargado. Sin embargo, debe señalarse que influyeron y siguen influyendo en los autores, las anteriormente señaladas dificultades derivadas de la legislación civil y mercantil.

Concluyendo, en la solidaridad o cuentas indistintas, solo se puede embargar la parte del saldo que corresponde al deudor tributario, dejando libre la parte correspondiente al resto de titulares de la cuenta.

3.7.2 Según su disponibilidad temporal pueden ser cuentas corrientes, es decir, a la vista o a plazo. Las primeras, las de mayor difusión y empleo, como hemos dicho, son las que el servicio de caja es un elemento fundamental, pudiendo hacer ingresos y pagos de forma constante, retirando el dinero a través de órdenes de pago, normalmente a través de la emisión de talones bancarios⁶⁴.

El otro supuesto es el de las cuentas a plazo, las llamadas “imposiciones” en cuyo caso el ingreso de las cantidades retenidas por el embargo deberá demorarse al día siguiente del fin del indicado plazo. Es decir, deja de aplicarse la obligación de entrega del dinero por el banco o caja a los veinte días naturales -salvo que el fin del plazo quedase incluido dentro de esos días-, mantener la cuenta con el abono de los intereses en la forma pactada y al día siguiente de la finalización, realizar el ingreso del dinero en las cuentas restringidas del Tesoro.

Debe señalarse que si el depositante tiene la facultad de disponer anticipadamente del dinero depositado, al notificar la diligencia de embargo se advertirá al deudor la posibilidad que tiene de hacer uso de tal facultad frente a la entidad depositaria, según las condiciones que se hubieran establecido, en cuyo caso el ingreso se producirá al día siguiente de la cancelación. Se dirá que esto último no tiene sentido para el obligado tributario pero debe recordarse que durante el embargo, se devengan intereses de demora y según el lapso de tiempo acordado en la cuenta a plazo, pendiente

⁶³ SOPENA GIL J. “El embargo..” .o.c. pág 151

⁶⁴ GARRIGUES. J. o.c.

después del embargo, dicho importe de intereses puede ser importante y resultar rentable cancelar anticipadamente la cuenta a plazo.

3.7.3 El embargo de saldos de cuentas en los que se han abonado sueldos salarios y pensiones.

El número 3 del artículo 132 de la Ley General Tributaria, modificado, ha resuelto la cuestión relativa a que a través del embargo de dinero depositado, se llegue al embargo de sueldos salarios y pensiones, sin las limitaciones que este tipo de embargo tienen, partiendo de que la gran mayoría de cobros por este concepto se realizan a través de transferencia bancaria que se ingresa en una fecha determinada en una cuenta bancaria o de caja de ahorros.

En este punto, dada la redacción del precepto indicado, se puede plantear alguna duda sobre cuándo se considera que es el último tiempo ya que el precepto indica que:

A.-Sueldos y salarios.

Resulta extraño en los momentos actuales que los salarios o sueldos se perciban en metálico, por diversos motivos, no siendo menor el de la seguridad. Ello puede dar lugar a que al embargar un saldo de depósito bancario, lo que se está embargando realmente es el importe del sueldo o salario abonado. Inicialmente, la Administración tributaria había sentado el criterio de que el “origen” del dinero no debía influir en el embargo del mismo, de tal forma que la Administración en Circular 8/1988 de 16 de diciembre, núm. 2.8., partía de la idea de que el origen del dinero depositado en cuenta era anterior e indiferente a la relación depositante-depositario, criterio que llevaba en la práctica a embargar sueldos calificados de inembargables o embargables con limitaciones, efecto que se produce especialmente en el momento de la percepción del sueldo, salario o pensión. La doctrina ya se había manifestado en contra de este criterio ⁶⁵.

Se señala que se entiende como ingresado en la cuenta, el último importe ingresado por este concepto. Se plantean la duda de si esta limitación de embargo, tiene un tiempo limitado de vigencia. Creemos que sí pero puede existir la duda de que la limitación dura durante un mes hasta el siguiente. Mayores dificultades pueden dar lugar las percepciones esporádicas como participaciones en beneficios, comisiones, etc. No podrán embargarse la parte que se señala en la Ley de Enjuiciamiento civil⁶⁶.

La modificación del Reglamento ha recogido esta doctrina y del TS, de tal forma que cuando en una cuenta se ingresen los sueldos o salarios, el embargo tendrá las limitaciones del artículo 1.449 de la Ley de Enjuiciamiento civil, debiendo respetar la inembargabilidad del salario mínimo interprofesional y cuando se supera esta cantidad,

⁶⁵ SOPENA. El embargo o.c. y ZABALA, LLOPIS y DAGO, o.c.

⁶⁶ v. Arts. 607 y 608 LEC 1/2000.

la traba debe realizarse sobre tramos del sueldo, aplicando unos porcentajes fijados en dicha Ley tributaria. La Ley General Tributaria añade además que se entenderá que la cantidad no embargable o embargable con limitaciones será la última abonada en la cuenta⁶⁷.

B.- Por lo que se refiere a pensiones alimenticias, etc., el efecto es el mismo con la diferencia que la cantidad deberá ser fijada por el Juez que en su caso haya determinado la pensión de acuerdo con lo señalado en la Ley de Enjuiciamiento civil, versión anterior o la vigente.

4. EFECTOS DEL EMBARGO.

1.- En general. Como hemos dicho antes se produce la inmovilización del saldo pero manteniendo la titularidad del dinero depositado. Ello nos lleva a la conclusión siguiente.

