UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID
FACULTAD DE DERECHO

TESIS DOCTORAL

El fraude en la interpretación de la norma contable

MEMORIA PARA OPTAR AL GRADO DE DOCTOR

PRESENTADA POR

Francisco Javier Sosa Álvarez

Director

José Ignacio Rubio San Román

Madrid

© Francisco Javier Sosa Álvarez, 2020

UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID

FACULTAD DE DERECHO

INSTITUTO DE DERECHO COMPARADO

TESIS DOCTORAL

El fraude en la interpretación de la norma contable

MEMORIA PARA OPTAR AL GRADO DE DOCTOR

PRESENTADA POR

Francisco Javier Sosa Álvarez

DIRECTOR

Profesor Dr. D. José Ignacio Rubio San Román

Madrid, 2020

A mi mujer, Ana, que siempre
tiene la clave de todos los laberintos

A mis hijos, Ignacio, Carlos y Miguel,
por darme la fuerza necesaria

ÍNDICE

ÍNDICE

Núm. página

Resumen…….. 5

Abstract…… 6

Relación de abreviaturas empleadas…… 7

CAPÍTULO I. Introducción…… 9

CAPÍTULO II. Reflexiones sobre la interpretación de la norma en el marco del Título Preliminar…… 47
1. Epistemología de la interpretación jurídica…… 50
2. Notas características de la interpretación jurídica…… 61
   2.1. Principios de la interpretación…… 62
   2.2. Función y finalidad de la interpretación…… 101
3. Acerca de la figura de los intérpretes…….. 116
   3.1. Los agentes de la interpretación……... 116
   3.2. Materiales e instrumentos de la interpretación jurídica…….. 127
4. Objeto de la interpretación…… 142
5. El producto o resultado de la actividad interpretativa…….. 144

CAPÍTULO III. Análisis del fraude de ley…….. 147
1. Evolución histórica y delimitación del fraude…… 149
   1.1. Recepción de la figura en el Código Civil……... 164
2. Sobre la naturaleza autónoma del fraude a la interpretación de la norma 166
   2.1. Planteamientos opuestos a la autonomía del fraude de ley…….. 167
   2.2. Tesis favorables a la autonomía del fraude de ley…… 171
   2.3. Exposición sintética de las bases teóricas doctrinales…….. 174
3. Elementos estructurales del fraude…… 182
   3.1. El controvertido significado de los actos generadores del fraude y su causa…… 185
   3.2. La norma de cobertura……... 195
   3.3. Sobre la norma defraudada……... 199
   3.4. El producto del fraude…….. 204

4. Sanción y efectos de los actos producidos en fraude de ley…… 212
5. Diferencia con otras figuras…… 217

CAPÍTULO IV. El fraude en contabilidad……. 231
1. Fraude contable: significado económico, pero no jurídico…… 233
2. Fraude en la interpretación de la norma contable: significado económico y jurídico…… 273
2.1. Análisis de otras referencias jurisprudenciales…….. 275
2.2. Conclusiones del análisis jurisprudencial……... 292
2.3. Legitimación activa…… 296
2.4. Legitimación pasiva……... 300

CAPÍTULO V. Conclusiones…… 311

CAPÍTULO VI. Limitaciones y futuras líneas de investigación…… 319

Referencias bibliográficas……... 325

RESUMEN

El objetivo del trabajo es analizar la figura del fraude en contabilidad como un medio para manipular la información contable. Más en concreto, del fraude en la interpretación de la norma contable que requiere la previa revisión de la actividad interpretativa con los medios y las características elaborados por la doctrina y la jurisprudencia. El fraude contable presenta una vinculación con el fraude legal de especie a género por lo que es necesaria el análisis inicial de éste último. Estudiamos la evolución que explica la posterior recepción legal en España, sus elementos característicos y la necesaria distinción con otras figuras similares. Esto nos permite a continuación acometer el estudio del fraude contable en las normas profesionales y en los trabajos doctrinales. La conclusión es que su definición difusa incluye instituciones jurídicamente distintas con sanciones igualmente diferentes. Es necesario acudir al trabajo jurisprudencial para precisar su contenido y afirmar que el ámbito de las operaciones con partes vinculadas (máxime en los grupos de empresas horizontales) resultan idóneas para la manipulación por lo que será preciso extremar la atención al respecto.

ABSTRACT

The aim in this research is the analysis of financial accounting fraud as a mean for giving a false representation of the accounts. In fact, we focus on the interpretation on accounting rules which requires the previous review of the interpretative activity with the tools and characteristics used by researchers and Courts of Justice. Accounting fraud is related to legal fraud in a species to gender relationship. This is the reason why we consider that it is very important the prior analysis of legal fraud. Therefore, we study the evolution until its addition to Spanish Code as well as its elements and the differences with another institutions. It allows us to examine professional rules and papers on this topic. We conclude that there is a confusion on the definition of accounting fraud due to the mix of several legal problems with different solutions. The analysis of the legal proceedings of Courts is appropiated to define its content and for the recognition of the transactions between related parts (especially in horizontal groups) as the ideal area for misrepresentating accounting information. To conclude, we must take care on this particular topic to avoid the disastrous implication of accounting fraud.

RELACIÓN DE ABREVIATURAS EMPLEADAS

BE	Banco de España
BOICAC	Boletín Oficial del Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas
Cc	Código Civil
CC	Código de Comercio
CE	Constitución Española
CEE	Comunidad Económica Europea
CNMV	Comisión Nacional del Mercado de Valores
CP	Código Penal
ICAC	Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas
LAC	Ley de Auditoría de Cuentas
LOPJ	Ley Orgánica del Poder Judicial
LSC	Ley de Sociedades de Capital
NIA-ES	Norma Internacional de Auditoría adoptada en España
NIC	Norma Internacional de Contabilidad
NIIF	Norma Internacional de Información Financiera
PGC	Plan General de Contabilidad
SAP	Sentencia de la Audiencia Provincial
SAN	Sentencia de la Audiencia Nacional
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
STSJ	Sentencia del Tribunal Superior de Justicia
TOL	Tirant On Line (base de datos)
TRIS	Texto Refundido del Impuesto de Sociedades
TRLSC	Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital
UE	Unión Europea

CAPÍTULO I.

INTRODUCCIÓN

I. INTRODUCCIÓN

A finales del siglo pasado irrumpieron en el mundo empresarial los términos de ingeniería financiera, contabilidad creativa, alisamiento del beneficio o, con mayor claridad, manipulación de la contabilidad, que con mayores o menores similitudes presentaban como denominador común "*utilizar interesadamente los métodos y normas contables para confeccionar los estados financieros de tal forma que se alcancen los fines pretendidos por las personas que los elaboran, con independencia de si dichos estados representan o no la realidad económica de la entidad*"[1].

En una de sus acepciones, se entendía que la ingeniera financiera era el "*arte*" [sic] de construir una operación financiera que responda a las necesidades de la empresa y del mercado, teniendo en cuenta las restricciones y las oportunidades contables, financieras, jurídicas y fiscales[2].

La contabilidad creativa era comúnmente definida como el proceso de manipular las cifras contables tomando las ventajas que ofrecen las lagunas en las normas de contabilidad y eligiendo métodos y prácticas de divulgación que transforman los estados financieros de lo que son a lo que se prefieren que sean por aquellos que los preparan[3].

Por su parte, el alisamiento del beneficio tenía por objetivo amortiguar de forma intencionada las fluctuaciones del resultado para que éste se

[1] SEGOVIA SAN JUAN, A. *El delito societario...*, págs. 377-378.
[2] HIRIGOYEN, G. *Ingènièrie financière et finance d´enterprise*, págs. 51 y ss. y WALMSLEY, J. *The New Financial Instruments*, cap. 1.
[3] NASER, K. *Creative Financial Accounting. Its Nature and Use*, pág. 59.

mantuviera constante sobre un nivel considerado como corriente por parte de la empresa[4].

La manipulación contable era el nombre empleado sin ambages por el *Institute of Chartered Accountants of England and Wales* (*Technical Release* 603 de 1985) para referirse a aquellas prácticas que tuvieran como finalidad alterar las cifras contables en los estados financieros de la empresa para ofrecer una impresión engañosa o poca representativa de su posición financiera.

En aquellos años era frecuente que cualquiera de estos términos figurase en la programación docente universitaria de algunos centros, probablemente con el ánimo del profesor de llamar la atención de sus alumnos o doctorandos sobre las perversas consecuencias de estas prácticas, así como las señales para detectarlas, aunque sinceramente, dudamos que todos los estudiantes compartieran este enfoque.

Frente a una aproximación laxa al problema de la alteración de la imagen de la empresa comienzan a surgir algunas voces críticas que conectan estas prácticas de ingeniería financiera, contabilidad creativa, alisamiento de beneficio o manipulación contable con el delito societario previsto en el CP de 1995. Así, por ejemplo, el discurso de inauguración del curso académico 1994-95 de la Universidad Nacional de Educación a Distancia a cargo de Ángel SÁEZ TORRECILLA (1994) llevaba el inequívoco título de "*El fraude contable, sus responsables y los nuevos métodos para su tratamiento*"[5].

[4] Véase, entre otro, PINA MARTÍNEZ, V. *Efectos económicos de las normas contables*, págs. 25 y ss. y sobre el mismo tema, aunque centrados en el aprovechamiento de las opciones contables con la finalidad de igualar el resultado, en JARA BERTÍN, M. y LÓPEZ ITURRIAGA, F. *"Auditoria y discrecionalidad contable en la gran empresa no financiera española"*, págs. 571 y ss.

[5] En la misma línea, el trabajo antes mencionado de SEGOVIA SAN JUAN, A. *El delito societario...* y el de BLASCO LANG, J.J. con el clarificador título *De la contabilidad creativa al delito contable*.

Es probable que un análisis completo de sus causas, los métodos idóneos y sus consecuencias jurídicas exige el estudio coordinado entre distintas áreas de conocimiento, a saber, Finanzas, Contabilidad y Derecho y es posible que este estudio multidisciplinar deba circunscribirse, para los fines de nuestra investigación, a lo que FERNÁNDEZ PIRLA, J. Mª.[6] denominó "*Derecho contable*" cuyo objeto de atención es el *hecho contable* entendido como la "*versión interpretada, homogénea y calificada de una realidad económica o socioeconómica*"[7]. En este contexto, el Derecho contable posee características que lo hacen autónomo respecto al Derecho Mercantil y esto es, aquí lo avanzamos, la hipótesis de partida de nuestro trabajo.

Como tal podríamos asumirla sin más o incluso reproducir las conclusiones de voces más autorizadas que la nuestra. Pero permítasenos el atrevimiento de explicar resumidamente esta premisa pues a pesar del riesgo intelectual, entendemos que da coherencia y unicidad a nuestra investigación. Y decimos explicar que no justificar pues probablemente toda pretendida autonomía frente a otras especialidades jurídicas relevantes (en palabras de SUÑÉ LLINÁS, E.[8]) se basa en criterios forzosamente relativos.

La contabilidad surge para satisfacer una necesidad de información interna o técnica al servicio del propio empresario que es incapaz de retener mentalmente todas las operaciones realizadas y concluir una posición financiera (véase, entre otros, ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, A.[9]), pero evoluciona hasta asumir una función externa, que es la que interesa al Derecho, en la medida en que la interpretación del *hecho contable* tiene consecuencias jurídicas en terceros distintos del empresario. Cristaliza

[6] *Una aportación a la construcción del Derecho contable.*
[7] *Ibidem*, pág. 28.
[8] *Teoría estructuralista del Derecho*, cap. 11.
[9] *La contabilidad (I). Introducción. El deber de contabilidad*, págs. 137

así la nota que distingue lo jurídico de lo no jurídico[10], pues el primero ordena unas conductas y prohíbe otras y, en caso de inobservancia de estos mandatos y prohibiciones, impone una sanción alternativa[11].

La especialización del Derecho contable es consecuencia de una evolución en la que Derecho y Economía han sido y son esferas parciales integrantes de una misma cultura, produciéndose conexiones e influencias recíprocas entre ambas (véase, entre otros, ORDUÑA MORENO, F.J. y CAMPUZANO LAGUILLO, A.B.[12]). En esta relación mutua, la Economía necesita del Derecho para canalizar la actividad económica en general y la de las empresas, en su sentido más amplio, en particular, y así dotarlas de eficacia jurídica. De otra forma es obvio el impacto que la Economía tiene en el Derecho porque en este último se aprecia una evolución a planteamientos más economicistas que completan, cuando no sustituyen, su tradicional base personalista.

En una rápida revisión histórica podemos concluir que es pacífico en la doctrina que el Derecho Mercantil no existió entre los romanos puesto que la flexibilidad del *ius civile* permitía al pretor su adaptación a las

[10] Somos conscientes que este análisis es superficial como también que un examen con mayor rigor nos podría hacer perder el objetivo de esta primera parte que no es otro más que explicar la hipótesis de partida. Es probable que para indagar en esta división habría que trasladarnos a un enfoque normativo y entender el Derecho como un sistema de normas o de reglas de conducta (BOBBIO, N. *Teoría general del derecho*, págs. 3 y ss.) que rige una relación social, añadiría SOROKIN, P. (*Sociedad, cultura y personalidad. Su estructura*..., pág. 471) quien a continuación se ocupaba de diferenciar las normas de conducta de las normas jurídicas. Este enfoque normativo no está exento de críticos como ROMANO, S. *El ordenamiento jurídico*...que lo contrapone a su concepción del Derecho como institución con tres elementos nucleares: la sociedad (base de hecho de la que deriva el Derecho), el orden (como el fin al que tiende el Derecho) y la organización (o el medio para alcanzar el orden). Las normas son relevantes en cuanto están incluidas en el orden, pero su adecuada comprensión exige atender a la propia organización. La sociedad organizada y ordenada caracteriza la institución a la que se refiere ROMANO, S. El análisis de los planteamientos contrarios a esta tesis (por su claridad BOBBIO, N. *Teoría general del derecho*, págs. 10 y ss.) también sería necesario para contar con una visión general del problema. Es posible que la otra gran crítica al enfoque normativo provenga de la recurrente y antigua tesis del Derecho como relación, bien actualizada por LEVI, A. *Teoría generale del Diritto*, 26 y ss.).

[11] Véase FALCÓN Y TELLA, M.J. *Lecciones de teoría del derecho*..., pág. 35.

[12] *Curso de Derecho Privado*, pág. 28

necesidades del tráfico[13]. Adicionalmente, HUVELIN, P. en 1929[14] indicaba que los romanos no tuvieron un Derecho Internacional de mercado, sino un derecho del mercado de carácter privado interno, lo que le impidió convertirse en un derecho especial separado del *ius civile*. Esta flexibilidad permitió incluso regular el intenso tráfico comercial marítimo sin acudir a unas normas específicas[15].

La caída del Imperio Romano relanza el tráfico comercial a partir del siglo XI que bien podemos considerar como el origen del Derecho Mercantil[16]. Las pocas reglas contables existentes en este momento estaban subsumidas en estas reglas jurídicas que se elaboraban a medida de los problemas con los que se encontraban los mercaderes creando un derecho privilegiado a través de su repetición (un "*ius mercatorum*"). El privilegio, y esa es otra nota característica, no es tanto de cada comerciante sino en beneficio de la nueva clase dominante que era la burguesía "*dentro de una realidad caracterizada por la división política de los mercados en una pluralidad de Estados*" (en palabras de GALGANO, F.[17]). Sólo así se entiende que nace en las corporaciones de mercaderes, pero se extiende a personas distintas del comerciante como podían ser

[13] Véase, entre otros, MARTÍN REYES, M.A. y FERNÁNDEZ RUIZ, J.L. *Fundamentos de Derecho Mercantil*.... Como fuente de esta conclusión debemos acudir, entre otros, a RUBIO GARCÍA-MINA, J. *Sobre el concepto de Derecho Mercantil*; GIRÓN TENA, J. *El concepto del Derecho Mercantil: desenvolvimiento histórico y derecho comparado*; GARRIGUES DÍAZ-CAÑABATE, J. Curso de derecho mercantil y BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A. *Notas sobre el origen histórico del derecho mercantil*.

[14] Citado por MARTÍN REYES, M.A. y FERNÁNDEZ RUIZ, J.L. *Fundamentos de Derecho Mercantil*.

[15] Por todos, BROSETA PONT, M. En concreto, estamos utilizando la edición número 23 de su obra "Manual de Derecho Mercantil" revisada por F. MARTÍNEZ SANZ y editada en 2016 (pág. 43).

[16] Por su claridad reproducimos el siguiente párrafo tomado de SÁNCHEZ CALERO, F. y SÁNCHEZ-CALERO GUITARTE, J. *Instituciones de Derecho mercantil*, págs. 59-60): "*En los siglos X y XI, en particular en Italia, cuando el Derecho romano perdió su flexibilidad y mezclado con el Derecho germánico y canónico formó el Derecho común, que no se adaptaba a las necesidades de un comercio cada vez más floreciente, apareció el Derecho mercantil bajo la presión de los propios mercaderes, que, asociados en corporaciones, dictaron las normas que creyeron convenientes*".

[17] *El contrato en las relaciones transnacionales,* pág. 1296.

los eclesiásticos, los nobles y en algunos casos, los extranjeros (el análisis clásico de VIVANTE, C. es claro en este sentido[18]).

Se puede decir que las primeras normas contables escritas son las pragmáticas de Cigales (1549) y de Madrid (1552), en tiempos de la Reina Juana y del Emperador Carlos V, que obligaban a los banqueros y comerciantes del Reino de España a llevar libros de cuentas (el Diario y el Mayor) por el método de la partida doble[19].

Este período está marcado por el dirigismo absoluto de la economía por parte de los Monarcas en lo que se conviene en denominar *mercantilismo*[20] con la consiguiente pérdida de autonomía del derecho corporativo medieval (propio de los comerciantes) y la aparición de las compañías coloniales, precedente de las sociedades anónimas, que ya se caracterizaban por la responsabilidad limitada de sus socios y el capital dividido en títulos (que aún no acciones) aunque eran de propiedad semipública porque fueron fundadas por los propios Reyes absolutistas.

Suele identificarse a la Ordenanza francesa del Comercio de 1673 como la primera codificación propiamente mercantil (véase, entre otros, MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A. y URÍA, R.[21]) que se complementa con la Ordenanza también francesa de la Marina (1681). Ambas fueron el precedente de las Ordenanzas de Bilbao (1737 y 1814) que se

[18] *Derecho Mercantil*, págs. 52 y ss.
[19] Conviene llamar la atención sobre algunos precedentes anteriores a estas normas contables que ya incluían obligaciones registrales a efectos tributarios y antes, incluso, como auténticas fuentes históricas del Derecho contable que además se pueden considerar entre las más antiguas de Europa. En BLANCO CAMPAÑA, J. *Material académico*… págs. 20 y ss.) se mencionan a los "*Furs de Valencia*", al contenido del "*Llibre de les Costums Generals de Tortosa*" así como a las "*Consuetuts*" barcelonesas. La creciente importancia del negocio bancario presta adicionalmente atención a los aspectos contables. Así ocurre, por ejemplo, en los Libros de La Taula de Canvi de Barcelona que obliga a llevar un Libro Manual y el Libro mayor corrible prohibiendo cualquier anotación relativa al negocio fuera de estos documentos.
[20] Por todos, HECKSCHER, E. *Mercantilism.*
[21] *Concepto, evolución histórica y fuentes del Derecho Mercantil*, pág. 35

convirtieron en fuente del Derecho Mercantil de la época (véase GUMUZIO AÑIBARRO, M. [22] que investiga este tema con mayor profundidad).

Así pues, este Derecho se afianza con la consolidación de la burguesía comercial que lleva de forma inexcusable a la separación de los patrimonios de los dueños de los negocios de aquéllos otros que pertenecen a los propios negocios y, sobre todo, por el auge del comercio internacional y la aparición de una burguesía financiera con un papel determinante en la historia ulterior. La Revolución Francesa se encuentra con una sólida burguesía comercial, una burguesía financiera con un peso creciente y el añadido de una burguesía industrial derivada de la Revolución Industrial[23].

El desarrollo de las sociedades anónimas a partir del precedente de las compañías coloniales, las Ordenanzas de Bilbao antes mencionadas y el Código de Comercio francés de 1807, dan como resultado el Código de Comercio español de 1829 (comúnmente denominado Código de Sainz de Andino en referencia a su autor principal)[24]. Ya en este Código existe un detallado régimen jurídico de la contabilidad de los comerciantes (arts. 32 a 55) exigiendo que fuera llevada en determinados libros obligatorios que previamente debían ser legalizados por el Juzgado de Primera

[22] *Las ordenanzas del consulado de Bilbao.*
[23] Bien indica SUÑÉ LLINÁS, E. *Teoría estructuralista del derecho*, pág. 277): "*En esta época el Derecho Mercantil era un estatuto personal de la burguesía -fundamentalmente comercial; pero también industrial y financiera-. En consecuencia, la idea postrevolucionaria de definir el Derecho Mercantil a partir de los actos de comercio no tiene nada que ver con la técnica jurídica; pues obedece a la razón ideológica-política de evitar que el Derecho Mercantil tuviera la apariencia de un privilegio de los comerciantes.*
Esta razón ideológica-política, ya que no jurídica, ha originado, a mi juicio, la mayor parte de las complicaciones en la definición del Derecho Mercantil; puesto que detrás del aparente objetivismo de los actos de comercio no puede estar sino el clásico estatuto de la burguesía; o en otras palabras, la actividad que realizan los comerciantes, por razón de la mercadería". Y traemos a colación esta interesante cita porque pensamos que esto afecta también y de forma directa a la conceptualización del Derecho contable.
[24] Véase, entre otros, MARTÍN REYES, M.A. y FERNÁNDEZ RUIZ, J.L. *Fundamentos de Derecho Mercantil*...

Instancia del lugar del domicilio del comerciante[25]. El segundo CC español es de 1885 que en lo que nos interesa, conservó sustancialmente el régimen contable precedente con ligeras modificaciones.

Aunque este CC continúa siendo referencia obligada en el Derecho Mercantil, materialmente se asiste a un continuo proceso de descodificación (en palabras de ORDUÑA MORENO, F.J. y CAMPUZANO LAGUILLO, A.B.[26]) a través de leyes especiales dictadas con posterioridad que han modificado partes del mismo o que han regulado figuras que no estaban tratadas en el mismo. Y este proceso ha sido especialmente interesante en el régimen jurídico aplicable a la contabilidad.

Así, la Ley 16/1973, de 24 de julio, modificó considerablemente las disposiciones sobre contabilidad incluidas en el CC suprimiendo el carácter obligatorio de la llevanza de algunos libros tradicionales (por ejemplo, el Libro Mayor o el Libro copiador de cartas y telegramas) y posibilitando la mecanización contable al permitir la realización de asientos en el Libro diario sobre hojas que después debían ser encuadernadas. De este año es el primer Plan de Contabilidad, aunque su naturaleza mercantil era más bien difusa[27].

Con todo, creemos que la adhesión de España a la CEE ha sido el suceso que ha provocado el desarrollo autónomo del derecho contable[28]. La

[25] Véase, entre otros, ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, A. *La Contabilidad (i). Introducción. El deber de contabilidad. El secreto contable*, pág. 138.
[26] *Curso de Derecho Privado*..., pág. 41.
[27] Recuérdese que su implantación era optativa tal y como se indicaba en el preámbulo salvo que la empresa procediera a la regularización de balances, que era una operación eminentemente fiscal, en cuyo caso la aplicación era obligatoria. Además, se aprobaba en virtud de la propuesta del Ministro de Hacienda (pues la Comisión Central de Planificación Contable dependía de este Ministerio). A pesar de lo anterior, en la introducción del Plan de Contabilidad se afirmaba que no tenía naturaleza fiscal y que sus objetivos eran eminentemente económicos (apartado 8 de la Introducción).
[28] En este sentido, es clara la introducción del PGC de 2007 cuando señala: *"(…) la incorporación de España a la hoy Unión Europea trajo consigo la armonización de las normas contables vigentes en aquel momento con el Derecho comunitario derivado en*

incorporación de las Directivas en materia de contabilidad de sociedades al Derecho español se ha aprovechado para generalizar algunas de sus normas a todos los empresarios, individuales y sociales, incluyéndolas en el CC. Este proceso de generalización continuó con el plan de contabilidad de 1990 que se declaraba "*de aplicación obligatoria para todas las empresas, cualquiera que sea su forma jurídica, individual o societaria*", a diferencia del PGC de 1973 que era optativo, y con los planes actualmente en vigor de 2007 (PGC y PGC para pequeñas y medianas empresas) que mantienen esta obligatoriedad.

La incorporación de estas normas al derecho interno español supone un cambio radical en el régimen jurídico de la contabilidad al introducir la imagen fiel de la situación financiera y de los resultados de la empresa, así como la preferencia del fondo económico sobre la forma jurídica como piedras angulares de la nueva estructura. Este cambio provoca, no puede ser de otra forma a nuestro modo de ver, la ruptura epistemológica con el derecho mercantil y la aparición de una especialidad jurídica relevante con el *hecho contable* como ámbito de actuación exclusivo y excluyente en palabras de FERNÁNDEZ PIRLA, J. Mª.[29].

El conjunto de normas[30] que integran el derecho contable tiende a configurarse como un todo que es a lo que se podría denominar ordenamiento jurídico contable[31] y que estaría formado por unos

materia contable (…). A partir de ese momento se incardina en el seno del Derecho Mercantil español un auténtico Derecho contable que ha dotado a la información económico-financiera de un carácter internacional (…)".

[29] *Una aportación a la construcción*…, pág. 46. En VICENT CHULIÁ, F. *Reforma Contable y Derecho Mercantil*, se aportan razones adicionales para caracterizar esta especialidad jurídica, aunque se haga en el contexto de lo que denomina derecho contable mercantil probablemente para subrayar la fuerte conexión del derecho contable con el Derecho Mercantil.

[30] Dejamos para el capítulo II de este trabajo la diferencia entre reglas y principios que es donde, en nuestra opinión, adquiere toda su mayor relevancia.

31 Recordamos, por su interés, las palabras de ROMANO, S. *El ordenamiento jurídico,* pág. 84, cuando decía que el "*Derecho no es o no es sólo la norma que así se establece, sino la entidad misma que tal norma fija*" que debemos combinar cuando algo más

elementos que son siempre y necesariamente normativos, y que mantienen unas relaciones básicamente normativas, con ligeras concesiones a la lógica pura y con leyes que rigen tales relaciones que igualmente son normas jurídicas si lo analizamos desde la óptica estructuralista (véase, entre otros, SUÑÉ LLINÁS, E.[32]).

A su vez, cada una de las normas que integran un concreto ordenamiento jurídico presentan unas notas identificativas que revisamos a continuación con el objeto de subrayar los elementos específicos del Derecho contable.

Es necesario señalar en primer término que las normas que conforman un ordenamiento siempre tienen una fuerte vinculación con una determinada configuración política y por este motivo, su primera característica es su *trascendencia social* [33] que exige su posible imposición social por una *potestas* (revestida a su vez de poder político) y cuyo cumplimiento voluntario se facilita si además cuenta con una *auctoritas*.

En el caso de las normas que integran el derecho contable esta primera característica adquiere matices muy intensos. El efecto catalizador que tuvo la incorporación de España a la CEE y al que antes nos hemos

adelante critica el empleo de la expresión "*ordenamiento jurídico*" por una carencia y simplificación del lenguaje (*ibidem*, pág. 90).

[32] *Teoría estructuralista del derecho*, a lo largo del capítulo 7.

33 Esta trascendencia social lleva al problema de la validez y la vigencia de la norma. Se trata de una cuestión de indudable interés pero que, pensamos, nos alejaría del núcleo central que perseguimos en esta justificación de la investigación; conocer si está fundamentada la hipótesis de considerar al Derecho contable como una especialidad jurídica relevante. La trascendencia social analizada desde la óptica de la validez y la vigencia es un problema clásico no exento de un vivo debate entre los especialistas pues implica al estudio en profundidad, al menos, del pensamiento de Kelsen, de Ross, de Hart y de Dworkin. No cabe duda que la controversia es aún mayor cuando se investiga desde la libertad que proporciona la filosofía del Derecho que cuando se realiza desde la dogmática jurídica que está sujeta a ciertos condicionantes. El estudio realizado por DELGADO PINTO, J. ("*Sobre la vigencia y la validez de las normas jurídicas*") aporta, además, una revisión interesante de las teorías anteriores y además, sugiere elementos que podrían servir de nexo entre uno y otro análisis.

referido, probablemente fue determinante en la ruptura de los vínculos fiscales de la contabilidad (en el PGC de 1973 existían cuentas que incluían referencias a artículos de la Ley del Impuesto de Sociedades[34]) así como la orientación de la información contable a la imagen fiel (concepto desconocido hasta entonces en la tradición normativa contable española).

Y algo más tarde, la adopción del Reglamento 1606/2002/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de julio de 2002, relativo a la aplicación de Normas Internacionales de Contabilidad, que obligaba a presentar información contable consolidada en los grupos cotizados a partir del 1 de enero de 2005 con arreglo a lo dispuesto en las NIC/NIIF, influye en la estructura del PGC de 2007 (actualmente en vigor) al fijar, como antes apuntábamos, los pilares de la contabilidad en el fondo económico sobre la forma jurídica desde la propia definición de los elementos de las cuentas anuales hasta el modo de registrar ciertos hechos contables[35].

La segunda característica exigible a una concreta norma jurídica es su *generalidad* pues la norma es el vehículo empleado por el poder político para definir relaciones sociales necesarias. En palabras clásicas no exentas de gran belleza, RECASENS SICHES, L.[36] decía: "*el Derecho es vida humana objetivada*". Queda por ello la norma jurídica como "*marco, definición y orden, por cuya causa está muy alejada de la anarquía, o cuando menos de la caótica arbitrariedad e imposibilidad material, que*

[34] Entre otras, las cuenta *690. Dotación al Fondo extraordinario de reparaciones (art. 17. 8. del T. R. l. S.)* o la cuenta *693. Dotación a la provisión para Insolvencias (art. 17. e. del T. R. l. S.)* o la cuenta de desarrollo *1142. Reserva para viviendas de protección oficial* (*art. 54 del T. R. l. S.).*
[35] En la introducción del PGC se menciona en concreto como primer elemento para valorar el nuevo texto: *"(…) su vocación de convergencia con los Reglamentos comunitarios que contienen las NIC/NIIF adoptadas, en todos aquellos aspectos que resultan necesarios para hacer compatibles ambos cuerpos normativos contables (…)"*
[36] *Vida humana, sociedad y derecho*, pág. 26.

supondría la configuración singularizada de las distintas relaciones sociales"[37]. El principal instrumento con el que cuenta el derecho contable es el PGC en vigor que expresa bien esta característica. Mucho más clara es la presencia de esta nota en la tendencia que cada vez se aprecia con más nitidez acerca de emplear las NIC/NIIF adoptadas por la UE como fundamento de la contabilidad en España, no sólo a la información de los grupos cotizados a que antes hemos hecho referencia sino incluso al de los restantes suministradores de información, con un uso aún más extendido.

La tercera nota es que la norma contable como ocurre con la norma jurídica en general debe contener una *estructura hipotética* relativa a las situaciones de causalidad que al final deriva en la presencia de tres elementos: la "*ratio*", la consecuencia jurídica y el supuesto de hecho. Por la naturaleza del trabajo presentado vamos a retomar estos últimos dos elementos en el siguiente capítulo por lo que ahora creemos que será suficiente con presentar una sucinta referencia al término "*ratio*" por razones de integridad[38]:

El término de "*ratio*" ha experimentado una evolución histórica que configura una "*ratio legis*" convertida en un término poliédrico que hoy presenta, al menos, las siguientes acepciones:

a) Con el significado de finalidad (que admite su estudio desde la óptica subjetiva como fin para el legislador, así como desde un análisis objetivo como fin de la propia ley) que implica determinar el "*para qué*", su "*animus*". En el caso concreto de las normas contables bien pudiéramos fijar como su finalidad ofrecer la imagen fiel, en cuanto a razonable, del patrimonio y de la situación financiera de la entidad que informa en un momento dado, así

[37] SUÑÉ LLINÁS, E. *ob. cit.,* pág. 133.
[38] Véase FALCÓN Y TELLA, M.J. *Lecciones de teoría del Derecho,* págs. 59 y ss.

como del resultado y los flujos de efectivo obtenidos en un período comúnmente denominado ejercicio económico o período contable. Esta finalidad se convierte así en verdad contable cuya vinculación con el nudo central de este trabajo es clave y por ello postponemos su análisis.

b) Como fundamento de la ley habría que analizar el "*porqué*" lo que implícitamente nos lleva a la "*razón suficiente*" entendida "*no sólo como aquello por lo cual una cosa es, sino aquello por lo cual es de una determinada manera y no de otra distinta*" (ver FIGA FAURA, L.[39]) cuyas implicaciones al diferenciar la razón suficiente del ser y la del deber ser podrían desplazar el centro de atención de nuestro trabajo[40]. En lo que constituye el campo de nuestro estudio sí que cuando menos debemos identificar como fundamento de la norma contable la "*homogeneidad y [la] comparabilidad de la información contable en el marco de las nuevas exigencias contables europeas*" como así se indica de forma expresa en la Introducción del PGC, y bien parece que con este objetivo es exigible que la información que suministran las empresas deba ser relevante y fiable como requisitos a cumplir. Sólo de esta forma está garantizada una eficiente asignación de recursos por la posibilidad de comparar empresas que se dedican

[39] *La analogía*, pág. 47

[40] Su estudio nos llevaría a la tradición escolástica y tomista para quienes la ley era la ordenación de la razón matizado, tiempo atrás, por Aristóteles (ver su Ética a Nicómaco) por el complemento de la coacción. Los Neoescolásticos del siglo XIX y XX reelaboran la teoría del carácter coercible del Derecho como algo incidental al mismo. Por contra, las críticas básicamente desde el marxismo que considera que no es la ética la que justifica la fuerza, sino que es la fuerza la que trata de mantener una pretendida ética. La aportación Kantiana al debate entra de la mano de la división entre Derecho y moral que luego lleva a otra dimensión Von Ihering en su obra "*La lucha por el Derecho*" (hemos usado una edición disponible en internet) y Kelsen (hemos consultado ediciones publicadas en 1995 y 2008) al vincular de forma decidida en ese carácter coactivo y sancionador del Derecho (véase, entre otros, MARTÍNEZ FERRIZ, J.L. *La coacción en el derecho,* págs. 243 y ss.).

a una misma actividad, así como estudiar la evolución de una entidad en el tiempo.

c) La tercera acepción tiene que ver con el objeto en cuanto a los intereses jurídicamente protegidos. Las normas contables están relacionadas con la función externa de la captación del hecho contable que tiene consecuencias jurídicas en terceros distintos del propio empresario y a lo que nos hemos referido con anterioridad. Ya avanzamos una interesante cualificación de la contabilidad no tanto como sistema de información cuanto como resultado numérico de unas relaciones jurídicas y que desarrollaremos más adelante.

La cuarta nota que caracteriza la norma jurídica tiene que ver con la *coactividad* "*por cuya causa su realización práctica se apoya en el aparato organizativo del Estado*" (ver SUÑÉ LLINÁS, E.[41]) y que pensamos, no necesita mayores aclaraciones en el ámbito del derecho contable. Cuestión distinta es analizar aun de forma sucinta su reconocimiento.

Por seguir con el recorrido que usamos para justificar nuestra hipótesis inicial, a saber, la existencia de un derecho contable autónomo es preciso investigar sus fuentes. Se trata de un análisis complejo, pero de extraordinaria utilidad para la posterior aplicación del Derecho contable

[41] *Teoría estructuralista del derecho*, pág. 133.
En este sentido resultan de sumo interés las palabras de LEGAZ LACAMBRA, L. *Filosofía del Derecho*, págs. 386-387) a propósito de la separación entre los términos de "*coacción*" y "*coactividad*" y que transcribimos a continuación: "*la coactividad sería la posibilidad [énfasis del autor] de ejercer la coacción, y esta posibilidad no le puede ser negada al Derecho. Puesto que la coacción es muchas veces ineficaz, y puesto que no que no puede producir el hecho que se debe cumplir libremente por el obligado si éste no consiente en su comisión, ni puede suprimir del mundo el hecho indebidamente realizado, todo lo que tienen de legítimas y bien fundadas las objeciones que se dirigen contra la coacción como elemento esencial al Derecho, considerándola como fuerza física o psicología actual, la tienen de inválidas cuando se dirigen contra el carácter coactivo del Derecho, en el sentido de afirmar la coactividad como posibilidad de poner en marcha un aparato por virtud del cual se aplican las consecuencias de la infracción del orden jurídico*".

que exige su previa interpretación, y que constituye el centro de atención de nuestro trabajo.

Así, el término "*fuente*" es una metáfora, como bien señala RIVERO HERNÁNDEZ, F.[42], para expresar de forma gráfica la dualidad implícita en el origen (del Derecho contable en nuestro caso) entendido como las personas o grupos que ostentan el poder o la facultad de crear normas jurídicas, así como la forma de expresión o exteriorización que configura el tipo que asume (la fluencia), y que en buena medida depende del propio concepto del Derecho[43]. Este origen y fluencia ya aparece en escritos clásicos como fuentes internas y externas respectivamente, a los que se suele añadir el concepto técnico-jurídico que alude al origen de una norma en una autoridad reconocida por el Derecho positivo "*que, mediante un determinado procedimiento, confiere a dicha norma una forma concreta [de ley, costumbre, sentencia…]*"[44].

El problema de las fuentes en Derecho positivo español debe ser examinado a la luz de la CE, el Cc y ciertos ordenamientos que resultan de aplicación.

Convenimos con RIVERO HERNÁNDEZ, F.[45] que no hay referencias expresas en la CE al sistema de fuentes, pero de ella debemos partir para interpretar más correctamente el art. 1 del Cc. De acuerdo con DELGADO ECHEVARRÍA, J. y LACRUZ BERDEJO, J.L.[46] esto implica (en forma abreviada):

- ✓ Todo el ordenamiento queda sujeto a la CE (véase, por ejemplo, el art. 5 LOPJ cuando dice "*la Constitución es la norma suprema del ordenamiento jurídico y vincula a todos los jueces y tribunales*").

[42] *Las fuentes del Derecho privado*, pág. 24.
[43] Por todos, ROSS, A. *Teoría de las fuentes del Derecho*, págs. 356-357.
[44] LEGAZ LACAMBRA, L., *Filosofía del Derecho*, pág. 510.
[45] *Las fuentes del Derecho privado*, pág. 25.
[46] *Elementos de Derecho Civil*, pág. 114.

- ✓ La CE establece los criterios y principios a los que han de sujetarse todas las normas sobre producción de normas. Por lo que respecta al principio de legalidad, la propia jerarquía normativa y la publicidad de las normas. En concreto el art. 9.3 CE que parece fijar, por lo que se refiere a la legalidad, el valor superior de la ley frente a otras fuentes.
- ✓ En la CE se determinan las competencias normativas en los diferentes ámbitos jurídicos. En particular para el caso del Cc, las materias reservadas al Estado y las que corresponden a las Comunidades Autónomas.
- ✓ Reconoce las condiciones para que los Tratados internacionales formen parte del sistema jurídico español con más precisión que el art. 1.5 Cc.
- ✓ Señala la relación del Poder judicial con el sistema de fuentes para establecer de forma clara el sometimiento de los jueces y magistrados al imperio de la Ley únicamente (art. 117.1 CE), así como la exigencia de motivar jurídicamente las sentencias (art. 120.3 CE).

