

mar. 22

b-today
derecho y economía

modelo 720
obra pública
startups
planes de igualdad
hipoteca
blanqueo de capitales

| | |
|----------------------------------|--|
| Internacional | Modelo 720: ¿Es el fin de la declaración de bienes y derechos en el extranjero? 4 Virginia Mondragón Cañas |
| Inmobiliario | La revisión de precios de la obra pública española limitada a pesar del desproporcionado incremento de las materias primas 5 Igor Bárcena Goicoechea |
| Fiscal | Medidas tributarias introducidas en la nueva ley de “startups” 6 Luis Guzmán Laiseca |
| Laboral y de la Seguridad Social | Se acerca la fecha límite para inscribir el plan de igualdad 7 Esther Bueno Pérez |
| Mercantil | La hipoteca rezagada 8 Aritz Mendizabal Santisteban |
| Penal | Blanqueo de capitales - La prueba indiciaria según la jurisprudencia más reciente del tribunal supremo 9 Álvaro de la Rica |

Modelo 720: ¿Es el fin de la declaración de bienes y derechos en el extranjero?

Mediante la Ley 7/2012, de 29 de octubre, se incorporó, en 2012, al ecosistema normativo tributario, la obligación de presentar ante la AEAT, con carácter periódico (anualmente), la relación de bienes que poseían en el exterior los contribuyentes con residencia fiscal en España. Nos referimos al controvertido modelo 720 o declaración informativa sobre bienes y derechos situados en el extranjero.

La regulación establecía que el incumplimiento de la obligación de presentación de la declaración, su presentación extemporánea, o la presentación de la misma con datos falsos o inexactos conllevaba una doble consecuencia.

Por un lado, la consideración de los bienes no declarados, declarados fuera de plazo o declarados con datos inexactos, como ganancia patrimonial no justificada y la consiguiente imputación de su valor al ejercicio más antiguo entre los no prescritos. Todo ello salvo que se demostrase por el titular que dichos bienes fueron adquiridos con rentas declaradas, o bien con rentas obtenidas en periodos impositivos respecto de los cuales no se tuviese la condición de residente fiscal en España.

Y por otro, la imposición de las sanciones pecuniarias del 150% sobre la cuota resultante de dicha imputación como ganancia no justificada que se adicionaban, además, a las sanciones de cuota fija, de 5.000 euros por cada dato o conjunto de datos no declarado o declarado de forma inexacta o incompleta, con un mínimo de 10.000 euros.

No podemos obviar que, desde su entrada en vigor, esta obligación tributaria ha venido siendo cuestionada y criticada, no solo por el desproporcionado régimen sancionador impuesto para una mera obligación de carácter informativo, sin precedentes en el resto del sistema fiscal español, sino porque se intuía contraria al derecho comunitario. La Comisión Europea, ya en el año 2015 envió requerimientos a España advirtiéndole sobre la incompatibilidad con el derecho de la Unión Europea, de ciertos aspectos del modelo 720, al afirmar que las consecuencias derivadas del incumplimiento de dicha obligación de información eran desproporcionadas con respecto a su objetivo de lucha contra el fraude fiscal.

Finalmente, tras las insatisfactorias alegaciones de España al dictamen motivado de 2017 de la Comisión en el que ésta última reiteraba la incompatibilidad con el derecho europeo, en octubre de 2019 la Comisión interpuso oportuno recurso ante los órganos judiciales europeos, que ha sido resuelto recientemente por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (T.J.U.E.) mediante sentencia de 27 de enero de 2022.

En esta esperada (y nada sorpresiva) sentencia, el Tribunal Europeo ha declarado que la legislación española que regula el modelo 720 es contraria al derecho comunitario aun cuando la misma se ampare en la finalidad legítima de luchar contra la evasión fiscal derivada de la ocultación de bienes en el extranjero, resultando desproporcionada por exlmitarse en lo que la protección de esa finalidad puede justificar.