2.- El deudor embargado tendrá derecho a la percepción de intereses por el dinero embargado, si se sigue siendo titular de la cuenta, con las limitaciones en cuanto a su disposición. El banco o caja debe cumplir el contrato de cuenta corriente o a plazo, hasta el momento en que se entrega el dinero, satisfaciendo el interés pactado en el contrato de depósito. Creemos que si estos intereses deben ser embargados, deberán serlo en otra diligencia de embargo, por modificación del saldo. Estimamos que no sería admisible una diligencia que embargara el saldo y los futuros posibles aumentos de él ya que la diligencia debe ser precisa sobre bienes concretos y esa ampliación del embargo, de futuro, no encaja con las disposiciones normativas relativas al embargo. Admitir lo contrario crearía inseguridad.

3.- La percepción de gastos por la entidad de depósito. No nos estamos refiriendo al abono de gastos por la entidad bancaria deduciéndolos del deudor, sino al abono de gastos por la Administración a la entidad bancaria, como depositaria, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 153 y 156 del RGR, en el ámbito de gastos y pagos públicos. Creemos que no es posible ya que no se trata de constituir un depósito sino que éste ya está constituido y es fruto de un contrato entre particulares.

4.- La interrupción de la prescripción. Aunque haya una comunicación de la entidad bancaria al obligado tributario, comunicándole que la Administración financiera ha embargado sus cuentas, esta comunicación no interrumpe la prescripción ya que la misma sólo puede ser admitida por la actuación de la Administración y no por particulares. El conocimiento formal, a que se refiere el artículo 61.1.a) de la LGT debe ser público y no privado procedente de la entidad de crédito.

⁶⁷ Art. 132.3 LGT.

5. LA NOTIFICACION DE LA DILIGENCIA DE EMBARGO.

5.1 *Introducción.*

Desde un punto de vista formal, contrasta la detallada regulación de la diligencia de embargo y su notificación a la entidad que debe recibirla, con la parquedad de la obligación de notificarla al obligado tributario. Efectivamente, el artículo 120.6 del RGR se limita a indicar: “Una vez practicado el embargo, se procederá a su notificación al deudor”, siguiendo la también escueta redacción del art. 132.1 de la LGT, versión 1995, en el sentido de “hecho el embargo, se notificará al deudor” de redacción además muy vulgar. Para los autores de este trabajo, es una de las cuestiones que determinan una indefensión muy clara dada la inmediatez en el embargo y en la entrega del dinero por la entidad depositaria, indefensión que se acrecienta en los casos de embargo por vía telemática. Provoca una gran preocupación que se produzca una notificación del acto del embargo de la cuenta, no sólo antes de la entrega del dinero por el banco al Tesoro Público sino también con el plazo suficiente para que el interesado puede ejercitar sus derechos y oponerse al embargo, si así lo estima conveniente, encontrándose ante una pura situación de hecho irreparable ya que el dinero ha sido entregado a la Administración. Si la vía de hecho es la máxima desviación de poder, el no poder defenderse ante una actuación que se desconoce puede resultar gravísima. Piénsese en los problemas que se pueden plantear cuando se está disponiendo de una cuenta sin conocer, sin saber que el saldo de que dispone ha sido embargado.

No vamos a reproducir en este momento toda la doctrina sobre la necesidad de las notificaciones eficaces de los actos administrativos.

5.2 *Deficiente regulación.*

Creemos que este es un punto débil de la regulación, desde el punto de vista de las garantías del administrado, dado el automatismo que se desprende de las normas reglamentarias, y que sin embargo, no ha merecido especial examen por parte del Tribunal Supremo por una razón fundamental y es que quien interpuso el recurso no planteó esta cuestión y que, sólo uno de los que escribe estas líneas⁶⁸, se ha detenido en examinar la particular situación derivada del embargo y del conocimiento que del mismo debe tener quien es objeto del mismo o por parte de quienes ostenten algún derecho sobre dicho bien. Creemos que la sentencia del Tribunal Supremo es importante pero lo que acabamos de indicar lo es más, en cuanto se pueden lesionar gravemente los derechos del embargado y de terceros como consecuencia del transcurso de los plazos

⁶⁸ SOPENA GIL J “El embargo . o.c.

para la entrega del dinero embargado, por falta de notificación o por notificación sin plazo suficiente..

Quizás podrá objetarse que si se le ha notificado la providencia de apremio, con ello el interesado ya ha sido advertido. Este argumento no convence ya que el trámite es absolutamente necesario, conculcándose además el artículo 58 de LRJEPAC, ya que es necesario el “notam facere”, el hacer notar que se ha realizado un trámite que puede lesionar y lesiona gravemente los intereses individuales del embargado y de terceros. Se podrá objetar que la notificación de la diligencia de embargo no es precisa, en sentido de la indicada Ley, en cuanto no se trata de un acto administrativo en sentido estricto, lo cual es cierto, pero también lo es que existe un mandato por el cual debe efectuarse dicha notificación y no habiendo otro tipo de referencias en la Ley GT sobre notificaciones, excepto para las liquidaciones tributarias, es de aplicación la Ley 30/1992 en el artículo indicado y siguientes.

Es una lástima que la nueva regulación de 1995 de la Ley GT y la modificación del Reglamento no haya corregido la deficiente regulación de la notificación del embargo.