Si examinamos a continuación el art. 1 Cc encontramos que fija como fuentes a la Ley, la costumbre y los principios generales del Derecho por lo que bien parece que excluye la jurisprudencia[47] aunque en su número 6 se añada la ambigua expresión de que ésta "*completará*" el ordenamiento jurídico. También podemos concluir que implícitamente establece su prelación (ley-costumbre-principios generales del derecho)

[47] FALCÓN Y TELLA, M.J. *Lecciones de teoría del Derecho*, pág. 105, señala: "*La enumeración del Código Civil es exhaustiva, lo que denominamos una enumeración "numerus clausus". No hay en principio más fuentes (…) Por tanto, las "pretendidas" por algunos autores fuentes del Derecho distintas de las anteriores –la doctrina de los autores, la jurisprudencia, la equidad, la analogía, el contrato, etc.- no son tales en Derecho español, pues dichas presuntas fuentes presuponen una norma ya nacida, la verdadera fuente, limitándose a interpretarla, aplicarla u obtener de ella su obligatoriedad, pero no la crean. De ellas no brota, no emana, el Derecho objetivo. Por tanto, no son fuentes del Derecho*".

aunque probablemente más desde un punto de vista formal que de fondo al dotar en su apartado 4 a los principios generales del derecho, creemos entender, de un carácter informador del derecho en su conjunto[48].

Y si hemos hecho este rápido repaso por las fuentes es para verificar su presencia en el Derecho contable pues constituye el centro gravitatorio de nuestro trabajo orientado a resolver los problemas derivados de la interpretación fraudulenta (por lo que es preciso conocer las fuentes creadoras de normas contables que luego hay que interpretar).

Habida cuenta la génesis del Derecho contable en el Derecho mercantil del que luego entendemos que se independiza, hay que recordar el art. 2 CC que remite al antes analizado art. 1 Cc pero adaptando la costumbre a los usos del comercio.

Así, la ley en materia contable puede adoptar diversas formas (véase, entre otros, VICENT CHULIÁ, F.[49]) como, por ejemplo, las disposiciones que sobre el particular se incluyen en las leyes en sentido mercantil aprobadas por las Cortes Generales (básicamente, CC y TRLSC) a las que se añaden, en un segundo nivel, los Reales Decretos (de especial importancia el PGC, PGC para pequeñas y medianas empresas y las normas sobre formulación de cuentas consolidadas) y en otro nivel, disposiciones heterogéneas que fijan desde los modelos obligatorios para el depósito de cuentas en el Registro Mercantil hasta las Circulares en materia contable del Banco de España y de la Comisión Nacional del Mercado de Valores[50].

[48] De especial interés resultan las conclusiones sobre el particular introducidas en GARCÍA ENTERRÍA, E. *Reflexiones sobre la Ley y los principios generales del Derecho*, donde plantea cuestiones de gran profundidad para un análisis posterior.
[49] *En torno al concepto y fuentes del Derecho contable*, pág. 626 y ss.
[50] En VICENT CHULIÁ, F. *Reforma Contable y Derecho Mercantil*, pág. 166, se añade: "*Estos Reglamentos de segundo grado no contienen normas administrativas, sino normas jurídicos-privadas, que regulan relaciones inter-privatos. No regulan relaciones entre las citadas "Administrativas públicas independientes" (CNMV, BE e ICAC) e hipotéticos "destinatarios" (las empresas sometidas a su supervisión), sino que son*

De especial interés para identificar las fuentes en el Derecho contable y conforme el art. 93 CE y el art. 189 del Tratado de la CEE, habría que añadir el comúnmente denominado Derecho comunitario en lo atinente a las normas de contenido contable.

En este sentido cabe recordar que el Reglamento (CE) núm. 1606/2002 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de julio, relativo a la aplicación de las normas internacionales de contabilidad, dispone que las sociedades con cotización oficial elaborarán las cuentas anuales consolidadas conforme a las Normas Internacionales de Información Financiera adoptadas por la UE (designadas de forma abreviada como NIIF-UE)[51].

En España, el alcance de esta decisión europea fue valorada por la Comisión de Expertos creada por Orden comunicada al Ministro de Economía el 16 de marzo de 2001, que elaboró un informe sobre la situación de la contabilidad en España y las líneas básicas para abordar su reforma, publicado en 2002, y cuya principal recomendación fue que para las cuentas anuales individuales se continuara aplicando la

disposiciones generales, aplicables a dichas entidades y a todos los ciudadanos, que son válidas si se apoyan en una delegación legal, son elaboradas por un órgano colegiado, se publican en el Boletín Oficial del Estado y respetan la jerarquía de fuentes".

[51] "*Artículo 4. Cuentas anuales consolidadas de las sociedades con cotización oficial*
Para los ejercicios financieros que comiencen a partir del 1 de enero de 2005 inclusive, las sociedades que se rigen por la ley de un Estado miembro elaborarán sus cuentas consolidadas de conformidad con las normas internacionales de contabilidad adoptadas de acuerdo con el procedimiento establecido en el apartado 2 del artículo 6 si, en la fecha de cierre de su balance, sus valores han sido admitidos a cotización en un mercado regulado de cualquier Estado miembro, en el sentido del punto 13 del artículo 1 de la Directiva 93/22/CEE del Consejo, de 10 de mayo de 1993, relativa a los servicios de inversión en el ámbito de los valores negociables"
En relación con las cuentas anuales individuales, el art. 5 del referido Reglamento establece:
"*Artículo 5. Opciones con respecto a las cuentas anuales y a las sociedades sin cotización oficial.*
Los Estados miembros podrán permitir o exigir: (…) a las sociedades distintas a las mencionadas en el artículo 4, que elaboren sus cuentas consolidadas, sus cuentas anuales o ambas, de conformidad con las normas internacionales de contabilidad aprobadas conforme el procedimiento establecido en el apartado 2 del artículo 6".

normativa contable española, convenientemente reformada para lograr la adecuada homogeneidad y comparabilidad de la información contable, en el marco de las nuevas exigencias contables europeas, considerándose que en el ámbito de las cuentas anuales consolidadas debía dejarse a opción del sujeto contable la aplicación de las normas españolas o lo previsto en el Reglamento comunitario antes mencionado.

Con este nuevo modelo normativo contable a dos niveles, ha surgido la duda sobre la opción u obligación cuando aparezcan problemas de interpretación o desarrollo del PGC, respecto a la aplicación de las NIIF-UE que, insistimos, han servido de inspiración para elaborar nuestra norma contable básica de 2007.

En la primera parte del PGC ("*Marco conceptual de la Contabilidad*") y en concreto en el apartado 7º *Principios y normas de contabilidad generalmente aceptados*, no se incluyen las NIIF-UE. Más aún, en la propia Introducción del PGC se hace referencia a su carácter autónomo y a la no aplicación de las NIC/NIIF adoptadas por la UE[52].

[52] "*El nuevo texto debe valorarse tomando en consideración los siguientes aspectos. En primer lugar, su vocación de convergencia con los Reglamentos comunitarios que contienen las NIC/NIIF adoptadas, en todos aquellos aspectos que resultan necesarios para hacer compatibles ambos cuerpos normativos contables, sin perjuicio de la restricción de opciones que contempla el nuevo Plan frente a los Reglamentos Comunitarios, o de la aplicación de criterios propios contenidos en las Directivas europeas como el de la activación de los gastos de investigación, lo que por otra parte, constituye una excepción y en ningún caso la regla general.*
En segundo lugar, el carácter autónomo del Plan en tanto norma jurídica aprobada en España con un ámbito de aplicación claramente delimitado, a saber, la formulación de las cuentas anuales individuales de todas las empresas españolas, al margen de las reglas especiales inherentes a sector financiero que a su vez traen causa de la propia conformación del Derecho comunitario en esta materia.
Por último, la lógica consecuencia de que la correcta interpretación del contenido del nuevo Plan General de Contabilidad, en ningún caso puede derivar en una aplicación directa de las NIC/NIIF incorporadas en los Reglamentos europeos, dado que esta alternativa que de conformidad con el Reglamento 1606/2002 también podría haber sido tomada por el legislador español, no ha sido la que finalmente ha prosperado en el proceso de debate interno que motivó la estrategia europea en materia contable. Y ello, sin perjuicio de que las NIC/NIIF adoptadas deben configurarse como el referente obligado de toda futura disposición que se incorpore al Derecho contable español".

Por su parte, el ICAC en la consulta 1 (BOICAC 74 de junio de 2008) concluye, basándose en un informe de la Abogacía del Estado, que no es obligatoria la aplicación supletoria de las NIC/NIIF adoptadas por la UE. En el caso de ausencia de una norma o cuando sea preciso una interpretación de la normativa nacional, los administradores deberán utilizar su criterio profesional para definir un criterio contable que sea lo más respetuoso con el Marco Conceptual de la contabilidad previsto en el PGC y con los criterios contenidos en las normas de contabilidad generalmente aceptadas en España. Al formarse juicio sobre esta cuestión, concluye el Informe citado, se podrán considerar las prácticas que se siguen en el sector, así como cualquier otro desarrollo normativo relevante. Este último inciso admite, a nuestro modo de ver, la aplicación de estas NIC/NIIF para resolver estos problemas en contraposición al pretendido carácter autónomo de la normativa contable española.

Nos interesa llamar la atención a continuación sobre los usos del comercio, segunda fuente del Derecho contable por analogía, dando por bueno que no sólo se aplican a los contratos sino incluso a los actos o actividades (en lo que ahora nos interesa, a la propia contabilidad)[53], porque la STS de 27 de octubre de 1997, al reconocer la potestad

[53] LA CASA GARCÍA, R. *Comentario a la Sentencia de 15 de junio de 2011*, enfoca este tema, no exento de polémica en la doctrina, al retomar la separación entre usos interpretativos (integran la voluntad «*ya supliendo las cláusulas insertas generalmente en los actos mercantiles, ya fijando el sentido de las palabras oscuras, concisas o poco exactas que suelen emplear los comerciantes, ya finalmente, para dar al acto o contrato de que se trate el efecto que naturalmente debe tener, según la intención presunta de las partes*» (Exposición de Motivos del CC) y en consecuencia depende de la voluntad de las partes y constituyen prácticas profesionales que dominan tácitamente la formación de los negocios jurídicos y que se sobreentienden en todos ellos para su adecuada interpretación sirviendo de forma adicional para interpretar la voluntad de todas las que se encuentren en análogas condiciones dentro de un determinado círculo, sea territorial o profesional. "*Por el contrario,* [añade LA CASA GARCÍA, R.], *el uso normativo es independiente de la voluntad de las partes, pues constituye una norma de Derecho objetivo que se impone a tal voluntad, salvo que las partes expresamente se opongan. El uso normativo es, al cabo, la costumbre en sentido jurídico*".

reglamentaria del ICAC, declaró que éste en su ejercicio convierte los usos del comercio contables en normas legales[54].

En cualquier caso, todo uso de comercio ha de reunir los siguientes requisitos (véase, entre otros, VICENT CHULIÁ, F.[55]): 1) debe ser una práctica generalmente aplicada, 2) con la convicción de su obligatoriedad, 3) que no viole la ley, la moral y el orden público y 4) que sea susceptible de prueba.

Por cerrar este apartado permítasenos una breve referencia a los Principios generales del Derecho como tercera fuente que precisamente da coherencia al Ordenamiento jurídico y permite su plenitud, pues de otra forma existirían vacíos de regulación jurídica[56]. Bien parece que este enfoque deriva del Código italiano de 1865 y su influencia se subraya desde la obra clásica de ROMANO, S.[57].

Convenimos con ALBALADEJO GARCÍA, M. [58] que la falta de acuerdo sobre su significado permite agrupar de forma sintética las siguientes teorías acerca de su significado:

[54] En concreto señala: "*(…) se trata, en definitiva, de elevar a la categoría de norma escrita los usos sobre la contabilización de determinados hechos económicos*" (Fundamento de Derecho tercero, párrafo sexto). Faltaría precisar si se refieren a las Resoluciones que dimanan del ICAC (más claro) o si incluso alcanzan las contestaciones a las consultas evacuadas por este organismo (más discutible). En todo caso, ha sido acogida de forma muy extendida en la jurisprudencia como lo prueba el hecho de haber sido citada en otras Sentencias posteriores entre las que destacamos SAP Baleares 207/2013 de 13 de mayo, STSJ Islas Baleares 302/2013 de 9 de abril, SAN 16 de septiembre de 2010, STSJ Comunidad de Madrid 20330/2008 de 28 de mayo, SAN 30 de mayo de 2007, SAP Madrid 59/2006 de 29 de abril, STSJ Cataluña 407/2006 de 18 de enero, STSJ Cataluña 8496/2005 de 8 de noviembre, STS 11 de octubre de 2005, STSJ Andalucía 3126 de 22 de julio de 2005, STSJ Cataluña de 2 de diciembre de 2004, SAN 13 de septiembre de 2002, SAP Castellón 246/2002 de 19 de julio, STSJ Galicia de 7 de junio de 2000, SAN de 12 de abril de 2000, STSJ Comunidad de Madrid de 31 de enero de 2000 y STSJ Comunidad de Valencia de 31 de diciembre de 1999.
[55] *Reforma Contable y Derecho Mercantil*, págs. 166-167.
[56] Véase, entre otros, SUÑÉ LLINÁS, E. *Teoría estructuralista del derecho*, pág. 65.
[57] Hemos empleado la edición de 2010: *El Ordenamiento Jurídico* (en especial, las páginas 210 y ss.).
[58] *Derecho Civil, Introducción y parte general*, págs. 113 y ss.

i. Para un sector de la doctrina se tratarían de auténticos principios jurídicos del Derecho positivo que se logran alcanzar mediante la abstracción de las normas singulares que componen aquél.

ii. Para otro sector de la doctrina estarían integrados por principios jurídicos que van más allá de las normas legales (y consuetudinarias) como principios del Derecho natural, o del Derecho científico (a los que ALBALADEJO GARCÍA, M. se refiere como los principios más generales de la ciencia jurídica).

iii. Para un último sector de la doctrina, estarían integrados por "*los principios del Derecho positivo legislado (o consuetudinario), pero no solamente de ellos, sino que, cuando se agotan, se puede recurrir a estos otros principios jurídicos de la segunda teoría, pues la frase "principios generales del Derecho", admite aquéllos y éstos*"[59]. En opinión de FALCÓN Y TELLA, M.J.[60] aquí se incardinarían los principios reconocidos en el art. 9.3 CE que vendrían a ser como "*supraprincipios*", con eficacia directa, sin que precisen de previo desarrollo legislativo y entre los que pueden mencionarse "*el principio de legalidad, la jerarquía normativa, la publicidad de las normas, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas*

[59] ALBALADEJO GARCÍA, M. *Derecho Civil, Introducción y parte general*, pág. 113. Por su interés, transcribimos la nota a pie de página que añade este autor y que dice así: "*Y no hay temor de que el legislador quiera sólo los principios del Derecho legislado (y no del consuetudinario); y no lo hay porque no se admite costumbre contra ley (C.c. art. 1, número 3), con lo que no pueden estar en contradicción con la ley de principios inspiradores del Derecho consuetudinario, que además serían subsidiarios (a falta) de los extraíbles del Derecho legislado.*
Por otro lado, que los principios generales lo son del Derecho legislado y del consuetudinario está dicho ahora expresamente en la Exposición de Motivos de la reforma del título preliminar, párrafo 7, al final".
[60] *Lecciones de teoría del Derecho*, pág. 123.

> *de derechos individuales, la seguridad jurídica, la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos*". Y en este sentido deben ser aplicados por todos los Tribunales de "*oficio*", si bien sólo se aplicarán en defecto de ley y de costumbre.

Hemos pretendido con este resumen justificar nuestra premisa inicial, esto es, nos encontramos ante una especialidad jurídica relevante, el Derecho contable, con un objeto de atención, el *hecho contable*, y con un conjunto de normas que constituyen su ordenamiento jurídico propio.

Mas la investigación que pretendemos llevar a cabo se justifica, y a ello se dedica este primer capítulo, al relacionar la contabilidad creativa tal y como se ha presentado inicialmente con este Derecho contable autónomo, y para ello debemos indagar, al menos de forma resumida, en las causas que incentivan la manipulación contable.

En un sentido económico, los elementos que alientan la información fraudulenta, en opinión que compartimos con SEGOVIA SAN JUAN, A.[61], son la separación entre la propiedad y la gestión de las empresas, y la propia flexibilidad de las normas contables.

En relación a la *separación entre propiedad y gestión en las empresas*, tanto mayor cuanto mayor es el tamaño de la empresa, mantienen toda su actualidad las palabras de Adam SMITH en su obra clásica de 1776: "*Investigación sobre la naturaleza y causas de la riqueza de las naciones*" cuando afirmaba: "*Pero como los directores de estas compañías administran caudales ajenos, y no los propios, no es de esperar que*

[61] *El delito societario desde una perspectiva de agencia y su relación la contabilidad creativa*, págs. 409 y ss.

pongan en su manejo aquella vigilancia y diligencia extremada que suelen poner en los suyos (…)"[62].

En términos más actuales se plantea un problema de conflicto de intereses entre las partes y de asimetría en la información al modo que lo estudia la Teoría de la Agencia[63]. Como es natural, esta separación continúa hoy plenamente vigente, así como los problemas derivados de ella por lo que en los últimos años se han desarrollado una serie de estrategias que bajo el término de "*Códigos de Buen Gobierno*" han intentado reducir el conflicto de intereses[64]. Así podemos recordar tomando como referencia 1995 (fecha de la investigación que tomamos como cambio de tendencia) y de acuerdo con la información publicada en el sitio de internet de la Comisión Nacional del Mercado de Valores (ver www.cnmv.es):

a) Informe de la Comisión especial para el estudio de un código ético de los consejos de administración de las sociedades (Comisión Olivencia, 1998),
b) Informe de la Comisión especial para la transparencia y seguridad de los mercados financieros y las sociedades cotizadas (Informe Aldama, 2003),
c) Código Unificado de Buen Gobierno de las sociedades cotizadas (2006),
d) Código Unificado de Buen Gobierno de las sociedades cotizadas (2013),

[62] Manejamos una edición de la primera traducción al castellano de 1958 (pág. 656) realizada en Méjico por el Fondo de Cultura Económica.
[63] Por todos, JENSEN, M. y MECKLING, W. *Theory of the Firm: Managerial behavior, agency costs and ownership structure*, págs. 274 y ss.
[64] Con suficiente claridad señalaban SHLEIFER, A. y VISHNY, R. en su trabajo de 1997: "*A Survey of Corporate Governance*" que el Gobierno Corporativo es el conjunto de mecanismos que tratan de garantizar a los aportantes de recursos la remuneración correspondiente a sus inversiones.

e) Informe de la Comisión de expertos en materia de Gobierno Corporativo (2013),
f) Código de Buen Gobierno de las sociedades cotizadas (2015), y
g) Guía Técnica de buenas prácticas para la aplicación del principio de "cumplir o explicar" (2016)

En síntesis, y a los efectos que interesan en este trabajo, si el Informe elaborado por la denominada Comisión Olivencia contenía 23 recomendaciones, el Informe Aldama es más prolijo en cuanto a recomendaciones y, además, empieza a subrayar la necesidad de una regulación heterónoma con mandatos cuyo cumplimiento no dependan sólo de la libre y voluntaria determinación de la empresa afectada[65].

En este recorrido, el Código Unificado de Buen Gobierno de las sociedades cotizadas de 2006 aumenta hasta 58 las recomendaciones incluidas, que se corrigen hasta dejarlas en 53 recomendaciones en el Código Unificado de Buen Gobierno de las sociedades cotizadas de 2013 para evitar duplicidades de aquellas que ya son obligatorias por aplicación de normas aprobadas en ese período (de 2006 a 2013).

Por último, el Informe de la Comisión de expertos en materia de Gobierno Corporativo (también de 2013) constituye un paso adelante en el camino emprendido pues propone directamente modificar la LSC para introducir aquellas "*recomendaciones*" que se han calificado como positivas para el Buen Gobierno Societario y dotarlas de efectos sancionadores.

[65] Menciona en concreto los deberes básicos de información y transparencia en materia de gobierno corporativo, comprendiendo la obligación de dar una explicación razonada de la desviación, por parte de la sociedad, respecto de las recomendaciones de buen gobierno o de los propios criterios que en esta materia haya adoptado y publicado, así como en materia de información financiera y de gestión; la definición y régimen de los deberes de lealtad especialmente en el ámbito de los conflictos de intereses, y la elaboración de un Reglamento del consejo de Administración y de la Junta General con las consideraciones efectuadas a lo largo del propio Informe.

El Código aprobado en febrero de 2015 presenta interesantes novedades respecto al texto anterior pues de una parte elimina todas aquellas recomendaciones que ya han sido incorporadas a normas de distinta naturaleza (derivado a su vez de las conclusiones del grupo de expertos antes mencionado), de otra parte incorpora recomendaciones relacionadas con la responsabilidad social corporativa y por último, cambia su estructura identificando los 25 principios que justifican las 64 recomendaciones que constan en el texto.

Por último, la Guía de 2016 aporta ejemplos clasificados en dos grandes grupos: el primero estaría integrado por supuestos de falta de seguimiento (total o parcial) de las 64 recomendaciones anteriores en los que las explicaciones aportadas por las sociedades cotizadas son poco claras o genéricas, y un segundo grupo formado por ejemplos que tratan de describir el correcto cumplimiento de las posibilidades previstas en las recomendaciones. En concreto, ilustran las opciones de "*cumple*", "*cumple parcialmente*" o "*explique*" que admiten 35 recomendaciones, 19 más en las que a estas posibilidades se añade la no aplicación de una recomendación y finalmente, 10 recomendaciones en las que es posible optar entre "*sigue*" o "*explique*".

En esta línea de mejorar la transparencia de los administradores societarios se puede mencionar igualmente la Ley 44/2002, de Medidas

de Reforma del Sistema Financiero Español[66] así como la Ley 26/2003, de Transparencia de las Sociedades Anónimas Cotizadas[67].

La propia *flexibilidad de las normas contables* era el otro incentivo apuntado para promover estas prácticas nocivas. La aprobación del PGC en 2007 supuso un recorte profundo en esta discrecionalidad. Se trata de un tema muy relevante para el fin de nuestro trabajo y que abordaremos más adelante, en el capítulo IV, por lo que ahora nos detenemos brevemente para justificar esta otra motivación.

Con esta matización previa debemos señalar que, si hasta 2007 era posible incluir en el activo los gastos de constitución, de ampliación de capital o de primer establecimiento o tratarlos directamente como gastos en la cuenta de pérdidas y ganancias, con la aprobación del PGC los gastos de constitución y de ampliación de capital minoran las reservas, y

[66] Con las numerosas correcciones introducidas por la Ley 4/2004, de 29 de diciembre (modificación de tasas y beneficios fiscales de acontecimientos de excepcional interés público), el Real Decreto Ley 16/2005 de 30 de diciembre (modificación del régimen transitorio de adaptación de las comisiones de control de los planes de pensiones de empleo y adaptación de determinados compromisos por pensiones vinculados a la jubilación), la Ley 53/2002 de 30 de diciembre (medidas fiscales, administrativas y del orden social), la Ley 22/2003 de 9 de julio (concursal), el Real Decreto Legislativo 6/2004 de 29 de octubre (Texto refundido de la Ley de ordenación y supervisión de los seguros privados), el Real Decreto Legislativo 8/2004 de 29 de octubre (texto refundido de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor), el Real Decreto Legislativo 7/2004 de 29 de octubre (Texto refundido del Estatuto Legal del Consorcio de Compensación de Seguros), la Ley 2/2011 de 4 de marzo (Economía Sostenible), el Real Decreto Legislativo 1/2011 de 1 de julio (Texto refundido de la Ley de Auditoría de Cuentas), Ley 21/2011 de 26 de julio (dinero electrónico), el Real Decreto Ley 20/2012 de 13 de julio (medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad), la Ley 9/2012 de 14 de noviembre (reestructuración y resolución de entidades de crédito), el Real Decreto Ley 6/2013 de 22 de marzo (protección a los titulares de determinados productos de ahorro e inversión y otras medidas de carácter financiero), la Ley 14/2013 de 27 de septiembre (apoyo a los emprendedores y su internacionalización), la Ley 5/2015 de 27 de abril (fomento de la financiación empresarial), el Real Decreto Legislativo 4/2015 de 23 de octubre (texto refundido de la Ley del Mercado de Valores) y la Ley 5/2019 de 15 de marzo (reguladora de los contratos de crédito inmobiliario).

[67] Con las modificaciones introducidas por la Ley 62/2003 de 30 de diciembre (medidas fiscales, administrativas y del orden social), el Real Decreto Ley 11/2010 de 9 de julio (órganos de gobierno y otros aspectos del régimen jurídico de las Cajas de Ahorros) y, como en el caso anterior, el Real Decreto Legislativo 4/2015 de 23 de octubre (texto refundido de la Ley del Mercado de Valores).

los de primer establecimiento se deben reconocer como gastos del ejercicio. Si era posible incluir en el activo los gastos financieros no devengados de la financiación a largo plazo (para incorporarlos posteriormente a los resultados de cada ejercicio con criterios diversos), desde 2007 esto ya no es una opción disponible. Si se podía elegir entre activar o no los gastos financieros a activos no corrientes antes de su entrada en condiciones de funcionamiento, con el nuevo PGC es obligatorio activar y no hay tratamiento alternativo. Si se podía optar, cumpliendo unos requisitos, entre añadir al activo un programa de desarrollo o dejarlo como gasto, desde 2007 es obligatorio activarlo y no es posible su registro como gasto si se cumplen esas condiciones. Si existía una categoría intermedia entre los pasivos y el patrimonio neto, conocida como ingresos a distribuir en varios ejercicios y que provocaba no pocos problemas para determinar el nivel de endeudamiento de una empresa, este epígrafe desaparece en 2007.

Más aún, había no pocos espacios carentes de una regulación clara. Así, por ejemplo, no se sabía con seguridad si se podían activar gastos financieros a activos intangibles (inmateriales como señalaba el PGC de 1990) que tardaran más de 12 meses en estar preparados para entrar en funcionamiento. Mayores problemas planteaba la redacción del principio de empresa en funcionamiento cuando señalaba que los principios contables eran de aplicación si razonablemente la empresa iba a continuar con sus actividades, pero no decía qué hacer en caso contrario[68]. Por encima de todo, no existían los conceptos básicos en contabilidad y responder a una cuestión elemental como la cuantía de las deudas de una empresa en un momento dado, se convertía en un problema con múltiples interpretaciones, como también lo era conocer el

[68] Este problema se ha resuelto algunos años más tarde con la aprobación de la Resolución de 18 de octubre de 2013, del ICAC, sobre el marco de información financiera cuando no resulta adecuada la aplicación del principio de empresa en funcionamiento.

valor total del activo o la cuantía del patrimonio neto; interrogantes todos ellos que entonces tenían varias respuestas.

De hecho, este PGC de 2007 supuso, respecto al PGC anteriormente aprobado, cambios significativos en las magnitudes de las empresas por lo que también fue una fuente de discrecionalidad la posibilidad de ajustar anticipadamente las cifras contables a los nuevos requerimientos con fecha 1 de enero de 2007 (permitiendo una comparabilidad de la información contable que fue la opción menos seguida) o no adelantar la fecha de transición (vulnerando la comparabilidad de la información financiera que por otra parte fue la alternativa mayoritariamente aplicada por las empresas españolas), como en su momento evidenciaron FITÓ, M.A., GÓMEZ, F. y MOYA, S.[69].

En nuestra opinión, los incentivos para manipular la información contable de una empresa son intemporales y se producen tanto en situaciones de bonanza económica como de crisis financiera. Tienen diversos objetivos que van desde alterar ficticiamente el resultado contable (tanto aumentándolo para mostrar una situación económica mejor que la existente como reduciéndolo para minorar el gasto por impuesto sobre los beneficios de la sociedad), no mostrar la información necesaria en la memoria (por ejemplo, respecto a situaciones de conflicto de intereses de los administradores que pudieran llevarles a adoptar decisiones sesgadas), ocultar la dimensión de un grupo (excluyendo participaciones en compañías que los gestores del grupo desean que permanezcan en secreto lesionando derechos de los demás), emplear alternativas contables para deformar determinados parámetros contables (por ejemplo, las deudas o las inversiones) para aparentar cumplir con lo exigido en acuerdos comerciales o legales…

[69] *Efectos del nuevo PGC en los estados financieros*, págs. 146-147.

Con razón el legislador introdujo en el CP de 1995 el art. 290 que de forma clara señala: "*Los administradores, de hecho o de derecho, de una sociedad constituida o en formación, que falsearen las cuentas anuales u otros documentos que deban reflejar la situación jurídica o económica de la entidad, de forma idónea para causar un perjuicio económico a la misma, a alguno de sus socios, o a un tercero, serán castigados con la pena de prisión de uno a tres años y multa de seis a doce meses (…)*".

La posibilidad de que una irregularidad contable suponga la comisión de una infracción penal fue bien tratada por BLANCO CAMPAÑA, J.[70]. Reproducimos seguidamente sus conclusiones actualizadas sobre las que volveremos más adelante:

En primer lugar, el falseamiento de las cuentas anuales puede ejecutarse mediante alguna de las formas previstas en el art. 390 CP (por remisión del art. 392 CP). A los fines de nuestro trabajo nos interesa de forma especial la prevista en el número 1 del apartado 1º del referido art. 390 CP ("*Alterando un documento [público, oficial o mercantil según detalla el art. 392 CP] en alguno de sus elementos o requisitos de carácter esencial*"). La alteración mencionada de cualquiera de los documentos que integran las cuentas anuales (balance, cuenta de pérdidas y ganancias, estado de cambios en el patrimonio neto, estado de flujos de efectivo y memoria) se hace a través de la manipulación de sus elementos (activo, pasivo, patrimonio neto, gastos o ingresos, a los que habría que añadir los cobros y los pagos) o de los requisitos que debe verificar la información a incluir (relevancia y fiabilidad previstos en el PGC) o mediante ambos medios. Además, debe ser una adulteración esencial lo que puede ser interpretada en el sentido de idónea para causar un perjuicio económico (por lo previsto en el antes mencionado art. 290 CP).

[70] *Régimen jurídico de la contabilidad de los empresarios*, págs. 352 y ss.

Por intentar continuar el hilo argumental, la idoneidad tiene que ver con mostrar una información parcial, sesgada, desviada o falseada de la realidad empresarial en las cuentas anuales (o en otros documentos como el informe de gestión, el de gobierno corporativo…) que lleve a un administrador, un socio o un tercero a adoptar una decisión basada en esa información que perjudique económicamente a la propia empresa, alguno de sus socios o un tercero. Esta incorrección debe ser además relevante lo que nos traslada al tema complejo de diferenciar cuándo la alteración es significativa y cuándo no lo es, es decir, medir la adulteración. El requisito antes indicado de fiabilidad ya indica que la información incluida en las cuentas anuales lo es cuando está libre de errores materiales. Una primera orientación sería acudir al principio de importancia relativa, aunque quizás marca un límite inferior por debajo del cual la no aplicación estricta de un principio o criterio contable es admisible por no perturbar más que mínimamente (de forma escasa señala el PGC) la imagen fiel.

Una solución alternativa podemos obtenerla en la NIA-ES 705 "*Opinión modificada en el Informe de auditoría emitido por un auditor independiente*"[71] cuando entre los párrafos 7 y 8 distingue el caso en que el auditor emite una opinión modificada con salvedades (las cuentas anuales expresan la imagen fiel de la situación financiero, de los resultados obtenidos y de los flujos de efectivo generados salvo en lo relativo a distintos hechos o transacciones de los que se informa explicando su impacto en las cuentas anuales) del caso en el que emite una opinión desfavorable o adversa que ocurre cuando después de obtener evidencia de auditoría suficiente y adecuada, concluye que las incorrecciones, individualmente o de forma agregada, son materiales[72] y

[71] Adoptada para su aplicación en España por Resolución del ICAC de 23 de diciembre de 2016.
[72] Por su parte, el término de materialidad es abordado en la NIA-ES 320 (adoptada para su aplicación en España por Resolución del ICAC de 15 de octubre de 2013). Para su

generalizadas en los estados financieros. La manipulación con efecto general en las cuentas anuales determinada con arreglo a las normas profesionales que regulan el trabajo de los auditores puede dar respuesta al interrogante de cuándo es relevante la adulteración. No queremos ocultar, sin embargo, que al menos parcialmente, la delimitación de la materialidad se apoya en elementos subjetivos que quedan al arbitrio del juicio profesional[73] lo que añade más complejidad a la solución de este problema.

Además, sólo idealmente se puede establecer una relación unívoca entre la información facilitada en las cuentas anuales y la decisión adoptada. Es razonable pensar que la decisión que luego se torna perjudicial para la empresa, el socio o el tercero se puede apoyar en otros elementos (su percepción de la situación económica general, su conocimiento del sector en el que la empresa desarrolla su actividad, el entorno regulatorio existente o previsible, el impacto de la competencia…) que diluyen la relación causa-efecto entre la información sesgada de las cuentas anuales y el daño económico[74].

---

aplicación en la opinión reproducimos seguidamente su párrafo 5 que indica: "*El auditor aplica el concepto de importancia relativa tanto en la planificación y ejecución de la auditoría como en la evaluación del efecto de las incorrecciones identificadas sobre dicha auditoría y, en su caso, del efecto de las incorrecciones no corregidas sobre los estados financieros, así como en la formación de la opinión a expresar en el informe de auditoría*".

[73] Por su interés reproducimos parcialmente el contenido del párrafo A-12 (de la antes mencionada NIA-ES 320) que señala: *"(…) La determinación de la importancia relativa para la ejecución del trabajo no es un simple cálculo mecánico e implica la aplicación del juicio profesional. Se ve afectada por el conocimiento que el auditor tenga de la entidad, actualizado durante la aplicación de los procedimientos de valoración del riesgo, y por la naturaleza y extensión de las incorrecciones identificadas en auditorías anteriores y, en consecuencia, por las expectativas del auditor en relación con las incorrecciones en el período actual*".

[74] Se trata de un tema complejo que requiere un análisis individualizado ahondando en la responsabilidad de los administradores, los auditores en su caso, el tipo de acción a ejercer (individual o social) y la indemnización del daño. Los trabajos de ESTEBAN VELASCO, G. (*Algunas reflexiones sobre la responsabilidad de los administradores frente a los socios y terceros*), DESDENTADO DAROCA, E. (*La responsabilidad de los administradores sociales frente a socios y terceros*) y OCAÑA RODRÍGUEZ, A. (*Responsabilidad civil y penal de los administradores societarios*), entre otros, indagan

En segundo lugar, por retomar las conclusiones para que una irregularidad contable se convierta en una infracción penal, el delito requiere una acción dirigida a alterar elementos contables verdaderos ya existentes, o bien en la constatación falsa de un hecho o incluso en la creación o formación de elementos contables totalmente falsos. También podría existir delito en el caso de omisión de registros obligatorios como conducta omisiva. Cuestión de especial interés es si además se requiere el dolo[75].

En orden a la autoría, no existirían mayores problemas si la contabilidad fuera llevada directamente por el propio empresario mas esta circunstancia no siempre ocurre. Los empleados a cargo de los registros contables pueden ser autores, cómplices o encubridores[76] y no quedan eximidos por la obediencia debida. En algunos supuestos, por ejemplo, cuando se produce un delito de estafa o de insolvencia punible en una sociedad dependiente con provecho para la sociedad dominante empleando la contabilidad como "*corpora delicti*", podría ser penalmente responsable la propia persona jurídica (sociedad matriz o dominante) en

en su estudio doctrinal. Por su parte, las SSTS de 9 de octubre de 2008 (recurso 4934/2000), de 14 de octubre de 2008 (recurso 2963/2002), de 5 de marzo de 2009 (recurso 224/2004), de 15 de diciembre de 2010 (recurso 403/2007), de 7 de junio de 2012 (recurso 1609/2009) y de 3 de octubre de 2012 (recurso 533/2010), por mencionar algunas de la abundante jurisprudencia existente, lo hacen en el plano judicial.

[75] Existe numerosa jurisprudencia (a modo de ejemplo, las SSTS 749/2017 de 21 de noviembre, 797/2015 de 24 de noviembre, 523/2015 de 5 de octubre, 220/2015 de 9 de abril, 149/2015 de 11 de marzo, 9 de junio de 2014, 165/2013 de 23 de octubre, 374/2008 de 24 de junio), y doctrina tratando este tema que normalmente suele recurrir a la separación entre el dolo propiamente dicho (intención cierta de causar daño) y el dolo eventual (conocimiento de que probablemente se van a causar los daños), llamando la atención sobre la dificultad de probar este último pero exigiendo en todo caso su concurrencia conforme el art. 5 y el 10 CP. Véase, entre otros y por su relación con el tema tratado, OCAÑA RODRÍGUEZ, A. (*Responsabilidad civil y penal de los administradores societarios*).

[76] Por su relación con el objeto de nuestro estudio pueden verse unas reflexiones interesantes en el ámbito de las personas jurídicas a la separación entre autor, cómplice y encubridor en VASCO MOGORRÓN, C. (*Responsabilidad penal de las personas jurídicas*).

virtud del art. 31 bis CP redactado por el número 20 del artículo único de la L.O. 1/2015, de 30 de marzo.

En esta situación, pensamos que el Derecho en general y el derecho contable en particular debería ser capaz de dar una respuesta clara y rotunda para desanimar, por la coacción, a estos manipuladores; respuesta que mucho nos tememos, no ha sido tal hasta la fecha, aunque se trate de un delito castigado con graves sanciones desde 1995. Y decimos esto porque hemos investigado las Sentencias condenatorias dictadas por delitos de manipulación contable publicadas en una conocida base de datos (*Tirant On Line*)[77], y desde la promulgación del Código Penal de 1995 hasta el 24 de noviembre de 2019 hemos encontrado sólo 46 Sentencias condenatorias en casi 25 años, de las cuales una se ha dictado por el Juzgado de lo Penal y las cuarenta y cinco restantes por Audiencias Provinciales siendo Barcelona (5), Madrid (4) y Vizcaya (4) las más activas.

Nuestro estudio pretende contribuir, aun de forma modesta, a la construcción del derecho contable cuyo círculo vital se completaría con su aplicación lo que exige previamente interpretar la norma contable. Por esta razón nos ha interesado tanto identificar sus fuentes y su prelación, así como la estructura de las normas que lo componen puesto que nos parece clave para proceder seguidamente a su interpretación. De esta forma, creemos, tendremos los mecanismos adecuados que nos permitirán identificar aquellas normas interpretadas de forma fraudulenta y que, como se indicaba al inicio de este apartado, han ocasionado los problemas de contabilidad creativa que probablemente no han tenido su justo castigo.

[77] La búsqueda la hemos realizado seleccionando Sentencias condenatorias y marcando Juzgados Centrales de lo Penal, Audiencias Provinciales, Tribunales Superiores de Justicia y Juzgados de lo Penal. Hemos acotado el período y sólo fallos condenatorios relacionados con el art. 290 del Código Penal.

El segundo capítulo de nuestro trabajo se dedica a revisar la concepción analítica y hermenéutica de la interpretación de la norma con referencias específicas a las que tienen contenido contable. Hemos revisado sus notas características concretadas en los principios en los que se sustenta la interpretación, la función que tiene y su finalidad. Nos hemos ocupado luego de los agentes a cargo de la interpretación pues en el derecho contable tienen unas características muy interesantes para su análisis. Este trabajo nos permite seguidamente abordar el objeto sobre el que recae la interpretación abordando finalmente el producto o resultado de la actividad interpretativa. El análisis realizado nos lleva a concluir el necesario recorrido que hace el intérprete para advertir que el intérprete fraudulento hace justo el camino inverso, esto es, sitúa en primer lugar el resultado manipulado de la interpretación para estructurar el método a la consecución de este fin. Las zonas oscuras, en terminología hartiana, son inevitables y permiten al defraudador lograr su objetivo.

El tercer capítulo se ocupa del fraude a la ley en general. Nos ha interesado indagar la evolución histórica pues explica buena parte de las discusiones que aún hoy ocupan a buena parte de la doctrina. Hemos presentado seguidamente las tesis a favor y en contra de la autonomía de esta institución decantándonos por su carácter autónomo. El estudio de los elementos estructurales del fraude nos interesa para advertir su concurso en el fraude contable y con esta misma finalidad, la diferencia con figuras que presentan algunos puntos de conexión. Desde un punto de vista jurídico, estas otras instituciones cuentan con sanciones diferentes por lo que es preciso separarlas con claridad, cuestión ésta última que no siempre es sencilla.