En primer lugar, mantiene el Tribunal que el modelo 720 atenta contra la libre circulación de capitales por estar obligados a presentarlo únicamente los contribuyentes españoles titulares de bienes en el extranjero, y no todos los contribuyentes con residencia fiscal en España, lo que puede desincentivar las inversiones en otros estados. A este respecto, el T.J.U.E. recuerda que la mera tenencia de bienes y derechos en el extranjero no implica “per se” una actuación fraudulenta o de ocultación, y no puede oponerse en todo caso por la Administración Tributaria como una presunción general de fraude.

En segundo lugar, en cuanto a la imputación del valor de los bienes y derechos poseídos en el extranjero como ganancia patrimonial no

justificada, asevera el T.J.U.E. que el hecho de que la Administración Tributaria se atribuya la potestad de regularizar estos activos no declarados, declarados de forma extemporánea o con fallos por un plazo superior al general de prescripción, otorga un efecto de imprescriptibilidad contrario al principio de seguridad jurídica que es consustancial a la normativa tributaria, facultando que Hacienda grave el valor de estas inversiones extranjeras sin restricción temporal alguna.

Por último, en lo que respecta al régimen sancionador apunta el Tribunal que es desproporcionado, represivo y dispensa un trato discriminatorio a los contribuyentes españoles titulares de inversiones extranjeras porque impone multas más cuantiosas a los bienes ubicados en el extranjero, restringiendo la libre circulación de capitales. Cabe señalar que la proporcionalidad de estas sanciones ya había comenzado a cuestionarse en los tribunales españoles, con sentencias en las que se anulaban o reducían las cuantías de las multas impuestas en relación con este modelo. No es cuestión baladí, ya que las cuotas resultantes de estas regularizaciones junto con las desproporcionadas sanciones, han derivado en situaciones tan rocambolescas en las que el importe adeudado por el contribuyente superaba el valor de los bienes no declarados. Y no se nos puede olvidar que hablamos de la presentación de una declaración informativa, cuyo incumplimiento no conlleva perjuicio económico para el erario.

Y ahora, ¿qué ocurrirá con el modelo 720?

El Ministerio de Hacienda ha actuado con celeridad y ha modificado la legislación para adaptarla a la sentencia del T.J.U.E., eliminando la imprescriptibilidad (el modelo prescribirá a los cuatro años), y las sanciones por el incumplimiento de la obligación de informar serán las que establece la Ley General Tributaria para los supuestos de no presentación de modelos informativos, de cuantías muy inferiores.

Esta modificación ha sido incluida por medio de enmiendas al Proyecto de Ley que modifica la Ley del IS y la Ley del IRNR en relación con las asimetrías híbridas aprobado por el Senado y ratificado por el Congreso. La intención era que estas modificaciones entrasen en vigor antes del 31 de marzo de 2022, fecha límite de presentación del 720, puesto que Hacienda anticipó que la obligación de informar sobre la declaración de bienes y derechos en el extranjero sigue vigente, por lo tanto, quienes cumplan los requisitos, deberán presentar el modelo en el mes de marzo de 2022, eso sí, ya bajo el paraguas de la nueva normativa.

Virginia Mondragón Cañas

Licenciada en derecho económico por la Universidad de Deusto, máster en auditoría de cuentas por la Universidad de Deusto, es miembro de la división fiscal de Bufete Barrilero y Asociados.

v.mondragon@barrilero.es
LinkedIn

La revisión de precios de la obra pública española limitada a pesar del desproporcionado incremento de las materias primas

Tras varios anuncios y retrasos parece que el Gobierno tiene lista la modificación a la Ley de Contratos del Sector Público que modificará la regulación de la revisión de precios, permitiendo que se aplique en determinados supuestos tasados, pero limitándola en sus máximos.

Dicha nueva regulación pretende llevarse a cabo mediante la aprobación de un Real Decreto por el Consejo de Ministros que se aplicará excepcionalmente, en los contratos públicos de obras, ya sean administrativos o privados, adjudicados por cualquiera de las entidades que formen parte del sector público estatal (y de las Comunidades Autónomas que así lo acuerden) y que se encuentren en ejecución en la actualidad.