Cuando hemos hablado de deficiente regulación, nos referimos especialmente al plazo de la notificación. No se señala. Nosotros creemos que la notificación debería realizarse simultáneamente al embargo o inmediatamente al mismo, para que el interesado tenga dos posibilidades: una conocer que le ha sido trabada la cuenta, cuestión ciertamente importante en cuanto se puede evitar disponer de una cuenta en la que se le ha reducido el saldo o ha quedado inexistente y, sobre todo, disponer de tiempo suficiente para oponerse, si lo estima conveniente, al embargo por tener derecho a ello, evitando encontrarse con el hecho consumado de que el banco o caja ha procedido a entregar el dinero embargado a la Administración financiera.

De nada serviría la tercería de mejor derecho o de dominio. Y lo mismo podríamos decir cuando el embargo se notifique después de haber realizado dicha entrega a la Administración o, incluso, en un espacio de tiempo tan corto, anterior a la entrega del dinero, un día o dos, por ejemplo, que difícilmente permita obtener el asesoramiento y la información debidos, ejercitando los indicados derechos en tiempo y forma.

En fin, se trata de evitar indefensión, proscrita por la CE., proscripción reconocida por el TC. Así, la Sentencia del Tribunal Constitucional 1997/182 de 28 de octubre, referida a la retroactividad, declara que “la seguridad jurídica no solo es certeza sobre el ordenamiento jurídico aplicable o el saber a que atenerse, como ha reiterado el Tribunal Constitucional, sino que es también el conjunto o resumen de los demás principios constitucionales reconocidos en el artículo 9.3 e impone la expulsión del ordenamiento jurídico de todo posible abuso de derecho....., especialmente en materias recaudatorias”,

Como señala CALVO ORTEGA ⁶⁹ es un principio general común o de carácter universal y que gira en torno a saber a que atenerse en las relaciones jurídicas y especialmente en el derecho público y que la comunicación bilateral es absolutamente necesaria. Si bien, el profesor entiende, en general, es el campo en el que más se ha avanzado, no por ello, en el supuesto que estamos examinando, se producen limitaciones importantes a la aplicación del indicado principio ⁷⁰ o como señala TEJERIZO ⁷¹, ya que “otra cosa distinta es que los preceptos que sean aprobados sean útiles para alcanzar el objetivo propuesto pero la contestación sólo podrá darse después de un tiempo de rodaje” de la norma. Creemos que la Ley General Tributaria, la Ley de Derechos y Garantías de los Contribuyentes y el Reglamento General de Recaudación han tenido suficiente vigencia para rectificar o precisar los preceptos relativos a la notificación del embargo.

Dentro de las posibles modificaciones reglamentarias, se podría fijar que el dinero no deberá ser entregado por la entidad de crédito hasta que la Administración justifique que se notificó al interesado con diez días de anticipación a la entrega del dinero por el banco o caja.

El plazo de diez días lo hemos extraído del artículo 58 de la LRJAPAC, aunque conscientes de que no nos hallamos ante un acto administrativo en sentido estricto pero sí ante un momento del procedimiento que limita los derechos del embargado respecto a la disponibilidad del dinero que tiene depositado en cuentas.

No trataremos en este caso de la notificación por edictos. Se dirá que la Administración no puede paralizarse por haberse ausentado el deudor, pero la jurisprudencia sobre notificación por edictos restringe notablemente esta forma de practicarlas ya que determina una posible limitación de derechos con notables posibilidades de indefensión.

Aquí se podría enlazar la cuestión con la responsabilidad patrimonial del Estado o de la Administración correspondiente que ha efectuado las diligencias de embargo y la no notificación correcta según el precepto regulador de dicha responsabilidad ⁷².

El carácter de esta exposición, puede hacer pensar que se trata de un supuesto hipotético o de seminario. No es así. Una sentencia del T.S.J. de Extremadura de 14 de marzo de 2000, siendo ponente el profesor Merino Jara, en la que se resuelve una cuestión relativa a la devolución de cantidades ingresadas en el Tesoro, por error al transferirse la cantidad embargada de una cuenta de titularidad distinta de la del deudor. El

⁶⁹ CALVO ORTEGA R. Curso de Derecho financiero. I. Derecho tributario (parte general). 5ª ed. Civitas. Madrid. 2.000, pag. 109.

⁷⁰ También GARCIA BERRO F “Derechos y garantías constitucionales en los procedimientos tributarios”. Civitas.REDF. num. 109-110. En. Jun. 2001. Pag. 2851.

⁷¹ TEJERIZO LOPEZ J M “Procedimientos tributarios y garantías del contribuyente. Una perspectiva constitucional. REDF. Num. 100. 1998. Pag. 707.

embargo se produjo en junio de 1993, los interesados acudieron a la vía de solicitud de devolución, solicitud denegada por la Dependencia de Recaudación, lo que determinó la presentación de reclamación económico administrativa, resuelta desestimando en febrero de 1996 y resuelta por el Tribunal Superior de Justicia a favor de la devolución en marzo del 2000. No hace falta comentario alguno.

La vía de devolución, salvo que sea apreciada, directamente por el órgano de recaudación produce estos efectos.

Eso supone atentar a los principios y libertades individuales. Sería lamentable, como alguna vez ha ocurrido, que la Administración resuelva, desde un punto de vista economicista i que sea consciente que atenta contra algún derecho individual, porque son relativamente pocas las reclamaciones, mantener una legislación y práctica peligrosa para los derechos fundamentales.

5.3. Recomendaciones.

Ya a que estamos en vísperas de la redacción de una nueva Ley General Tributaria, sería conveniente que se estableciese que entre la traba y la notificación al interesado, el plazo no exceda de 10 días. De esta forma no habría indefensión.