El cuarto capítulo se dedica al fraude contable propiamente dicho. Es probable que el carácter general que preside la definición legal del fraude, en el Título Preliminar del Cc, es la causa de su falta de regulación

expresa. Sólo encontramos referencias en las normas profesionales en las que el tratamiento del fraude contable es ambiguo, general y aparentemente desligado del fraude legal. Hasta donde hemos investigado, la doctrina contable ha partido de este punto; el fraude contable equivalente a cualquier incorrección intencionada en la información incluida en los estados financieros. Los trabajos analizados son de notable calidad y contrastan las señales que permiten intuir la presencia del fraude contable, el papel de los auditores (con especial preocupación por los errores cometidos en la detección del fraude) y de los órganos de gestión y las prácticas fraudulentas que, a posteriori, se han descrito como idóneas para cometer el fraude. Son trabajos muy importantes para erradicar estas prácticas que tanto perjuicio han ocasionado. Sin embargo, jurídicamente tienen una sola solución cuando realmente son figuras diferentes con sanciones igualmente diferentes. De acuerdo con el método antes seguido revisamos seguidamente las construcciones jurisprudenciales pues el fraude contable, desde un punto de vista legal, es obra de los Tribunales de justicia en exclusiva. El estudio de las controversias sometidas a su consideración nos lleva a concluir que las operaciones entre partes vinculadas, concepto más amplio que los grupos de empresas, es el medio idóneo para cometer fraude por lo que se configura como un área de especial riesgo que debe potenciar su revisión.

Los dos últimos capítulos nos permiten presentar las conclusiones y los límites del trabajo, así como las futuras líneas de investigación.

CAPÍTULO II.

REFLEXIONES SOBRE LA INTERPRETACIÓN DE LA NORMA EN EL MARCO DEL TÍTULO PRELIMINAR

II. REFLEXIONES SOBRE LA INTERPRETACIÓN DE LA NORMA EN EL MARCO DEL TÍTULO PRELIMINAR

1. Epistemología de la interpretación jurídica. **2. Notas características de la interpretación jurídica**; 2.1. Principios de la interpretación, 2.2. Función y finalidad de la interpretación. **3. Acerca de la figura de los intérpretes**; 3.1. Los agentes de la interpretación, 3.2. Materiales e instrumentos de la interpretación jurídica. **4. Objeto de la interpretación. 5. El producto o resultado de la actividad interpretativa**.

El objeto de nuestro trabajo es el fraude contable, aunque más correctamente debemos señalar, el fraude en la interpretación de la norma contable. En efecto, se produce fraude al interpretar la norma contable de forma malintencionada o con una intención contraria a la de la norma interpretada. Es por ello, por lo que antes de analizar el fraude propiamente dicho debemos tratar la interpretación. En nuestra opinión, sólo el conocimiento de la tarea del intérprete nos puede dar las pistas para encontrar los puntos críticos que favorecen el fraude. Se trata de un tema extenso al que tanto los juristas como los iusfilósofos han dedicado un notable esfuerzo en los últimos años, fruto del cual, existe un abundante material de calidad. Hemos encontrado auxilio para su sistematización en el mapa conceptual que trazó RODRÍGUEZ TOUBES, J.[1] sobre este tema y que hemos adaptado a los fines perseguidos en este capítulo.

Procede en primer lugar ocuparnos de su epistemología y preguntarnos por sus notas características (las causas de la interpretación, las

[1] *Aspectos de la interpretación jurídica (un mapa conceptual).*

circunstancias en las que opera el intérprete, la función y la finalidad de la actividad interpretativa), para analizar seguidamente la figura del intérprete, el objeto de la interpretación y el producto o resultado de esta función.

1. Epistemología de la interpretación jurídica

Una primera concreción pasa por el propio término de interpretación que es polisémico. A los efectos de nuestro trabajo diferenciamos, de acuerdo con GIANFORMAGGIO, L.[2]: (1) la interpretación de "*Derecho*" (¿*qué es el Derecho*?, es decir, el problema de la juridicidad), (2) la interpretación de "*algo como Derecho*", esto es, ¿*cuál es el derecho*? y (3) la interpretación del "*Derecho*" (¿*qué dice o prescribe el Derecho*?). De las tres acepciones nos interesa la tercera que la autora citada clasifica en interpretación-actividad e interpretación-producto, y aún dentro de ellas distingue en la primera entre:

a) Interpretación-actividad noética,
b) Interpretación-acto lingüístico, y
c) Interpretación-actividad dianoética[3]

[2] *Lógica y argumentación en la interpretación jurídica o tomar a los juristas intérpretes en serio*, págs. 88-89.

[3] En el trabajo citado de GIANFORMAGGIO, L. (ibidem, pág. 90) no se ocupa de definir qué entiende por noética y dianoética. En la nota a pie de página 11 agradece a un colega la sugerencia de estos términos, pero dice "*que no estaría en absoluto en condiciones de hacer su historia*". Por razones de claridad hemos acudido al trabajo de LIFANTE VIDAL, I. (*Interpretación jurídica*, pág. 1351) quien señala que cuando GIANFORMAGGIO habla de interpretación noética se está refiriendo a una actividad interpretativa que capta el significado como un pensamiento intuitivo, es decir, una captación intelectual inmediata de una realidad inteligible. Por otra parte, existiría actividad interpretativa dianoética cuando se requiera un pensamiento discursivo, una argumentación.

A su vez, la interpretación-producto también se subdivide en:

a) Interpretación-producto de la actividad noética,
b) Interpretación-producto del acto lingüístico, y
c) Interpretación-producto de la actividad dianoética.

Como es natural, a los fines de nuestro estudio nos interesa la interpretación-producto de la actividad dianoética, por seguir con esos términos, que se puede concretar, conforme a GUASTINI, R.[4], entre la interpretación dirigida a textos (en abstracto) de la interpretación dirigida a hechos (en concreto). El objeto de la primera, continua más adelante GUASTINI, R.[5], es un enunciado normativo completo mientras que el de la segunda recae sobre predicados en sentido lógico.

Un ejemplo de interpretación de un texto contable está en la norma de reconocimiento de ingresos, base informativa de buena parte de la contabilidad financiera, cuando para contabilizarlos exige el cumplimiento de *todas y cada* una de las cinco condiciones que enumera la norma[6]. Es conocido por todos que estas condiciones no tienen una respuesta "*si o no*" sino que, en algunos casos, pueden presentar grados y poner en duda el registro de un ingreso en un ejercicio económico. Así sucede, por ejemplo, cuando se estudia el problema acerca de qué ocurre cuando la

[4] *El escepticismo ante las reglas replanteado*, págs. 27 y ss.
[5] Ibidem, pág. 30.
[6] Norma de Registro y Valoración 14ª Ingresos por ventas y prestaciones de servicios, apartado 2:
"*a) La empresa ha transferido al comprador los riesgos y beneficios significativos inherentes a la propiedad de los bienes, con independencia de su transmisión jurídica. Se presumirá que no se ha producido la citada transferencia, cuando el comprador posea el derecho de vender los bienes a la empresa, y ésta la obligación de recomprarlos por el precio de venta inicial más la rentabilidad normal que obtendría un prestamista.*
b) La empresa no mantiene la gestión corriente de los bienes vendidos en un grado asociado normalmente con su propiedad, ni retiene el control efectivo de los mismos.
c) El importe de los ingresos puede valorarse con fiabilidad.
d) Es probable que la empresa reciba los beneficios o rendimientos económicos derivados de la transacción, y
e) Los costes incurridos o a incurrir en la transacción pueden ser valorados con fiabilidad".

contabilidad de un ingreso está supeditada a una operación en la que se transfieren esos activos en el curso del negocio y de forma simultánea se pacta su recompra por un precio prefijado que es el inicial más una rentabilidad que no es la normal (por exceso o por defecto) que obtendría un prestamista.

Otro ejemplo de interpretación de un texto tiene que ver con las condiciones para calificar un arrendamiento como financiero cuando no existe la opción de compra[7] puesto que es difícil verificar en la práctica la total ocurrencia de alguna de estas condiciones en cuyo caso ¿qué es lo que se exige? Cumplir dos condiciones parcialmente, tres condiciones apenas cumplidas en el caso sometido a examen, entender que no hay arrendamiento financiero si no se presenta alguna condición en su totalidad…

Los ejemplos de interpretación dirigida a hechos de naturaleza económica-financiera son más numerosos y abarcan desde conocer si un

[7] Norma de registro y valoración 8ª, Arrendamiento y otras operaciones de naturaleza similar, apartado 1:
"*a) Contratos de arrendamiento en los que la propiedad del activo se transfiere, o de sus condiciones se deduzca que se va a transferir, al arrendatario al finalizar el plazo del arrendamiento.*
b) Contratos en los que el plazo del arrendamiento coincida o cubra la mayor parte de la vida económica del activo, y siempre que de las condiciones pactadas se desprenda la racionalidad económica del mantenimiento de la cesión de uso.
El plazo del arrendamiento es el periodo no revocable para el cual el arrendatario ha contratado el arrendamiento del activo, junto con cualquier periodo adicional en el que éste tenga derecho a continuar con el arrendamiento, con o sin pago adicional, siempre que al inicio del arrendamiento se tenga la certeza razonable de que el arrendatario ejercitará tal opción.
c) En aquellos casos en los que, al comienzo del arrendamiento, el valor actual de los pagos mínimos acordados por el arrendamiento suponga la práctica totalidad del valor razonable del activo arrendado.
d) Cuando las especiales características de los activos objeto del arrendamiento hacen que su utilidad quede restringida al arrendatario.
e) El arrendatario puede cancelar el contrato de arrendamiento y las pérdidas sufridas por el arrendador a causa de tal cancelación fueran asumidas por el arrendatario.
f) Los resultados derivados de las fluctuaciones en el valor razonable del importe residual recaen sobre el arrendatario.
g) El arrendatario tiene la posibilidad de prorrogar el arrendamiento durante un segundo periodo, con unos pagos por arrendamiento que sean sustancialmente inferiores a los habituales del mercado".

desembolso concreto realizado por una empresa en relación con un inmovilizado supone un aumento de su productividad (que no se define por parte de la norma contable) para tratarlo como mayor valor del activo (o, en caso contrario, como gasto)[8], si un gasto producido antes de que el inmovilizado, material o intangible, esté en condiciones de entrar en funcionamiento está directamente relacionado con éste (y por tanto haya que añadirlo al precio de compra)[9], si hay que sumar un gasto al precio de compra de unas existencias por ser consecuencia de un desembolso directamente atribuible a las mismas[10] o si un hecho posterior al cierre del ejercicio trae causa en el período que se cierra pues ello obligaría a modificar las cuentas anuales para su reconocimiento[11], entre otros supuestos que podrían ser aquí reproducidos.

Para GUASTINI, R.[12] son dos actividades relacionadas, pero desde el punto de vista lógico, claramente diferenciadas y ordenadas secuencialmente puesto que primero se ha de atribuir significado al texto y luego se clasifica el caso sometido a examen. En su opinión, los teóricos del derecho suelen ocuparse sólo de la primera mientras que los jueces, como órganos de aplicación del derecho, deben llevar a cabo ambas actividades.

[8] Véase, por ejemplo, la consulta 2 del BOICAC 113 de marzo de 2018.
[9] La consulta 7 del BOICAC 74 de junio de 2008 interpreta el problema de los gastos realizados para la organización de un evento futuro que formará parte del activo intangible. Dentro de la variada casuística que nos podemos encontrar sobre este tema llamamos la atención sobre el problema planteado en la consulta 4 del BOICAC 105 de marzo de 2016 por los ingresos producidos antes de la puesta en marcha de un parque eólico y cómo deben minorar los gastos necesarios hasta anularlos reconociendo el exceso como un ingreso neto.
[10] La consulta 4 del BOICAC 120 de diciembre de 2019 plantea el caso interesante de la valoración de las criptomonedas para una empresa que las va a reconocer como existencias.
[11] Lamentablemente, en el momento de la revisión final de este texto, debemos mencionar el caso de los ajustes a realizar al cierre del ejercicio por las consecuencias derivadas del estado de alarma para la gestión del COVID-19 y la posible no aplicación del principio de empresa en funcionamiento (ver consulta 3 del BOICAC 121 de mayo de 2020).
[12] Ibidem, pág. 28.

Por su parte, en RODRÍGUEZ TOUBES, J.[13] se llama la atención sobre la necesidad de separar entre las teorías que subrayan el elemento descriptivo de la actividad interpretativa, de aquéllas otras que resaltan el elemento prescriptivo, esto es, las que se ocupan de analizar cuándo una interpretación está justificada, aunque en la doctrina ocurre que muchas veces aparecen mezcladas. Entre las primeras es habitual diferenciar entre teorías cognoscitivas, escépticas y eclécticas o intermedias. Por su parte, las segundas se pueden ordenar según el criterio elegido para justificar la interpretación (la verdad u otro tipo de validez).

A su vez, las teorías cognoscitivas o por expresarlo mejor, cognitivas (a menudo designadas como formalistas) se pueden dividir entre aquéllas que podríamos denominar como clásicas o tradicionales y contemporáneas (véase, entre otros, CUENCA GÓMEZ, P. [14]). Ciertamente ambos enfoques comparten que la tarea interpretativa es básicamente racional y desprovista del elemento volitivo que tiene por objetivo dotar de significado a algo preexistente. El matiz proviene de que, en sentido riguroso, las teorías tradicionales derivan del primer positivismo y condicionan la interpretación a aquellos supuestos en los que la forma en que se expresa el objeto del trabajo del intérprete no es clara [15] . Esto está ampliamente superado por su versión más contemporánea que trasciende el planteamiento *austiniano* del Derecho como una obra acabada y cuyo máximo exponente puede ser R. Dworkin. La interpretación se considera como una tarea racional, compleja y omnipresente a cargo de un icónico Hércules, en palabras de R. Dworkin,

[13] *Aspectos de la interpretación jurídica (un mapa conceptual),* págs. 314 y ss.
[14] *En defensa de una concepción alternativa de la interpretación jurídica*.
[15] El aforismo superado desde hace mucho tiempo "*in claris non fit interpretatio*" (otras veces escrito como "*interpretatio cessat in claris*") expresa bien el núcleo de este planteamiento.

que aplicando una cierta discrecionalidad es capaz de localizar un único resultado interpretativo correcto[16].

En sentido opuesto, las teorías descriptivas escépticas que presentan como común denominador[17] el que la interpretación tiene un evidente sustrato voluntarista. Por ello también se las conoce como teorías no-cognitivas para subrayar su oposición respecto a las anteriores. El realismo jurídico estadounidense y el realismo jurídico europeo continental (aunque su génesis estaba en la escuela escandinava de Uppsala y en el trabajo de su creador, Axel Hägerström) con gran predicamento a partir de la obra de Alf Ross, son algunas de sus expresiones más notables. Para los primeros, el derecho era indeterminado lo que implicaba tanto que las razones disponibles no justificaban una única decisión cuanto que el derecho era causal, es decir, las razones jurídicas no son suficientes para explicar por qué los jueces deciden en la forma en que lo hacen (véase, entre otros, LEITER, B.[18]).

El realismo jurídico europeo[19] presenta, como matiz diferenciador con su homónimo estadounidense, su crítica generalizada a la doctrina por entender que es algo no científico; y este elemento se presenta con diferentes características en sus tres versiones que podemos identificar,

[16] Para llegar a esta solución única, en opinión de ALEXY, R. (*Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica*, pág. 151), se tendrán que cumplir estas cinco idealizaciones; "*1) tiempo ilimitado, 2) información ilimitada, 3) claridad lingüística conceptual ilimitada, 4) capacidad y disposición ilimitada para el cambio de roles, y 5) carencia de prejuicios ilimitada*".

[17] En CUENCA GÓMEZ, P. *En defensa de una concepción alternativa de la interpretación jurídica*, págs. 80-81, se llama la atención sobre la dificultad de encontrar un patrón heterogéneo en esta corriente.

[18] *Realismo jurídico estadounidense*, págs. 243 y ss.

[19] Véase, entre otros, BARBERIS, M. *El realismo jurídico europeo-continental*. Bien pensamos que en su origen también influyó de forma notable el enfrentamiento entre *iusnaturalistas* e *iuspositivistas* que malgastó las energías de los estudiosos durante demasiado tiempo. Convenimos con ORREGO SÁNCHEZ, C. (*Iusnaturalismo contemporáneo*) que hoy son etiquetas que, después de dos siglos de contraposiciones y equívocos, significan poco.

por las universidades en las que se desarrolló, como la escuela de Uppsala (Suecia), la escuela de Génova (Italia) y la de Nanterre (Francia).

Como es habitual, una posición intermedia no sólo toma lo mejor de cada una de las tesis anteriores, sino que adicionalmente, evita sus aceradas críticas cruzadas. Es posible que uno de sus mejores exponentes sea HART, L.A.[20] que, en síntesis, señalaba que la norma a interpretar tenía dos partes: un núcleo o centro de certeza, y una penumbra de duda, halo de vaguedad o, también llamada, área de textura abierta, de tal forma que en el núcleo la interpretación es determinada mientras que en la penumbra es una cuestión de discrecionalidad, de ponderación de consideraciones conflictivas, de legislación judicial o de creación de derecho[21].

Este elemento subjetivo se hace más presente en análisis posteriores como, por ejemplo, el realizado por KALINOWSKI, G.[22] quien afirmaba que *"(a)quel que interpreta un texto legislativo (en sentido amplio), quiere llegar a saber en último término no solamente lo que el autor de ese texto ha dicho o querido decir (si es que esto puede llegar a saberse), sino cómo debe comportarse uno mismo o cómo debe comportarse aquél a quien enseña (en el caso del profesor de derecho) o aconseja (en el caso del abogado)*". Más allá de añadir esta nota a la configuración de la

[20] *El concepto de Derecho*, págs. 15 y ss.
El hecho de colocarse en una posición central tampoco evita las críticas. Por ejemplo, en GUASTINI, P. (*Releyendo a Hart*, págs. 100 y ss.) se critica como carente de novedad la creación de la regla social de HART, L.A. (ibidem, cap. IV) que es comúnmente valorada como una gran contribución al derecho.
[21] En KENNEDY, D. (*Una alternativa de la izquierda fenomenológica a la teoría de la interpretación jurídica de Hart/Kelsen*) se hace una interesante comparación entre la tesis *hartianas* y *kelnesianas* destacando sus nexos de unión y sus discrepancias metodológicas, aunque luego es usado para desarrollar una alternativa al positivismo jurídico por parte de la izquierda fenomenológica en una secuencia de la que discrepamos profundamente.
[22] *Concepto, fundamentos y concreción del derecho*, pág. 110.

definición de la actividad interpretativa, empieza a ponderarse el papel de los juicios de valor en la tarea del intérprete.

Y en este último sentido, CHIASSONI, P.[23] definía la interpretación, en sentido amplio, como la actividad mediante la cual son identificadas las normas generales usadas por los juristas para motivar sus pretensiones y decisiones. En unos casos esta tarea se concreta en identificar la norma explícita incluida en un texto legal mientras que en otros supuestos consistirá en la obtención de la norma implícita contenida en otra u otras normas previamente identificadas.

Pensamos que cuando se selecciona la norma explícita existen juicios de valor en la clarificación de su contenido de igual forma que también subyacen cuando se construye la norma implícita mediante esquemas de inferencia considerados válidos (la analogía *legis*, la analogía *iuris*, el argumento a *fortiori* o el argumento a contrario)[24].

En este recorrido podemos aventurar que al interpretar se está ante un modo o tipo especial de conocimiento (véase, entre otros, MASSINI, C.[25]) al que se llega por comprensión más que por explicación[26]. Esto nos

[23] *Técnicas de interpretación jurídica: breviario para juristas*, págs. 55 y ss.

[24] Dejamos constancia de que algunos autores critican esta forma de definir la interpretación por considerarla excesivamente amplia y apelan a una definición más restrictiva que se ciña a atribuir o aclarar el significado de las disposiciones contenidas en los textos legales. Para ellos, el resto de operaciones o esquemas de inferencia que se suelen asociar a la lógica jurídica, entran en juego cuando previamente se ha aclarado el significado de la norma (por todos, la obra de U. KLUG "*Lógica jurídica*" citada por CABRA APALATEGUI, J.M. *Argumentos, reglas y valores en la interpretación jurídica*, en nota a pie de página 21).
Esta matización, empero, no distorsiona nuestra conclusión: el papel preponderante de los juicios de valor en el proceso interpretativo ya sea definido en términos amplios o más restrictivos.

[25] *La interpretación jurídica como interpretación práctica*, pág. 415.

[26] La diferencia entre una y otra forma de acceso fue bien descrita por RICCEUR, P. (*Teoría de la interpretación. Discurso y excedente de sentido*, pág. 84) cuando escribía: "*La explicación encuentra su campo paradigmático de aplicación en las ciencias naturales. Cuando hay hechos externos que observar, hipótesis que someter a la verificación empírica, leyes generales para cubrir tales hechos, teorías para abarcar las leyes dispersas en una totalidad sistemática y una subordinación de las generalizaciones empíricas a los procedimientos hipotético deductivos, entonces*

permite concentrarnos, en palabras de CABRA APALATEGUI, J.M.[27], en el momento *práctico* de la interpretación (las reglas que regulan los usos de los distintos argumentos interpretativos estableciendo, por ejemplo, reglas de preferencia) dejando de momento de lado, el carácter hermenéutico que se ocupa de los cánones, métodos o argumentos interpretativos propiamente dichos. Esta división ya aparecía implícitamente en la obra de KELSEN, H. (manejamos la edición en español de 2011) cuando definía la interpretación jurídica[28] como "*el procedimiento intelectual vinculado al proceso creativo del derecho en el tránsito progresivo desde un nivel superior a otro inferior previsto por el primero*". Este mismo parecer lo expresa ROTONDI, M. (igualmente usamos una edición en español de 2019[29]) cuando afirma: "*La interpretación consiste en un procedimiento lógico, que es el presupuesto necesario de la determinación del pensamiento inspirador de la norma, y que no puede por menos de preceder a su aplicación al caso concreto*".

Situados, por así decirlo, en el núcleo del mapa conceptual que subraya las notas identificativas de la interpretación a partir del análisis de las definiciones más conocidas, queda claro que esta primera forma de concebir la interpretación jurídica pondera la concepción escalonada y dinámica del sistema jurídico, y el carácter creativo del tránsito de un nivel

podemos decir que "explicamos". Y el correlato apropiado de la explicación es la naturaleza, entendida como el horizonte común de hechos, leyes y teorías, hipótesis, verificaciones y deducciones.
En contraste, la comprensión encuentra su campo originario de -'aplicación en las ciencias humanas (el alemán Geisteswissenschaften), en las que la ciencia tiene que ver con la experiencia de otros sujetos u otras mentes semejantes a las nuestras. Depende de la significatividad de formas de expresión tales como los signos fisonómicos, gestuales, vocales o escritos, así como de documentos y monumentos que comparten con la escritura las características generales de la inscripción. Los tipos inmediatos de expresión son significativos porque se refieren directamente a la experiencia de la otra mente que transmiten. Los otros tipos, fuentes menos directas, tales como signos escritos, documentos y monumentos, no son menos significativos, salvo que transmiten no directa, sino indirectamente las experiencias de otras mentes".

[27] *Argumentos, reglas y valores en la interpretación jurídica*, págs. 40-41.
[28] *Teoría pura del Derecho. Introducción a los problemas de la ciencia jurídica*, pág. 101.
[29] *Instituciones de Derecho Privado*, pág. 86.

superior (por ejemplo, la ley) a otro inferior (en esta línea, una sentencia judicial que aplica dicha ley) donde coexiste una parte cognitiva y otra decisional pues los métodos interpretativos no contienen un orden de preferencia (véase CABRA APALATEGUI, J.M.[30]).

Nos ocupamos finalmente de aquéllas otras teorías sobre la interpretación jurídica que se centran, en palabras de RODRÍGUEZ TOUBES, J.[31], en el elemento prescriptivo, esto es, cuando una interpretación está justificada y, sobre esta base, qué tipo de interpretación debe favorecerse.

En esencia, las teorías prescriptivas se suelen agrupar entre aquellas que consideran que la interpretación jurídica está justificada si y sólo si es verdadera, mientras que para otros estaría justificada cuando es conforme con algún estándar que se considere aplicable.

Aunque RAZ, J.[32] señalaba que "(l)*as interpretaciones están sujetas a la evaluación como acertadas o erróneas (correctas o incorrectas), o como buenas o malas (o algunas aproximaciones de estos adjetivos, tales como "casi correcta"). Usaré a menudo "válida" como un término que establece una línea divisoria entre los dos tipos de evaluación*", nos parece más acertada la tesis de HERNÁNDEZ MARÍN, R.[33] cuando distingue entre enunciados interpretativos verdaderos, y no mera y vagamente correctos, y falsos, y no mera y vagamente incorrectos[34].

[30] *Argumentos, reglas y valores en la interpretación jurídica*, pág. 41.
De esta definición, GUASTINI, R. (*El escepticismo ante las reglas replanteado*, pág. 31) añade la nota de la creatividad a la que da mucho valor, aunque, en nuestra opinión, está implícita en las dos anteriores.
[31] *Aspectos de la interpretación jurídica (un mapa conceptual)*, pág. 314.
[32] *La intención en la interpretación*, pág. 202.
[33] *Sobre ontología jurídica e interpretación del derecho*, pág. 70.
[34] El trabajo citado describe bastante bien, en nuestra opinión, el razonamiento analítico interpretativo y constituye una defensa de sus tesis, expuestas en HERNÁNDEZ MARÍN, R. (*Interpretación, subsunción y aplicación del Derecho*), frente a las críticas de GUASTINI, R. (*Dos concepciones de las fuentes del Derecho*) que hay que entender, desde otro punto de vista, en los elementos de fricción entre las teorías cognitivas y las

Sin tratar de profundizar más en un tema no exento de polémica doctrinal, concluiremos con NAVARRO, P.[35], que el valor de verdad de una proposición normativa depende de la propia existencia de la norma[36], que a su vez está supeditada a que está vigente en un determinado grupo social o a que forme parte de un determinado sistema normativo o cuando posee fuerza vinculante o, por último, cuando haya sido formulada en un determinado lenguaje.

Más allá de este límite conceptual para justificar la interpretación nos interesa la verdad desde un punto de vista teleológico en el ámbito concreto de las normas contables. En este sentido, la imagen fiel que debe ofrecer la información económica-financiera elaborada por las empresas y otras entidades que informan (por ejemplo, las organizaciones sin ánimo de lucro) supone la concreción de una finalidad para la tarea del intérprete de las normas contables. Por su interés, lo dejamos ahora indicado para retomarlo con más amplitud cuando tratemos la complejidad del lenguaje jurídico.

Acerca de la interpretación de la norma jurídica sobre la base de algún estándar aplicable resulta interesante el pensamiento de ALEXY, R.[37] quien diferencia la validez jurídica, la validez moral y la validez social para adentrarse, a continuación, en la validez ética o moral (con elementos comunes con las tesis de RAZ, J.[38]), de tal forma que la validez no depende de su eficacia social ni de su legitimidad conforme al

escépticas, respectivamente, a las que antes hemos hecho referencia. Puede ser de interés analizar estos planteamientos desde una óptica más objetiva como la que nos ofrece, en nuestra opinión, MORESO, J. *Dos concepciones de la interpretación jurídica*.

[35] *Enunciados jurídicos y proposiciones normativas*, pág. 132.

[36] Por todos, ALCHOURRÓN, C. y BULYGIN, E. *Sobre la existencia de las normas jurídicas*.

[37] Remitimos a la Tesis doctoral de PINTO FONTANILLO, J.A. (*La teoría de la argumentación jurídica en Robert Alexy*) en la que se lleva a cabo un análisis muy detallado acerca del pensamiento de R. Alexy.

[38] *Practical reasons and norms.*

ordenamiento, sino que su corrección habrá de ser demostrada a través de su conformidad moral[39].

A modo de conclusión acerca de la epistemología del término entendemos que, a los fines de nuestra investigación, la interpretación es una actividad dianoética que se ajusta a las teorías descriptivas eclécticas o intermedias y que está sujeta al análisis posterior de validación, desde la óptica de las teorías prescriptivas. De otra forma, estamos ante un modo de conocimiento práctico que se adquiere por comprensión en el que, de acuerdo con las tesis hartianas, el núcleo o centro de certeza es muy reducido (por las causas que luego vamos a analizar) y el área de textura abierta o la zona de penumbra es muy amplia por lo que hay un peso evidente de los juicios de valor, es decir, de la discrecionalidad del intérprete.

2. Notas características de la interpretación jurídica

Antes de desarrollar la metodología de la tarea interpretativa conviene delimitar la respuesta a ciertas preguntas que se pueden concretar, siguiendo el mapa conceptual al que hemos hecho alusión al principio de esta parte, en identificar las situaciones en las que es necesaria la interpretación, su función y la finalidad perseguida, y que pasamos a revisar seguidamente.

[39] Véase también FARIÑAS DULCE, M.J. *El problema de la validez jurídica*.

2.1. Principios de la interpretación

Bajo este título tratamos de subrayar las causas que explican la necesidad de llevar a cabo la tarea interpretativa y que en el caso de las normas contables adquieren características muy interesantes. Es pacífico entre la doctrina llamar la atención sobre la propia complejidad del Derecho (de las normas contables añadiríamos nosotros), la imprecisión del lenguaje que se emplea, el propio conflicto (o cambio social) a las que se añade el problema clásico de las lagunas.

La complejidad del Derecho tiene una primera explicación intuitiva cuando planteamos el problema de elegir la norma que resulta aplicable al supuesto de hecho lo que exige un amplio conocimiento de las que están vigentes en la fecha de la interpretación (con el problema añadido de la irretroactividad en algunos casos), la pluralidad normativa, su jerarquía, sus relaciones y su extensión a supuestos no previstos. Se trata de una tarea que "*requiere aplicar criterios de demarcación del ámbito jurídico y de individualización, validez, vigencia temporal, aplicabilidad e implicación lógica de normas, los cuales a menudo tienen gran complejidad y exigen una labor interpretativa*" (RODRÍGUEZ TOUBES, J.[40]).

Mas también cuenta con otra explicación más abstracta a la que se han dedicado algunos estudiosos entre los que nos interesa recordar a LUHMANN, N.[41]. Por no extendernos demasiado, nos vamos a ceñir a lo que en la teoría luhmanniana (en palabras de CÁRCOVA, C.[42]) se

[40] *Aspectos de la interpretación jurídica (un mapa conceptual)*, pág. 320.
[41] *Sistemas sociales: lineamientos para una teoría general*.
Hemos de reconocer que su libro tiene un lenguaje muy técnico y en algunos pasajes, no poco críptico. Por eso, nos ha resultado de gran ayuda el trabajo de CÁRCOVA, C. (*Complejidad y Derecho*) para desentrañar el sentido más correcto de la obra de Luhmann.
[42] *Ibidem*, págs. 67 y ss.

considera que el mundo es infinito y por ello, inabarcable. La única forma de observarlo es dividirlo en líneas imaginarias que delimitan sus nociones de "*sistema*" y "*entorno*" que vienen a sustituir a las clásicas de "*unidad*" y "*partes*". El observador puede analizar unos sistemas que se reproducen a sí mismos y para evitar la paradoja de no ser capaz de apreciar nada, el propio observador se convierte en un sistema más. Por ello, los seres humanos son descritos como partes del entorno de la sociedad para concluir que ésta última está compuesta de comunicaciones[43].

En nuestra opinión, lo sugerente de esta teoría es que la sociedad es concebida como un sistema compuesto de comunicaciones que evoluciona a través de diferenciaciones en las que va creando subsistemas como el Derecho, la política, la religión… que se relacionan entre ellos de forma autónoma. El sistema jurídico, como ejemplo que él mismo utiliza, no es independiente de otros subsistemas, pero tiene capacidad para resolver los conflictos que aparecen en otros subsistemas. Esta es la razón por la que nos parecía útil recodar este análisis; la posibilidad que tiene el subsistema jurídico para solucionar los conflictos producidos por el lenguaje contable que es el usado por las empresas y otras organizaciones para comunicar (centro de gravedad de su planteamiento abstracto) dentro del subsistema economía.

La complejidad vendrá determinada pues, por la forma en que se relacionan los elementos de un sistema. Cuando su número aumenta ya no es posible relacionar todos los de un sistema con todos los de otro sistema, salvo de forma selectiva, produciendo una situación de complejidad. Y si hemos traído a colación este término es porque en esta

[43] Nótese que cuando la teoría *luhmanniana* desplaza a los seres humanos como elementos nucleares de la sociedad no se trata de que el hombre pierda relevancia ni que se diluya en el sistema, sino que se altera su situación jerárquica en la teoría sistémica (CARCOVA, C., *ibidem*, pág. 69).

teoría, la justicia es consecuencia de un adecuado nivel de complejidad en un sistema social. Para llegar a esta conclusión analiza la evolución y progresiva diferenciación del derecho occidental que, desde sus orígenes romanos sólo contemplaban el *ius quiritario* y el *ius gentium,* y que ahora se ocupa de delitos ambientales, ilícitos informáticos, robótica, biotecnología en general… para sentenciar que el subsistema jurídico será tanto más eficaz cuanto mayor sea su grado de diferenciación interna[44].

El segundo elemento que se suele apuntar para explicar la necesidad de la tarea del intérprete es la imprecisión del lenguaje empleado en las normas. Ello es consecuencia, de acuerdo con GONZÁLEZ SALGADO, J.A.[45], de las dos paradojas que se producen en el lenguaje jurídico: la paradoja del *objeto* que se puede definir como el desequilibrio entre el lenguaje jurídico y las características de la mayor parte de sus destinatarios, y la paradoja del *contenido* que se refiere a la técnica que emplean los juristas para intentar conseguir la máxima precisión lingüística, pero que puede provocar dos consecuencias no deseadas: la complejidad de las expresiones y, en ocasiones, su ambigüedad.

Sobre la paradoja del objeto poco se puede decir que no sea insistir en la importancia de una formación básica en materias jurídicas, como ocurre con la educación financiera, en los niveles formativos de educación obligatorios para tratar de superar este déficit.

[44] Ojalá esta tesis aporte un argumento adicional para apoyar la hipótesis enunciada en la introducción de este trabajo, es decir, el derecho contable añade diferenciación interna y ello mejora la consecución de la idea de justicia. Por ser coherentes (y no reproducir sólo lo que apoya nuestra hipótesis de trabajo) hay que hacer constar que en la teoría *luhmanniana* también se indica que ese proceso creciente de diferenciación aumenta la complejidad del sistema y debe tener un límite que impida su destrucción; este límite es el que se vincula con la idea de justicia (no desde el punto de vista *ético* sino por un criterio de *consistencia*). Ver LUHMANN, N. *Sistemas sociales: lineamientos para una teoría general*, cap. 10.

[45] *El lenguaje jurídico del siglo XXI*, pág. 236.

Las estrategias pedagógicas para la formación de adultos pueden adoptar la forma de programas en abierto a cargo de Universidades[46], Colegios profesionales[47] y empresas o entidades públicas dentro de sus políticas de responsabilidad social[48].

Por lo que respecta a la paradoja del contenido y en sus efectos adversos, nos ocupamos en primer término de la complejidad de sus expresiones que, en opinión que compartimos con MARTÍ SÁNCHEZ, M.[49], deriva en buena medida del uso de palabras difíciles que en unos casos tienen significados descriptivos, pero en la mayor parte de las ocasiones contienen significados metafóricos.

[46] Ejemplos de cursos en abierto en el área financiera (conocido por su acrónimo en inglés de MOOC de *Massive Open Online Courses*) son los que realiza la Universidad Autónoma de Barcelona, la de Málaga, la Politécnica de Madrid, la Pompeu Fabra y la Universitat Politècnica de València que exigen una dedicación entre 12 y 30 horas. Dentro de su oferta de títulos propios hemos encontrado ejemplos en las Universidades de Alcalá de Henares, Alicante, Almería, Cantabria, Complutense, Jaume I de Castellón, Málaga, UNED, Abat Oliva (CEU), Illers Balears y Oberta de Cataluña (fecha de consulta diciembre de 2019 para el curso académico 2018/19). Una parte de sus destinatarios puede ser el público en general como también otros estudiantes de otros programas a través de las denominadas asignaturas transversales (ofertadas a toda la comunidad universitaria).

[47] Un ejemplo en el ámbito financiero a cago del Consejo General de Economistas se puede consultar en https://economistas.es/educacionfinanciera/ (último acceso junio de 2020).

[48] Recordamos por sus similitudes con la propuesta que hacemos que el plan de educación financiera data del año 2008 como un compromiso entre el Banco de España y la Comisión Nacional del Mercado de Valores (a partir de los principios y recomendaciones de la OCDE). Los objetivos del programa para el período 2018-2021 se pueden ver en https://clientebancario.bde.es/f/webcb/RCL/ActualidadEducacionFinanciera/EducacionFinanciera/QueSeHace/DocumentosInteres/PlanEducacion20182021.pdf (fecha de acceso junio de 2020). Por su parte, la Asociación Española de Banca informa de distintas iniciativas realizadas por los bancos que totalizan desde 2001 casi 10 millones de horas de formación y alrededor de 33 millones de visitas a las distintas propuestas realizadas. Ver https://www.aebanca.es/nuestro-esfuerzo/ (fecha de último acceso junio de 2020) y, entre las empresas, los esfuerzos y los recursos aplicados por el Banco de Santander (https://www.finanzasparamortales.es/tag/banco-santander/), Banco de Bilbao Vizcaya Argentaria (https://www.bbva.com/es/educacion/educacion-financiera/) y Unicaja (en el marco del programa Edufinet cuyos objetivos se describen en www.edufinet.com), entre otros, son igualmente loables. Llama la atención que no exista un plan similar acerca de fundamentos jurídicos que son igualmente necesarios que los conocimientos financieros para poder desarrollarse y favorecer la inclusión en Sociedad.

[49] *La compleja identidad del léxico jurídico*, pág. 176.

Existen numerosos ejemplos de términos metafóricos en el ámbito del derecho contable, aunque probablemente uno de los más claros está en el "*Marco conceptual de la contabilidad*" (primera parte del PGC) cuando para registrar las transacciones se exige atender a la realidad económica de la operación y no sólo a su forma jurídica. Es una restricción desconocida[50] en la normativa contable española antes de 2007[51] y, a pesar de su indudable sentido metafórico, tiene grandes implicaciones prácticas.

A modo de ejemplo, las normas de registro y valoración (segunda parte del PGC) que desarrollan el marco conceptual de la contabilidad prevén que cuando un activo se vende, e inmediatamente a continuación el vendedor suscribe un contrato de alquiler en el que ocupa la posición de arrendatario y que por sus condiciones se puede calificar como arrendamiento financiero, la norma concluye que el fondo económico de la operación es lograr financiación y como tal se debe reconocer. Es decir, aunque la venta se haya producido, aunque se haya otorgado la correspondiente escritura pública en los casos que proceda y aunque se

[50] Su origen hay que buscarlo en el pronunciamiento núm. 4 del *American Institute of Certified Public Accountants, Basic Concepts and Accounting Principles Underlying Financial Statements of Business Enterprises* de 1970 cuando señalaba: "*La contabilidad financiera enfatiza la sustancia económica de los hechos incluso cuando la forma legal pueda diferir de la sustancia económica y sugerir un tratamiento diferente. Los contables enfatizan la sustancia de los hechos más que su forma para que la información facilitada refleje mejor la actividad económica representada*". Una interesante discusión legal sobre este tema en el contexto originario puede consultarse en MacDONALD, G. (*Substance, form and equity in taxation and accounting*). En España convenimos con MORA ENGUIDANOS, A. y CAÑIBANO CALVO, L. (*Características cualitativas de la información financiera*) su pleno encaje con el concepto de "*imagen fiel*" que se incorporó a la Directivas Comunitarias procedente de la tradición anglosajona y al que luego nos vamos a referir.