Hasta el momento la revisión de precios se podía llevar a cabo una vez ejecutado el contrato en cuanto a un 20 % de su importe y cumplidos dos años del mismo. La modificación permitiría, aún no dándose estos supuestos que, en contratos de obra en los que el incremento del coste de materiales siderúrgicos, materiales bituminosos, aluminio o cobre, exceda del 8% (este porcentaje aún está siendo objeto de debate y se desconoce si será el definitivo cuando se apruebe la norma) del importe certificado del contrato en el ejercicio 2021, se pueda proceder a la revisión de precios.

Si bien parecería que esto puede paliar el desproporcionado incremento del coste de las materias primas, lo cierto es que, en primer lugar, con ese 8 % quedarán fuera muchas obras públicas y en segundo lugar se ha excluido el coste de la energía lo que perjudica gravemente el equilibrio de dichas obras. Por otro lado, las críticas del sector a las medidas derivan del hecho de que se limita que la revisión de precios no podrá ser superior al 20% del precio de adjudicación del contrato y limita su alcance a las certificaciones a partir del 1 de enero de 2021, excluyendo las subidas de precios que tuvieron lugar previamente.

Por otro lado, esta normativa aún en tramitación obliga al contratista que quiera percibir la compensación a que desista de cualquier otra

reclamación administrativa o judicial por el alza del coste de los materiales y en los casos en que la revisión, finalmente sea aceptada, el órgano contratante establecerá nuevo programa de trabajo adaptado a las nuevas circunstancias de la obra, lo que en opinión de muchos de los contratistas conllevará otras limitaciones imprevistas que pudieran desincentivar las solicitudes de las revisiones, sin olvidar el régimen sancionador aparejado al incumplimiento de tales programas.

Por último, otro de los principales puntos de desencuentro con esta regulación se encuentra en el hecho de que solo pueda acceder a este mecanismo excepcional de reequilibrio de los contratos el contratista principal, siendo que los subcontratistas no dispondrán de acción directa frente a la administración, lo que en el esquema actual de la contratación pública deja fuera de la actuación a la mayoría de compañías del sector que deberán esperar a que los contratistas principales repercutan a estos subcontratistas la parte que corresponda a la porción de la obra subcontratada.

Cabe destacar, ya desde el punto de vista práctico que, según la normativa en tramitación, este límite del 20 % precitado, no se aplicará en aquellos contratos que ya prevean el mecanismo concreto de revisión y que, para acogerse a esta compensación, la empresa contratista que se encuentre ejecutando la obra pública dispondrá de un plazo de dos meses para solicitarla, ante el órgano de contratación correspondiente.

En resumen, además de las dificultades internas para la aprobación de esta norma que limita los derechos de los contratistas, puesto que es necesario el visto bueno de los Ministerios de Transportes, Hacienda y Asuntos Económicos, la propuesta que se encuentra encima de la mesa no contenta, lógicamente, a los principales afectados que ven que, si bien la misma se trata de vender como un deshago a la crisis de los precios de las materias primas, no deja de ser una norma limitada y limitativa que genera más incertidumbres y problemas que soluciones prácticas.

Igor Bárcena Goicoechea

Licenciado en derecho por la Universidad de Deusto, socio de Bufete Barrilero y Asociados, es responsable de la división de derecho administrativo e inmobiliario de la oficina de Madrid.

i.barcena@barrilero.es
LinkedIn

Medidas tributarias introducidas en la nueva ley de “startups”

En fecha 10 de diciembre de 2021, fue aprobada para su remisión a las Cortes, el Proyecto de Ley de fomento del Ecosistema de las Empresas Emergentes, más conocida como “Ley de Startups”, se encuentra en tramitación parlamentaria, esperándose su aprobación definitiva durante el primer semestre de 2022.

Con la finalidad de fomentar el emprendimiento en la innovación, a través del citado proyecto de ley se propone la aprobación de determinadas medidas tributarias que deben tenerse en consideración.