Además, creen los autores que si en el expediente no consta que ha sido notificado el embargo, a pesar de que transcurran los veinte días, no debería procederse a entregar la cantidad o, incluso, procedería levantar la traba. Seguro que ello no será del agrado de la Administración, pero es la única forma de garantizar los derechos del obligado tributario. De poco nos serviría la Ley 1/1998 si se produce una situación de hecho, sin conocimiento del interesado.

La presentación de reclamaciones, debe suponer, de entrada, la suspensión de la entrega de dinero. Entendemos que ello también será difícil de admitir ya que se podría producir un colapso de esta forma de embargo y de eliminar el efecto favorable para la Administración. Sin embargo, de no hacerlo así, a los veinte días no se habrá resuelto la reclamación presentada y se habrá consumado un acto que puede ser contrario a derecho, amén de otros perjuicios derivados de falta de liquidez.

5.4 La notificación a terceros.

Nada dice el artículo 120 del RGR sobre la notificación a terceros y debería hacerlo. A pesar de esta omisión, será de aplicación el artículo 134.1 de la LGT, nueva redacción, en el que de forma general, se establece que “hecho el embargo, se notificará al deudor y, en su caso, al tercero titular, poseedor o depositario de los bienes si no

⁷² Art. 139 LRJAPPAC

se hubieran realizado con ellos las actuaciones, así como al cónyuge del deudor cuando sean gananciales los bienes embargados y a los condueños o cotitulares de los mismos”. Tenemos serias dudas que en el embargo de dinero depositado, se cumpla esta exigencia procedimental por parte de la Administración.

6. LA RESOLUCIÓN DEL DIRECTOR GENERAL DE LA AGENCIA ESTATAL DE ADMINISTRACIÓN TRIBUTARIA DE 14 DE DICIEMBRE DE 2000: EL EMBARGO DE DINERO POR MEDIOS TELEMÁTICOS.

6.1 Introducción

Al principio de este escrito, hemos expuesto que no existen razones de falta de adaptación de los autores a este tipo de actuaciones. Pero sí hemos señalado que su aplicación puede plantear algunas dificultades y provocar indefensión por encontrarse ante los hechos consumados ya que a los veinte días del embargo ya se habrá consumado el pago, con la entrega de lo embargado a la Administración. Adrede y, quizás alterando la sistemática, examinamos esta nueva disposición, a continuación del examen de la notificación de la diligencia de embargo, dado que las dificultades apuntadas se acrecientan en perjuicio del administrado.

La primera objeción que debe plantearse es el de la jerarquía normativa. El Reglamento General de Recaudación, se refiere a la diligencia de embargo, debiendo realizar una personación⁷³ por parte del agente o funcionario encargado. Este sistema es criticado por el preámbulo de la Resolución en cuanto que el sistema origina una “ralentización” del procedimiento. Estamos señalando que la resolución puede no tener soporte legal. No puede ir contra lo dispuesto en el artículo antes señalado del Reglamento General de Recaudación. Con ello estamos indicando que, si acaso, procede modificar el Reglamento General para permitir este tipo de actuaciones, sin perjuicio de que la resolución se ampara en la Ley 30/1992. No debemos olvidar que si el principio de jerarquía normativa se manifiesta específicamente en el artículo 9 de la LGT, los reglamentos “generales” se sitúan a continuación de las leyes, en el punto más alto de las normas reglamentarias. Otra cuestión es que se trata de una disposición que deriva de la Agencia Estatal de Administración tributaria y no del Gobierno ni siquiera del Ministerio de Hacienda. Creemos que es válida, sin perjuicio de señalar que el RGR debería ser más explícito. El soporte legal se halla en el art. 45.1 de la Ley 30/1992 de 26 de noviembre que insta a las administraciones públicas para que promuevan la incorporación de técnicas electrónicas, informáticas y telemáticas en el desarrollo de sus actividades y el ejercicio de sus competen-

⁷³ art. 120.3. RGR

cias. Hemos de reconocer que tal instancia, es un exhorto para que la Administración se adecue a dichas técnicas de comunicación pero creemos que, siempre, siempre, respetando los principios de legalidad y jerarquía normativa.

6.2 El procedimiento.

Las entidades de depósito podrán optar por este sistema, si lo estiman oportuno. Es decir, existe voluntariedad en cuanto a que la entidad de depósito siga este sistema de embargo. A pesar de ello, creemos que la Instrucción Segunda introduce un elemento coactivo que nos parece impropio de un régimen de libertad en las actuaciones y es que la “adhesión al sistema” podrá ser valorada a “los efectos de la autorización a las entidades de depósito para su actuación como colaboradoras en la gestión recaudatoria de la Hacienda Pública”. Es una voluntariedad tal que si no se acepta el sistema puede dar lugar a que una nueva entidad tenga dificultades para que se le reconozca su actuación como entidad colaboradora. Es una coacción impropia o innecesaria. Tendremos ocasión de ver otra después.⁷⁴

El embargo, se llevará a término en las cuentas a la vista abiertas en entidades de depósito. Por tanto, tenemos dos limitaciones. La primera que el embargo de otras cuentas como las de plazo, no pueden realizarse mediante este sistema y segundo, que por la Ley 25/1995 de modificación de la Ley General Tributaria, las posibilidades de embargo se extienden a las cuentas abiertas en entidades de crédito que, como hemos razonado antes, es un concepto más amplio..

6.3. Las fases del procedimiento.

La primera fase es de orden interno y se inicia en las Dependencias de Recaudación de las Delegaciones de la AEAT donde mediante la ejecución de procesos también informáticos diseñados al efecto, se procederá a seleccionar los deudores y a investigar las cuentas.