[51] En el PGC que estuvo vigente entre 1990-2007 aparece muy tímidamente dibujada cuando en el caso de las operaciones de arrendamiento financiero en las que existía la opción de compra que se iba a ejercitar, se permitía su inclusión en el activo. Ahora bien, en la introducción de esta norma se trasluce el debate en la Comisión entre los que defendían una postura más economicista (incluirlo en el activo desde el principio) y los partidarios de una visión más legalista de la contabilidad (hacerlo sólo cuando se hubiera ejercido la opción de compra). La redacción final trata de buscar un punto intermedio admitiendo su registro en el activo del arrendatario, pero como elemento del activo fijo intangible para subrayar que no se tiene el bien sino el derecho.

haya inscrito en el Registro de la Propiedad, desde el punto de vista económico no hay venta y por tanto el activo se mantiene en la contabilidad del "*vendedor*" (ver norma de registro y valoración 8ª, apartado 3) mientras que el efectivo recibido en la transacción se reconoce como financiación ajena recibida. De forma equivalente, el "*comprador*" que ha adquirido mediante un contrato de compraventa válido cuyas implicaciones, normalmente, se han inscrito en un Registro público a partir de un documento notarial, no puede reconocer el activo recibido como tal pues subyace el fondo económico de la operación que es el auxilio financiero concedido y como tal se ha de registrar (como un activo financiero, aunque el bien recibido sea de otra naturaleza).

Otro ejemplo que evidencia la complejidad por el abuso de expresiones metafóricas lo encontramos en la valoración de las operaciones entre empresas del grupo (norma de registro y valoración 21ª) cuando en su apartado 1 señala: *"(…) con carácter general (…), los elementos objeto de la transacción se contabilizarán en el momento inicial por su valor razonable. En su caso, si el precio acordado en una operación difiriese de su valor razonable, la diferencia deberá registrarse atendiendo a la realidad económica de la operación*". Como luego veremos, desentrañar esa realidad económica está propiciando no pocos problemas prácticos que favorecen, aquí lo anticipamos, el fraude en la interpretación.

Mención aparte tiene el uso de términos que no están definidos. No se trata de que tengan un sentido descriptivo o metafórico sino simple y sencillamente, son términos complejos que no están definidos. El problema se maximiza si, como ocurre con las normas contables, todo el *edificio jurídico y económico* se sustenta sobre un término indefinido como ocurre con la imagen fiel.

Al poco de aprobarse el PGC de 1990 (precedente del vigente que como es natural mantiene este término sin definir), primera vez en la que

irrumpe en España el concepto de imagen fiel, ANTOLÍNEZ COLLET, S.[52] publicó un trabajo en el que mostraba la preocupación de la profesión contable por tener que trabajar con un término tan relevante para resolver problemas y que, sin embargo, no estaba definido[53].

En su trabajo recordaba cómo su origen había que buscarlo en la Ley de sociedades británica de 1948 (originalmente mencionado como "*true and fair view*") y que, a su vez, tenía su precedente en la ley de sociedades británica de 1946 cuando se enunciaba como "*true and correct view*". Ninguno de estos términos estaba definido ni siquiera en las normas inglesas de referencia[54]. Y nos hemos visto obligados a utilizar los anglicismos porque la traducción no es nada fácil y menos pacífica (véase, entre otros, MOLINA SÁNCHEZ, H. y TÚA PEREDA, J.[55]), pero es la que ha quedado.

Se trata de transmitir una idea de imparcialidad, de objetividad, de neutralidad, de información insesgada…en la representación de los hechos económicos que afectan a la empresa y que se *comunican* a terceros interesados en la marcha y en la gestión de la empresa de la forma más ecuánime posible. Ello implica que cuando hay hechos ciertos se comuniquen tal y como se han producido mas, en la mayor parte de los casos su representación es producto de estimaciones y aquí es donde la imagen fiel obliga a los administradores societarios, como primeros responsables de la formulación de las cuentas anuales, a usar juicios

[52] *Imagen fiel y principios contables*.
[53] Llamamos la atención sobre el hecho de que este problema ya había sido anticipado antes incluso de la aprobación del PGC por ÁLVAREZ MELCÓN, S.: *El principio contable de imagen fiel: una introducción*.
[54] En CAÑIBANO CALVO, L. *El concepto de imagen fiel y su aplicación en España*, se analiza tanto esta falta de definición como el tránsito a las normas contables de los Estados miembros de la UE (entonces CEE). En la tesis de GARVEY, A. (*Los antecedentes de la imagen fiel y su aplicación en España*) se investigan los precedentes de este término en la normativa contable y mercantil británica.
[55] *Reglas versus Principios contables, ¿son modelos incompatibles?*

ponderados, equilibrados, "justos"… aunque suponga, como decía ANTOLÍNEZ COLLET, S.[56], "*una contradicción sin solución*".

Como fórmula práctica, el PGC propone implícitamente una ecuación: si se aplican sistemática y regularmente[57] los requisitos[58], los principios[59] y los criterios contables[60] se logra la imagen fiel[61].

[56] *Ibidem*, pág. 353.

[57] Aplicación sistemática tiene que ver con el cumplimiento de la totalidad o la generalidad del sistema caracterizado a continuación por los requisitos, los principios y los criterios contables.
Por su parte, la regularidad está vinculada con determinar las reglas a las que debe ajustarse una situación concreta, es decir, si existe (interpretamos nosotros) algún tipo de prelación para resolver situaciones de conflicto. Hasta 2007, el principio de prudencia tenía carácter preferencial sobre los demás. Desde esta fecha, el apartado 3 del marco conceptual de la contabilidad (*in fine*) señala: "*En los casos de conflicto entre principios contables, deberá prevalecer el que mejor conduzca a que las cuentas anuales expresen la imagen fiel del patrimonio, de la situación financiera y de los resultados de la empresa*". No parece que esta regla permita resolver situaciones de conflicto pues es claro, sin necesitar reiterarlo, que ese es el objetivo de la información económica-financiera. La solución pues forma parte de la pregunta y supone una amplia discreción en la tarea del intérprete.

[58] Son la relevancia y la fiabilidad (apartado 2º del marco conceptual de la contabilidad). Para lograr el primero es necesario que las cuentas anuales informen de los riesgos a los que se enfrenta la empresa. El requisito de fiabilidad (libre de riesgos materiales) comporta la cualidad derivada de integridad. Aparte de los requisitos, se exige el cumplimiento de dos cualidades adicionales: la comparabilidad y la claridad. No queda suficientemente claro que estas cualidades sean estrictamente necesarias para ofrecer la imagen fiel por más que la doctrina mayoritariamente se pronuncia en sentido afirmativo (por todos, SÁEZ TORRECILLA, A.: *Contabilidad general*, págs. 284 y ss.).

[59] De acuerdo con el marco conceptual de la contabilidad son: empresa en funcionamiento, devengo, uniformidad, prudencia, no compensación e importancia relativa.

[60] En el apartado 6º del marco conceptual de la contabilidad se enumeran los siguientes criterios de valoración: coste histórico o coste, valor razonable, valor neto realizable, valor actual, valor en uso, coste de venta, coste amortizado, costes de transacción atribuibles a un activo o pasivo financiero, valor contable o en libros y valor residual.

[61] Late en el fondo el deseo de lograr una homogeneidad a nivel europeo pues fue una demanda de Reino Unido para aprobar la IV Directiva conocida como la carta contable europea que supuso un serio avance en el proceso de comparabilidad de la información contable europea. Lamentablemente, el transcurso de los años ha provocado un *ajuste* de este concepto a los estándares nacionales de los Estados Miembros (buscando una mayor coherencia con la tradición cultural, jurídica y económica de cada país) pero perdiendo la idea inicial, como han demostrado ALEXANDER, D., BRÉBISSON, H., CIRCA, C., EBERHARTINGER, E., FASSIELO, R., GROTTKE, M. y KRASODOMSKA, J. (*Philosophy of languaje and accounting*) en un estudio muy interesante sobre la aplicación de la imagen fiel en siete países europeos.

De hecho, con tal de preservar la imagen fiel se añade inmediatamente a continuación en el PGC: "*Cuando se considere que el cumplimiento de los requisitos, principios y criterios contables incluidos (…) no sea suficiente para mostrar la mencionada imagen fiel, se suministrarán en la memoria las informaciones complementarias precisas para alcanzar este objetivo*". El párrafo recién transcrito admite añadir requisitos, principios y criterios contables a los previstos en el PGC y que, obviamente, no vayan en su contra. No hemos evidenciado situaciones en las que se haya hecho uso de esta facultad por parte de las empresas para mejorar la calidad de su información contable.

Por coherencia interna, el legislador prevé seguidamente: "*En aquellos casos excepcionales en los que dicho cumplimiento fuera incompatible con la imagen fiel que deben proporcionar las cuentas anuales, se considerará improcedente dicha aplicación. En tales casos, en la memoria se motivará suficientemente esta circunstancia y se explicará su influencia sobre el patrimonio, la situación financiera y los resultados de la empresa*". Nótese la forma diferente de presentar esta posibilidad pues empieza señalando que será algo **excepcional** el caso que admite dejar de cumplir algún requisito, principio o criterio valorativo. Y desde luego, concluye de forma muy diferente pues ahora no se trata de añadir alguna información complementaria en la memoria, como en el supuesto anterior, sino que hay que determinar su impacto (cuantitativo y cualitativo) en los estados financieros y hay que motivarlo de forma suficiente. Su aplicación práctica es menor, aunque existen algunos ejemplos[62].

[62] En el trabajo antes citado de CAÑIBANO CALVO, L. (*El concepto de imagen fiel y su aplicación en España*, pág. 16) se mencionan los casos de las cuentas anuales del ejercicio 1998 de Telefónica y el de las cuentas anuales de Banesto del ejercicio 1992. Algunos otros ejemplos se recogen en CEA GARCÍA, J.L. y VIDAL LOPO, R. (*Escenarios de excepción de prevalencia de la imagen fiel sobre los principios y normas contables legales*, pág. 148). A nivel de otros países europeos, su escasa aplicación no difiere sensiblemente del caso español, aunque faltan estudios actuales para confirmar esta afirmación pues el último disponible es de 1993 (ver VAN HULLE, K., *Truth and*

Más allá de las expresiones metafóricas y por supuesto, de aquellos términos no definidos, la imprecisión del lenguaje jurídico trae como otro resultado no querido la ambigüedad. Su causa, como evidencia el trabajo de BONO, M.[63], hay que buscarla en el proceso de sistematización del derecho realizado durante el siglo XIX [64] que, de alguna manera, presentaba paralelismos con la sistematización de la ciencia de la lingüística por lo que buena parte de la ambigüedad se produce por el uso de términos compartidos con el lenguaje natural. De forma específica, BONO, M. [65] señala que este problema es producido porque "*la terminología del derecho y todo el derecho en general son usados por todo el mundo, porque todos los individuos se enfrentan al derecho diariamente, de modo consciente o inconsciente*"[66].

Los filósofos y los lingüistas, y algo más recientemente, los juristas (ver, por ejemplo, RODRÍGUEZ TOUBES, J.[67], en su trabajo centrado en el ámbito penal) se han preocupado por este problema de la ambigüedad cuando distinguen la interpretación de *dicto* (sobre lo dicho) y la de *re* (sobre la cosa) que dificultan su comprensión y que obligan al intérprete a conocer el contexto pragmático en el que se formulan. Para los lingüistas, este problema está a su vez relacionado con la opacidad referencial[68].

untruth about true and fair view: a commentary on «A European true and fair view» comment).

[63] *La ciencia del derecho y los problemas del lenguaje natural: la identificación del conflicto*.

[64] La referencia histórica es muy importante pues en ese momento es cuando se lleva a cabo el proceso codificador que supuso, entre otras consecuencias, la fijación de las normas por escrito.

[65] Ibidem, pág. 160.

[66] Para añadir inmediatamente a continuación que este problema no se produce en, por ejemplo, la física. Mucha gente es capaz de vivir sin los mínimos fundamentos de esta ciencia y, por supuesto, sin conocer su explicación o su terminología. Por este motivo, el científico del Derecho concluye BONO, M. (*Ibidem*, pág. 160), no "*puede pretender resguardar el derecho de los afectados por él*".

[67] *Sobre la opacidad referencial y la ambigüedad de dicto/de re en el Derecho*.

[68] En la Nueva Gramática de la Lengua española (edición de 2011) se dice al respecto (15.10d): "*Los entornos modales que inducen la interpretación inespecífica de los grupos*

Entre la normativa contable encontramos bastantes ejemplos que ilustran lo anterior. Así ocurre con la redacción del principio de prudencia cuando establece que "*únicamente se contabilizarán los beneficios obtenidos hasta la fecha de cierre del ejercicio*". En la lectura de *re* se concluiría que un beneficio (concreto) obtenido hasta la fecha de cierre del ejercicio debe ser obligatoriamente registrado en ese período. En la lectura de *dicto* cualquier beneficio obtenido hasta esa fecha se debe reconocer. En ambos casos es preciso obtener un beneficio así que, aparentemente, poco problema interpretativo habría. La cuestión se complica cuando se añade el término del ejercicio económico pues antes de la fecha de cierre puede ser dentro del último período contable o ejercicios económicos pasados. Pensemos que, además, el término "*obtenido*" arroja no pocas dudas que requieren una interpretación adicional y exigen la plena sintonía con el conocimiento de su ocurrencia.

El ejemplo antes propuesto de un beneficio logrado por la venta de un activo fijo que luego es objeto de un contrato de arrendamiento financiero posterior evidencia un caso de beneficio obtenido en el ejercicio pero que no se registra porque se interpreta que el fondo económico de la transacción es obtener financiación y prevalece sobre la forma jurídica.

Nos interesa recordarlo para ponerlo en contradicción con el siguiente. Pensemos en el caso, que se produce con bastante frecuencia, cuando una sociedad (matriz o dominante) posee una participación mayoritaria en otra compañía (participada o dependiente). Si el ejercicio de la

nominales indefinidos se denominan en la tradición lógica CONTEXTOS OPACOS O INTENSIONALES. Estos entornos, muy a menudo prospectivos, permiten dejar en suspenso la existencia del referente de alguno de los argumentos de la predicación. Focalizan, pues, su mera INTENSIÓN, es decir, su significado, por tanto las propiedades que caracterizan a los elementos que dicho argumento designa. Este fenómeno se conoce como OPACIDAD REFERENCIAL [las mayúsculas en el propio texto citado]".
En puridad, la opacidad referencial tiene una sola referencia mientras que en la ambigüedad hay varias referencias (véase, entre otros, MELÉNDEZ ACUÑA, R., *El problema de la opacidad referencial en los contextos modales*).

sociedad dependiente termina con beneficios que la compañía matriz conoce y que, gracias a la mayoría que posee en los derechos de voto, puede decidir cómo repartirlos (por ejemplo, en la forma de dividendos en su totalidad) y esta propuesta figura en las cuentas anuales, ¿cuál es la razón por la que está prohibido su reconocimiento como ingresos en las cuentas anuales de la sociedad dominante? Probablemente porque falta el trámite formal-legal de la aceptación de la propuesta en la Junta general que bien parece, sobra en el otro caso. Se puede argumentar que conceptualmente se trata de ingresos cuando la norma citada refiere beneficios (que hasta donde sabemos, en la normativa contable no se diferencian con la claridad necesaria del concepto de ingresos).

Permítasenos un último ejemplo para ilustrar esta problemática y eludir la posible crítica en el ejemplo anterior. El derecho de suscripción preferente de acciones o de participaciones sociales está contemplado con carácter general en la normativa mercantil española (ver art. 304 LSC) y protegido en el ámbito de la UE conforme a la Directiva 2017/1132 del Parlamento europeo y del Consejo (de 14 de junio de 2017) (art. 72.1) cuando se establece que en todo aumento de capital suscrito por aportaciones dinerarias, las acciones (o participaciones) deben ofrecerse con preferencia a los accionistas (o socios) en proporción a la parte del capital representado por sus títulos.

Así, cuando una sociedad posee acciones o participaciones sociales de otra compañía que amplía capital mediante la emisión de nuevas acciones o participaciones, dispone, con carácter general, del derecho de preferencia. De todos es conocido que cuanto más se haya apreciado el valor de la cartera poseída (por diferencia entre el valor actual y el precio de adquisición), más valdrá el derecho de preferencia que se puede ejercer bien mediante la suscripción de los títulos que correspondan o bien, mediante su venta. Teóricamente, el precio obtenido compensa al

vendedor de la dilución producida al tener que repartir las reservas acumuladas en la sociedad entre un mayor número de títulos. Por este motivo, al vender los derechos de suscripción se compensa esa "*pérdida*" económica con la determinación del coste de los derechos vendidos y sólo la diferencia entre este último importe y el precio obtenido se debe registrar como beneficio (o pérdida)[69].

Pero ocurre que la dilución que justifica este planteamiento y que matemáticamente tiene una justificación, no sucede en la práctica en todos los casos. De hecho, en una investigación preliminar que hemos realizado para justificar esta conclusión, resulta que en el 36% de las ampliaciones de capital con derecho de suscripción preferente[70] de la población utilizada no se producía tal dilución. Una interpretación de *dicto* podría dar como consecuencia reconocer la cantidad total percibida por la venta de los derechos como un beneficio; probablemente generado en varios ejercicios económicos y producido y conocido en este por la enajenación de los mismos al haberse aprobado una ampliación de capital en la que existe tal derecho. Al término del período contable se corregiría, en su caso, el valor de las acciones conforme a la categoría de activo financiero en la que se hubiera incluido la cartera de la que dimanan los derechos de suscripción. Es un planteamiento no usual en la doctrina, pero tampoco novedoso. En CEA GARCÍA, J.L.[71] ya se

[69] Esto es una tradición en la contabilidad vigente que proviene, al menos, desde la edición en castellano de 1948 de la obra de KESTER, R.B. *Contabilidad: teoría y práctica* (cuya fecha original es 1938).

[70] La muestra, incluida en un trabajo previo no publicado, constaba de 61 ampliaciones de capital con derecho de suscripción en un período de 7 años y nos servía de primer contraste para conocer si es un tema de investigación sujeto a la controversia. Como es natural, pretendemos abordarlo de nuevo ampliando el número de la población para robustecer las conclusiones.
Esta evolución posterior no es extraña a lo que ocurre en otros países como demostraron para el mercado inglés IQBAL, A. y STRONG, N. *The effect of corporate governance on earnings management around UK rights issues*.

[71] *En torno a la contabilización de los derechos de suscripción: Una revisión crítica de la regulación contable española*.

mantenía esta posición concluyendo que, además, era más congruente con el fondo económico de la transacción.

La conclusión a la que pretendemos llegar es que la interpretación de *re* para resolver los enunciados contables ambiguos es la más extendida[72] pero no debe ser la única a emplear. Es más, la incorporación de la interpretación de *dicto* abre soluciones nuevas que deben ser analizadas bajo el prisma de la justicia y la moderna gestión financiera, y alumbra interesantes campos de investigación en los que la relación derecho-contabilidad-finanzas debe promover mejoras mutuas.

En la revisión de las causas que explican la necesidad de la tarea interpretativa nos ocupamos seguidamente del conflicto o, mejor por la naturaleza de nuestro trabajo, del efecto que tienen los cambios en el entorno en la interpretación de las normas.

En RODRÍGUEZ TOUBES, J.[73] ya se indicaba al respecto que *"(i)dentificar las normas jurídicas y precisar su contenido requiere tomar posición sobre dilemas de la vida en sociedad, y por eso decimos que las normas son el resultado de una interpretación que tiene en cuenta valoraciones subjetivas y conflictivas sobre problemas de carácter social*" para añadir más adelante "*la realidad en la que actúa el Derecho es cambiante*". El entorno económico sobre el que actúan las normas contables ha cambiado notablemente en los últimos años y eso, pensamos, hace innecesario desarrollarlo a continuación para no caer en una mera reproducción sistemática de trabajos precedentes.

[72] Su uso más común, como bien indica RODRÍGUEZ TOUBES, J. (*Sobre la opacidad referencial y la ambigüedad de dicto/de re en el Derecho*, pág. 169), es porque "*el redactor del texto y sus destinatarios comparten los mismos sesgos cognitivos*".
[73] *Aspectos de la interpretación jurídica (un mapa conceptual)*, pág. 321.

Ahora bien, creemos que es más interesante mostrar este cambio[74], al menos de forma sintética, a través de la evolución de la propia contabilidad (o de los temas que han suscitado el interés doctrinal) pues a comienzos del siglo pasado, para no retrotraernos en exceso, era una disciplina profundamente marcada por la observancia de las disposiciones legales [75] y puramente empirista en el sentido de la captación y representación de los hechos al modo de la teneduría de libros (véase el comentario en este sentido en URÍAS VALIENTE, J.[76]).

Durante el primer tercio del siglo XX hay un cambio interesante derivado del estudio de la contabilidad como materia universitaria vinculada a la Economía en general y a las Finanzas en particular (CEA GARCÍA, J.L.[77]) que traslada el foco de atención al análisis microeconómico de las variables contables. Bien caracterizaban esta época CAÑIBANO CALVO, L. y GONZALO ANGULO, J.A. [78] cuando afirmaban: "*Quizá lo más importante de toda esta etapa sea la existencia de una conciencia colectiva sobre la necesidad de la investigación contable como fuente de alimentación del proceso normativo, las normas no pueden seguir extrayéndose tan sólo de la práctica, hace falta investigación para dar un nuevo sentido al proceso normalizador*"[79]. Se pasa pues de un enfoque inductivo y empirista a otro prescriptivo fundamentado en el análisis

[74] Dejamos anotado que por razones de brevedad no exponemos otras formas de presentar esta evolución. Así, por ejemplo, podríamos haber realizado este recorrido a través de la evolución de la investigación interpretativa en contabilidad y sus vínculos con el poder como se detalla en LARRINAGA GONZÁLEZ, C. (*Perspectivas alternativas de investigación en contabilidad: una revisión*, págs. 113 y ss.).
[75] La expresión de la *contabilidad como el álgebra del Derecho* (GARNIER, P. *La comptabilité: algebra du droit & méthode d'observation des sciences économiques*) es suficientemente expresiva de esta estrecha vinculación.
[76] *Introducción a la contabilidad. Aspectos teóricos*, pág. 17.
[77] *La búsqueda de la racionalidad económico-financiera. Imperativo prioritario para la investigación contable*, págs. 25-26.
[78] *Los programas de investigación en contabilidad*, pág. 67.
[79] Con todo, estos autores (CAÑIBANO CALVO, L. y GONZALO ANGULO, J.A., *ibidem*, pág. 66) reconocen que es difícil la interacción simultánea entre la teoría y la práctica porque la maduración de las ideas, su difusión entre los profesionales, su aceptación y su posterior traslado a la normativa provoca un desfase temporal que, sin embargo, no contraviene el impacto de los avances teóricos en la regulación contable.

económico y centrado inicialmente en procurar una buena información financiera que mida, como primer elemento de preocupación a mediados del siglo pasado, la renta empresarial al que luego se añadieron el registro de los planes de pensiones, los problemas derivados de la inflación, las actividades en materia de investigación y desarrollo…

En la década de los setenta del siglo pasado se produce otro cambio relevante al incorporarse el elemento teleológico, en palabras que compartimos con TÚA PEREDA, J.[80], porque se subraya que la norma (contable) se debe acomodar a los objetivos de la información contable por lo que habrá que "*precisar éstos para conocer cuál es el espíritu que debe inspirar las normas*" (cf. CAÑIBANO CALVO, L. y GONZALO ANGULO, J.A. [81]). Estos objetivos, junto con las características y requisitos del sistema contable, han de ser congruentes con el entorno por lo que los cambios en este último influyen en las categorías inferiores a las que se supedita todo el entramado contable (CAÑIBANO CALVO, L., TÚA PEREDA, J. y LÓPEZ COMBARROS, J. L.[82]) y promueven su ajuste permanente.

De esta forma se entiende la transición desde la búsqueda del beneficio verdadero a la propia utilidad de la información contable para el decisor, la irrupción de la teoría positiva con su feroz crítica inicial a las escuelas normativistas que pronto quedó como una reliquia filosófica (ver, entre otros, CUADRADO EBRERO, A. y VALMAYOR LÓPEZ, L. [83]) y los trabajos que han perseguido una sólida base lógica-matemática para aprovechar las ventajas del análisis formal[84]. En todo este proceso, que pervive hasta nuestros días, la extensión casi universal de las prácticas

[80] *Principios y normas de contabilidad*, págs. 478 y ss.
[81] *Ibidem*, 67.
[82] *Naturaleza y filosofía de los principios contables*, págs. 303-304.
[83] *Metodología de la investigación contable*, págs. 99 y ss.
[84] Un buen detalle de los mismos se describe en CAÑIBANO CALVO, L. y GONZALO ANGULO, J.A. (*ibidem*, págs. 80 y ss.).

contables produce un flujo regular de avances compartidos que impregna toda la normativa contable española en la que cada vez es más difícil separar la norma estrictamente local de la internacional como ya pronosticaba CEA GARCÍA, J.L.[85].

El recorrido sintético que hemos realizado apoya la explicación de cómo el cambio del entorno, percibido por la doctrina, promueve la investigación que a su vez incide en la regulación, aunque con un desfase temporal. Es probable que inicialmente, y por ello lo hemos traído aquí a colación, mediante la interpretación de la norma, y posteriormente mediante su incorporación normativa. Sólo así se puede entender, por ejemplo, el cambio producido en 2018 (Ley 11/2018, de 28 de diciembre, por la que se modifica el Código de Comercio, el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, y la Ley 22/2015, de 20 de julio, de Auditoría de Cuentas, en materia de información no financiera y diversidad) para dar entrada a la divulgación de información no financiera[86].

[85] *La búsqueda de la racionalidad económico-financiera. Imperativo prioritario para la investigación contable*, págs. 31 y ss.
La introducción del PGC está plagada de referencias a las Normas Internacionales de Información Financiera adoptadas por la UE, como no puede ser de otra forma, pero la cuestión a la que acabamos de referirnos viene bien expresada en el apartado IV de la Introducción y que por su interés reproducimos seguidamente: "*Por otro lado, la experiencia de los últimos años ha revelado el carácter dinámico del modelo contable propuesto por las Instituciones comunitarias. A pesar de haberse producido en la Unión Europea una aprobación completa de los pronunciamientos emitidos por el IASB, el objetivo de convergencia que a su vez se ha fijado este organismo con las normas aprobadas por el Financial Accounting Standards Board (FASB) americano, es previsible que motive futuras modificaciones en los Reglamentos comunitarios*".

[86] Este cambio legislativo en 2018 proviene de una Directiva de la UE de 2014 (2014/95/UE de 22 de octubre de 2014) que a su vez tiene su origen en trabajos doctrinales previos, al menos desde 2010, en los que se llamaba la atención sobre las deficiencias de la información financiera y acerca de la necesidad de completarla con otro tipo de datos (véase, entre otros, REBOLO PALACIOS, J. y SEGOVIA SAN JUAN, A. *Directiva 2014/95/UE sobre divulgación de información no financiera: un paso más hacia la información integrada*). Este recorrido evidencia por otra parte, el desfase temporal antes apuntado entre los trabajos doctrinales y su incorporación normativa.

También se da el camino inverso, es decir, problemas planteados en el ámbito normativo que fomentan la investigación a partir de la interpretación de lo mandado u ordenado[87].

De acuerdo con lo inicialmente señalado nos ocupamos seguidamente del problema de las lagunas como el último elemento que es habitual incluir entre los que justifican la tarea del intérprete.

Conviene precisar inicialmente que el análisis de las lagunas es un tema de sumo interés y que, probablemente, agotaría por sí sólo el contenido de un trabajo de investigación. Sin embargo, en nuestro estudio tiene un carácter más instrumental pues constituye un elemento que normalmente se añade para reforzar el interés por la tarea del intérprete y constituye, en muchas ocasiones, el terreno buscado para la interpretación fraudulenta. Por ello, nuestro objetivo es más modesto que el que se logra en muchos de los trabajos que hemos consultado. Además, para su desarrollo nos centraremos en lo que constituye nuestro ámbito de trabajo; la norma contable.

[87] A modo de ejemplo, el intenso debate suscitado en relación con el concepto de beneficio y acerca de su distribución que puede provocar una traslación de la cuenta de pérdidas y ganancias como objeto de atención al resultado total que incluye la totalidad de los ingresos y gastos devengados en el ejercicio. Este parece ser el espíritu de la Norma Internacional de Contabilidad 1 (presentación de información financiera) en cuyo párrafo 10ª señala: "*Una entidad puede presentar un único estado de resultados y otro resultado global presentando en dos secciones los resultados y el otro resultado global. Las secciones deberán presentarse juntas, con la sección de resultados en primer lugar, seguida directamente por la sección de otro resultado global. Una entidad puede presentar la sección de resultados en un estado de resultados separado. En ese caso, el estado de resultados separado deberá preceder inmediatamente al estado que presenta el resultado global, que deberá empezar con los resultados*".
En el plano profesional, la necesidad de que el auditor mejore la confianza de los destinatarios de la información financiera está promoviendo lo que se ha convenido en denominar como un cambio de paradigma basado en que la auditoría no se lleve a cabo por muestreo de unas operaciones sino utilizando todos los datos de la población gracias a las tecnologías disponibles. Este nuevo enfoque recibe el nombre de auditoría continúa y está promoviendo un mayor empuje a la investigación en esta área desde el trabajo seminal de GROOMER, S.M. y MURTHY, U.S. (*Continuous Auditing of Database Applications: An Embedded Audit Module Approach*).

Buena parte del esfuerzo doctrinal sobre la materia se remonta al siglo XX cuando se consolida la separación de poderes y la limitación del poder judicial, puesto que antes era un tema prácticamente inexistente (véase, entre otros, SEGURA ORTEGA, M.)[88].

En ITURRALDE SESMA, V.[89] se llama la atención sobre el uso tan extensivo del término de laguna en el lenguaje jurídico lo que trae como consecuencia que difícilmente se puedan reconducir sus significados a algo más que no sea la ausencia o falta de previsión normativa, como denominador común.

Quizás conviene partir de la diferencia clásica entre laguna de ley y laguna de Derecho[90] no tanto desde un punto de vista conceptual sino metodológico pues tiene que ver con la *plenitud* del Derecho (en palabras de BOBBIO, N.)[91] para apoyar la afirmación de que la ley puede tener lagunas, pero el Derecho no. Esto nos permite acotar nuestro campo de análisis a las primeras y engarzar con la definición que tomamos de GUASTINI, R.[92] para quien el concepto de laguna tiene que ver con la forma como se entiende la norma, esto es, como un enunciado que califica deónticamente un comportamiento ("*existiría laguna siempre que*

[88] *El problema de las lagunas en el Derecho*, págs. 285-286.
Y ello a pesar de que, como bien apuntaba TOMÁS Y VALIENTE, F. en su *Manual de historia del Derecho español*, en la Edad Media no todos los problemas podían ser resueltos por los Fueros en vigor por lo que en unos casos se dejaba la solución jurídica en manos del juez o en otros casos (Fuero de Soria) se designaba una comisión formada por unos caballeros que resolvían la cuestión difícil y esta solución se añadía al Fuero para resolver de la misma forma otros casos parecidos.
[89] *Análisis de algunas cuestiones relativas al problema de las lagunas jurídicas*, págs. 350 y ss.
[90] Debemos añadir que algunos autores aluden a la multitud de significados del vocablo *Derecho* por lo que suelen indicar que hay lagunas del ordenamiento jurídico y no del Derecho (véase, entre otros, CASTILLO GARRIDO, S. *Lagunas del derecho y el dogma de la plenitud del sistema jurídico*). La discusión, con ser atractiva, creemos que carece de relevancia a los fines de nuestro trabajo.
Pensamos que tampoco debemos detenernos en las superadas discusiones doctrinales acerca de la inexistencia de lagunas y que pueden seguirse, por ejemplo, en BASTERRA, M. (*El problema de las lagunas en el Derecho*).
[91] *Teoría general del Derecho*, pág. 201.
[92] *Antinomias y lagunas*, págs. 445-446.

un determinado comportamiento no esté deónticamente calificado en modo alguno por una norma jurídica perteneciente al sistema") o como un enunciado sintácticamente condicional que conecta una consecuencia jurídica a un supuesto de hecho ("*existe una laguna siempre que para un determinado supuesto de hecho no esté prevista alguna consecuencia jurídica por una norma perteneciente al sistema*"). A los fines de nuestro trabajo nos interesan más las últimas.

La lógica nos dice que las lagunas aparecen en el proceso de aplicación del Derecho por parte de los órganos encargados de tomar la decisión jurídica pero SEGURA ORTEGA, M.[93] añade que no hay obstáculo para que la apreciación de la laguna sea anterior a la entrada en funcionamiento de aquéllos mecanismos, y esta circunstancia tiene mucho interés para nosotros por dos motivos que retomaremos más adelante; primero por los sujetos que salvan las lagunas de las normas contables y segundo, porque presenta áreas de interés para su interpretación fraudulenta.

ITURRALDE SESMA, V.[94] recuerda la diferencia clásica entre lagunas técnicas, normativas y axiológicas. Mantenemos el orden de su presentación, aunque convenimos con SEGURA ORTEGA, M.[95] nuestras dudas acerca de que las dos últimas puedan ser calificadas como lagunas.

Las primeras pueden ser a su vez clasificadas entre primarias y secundarias. Las lagunas técnicas primarias son aquellas que existen desde el momento en el que aparece una regulación normativa. Se puede afirmar que la tarea del legislador es insuficiente o defectuosa desde el principio porque ha olvidado referirse a un caso con relevancia jurídica[96].

[93] *El problema de las lagunas en el Derecho*, pág. 307.
[94] *Análisis de algunas cuestiones relativas al problema de las lagunas jurídicas*, págs. 351-352.
[95] *Ibidem*, págs. 303 y ss.
[96] Por todos, SEGURA ORTEGA, M. (*ibidem*, pág. 305) quien añade que se puede hacer una precisión adicional diferenciando entre lagunas técnicas voluntarias e involuntarias

En el ámbito de las normas contables un ejemplo, lamentablemente resuelto sólo hace unos años, era el principio contable de empresa en funcionamiento que desde 1990 establecía que el catálogo de principios y normas de valoración no resultaban aplicables en situaciones de liquidación (en concreto y de interrupción de la actividad de la empresa más en general), tan numerosas desgraciadamente desde entonces, pero no aclaraba qué normativa resultaba útil en esa situación. Este problema se resolvió por medio de una Resolución del ICAC de octubre de 2013 (¡23 años más tarde!) sobre el marco de información financiera cuando no resulta adecuada la aplicación del principio de empresa en funcionamiento.

Las lagunas técnicas secundarias aparecen con posterioridad al origen de la regulación normativa por una alteración de las circunstancias, por la aparición de progresos técnicos o por situaciones que no se pudieron prever en el momento inicial[97], como en su momento apuntó ENGISCH, K.[98]. La regulación contable de las criptomonedas a las que antes nos hemos referido puede ser un ejemplo de este tipo de laguna técnica.

Es también interesante la división de las lagunas técnicas propuesta adicionalmente en SEGURA ORTEGA, M.[99] cuando distingue las lagunas *praeter legem* y las *intra legem* pues, a pesar de que dice que son dos caras de la misma moneda, presentan cuestiones de interés para nuestro campo de trabajo. Así las primeras aparecen cuando nos encontramos ante normas particulares que, precisamente por tener muy acotado su ámbito de aplicación, no pueden dar solución a todos los temas. A modo de ejemplo, la norma de registro y valoración 17ª regula con bastante

que le permite adentrarse en aspectos volitivos del legislador y que, pensamos, exceden del objetivo de nuestro trabajo.

[97] Aún dentro de ellas se puede hacer una subdivisión para separar aquéllas que surgen de la modificación de las relaciones de hecho de aquéllas otras que son consecuencia de cambios de valor (véase SEGURA ORTEGA, M., *ibidem*, pág. 306).

[98] *Introducción al pensamiento jurídico*, pág. 180.

[99] *Ibidem*, págs. 306-307.

detalle las transacciones con pagos basados en instrumentos de patrimonio propios a cambio de recibir bienes o servicios, incluidos los prestados por los empleados. Sin embargo, no se regula cuando esos instrumentos de patrimonio "*propios*" corresponden a la sociedad dominante, es decir, cuando el pago al personal de la sociedad dependiente se realiza con acciones de la sociedad dominante (o con un importe basado en su valor). Esta circunstancia fue resuelta por el ICAC en contestación a una consulta publicada en diciembre de 2013 aplicando, por cierto, para su solución, la analogía, a la que luego nos referiremos[100].

Las lagunas técnicas *intra legem* presentan el problema contrario, esto es, la regulación es tan general que no resuelve la totalidad de los problemas planteados. Así ocurre, por ejemplo, con la permuta de existencias pues la norma de registro y valoración 14ª del PGC señala: "*No se reconocerá ningún ingreso por la permuta de bienes o servicios, por operaciones de tráfico, de similar naturaleza y valor*" dejando un amplio margen a la interpretación en todas aquellas operaciones de permuta que no se ajustan exactamente a lo anterior[101].

[100] El texto de la consulta es muy amplio, pero por su interés, permítasenos reproducir su parte final que señala: "*En la contabilización del gasto y el pasivo se aplicaría por analogía el criterio establecido en la NRV 17ª para reconocer y valorar el gasto liquidado mediante la entrega de efectivo. 2. La dependiente paga el valor razonable intrínseco del acuerdo, esto es, el valor razonable de las acciones en la fecha de liquidación. En tal caso, desde la perspectiva de la sociedad dominante, el acuerdo de entrega de opciones a los trabajadores, "compensado" por la filial en el valor razonable de las acciones entregadas en la fecha de liquidación, debería recalificarse, a la vista de la citada compensación, como un compromiso entre la sociedad dominante y la dependiente de entrega/emisión de instrumentos de patrimonio neto de la dominante, que no originaría registro contable alguno hasta la fecha de entrega de los instrumentos de patrimonio neto, momento en que la sociedad dominante contabilizará el efectivo recibido y el aumento del patrimonio neto. Por su parte, la sociedad dependiente contabilizaría el gasto de personal de acuerdo con el principio de devengo y reconocería el correspondiente pasivo. En la contabilización del gasto y el pasivo se aplicaría por analogía el criterio establecido en la NRV 17ª para reconocer y valorar el gasto liquidado mediante la entrega de efectivo*".

[101] Este problema dio origen a una consulta evacuada por el ICAC en marzo de 2015 en la que se planteaba la cesión de un terreno a cambio de la denominada "*reserva de aprovechamiento*".

De menor interés para nuestro trabajo son las lagunas denominadas como normativas que pasamos a sintetizar a continuación en aras de una homogeneidad en nuestro discurso. Existe un amplio consenso en que las aportaciones de ALCHOURRÓN, C. y BULYGIN, E.[102] han sido muy valiosas para su adecuada comprensión. En esencia, definen la laguna normativa en relación con la completitud normativa que, a su vez, pivota sobre tres elementos fundamentales: universo de casos[103], el universo de soluciones maximales y el sistema normativo que asigna las soluciones a los casos.