En primer lugar, uno de los aspectos más destacados y positivos es el referido a las novedades introducidas en el régimen especial de trabajadores desplazados al territorial español, o también llamado “régimen de impatriados”. En concreto, el nuevo proyecto legislativo reduce el plazo del periodo de ausencia, esto es, se permitirá acogerse al régimen a aquellas personas desplazadas a territorio español que no hayan residido en el mismo durante los cinco periodos impositivos anteriores a dicho desplazamiento. (conviene recordar que con la actual regulación el plazo indicado es de 10 años). Igualmente, se amplía el ámbito de aplicación a la nueva figura denominados “nómadas digitales”, dicho de otro modo, aquellas personas que trabajan para una empresa extranjera y prestan sus servicios a distancia mediante el uso de medios y sistemas informáticos. Asimismo, se permite la aplicación del régimen a los Administradores de Empresas Emergentes. Otra novedad significativa que trae consigo el mencionado proyecto, es la ampliación del acogimiento a este régimen para el cónyuge e hijos menores de 25 o cualquiera que sea su edad en caso de discapacidad, del trabajador desplazado.

En segundo lugar, otra medida de gran calado que conviene tener en consideración es la mejora en el tratamiento tributario del “carried interest”, esto es, el beneficio obtenido por los gestores de fondos de capital riesgo en caso de éxito en su gestión. Si bien dicha renta obtenida se sigue tratando como rendimiento de trabajo, el proyecto de ley contempla una reducción del 50% siempre y cuando se cumplan determinadas condiciones como, por ejemplo, el mantenimiento de la participación durante un periodo de cinco años o la condición de que los inversores obtengan una rentabilidad mínima garantizada en el reglamento o estatutos de la sociedad.

La aprobación del Proyecto de Ley de “Startups” supone igualmente un refuerzo de la fiscalidad directa de las Empresas Emergentes. En lo que respecta al Impuesto sobre Sociedades, (en adelante, IS) se reduce el tipo impositivo general del 25% al 15% aplicable al primer periodo impositivo que tenga base imponible positiva y en los tres siguientes, siempre que se mantenga la consideración de empresa emergente. Otras novedades relevantes que deben tenerse en cuenta son, entre otras, la opción de solicitar, en el momento de la presentación de la autoliquidación del impuesto, el aplazamiento de la deuda tributaria correspondiente a los dos primeros periodos impositivos en los que la base imponible del Impuesto sea positiva, concedido con dispensa de garantías, por un período de 12 y 6 meses, respectivamente, cumpliendo determinados requisitos. Además, en dichos periodos quedan exonerados de realizar el pago fraccionado a cuenta del impuesto.

Respecto al Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas (en adelante, IRPF), se mejora la fiscalidad de las “stock options”, es decir, las opciones de compra sobre acciones o participaciones concedidas a empleados en forma de retribución. Concretamente, queda incrementada la exención, desde los 12.000 euros a los 50.000 euros, cumpliendo determinados requisitos. Dicha medida, se extiende a personas físicas no residentes.

Por último, se optimizan los incentivos fiscales relativos a los

inversores de la empresa emergente. En concreto, se aumentan las deducciones en IRPF para que aquellas personas residentes en territorio español que hayan decidido apostar por la creación de “Startups”. Se incrementa el tipo de deducción del 30% al 50% sobre las cantidades invertidas hasta un importe máximo de 100.000 euros. Podrán acogerse a estos incentivos fiscales, no solo los inversores, sino también los fundadores de dichas empresas. Para los no residentes, se les exonera de disponer de un número de identificación extranjero (NIE), no obstante, deberán obtener un NIF mediante un procedimiento telemático simplificado.

En definitiva, el Proyecto de ley de “Startups”, introduce una serie de medidas tributarias que permiten el crecimiento económico del ecosistema emprendedor español. Las mejoras en el ámbito tributario enfocadas a este nuevo sistema empresarial implican una apuesta clara en este nuevo eje, el cual resulta fundamental para la atracción de futuros inversores tanto a nivel nacional como internacional, mejorando la competitividad de las compañías y favorecimiento del crecimiento económico. La reducción del 50% planteada en el mencionado Proyecto de Ley de “Startups” en los “carried interest”, en un claro ejemplo de ello, se trata de una medida orientada a la atracción del talento inversor y a la captación de inversores en empresas españolas. Igualmente, esta nueva Ley nos permite equipararnos con otras legislaciones de otros países europeos, que ya contemplaban este atractivo sistema.