No se especifica cual es el alcance de esta investigación. Sin embargo, no parece que por vía telemática se pueda solicitar esa información ya que nada se dice al efecto. Por tanto, la información sobre cuentas y saldos, debe seguir el procedimiento seguido por el Reglamento y las limitaciones determinadas en el artículo 133 LGT en relación con el 111 del mismo cuerpo legal.

⁷⁴ LOPEZ GETA JM Dinero en cuentas abiertas en entidades de depósito: embargo por medios telemáticos”. Nº 3. Año VI. Feb. 2001. Pág. 375. Sobre aspectos concretos de inconstitucionalidad véase, respecto a la financiación y retribuciones de la AEAT ARIAS VELASCO J “Sobre la posible inconstitucionalidad de la normativa reguladora de la Agencia Tributaria”. Impuestos. Nº 15.16. Ag. 2001. Pág. 61.

6.4. *La Diligencia de embargo.*

En otro lugar nos hemos referido a la diligencia y a la inexistencia de definición o descripción de la misma, desde el punto del vista del procedimiento de embargo.

En ningún caso, dice la Resolución, puedan simultanearse para un mismo deudor varias diligencias, en concordancia con lo dispuesto en los arts.131.3 de la LGT y 115 del RGR.

La Diligencia de embargo contendrá una serie de datos identificativos como el NIF o CIF, nombre o razón social del deudor, datos sobre el domicilio del deudor, número de la diligencia de embargo. Importe total a embargar, que no podrá superar las cantidades que se especificaran y la fecha de generación de la diligencia de embargo.

Esta disposición es mucho más precisa que la que figura en los artículos 115 y 120 del Reglamento que se dispersan en los ámbitos temporal y territorial.

A petición de las entidades de depósito, se facilitarán duplicados de las órdenes de embargo, lo cual nos parece que, en todo caso, deberían facilitarse, con petición o sin ella.

En este punto encontramos la primera dificultad: la diligencia de embargo no contiene ningún dato sobre la naturaleza del débito tributario como el concepto, tipo de tributo que provoca el embargo, ejercicio a que se refiere, si se trata de una sanción, etc. lo que determinará que cuando se notifique o no al interesado el embargo o pida referencias a la entidad de depósito, ésta puede desconocer la razón del mismo y únicamente informar del número de la diligencia y del importe a embargar. De esta forma puede peligrar la inquisición de la deuda tributaria y, por tanto, poder determinar inmediatamente si procede o no el embargo y oponerse al mismo, si lo cree conveniente el embargado. En todas las disposiciones indicadas se hecha de menos una referencia al hecho imponible y al devengo, a los efectos de que el embargado, en su caso, de entrada pueda conocer la causa del embargo. En este caso, no resulta de aplicación el art. 103 del RGR, que se refiere a las notificaciones, pero se insiste en que la notificación de la orden de embargo realizado debería contener el máximo posible de los elementos indetificativos de la deuda tributaria aunque creemos que no es necesario reproducir la providencia de apremio pero si que la deuda tributaria quede perfectamente indentificada.

6.5. *La traba.*

La Resolución separa la diligencia de la traba, que consiste en la retención del importe a embargar si existe saldo suficiente o el total de los saldos en otro caso. Previo requerimiento de los órganos de la Administración tributaria, la entidad de depósito viene obligada a justificar de forma fehaciente la fecha y hora en la que se producido la traba efectiva. Puede comprobarse como en este caso, en la diligencia consta un requerimiento, una intimación, una exigencia.

La resolución distingue, para conocimiento de la AEAT que no existe actuación 00, o una actuación 01, traba realizada 02, NIF o CIF del titular a de la cuenta comunicada por la Agencia. Quiere esto significar que no se debe dar, en el caso de cuenta no comunicada? 03. Inexistencia de saldo. 04 saldo no disponible. 05 Cuenta inexistente o cancelada. Examinaremos de forma especial después la situación 07.

La Resolución está considerando la traba como una retención lo cual no deja de ser interesante a los efectos que hemos examinado antes.

6.6. El ingreso en el Tesoro Público de las cantidades embargadas.

La Resolución, como el Reglamento, hace una distinción entre entidades financieras que sean colaboradores y las que no.

a) Entidades colaboradoras.

El ingreso se realiza en la cuenta restringida "Liquidaciones practicadas por la Administración" (Código 023), a los veinte días naturales siguientes a la traba.

b) Respecto a entidades no colaboradoras, el trámite es prácticamente el mismo.

6.7. El levantamiento del embargo.

La Resolución se limita a señalar que si en el plazo de veinte días naturales, fuese necesario levantar total o parcialmente el embargo, el órgano de recaudación competente remitirá vía fax o por medios telemáticos, la correspondiente orden de levantamiento de la traba. En todo caso, los órganos de recaudación deberán remitir las órdenes de levantamiento de embargo a las entidades de depósito.

6.8. Limitaciones al embargo.

En lo expuesto anteriormente, se ha señalado las limitaciones que se imponen al uso de este tipo de actuaciones coactivas y que son:

- Las cuentas embargables deben ser "a la vista", el importe a embargar debe ser igual o inferior a 4.000 euros, incluidos los recargos, intereses y costas.

- Adhesión de la entidad de depósito al sistema mediante escrito de su representante legal.

- No pueden simultanearse para un mismo deudor varias diligencias de embargo, lo cual debe entenderse en el sentido de que las diligencias nunca deben simultanearse, sean telemáticas o no, según lo dispuesto en el art. 115 RGR.