Existiría laguna normativa siempre que las soluciones previstas por las normas de un sistema no resuelven todos los casos o, de otra forma, cuando un caso no tiene solución en las normas de un sistema se dice que ese caso es una laguna[104]. A pesar de su innegable aportación al pensamiento jurídico, buena parte de la doctrina no comparte su concepto de laguna jurídica por tres motivos que fueron bien evidenciados por RAMOS PASCUA, J. A.[105]: (i) la necesidad de reconocer que algunos criterios axiológicos (los que tienen que ver con los valores asumidos por el legislador) forman parte de la propia relevancia del sistema jurídico, (ii)

[102] *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, cap. 2.
[103] De hecho, el capítulo del libro en el que se trata este tema lleva el inequívoco nombre de "*El concepto de caso*".
[104] Por su interés, reproducimos a continuación la matización que sobre el concepto de caso hace RAMOS PASCUA, J.A. (*Lagunas del derecho y positivismo jurídico. Un examen de la concepción de las lagunas de C. Alchourrón y E. Bulygin*, pág. 57) en nota a pie de página: "*Merece comentario esa identificación entre caso y laguna, que es peculiar de Alchourrón y Bulygin, y que muchos otros autores han adoptado siguiendo su ejemplo. En realidad, apenas es algo más que una cuestión de estilo, o de forma de expresarse, pero quizá no sea del todo precisa y convenga replanteársela. En puridad, una cosa son las lagunas y otra los casos. Los casos no son lagunas, aunque su solución no esté prevista. Un caso puede verse afectado por una laguna, puede estar inmerso en una laguna, puede poner de relieve la existencia de una laguna, pero si queremos expresarnos con propiedad, un caso no puede ser una laguna. La laguna es la carencia de solución, no es el caso carente de solución. La laguna es el vacío normativo, no el caso afectado por ese vacío. De hecho, los casos individuales afectados por una determinada laguna pueden ser muchos, y sin embargo los distintos casos no serán distintas lagunas, sino que estarán inmersos en la misma*".
[105] *Ibidem*, pág. 61.

no parece que sea posible determinar las lagunas normativas de forma descriptiva y libre de toda valoración, cuando la tesis de relevancia del sistema jurídico puede incluir valoraciones, y (iii) el problema relativo a la discrecionalidad judicial para colmar las lagunas en los Estados de Derecho.

Por lo que respecta a las lagunas axiológicas no suelen ser reconocidas, en puridad, como lagunas pues no hay ausencia de regulación propiamente dicha, sino que se adhiere a la percepción de laguna como falta de una norma que se considera "*adecuada*", "*justa*" o "*conveniente*" (véase, entre otros, SEGURA ORTEGA, M.[106]). Tiene que ver, por lo tanto, con la crítica al Derecho vigente o a una determinada norma y que puede dar lugar a una reforma legal pero no a que el órgano judicial la complete.

Quizás conviene reducir algo más nuestro objeto de atención a los fines perseguidos en nuestro trabajo. Más allá de las interesantes discusiones en torno a los conceptos de lagunas, nos centramos en las denominadas lagunas técnicas secundarias (tanto las consideradas como *praeter legem* como las *intra legem*) aunque sin olvidar las primarias por sus efectos relevantes. Quedan fuera de nuestro campo de estudio las lagunas normativas igual que las axiológicas, a las que añadimos las que se suelen conocer como lagunas de colisión o antinomias y que atenderemos de forma resumida más adelante para justificar su exclusión.

En realidad, es más correcto el término de antinomias (GUASTINI, R.[107]) que el de lagunas de colisión (según se desprende del detallado análisis de ITURRALDE SESMA, V.[108]) pues no es que exista, según la acepción general de laguna, ausencia de regulación, sino que, por el contrario, hay un exceso de regulación que además está en conflicto. Su concreción

[106] *El problema de las lagunas en el Derecho*, pág. 303.
[107] *Antinomias y lagunas*, págs. 437 y ss.
[108] *Una aproximación al tema de las antinomias normativas: problemas relativos a la identificación de las mismas*, págs. 333 y ss.

depende de los elementos (implícitos y explícitos) que forman parte de la norma y por ello se puede definir, siguiendo a GUASTINI, R.[109], como aquel comportamiento que en un sistema jurídico esté deónticamente calificado en dos modos incompatibles por dos diversas normas pertenecientes al sistema o también, cuando para un determinado supuesto de hecho estén previstas dos consecuencias jurídicas incompatibles por dos normas diversas pertenecientes al sistema. Para que exista esta incompatibilidad es preciso que se produzca una identidad en los antecedentes deónticos y una incompatibilidad de las relaciones deónticas (véase, entre otros, ITURRALDE SESMA, V.[110]) aunque eso no es obstáculo para calificarla como una simple contradicción que aplicando determinadas reglas puede ser resuelta (SEGURA ORTEGA, M.[111]).

Planteada la existencia de las lagunas jurídicas, el tipo de laguna que va a ser objeto de nuestro análisis y otros términos relacionados a los que no les debemos prestar atención, abordamos el problema de su solución[112].

Existe una cuestión previa de carácter terminológico cual es que mayoritariamente la doctrina se refiere a este problema como *colmar* las lagunas jurídicas existentes[113] mientras que GUASTINI, R.[114] lo vincula a su análisis de la interpretación lo que le lleva a concluir que por este medio, la interpretación, se pueden prevenir lagunas e incluso crearlas pero no se pueden *colmar* pues para ello es preciso crear derecho nuevo

[109] *Ibidem*, pág. 437.
[110] *Ibidem*, págs. 335 y ss.
[111] *Ibidem*, pág. 303.
[112] Por más que en algunos casos se subraye su componente beneficioso para el Derecho (un buen ejemplo puede ser la cita de Terré en SEGURA ORTEGA, M. *ibidem*, 288) cuando afirmaba que las lagunas eran "*un oasis de frescura en medio de las arenas del Derecho*").
[113] Por todos, CARNELUTTI, F. (*Teoría general del Derecho*).
[114] *Ibidem*, pág. 447.

y esta actividad es completamente distinta de la interpretación de una norma preexistente. Por seguir el razonamiento del autor citado y por su clara relación con nuestro objeto de estudio, mencionamos a continuación las técnicas preventivas para discutir finalmente los medios para solucionarlas.

Entre las técnicas para prevenir la aparición de lagunas, GUASTINI, R.[115] incluye la interpretación extensiva que sería aquella "*que extiende el significado prima facie de una disposición, de forma que se incluyan en su campo de aplicación también supuestos de hecho que, según una interpretación literal, no estarían contemplados. De este modo, es posible reconducir bajo el dominio de una norma también supuestos de hecho que, en caso contrario, quedarían totalmente privados de regulación jurídica*". En RODRÍGUEZ TOUBES, J.[116] se añade no sólo la extensión a los supuestos de hecho sino también a las consecuencias jurídicas.

El problema es que la interpretación extensiva así definida presenta una cierta coincidencia con la analogía que suele proponerse como un mecanismo autónomo de autointegración para solucionar las lagunas jurídicas, es decir, podría ser útil tanto como fórmula para prevenirlas cuanto como mecanismo para resolverlas y eso, nos parece, nos obliga a perfilar mejor sus características.

En BOBBIO, N.[117] se localiza el uso de la analogía en Roma (recordando un pasaje del Digesto) y el razonamiento por analogía como objeto de estudio por los lógicos (rememorando un ejemplo atribuido a Aristóteles) en la antigua Grecia. Este autor continúa haciendo un recorrido histórico por el derecho medieval cuando la analogía (o *argumentum a simili*) se consideraba como el procedimiento más eficaz para llevar a cabo la

[115] *Ibidem*, pág. 447.
[116] *La interpretación extensiva de la ley*, pág. 69.
[117] *Teoría general del Derecho*, pág. 225.

llamada *extensio legis*. Y quizás, en este punto, conviene recordar el trabajo de CERDEIRA BRAVO, G.[118] cuyo apartado IV lleva por título: "*La analogía en la historia: desde su subsunción medieval como interpretación extensiva de grado sumo, hasta su inicial emancipación con Savigny como mecanismo autónomo de integración situado entre la interpretación y la creación de normas*" que bien pensamos es un buen resumen de su evolución posterior.

Por no extendernos más en un tema sobre el que se ha escrito tanto y sobre el que sería muy difícil aportar algo que no se haya dicho antes mejor, nos quedamos con el argumento de SIOTA ÁLVAREZ, M.[119] cuando señala que, en la práctica, es muy difícil trazar siempre una clara separación entre la analogía y la interpretación extensiva a pesar de la abundancia de criterios teóricos existentes para ello. Esta conclusión abierta es a la que también llega CERDEIRA BRAVO, G.[120] después de analizar sus elementos cualitativos y cuantitativos. Ello nos permite mantener, creemos, la coherencia de la exposición pues asumiendo los anteriores planteamientos, es posible entender la interpretación extensiva como método para prevenir lagunas (por aquí comenzábamos) así como incluir la analogía como mecanismo de integración para salvarlas[121].

---

[118] *Analogía e interpretación extensiva: una reflexión (empírica) sobre sus confines*, pág. 1010.
[119] *Analogía e interpretación en el Derecho tributario*, pág. 66.
[120] *Ibidem*.
[121] Dejamos reseñado que en RODRÍGUEZ TOUBES, J. (*La interpretación extensiva de la ley*, págs. 74-75) se añade un criterio claro para su distinción que por su interés reproducimos a continuación: "*La mejor distinción entre la interpretación extensiva y la analogía estriba en que la primera supone que los elementos incorporados están mencionados por las palabras del texto legal dado su significado lingüístico; mientras en que en la analogía se consideran cubiertos por la razón práctica del texto (su significado material, si se quiere), pero no por el lenguaje*".
En una forma más analítica, BOBBIO, N. (*ibidem*, págs. 228-229) añade un buen criterio para delimitar una cuestión de la otra. Esquemáticamente quedaría así:

En el ámbito de las normas contables, el problema de la activación o capitalización de intereses puede ser muy ilustrativo de cuanto acabamos de indicar. El PGC de 2007[122] señala (noma de registro y valoración 2ª, apartado 1): "*En los inmovilizados que necesiten un periodo de tiempo superior a un año para estar en condiciones de uso, se incluirán en el precio de adquisición o coste de producción los gastos financieros que se hayan devengado antes de la puesta en condiciones de funcionamiento del inmovilizado material y que hayan sido girados por el proveedor o correspondan a préstamos u otro tipo de financiación ajena, específica o genérica, directamente atribuible a la adquisición, fabricación o construcción*". El problema se complica cuando al ocuparse de la valoración de los activos intangibles (norma de registro y valoración 5ª) hay una cierta pereza del legislador que, por cierto, parece ser una tradición pues se arrastra desde 1990 y que plantea importantes problemas de interpretación. En efecto, la norma señala: "*Los criterios contenidos en las normas relativas al inmovilizado material, se aplicarán a los elementos del inmovilizado intangible, sin perjuicio de lo dispuesto*

Analogía:
a´(caso regulado)
A (la *ratio* común a ambas)
a´´ (caso no regulado)
a´´ es similar a a´ mediante A,
por lo cual (A) a´ es (A) a´´

Interpretación extensiva:
Aa´(caso regulado)
a´´ (caso no regulado)
a´´ es semejante a a´,
por lo cual Aa´ es a´´

[122] El texto es parecido al que existía en el PGC de 1990 aunque con un matiz relevante. Entonces, la activación o capitalización de intereses era voluntaria como se deduce de la norma que señalaba lo siguiente (norma de valoración 2ª): "*Se permite la inclusión de los gastos financieros en el precio de adquisición, siempre que tales gastos se hayan devengado antes de la puesta en condiciones de funcionamiento del activo, y hayan sido girados por el proveedor o correspondan a préstamos u otro tipo de financiación ajena, destinada a financiar la adquisición. En este caso, su inscripción en el activo deberá señalarse en la memoria*". Por el contrario, en la actualidad la incorporación de gastos financieros es obligatoria para inmovilizados que cumplan los requisitos antes transcritos.

a continuación, de lo previsto en las normas particulares sobre el inmovilizado intangible (…)". De esta forma no queda claro si aquellos activos intangibles que precisen un período superior a 12 meses para estar en condiciones de uso (por ejemplo, un programa de desarrollo) pueden o no activar los gastos financieros devengados.

La interpretación extensiva podría llevarnos a considerar que cuando la norma antes referida utiliza el término de inmovilizado sin añadir más distinción, permite, con carácter previo, activar intereses a los inmovilizados de naturaleza no corpórea, esto es, a los activos de naturaleza intangible que cumplan la condición de estar financiados con recursos ajenos y necesiten un período para su puesta en condiciones de funcionamiento superior a 12 meses[123]. Por su parte, la analogía (a la que volveremos más tarde) nos llevaría a la misma conclusión, aunque para resolver un caso concreto porque estaría comprendido dentro de la significación práctica del texto de la norma.

Y pensamos que es un buen ejemplo para entender este problema pues cabe la duda de si esta obligación (con el PGC de 2007, posibilidad con el PGC de 1990) se puede extender a otros activos que cumplan esa condición; ser financiados con deudas que devenguen gastos financieros y que requieran un período superior a 12 meses para estar en condiciones de uso. Nos estamos acordando del caso de algunos tipos de existencias que son también activos como los elementos del inmovilizado, aunque no forman parte del activo no corriente.

[123] Este es el criterio seguido en la adaptación sectorial a las empresas concesionarias de infraestructuras públicas (Orden del Ministerio de Economía y Hacienda de 23 de diciembre de 2010) cuando señala (norma segunda apartado 3 Gastos financieros): "*Se incluirán en la valoración inicial del activo intangible los gastos financieros devengados hasta el momento en que la infraestructura esté en condiciones de explotación y que correspondan a financiación ajena, específica o genérica, directamente atribuible a la construcción*".

En origen, la duda se resolvió a través de las adaptaciones sectoriales del PGC que dieron respuesta parcial a este tema, pues sólo resultan aplicables en las empresas que pueden usar estas adaptaciones. Así, la que se aprobó para las empresas inmobiliarias[124] (Orden del Ministerio de Economía y Hacienda de 28 de diciembre de 1994) y la que se promulgó para las empresas del sector vitivinícola [125] (Orden del Ministerio de Economía de 11 de mayo de 2001) que admitieron la activación de intereses. Como ya anticipamos, el problema podría ser compartido por otras empresas que no estuvieran acogidas a esas adaptaciones por razón de su actividad principal [126] y que, en consecuencia, no supieran cómo resolverlo.

Es probable que esta tarea interpretativa fuera la causa que explica el cambio legislativo que se llevó a cabo en mayo de 2000 a través de una Resolución del ICAC [127] por la que se establecieron criterios para la determinación del coste de producción y que señala que "*se permite incorporar los gastos financieros como mayor valor del inmovilizado en curso y de las existencias de ciclo largo en curso, esto es, aquellas existencias cuyo proceso de fabricación sea superior a un año, sin tener en cuenta las interrupciones. Si bien dicha opción no aparece reflejada expresamente respecto de las existencias en la norma de valoración*

[124] La norma de valoración 13ª (apartado 2) permitía la activación con el siguiente texto: "*Se permite La inclusión de los gastos financieros en el precio de adquisición de los inmuebles, en los mismos términos y condiciones establecidos en la norma de valoración 2ª [inmovilizado material]*".
[125] La norma de valoración 13ª (apartado 3) señalaba: "*Se permite la inclusión de los gastos financieros en el coste de producción de las existencias de ciclo largo, en los términos y condiciones establecidos en la Norma de Valoración 2.a [procedimientos para capitalizar gastos financieros]"*.
[126] Así, por ejemplo, la consulta realizada por una empresa que no pertenecía a ninguno de esos sectores y que fue publicada en el BOICAC de septiembre de 2008 (consulta 9), en torno a los ajustes a los saldos iniciales por la entrada en vigor del nuevo PGC, y que se resolvió admitiendo añadir como mayor valor los gastos financieros devengados desde este momento por financiación empleada para activos (tanto inmovilizados, sin calificar, como existencias) que precisen un período superior a 12 meses.
[127] Cuestión distinta es si un tema tan relevante se debe resolver mediante una norma dictada conforme la potestad reglamentaria del Gobierno

decimotercera de la quinta parte del Plan General de Contabilidad, tanto el fondo económico subyacente en las existencias de ciclo largo de producción como el tratamiento recogido en la norma de valoración segunda de la quinta parte de las normas de adaptación del Plan General de Contabilidad a las empresas inmobiliarias, aprobadas por Orden del Ministerio de Economía y Hacienda de 28 de diciembre de 1994, han impulsado a incluir el mismo criterio en esta Resolución. De la misma manera, el procedimiento asumido para la capitalización de los gastos financieros es el establecido en la referida norma de valoración segunda de la quinta parte de las normas de adaptación del Plan General de Contabilidad a las empresas inmobiliarias, el cual se basa en el contenido de la norma sexta de la Resolución de 30 de julio de 1991 del Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas, por la que se dictan normas de valoración del inmovilizado material". Nos llama la atención que luego este contenido no fuera volcado de forma expresa en el PGC de 2007 por lo fue necesario volver a acudir al mismo mecanismo legislativo que antes, la Resolución del ICAC (esta vez de fecha 23 de abril de 2015), para trasladar lo que ya se había regulado en 2000.

La segunda técnica prevista por GUASTINI, R.[128] para resolver *a priori* las lagunas es la interpretación evolutiva entendida como "*aquella que tiende a adaptar las viejas (o relativamente viejas) leyes a situaciones nuevas, no previstas por el legislador histórico. También de este modo es posible reconducir bajo el dominio de una norma supuestos de hecho que, en caso contrario, quedarían totalmente privados de regulación jurídica*". La premisa de la que se parte es que el significado concreto de la norma, aun permaneciendo inalterada su letra, se adapta al momento en el que resulte aplicada. En palabras de DELGADO PINTO, J.[129] *"(e)l dato social, la realidad viva se eleva a la categoría de criterio determinador del*

[128] *Antinomias y lagunas*, pág. 447.
[129] *La interpretación evolutiva de la norma*, pág. 122.

derecho aplicable. Más aún, configura el Derecho mismo, la norma. Esta no se entiende desconectada de la realidad social. Es ésta la que, en definitiva, modela el contenido de la norma". En su base se encuentra el hecho de que el lenguaje es un producto cultural sujeto al proceso histórico o evolutivo[130].

Por el contrario, estarían quienes aun admitiendo su pertinencia al venir de alguna forma apoyada por el método teleológico previsto en el Cc (véase, entre otros LÓPEZ Y LÓPEZ, A.[131]), comprueban que no ha tenido la correspondiente recepción ni en la doctrina ni en la jurisprudencia[132].

Es una cuestión sujeta a un vivo debate en el mundo jurídico y filosófico pero que más allá de presentarla por congruencia, tiene escasa relevancia en las normas contables por dos motivos: en primer lugar, las Resoluciones del ICAC ajustan regularmente, aunque con un cierto desfase temporal, el contenido de la norma al cambiante devenir de los hechos económicos. Este ajuste también se logra con mayor agilidad por medio de las consultas que evacúa el ICAC. En segundo lugar, la preeminencia del fondo económico de la operación sobre su forma jurídica, a la que antes nos hemos referido, permite adaptar el contenido de la norma contable a la casuística de los hechos económicos no regulados inicialmente.

Por concluir el tema de las lagunas nos adentramos ahora en las técnicas para solucionarlas. El criterio clásico[133] para agrupar las alternativas consiste en diferenciar entre la autointegración y la heterointegración. La

[130] Cf. ROMERO PÉREZ, J. *Notas sobre la interpretación jurídica*, pág. 90.
[131] *En torno a la llamada interpretación evolutiva*, págs. 188-189.
[132] Después de repasar la escasa repercusión de la interpretación evolutiva concluye (*ibidem*) que "*todas esas aportaciones ponen, en la práctica, unos condicionantes que parten de la premisa de que la interpretación evolutiva debe conservar el efecto práctico de la norma, y que sus resultados deben venir contenidos en la letra de la ley*".
[133] Véase F. Carnelutti (*Teoría generale del diritto*, págs. 86 y ss.) citado por SEGURA ORTEGA, M. (*El problema de las lagunas en el Derecho*, pág. 310).

diferencia estriba en que, en el primer caso, la solución a la laguna está dentro del propio ordenamiento jurídico mientras que, en el segundo caso, se recurre a otros ordenamientos o a criterios que son extraños al mismo[134]. A priori, el intérprete no sabe qué camino ha de seguir, sino que es preciso conocer las características del caso sometido a estudio para optar por una u otra vía. Es habitual incluir dentro de la autointegración la analogía y los principios generales del Derecho. Por su parte, la heterointegración nos llevaría a recurrir al Derecho natural y a la equidad[135].

Ya hemos dedicado cierta atención a distinguir la interpretación extensiva de la analogía para concluir que, aunque con matices, que pueden ser útiles tanto como mecanismo para prevenir las lagunas como ahora, medio para su solución. En ATIENZA, M. [136] se hace una buena clasificación[137] de los conceptos de analogía para concluir que cuando los juristas la utilizan se están refiriendo al argumento que permite pasar de lo particular a lo particular, de lo semejante a lo semejante y esto es precisamente lo que hay que observar.

Por su parte, BOBBIO, N.[138] llama la atención sobre la semejanza para afirmar que no vale cualquiera, sino que ha de ser una semejanza relevante[139], es decir, "*es necesario sacar de los dos casos una cualidad*

[134] BOBBIO, N. *Teoría general del Derecho*, pág. 222.
[135] SEGURA ORTEGA, M. *El problema de las lagunas en el Derecho*, pág. 311.
[136] *Algunas tesis sobre la analogía en el Derecho*, pág. 223.
[137] En suma, identifica tres nociones de analogía; como proporción (pondera la semejanza entre relaciones), como argumento que es la que interesa a los juristas y como atributo que se predica de ciertos conceptos que no son ni unívocos ni equívocos (ATIENZA, M. *ibidem*, pág. 223).
[138] *Ibidem*, pág. 226.
[139] De otra forma, se cometería el vicio conocido como *quaternio terminorum* (BOBBIO, N., *ibidem*, pág. 226) porque en el silogismo se plantean la existencia de tres términos cuando en realidad son cuatro. Quizás con un ejemplo relativo a las normas contables se pueda comprender mejor cuanto acabamos de decir.
Los elementos del inmovilizado se amortizan.
Las cuentas a cobrar con clientes forman parte del activo como los elementos del inmovilizado.
Las cuentas a cobrar se amortizan.

común a ambos, que sea al mismo tiempo la razón suficiente por la que al caso regulado se le ha atribuido aquella consecuencia y no otra". En la misma línea, DEHESA DÁVILA, G.[140] afirma que en la analogía se atribuye el mismo predicado a distintos objetos, aunque siempre con el límite de la identidad como también evidenció MEZA, E.[141].

En VEGA BENAYAS, C.[142], por último, se recuerda la aplicación inicial de la igualdad de la razón aristotélica a resolver problemas ontológicos que tiene su continuidad en la escolástica para diferenciar entre un modo de hablar *unívoco*, un modo *equívoco* y otro *análogo* (para términos comunes en sentido no idéntico). Esta semejanza que permite pasar de lo particular a lo particular plantea no pocos problemas prácticos[143] y filosóficos[144].

En buena medida, y por centrarse en su problemática jurídica, porque no estamos ante una simple inferencia lógica sino un argumento lógico decisional que lleva implícita o presupone (en acertadas palabras de VILLAR PALASÍ, J.L.[145]), una auténtica decisión del Juez quien ha de realizar una selección de los elementos relevantes entre norma y

La conclusión sería correcta sólo si las cuentas a cobrar con clientes fueran semejantes a los elementos del inmovilizado más allá de su pertenencia al activo. No es preciso aclarar que esto no es así y por este motivo se incurre en el error expresado en la conclusión final.

[140] *Introducción a la retórica y la argumentación*, pág. 373.

[141] *Argumentación e interpretación jurídica*, págs. 96-97.

[142] *Teoría, aplicación y eficacia en las normas del Código Civil*, págs. 156 y ss.

[143] Por su claridad, ENGISCH, K. (*Introducción al pensamiento jurídico*, pág. 181) se preguntaba: *"¿Con qué derecho puedo yo admitir o concluir que lo que conviene a un particular puede convenir a otro?*".

[144] Por su interés reproducimos a continuación lo que escribió FERRATER MORA, J. (*Diccionario de Filosofía*, pág. 101) en el Diccionario de Filosofía: "*En la filosofía moderna el problema de la analogía no ha aparecido en la superficie de un modo explícito, pero no ha dejado jamás de estar latente. Sin embargo, la tendencia general de esta filosofía ha sido casi siempre la de referirse a la analogía o bien en el sentido de una similaridad de relaciones en los términos abstractos o bien en el sentido de una semejanza en las cosas, dando, por lo tanto, en este último caso a la analogía un sentido claramente metafórico. La referencia propiamente metafísica ha quedado de este modo cortada, especialmente en las direcciones fenomenistas y funcionalistas que han abandonado formalmente la noción de substancia*".

[145] *La interpretación y los apotegmas jurídico-lógicos*, pág. 184.

laguna[146]. Hay pues, "*búsqueda de otra norma, aunque aparentemente se aplique la existente y conocida. Y esa búsqueda es función privativa del Juez y muestra notoria de creación de Derecho, no de norma*" como bien concluye VEGA BENAYAS, C.[147]. Además, presenta la ventaja de adaptar el texto a los cambios en el entorno. En concreto, "*(l)a analogía permite resolver uno de los problemas básicos de cualquier ordenamiento jurídico: la innovación del sistema conservando su estructura; o, dicho de otra manera, la reducción de la complejidad del medio social al permitir la adecuación de un sistema constituido por un conjunto de normas fijas, a un medio en constante transformación*" (ATIENZA, M.[148]).

En el ámbito de las normas contables no hemos evidenciado el recurso frecuente a la analogía entre las consultas evacuadas por el ICAC como ponemos de manifiesto a continuación.

El primer ejemplo lo encontramos en la consulta 3 (BOICAC 99 de 2014) sobre el tratamiento contable que debe aplicar una sociedad para registrar los gastos incurridos en trabajos de estudios y exploración previos a una posible concesión administrativa para explotar unos recursos mineros y si estos gastos son objeto de capitalización. También en la consulta a la que antes hemos hecho alusión acerca de la entrega de instrumentos de patrimonio de la sociedad dominante a los trabajadores de la dependiente, así como para resolver el tratamiento de los gastos incurridos por una empresa dedicada a la explotación agrícola (consultas 2 y 6 respectivamente del BOICAC 97 de 2014). Se acude igualmente a la analogía en la consulta 3 (BOICAC 96 de 2013) para resolver el posible reconocimiento de ingresos por los intercambios de gas entre empresas comercializadoras del sector. Usa también la

[146] Sólo así tiene sentido la exigencia de identidad de razón que conforme la Exposición de motivos Cc supone que "*la razón derivada del fundamento de la norma (…) es extensible por consideraciones de identidad (…) al supuesto no previsto*".
[147] *Ibidem*, pág. 158.
[148] *Algunas tesis sobre la analogía en el Derecho*, pág. 224.

analogía para el tratamiento de una venta de activos (sujetos a garantía hipotecaria) para cancelar la deuda garantizada (consulta 2 BOICAC 94 de 2013) y para resolver parcialmente un problema de contabilización de un contrato de suministros (consulta 1 BOICAC 91 de 2012). En la consulta 1 (BOICAC 89 de 2012) recurre a la analogía para enfocar un problema de escisión de sociedades igual que en la consulta 16 (BOICAC 85 de 2011) para aclarar el concepto de grupo superior en relación con un problema de formulación cuentas anuales consolidadas. En la consulta 11 del BOICAC 84 (2010) recurre igualmente a la analogía para solventar un problema relativo a la reserva por el reconocimiento de fondo de comercio y en la consulta 2 (BOICAC 82 de 2010) para resolver un problema de reconocimiento de una subvención por creación de empleo. Tenemos otro ejemplo de recurso a la analogía en la consulta 2 (BOICAC 80 de 2009) para el registro del coste de producción de una obra audiovisual y en la consulta 1 (BOICAC 79 de 2009) sobre la contabilización de operaciones internas de fusión entre sociedades del grupo.

Retoma la analogía para el registro de los gastos necesarios para la reorganización de un grupo de sociedades (consulta 4 BOICAC 78 de 2009) y en el mismo año (consulta 1 BOICAC 77) para tratar el problema de la aportación no dineraria consistente en activos financieros de una filial clasificados como disponibles para la venta y en el mismo BOICAC (77 de 2009), las consultas 5 y 6 sobre la contabilidad de una indemnización recibida a causa de un siniestro y para el tratamiento de la cesión de uso de bienes de dominio público sin una contraprestación. Hay un período en el que no hemos evidenciado el recurso a la analogía que se vuelve a emplear para solucionar una controversia (consulta 4 BOICAC 68 de 2006) relacionada con las implicaciones contables de un procedimiento de expropiación. El siguiente ejemplo lo encontramos en la consulta 4 (BOICAC 59 de 2004) sobre el tratamiento contable de un

programa informático creado por una empresa que tiene este objeto social y con una distancia temporal similar, en el problema planteado en la consulta 3 (BOICAC 45 de 2001) sobre el reconocimiento de una indemnización recibida por créditos considerados incobrables. De nuevo, el recurso a la analogía para la contabilidad del efecto impositivo en aportaciones no dinerarias consistentes en acciones en la constitución o en una ampliación de capital (consulta 3 BOICAC 41 de 2000) y para registrar la participación en una comunidad de bienes (consulta 3 BOICAC 37 de 1999). En la consulta 2 (BOICAC 31 de 1997) vuelve a la analogía para determinar la imputación a patrimonio de los ingresos procedentes del convenio con los acreedores en un procedimiento de concurso y en el BOICAC 29 del mismo año (consulta 2) para contestar a un problema en el que la sociedad dependiente mantiene un criterio contable (distinto del empleado por la sociedad dominante) en las cuentas consolidadas. También se aplica la analogía para contestar el problema planteado en la consulta 1 (del BOICAC 26 de 1996) relativo a la entrega de unos contratos como aportación no dineraria que no estaban reconocidos en la aportante. El último ejemplo lo encontramos en la consulta 2 (BOICAC 23 de 1995) para registrar una permuta de unas participaciones en capital por otras.

En total hemos evidenciado 25 ocasiones en las que el ICAC hace referencia a la analogía en un total de 664 consultas analizadas lo que da un pobre 3,76% para aceptar la escasa presencia de este método para solucionar lagunas en las normas contables.

Nos ocupamos seguidamente del uso de los principios generales del Derecho (también conocida como *analogía iuris*) como el otro mecanismo dentro de la autointegración para dar respuesta al problema de las lagunas. No podemos obviar que la referencia a principios generales del Derecho produce no pocos equívocos, pero sin adentrarnos en la

polémica doctrinal, convenimos con BOBBIO, N.[149] que son las normas fundamentales o generalísimas del sistema, es decir, las nomas más generales[150]. En el origen de la confusión quizá está la omisión del estudio del término de principio cuyo análisis se lleva a cabo en GUZMÁN BRITO, A.[151] para concluir que, entre otras funcionalidades[152], los principios sirven para la integración de la ley. Y en el mismo sentido, REINOSO BARBERO, F.[153] cuando afirmaba: "*Aunque suponga incurrir en una redundancia conceptual los principios generales del derecho son en sí mismos nomotéticos. No son sólo una fuente del derecho con potestad informadora «que no es poco» sino también normas a todos los efectos (…)*".

[149] *Teoría general del Derecho*, pág. 230.
[150] Subyace la discusión doctrinal acerca de si el recurso a los principios generales del Derecho no correspondería en puridad a los métodos de heterointegración. Más allá de la conclusión de N. Bobbio, en ERRERA, A. (*Entre analogía legis y analogía iuris*, pág. 50) se detalla la transición epistemológica ocurrida a finales del siglo XIII desde la analogía *legis* a la analogía *iuris* fundamentada en la individualización de un principio, de una *ratio* extraída inductivamente de fuentes legales para concluir igualmente que los principios generales son normas como las demás, aunque con ese marcado carácter general. A la misma conclusión llega SALGUERO SALGUERO, M. (*Proporcionalidad y elaboración suareciana de la atribución intrínseca*, pág. 114) a partir de un detallado estudio sobre la proporcionalidad extrínseca e intrínseca para concluir: "*esta estructura de la analogía de proporcionalidad intrínseca se proyecta en la analogía iuris, dado que en esta se procede a la configuración de un principio extraído inductivamente a partir de un número determinado de normas jurídico-positivas con vistas a rellenar un caso no regulado, aplicando luego deductivamente dicho principio*".
[151] *La idea de «Principio» mentada en la expresión «Principios Generales del Derecho»*.
[152] En concreto señala (GUZMÁN BRITO, A., *ibidem*, págs. 8-9): *"(i) como fuente de nuevo derecho, cuando se trata de crear una disciplina para realidades hasta el momento no objetos de un concerniente tratamiento jurídico, precisamente a partir de los principios; (ii) para la elaboración dogmática, cuando la elección o creación de un régimen, o su complemento, van ejecutados con recurso a uno o varios principios; (iii) para la integración de la ley: cuando se aplica un principio para resolver cierto caso no decidido por aquélla; (iv) para la hermenéutica legal: cuando la disposición de cierta ley, cuyo alcance se desconoce, es ambiguo o contradictorio, y entonces va interpretada en conformidad con un principio; (v) en la sistemática, cuando se procede a la localización de cierta figura en el íntegro sistema o en los subsistemas, de cuya localización se duda, de acuerdo con las exigencias de los principios; y (vi) como criterio de censura o crítica de la norma, si se halla que ésta contradice un principio y, correlativamente, como fuente de su corrección o rectificación*".
[153] *Los Principios Generales del Derecho en la modernización del lenguaje jurídico*, pág. 79.

Concluimos el análisis de las alternativas de solución de las lagunas recordando brevemente las fórmulas de heterointegración: la equidad y el Derecho natural, por cuanto tienen escaso eco en el tema objeto de nuestro estudio. Su característica común es que la solución al problema estaría situada fuera del ordenamiento por lo que el control de la decisión es mucho más difícil (SEGURA ORTEGA, M.[154]).

En cuanto a la equidad[155] es una posibilidad común en los sistemas anglosajones por el amplio poder creador otorgado al Juez, pero más extraño en los sistemas continentales (más allá de los denominados como juicios de equidad)[156]. Esta conclusión es observable en las consultas publicadas por el ICAC pues sólo hemos contrastado su empleo en la solución de dos problemas. En concreto, en la consulta 2 del BOICAC 91 (2012) sobre aportación de instrumentos de patrimonio entre empresas controladas por la misma persona física y en la consulta 6 (BOICAC 86 de 2011) sobre la entrada en vigor de la norma contable aplicable a cooperativas.

Por lo que se refiere a la inclusión tradicional del Derecho natural como método de heterointegración es probable que requiera un análisis más detallado para no quedarnos, en palabras de DELGADO PINTO, J.[157], en la teología ni en la filosofía greco-medieval sino en la nueva filosofía racionalista y en el conjunto de principios jurídicos-políticos que inspiraron a la revolución burguesa. Creemos que en estos momentos nos apartaría

[154] *El problema de las lagunas en el Derecho*, pág. 312.
[155] Resulta esclarecedora la concisión de DWORKIN, R. (*Los derechos en serio*, pág. 215) al distinguir entre concepto y concepción de equidad y que por su interés reproducimos a continuación: "*Cuando apelo al concepto de equidad, apelo a lo que significa equidad, y no doy especial importancia a mis opiniones al respecto. Cuando formulo una concepción de la equidad, especifico lo que yo entiendo por equidad y, por consiguiente, mi opinión es lo esencial del asunto (…)*"
[156] Véase, por ejemplo, SUÁREZ CROTHERS, C. (*El concepto de derecho a la vida privada en el derecho anglosajón y europeo*).
[157] *De nuevo sobre el problema del Derecho natural*, pág. 8.

del centro de atención de nuestro trabajo por lo que será una línea de investigación a seguir en el futuro.

No queremos terminar la parte correspondiente al análisis de las lagunas sin recordar la posibilidad de recurrir a las NIIF/NIC para su solución. Por lo demás, resulta pertinente al terminar la exposición de los métodos de heterointegración porque entendemos que cuenta con una cierta relación. En el primer apartado de nuestro trabajo (*Introducción*) ya avanzamos que somos partidarios de su admisión criticando el pretendido carácter autónomo de la norma española por lo que baste ahora con esta mención.

2.2. Función y finalidad de la interpretación

Es claro que la función más básica de la interpretación tiene que ver con la necesidad de hacerla a la que nos acabamos de referir, pero subyace inmediatamente a continuación la cuestión de qué es lo que se espera obtener por este medio (RODRÍGUEZ TOUBES, J.[158]). Este enfoque para clasificar la función puede adoptar múltiples criterios. En CANALE, D.[159], por ejemplo, se hace una distinción indagando en el carácter autónomo de la teoría del significado para crear dos grandes agrupaciones de teorías explicativas: las teorías proposicionales y las teorías interpretativas. En RAMÍREZ LUDEÑA, L.[160] se vincula la función de la interpretación por medio de su aproximación a la verdad [161] y así

[158] *Aspectos de la interpretación jurídica (un mapa conceptual)*, pág. 322.
[159] *Teorías de la interpretación jurídica y teorías del significado*.
[160] *Verdad y corrección en la interpretación jurídica*.
[161] Y este tema debería llevar a la distinción entre proposiciones descriptivas y prescriptivas al modo que se hace en BOBBIO, N. (*ob. cit.*, pág. 46) pues la prueba de verdad sólo puede hacerse en las proposiciones del primer tipo mas no en las segundas (el punto de análisis es preguntarse si es válido o no, o si es justo o injusto).

podríamos continuar enumerando enfoques diversos lo que pensamos que tiene poca utilidad.

A los fines de nuestro trabajo nos interesan más las funciones descritas en RODRÍGUEZ TOUBES, J.[162] y que le permiten distinguir entre aquellos que *utilizan* la interpretación como medio para lograr el resultado más conveniente para sus intereses (una actitud particularista o *ad hoc* dice el autor citado) frente a aquellos otros que ven en la interpretación el medio para extraer reglas generales no sólo para su uso en el caso sujeto a la controversia sino casos futuros que compartan los mismos rasgos relevantes (en una clara actitud universalista o metódica). Concluye que la primera función busca más el beneficio a corto plazo (a lo que con bastante benevolencia llama *utilitarismo de actos*) mientras que los réditos en el segundo caso son más a largo plazo (*utilitarismo de reglas*). Como es natural, la interpretación fraudulenta pondera la función particularista por lo que conviene identificar los presupuestos metodológicos en los que se sustenta para poder actuar sobre la raíz del problema[163].

Preguntarse por los presupuestos metodológicos no es sino contestar a la pregunta de cómo actúa la interpretación jurídica. Y la respuesta es obligada, como bien indica COMANDUCCI, P.[164], no sólo por el imperativo weberiano aplicable a las ciencias sociales conforme al cual se deben declarar los valores y las opciones metodológicas elegidas para

[162] *Ob. cit.*, págs. 322 y ss.
[163] En CHIASSONI, P. (*Técnicas de interpretación jurídica*, págs. 89 y ss.) se afirma que los juristas se rigen por unos códigos formados por directrices hermenéuticas ordenadas en tres niveles: el primero contiene el material del que se valen los intérpretes para asignar y justificar el significado de una norma, el segundo se ocupa de la forma como se organiza el primer nivel y los procedimientos para valorar el resultado obtenido y el tercero, el componente axiomático para ordenar el modo correcto que se ha de seguir para interpretar las disposiciones. Este tercer nivel es al que nos referimos, de acuerdo con RODRÍGUEZ TOUBES, J (*Aspectos de la interpretación jurídica*, pág. 327), para el desarrollo de los presupuestos metodológicos.
[164] *Principios jurídicos e indeterminación del derecho*, pág. 89.

minorar el sesgo valorativo de la investigación, sino porque es muy probable que las conclusiones alcanzadas sólo tengan validez en este contexto.

Una primera distinción tiene que ver con elegir entre un enfoque teórico frente a otro que podemos denominar como de política de derecho. El primero, de acuerdo con COMANDUCCI, P.[165] tiene que ver con el derecho como *es* y no como debería *ser*. En el primer párrafo de la primera página de la obra ya citada de BOBBIO, N. *Teoría general del Derecho*[166], y como buena expresión del presupuesto metodológico que fundamenta su marco teórico se dice: "*El enfoque que aquí se sigue para el estudio del derecho es el normativo. Con esto quiero decir que el mejor modo para acercarse a la experiencia jurídica es aprehender los rasgos característicos y considerar el derecho como un sistema de normas, o reglas de conducta. Partimos, por tanto, de una afirmación general de este tipo: la experiencia jurídica es una experiencia normativa*". Este es el que subyace en las páginas que siguen porque es el que presenta mayor utilidad, en nuestra opinión, para el estudio de la interpretación fraudulenta.