No obstante, todavía existen varios puntos que esclarecer y aspectos a mejorar en la implementación de esta nueva ley. Como, por ejemplo, la rebaja del tipo impositivo del 15% para empresas emergentes, dicha medida puede resultar ineficaz ya que muchas de las “Startups” generan pérdidas en sus primeros años de funcionamiento, por lo que dicho incentivo no será del todo aprovechado por las firmas emergentes. En adición con lo anterior, las limitaciones contempladas en la definición de “Startups”, en cierta medida, no resultan del todo convincentes. Nos referimos a la imposibilidad de aplicarse estos beneficios fiscales, a aquellos inversores que hayan creado más de tres proyectos, cuando la media se encuentra entre tres y cuatro o que para considerarse “Startup”, el volumen de operaciones resulte inferior a cinco millones de euros, cuando muchas firmas emergentes relacionadas con la innovación en el mercado inmobiliario tienen una facturación superior a dicha cifra.

En líneas generales, no cabe duda de que la futura Ley de Startups es un claro avance para el desarrollo del sector empresarial español, si bien existen aún muchos aspectos por pulir para lograr que esta nueva ley resulte plenamente efectiva.

Luis Guzmán Laiseca

Graduado en derecho y diploma en especialidad económica por la Universidad de Deusto, doble máster en acceso a la abogacía y asesoría fiscal por la Universidad de Deusto, es miembro de la división fiscal de Bufete Barrilero y Asociados.

l.guzman@barrilero.es
LinkedIn

Se acerca la fecha límite para inscribir el plan de igualdad

La elaboración e implantación de planes de igualdad a raíz de la aprobación del Real Decreto Ley 6/2019 de “medidas urgentes para la garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación”, cuya entrada en vigor se produjo el 8 de marzo de 2019, reduce de 250 a 50 el número necesario de personas en la plantilla para tener la obligación de negociar un plan de igualdad.

En este sentido y, a partir del próximo 7 de marzo el Plan de Igualdad será obligatorio para las empresas que tengan entre 50 y 100 personas trabajadoras.

El incumplimiento de esta obligación puede suponer, en función de cada supuesto concreto, una infracción grave, con multas entre 626 y 6.250 euros, o una infracción muy grave, con multas entre 6.251 y 187.515 euros.

Para conocer si existe o no obligación de tener un plan de igualdad, es importante destacar cómo ha de computarse el número de personas trabajadoras de la empresa. Para ello, se deberá tener en cuenta la plantilla total de la empresa, con independencia del número de centros de trabajo y de las modalidades de contratación, incluyendo a las personas empleadas con contratos fijos discontinuos, contratos de duración determinada y contratos de puesta a disposición, y se podrán excluir a quienes no estén vinculadas a la empresa a través de una relación laboral (por ejemplo, socias y socios trabajadores en cooperativas, personal en régimen de becas, voluntariado). Este cómputo deberá realizar dos veces al año (30 de junio y 30 de diciembre)

Para la correcta elaboración e implantación del Plan de Igualdad, el cual consiste en un conjunto ordenado de medidas adoptadas a fin de alcanzar la igualdad de trato y de oportunidades entre hombres y mujeres y eliminar la discriminación por razón de sexo, deberá previamente realizarse y negociarse en el seno de la comisión tanto el diagnóstico previo como la auditoría retributiva.

Tras la validación de estos, se elaborará el plan de igualdad que recogerá los objetivos concretos de igualdad a alcanzar, las estrategias y prácticas a adoptar para su consecución y el establecimiento de sistemas eficaces de seguimiento y evaluación de los objetivos fijados.

Una vez finalizada la elaboración del plan, existe la obligación de inscribirlo en el Registro de Planes de Igualdad de las Empresas, como parte de los Registros de convenios y acuerdos colectivos de trabajo (REGCOM) en el plazo de 15 días desde la finalización de las negociaciones, tanto si éstas finalizan con acuerdo como si finalizan sin acuerdo.