- Cuando una cuenta no sea suficiente para cubrir la deuda que consta en la diligencia, podrá extenderse el embargo a otras cuentas de la misma titularidad que se encuentran abiertas en la misma sucursal u oficina bancaria hasta un máximo de seis cuentas por diligencia, incluidas las señaladas por la AEAT.

6.9. *Otras situaciones.*

Hemos apuntado anteriormente, en la parte general de la presente exposición, varios supuestos de dificultades y problemas relativos a la traba y que la entidad de depósito no tiene porqué conocer. Dado el sistema telemático, el banco o caja no tienen ni pueden tener información sobre si en el saldo consta el ingreso de cantidades percibidas en concepto de sueldo, salario o pensiones por alimentos, por ejemplo. Nada se indica y no puede exigirse a la entidad de depósito que lo ponga de manifiesto, no debiendo conocer más allá de lo razonable el origen o el motivo del ingreso.

El lector se puede imaginar el grave problema que se plantea cuando el embargado debe subvenir sus necesidades vitales por un sueldo que, ingresado en el banco, resulta inmovilizado. Todo el problema radica en que existe una desproporción entre el medio empleado, de gran rapidez y eficacia, y el posible desconocimiento del embargo o la tardanza en la notificación del embargo al deudor. Reiterando lo señalado antes, si el día diecinueve natural siguiente, se notifica el embargo resultará difícil reaccionar ante ello. Seguro que será tarde y mal. Incluso si presenta una reclamación, pensando en una resolución más o menos rápida, ésta tardará lo suficiente para superar los 20 días y el obligado tributario se va a encontrar una vez más con los hechos consumados.

6.10. *La traba condicionada.*

La regulación de la traba, la forma 07, señala la posibilidad de traba condicionada, cuando la práctica bancaria -en particular, por la existencia de cheques pendientes de compensación-, el saldo contable de la cuenta sea mayor al disponible en el momento de efectuar la traba. En tales supuestos, la entidad retendrá, en todo caso, el importe del saldo contable.

Resulta lamentable que se califique de práctica contable lo que es un efecto jurídico de la emisión de un efecto como es un cheque, tal y como hemos señalado en la parte general de esta exposición.

En este caso, sin embargo, sin necesidad de recibir orden de levantamiento del embargo, no se efectuará el ingreso en cuenta restringida de aquella parte del saldo trabado con dicho código -saldo contable- que al finalizar el plazo de veinte días naturales desde el día siguiente al de la traba, no hubiera alcanzado la condición de disponible, sin perjuicio, lógicamente, de las comprobaciones que posteriormente pudieran efectuar los órganos de recaudación.

6.11. Incumplimiento.

Se trata de otra advertencia amenazadora de la Resolución “el incumplimiento en sus propios términos del procedimiento regulado en la presente resolución por parte de las entidades a él adheridas, constituye una vulneración del deber genérico de colaboración con la Hacienda Pública”. Como señala LOPEZ GETA⁷⁵, “No hay que leer entre líneas acerca de lo que se espera de las entidades financieras”. Ya nos hemos referido a las amenazas anteriormente.

6.12. El deber de información.

Según la Instrucción, sin hacer especial hincapié en este punto, se procederá a seleccionar los deudores y “a investigar las cuentas a la vista de las que aquéllos sean titulares”. Nada más. Nos parece una regulación excesivamente parca o limitada. No hay siquiera una referencia a que dicha investigación se realizará, de acuerdo con las normas vigentes lo que, por otra parte, se puede dar por supuesto Sin embargo, no puede olvidarse, examinando la Resolución, un detalle inquietante. La investigación se realizará formando parte del procedimiento de embargo de cuentas corrientes en las Dependencias de Recaudación de las Delegaciones de la AEAT, mediante la ejecución de los “procesos informáticos diseñados al efecto”.

La investigación administrativa, según el artículo 133 LGT, versión de 1995, tiene limitaciones importantes, relacionadas además, con las fijadas en términos generales en el art. 111 de la misma Ley.

Se trata de un deber que ha sido analizado antes con la modificación constante, desde 1977 del art. 111 de la LGT, hasta llegar a 1992, en la que el deber de información se extiende al origen y destino de las órdenes de pago, poniendo de manifiesto las cautelas legislativas sobre la potestad de exigir información. La actuación de información solicitada por los órganos recaudadores deberá, en principio, limitarse a la titularidad, domicilio e identificación de la cuenta.

7. LAS RECLAMACIONES Y LA SUSPENSIÓN DEL EMBARGO DE DINERO.

Expondremos simultáneamente la pura solicitud de suspensión junto con reclamaciones en las que, unas veces si y otras no, dan lugar o permiten la suspensión del procedimiento de apremio y, por consiguiente, del embargo.

⁷⁵ Legislación fiscal nº 3. Año VI. Feb. 2001. Presentación, pág- 375.

7.1. A instancias del interesado.

a) Introducción. No vamos a exponer aquí la doctrina general sobre las suspensión de los actos administrativos tributarios, dando por reproducida la doctrina generada por los artículos 34.1 del Texto Refundido de la Ley General Presupuestaria y del artículo 136 de la LGT. Existe la posibilidad de suspender a instancias del interesado dichos actos.

b) Por interposición de recurso de reposición o reclamación económico administrativa con la solicitud de suspensión que deberá ser otorgada y en los que el Real Decreto 448/de 24 de marzo, ha introducido unos retoques en la formalización de las garantías con plazos determinados o no, extensibles a la vía judicial contencioso administrativa.

c) Por existencia de errores materiales, aritméticos o de hecho. Siempre resulta difícil, en muchos casos, separarlos de los errores de derecho. Nos hallamos ante el supuesto de error, de equivocación de cálculo, aritmética, etc. Cabe el recurso de reposición o la reclamación económico administrativa recomendando el escrito directo al Jefe de la Dependencia de Recaudación, sin aportar garantía, haciendo notar el error o equivocación. Será lo más rápido y eficaz, si se estima la reclamación.