El análisis de los modelos de política de derecho debería referirse inicialmente a la obra de Kant como primer filósofo moral moderno, en opinión de PONCE ESTEBAN, E.[167], que diferencia entre la esfera de la ética o moralidad personal, y la esfera de la justicia y el derecho o moralidad política. Sería inevitable a continuación referirnos a Kelsen con su dualismo entre un Derecho positivo como creación de los hombres y, por tanto, imperfecto, y un Derecho natural absolutamente justo establecido por una autoridad superior. Desde luego, en este rápido recordatorio para ilustrar el segundo enfoque metodológico, Hart debería

[165] *Ibidem*, pág. 89.
[166] Pág. 3.
[167] *Los conceptos de justicia y derecho en Kant*, pág. 214.

ser estudiado seguidamente. Su concepción analítica del Derecho y el estudio de las peculiaridades del lenguaje jurídico le lleva a separar, a nivel precisamente del lenguaje, entre Derecho y moral para poder hacer una crítica moral de las normas jurídicas. Rawls debería ser estudiado seguidamente pues a él debemos el análisis de la justicia desde una perspectiva política y social (y no tanto como objeto de atención por la filosofía del Derecho) para concluir que la justicia es la meta de las instituciones sociales como la verdad el objetivo de los sistemas de pensamiento. Por ello, aboga por reformar o en su defecto abolir, las leyes o instituciones que, aunque sean eficaces y estén metodológicamente ordenadas, sean injustas. Habermas retoma la ética kantiana para ampliar su base de aplicación y dar entrada a las necesidades de las personas a través de un consenso racional (y no puramente *fáctico*). El impacto que sobre los estudios del Derecho ha tenido la obra de Dworkin es innegable[168]. Su concepto de justicia se basa en el derecho igualitario de las personas en cuanto seres humanos y en la inviolabilidad de los derechos fundamentales ni siquiera por razones de una pretendida utilidad colectiva. Alexy por su parte trabajó el concepto de justicia, fuente inagotable de preocupación para los estudiosos de la política del derecho, diferenciando entre sistemas de Derecho positivistas (en los que se separa el Derecho y la moral) de los no positivistas (son realidades vinculadas) construyendo un interesante entramado teórico para la argumentación jurídica[169]. En las anteriores líneas hemos querido dejar

[168] Aunque no faltan críticos que entienden que el mérito de su obra está exagerado porque no es sino la presentación de conceptos antiguos, aunque en un formato más sugerente (CASALMIGLIA, A. *El concepto de integridad en Dworkin*) o llegando a conclusiones erróneas (ENDICOTT, T. *Ronald Dworkin y las Consecuencias de la Vaguedad*), ciertamente nos llama la atención que en algunas publicaciones jurídicas de prestigio se le compara con un moderno aventurero, al modo del personaje cinematográfico de Indiana Jones, por su planteamiento innovador del Derecho (sirva como ejemplo, el trabajo publicado en la revista jurídica de la Universidad de Yale por HUTCHINSON, A. en 1987 y titulado *Indiana Dworkin and Law´s Empire*).

[169] La tesis doctoral de PINTO FONTANILLO, J.A. (*La teoría de la argumentación jurídica en Robert Alexy*) se centra en este aspecto.

una sucinta descripción de algunas contribuciones en este enfoque metodológico por razones estrictamente de uniformidad. A buen seguro se podrían haber añadido otros estudiosos, pero sólo hemos tratado de describir de forma sintética algunas aportaciones que perfilan este segundo presupuesto metodológico que más allá de presentarlo, debemos abandonar inmediatamente a continuación[170].

Elegido el enfoque que hemos denominado como teórico, un segundo presupuesto (véase COMANDUCCI, P.[171]) tiene que ver con la selección de un punto de vista externo (HART, L. A.[172]) que debe ser interpretado al modo que lo hace BULYGIN, E.[173] y que pasamos a concretar seguidamente.

HART, L. A.[174] sintetiza la diferencia entre el punto de vista externo e interno a través de un ejemplo que reproducimos a continuación: "*Cuando un grupo social tiene ciertas reglas de conducta, este hecho abre la posibilidad de tipos de aserción estrechamente relacionados entre sí, aunque diferentes; porque es posible ocuparse de las reglas como un mero observador que no las usa como guías de conducta. Podemos llamar a estos puntos de vista, el "punto de vista externo" y el "interno", respectivamente*".

En la crítica que hace GUASTINI, R.[175] a este planteamiento señala que el estatuto lógico de los enunciados externos es claramente un lenguaje de tipo descriptivo que puede adoptar la forma de proposiciones

[170] Resulta sumamente sugerente la discusión acerca del posicionamiento personal de PONCE ESTEBAN, E. (*ob. cit.*, pág. 211), a quien hemos seguido para presentar los modelos de política de derecho, para concluir con Kaufmann, que la filosofía del Derecho es una rama o especialidad de la Filosofía y no de la ciencia del Derecho. A pesar de ello, nos distraería del centro de atención de nuestro trabajo y sólo queremos dejar reseñado esta polémica no exenta de ciertas dosis de provocación académica.
[171] *Principios jurídicos e indeterminación del derecho*, págs. 90 y ss.
[172] *El concepto de Derecho*.
[173] *Algunas consideraciones sobre los sistemas jurídicos*.
[174] *Ob. cit.*, págs. 110-111.
[175] *Releyendo a Hart*, pág. 101.

meramente fácticas (*punto de vista externo extremo*) o normativas (punto de vista *extremo moderado*), aunque en todo caso, concluye GUASTINI, R.[176], se puede confirmar su verdad o falsedad[177].

El problema se complica cuando ese observador externo debe recurrir a una norma que le obliga a aplicar las reglas que reúnen ciertas características; esta norma primigenia contiene el criterio conceptual para decidir qué normas pertenecen al sistema, es decir, son válidas y cuáles no. Esta norma original (a la que BULYGIN, E.[178] llama regla de reconocimiento) no puede ser concebida como una regla jurídica sino como una norma de conducta que sin embargo debe identificar, con criterios jurídicos, quiénes son jueces para aplicar el Derecho por lo que se llega a un círculo del que es difícil salir. Por ello, el punto de vista externo hartiano debe ser reconducido, conforme a BULYGIN, E.[179], considerando la regla de reconocimiento no como una norma de conducta "*sino como una regla conceptual que fija los criterios de identificación de un orden jurídico y de las normas que pertenecen a los diversos sistemas de ese orden*". Como es natural, puede haber distintos puntos de partida, pero sólo hay un orden jurídico en cada grupo social.

Identificados los dos primeros presupuestos metodológicos (enfoque teórico y punto de vista externo con unidad del orden jurídico en el grupo social) conviene precisar las ideas que el intérprete asume, de forma consciente o inconsciente, como fundamentos de su tarea. Nótese que estamos en el campo de la realización del Derecho que comprende la

[176] *Ibidem*, pág. 101.
[177] Entre otros, este es el aspecto más criticable a juicio de GUASTINI, R. (*ob. cit.*) pues considera que bajo esta definición de punto de vista externo no puede haber otra cosa que no sea el discurso de la ciencia jurídica mas para Hart, según sostiene Guastini, esto no es así pues la única forma de conocer el Derecho es desde el punto de vista interno. Cita a continuación la crítica que hace Ross acerca del poco interés que muestra Hart por el lenguaje externo.
[178] *Algunas consideraciones sobre los sistemas jurídicos*, pág. 270.
[179] *Ob. cit.*, pág. 278.

formación de las normas y su aplicación, que a su vez se puede desdoblar en dos tareas: la investigación, aportación y fijación de los hechos y la investigación, interpretación e integración de la norma, aspecto éste último que constituye nuestro campo de trabajo y que requiere el concurso del dato social, de aspectos psicológicos y de un proceso diferente dependiendo de cuál sea la norma a interpretar (una ley o disposición, la costumbre, los principios o los casos en los que el Juez debe acudir a otras fuentes extra-formales)[180].

Estos presupuestos eminentemente prácticos se integran complementariamente por las tesis ontológicas que el intérprete tiene sobre la naturaleza del Derecho y sus fuentes, así como también sus concepciones de política jurídica que pueden inclinar su actividad hacia soluciones más conformes con la unicidad del marco teórico a que antes hemos hecho referencia o hacia otros resultados más coherentes con las ideas de progreso social, por poner un ejemplo. También estaría en este nivel la idea que tiene el intérprete de la relación existente entre el legislador y la legislación que afecta temas tan cruciales como si es posible identificar un legislador responsable de la norma a interpretar[181], su racionalidad[182], la discusión acerca de su *potestas* o *auctoritas*[183] y otras cuestiones conexas[184] (por todos, RODRÍGUEZ TOUBES, J.[185]),

[180] Véase, entre otros, VEGA BENAYAS, C. *Teoría, aplicación y eficacia en las normas del Código Civil*, págs. 114-115.
[181] Véase, por ejemplo, GARRIDO FALLA, F. (*Sobre la responsabilidad del Estado legislador*).
[182] Por no extendernos en este tema dejamos citado el análisis realizado en EZQUIAGA GANUZAS, F.J. (*Argumentos interpretativos y postulado del legislador racional*) y en CALVO GARCÍA, M. (*Metodología jurídica e interpretación: el postulado de la racionalidad del legislador*).
[183] Aunque centrado sólo en el occidente cristiano, es interesante el análisis de ESTRUCH, D. (*Entre la Potestas y la Auctoritas*) sobre la evolución de estos términos.
[184] En CARBONNIER, J. (*Sociología jurídica*) se analiza el aspecto sociológico de los valores que afectan al Derecho y en CARVAJAL, J. (*La sociología jurídica y el Derecho*), con mayor proximidad al tema estudiado, cómo afectan a la tarea interpretativa.
[185] *Aspectos de la interpretación jurídica*, pág. 327.

algunas de las cuales serán objeto de atención al revisar las tesis objetivas de la interpretación jurídica.

La función así descrita podría caracterizar genéricamente la interpretación y nos sirve de guía para concretar su configuración en el caso de la interpretación fraudulenta. Es obvio que la primera función es responder a la necesidad de interpretar con una actitud particularista o *ad hoc* como antes habíamos señalado mas el esquema cambia inmediatamente a continuación pues los presupuestos metodológicos pierden su naturaleza y se ponen al servicio de este resultado deseado. Poco más podemos señalar que no sea insistir que el final de la interpretación se pone al inicio del trabajo y todo el entramado metodológico, que hay que conocer, sirve de *argamasa* para dotarlo de una apariencia científicamente neutra.

En relación con la finalidad perseguida con la interpretación jurídica en general, para luego perfilar los rasgos de la finalidad propia de la interpretación fraudulenta en particular, debemos referirnos a la cuestión de para qué interpretar el Derecho o, dicho de otro modo, qué es lo que se busca con la interpretación. La respuesta a este interrogante nos lleva de forma natural a posturas que suelen revestir la forma de teorías prescriptivas[186].

Existen distintas formas para clasificar la finalidad de la interpretación. Para no extendernos demasiado en este punto, iniciamos el análisis a partir de la asunción antes explicada de que entendemos la interpretación como un conocimiento práctico que tiene por objeto una conducta humana (a la que luego dedicaremos nuestra atención), de modo que la finalidad no consiste meramente en describir las modalidades de esa conducta sino su ordenación, dirección y calificación valorativa con

[186] Por todos, RODRÍGUEZ TOUBES, J. (*Aspectos de la interpretación jurídica*, pág. 343).

referencia al fin antes tratado[187]. KALINOWSKI, G.[188] añadía el marcado carácter filosófico, consciente o inconsciente, implícito en el fin y en toda la tarea interpretativa que nos parece pertinente recordarlo en este punto.

Por ello podemos diferenciar inicialmente entre las doctrinas subjetivas también llamadas *intencionalistas* o *psicologistas* que se caracterizan porque el intérprete busca el sentido que el legislador quiso darle a la disposición objeto de su análisis. Se trata de una finalidad que abre un gran número de alternativas que trataremos de presentar sucintamente a continuación. La doctrina suele preguntarse si este sentido pasa por conocer los motivos originales o las intenciones[189]. La diferencia no es baladí pues normalmente las motivaciones hacen referencia a los estados mentales de los autores de un texto que pretenden alcanzar ciertos objetivos a través del mismo lo que les haría irrelevantes para la interpretación de un texto (cf. MICHAELS, W.[190]). Por el contrario, las intenciones son muy importantes para el intérprete pues su conocimiento le acerca al significado de la disposición a interpretar[191] (véase, entre otros, LAISE, L.[192]).

Resuelta esta primera cuestión, procede a continuación diferenciar en un primer nivel aquellas disposiciones que han sido redactadas en un lenguaje claro y unívoco, de tal forma que las intenciones se identificarán sin problema y el margen para el intérprete queda reducido a su

[187] Véase MASSINI, C. (*La interpretación jurídica como interpretación práctica*, pág. 426).
[188] *Concepto, fundamentos y concreción del derecho*, págs. 109 y ss.
[189] Ver, entre otros, MICHAELS, W. *Intentionalism, again*. Para la presentación de las tesis intencionalistas seguimos el planteamiento desarrollado por LAISE, L. (en *La interpretación de la constitución de los Estados Unidos de América según el originalismo intencionalista* y en e*l originalismo de intenciones originales: tres tesis y dos objeciones*) pues, aunque centrados en la interpretación de los preceptos constitucionales, creemos que se ajustan perfectamente al fin perseguido.
[190] *Intentionalism, again*, págs. 89-90.
[191] Como bien señalaba MICHAELS, W. (*Ibidem*) subyace la diferencia entre *por qué* se ha redactado la disposición (motivo), lo que no tiene mayor importancia, de *qué* es lo que se ha escrito (intención) que naturalmente es relevante.
[192] *La interpretación de la constitución de los Estados Unidos de América*, pág. 251.

aplicación a un caso concreto y específico (MEESE, E.[193]). En un segundo nivel estarían los enunciados ambiguos, que ya han sido objeto de nuestra atención al analizar cómo favorecen la aparición de lagunas, a la luz de los usos lingüísticos contemporáneos (véase, por ejemplo, LAISE, L.[194]). El tercer nivel, de acuerdo con MEESE, E.[195], estaría formado por aquellos enunciados con un amplio margen de vaguedad, cuestión ésta a la que también nos hemos referido con anterioridad[196].

Una vez que está resuelto, dentro de la doctrina intencionalista, cuál es el nivel concreto al que se enfrenta el intérprete, surge inmediatamente a continuación la pregunta acerca de quiénes han plasmado la norma con la intención antes identificada y cómo serían esas intenciones en el momento de la interpretación, parafraseando a DWORKIN, R.[197]. En LAISE, L.[198] se afirma que la solución a este problema es especialmente difícil cuando hay ambigüedad en los términos empleados, se reduce cuando hay vaguedad y casi se anula cuando el lenguaje es claro y unívoco[199], lo que no hace sino confirmar lo que antes habíamos señalado.

[193] *Construing the Constitution*, pág. 24.
[194] *Ibidem*, pág. 254.
[195] *Ibidem*, pág. 25.
[196] Esta forma de clasificar es la que más interesa a los fines de nuestro trabajo. Por supuesto, hay otras clasificaciones no menos interesantes, aunque metodológicamente nos podrían llevar por otro recorrido conceptual. Así, por ejemplo, en LIFANTE VIDAL, I. (*Interpretación y modelos de Derecho: sobre el papel de la intención en la interpretación jurídica*, págs. 174 y ss.) cuando diferencia entre una primera versión del intencionalismo (basada en la concepción personal de autoridad) y una segunda versión, más jurídica aclara la autora mencionada, orientada a identificar al legislador cuyas intenciones deben tomarse en consideración (que denomina nivel descriptivo) así como conocer en qué casos está justificado acudir a las intenciones legislativas para interpretar el Derecho (designado como nivel justificativo).
[197] *The Forum of Principle*, págs. 476-477.
[198] *La interpretación de la constitución de los Estados Unidos de América*, págs. 257-258.
[199] La solución concreta, en cada una de estas situaciones, se aborda en *La interpretación de la constitución de los Estados Unidos* de 2017 (en las páginas 259 y ss.) y en su obra de 2015 titulada *El originalismo de intenciones originales* (en las páginas 208 y ss.) pero creemos que poco aportaríamos reproduciendo su análisis.

Frente a las doctrinas subjetivas están las objetivas que se concentran en el significado de la disposición a interpretar, esto es, en la intención o finalidad de la norma (*voluntas legis*) y no tanto en la que pudo tener su autor (*voluntas legislatoris*). Con claridad se afirma en CALVO GARCÍA, M.[200]: "*El postulado de la voluntad del legislador permite al intérprete superar las imprecisiones, los silencios e, incluso, las contradicciones entre lo que expresa el tener literal de la ley y lo que el intérprete piensa que debería haber sido querido por un legislador racional corrigiendo e interpretando sistemáticamente la ley*"[201], para apuntillar en VEGA BENAYAS, C.[202] quien concluye que el intérprete pondera el aspecto semántico de la norma (lo que quiere decir) por encima del gramatical (lo que dice o cómo lo dice) aunque siempre de conformidad con el total orden jurídico como referencia objetiva.

Esta forma de interpretar hunde sus raíces en los orígenes de la filosofía y del propio Derecho cuya evolución se resume bastante bien en CALVO GARCÍA, M.[203]. Por su carácter complementario para describir una fórmula a usar torticeramente por el intérprete (fraudulento) baste sólo recordar las aportaciones de Grocio[204] quien subrayó el elemento sistemático para hacer valer las relaciones con las materias, el efecto y las conexiones entre sí. Estas conexiones podrían derivarse luego por razón de su origen o de su lugar. Tampoco podemos olvidar la obra de Hobbes con la caracterización de un legislador racional que sintetiza

[200] *Metodología jurídica e interpretación*, pág. 114.
[201] En nota a pie de página anterior ya hemos hecho alusión a las características del legislador racional citando además a EZQUIAGA GANUZAS, F.J. *Argumentos interpretativos y postulado del legislador racional*.
A modo de ejemplo de las implicaciones de la doctrina objetiva recordamos la interpretación que VEGA BENAYAS, C. (*Teoría, aplicación y eficacia en las normas del Código Civil*, págs. 122 y ss.) hace del art. 3º 1 del Código Civil, y que comienza con la pregunta: "*¿Qué ha hecho el legislador español?*".
[202] *Ob. cit*, pág. 124.
[203] *Metodología jurídica e interpretación*, págs. 115 y ss.
[204] Para el análisis de su extensa obra nos hemos apoyado en los trabajos de RUIZ MIGUEL, A. (*Grocio, Pufendorf y el iusnaturalismo racionalista*) y CRIFÒ, G. (*Lectura mínima de Grocio*).

poder, voluntad y razón, y que guía el proceso de interpretación corrigiendo el significado del texto. El elemento añadido por Hobbes, y que aporta un análisis probablemente más profundo que el de Grocio, es la armonía que se debe preservar con la equidad y la razón[205].

Una última forma de clasificar la finalidad de la interpretación es la que distingue entre las doctrinas declarativas y reconstructivas; división que toma en consideración aspectos de mayor interés para el objeto de nuestro trabajo.

La doctrina declarativa tiene como finalidad desentrañar el mensaje que la norma tiene para sus destinatarios lo que excede de la mera averiguación del significado del texto al modo que se hace con el método de interpretación literal[206] pues aquí, el análisis se completa poniendo además en valor el contexto semántico, sintáctico y pragmático. MAZZARESE, T.[207] se preguntaba, en este sentido, qué entienden los juristas por interpretación literal y si son capaces de diferenciarla del significado literal. En POGGI, F.[208] se aportan hasta seis significados distintos que dan respuesta a la pregunta antes formulada, para concluir acerca de la inviabilidad que tiene tratar un significado sin dar entrada al contexto[209] por otras seis razones[210] entre las muchas que, según el autor citado, podría haber elegido.

---

[205] Para llegar a esta conclusión nos hemos apoyado en los trabajos de FOISNEAU, L. (*Hobbes y la autoridad de la ley*) y de BRANDA, C. (*Razón natural y racionalidad política en el Leviatán de Thomas Hobbes*).

[206] Encontramos un ejemplo de este tipo de confusión en CUENCA GÓMEZ, P. (*Aspectos, problemas y límites de la interpretación jurídica y judicial*, págs. 268-269) pues de otra forma no se entiende la conclusión a la que llega acerca de que la interpretación declarativa "*concibe la aplicación del Derecho como una labor meramente deductiva o mecánica*".

[207] *Interpretación literal: juristas y lingüistas frente a frente*, pág. 598.

[208] *Significado literal: una noción problemática*, págs. 620 y ss.

[209] *Ob. cit.*, pág. 624.

[210] En concreto cita las siguientes (POGGI, F. *Ibidem*, pág. 625): "*(i) la presencia de anáforas; (ii) la presencia de indexicales; (iii) los fenómenos de ambigüedad; (iv) los problemas de individualización de la función lingüística; (v) la falta de exhaustividad, y (vi) la subdeterminación del significado literal por las reglas semánticas y sintácticas*".

Para RODRÍGUEZ TOUBES, J. [211] , la tesis declarativa engloba planteamientos muy distintos que en su trabajo se reconducen a dos grandes grupos: en el primero, la interpretación indaga en el sentido mental que el texto tiene para ciertos destinatarios[212] (del presente o del pasado)[213] y que depende de las convicciones en las que participan o de la formación que poseen. Por hacer una referencia elemental al ámbito de las normas contables, los problemas sujetos a interpretación para conocer su solución se enfocan siempre desde la óptica de la partida doble que, como es ampliamente conocido, se plasma en la ecuación fundamental conforme a la cual el activo es igual a la suma del pasivo y el patrimonio neto (por todos, SÁEZ TORRECILLA, A. 1991[214]). No hemos evidenciado ninguna norma contable que exija aplicar la partida doble para registrar los hechos económicos. Es más, hay interesantes modelos que analizan el registro de los hechos económicos mediante la partida triple (estudiar sus consecuencias desde una triple óptica)[215], cuádruple e incluso múltiple (véase, por ejemplo, DE ARRIAGA GÓMEZ, F., CUADRADO EBRERO, A. y SOSA ÁLVAREZ, J.[216]).

En el segundo grupo, la interpretación busca dotar a la disposición (o a sus términos) del significado que tiene en la actualidad[217]. Un ejemplo

[211] *Aspectos de la interpretación jurídica*, pág. 325.
[212] Cuestión distinta es quiénes son esos destinatarios de las normas pues aborda un tema antiguo, poco pacífico y en opinión de BOBBIO, N. (*Teoría general del Derecho*, pág. 76), desueto (por mantener el colombianismo original usado en el texto utilizado) por lo que la referencia al análisis que se hace en esta obra (ob. cit., 75 y ss.) vendría a cubrir la respuesta a la pregunta evitando adentrarnos en la polémica doctrinal.
[213] Los iusnaturalistas modernos ponderan el interés de la comunidad y la defensa de los derechos humanos fundamentales como eje de actuación de las tesis declarativas (por todos, MASSINI, C. *Iusnaturalism and legal interpretation*, págs. 411 y ss.)
[214] *Contabilidad general*, págs. 7 y ss.
[215] Aún con no demasiada fortuna, el intento de ARJONA BRESCOLÍ, A. (*La contabilidad triangular o de partida triple*).
[216] *Guías para la mejora de la información financiera en un entorno axiomático*.
[217] POGGI, F. (*Significado literal: una noción problemática*, pág. 624), basándose en los avances en la filosofía del lenguaje, articula una diferencia entre enunciado como "*una expresión lingüística (formulada en un idioma dado) de forma gramatical perfecta, completa*" y enunciación que sería "*la ocurrencia delimitada desde el enfoque espaciotemporal de un enunciado*". Esto le permite argumentar que el primero es una

podría ser la regularización tributaria especial (Real Decreto Ley 12/2012, de 30 de marzo) que el ICAC resolvió[218] que debía registrarse como un caso de error contable conforme a lo previsto en la Norma de Registro y Valoración 22ª que ordena su aplicación retroactiva aumentando o disminuyendo las reservas del patrimonio neto.

En cuanto a las doctrinas reconstructivas, la interpretación se debe ajustar a su razón de ser (*ratio legis*) aunque no sea lo que se desprende del texto (RODRÍGUEZ TOUBES, J.[219]). Esto no implica la irrelevancia de la norma; muy al contrario, como señala RODRÍGUEZ PUERTO, M.[220] interpretando las tesis de Esser, la solución prevista en la ley no es una respuesta lista para usar de forma mecánica sino una "*finalidad iluminadora de los problemas que deberá ser captada mediante una actividad razonable del jurista*".

En relación con su trascendencia para la labor del intérprete creemos que es suficientemente expresiva la conclusión que transcribimos a continuación de VEGA BENAYAS, C.[221] cuando decía: "*La búsqueda del espíritu (sentido, contenido inmanente) y finalidad (intencionalidad, eficacia, resultado de su aplicación) es, pues, el criterio dominante, la última "ratio" de la interpretación, el más genuino deber del intérprete. Si todos los demás criterios pueden cobijarse en el amplio concepto de "técnica operatoria", este último y definitivo conlleva una labor de penetración más profunda del sentido y finalidad de la norma*".

realidad abstracta cuyo significado ha de ser acontextual, mientras que las enunciaciones, forma en la que normalmente se concretan las disposiciones normativas, deben ser interpretados con arreglo al contexto.

[218] Ver la consulta 8 publicada en el BOICAC 94 (2013). Llama la atención que mientras el efecto acumulado se registra contra las reservas sociales como exige la Norma de Registro y Valoración indicada, el importe derivado de la autoliquidación que practica el sujeto tributario se reconoce como un gasto del ejercicio.

[219] *Aspectos de la interpretación jurídica*, pág. 325.

[220] *Métodos de interpretación, hermenéutica y Derecho natural*, pág. 327.

[221] *Teoría, aplicación y eficacia en las normas del Código Civil*, pág. 135.

A pesar de exponer estas doctrinas, declarativa y reconstructiva, como dos planteamientos aparentemente antitéticos (el primero preocupado por el texto y el segundo por la finalidad de la norma), en un trabajo anterior de RODRÍGUEZ TOUBES, J.[222] llamaba la atención sobre el hecho de que eso no significaba que los primeros, defensores de la doctrina declarativa, se olvidaran de los fines de la norma y los segundos obviaran el papel del texto. Bien decía que la cuestión de fondo es que cuando el texto y el fin de la norma entran en abierto conflicto, las etiquetas asignadas a estos enfoques subrayan qué criterio prevalece en el caso sometido a examen, para concluir, en línea con el párrafo que acabamos de citar, que "*(c)ualquier intérprete serio se interesa tanto por el texto como por los fines*" (RODRÍGUEZ TOUBES, J.[223]).

Dentro de la tesis reconstructiva cabe simultáneamente identificar dos modelos: de una parte, cuando la tarea interpretativa indaga en la razón de ser de la norma en cuanto al propósito que se le atribuye (bien de forma individual o en conjunto al ordenamiento jurídico entendido en términos unitarios). De otra parte, se trata de averiguar su significado atendiendo al sentido de los antes referidos principios generales del derecho.

En el ámbito de las normas contables, la imagen fiel a la que nos hemos referido con anterioridad al tratar la complejidad del lenguaje jurídico empleado expresa la razón de ser del ordenamiento en esta materia[224].

[222] *El criterio histórico en la interpretación jurídica*.
[223] *Ob. cit.,* pág. 607.
[224] Durante un tiempo fue calificado como súper-principio por su carácter conformador de toda la normativa contable (véase, entre otros, CIMOURDAIN, C. *Derecho de Contabilidad: finalidad y fidelidad de las cuentas anuales*, pág. 910).

3. Acerca de la figura de los intérpretes

El orden expositivo seguido nos lleva a preguntarnos a continuación por quién es el sujeto de la actividad interpretativa, esto es, quién es el intérprete[225]. Responder a esta cuestión supone conocer adicionalmente los instrumentos usados y los materiales a su disposición y a ello dedicamos el epígrafe que sigue.

3.1. Los agentes de la interpretación

Parece obvio comenzar por la figura más relevante y estudiada en Derecho que es la interpretación que realizan los órganos jurisdiccionales (básicamente jueces, pero también tribunales y otros funcionarios con esta capacidad) que tienen encomendada la aplicación del Derecho[226]. Esta interpretación cuenta con el apoyo del sistema jurídico con los límites y en las condiciones establecidas. En el mapa conceptual que nos sirve de guía para analizar la actividad interpretativa (ver RODRÍGUEZ

[225] En PUIG PEÑA, F. (*Tratado de Derecho Civil español*, pág. 423) se presenta el concepto de intérprete a través de la investigación del término original en la forma siguiente: "*Interpretación viene de inter (entre) y paro (comprar), significando la actuación del que media en las compras, generalizándose después a otros negocios y asuntos de la vida. Por esto se llamó intérprete, dice Clemente De DIEGO, al que media entre dos personas traduciendo las expresiones de una para comunicarla a la otra; la función del intérprete es, pues, comunicar y unir dos términos antes incomunicables o incomunicados. Cuando se habla de la interpretación de la ley se da a entender que entre la fórmula rígida y abstracta de la ley y el caso o especie regulados por ella se alza la personalidad del aplicador del derecho para acomodar aquéllos a éstos, incorporándose la norma con su verdadero significado a los efectos y relaciones de la vida social*".

[226] En VIGO, R. (*Ética judicial e interpretación jurídica*, pág. 279) se recuerda que, en estos momentos, "*el juez cumple un servicio remunerado que le ha encomendado la sociedad, la que además le ha otorgado un cierto poder o imperio y le ha puesto a su disposición el auxilio de ciertos colaboradores, pero todo ello para derivar racionalmente desde todo el Derecho la solución justa que corresponde determinar para los casos que han sido asignados a su jurisdicción*".

TOUBES, J.[227]), los agentes se clasifican bajo la modalidad en la que llevan a cabo la interpretación pues de esta forma se trata tanto la cuestión de *quién* hace la interpretación como las *circunstancias* (espaciales y modales señala el autor citado[228]) en las que tiene lugar la actividad. Esta forma de clasificar es adecuada a los fines perseguidos en nuestro trabajo por lo que los jueces y funcionarios con competencias estarían agrupados por la capacidad *decisional* que tienen.

Esta capacidad decisional queda bien expresada por AARNIO, A.[229] mediante un ejemplo en el que un juez tenía cuatro alternativas para resolver un problema de las que sólo dos son válidas jurídicamente. En el proceso, el juez tiene la obligación de dar una sola respuesta a cada caso y eso es lo que espera tanto la dogmática como la propia ciencia jurídica. La decisión es unitaria pero sin embargo, el término contiene cierta ambigüedad lo que le lleva a plantear unas versiones o concreciones que, de forma sintética, podrían quedar como sigue: (i) la versión *fuerte* que consiste en que en efecto, cada caso tiene una respuesta que además puede ser detectada (concluye que este es el parecer del Derecho natural racionalista y de la jurisprudencia de conceptos), (ii) la versión débil, según la cual existe la respuesta única pero duda acerca de las posibilidades de descubrirla (tesis sostenida por algunas escuelas positivistas) y (iii) la postura crítica, explicada por el autor citado, según el cual no puede haber respuestas correctas en el razonamiento jurídico.

La aplicación de esta postura crítica a la solución de problemas contables es clara, en nuestra opinión. No hay soluciones únicas y mejores que las restantes alternativas en muchos casos. Lo más que se puede exigir es

[227] *Aspectos de la interpretación jurídica*, pág. 339.
[228] *Ibidem*, pág. 318.
[229] *La tesis de la única respuesta correcta y el principio regulativo del razonamiento jurídico*, págs. 23 y ss.

alcanzar una solución y una justificación que sea aceptable para la mayoría de los miembros racionalmente pensantes de la comunidad a la que se dirige en un momento determinado[230] y a la que nos vamos a referir al final de este capítulo. De nuevo resulta crucial el papel de los juicios de valor, como ya pusieron de manifiesto CUADRADO EBRERO, A. y VALMAYOR LÓPEZ, L.[231], para llegar a esta conclusión[232].

El problema se complica cuando para la elección de esa solución única entra en juego la dimensión ética que es objeto de análisis en VIGO, R. (2006) para concluir con el catálogo de exigencias éticas judiciales que serían las siguientes: (i) independencia, (ii) imparcialidad, (iii) conocimiento, (iv) prudencia, (v) justicia, (vi) fortaleza, (vii) honestidad, (viii) decoro, (ix) secreto o confidencialidad, (x) cortesía o afabilidad, (xi) diligencia, (xii) transparencia, coherencia o buena fe, (xiii) austeridad republicana y (xiv) responsabilidad. Es probable que, aun con matices, exista un alto grado de consenso acerca de que son virtudes deseables

[230] Un análisis más detallado de esta conclusión se puede revisar en AARNIO, A. (*ob. cit.,* págs. 25 y ss.).
[231] *Metodología de la investigación contable*, págs. 116 y ss.
[232] Un ejemplo ilustrativo para apoyar esta tesis sería el tratamiento contable del fondo de comercio. Por hacer una rápida evolución recordamos cómo a inicios del siglo XX se admitía su reconocimiento para inmediatamente a continuación darlo de baja contra las reservas sociales. Esta solución estaba admitida ampliamente en la práctica y por la doctrina, aunque JOHNSON, J. y TEARNEY, M. (*Goodwill – An Eternal Controversy*, pág. 58) argumentaron que más por su facilidad que por tener una base mínimamente científica. Luego se pasó a su activación sin amortización por considerar que tenía una vida útil ilimitada (véase el *Accounting Research Bulletin*, 43, emitido originalmente en 1939 y revisado luego en 1953 aunque manteniendo esta solución igual). Posteriormente y ya en la década de los setenta del siglo pasado se permitió su reconocimiento en el activo y su amortización a lo largo de su vida útil. La discusión se trasladó entonces a resolver el problema del plazo que oscilaba entre 40 años en EE.UU. hasta plazos menores en Europa continental (entre 5 y 20 años). El fenómeno de la globalización económica trajo como consecuencia un problema de comparabilidad en este punto azuzado por la cantidad de operaciones de combinaciones de negocios cerradas en esta época (véase, entre otros, JOHNSON, L. y PETRONE, K., *Is Goodwill an Asset?*, pág. 293). Puede que, por este motivo, el fondo de comercio reconocido en el activo pasó a considerarse de nuevo, como un activo intangible de vida indefinida. La experiencia de la crisis económica reciente durante la cual apenas se registraron deterioros de activos de esta naturaleza a pesar de la intuición acerca de su existencia, puede estar detrás del último giro, hasta el momento presente, de tal forma que el fondo de comercio vuelve al activo intangible pero sujeto a una vida útil no superior a 10 años en la UE.

para quienes tienen la responsabilidad de llevar a cabo esta interpretación. Cuestión bien distinta es la concreción de cada una de estas características donde la falta de consenso es tan clara que es innecesario extendernos más.

Una visión más extrema de la posición de los jueces es la que propugna el conocido como neoconstitucionalismo que, considerado como una doctrina o incluso una ideología institucional, proclama una nueva relación entre el poder judicial (con papel preponderante para los que tienen el control de la constitucionalidad, aunque desplegando sus efectos en todos los niveles) y los demás poderes del Estado, así como con la propia sociedad civil para garantizar los derechos. De forma rotunda (y quizás, añadimos nosotros, un tanto exagerada), SANTIAGO, A.[233] afirmaba que, si el siglo XIX fue el del poder legislativo, el siglo XX correspondió al poder ejecutivo, espera que el siglo XXI sea el del poder judicial. Adentrarnos en sus implicaciones creemos que excede de los límites autoimpuestos en este trabajo. Sólo anticipamos que en la medida que estos planteamientos enfaticen la autonomía e importancia del poder judicial respecto a los otros poderes del Estado no podemos estar más que completamente de acuerdo. Ahora bien, nos preocupa la disminución en la discrecionalidad de los otros poderes que contrasta con su aumento en el caso de algunos representantes del poder judicial como el propio autor citado reconocía[234].

[233] *Sistema jurídico, teoría del derecho y rol de los jueces: las novedades del neoconstitucionalismo*, pág. 141.
[234] *Ibidem*, págs. 145 y ss.
En LÖSING, N. (*Independencia y función del Poder Judicial en el Estado democrático de derecho*) se analiza la situación del poder judicial y de los jueces en Alemania para concluir acerca de la falta de independencia real del primero frente a otros poderes del Estado lo que contrasta con la independencia real (y creciente) de los jueces. Creemos que este análisis puede ser extrapolado a la situación en España sin demasiado esfuerzo.

Un segundo grupo, por seguir con la presentación de los intérpretes, estaría constituido por personas (o entidades) con formación jurídica o medios para tenerla, y que necesitan alcanzar conclusiones fundadamente pero no tienen entre sus funciones aplicar esas normas (al modo que lo hace el grupo anterior[235]) por lo que emiten una opinión, dictamen o, en sentido más amplio, una comunicación formal. Por eso, RODRÍGUEZ TOUBES, J.[236] los engloba en la modalidad de *opinión* (u opinantes) que en el caso de las normas contables adquiere matices muy interesantes para analizar.

Este grupo puede subdividirse por el elemento característico de estas opiniones. Así encontraríamos la opinión doctrinal implícita en el análisis teórico de las normas contables. Nótese que la metodología aplicada para llegar a las conclusiones es la que comúnmente se aplica en las ciencias sociales y por ello, no está desprovista de su contrastación con la práctica, es decir, no es autónoma de lo que acontece en la realidad.

La otra subdivisión nos lleva a identificar aquellas opiniones más orientadas a la práctica (aunque muchas veces basadas en los avances de la investigación doctrinal) que, de forma similar al caso anterior, deben observar criterios técnicos para apoyar la conclusión interpretativa

[235] Aunque probablemente es admisible otra solución, incluimos en este segundo grupo a los Registradores Mercantiles porque su relevante tarea interpretativa no va tanto dirigida a resolver una cuestión litigiosa (entre dos partes con intereses normalmente opuestos) cuanto, a calificar, bajo su responsabilidad, la legalidad de las formas extrínsecas de los documentos en cuya virtud se solicita la inscripción. De todos es conocido que contra la calificación negativa del Registrador (suspendiendo o denegando una inscripción), cabe recurso ante la Dirección General de Registros y del Notariado o ante el juzgado de Primera Instancia de la capital de la provincia en la que esté situado el Registro. En el caso de los Notarios, como fedatarios públicos y por lo que respecta al reconocimiento de documentos de naturaleza contable (por ejemplo, las cuentas anuales de una empresa junto con el informe del auditor en los casos en los que es preciso su presentación para proceder a una modificación de la cifra de capital social), nos inclinamos por la misma solución aunque albergamos algunas dudas por las recientes modificaciones legales como ha puesto de manifiesto, entre otros, FERNÁNDEZ BUJÁN, A. (*Notariado y jurisdicción voluntaria*).

[236] *Aspectos de la interpretación jurídica*, pág. 319.

alcanzada. En RODRÍGUEZ TOUBES, J.[237] aún se perfila más la división separando las opiniones oficiales[238] de las no oficiales, y esta agrupación es de sumo interés para nuestro estudio. Las primeras son las que se realizan por entidades o personas que forman parte de la Administración pública y que cuentan con formación precisa sobre el tema. Por lo demás, sus dictámenes tienen una clara vocación práctica.