Es necesario advertir que, además de la exigencia legal de contar con un plan de igualdad, su implementación tiene claras ventajas para las empresas:

- Para la obtención de subvenciones públicas y adjudicación de contratos públicos.
- Mejora la imagen externa, así como el clima laboral
- Retención del talento a través de la mejora de la eficacia organizativa.
- Reconocimiento público y, por tanto, un valor añadido frente a otras empresas del sector.

Igualmente es importante destacar que la Ley Orgánica para la Igualdad entre Mujeres y Hombres establece en su Título VII “La igualdad en la responsabilidad social de las empresas” y, por tanto, es fundamental, dentro de las políticas de Responsabilidad Social Empresarial cumplir debidamente con la correcta elaboración e implantación del correspondiente Plan de Igualdad.

En definitiva, pese a que se pueda pensar que en “mi empresa no se producen situaciones de discriminación entre mujeres y hombres”, teniendo en cuenta la obligación legal existente y las negativas consecuencias económicas derivadas de su incumplimiento, es un buen momento para comprobar si esta visión de la empresa se ajusta a la realidad, además de convertir una disposición legal obligatoria en una oportunidad para mejorar el posicionamiento competitivo de las organizaciones.

Esther Bueno Pérez
Graduada en derecho y ADE por la Universidad de Esade, máster en derecho de empresa y derecho laboral y de la seguridad social por la Universidad de Esade, es miembro de la división laboral de Bufete Barrilero y Asociados.

e.bueno@barrilero.es
LinkedIn

La hipoteca rezagada

Con la denominación de hipoteca rezagada los tribunales se refieren a aquella hipoteca cuya escritura de constitución se otorga antes de la declaración de concurso de acreedores, pero cuya inscripción en el Registro de la Propiedad se materializa con posterioridad a la fecha del auto de declaración de concurso. El principal problema que suscita este supuesto de hecho es dilucidar si las hipotecas constituidas de este modo otorgan o no dentro del concurso privilegio especial del acreedor hipotecario.

Antes de la refundición del texto de la Ley Concursal, el Tribunal Supremo con base en el anterior artículo 90.2 sostuvo que esta "hipoteca rezagada" sí otorgaba privilegio especial sobre los créditos en los que recaía (STS 592/2017, de 7 de noviembre (RJ 2017/4744)).

No obstante, el actual texto refundido ha modificado en este punto parcialmente la redacción de la anterior Ley Concursal. Actualmente el artículo 271.1 (anterior 90.2) establece que

Los créditos a que se refieren los números 1.º a 5.º del artículo anterior deberán tener constituida la respectiva garantía antes de la declaración de concurso con los requisitos y formalidades establecidos por la legislación específica para que sea oponible a terceros, salvo que se trate de los créditos con hipoteca legal tácita o de los refaccionarios de los trabajadores.

Con el texto refundido las Audiencias Provincial y los Juzgados de lo Mercantil están declarando superada la interpretación anterior del TS, y vienen a sostener que las hipotecas que no figurasen inscritas antes de la declaración de concurso no otorgan privilegio especial. Se argumenta que cuando nos encontramos ante la denominada "hipoteca rezagada" - a la que se refiere la **STS 592/2017, de 7 de noviembre (RJ 2017, 4744)** -, el texto refundido de la Ley Concursal ha aclarado que, salvo la hipoteca legal tácita, para ser reconocido el crédito como privilegiado especial debe tener constituida la garantía antes de la declaración de concurso con los requisitos y formalidades por la legislación específica para que sea oponible a terceros, según dispone el **art 271.1 TRLC** «... que sustituye a partir de su entrada en vigor a las disposiciones legales refundidas, las cuales quedan derogadas y dejan de ser aplicables desde ese momento» (**STC 166/2007, de 4 de julio (RTC 2007, 166)**) y que en todo caso, su naturaleza aclaratoria o interpretativa justifica su inmediata aplicación, porque si bien el **art. 2.3 CC** dispone que las leyes no tendrán efecto retroactivo si no dispusieren lo contrario, la regla "tempus regit factum" que recoge tiene diversas excepciones y entre ellas cuando se trate de "normas interpretativas o aclaratorias" (**STS 725/2009, de 18 de noviembre (RJ 2009, 5562)**). Dado que este requisito aquí no concurre, a mayores, la condición que se arroga el actor es cuanto menos discutible -SAP de Murcia (sección 4º) 45/2021 de 21 enero. JUR 2021\114542-.