7.2. A instancia de la entidad de depósito.

Se trataría que en este caso solicitar la suspensión del acto, para evitar los hechos consumados, expresión que empleó el Auto del Tribunal Supremo de 17 de marzo de 1992, cuando tiene constancia de que ha habido alguna anomalía en el embargo, sí lo hiciera. El malogrado Jaime Basanta de la Peña, señalaba que el banco o caja tiene una responsabilidad contractual con su cliente fundamentada en los artículos 1258, 1719 y 175 del Código civil y 57 y 306 del Código de comercio.

7.3. A instancias de terceros.

Esta cuestión se tratará dentro de régimen de tercerías que vamos a examinar seguidamente.

7.3.1 Reclamaciones:

A) Contra actos de los órganos ejecutivos. Debe recordarse que a partir de la publicación del Reglamento de Recaudación de 1990, han desaparecido los recursos previos ante el Tesorero de Hacienda, competente en especial en materia de defectos de procedimiento. Por tanto, contra los actos que se estimen improcedentes, aunque sean de trámite, que afecten al deudor del procedimiento de apremio, cabrá el recurso de reposición, directamente y el económico administrativo, teniendo en cuenta que esta última jurisdicción considera actos reclamables aquellos que, como el embargo, si bien son de trámite, provisional o definitivamente reconocen o denieguen un derecho o de-

claren una obligación. En concreto, se señalan como reclamables los originados por la gestión recaudatoria. Esto último podría legitimar al banco o caja cuando les impone el deber de inmovilizar e ingresar cantidades en el Tesoro público, cuya titularidad corresponde a sus clientes.

B) La queja. No se trata de una reclamación en sentido estricto. No podemos obviar los artículos 185 del RGR y el 106 de la LGT, con todas las dificultades que plantea su encaje con la LRJAPPAC, si bien debe hacerse constar que la nueva regulación de la Ley G.T. no modifica el último artículo. También presenta alguna dificultad, el referido encaje del artículo 106 de la Ley General Tributaria con el Real Decreto 2458/1996 de 2 de diciembre, por el que se crea el Consejo de Defensa del contribuyente dependiente de la Secretaría de Estado de Hacienda, así como su desarrollo en la Resolución de la AEAT de 14 de febrero de 1997 y la Instrucción sobre el procedimiento a desarrollar ante dicho órgano consultivo del mismo día.

C) La tercería.

Cuando un tercero pretenda el levantamiento del embargo por entender que le pertenece el dominio del dinero depositado y embargado o cuando considere que tiene derecho a ser reintegrado de su crédito con preferencia a la Hacienda Pública, formulará reclamación de tercería de dominio o de mejor derechos, respectivamente⁷⁶.

Esta materia ha sido modificada por el R.D. de 24 de marzo de 1995, básicamente para fijar ante que organismos o autoridad deben plantearse en vía administrativa, precepto que debe completarse con la Orden de 25 de abril de 1995, fijándose dicha competencia en el Delegado de la Agencia Estatal de la Administración Tributaria de donde se este tramitando el procedimiento de apremio.

La tercería se resolverá en el plazo de tres meses a contar desde el día en el que el escrito en que se promueva tenga entrada en el registro del órgano administrativo indicado. Si en el plazo indicado no se ha resuelto la petición, se entiende desestimada, debiendo formular la demanda judicial en el plazo de quince días a contar desde su notificación, expresa o tácita.

Por lo que respecta a los efectos de la presentación de la tercería, son diferentes según que la tercería sea de dominio o de mejor derecho, como se expondrá después.

Ya hemos visto la posibilidad de que terceros, ajenos a la relación jurídico tributaria que ha provocado el embargo de dinero depositado en entidades de crédito, puedan plantear tercerías que pueden ser de dominio -quién es el titular del mismo- o de mejor derecho -quien tiene preferencia en su apropiación. El procedimiento en ambos casos es igual, aunque sus efectos sean diferentes.

⁷⁶ art. 136.1. LGT, según redacción de la Ley 25/1995.

Para completar el examen de este procedimiento hemos de distinguir dos fases:

A.- La vía administrativa. Esta materia ha sido modificada de acuerdo con el ya referido R.D. de 24 marzo 1995, básicamente para fijar ante que organismo o autoridad deben plantearse, precepto que debe completarse con la Orden de 25 de abril de 1995, fijándose dicha competencia, en términos generales, en el Director del departamento de Recaudación o, en su caso, en el Delegado de la Agencia Estatal de la Administración Tributaria en donde se esté tramitando el procedimiento de apremio.

Si en el plazo de tres meses no se ha resuelto, se entiende desestimada la reclamación, debiendo formular la demanda judicial en el plazo de quince días a contar desde su notificación.

No existe plazo específico para la presentación de la tercería ya que ni la Ley ni el Reglamento lo establecen. En realidad, los plazos están en función de los efectos que se pretenden obtener ya que, si se trata de una tercería de dominio, si se presenta después que se haya subastado el bien concreto, con la adjudicación a persona determinada, difícilmente se podrá obtener de este último la restitución de lo adquirido con buena fe. El Reglamento General de Recaudación en su artículo 173 establece que no será admisible la tercería de dominio después de otorgada la escritura, de consumada la venta de los bienes de que se trate o de su adjudicación para pago al Estado u otro ente acreedor. El mismo artículo sigue diciendo: la tercería de mejor derecho no se admitirá después de haberse percibido el precio de venta.