El ejemplo más claro de las primeras puede ser el ICAC que es un organismo autónomo dependiente, en la fecha de redactar este trabajo, del Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital[239]. Los órganos de gobierno del ICAC son[240] el Presidente, el Comité de auditoría de Cuentas y el Consejo de Contabilidad. Este último cuenta con el asesoramiento del Comité Consultivo de Contabilidad y tiene como función básica "*valorar la idoneidad y adecuación de cualquier propuesta normativa o de interpretación de interés general en materia contable con el Marco Conceptual de la Contabilidad regulado en el Código de Comercio*" (art. 59, Ley 22/2015 de Auditoría de Cuentas). Esta función de actualización permanente de la normativa contable trae dos consecuencias: de una parte, el ICAC [241] "*podrá aprobar, mediante resolución, normas de obligado cumplimiento que desarrollen el Plan General de Contabilidad y sus normas complementarias, en particular, en relación con las normas de registro y valoración y las normas de elaboración de las cuentas anuales*". Estas Resoluciones han tratado

[237] *Aspectos de la interpretación jurídica*, nota a pie de página número 18.
[238] Convenimos con RODRÍGUEZ TOUBES, J. (*ob. cit.,* pág. 319) que el término se debe entender por oposición a lo que es la interpretación no oficial caracterizada por plegarse al interés de una parte.
[239] Su estatuto original fue aprobado por RD 302/1989 y su régimen actual es conforme a la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público. También es de aplicación lo previsto en la Ley de auditoría de cuentas (de 20 de julio de 2015) y en el Reglamento de desarrollo de la indicada norma (RD 1517/2011).
[240] De acuerdo con la Disposición Adicional Cuarta del RD 296/2004.
[241] Disposición Final Tercera del RD 1514/2007, por el que se aprueba el PGC. Estas normas de obligado cumplimiento deben ajustarse en cuanto a su tramitación a lo previsto en el artículo 24.1 de la Ley 50/1997, del Gobierno.

temas de notable interés [242] y son, obvio es decirlo, de obligado cumplimiento. Su inclusión en este apartado es porque su origen puede estar en la labor interpretativa derivada de las contestaciones a las consultas formuladas al ICAC y a las que luego nos vamos a referir[243]. Junto a las Resoluciones, el ICAC publica *notas* que también agrupan consultas[244] por lo que su cumplimiento queda condicionado por el de las consultas de las que dimana. En esta fecha sólo quedan 2 notas (número 44, compromisos por pensiones, y 45, transacciones entre empresas vinculadas) y una numerada como 45-bis sobre consolidación.

Un elemento pues de notable interés para nuestro trabajo, como acabamos de anticipar, son las contestaciones a las consultas formuladas al ICAC. Los requisitos y formalidades están previstos en el Reglamento de 2011 que desarrolla la Ley de auditoría (de 2015 con la que presenta un desfase más que notable en estos momentos). En concreto, la Disposición Adicional 9ª establece en su apartado 1: "*Las personas con competencias para la formulación de cuentas anuales o su verificación, podrán efectuar consultas debidamente documentadas al Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas, respecto de la aplicación de las normas contenidas en el marco normativo de información financiera*

[242] Hasta la fecha de redactar este trabajo son las siguientes: problemas relacionados con instrumentos de patrimonio y sociedades de capital (marzo, 2019), impuesto sobre beneficios (febrero de 2016), información sobre el plazo de pago a proveedores (enero, 2016), determinación del coste de producción (abril, 2015), aplicación del principio de empresa en funcionamiento (octubre, 2013), deterioro del valor de los activos (septiembre, 2013), inmovilizado intangible (mayo, 2013), inmovilizado material e inversiones inmobiliarias (marzo, 2013), derechos de emisión de gases con efecto invernadero (febrero, 2006), aspectos medioambientales (marzo, 2002), regímenes especiales del IVA y del IGIC (enero, 1997) y determinación de la cifra de negocios (mayo, 1991).

[243] En la Disposición Adicional 9ª del Reglamento que desarrolla la auditoría se indica (apartado 5): "*Sin perjuicio de que las consultas reiteradas sobre un mismo asunto puedan instar al Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas a la elaboración de una resolución de aplicación general (…)*".

[244] El comienzo de la nota siempre es el mismo: "*Dado el interés suscitado en relación con el tratamiento contable que debe aplicar (…)*" (salvo la nota sobre Consolidación, aunque también es cierto que no tiene una numeración correlativa con las notas anteriores).

aplicable y de la normativa reguladora de la actividad de auditoría de cuentas, dentro del ámbito de competencias de dicho Instituto".

En alguna ocasión se ha tratado de ver algún paralelismo con las consultas formuladas a la Agencia Tributaria [245] en lo atinente a la vinculación que comporta para el consultante, tema éste último que tampoco es pacífico entre los fiscalistas (véase, entre otros, VILLAVERDE GÓMEZ, B.[246] y con matices en sentido contrario, GRAU RUIZ, A.[247]). Desde luego, en el caso de las consultas evacuadas por el ICAC la cuestión está, en nuestra opinión, clara. El apartado 3 de la antes mencionada Disposición Adicional 9ª señala: "*La contestación tendrá carácter de mera información y en ningún caso constituirá un acto administrativo, no pudiendo los interesados entablar recurso alguno contra la misma*".

Sin embargo, el alto nivel de rigor técnico de las contestaciones produce el efecto de no ser vinculantes de *iure,* pero sí de *facto*. En ocasiones, además, son la base de las Resoluciones por lo que su incorporación como ayuda para la interpretación es innegable y por ello, su análisis entre las líneas de investigación a cubrir en el futuro (capítulo VI de este trabajo).

Como ejemplos de personas que llevan a cabo interpretaciones de normas contables incluidos en este grupo que tiene carácter "*oficial*", además de los Registradores Mercantiles y los Notarios a los que antes hemos aludido, estarían los auditores pues también son independientes de la parte que solicita el informe de auditoría. Para concluir su opinión deben analizar por muestreo (de acuerdo con el enfoque tradicional[248]) o

[245] Puede que por el origen del ICAC como antiguo organismo dependiente del Ministerio de Hacienda cuando se llamaba Instituto de Planificación Contable.
[246] *Un supuesto de interpretación de las normas tributarias*.
[247] *El nuevo régimen jurídico de las consultas Tributarias*.
[248] Por la claridad con la que se expone la metodología, MAUTZ, R. y SHARAF, H. *La filosofía de la auditoría*.

a lo largo de toda la población (según el modelo actual de auditoría continua[249]), el reconocimiento y valoración de los hechos económicos que afectan a la empresa. Es una opinión técnica no exenta de una importante carga de responsabilidad [250] en la que prevalece el escepticismo profesional sobre el interés del cliente.

En esta modalidad de intérpretes *opinión* y dentro de las interpretaciones *no oficiales* es clara la inclusión de las personas que llevan la contabilidad de la empresa pues no son independientes del resultado de la actividad desarrollada, esto es, tienen interés en la conclusión que alcancen que, por otra parte, tienen que apoyarla en criterios técnicos dada la responsabilidad que adquieren[251]. Si en los casos anteriores, se trata de una interpretación rogada, en este caso estamos ante una interpretación derivada de un deber jurídico-público [252] complejo [253] impuesto a todo empresario[254] que revisamos sintéticamente a continuación[255].

La nota de deber jurídico-público tiene que ver con que estamos ante una obligación respecto a la que hay un obligado, pero no es posible identificar con la claridad que sería necesaria, el titular activo, la contraparte de la obligación con derecho, como decía la teoría clásica, a exigir el

[249] Véase, entre otros, EULERICH, M. y KALINICHENKO, A. *The current state and future directions of continuous auditing research*.
[250] Ver RUANO MOCHALES, T. *La responsabilidad de los administradores y de los auditores en el proceso de elaboración de las cuentas anuales*.
[251] Véase, entre otros, DESDENTADO DAROCA, E. *La responsabilidad de los administradores sociales frente a socios y terceros*.
[252] Véase BLANCO CAMPAÑA, J. *Régimen jurídico de la contabilidad de los empresarios*, pág. 172.
[253] Cf. ALONSO ESPINOSA, F. *El deber de documentación de la empresa y de llevanza de Contabilidad*, pág. 24.
[254] El art. 25.1 CC expresa de forma concisa que es el empresario quien debe "*llevar una contabilidad ordenada, adecuada a la actividad de su Empresa que permita un seguimiento cronológico de todas sus operaciones, así como la elaboración periódica de balances e inventarios. Llevará necesariamente, sin perjuicio de lo establecido en las leyes o disposiciones especiales, un libro de Inventarios y Cuentas anuales y otro Diario*".
[255] Nos basamos en SOSA ÁLVAREZ, J., SEGOVIA SAN JUAN, A. y VELASCO FABRA, G. (*El hecho contable como aporía jurídica: una reflexión*) donde el estudio de estas cuestiones se hace en mayor extensión.

cumplimiento. Nos parece que la *ratio legis* del deber tiene que ver con el correcto funcionamiento de la economía de mercado que pasa por disponer de una información económica y financiera fiable. Pero ocurre que esta contraparte carece del *derecho* a exigir que los libros obligatorios se lleven, ni material ni formalmente, como exige el art. 25 CC, de forma ordenada, adecuada a la actividad de la empresa y que permita un seguimiento cronológico de sus operaciones. Por todo ello hemos concluido que se trata de un deber jurídico-público derivado de una norma superior que incide en el comportamiento de los empresarios que, sin embargo, no permite identificar, al menos de forma inmediata, un derecho subjetivo correlativo. Este comportamiento en cuanto que tiene efectos en terceras personas debe fundamentarse en las reglas de diligencia y buena fe.

La complejidad tiene que ver en primer término con las características intrínsecas del lenguaje formal[256] empleado. Mas, desde un punto de vista jurídico, su complicación también está relacionada con el hecho de que cada obligación impuesta al titular pasivo es causa de la siguiente por lo que, en el fondo, constituyen un solo deber. Así, la obligación de custodiar la documentación de la empresa es precisa para justificar la interpretación que da lugar a los registros contables. Y los registros contables anotados en los libros obligatorios son la base de los documentos de síntesis que integran las cuentas anuales.

Este deber recae en el empresario, titular de la empresa, cuando éste es persona física (art. 25.1 CC) y que culmina con la formulación y firma de las cuentas anuales, asumiendo la representación fiel mostrada en las mismas (art. 37.1.1º CC). La complejidad antes indicada hace que, en muchas ocasiones, el obligado al deber de llevar la contabilidad

[256] Véase LÓPEZ PÉREZ, V. y RODRÍGUEZ ARIZA, L. *Un caso de interdisciplinariedad en Teoría de la contabilidad*.

habitualmente encomiende (aunque no delegue) esta tarea en su orden material a terceros (relacionados por contratos de trabajo o de obra o servicios) frente a los que se entiende concedida una autorización, salvo prueba en contrario (art. 25.2 CC redactado conforme la ley 19/1989). Se trata de una presunción *iuris tantum* que no altera el sustrato de la responsabilidad del titular de la empresa, empresario o administrador, aunque permite, en su caso, que éstos últimos puedan exigir la reparación en el orden civil si la actuación de los encargados del trabajo les ha producido perjuicios[257]. Esto nos lleva a incluir en este grupo de intérpretes no oficiales a estos terceros que junto con el empresario (o administrador societario) colaboran en la llevanza de la contabilidad.

RODRÍGUEZ TOUBES, J.[258] reserva la modalidad, como forma que estamos empleando para presentar a los intérpretes, de *reacción* para dar entrada al papel de los ciudadanos quienes pueden obedecer o no las normas existentes. En unos casos reaccionan de forma inconsciente, pero en otros casos lo hacen conociendo cuál va a ser la consecuencia de su acción pues previamente han interpretado la norma. Una opción podría haber sido incluir en este grupo a los empresarios o administradores en lugar de hacerlo en el grupo anterior. Nos parecía, sin embargo, que había que subrayar la interpretación interesada (*no oficial*

[257] Esto es, los terceros distintos de los administradores o los socios que respondan ilimitadamente por las deudas sociales normalmente no pueden exigir responsabilidad a estos técnicos salvo los supuestos en los que resulte de aplicación la responsabilidad extracontractual o la penal o civil derivada de la coautoría o la cooperación necesaria para cometer un delito de los tipificados (ver art. 27 y ss. y el cap. XIII *De los delitos societarios* del Código Penal).

[258] *Aspectos de la interpretación jurídica*, pág. 319.
Por razones de respeto a la fuente, el autor citado añade una última modalidad a la que denomina *aclaración* que es cuando la autoridad legislativa, en el ámbito de sus competencias, concreta su significado con los naturales efectos jurídicos. Bien reconoce RODRÍGUEZ TOUBES, J. (*ibidem*, pág. 319) que esto crea una norma que teóricamente se superpone a la interpretada de tal forma que para un sector de la doctrina esta interpretación no es tal y para otro sector es la única válida pues es la que tiene efectos jurídicos. La discusión implícita para tomar una decisión con fundamento pensamos que causaría distorsión en el discurso seguido en este trabajo a pesar de su innegable interés.

como antes hemos indicado) que es la base del fraude y que sólo se puede dar en este ámbito, lamentablemente en ocasiones con la cooperación de algunos de esos intérpretes a los que hemos calificado como *oficiales*.

Queda por ello esta última modalidad reservada para el papel que asumen los ciudadanos al contemplar como desgraciadamente algunas empresas facilitan una información que parece confirmar su bonanza y el buen hacer de sus administradores, para inmediatamente a continuación declarar su insolvencia sin un hilo argumental lógico que permita comprender cómo se ha pasado de lo primero a lo segundo. Los escándalos financieros que todos tenemos en mente son buena expresión de cuanto ahora decimos como también su falta de corrección que es lo que originalmente ha dado lugar a este trabajo[259].

3.2. Materiales e instrumentos de la interpretación jurídica

La variada tipología de agentes que acabamos de enunciar nos llevan a ampliar el foco de los materiales e instrumentos usados en la tarea interpretativa que, a los fines de este capítulo, se puede concretar en los siguientes pasos (GALINDO GARFIAS, I[260]): "*a) el signo representativo, b) la aprehensión de su contenido lógico-gramatical, c) la comprensión o intelección de la norma jurídica allí contenida, d) con la finalidad de aplicar la norma abstracta al caso concreto*". Esto nos permite abordar no sólo la actividad desenvuelta por los órganos jurisdiccionales, a la que normalmente se refieren los análisis jurídicos del tema, sino la que hacen

[259] En la fecha de la revisión final de este trabajo ha ocurrido la quiebra del gigante tecnológico alemán Wirecard que ha sido calificado por el ministro de finanzas alemán Olaf Scholz como "*un escándalo sin precedentes*" (junio de 2020).
[260] *Interpretación e integración de la ley*, pág. 4.

los administradores y auditores al formular y revisar, respectivamente, la información económica financiera. De forma implícita, esto puede dar pautas para explicar la valiosa tarea interpretativa desarrollada por el ICAC a que antes hemos hecho referencia.

Los materiales que tratamos a continuación (técnicas de trabajo, medios, procedimientos o simplemente métodos) se pueden ordenar inicialmente en dos grandes grupos, de acuerdo con RODRÍGUEZ TOUBES, J.[261]: los relacionados con la investigación empírica como metodología para conocer[262] y los relativos al razonamiento jurídico (que aplica la lógica y la argumentación para llegar a conclusiones fundadas)[263].

Desde otro punto de vista[264], estos materiales se pueden ordenar en los criterios (¿*en qué fijarse para interpretar el Derecho*?) y cánones (¿*cómo hacer para interpretar el Derecho*?) a los que nos vamos a referir seguidamente.

La cuestión relativa a los criterios no es sino una evolución, acorde a los fines de nuestro trabajo, de los elementos interpretativos enumerados originalmente por Savigny (gramatical, lógico, histórico a los que luego

[261] *Aspectos de la interpretación jurídica*, pág. 330.
[262] Los estándares de la investigación son claros (ver ANDER-EGG, E. *Técnicas de investigación social*) y todo lo más, requieren ajustes a la controversia analizada (presunciones, limitaciones…). En COURTIS, C. *Observar la ley: ensayos sobre metodología de la investigación jurídica*, se hace una recopilación de 15 ensayos que abordan distintas cuestiones jurídicas sobre el tema.
[263] La Tesis doctoral de PINTO FONTANILLO, J. A. (*La teoría de la argumentación jurídica en Robert Alexy*) se centra en la argumentación jurídica de Robert Alexy, pero en la segunda parte de su trabajo recrea aportaciones de autores coetáneos y por ello, pensamos, hace una buena indagación de otras corrientes.
[264] *Aspectos de la interpretación jurídica*, págs. 327-328.
Una tercera y última forma de ordenar estos materiales que atiende a las técnicas propiamente dichas consiste en diferenciar entre la técnica o argumento a *contrario sensu*, la reducción al absurdo, el razonamiento por analogía y la argumentación *a fortiori*. Su análisis está ampliamente documentado, entre otros, en CHIASSONI, P. (*Técnicas de interpretación jurídica*). Los estudios sobre este tema de Betti han sido organizados por Vergara en un libro que lleva por título "*Teoría de la interpretación jurídica: Emilio Betti. Compilación y traducción de Alejandro Vergara Blanco*" (BETTI, E. *Teoría de la interpretación jurídica*, ver sobre las técnicas ahora comentadas la primera parte).

añadió el sistemático) y que de forma sintética presentamos seguidamente[265].

Aunque hay precedentes de actividad interpretativa en Derecho romano[266], ésta no se desarrolla hasta comienzos del siglo XIX con la aplicación del Código Civil francés (1804) y así tampoco se desarrollaron los materiales a emplear por el intérprete. La denominada escuela de la exégesis planteaba que el intérprete tenía como meta indagar en el pensamiento del legislador, exento de los antecedentes históricos sociales o políticos anteriores a la codificación, de tal suerte que cuando se concluía que la letra de la norma era clara, no era posible eludir su significado. El criterio literal era predominante quedando un recurso residual a los principios generales del derecho cuando se podía apreciar desequilibrio entre la voluntad del legislador y la escritura.

Como reacción a esta escuela surge la denominada como dogmática que fija la guía de la actividad del intérprete en descubrir la voluntad popular como fuente de todo derecho por lo que la norma había que estudiarla no tanto como un hecho inmutable sino como algo que evoluciona y se transforma. Para los defensores de este planteamiento, el derecho no se agota en la ley sino en la realidad social que debe ser analizada en conjunto con el auxilio de la historia para conocer la génesis y el contraste entre la norma actual (a interpretar) y las derogadas. Sólo así, pensamos, se entienden los elementos[267] de la interpretación jurídica de Savigny

[265] Nos apoyamos para hacer esta síntesis en GALINDO GARFIAS, I. (*Interpretación e integración de la ley*, págs. 6 y ss.)
[266] En IGLESIAS, J. (*Derecho Romano. Historia e Instituciones*, pág. 6) se señala la diferencia básica entre la actividad interpretativa en Roma respecto a la que se hace hoy en día, pues entonces lo jurídico tenía un carácter eminentemente consuetudinario que logra su finalidad gracias al trabajo de los juristas y no de los jueces.
[267] RODRÍGUEZ TOUBES, J. (*Aspectos de la interpretación jurídica*, pág. 328) hace hincapié en este término que la doctrina posterior a Savigny desarrolla y amplía hasta convertirlos en *criterios interpretativos* (también válido) que no se deben interpretar ni como *cánones* (guiarían al intérprete en direcciones alternativas como técnicas que se pueden acomodar) ni como *argumentos* que pudieran justificar interpretaciones diferentes. Se trata, en opinión que compartimos con el autor, de contextos de la

(uno de los defensores más reputados de esta Escuela y acaso, su fundador) pues no se trata de clases o categorías que se puedan seleccionar a voluntad del intérprete sino operaciones distintas cuya integración es indispensable para interpretar la ley por más que en algunas situaciones, un elemento tenga un papel superior al de otro[268].

A la escuela dogmática siguió una mayor atención por el interés a proteger el sentido de la norma jurídica como cuestión clave en el proceso interpretativo (en esencia, las tesis de Ihering y de Heck) subrayando por ello el elemento teleológico.

GALINDO GARFIAS, I.[269], a quien estamos siguiendo para esta presentación de los elementos, de los materiales a disposición del intérprete, llama la atención sobre el papel desarrollado por Saleilles y su revisión historicista que, en esencia, consiste en acudir a elementos externos a la propia norma a interpretar (la costumbre, las concepciones morales y los cambios sociales) para acomodar el texto a los cambios operados en la sociedad.

Esta orientación queda refinada en la denominada escuela de la libre investigación científica (con los trabajos de Geny) cuando pondera el análisis gramatical como un primer referente que se debe completar con el examen posterior, por medio de elementos extrínsecos, de la finalidad del legislador (la *ratio legis* a la que antes hemos hecho alusión) así como las circunstancias que provocaron la aparición del precepto (*ocassio legis*).

De forma simultánea, surge también la denominada escuela de derecho libre como una revisión actualizada de los postulados del Derecho

disposición jurídica que pueden ayudar a la interpretación y que se deben analizar de forma sucesiva.

[268] Cf. la cita que RODRÍGUEZ TOUBES, J. (*Ibidem*, pág. 328) hace de la lección impartida por Savigny en el curso académico 1802-1803.

[269] *Interpretación e integración de la ley*, págs. 11 y ss.

natural[270], que nosotros añadimos al esquema por el respeto a la fuente, aunque pensamos que se orientó más al problema de las lagunas y adoptó una posición difícil de defender pues asume que el juez tiene un papel equivalente al del legislador en ausencia de precepto aplicable[271]. Por lo demás, no trata tanto de elementos interpretativos cuanto de recursos no disponibles para el intérprete (la analogía, la interpretación extensiva y la referencia a los principios generales del derecho).

La teoría pura del Derecho (Kelsen) que, en lo que nos interesa ahora, añade el elemento volitivo a la actividad interpretativa.

Podríamos extendernos en este análisis actualizando la evolución y aun creando sub-escuelas u orientaciones diversas que penden de estas líneas doctrinales así como sus posteriores revisiones pero creemos que el análisis anterior revela una distorsión: parece que hay una mezcla o, dicho de otra forma, no se distingue con la claridad deseable lo que son criterios interpretativos (contestan a la cuestión de ¿con qué interpretar? como evolución de los elementos interpretativos) de los cánones interpretativos (¿cómo interpretar?) sino que se va dando entrada, acorde con una línea argumental, a criterios que prevalecen sobre otros casi en cualquier situación[272]. Adicionalmente, se produce, a nuestro juicio, una

[270] Se trata de un encaje forzado pues como bien señalaba MASSINI, C. (*Iusnaturalism and legal interpretation*, pág. 402), a los iusnaturalistas, como concepción o teoría del Derecho que acepta ese Derecho natural, les ha interesado bien poco el problema de la interpretación.

[271] A esta cuestión ya le hemos prestado atención con anterioridad para mostrar una cierta preocupación (ver neoconstitucionalismo).

[272] En EZQUIAGA GANUZAS, F.J. (*La argumentación en la justicia constitucional*) se dedican capítulos de forma sucesiva a los siguientes argumentos: analógico (cap. 1), a partir de los principios (cap. 2), sistemático (cap. 3), *a fortiori* (cap. 4), a contrario (cap. 5), psicológico (cap. 6), de la no redundancia (cap. 7), apagógico (cap. 8), pragmático (cap. 9), de autoridad (cap. 10), histórico (cap. 11) y teleológico (cap. 12). En ANCHONDO PAREDES, V. (*Métodos de interpretación jurídica*) incluye los siguientes métodos interpretativos: gramatical, sistemático, histórico, genético, teleológico, acorde con el uso alternativo del Derecho y analógica o extensiva. Por último, para no extendernos más, en GONZÁLEZ FLORES, J.A. (*Sobre los argumentos interpretativos*) se tratan los siguientes argumentos: interpretativo, por analogía, *a fortiori*, a partir de los principios generales de Derecho, sistemático, *a cohaerentia*, *sedes materiae*, *a rubrica*,

confusión del criterio propiamente dicho con la directriz de la teoría que apoya la tesis del autor.

Por todo ello, nuestro análisis[273] pasa inicialmente por situar la *filosofía práctica* y la *realidad social*, en palabras que compartimos con RODRÍGUEZ TOUBES, J.[274], como principios extrajurídicos que rebasan los elementos propuestos inicialmente por Savigny.

Sobre la filosofía práctica, poco podemos añadir a la configuración que hizo FERRATER MORA, J.[275] y su adecuación a resolver problemas jurídicos en ALEXY, R.[276].

a contrario, de la no redundancia, psicológico, pragmático, teleológico, histórico y por el absurdo.

[273] Por razones de coherencia con la fuente que nos ha servido de guía en este proceso complejo de presentar la cantidad y calidad de trabajos científicos sobre este tema optamos por la presentación hecha en RODRÍGUEZ TOUBES, J. (*Aspectos de la interpretación jurídica*). Como es natural, hay otras formas de exposición igualmente válidas a las que de esta forma hacemos una referencia. En MacCORMICK, N. y SUMMERS, R. (*Interpreting statutes: a comparative study*) se identifican primeramente los llamados "*argumentos lingüísticos*" que comprenden tanto los argumentos de la semántica ordinaria como los que buscan su sentido técnico. El segundo grupo se reserva para los argumentos "*sistémicos*" que buscan la interpretación dentro de un todo y que se desarrolla a partir de seis subtipos de argumentos y el tercer grupo estaría formado por los argumentos "*teleológicos y deontológicos*" con los que cubren tanto la interpretación ajustada al fin de la norma como la que mejor sirve a la idea de justicia o rectitud. Estos tres grandes argumentos tienen uno al que denomina "*transcategórico*" (con notable interés a los fines de nuestro trabajo) y que toma en consideración la intención del intérprete, lo que le lleva a discutir la concepción objetiva y subjetiva de la intención.
No menos interesante es la clasificación de ALEXY, R. (*Teoría de la argumentación jurídica*) pues ordena los argumentos directamente como cánones creando seis tipos: semántico, genético, histórico, comparativo, sistemático y teleológico. El matiz proviene del hecho de hacer esta ordenación dentro de su teoría de la argumentación jurídica lo que aporta nuevos enfoques.
Podríamos continuar mostrando diversas clasificaciones que no hacen más que evidenciar que los trabajos sobre esta cuestión son de gran calidad e interés, pero cada uno aborda una línea discursiva de tal forma que conviene centrarnos en una de ellas dado el sentido de nuestro estudio; comprender la actividad para identificar las debilidades y tratar de conocer *a priori* donde despliega el intérprete fraudulento su actividad. Una cierta gratitud a la fuente explica, por lo demás, el criterio elegido.

[274] *Ibidem*, pág. 329.

[275] *Diccionario de Filosofía*, págs. 662 y ss.

[276] *La naturaleza de la filosofía del Derecho*, págs. 152 y ss.

La realidad social[277] trabaja con el fin de evitar interpretaciones arbitrarias en la zona de penumbra hartiana, es decir, el debate acerca de si en esos casos hay que acudir a elementos tomados del propio derecho (teorías argumentativas) o si hay un cierto espacio de libertad para el intérprete supeditado a este entorno social (tesis de Hart), y sobre el que ya nos hemos pronunciado con anterioridad con las naturales dosis de prudencia. Más allá de esta descripción pensamos que abre problemas muy interesantes como la relación con la opinión pública, en lo relativo a perfilar principios y valores, como elemento fundante o, por el contrario, distorsionador (VELARDE, C.[278]), pero que nos pueden desviar de su inclusión y somera presentación a los fines de nuestro trabajo.

Los criterios interpretativos, como puntos de vista del intérprete, quedan reformulados como sigue[279]: el *lenguaje empleado*, que no la literalidad, es un criterio básico a desplegar en la tarea interpretativa. La diferencia tiene que ver con que el análisis que realizamos se circunscribe a textos jurídicos resultado de un proceso de comunicación a través de signos que deben ser estudiados desde la óptica de la semiótica y de la lingüística textual (véase, entre otros, LÓPEZ HERNÁNDEZ, J.[280]).

En MORRIS, C.[281] se divide la semiótica en tres partes: sintaxis (analiza la correcta formulación del texto), semántica (comprobar que el texto bien formulado tiene significación total o parcial atendiendo a su estructura gramatical) y pragmática[282], que es la parte de la semiótica que estudia

[277] Un análisis más extenso sobre esta cuestión se desarrolla en PABÓN DE ACUÑA, J.M. (*La interpretación según 'la realidad social' del artículo 3 del Código Civil*) y en PÉREZ ÁLVAREZ, M. *Realidad Social y jurisprudencia*.
[278] *Apuntes sobre la realidad social en la interpretación del derecho*, pág. 143.
[279] Creemos que de esta forma evitamos la discusión acerca de la calificación de estos criterios como intra-jurídicos o institucionales al modo que se hace en CHIASONI, G. *Técnicas de interpretación jurídica*, págs. 84-85.
[280] *Un enfoque semiótico y pragmático de la Interpretación de textos jurídicos*.
[281] *Fundamentos de la teoría de los signos*, págs. 31 y ss.
[282] De acuerdo con LÓPEZ HERNÁNDEZ, J. (*ibidem*, pág. 138), la diferencia entre la interpretación semántica y la pragmática estriba en que la primera se refiere a oraciones mientras que la segunda está relacionada con enunciados.

los signos en su relación con los usuarios, esto es, que investigaría el significado completo de una expresión concreta emitida en un contexto dado y que, por este motivo, se vincula con los factores extrajurídicos antes comentados. En concreto, y de acuerdo con RODRÍGUEZ TOUBES, J.[283], esto posibilita el uso del argumento teleológico[284] como también el psicológico[285] (llamado genético, entre otros, por ANCHONDO PAREDES, V.[286] porque lo vincula más con el origen de la norma).

La lingüística textual se concreta, de acuerdo con BEAUGRANDE, R. y DESSLER, W.[287], en el cumplimiento de una normas o requisitos (cohesión, coherencia, intencionalidad, aceptabilidad, informatividad, situacionalidad e intertextualidad) y de tres principios o reglas regulativas que controlan la comunicación textual (eficacia y efectividad del texto y su adecuación).

Un segundo criterio interpretativo debe ser la *historia* de la disposición a interpretar, lo que exige analizar sus antecedentes, el contexto de su origen y el procedimiento seguido para su elaboración. Su inclusión como criterio, como punto de vista del intérprete, nos lleva a separar la función auxiliar tradicionalmente asignada a los antecedentes históricos o legislativos de una norma, frente a prestar atención a la realidad social del tiempo en el que la norma debe ser aplicada (véase, entre otros, SOLOZABAL ECHAVARRIA, J. J.[288]).

[283] *Aspectos de la interpretación jurídica*, pág. 329.
[284] Puede verse, con orientación parecida, EZQUIAGA GANUZAS, F. J. (*La argumentación en la justicia constitucional y otros problemas de aplicación e interpretación del Derecho*, capítulo 12).
[285] En mayor detalle, ASÍS ROIG, R. (*Jueces y normas. La decisión judicial desde el Ordenamiento*, pág. 198).
[286] *Métodos de interpretación jurídica*, pág. 47.
[287] *Introducción a la lingüística del texto*, págs. 35-46.
[288] *Notas sobre interpretación y jurisprudencia constitucional*, pág. 179.

Además, este estudio se puede hacer conforme a los dos usos descritos en EZQUIAGA GANUZAS, F.J.[289]: estático (el intérprete trata de no apartarse del espíritu descubierto en el análisis histórico) o dinámico (el intérprete basa su trabajo en la evolución que percibe en la sociedad desde el momento en el que la norma formó parte del sistema jurídico).

El tercer criterio interpretativo es el *sistema jurídico* en cuanto que facilita el marco tanto próximo (la propia norma en la que se incluye el texto sometido a examen) como más alejado (otra norma de rango superior) para que el significado atribuido sea compatible y armonioso con el resto del ordenamiento y las instituciones (cf. RODRÍGUEZ TOUBES, J.[290]).

Existen pocas dudas acerca de su inclusión como criterio, aunque, a nuestro modo de ver, BOBBIO, N.[291] introduce una duda básica: ¿qué significa sistema jurídico? La duda apunta a la misma base del criterio pues él mismo señala que la interpretación sistemática es "*aquella que basa sus argumentos en el presupuesto de que las normas de un ordenamiento o, más exactamente, de una parte del ordenamiento (como el derecho privado, el derecho penal) constituyen una totalidad ordenada (aunque después se deje un poco en el vacío qué se debe entender con esa expresión) (…)*"[292]. Por este motivo, concluye, identifica hasta tres significados de sistema: (i) un primer significado vinculado a la expresión de sistema deductivo lo que implica que sus normas derivan de unos principios generales (tesis comprometida por su nexos claros con el Derecho natural), (ii) un segundo significado relacionado con la ciencia moderna del Derecho que, al contrario del método anterior, pretende obtener de las normas particulares y por aplicación del método inductivo, conceptos cada vez más generales y (iii) un tercer significado que implica

[289] *Ob. cit.*, págs. 364 y ss.
[290] *Aspectos de la interpretación jurídica*, pág. 330.
[291] *Teoría general del Derecho*, págs. 173 y ss.
[292] *Ibidem*, pág. 174.

la imposibilidad de coexistencia de normas incompatibles en un mismo sistema (existe coherencia entre las partes individuales del sistema pero no es correcto afirmar que el sistema es coherente en su conjunto). Esta tercera postura es la más compatible con nuestro trabajo y de alguna forma, ya la fijamos como nuestra posición al tratar las antinomias.

RODRÍGUEZ TOUBES, J.[293] añade un último criterio que es el recurso al *Derecho comparado* como posición o punto de vista a asumir por el intérprete al desplegar su actividad. Se podría discutir su inclusión, quizás algo forzada, en el criterio sistémico. En todo caso, y de forma parecida al caso anterior, la primera pregunta a resolver es qué se entiende por Derecho comparado pues la respuesta no es en modo alguno unívoca (véase, entre otros, TAMAYO Y SALOMORÁN, R.[294]). Tanta controversia genera que, en un trabajo posterior de TAMAYO Y SALMORÁN, R.[295], prefiere el uso de comparación jurídica para centrarse no tanto en la confrontación de órdenes e instituciones jurídicas sino en el método de estudio o investigación. Esta es la postura que nos interesa, aunque no vemos obstáculos en mantener el término ampliamente conocido de Derecho comparado.

En esencia[296] convenimos que este punto de vista comienza con la selección del material jurídico apropiado a partir de la individualización de las normas y disposiciones jurídicas a comparar, previamente validadas por su existencia en el derecho positivo. Para que la comparación sea pertinente, los institutos deben ser capaces de entrar en correspondencia con otros institutos acogidos en el meta-modelo. Sólo de esta forma es posible mejorar el conocimiento del derecho y no una mera comparación o cotejo entre los mismos.

[293] *Aspectos de la interpretación jurídica*, pág. 330.
[294] *El derecho comparado, técnica jurídica dogmática o historia jurídica comparada*.
[295] *Teoría jurídica y Derecho comparado. Una aproximación y un deslinde*, pág. 35.
[296] Véase TAMAYO Y SALMORÁN, R. *Teoría jurídica y Derecho comparado*, pág. 49.

Fijados los criterios extrajurídicos y argumentada la inclusión de los criterios interpretativos debemos detenernos ahora en los cánones pues nos da las pautas para resolver los conflictos entre interpretaciones. Quizá conviene recordar en este momento que este recorrido que hacemos no es tanto para revisar el marco de la interpretación cuanto para conocer los puntos débiles que ayudan a la interpretación fraudulenta. Tanto los principios extrajurídicos como los criterios presentados en forma sintética comparten una aproximación normativa (*lo que debería ser*) que vale al intérprete falaz para seleccionar lo que apoya su conclusión que, lejos de ser la consecuencia de la actividad desplegada, es la causa.

Otro tanto podemos señalar al describir los cánones. Es claro que las interpretaciones pueden obtener resultados diferentes y por ello, no habría ninguna razón para situar una por encima de otra, no ya solo dentro de una misma categoría sino incluso entre argumentos de diferentes categorías. Debe haber, en palabras de MacCORMICK, N.[297], una etapa que se ocupe de la jerarquía de los argumentos cuando entran en conflicto las interpretaciones por ellos generadas. Mas ello no se convierte en una panacea para resolver cualquier tipo de colisión interpretativa porque estos cánones son, a su vez, reglas generales para conocer el significado de la norma que emplean términos generales que igualmente requieren interpretación[298].

Conocer pues las pautas es necesario porque su concreción, de acuerdo con RODRÍGUEZ TOUBES, J.[299], tiene una implicación activa (*¿qué se*

[297] *Argumentación e interpretación en el Derecho*, pág. 75.
[298] La duda apuntada es de HART, L. A. (*El concepto de Derecho*) aunque él se refería a lo que hemos denominado como criterios interpretativos. Si la traemos a colación aquí es porque no vemos obstáculo para hacerla extensiva a lo que ahora llamamos cánones pues evidencia que el problema de la interpretación no es algo cerrado y de solución unívoca. Este es el fundamento de la interpretación falaz sobre la que ya hemos señalado que lejos de ser consecuencia del proceso interpretativo, es su causa.
[299] *Aspectos de la interpretación jurídica*, pág. 331.

debe hacer?) y otra pasiva (¿*qué se debió hacer*? como modelo válido adicionalmente para juzgar la interpretación realizada) que es de gran interés a los fines de nuestro estudio y que están, obvio es decirlo, interrelacionadas. No es extraño que en el mapa conceptual que nos sirve de guía, las pautas se especifican por un lado en unas directrices hermenéuticas (que comprenden tanto las directivas como los principios que indican qué hacer y qué no se puede hacer) y que, a su vez, dan como resultado unas reglas heurísticas. Por otro lado, están las razones justificativas que sirven para motivar fundadamente las interpretaciones jurídicas y que dan como consecuencia los argumentos (usados por el intérprete para motivar sus conclusiones).

Algunas de las reglas heurísticas son obligatorias. A modo de ejemplo, el art. 10.2 CE[300], el art. 3.1 Cc[301] y el art. 1281 Cc[302]. En otros casos, son elaboradas por la doctrina y por la jurisprudencia. Permítasenos un ejemplo de estas últimas retomando la interpretación del principio de importancia relativa al que hicimos alusión en el primer capítulo de este trabajo (*Introducción*) para concretar las adulteraciones significativas.

[300] Su contenido conectado a la tarea del intérprete puede verse en ASÍS ROIG, R. (*Un apunte sobre la interpretación de los derechos sociales*) donde el autor citado adopta, como él mismo reconoce en la presentación, una posición escéptica pero amplia respecto al papel de la interpretación en una concepción sistemática del Derecho netamente positivista.

[301] Su análisis ha sido objeto de mucha atención entre los especialistas y fuente de una notable controversia. Históricamente, la referencia a la norma ya era problemática pues parecía circunscribirse al texto cuando en opinión de algunos especialistas (por todos, DE CASTRO Y BRAVO, F., *Compendio de Derecho Civil*) había que hacerla extensiva a toda regla jurídica. Las críticas luego derivaban a la heterogeneidad de su contenido pues, de acuerdo con SALVADOR CODERCH, P. (*Comentario del Código Civil*), una ley se puede interpretar, una costumbre puede describirse o explicarse y un principio general se enuncia; heterogeneidad que es más llamativa aun cuando inmediatamente a continuación, el referido art. 3.1 Cc dice que estas normas se interpretarán "*según el sentido propio de su palabras, en relación con el contexto"* que sin lugar a dudas puede predicarse de la ley pero es más difícil encontrar un texto expresivo de la costumbre o de los principios generales del derecho. En todo caso estamos ante una regla heurística de obligado seguimiento.

[302] Ver, entre otros, SIERRA PÉREZ, I. *Las reglas de interpretación de los contratos en el Código Civil español*.

De todos es conocido que el enunciado del principio de importancia relativa queda como sigue (ver primera parte del PGC): "*Se admitirá la no aplicación estricta de algunos de los principios y criterios contables cuando la importancia relativa en términos cuantitativos o cualitativos de la variación que tal hecho produzca sea escasamente significativa y, en consecuencia, no altere la expresión de la imagen fiel. Las partidas o importes cuya importancia relativa sea escasamente significativa podrán aparecer agrupados con otros de similar naturaleza o función*". Como es natural, el término sujeto a interpretación es "*escasamente significativa*" pues lógicamente, para una empresa será una cifra y para otra un importe distinto. Sin embargo, es un problema importante pues por debajo de la importancia relativa, de la materialidad como también se puede expresar, la propia norma admite el incumplimiento de algún principio o criterio contable que forma parte de su contenido.

Por abundar más en la cuestión y acudiendo a un caso bastante frecuente, si en una empresa la importancia relativa se ha calculado en 100.000 euros, este principio permite que una transacción por debajo de esta cifra no tenga que sujetarse a los principios o criterios contables también incluidos en esta primera parte. Así un vehículo adquirido por una empresa para integrarlo en su activo fijo y con un precio inferior a 100.000 euros se puede registrar o bien por el precio de adquisición (como obliga la norma de valoración relativa al inmovilizado material) o bien por otro criterio contable (p.e. el valor razonable al cierre del ejercicio sin proceder a su amortización sistemática pues esta cantidad ya recogería la depreciación del activo).