¿Qué pasa cuando, no constando inscrita, sí aparece el asiento de presentación antes de la declaración del concurso de acreedores? ¿Qué pasa con el artículo 24 de la LH? Su tenor es el siguiente

Se considera como fecha de la inscripción para todos los efectos que ésta deba producir, la fecha del asiento de presentación que deberá constar en la inscripción misma.

En estos supuestos la doctrina está especialmente dividida. Lo común es que se invoque el artículo 24 de la LH, por la que la fecha del asiento de presentación es la determinante. No obstante, se alega que la norma

opera a los efectos de la determinación de prioridad registral y en el marco concursal, hay una norma específica, artículo 271 apartado primero que desplaza al artículo 24 de la Ley Hipotecaria" (FACHAL).

Esta última postura ha sido aceptada por la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil nº 3 de Alicante de 29 de junio de 2021. Si consta únicamente la presentación a inscripción del contrato de hipoteca, pero no la extensión del asiento de inscripción, no pueden declararse como créditos con privilegio especial los importes vivos de los préstamos garantizados con hipoteca sobre un bien de la concursada, aunque hubiese sido constituida anteriormente a la declaración de concurso por quien tenía facultades para ello, puesto que, de admitir su reconocimiento, estableceríamos una clara contravención de los **arts. 145 LH y 1875 CC.**, al asumir que el contrato de hipoteca sería, en lugar de un derecho de constitución registral, un supuesto legal de formación progresiva y perfección diferida.

Queda por ver cómo se desarrollará jurisprudencialmente este supuesto de hipoteca rezagada con asiento de presentación anterior al concurso.

Aritz Mendizabal Santisteban

Licenciado en derecho por la Universidad de Deusto, máster en derecho de empresa por la Universidad de Deusto, es miembro de la división mercantil de Bufete Barrilero y Asociados y miembro del equipo directivo.

a.mendizabal@barrilero.es
LinkedIn

Blanqueo de capitales - La prueba indiciaria según la jurisprudencia más reciente del tribunal supremo

El artículo 301.1 del Código Penal castiga como autor del delito de blanqueo de capitales a quien adquiera, posea, utilice, convierta o transmita bienes, sabiendo que éstos tienen su origen en una actividad delictiva, cometida por él o por cualquiera tercera persona, o realice cualquier otro acto para ocultar o encubrir su origen ilícito, o para ayudar a la persona que haya participado en la infracción o infracciones a eludir las consecuencias legales de sus actos.

Como delito autónomo, el tipo penal del blanqueo debe ser valorado con total independencia del delito antecedente, pues de lo contrario se convertiría en una extensión del primer delito. No obstante, sí que es necesaria la existencia de un hecho previo en el que concurran al menos tipicidad y antijuridicidad para ser sancionado; es decir, deben existir elementos de prueba suficientes para determinar la concurrencia de una actividad ilícita precedente de la que provengan los bienes objeto de blanqueo.

En este sentido, ya la sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo núm. 483/2007, de 4 de junio afirmaba que, admitiéndose que la existencia del delito previo constituye elemento objetivo del tipo y su prueba condición asimismo de tipicidad, en ningún caso requiere que hubiera precedido sentencia condenatoria firme, bastando con que el sujeto activo conozca que los bienes tengan como origen un hecho típico y antijurídico, y ni siquiera se considera preciso que se determine la autoría del delito precedente, por cuanto tal requisito, haría imposible en la práctica la aplicación del tipo de blanqueo de capitales.

Por lo que respecta al elemento subjetivo, el tipo exige el conocimiento del origen delictivo. Conocimiento que podrá ser incluso a nivel de dolo eventual (por el que el autor ve como probable el resultado, mostrando indiferencia al respecto), pero que no tiene porque ser un conocimiento preciso o exacto del ilícito previo, sino que sería suficiente con la representación por el autor de la anormalidad de la transacción y la posibilidad de que el bien proceda de una actividad delictiva.