Estos preceptos pueden ser un fundamento para que la Administración rechace la tercería, si la Administración ha hecho suyo el dinero depositado en cuentas. Pero creemos que la citada norma temporal no es de aplicación por cuanto lo que se pretende con ellas es evitar que las subastas o ventas de bienes, puedan ser anuladas como consecuencia de las tercerías. Entendemos que no es aplicable puesto que no se trata de ventas o subastas de bienes concretos en favor de terceros, que han adquirido el bien públicamente o no, sino que es la propia Administración que se ha hecho pago con el bien fungible por excelencia que es el dinero. Por ello damos tanta importancia a la notificación de la diligencia de embargo, si imaginamos que no ha habido notificación, los efectos del embargo son nulos por lo que hemos dicho antes sobre los principios del procedimiento, según el cual el acto posterior, resulta invalidado si el anterior también lo es o no se ha realizado.

Creemos que el perjudicado se podrá dirigir a la Administración solicitando la restitución de la cantidad debida ya que estamos tratando de embargo de dinero. En todo caso, a pesar de lo expuesto, es aconsejable presentar la tercería antes de la entrega a la Administración del saldo embargado. Si se quieren conseguir los efectos que se señalan a continuación, interesa especialmente presentar la tercería antes de los momentos que señalaremos.

B.- Efectos de la presentación. Son diferentes según la tercería sea de dominio o de mejor derecho. Si es de dominio, el procedimiento deberá suspenderse en la situación en

que se halle en el momento de presentar el escrito. Si es de mejor derecho, continuaría el procedimiento si bien el dinero embargado deberá depositarse, por ejemplo, en el mismo banco en donde estaba depositado, a resultas de la resolución de la cuestión debatida.

C.- La vía judicial. Si transcurridos diez días desde la finalización del plazo de presentación de la demanda ante el Juzgado, no se justificase documentalmente la interposición de la demanda judicial, proseguirán los trámites del procedimiento de apremio que quedaron en suspenso.

8. LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACION.

El artículo 139 LRJAEPAC 30/1992. Es constatable que cada vez es mayor el número de reclamaciones que se presentan por daños y perjuicios de carácter patrimonial, derivados de la responsabilidad que contraen las Administraciones Públicas en determinados casos. En este ámbito, manteniéndonos en los procedimientos tributarios, podemos señalar el reembolso del coste de las garantías prestadas para suspender la ejecución de deudas tributarias, cuando éstas sean declaradas improcedentes⁷⁷.

El citado artículo de la Ley 30/1992 de Régimen Jurídico, establece que los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por las Administraciones Públicas de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos. En todo caso, el daño alegado habrá de ser efectivo, evaluable económicamente e individualizado en relación con una persona o grupos de personas.

El derecho a la reclamación prescribe al año de haberse producido el hecho o acto que motive la indemnización o de manifestarse el efecto lesivo. En general, se considera que las reclamaciones en otra vía procedimental que se presenten sobre la misma cuestión, interrumpen la indicada prescripción. Finalmente señalar que resulta impensable que se inicie de oficio el procedimiento.

Como señala la STS 24 marzo 2000 “una exégesis razonable de los preceptos reguladores de la responsabilidad patrimonial -en relación con la Hacienda pública por embargo y subasta de bienes- exige que se acredite la efectividad del daño, que sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos y que no se haya producido por fuerza mayor”.

En esta sentencia, el TEAR, sin que conste la fecha, anuló un procedimiento de embargo efectuado el 9 de agosto de 1985, ordenando la devolución de cantidades por derivación incorrecta de responsabilidad tributaria. Sin embargo, la recurrente entendió que el embargo había causado otros daños, daños que la sentencia del Tribunal Supre-

⁷⁷ art. 12 LDGC 1/1998, de 26 de feb. y RD 136/2000 de 4 de feb.

mo considera que no provienen de la actividad de la Administración, faltando el nexo causal entre esa actuación y un daño que el interesado no tiene el deber de soportar.

Se ha tratado doctrinalmente este punto desde el ámbito del perjuicio patrimonial derivado de la actividad legislativa del Estado en materia tributaria. Por el alcance del presente trabajo, no debemos examinar la problemática de esta responsabilidad, sin perjuicio de dejarla apuntada⁷⁸

Los procedimientos de responsabilidad patrimonial, cualquiera que sea el tipo de relación jurídica de la que deriven, pone fin a la vía administrativa y da acceso a la jurisdiccional, contencioso administrativa.

9. EPILOGO

Brevemente, hemos intentado comprimir en esta exposición alguno de los problemas que plantea el embargo de dinero depositado en cuentas de bancos y cajas, así como transmitirles la preocupación de que la eficacia administrativa y la celeridad en los trámites no conculque algún principio constitucional, terminando con unas palabras del profesor Casado Ollero: “la bondad de un sistema fiscal depende fundamentalmente de su funcionalidad en términos de justicia y eficiencia, aunando ambas pero no con primacía de la segunda a costa de la primera”.

⁷⁸ SANTA-BARBARA RUPEREZ J y SIMON MATRAIX M. “La responsabilidad patrimonial del Estado ¿un nuevo mecanismo para solicitar la devolución de pagos tributarios realizados al amparo de leyes inconstitucionales?”. Impuestos. Núm. 18. . 2001. Pag. 37 y sig.