Respecto de esta cuestión, se ha pronunciado recientemente la Audiencia Provincial de Sevilla (Sección 4ª) en su sentencia núm. 20/2022, de 12 de enero, que se refiere a su vez a dos sentencias de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, estableciendo que "el blanqueo de capitales no es un delito de sospecha: exige, como cualquier otro, prueba de la concurrencia de todos y cada uno de sus elementos típicos, entre los que se encuentra el origen criminal (y no meramente ilícito, ilegal o antijurídico) de los bienes."

Ocurre con frecuencia, cuando nos encontramos con este delito, que no se cuenta con prueba directa que permita obtener la certeza respecto de la comisión del hecho y que ha de acudirse a la prueba indiciaria por parte de quien ejerce la acusación para probar la existencia del hecho a partir de una serie de indicios. Respecto del análisis de esa prueba indiciaria, "como prueba de la que construir la inferencia para fundar una condena", se ha pronunciado recientemente la Sala Segunda del Tribunal Supremo en sentencia núm. 982/2021, de 15 de diciembre, señalando los siguientes requisitos:

1. Hay que numerar y relacionar los indicios concurrentes que tengan entidad suficiente para construir el proceso de inferencia.
2. Los indicios no pueden ser confundidos con meras sospechas acerca de cuál es el origen del dinero ilícito para el operativo del blanqueo y tratar de "cuadrar" ese origen con una actuación delictiva que pueda haberse cometido en el entorno de un acusado para de ahí hilar que sus operaciones están relacionadas con esa actuación de la que debe quedar al margen salvo pruebas que corroboren su

conexidad. No puede construirse una condena bajo la tesis de un "círculo de sospechas".

3. No puede aceptarse que la sentencia se base en una especie de "intuición no corroborada con pruebas" acerca de "cómo pudieron ocurrir los hechos".
4. Se exige mayor conclusividad y explicación. La sentencia no consiste en explicar "la mejor forma de cómo ocurrieron los hechos".
5. Debe existir una explicación clara, precisa y concreta acerca del engarce que existe entre los que son considerados indicios (a no confundir, -y sin incluir- con las meras sospechas) para llevar a una conclusión de condena.
6. Para enervar la presunción de inocencia debemos contar con indicios probados y no con meras "probabilidades" de que el hecho haya ocurrido como señala la acusación. Una prueba indiciaria ha de partir de unos hechos (indicios) plenamente probados, pues no cabe evidentemente construir certezas sobre la base de simples probabilidades.
7. El Juez o Tribunal no puede ni debe fundamentar el fallo de la Sentencia en su simple y puro convencimiento subjetivo. No se trata de que el juez, Tribunal o Jurado se convenzan de que el acusado cometió el hecho, sino de que "expliquen" por qué la suma de los indicios determina la condena, en su caso, así como la solidez y concatenación de esos indicios, y no su debilidad.
8. La condena no puede fundarse en la creencia del Juez, Tribunal o del Jurado de que "creen" que los hechos ocurrieron como relatan, sino que "están convencidos" de que ocurrieron así, sin duda alguna, porque la suma de esos indicios "que deben explicar con detalle" es lo que les lleva a esa convicción.
9. La exigencia de la motivación en la sentencia respecto a la concurrencia de indicios y su consecuencia es más fuerte y debe ser más precisa que en los casos de prueba directa, ya que esta es clara y diáfana, pero no lo son los indicios, porque si lo fueran sería prueba directa y no indiciaria.

En el delito de blanqueo, como con todos los tipos penales que se basan en la ocultación y el engaño, la prueba indiciaria cobra una especial relevancia y podrá fundamentarse en ella una sentencia condenatoria siempre y cuando se cumplan las disposiciones anteriormente señaladas que ha establecido la Jurisprudencia.

Álvaro de la Rica
Graduado en derecho por la Universidad de Navarra, máster de acceso a la abogacía por la Universidad Autónoma de Madrid, es miembro de la división penal de Bufete Barrilero y Asociados.

a.rica@barrilero.es
LinkedIn