Más discutible es la aplicación de la importancia relativa a los conceptos fundamentales, aunque está igualmente muy extendida. Por seguir con el ejemplo anterior, se podría incluso registrar ese vehículo como un

gasto en lugar de reconocerlo como un activo por ser irrelevante su inclusión (o exclusión) del activo total para decidir fundadamente.

Esta importancia relativa, de fácil captación intelectual, es también el punto de corte usado en el trabajo de auditoría (aunque se suele denominar materialidad como antes habíamos avanzado) para planificar y ejecutar el trabajo (NIA ES-320, párr. 5). Sobre estos aspectos existe un amplio consenso que no merece más atención[303].

Ahora bien, el problema estriba en la dificultad de cuantificar en cada caso esta importancia relativa pues sus consecuencias son notables como fácilmente se puede advertir. El PGC no da más criterios que el texto del principio. La Norma de auditoría (NIA ES-320) se apoya en unas referencias objetivas[304] junto con elementos que quedan sujetos al juicio profesional del auditor[305] por lo que su delimitación se fundamenta, al menos parcialmente, en elementos subjetivos.

Desde el punto de vista doctrinal, se trata de un tema que, a pesar de su trascendencia, ha ocupado poco a los académicos[306]. En demasiadas ocasiones se replica lo que señala la norma así que poco ayuda. Algunos

[303] Sin embargo, en JACOBY, J. y LEVY, H. (*The materiality Mystery*, pág. 14) se llama la atención acerca de las diferencias entre la importancia relativa en contabilidad y en auditoría como elemento de debate en esta coincidencia de pareceres. Con acierto indican que es probable que la importancia relativa calculada con fines contables daría como consecuencia muestras muy amplias para evidenciar las afirmaciones en auditoría. Por eso, el auditor cuenta con el matiz de la materialidad para dar entrada a otros elementos (por ejemplo, el control interno del cliente, el riesgo inherente…).

[304] El beneficio antes de impuestos, los ingresos ordinarios totales, el margen bruto, el patrimonio neto o los activos totales netos (NIA ES-320, A4).

[305] La volatilidad de la referencia elegida de entre las mencionadas en la nota precedente (es objetiva, pero calificarla es donde entra el juicio profesional), la evolución prevista, la situación financiera o de resultados previa, los cambios previsibles en el entorno económico o sectorial en el que actúa la empresa… (NIA ES-320, A5 y A7).

[306] Con todo, el debate de fondo es el equilibrio entre reglas y principios. Es decir, entre una regulación más concreta basada en reglas o más abierta y sujeta al juicio profesional, basada en principios. En su trabajo, MOLINA SÁNCHEZ, H. y TÚA PEREDA, J. (*Reglas versus Principios contables, ¿son modelos incompatibles?*) concluyeron que las reglas mejoran la consistencia lógica y la homogeneidad de las decisiones, y están justificadas por una mejor aproximación a la seguridad jurídica.

trabajos recientes que hemos consultado insisten en la necesidad de profundizar en su análisis aportando como solución unas bandas de fluctuación que se ajustan según las características de la empresa, pero sin decir cómo se hace específicamente el ajuste (véase, entre otros, KUMOR, I. y MACKOWIAK, E.[307]). En JACOBY, J. y LEVY, H.[308] se pide a las autoridades (norteamericanas, pero se trata de un problema equivalente en Europa) que concreten mucho más los criterios cualitativos, es decir, por usar la terminología expuesta en nota a pie de página anterior, que se faciliten reglas y no principios en este tema.

Esta cuestión tampoco está clara en el orden jurisprudencial. Las reglas heurísticas de esta naturaleza nos llevan a recordar inicialmente la STS 23/11/2009 que fijaba la cuantía de 36.000 euros[309] (criterio de cantidad cerrada que también es seguido con otra cifra para delimitar el delito fiscal[310]) a pesar de los numerosos precedentes que se habían decantado implícitamente por proporciones derivadas del análisis ajustado a cada caso[311]. Este último criterio que permite adaptarse a la situación es el que se retoma, entre otras, en la SAN 13/07/2018 cuando se dice que es irrelevante una provisión (un pasivo estimado) creada por 58 millones de euros cuando los compromisos con clientes (los pasivos) eran de 1.276 millones de euros. Tampoco queda claro qué porcentaje o relación debe mantener el hecho sujeto a discusión para calificarlo de importante o no. El análisis *ad hoc* es probablemente necesario, pero genera una cierta dosis de inseguridad y su falta de concreción abre las posibilidades para la interpretación fraudulenta.

[307] *Materiality in accounting and auditing*, pág. 223.
[308] Ibidem, pág. 18.
[309] En la Sentencia citada se justifica la cifra a partir de una reunión plenaria de la misma Sala de fecha 26 de abril de 1991.
[310] De conformidad con los arts. 305-310 CP, es una acción de acción u omisión voluntaria de fraude contra la Hacienda Pública siempre que la cantidad defraudada exceda de 120.000 euros.
[311] SSTS 12/03/1999, 20/07/1998, 18/05/1998 y SAN 13/07/2018

Por recuperar el tema de análisis, las reglas heurísticas se pueden también clasificar (cf. RODRÍGUEZ TOUBES, J.[312]) en un primer nivel donde estarían las reglas de interpretación primarias o propiamente dichas (dicen dónde indagar el significado, con qué se ha de hacer, cómo se logra el objetivo y ayudan a fijar el fin de la actividad desplegada). En el segundo nivel estarían las reglas secundarias o de uso (o prioridad) que señalan cómo aplicar las reglas primarias y cuáles tienen preferencia en situaciones de conflicto. Los catálogos de reglas son muy variados, pero quizás uno de los más completos se puede ver en CHIASSONI, P.[313] cuando enuncia hasta veintiséis directivas o reglas primarias ordenadas por su orientación (lingüística, psicológica, autoritativa, teleológica y heterónoma) y tres grandes grupos de directivas secundarias (selectivas, procedimentales y preferenciales).

4. Objeto de la interpretación

Toda la actividad interpretativa analizada hasta aquí despliega su eficacia sobre un objeto que divide a los estudiosos entre aquellos que sostienen que exclusivamente se interpretan signos lingüísticos (concepción *lingüística*) frente a quienes piensan que además, se puede interpretar cualquier realidad que tenga significado en una sociedad humana (concepción *cultural* por mantener los términos de RODRÍGUEZ TOUBES, J.[314] cuyo mapa conceptual nos ha servido de guía en el desarrollo de este apartado de nuestro trabajo). Es una cuestión que probablemente requeriría un análisis más detallado si nuestro objetivo fuera un trabajo sobre la interpretación en lugar del enfoque pretendido

[312] *Aspectos de la interpretación jurídica*, pág. 334.
[313] *Técnicas de interpretación jurídica*, págs. 89 y ss.
[314] *Ibidem*, págs. 317-318.

ahora; la interpretación como medio para el fin analizado (su resultado fraudulento). Ya avanzamos (epígrafe *3.2. Materiales e instrumentos de la interpretación jurídica*) que nuestro estudio se concreta en la interpretación de textos jurídicos luego ya quedó clara nuestra elección por la concepción "*lingüística*".

Sin embargo, aprovechamos esta referencia para profundizar algo más en su contenido[315] y subrayar su función prescriptiva[316], de acuerdo con BOBBIO, N.[317], aunque con elementos de las proposiciones descriptivas. El matiz es relevante pues a diferencia de éstas últimas, las proposiciones prescriptivas no pueden calificarse como verdaderas o falsas sino justas o injustas, aunque la incorporación frecuente de elementos descriptivos al texto hace que esta conclusión no sea tan clara como habíamos anticipado (ver epígrafe *1. Epistemología de la interpretación jurídica*). BOBBIO, N.[318] ya se pronunció acerca de la imposibilidad de convertir proposiciones prescriptivas a descriptivas y evaluarlas con un criterio más objetivo de admisibilidad[319].

Quizás conviene en este punto, después de haber realizado una exposición de la naturaleza, los principios y la finalidad de la interpretación, la variada gama de intérpretes y los medios con los que

[315] Con todo, eludimos el debate acerca de la calificación del derecho como discurso pues a nuestro modo de ver, comporta una confusión de funciones como en su momento postuló VERNENGO, R. (*El discurso del derecho y el lenguaje normativo*) cuyo análisis nos apartaría del centro de nuestro trabajo.
[316] En un análisis más detallado, GUASTINI, R. (*La sintaxis del Derecho*, págs. 23 y ss.) llega a los enunciados prescriptivos, con el mismo sentido que el citado en Bobbio, después de pasar por la diferencia entre enunciados empíricos (versa sobre hechos y puede ser verdadero o falso) y analíticos (trata sobre hechos y necesariamente ha de ser verdadero o falso), y entre lenguaje-objeto (lenguaje del que hablamos) y metalenguaje (el lenguaje mediante el que nos expresamos situado conceptualmente por encima del lenguaje).
[317] *Teoría general del Derecho*, págs. 43 y ss.
[318] Ibidem, pág. 47.
[319] Se mantiene en esta conclusión a pesar de lo sugerente (en sus propias palabras) de la tesis reduccionista que, en esencia, admite la *conversión* o reducción de una proposición prescriptiva a una alternativa (BOBBIO, N., *ob. cit.*, págs. 48 y ss.). También se muestra en contra de su reducción a proposiciones expresivas (ibidem, 50 y ss.).

cuentan, discutir la necesaria visión omnicomprensiva de este problema para buscar la solución del fraude en la interpretación cuyas características se analizan en el siguiente epígrafe.

No podemos por menos que concluir, con RUBIO SAN ROMÁN, J.I.[320], que "*la interpretación de las normas (…) (s)e hace respetando la letra, las fórmulas y los sistemas en que se articulan y contienen, pero también, sólo si pretenden resultados de justicia. Sin ésta no se concibe el Derecho*". Se requiere pues un punto de vista analítico (integrado por las operaciones mentales de interpretación, argumentación de doctrina y jurisprudencia, valoración, persuasión e intelección) sobre un mundo de hechos en el que se producen problemas de verificación que deben ser calificados jurídicamente quedando la consecuencia (jurídica) subsiguiente como el paso final que cierra el proceso desarrollado[321].

5. El producto o resultado de la actividad interpretativa

Por la forma en que presentamos esta última parte pensamos que fácilmente se aprecia que nos vamos a ocupar de las manifestaciones finales o formas de presentarse la actividad interpretativa y que pueden adoptar una de estas tres especificaciones (cf. RODRÍGUEZ TOUBES, J.[322]): (i) la determinación del significado de la disposición (bien sea por confirmar su sentido o para incorporarlo a un razonamiento jurídico), (ii) la norma o contenido normativo que se extrae del texto interpretado y (iii) los enunciados interpretativos que se formulan en el lenguaje para exteriorizar el sentido de la interpretación.

[320] *El método y el razonamiento jurídico*, pág. 608.
[321] Ibidem, págs. 610-611.
[322] *Aspectos de la interpretación jurídica*, págs. 316 y ss.

Este producto final es consecuencia del planteamiento teórico que subyace y sobre el que ya nos pronunciamos al principio de este capítulo para afirmar, dentro de las teorías cognitivas, una posición intermedia o ecléctica, es decir, con zonas claras (más fáciles de indagar el significado) y con zonas en penumbra.

En puridad, determinar el significado implica recrear un texto alternativo equivalente con las características de los enunciados prescriptivos antes comentados y con la aquiescencia o aceptación general de la comunidad jurídica, es decir, el intérprete en derecho no debe aspirar a que el fruto de su tarea intelectual sólo le satisfaga a él, sino que debe contar con el beneplácito mayoritario de la comunidad (jurídica). Se trata de un flujo mutuo, teóricamente, que no hace sino subrayar su carácter social (ver, entre otros, AARNIO, A.[323]). Mas es frecuente que un mismo texto (llamémoslo *N*) tenga varias interpretaciones (denominadas D_1, D_2…D_n) que entran en conflicto así que habría que buscar aquélla que, por aplicar las reglas heurísticas primarias y secundarias antes comentadas, obtuviera ese consenso mayoritario e indefinido.

En ARENA, F.[324] ese consenso difícil de concretar se subsume en la teoría convencionalista que, aunque tiene un sentido general, este autor, y nosotros con él, la utiliza para resolver los problemas de interpretación. En concreto, su sentido de convención no basada en el acuerdo al modo en el que fue enunciado por Lewis[325].

Sin embargo, en el contexto de la interpretación jurídica fraudulenta esta visión es voluntarista pero carente, mucho nos tememos, de aplicación práctica. En ALCHOURRÓN, C. y BULYGIN, E.[326] parece que incluyen

[323] *Sobre la ambigüedad semántica en la interpretación jurídica*, págs. 114 y ss.
[324] *Una alternativa para el escepticismo interpretativo*, págs. 425 y ss.
[325] *Ibidem*, pág. 426.
[326] *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, en concreto el capítulo 5 al tratar la función creadora del derecho

los problemas de esta naturaleza dentro de los que Carnap llama de tipo II que se caracterizan porque hay unas reglas que indican cuáles son los pasos permitidos y cuáles los prohibidos, pero no dicen (entre los permitidos) cuáles han de darse. Las reglas heurísticas secundarias resuelven parcialmente este problema, pero requieren también de selección entre alternativas, esto es, nos son de aplicación rígida y automática. Este es el espacio que favorece la interpretación interesada; primer elemento que se coloca en la actividad como ya habíamos comentado y a partir de ahí, se construye un entramado para su validación aparente aprovechando las zonas de penumbra antes comentadas.

El agente que lleva a cabo esta interpretación desviada nos impide clasificar como prescripción el producto de su trabajo. Más parece que está entre su calificación como aserción, que nos parece insuficiente, o mejor como adscripción de un significado.

CAPÍTULO III.

ANÁLISIS DEL FRAUDE DE LEY

III. ANÁLISIS DEL FRAUDE DE LEY

1. Evolución histórica y delimitación del fraude. 1.1. Recepción de la figura en el Código Civil. **2. Sobre la naturaleza autónoma del fraude a la interpretación de la norma.** 2.1. Planteamientos opuestos a la autonomía del fraude de ley, 2.2. Tesis favorables a la autonomía del fraude de ley, 2.3. Exposición sintética de las bases teóricas doctrinales. **3. Elementos estructurales del fraude**. 3.1. El controvertido significado de los actos generadores del fraude y su causa, 3.2. La norma de cobertura, 3.3. Sobre la norma defraudada, 3.4. El producto del fraude, **4. Sanción y efectos de los actos producidos en fraude de ley. 5. Diferencia con otras figuras**.

1. Evolución histórica y delimitación del fraude

El escritor chileno Luis Sepúlveda, ganador del Premio Primavera de Novela 2009, declaraba en su discurso la "*importancia de conocer el pasado para comprender el presente e imaginar el futuro*". Es una afirmación que se ajusta perfectamente a la problemática que queremos analizar en este tercer capítulo de nuestro trabajo. En alguna obra sobre el tema, estamos pensando en NAVARRO FERNÁNDEZ, J.A.[1], se evita el recorrido histórico porque el fraude de ley forma parte de la teoría del

[1] *El fraude de ley: su tratamiento jurisprudencial*, pág. 20.

Derecho que los romanos no elaboraron y, por lo tanto, su historia es muy reciente[2].

No estamos de acuerdo con este vacío temporal pues buena parte de los problemas actuales tienen su causa en ese pasado (por ejemplo, la confrontación entre las teorías objetivistas y las subjetivistas a las que luego haremos referencia o la similitud con otras figuras como el fraude de acreedores o la simulación que igualmente serán objeto de atención) que hay que conocer para poder entenderlos. En conclusión, sin ser una parte nuclear de nuestro trabajo no podemos por menos que dedicarle cierta atención en las líneas que siguen.

Conservamos algunas referencias iniciales del fraude en Grecia a través de los discursos de Demóstenes que han sobrevivido hasta nuestros días. Gracias a ellos conocemos la confabulación urdida entre Hegestrato y Zenotemis que tienen el dudoso honor de ser el primer caso de fraude documentado (siglo IV a.C.)[3].

[2] Para el autor citado, la referencia incluida en el Digesto conduce mayoritariamente a la doctrina a fijar como punto de partida los textos romanos que luego se utilizan para construir la noción de sistema y elaborar la teoría del derecho. Aunque reconoce la valía de estos trabajos doctrinales, introduce la crítica de que el fraude de ley muestra la tensión entre la forma jurídica, la realidad que ha de ser aplicada y las propias limitaciones del Estado liberal de Derecho en su lógica interna y con respecto a las relaciones sociales que pretende conformar; y que son posteriores todas ellas a la época romana. Demuestra su conclusión llamando la atención sobre las fechas, todas ellas recientes, de los discursos teóricos que abordan esta figura (cf. NAVARRO FERNÁNDEZ, J. A., ob. cit., pág. 21).

[3] La creatividad griega tiene una nueva evidencia en el llamado préstamo a la gruesa ventura, una forma incipiente y original de seguro que presentaba las siguientes características: el capitán del barco pedía a un prestamista una suma de dinero entregando como garantía su barco. Si el trayecto se completaba, el capitán devolvía el principal del préstamo más un 30% de interés. Si el barco se hundía, todos perdían todo (algunos incluso la vida). El fraude organizado por Hegestrato y Zenotemis consistió en pedir el dinero prestado y hundir el barco que tenía un valor inferior a la cuantía recibida. La tripulación que desconocía esta artimaña y que hubiera perecido en el naufragio forzado se volvió contra Hegestrato que era el capitán y quien estaba abriendo un boquete en el casco. En su desesperación, huyó y, parece ser, se ahogó. Zenotemis fue conducido a puerto y objeto de un proceso judicial (Demóstenes era logógrafo y de ahí su conocimiento del asunto) muy comentado en la época. Esta práctica inicial tuvo tanto "*éxito*" que obligó a los prestamistas a limitar la cuantía de los préstamos e introducir cláusulas en los contratos obligando a pagar el doble de la prima si el barco,

Hay algunos precedentes interesantes en la Biblia porque además están conectados con los negocios. Más en concreto, el Texto Sagrado prohíbe el fraude comercial (ver, entre otros, Sl 62:10; 72:4; 103:6; Pr 14:31; 22:16; 28:16; Miq 2:1, 2; Mal 3:5) y obliga al que lo comete y se arrepiente, a devolver lo defraudado más una quinta parte y presentar una ofrenda por la culpa (Le 6:1-7).

Con todo, está bastante extendida la idea de que el término jurídico de fraude de ley deriva de su raíz latina como *fraus legis*[4]. Bien señala IGLESIA PRADOS, E.[5] que la conjunción de los dos términos hace que la tarea de buscar su génesis resulte aún más compleja.

Parece que el término *fraus* tiene su origen en la personificación hecha por Séneca de una diosa con poderes malignos lo que explicaría ese aspecto negativo inicialmente ligado al término (véase, entre otros, SOLS LUCÍA, A.[6]). La implicación jurídica se da algo más tarde en los *pacta* amparados por el Pretor siempre que no hubieran sido afectados de dolo, ser opuestos a las leyes, plebiscitos, senadoconsultos, edictos, decretos imperiales ni hubieran sido concertados en fraude de aquellas disposiciones[7]. Algo antes, en la Ley de las XII Tablas, con su estilo

teóricamente hundido, era luego localizado en condiciones de navegabilidad (Redacción BBC Mundo, 19 de diciembre de 2019).
Es probable que un análisis histórico realizado con mayor rigor pudiera documentar antecedentes más remotos pues, como decía CATALÁN, M. (*Antropología de la mentira*, pág. 11), es consustancial a la especie humana la feliz convivencia de dos realidades aparentemente incompatibles: el odio universal a la mentira y su práctica no menos universal. Sin embargo, para los fines de nuestro trabajo creemos que no es necesario alejarnos más en el tiempo para corroborar que probablemente el fraude existe desde que los primeros pobladores se organizaron en núcleos de convivencia.

[4] En MARTÍN OVIEDO, J. Mª (*El acto en fraude de ley como especie de acto contrario a la ley*, pág. 305) se resume bastante bien los orígenes lingüísticos del término en varios idiomas que en síntesis varían desde la ruptura y el engaño (en su raíz latina) y en inglés, pero sobre todo en alemán donde se subraya el elemento intencional.

[5] *El fraude de ley*, pág. 19.

[6] *El fraude a la ley*, pág. 22.
Existe también una explícita referencia al *fraus* como engaño en la obra de Séneca *Thyestes* como ha evidenciado, entre otros, SCOLARI, L. (*La fides e la fraus: i doni del tiranno nel Thyestes di Seneca*).

[7] *Ibidem*, pág. 23.

riguroso, sencillo y lapidario (véase, entre otros, GARCÍA GARRIDO, M.J.[8]), no había espacio para el fraude como consecuencia de aceptar únicamente la interpretación literal (cf. SOLS LUCÍA, A.[9]).

Hay que esperar a la evolución del derecho Antiguo y Quiritario en el conocido como período clásico para asistir a un cambio de especial relevancia en el tema objeto de estudio: la ley responde a la voluntad del legislador que hay que respetar. Es una afirmación natural fruto del mayor desarrollo del derecho romano que permite ir más allá de la letra cuando se toma conciencia que ante el texto de una ley cabe atacarla, desobedecerla o huir de su aplicación dando una larga vuelta. Esta última posibilidad, prevista por Cicerón (cf. SOLS LUCÍA, A.[10]), explica las máximas ampliamente citadas en el Derecho Romano de Paulo ("*Obra contra la ley el que hace lo que la ley prohíbe; y en fraude, el que salvadas las palabras de la ley elude su sentido*" D. 1, 3 Leyes 29) y Ulpiano (*"(…) se comete, pues, fraude contra la ley, cuando se hace aquello que no quiso que se hiciera, pero que no prohibió que se ejecutara; y lo que dista del dicho del sentido, dista el fraude de lo que se hace contra ley*" D. 1, 3 Leyes 30).

Para cometer esta infracción se acude a la *circumscriptio*[11] *legis* que resulta combatida en los procesos mediante la aplicación forzosa de la norma que se trataba de eludir. No existe un común denominador que nos permita referir una incipiente teoría general[12] aplicable a una totalidad

[8] *Derecho privado romano*, pág. 14.
[9] *Ibidem*, pág. 23.
[10] *El fraude a la ley*, pág. 30.
[11] El término parece que se adapta de las tácticas militares usadas por el ejército romano y en concreto, la *circumvallatio* (véase CORDENTE VAQUERO, F. *La toma de Masada: ejemplo de eficacia de la técnica poliorcética en el ejército romano*, 164 y ss.). Con más claridad, en la obra de VILLAVERDE PARRONDO, M. (*Estudios de Derecho Civil*, pág. 145) afirma que, del mismo modo que en la guerra, la Ley se ataca por los flancos y por la retaguardia, es decir, por su parte más débil que no es otra que el espíritu.
[12] Por todos, VEGA BENAYAS, C. *Teoría, aplicación y eficacia en las normas del Código Civil*, pág. 218.

de casos, sino que se constata la existencia de diversos dictámenes y disposiciones legales de los jurisconsultos sobre diversos temas que se iban resolviendo desordenadamente en los que, a posteriori, se pueden identificar dos notas iniciales: elusión de una norma y tendencia a aplicar la norma defraudada.

Así pues, subyace inicialmente su acepción como "*daño especial sufrido por el derecho merced al hecho de su violación*" que luego modificó su esencia, de forma poco conocida y hacia el final de la República, a la idea de astucia, ardid, engaño… (DÍEZ-PICAZO, L.[13]).

En esencia, sobre esta evolución se construyeron luego las teorías objetivistas (lo esencial era el daño) y subjetivistas (subrayan la intención) que así presentadas no son planteamientos analíticos distintos sino el fruto de un recorrido histórico. En opinión de RODRÍGUEZ ADRADOS, A.[14] estos dos significados (daño y engaño) perviven en la actual concepción del fraude. En contra, ATIENZA, M. y RUIZ MANERO, J.[15], con quienes coincidimos, porque hay supuestos de fraude sin engaño y a la inversa, tipos de engaño que no constituyen fraude de ley. El carácter de daño está hoy pacíficamente acogido por la jurisprudencia y de forma mayoritaria por la doctrina.

Volviendo a la interesante génesis del fraude de ley en el derecho romano porque explica bien la situación actual, hacemos constar que la falta de una teoría general no impidió crear dos categorías que la doctrina posterior ha denominado como *fraus patroni vel creditorum* y *fraus legis.* Seguimos a DIEZ-PICAZO, L.[16] para resumir sus notas más características. El primero aparece en los edictos del Pretor para revocar

[13] *El abuso del derecho y el fraude de la ley en el nuevo Título Preliminar del Código Civil español*, pág. 8.
[14] *El fraude a la ley*, pág. 118.
[15] *Ilícitos atípicos*, pág. 68.
[16] *Ibidem*, pág. 10.

aquellos actos fraudulentos de los libertos para vulnerar el derecho sucesorio de sus patronos haciéndose insolventes. Al patrón le asistían las acciones pretorias (fabiana en caso de sucesión testamentaria y calvisiana en la sucesión *ab-intestato*) cuyo ejercicio exigía cumplir dos condiciones: el perjuicio o daño sufrido por el patrón y un elemento intencional consistente en probar la voluntad del liberto para sustraer los bienes al derecho sucesorio del patrón. De esta primera categoría derivó luego el *fraus creditorum*, también como edicto del Pretor, con un contenido adaptado al daño producido por la insolvencia ficticia del acreedor.

Por su parte, el *fraus legis* aparece diseminado en textos que tratan diversos temas (usura, ejercicio fraudulento del *ius migrandi* por los *latini veteres*…) que no tienen una sanción uniforme.

La separación no es baladí pues como bien señala SOLS LUCÍA, A.[17], en el *fraus patroni* (igual que en el *creditorum*) el daño es a intereses privados (el patrón o el acreedor, respectivamente) y el perjuicio está en primer plano, mientras que en el *fraus legis*, el daño es la violación de la ley y el perjuicio queda en un segundo plano pues no hay nadie identificable que lo sufra directamente. Esto explica la distinta sanción: revocatoria que se deja a elección del patrón o el acreedor en el primer caso, y otra de nulidad absoluta en el *fraus legis* aunque con amplio margen para el legislador que en el período post-clásico derivó en la aplicación de la norma cuyo texto se había tratado de eludir. Esto también explica la diferencia en la presencia del elemento intencional (necesario en el *fraus patroni* y *creditorum* y discutible en el *fraus legis*) en una polémica que está aún sin resolver y que abordaremos más adelante. No nos cabe duda que ya entonces, el problema era mayor en aquéllos casos en los que el fraude de ley venía acompañado de daños a terceros

[17] *El fraude a la ley*, pág. 33.

provocando no pocas polémicas para separar correctamente una figura de la otra.

Ocurrió que al final de la República, y como ya habíamos comentado, el significado de ardid, astucia… cobró mayor importancia animando la tradicional agudeza romana hasta convertirse en un problema de orden público[18] pues se instaló, por el abuso, una situación de inseguridad jurídica al menos desde el punto de vista psicológico (en las personas que contrataban de buena fe) y un factor relevante de desestabilización política (por las manipulaciones de los gobernantes). A modo de rechazo, en esta etapa final del derecho romano se trató de forma conjunta el

[18] En muchas ocasiones, provocado por el propio legislador o magistrado (además de los patronos, los deudores, los causahabientes…) responsable de la promulgación de la ley como apuntó SOLS LUCÍA, A. (*ibidem*, 36 y ss.) aportando numerosos ejemplos para apoyar su conclusión.
En IHERING, R. (*El espíritu del Derecho romano en las diversas fases de su desarrollo*, págs. 986-987) se relata el caso del Licinius Stolo, autor de las rogaciones que han recibido su nombre, quien eludió su propia ley agraria emancipando a sus hijos para transmitirles la parte de sus posesiones agrícolas que excedía de la medida impuesta en su propia ley y que por su interés reproducimos a continuación: "*Cuando Licinius Stolo emancipó a su hijo para eludir las disposiciones de su propia ley, la lex Licinia de modo agri, hizo un acto aparente en el sentido jurídico, porque su hijo quedó libre, pero sí la intención moral y al proceder a la emancipación por las ventajas secundarias a ella unidas, abusaba del lazo de familia con el único objeto de eludir su propia ley; esto fue condenado por la sabiduría del pueblo, aunque en rigor no fuese estrictamente culpable desde el punto de vista legal*".
Y, en la línea comentada, en AMORÓS GUARDIOLA, M. (*Artículo 6.4*, pág. 355) al concluir sobre la recepción del fraude de ley en el Cc señalaba: "*La complicidad social que encuentran muchas veces esos actos ilícitos, debe superarse por la vía de la educación social, del ejemplo que cada uno ofrezca a los demás en cuanto al cumplimiento de los deberes que le son propios. Un buen camino para esa convivencia pacífica, y para el cumplimiento de las normas en que se basa, puede ser la represión social y jurídica de los actos en fraude de ley*". En la misma línea y con duras críticas, merece la ocasión recordar las atinadas reflexiones de GARCÍA ENTERRÍA, E. *Justicia y seguridad jurídica en un mundo de leyes desbocadas*, así como las analizadas por DÍEZ-PICAZO, L. *La seguridad jurídica y otros ensayos*.
Más específicamente en el objeto natural de este trabajo, anticipamos ahora que este comportamiento de hace 20 siglos no nos resulta extraño pues la interpretación fraudulenta de las normas contables tuvo inicialmente un halo de sabiduría y, en cierta forma, de capacidad artística que a la vista de los escándalos financieros producidos no deja de asombrarnos por la nula capacidad que tenemos de aprender de la historia y cuyo análisis fue objeto de atención inicial en el primer capítulo de este trabajo (*Introducción*). De acuerdo con el texto recién transcrito, la educación financiera será una herramienta útil para erradicar estos comportamientos que tanto perjuicio han ocasionado a tantas personas en beneficio a corto plazo de tan pocos.

fraude y la simulación y esta confusión, explicada para tratar de evitar un daño mayor, tuvo su continuidad en la tarea de los Glosadores[19] donde el fraude de ley no es una categoría autónoma.

Hay que esperar a los conocidos como post-glosadores y, en concreto, a la escuela de los Bartolistas[20] (siglo XV), así llamada porque su principal exponente fue un glosador llamado Bartolus, quienes diferencian la simulación del fraude[21]. Para ellos, el acto simulado no existe, no es algo real y, por lo tanto, es nulo de pleno derecho porque no ha sido querido. Por el contrario, el acto fraudulento es real porque es algo querido, pero puede ser anulable. Tienen también el mérito de llevar a cabo una sistematización de los tipos de fraudes que, en síntesis, diferencia entre el *fraus hominis* (que incluiría el fraude fiscal, el fraude al otro y el fraude de acreedores) y el fraude de ley, más con la vista puesta en defender el cumplimiento de la ley frente a las argucias para eludirla (cf. VEGA BENAYAS, C.[22] siguiendo a De Castro). Con todo, su aplicación práctica presentaba algunos problemas para separar con claridad la simulación del fraude[23].

[19] Así llamados por las "*glosas*", comentarios y anotaciones marginales al *Corpus Iuris* justinianeo realizadas en la primigenia Universidad de Bolonia y por su idea de un derecho del Imperio continuador del romano. Su contribución para la creación del derecho europeo junto con el esfuerzo de los comentaristas y la divulgación del saber por parte de los canonistas ha sido bien evidenciada por, entre otros, REINOSO BARBERO, F. (*Braquigrafía de las citas del Digesto en los manuscritos de los siglos XI al XV*).

[20] Aunque el Maestro de Bartolus, Cinus de Pistoya, ejerció su magisterio en el siglo XIV, la escuela Bartolista (Bartolus y sus discípulos) se desarrolló a partir del siglo XV y durante casi cinco siglos. Su contrapunto fue la escuela humanista con quienes mantuvieron un vivo y enriquecedor debate para cuyo análisis se puede acudir a PESET, M. (*Enseñanza en la Facultad de leyes de Valencia*).
El cambio producido es producto, en opinión que compartimos con ROTONDI, M. (*Instituciones de Derecho Privado*, lección VIII), del método de interpretación jurídico (mayor énfasis en la búsqueda del espíritu de la ley) y la creciente influencia de la Moral en el Derecho.

[21] Por todos, SOLS LUCÍA, A. (ob. cit., pág. 56).

[22] *Teoría, aplicación y eficacia en las normas del Código Civil*, pág. 219.

[23] En CARRASCO MANCHADO, A. I. ("*«Simular» y «disimular», percepción de un concepto moderno en la Edad Media hispana*, págs. 345 y ss.) se recogen algunos ejemplos de textos originales en los que se puede constatar esta confusión. La

En esta secuencia temporal hay que mencionar los trabajos de Cuiacio y Donello, representantes del historicismo renacentista del siglo XVI[24], pues aunque comenzaron recuperando los textos clásicos de Ulpiano y Paulo (y consecuentemente, confundiendo el acto en fraude de ley del acto en contra de ley), contribuyeron a la mejor comprensión de esta figura a partir de su análisis unitario (Cuiacio) ligado a la idea de engaño y con dos notas características bien perfiladas: intención (que por sí sola permitía calificar el acto como realizado en fraude) y conocimiento de las consecuencias. El estudio renovado de los textos clásicos de Papiniano ("*siempre en el Derecho Civil se busca la interpretación del fraude, no solamente por el resultado, sino también por el propósito*" D. 50, 17, 79) le lleva a establecer la regla general que persigue el fraude en todas sus manifestaciones ("*fraus semper excepta videtur*") contribuyendo decididamente a su configuración autónoma.

No menor es el trabajo de Donello que incide en la naturaleza independiente del fraude acudiendo al derecho canónico para encontrar su sanción uniforme (*no puede obtenerse por medios torcidos lo que está prohibido obtener directamente*). La conclusión es clara pues lo hecho en fraude de ley no puede tener efecto en derecho alumbrando el principio general según el cual, el fraude hace excepción a todas las reglas. Además, se diferencia con mayor claridad el fraude de la simulación.

contribución de los Bartolistas quedó de alguna forma desdibujada por abordar una polémica que interrumpió el avance de su análisis y les llevó a contradicciones. Nos referimos a la interpretación amplia que llevó a un discípulo, Cino de Pistoya, a anular todo acto hecho en fraude de una ley futura. Para evidenciarlo pone el ejemplo de un funcionario que sabiendo por su trabajo que se va a aprobar una tasa sobre un producto agrícola, se aprovecha para especular. Bartolo y Baldo entran en la polémica apoyando la anulación de estos actos cuando ya entonces estaba bastante extendida la irretroactividad de la ley y la falta de obligatoriedad de la norma sin cumplir los requisitos de promulgación y aprobación (véase, entre otros, ORTIZ PILARES, H., *El fraude a la ley en la doctrina jurídica y en la teoría del derecho*).

[24] Su presentación sintética está tomada de ORTIZ PILARES, H. (*ob. cit.*) donde se hace un análisis en mayor profundidad.

Todo este avance no tuvo una repercusión inmediata y hay que esperar hasta casi el siglo XVIII para su aceptación general. Mientras tanto ocurre otro hecho que explica lo que se ha convenido en denominar la noción "*moderna*" del fraude de ley. La pluralidad de ordenamientos jurídicos (fueros, costumbres, estatutos…) y el principio de territorialidad de la ley provocaron que se buscara cobijo en un ordenamiento distinto del que debería ser aplicado para la consumación de un acto. Esta línea fue intensamente trabajada por los llamados Estatutarios (siglos XVII y XVIII) y está ampliamente aceptado que es el origen de los valiosos estudios que sobre el tema del fraude de ley se han realizado en Derecho internacional privado[25]. De acuerdo con ORTIZ PILARES, H.[26] las escuelas que siguieron cronológicamente apenas tuvieron impacto en el estudio del fraude de ley. En la escuela del Derecho Natural no hay mención alguna al tema y en la escuela Histórica la referencia es accesoria y reiterativa del derecho romano que, a partir de los movimientos codificadores del siglo XIX, empieza a perder importancia.

Puede que esta pérdida de los antecedentes romanos explique la razón por la que no se incluyeron reglas concernientes al verdadero fraude de ley en los Códigos del siglo XIX (cf. VEGA BENAYAS, C.[27]). En SOLS LUCÍA, A.[28] se añade que el principio de autonomía de la voluntad cerró las puertas a la sanción inicial del fraude. Por todo ello, la posterior recepción de esta figura es obra fundamentalmente de la jurisprudencia[29],

[25] Cuestión distinta es que los trabajos vayan en la misma dirección. Así, por ejemplo, en AUDIT, B. (*La fraud à la loi*, págs. 91 y ss.) se considera que hay fraude de ley cuando se evidencia el elemento fáctico (tratar de conseguir el resultado logrado en otro ordenamiento ante las autoridades del Estado cuyo ordenamiento se ha eludido). En ALFONSÍN, Q. (*Teoría del Derecho Privado Internacional*, págs. 595 y ss.), por el contrario, su admisión ofrece más inconvenientes prácticos que ventajas, puede conducir a resultados no queridos en el comercio internacional y carece, en su opinión, de fundamento jurídico satisfactorio.
[26] *El fraude a la ley en la doctrina jurídica y en la teoría del derecho.*
[27] *Teoría, aplicación y eficacia en las normas del Código Civil*, pág. 219.
[28] *El fraude a la ley*, pág. 71.
[29] Su importancia queda atestiguada por la afirmación del autor que probablemente más influyó en la configuración doctrinal de esta figura: *"(…) la decisión de condenar el fraude*

de la doctrina y de los antecedentes legales, en este orden de mayor a menor relevancia. El análisis de estos antecedentes a la nueva redacción del Título Preliminar de nuestro Cc aporta no pocas luces para comprender la naturaleza del fraude de ley.

La jurisprudencia llevó a cabo una ingente tarea de resolución de casos que exigían previamente su análisis, de forma que sin construir una teoría general (¡no es ese su cometido!) sí que permitió advertir la presencia de características que se repetían y soluciones apoyadas en la doctrina. De interés, antes de la reforma del Título Preliminar, suelen mencionarse las SSTS de 8 de abril de 1942 y de 13 de junio de 1959 pues han sido citadas en repetidas ocasiones con posterioridad. En esencia (véase, entre otros, SOLS LUCÍA, A.[30]), se evidenciaron dos factores para declarar la existencia de fraude: las reglas del criterio humano y la doctrina (en concreto, la tesis de De Castro a la que luego nos referiremos). Además, se hace referencia explícita a la finalidad práctica tanto de la norma de cobertura como de la norma eludida. Buena parte de la abundante jurisprudencia posterior (hasta la nueva redacción del art. 6.4 Cc) se preocupó de diferenciar el fraude de otras figuras afines. Cabe destacar en este sentido, y entre otras, las SSTS 17 de mayo de 1958, 3 de abril de 1968, 2 de febrero de 1969, 10 de mayo de 1971, 12 de mayo de 1972 y 15 de junio de 1974. Por último, la jurisprudencia de este período que tiene como denominador común el fraude de ley como actos que respetan la letra de la norma, pero infringen su espíritu es también muy variada. A modo de ejemplo, las SSTS de 6 de febrero de 1957, 13 de junio de 1959 y 1 de abril de 1965[31].

de ley es, sobre todo, mérito de la jurisprudencia que, con seguro sentido jurídico, ha reaccionado frente a este grave peligro" (DE CASTRO Y BRAVO, F., *Derecho Civil de España,* pág. 546).

[30] Ob. cit., pág. 76.

[31] Con mayor grado de detalle de la copiosa jurisprudencia de este período se puede ver IGLESIA PRADOS, E. (ob. cit., págs. 29 y ss.), SOLS LUCÍA, A. (ob. cit., págs. 76 y ss.) y NAVARRO FERNÁNDEZ, J. A. (ob. cit., págs. 94 y ss.).

Por lo que respecta al papel de la doctrina, convenimos con IGLESIA PRADOS, E.[32] (a quien seguimos en este apartado) que la recepción del fraude de ley por la jurisprudencia tuvo como consecuencia la posterior elaboración por parte de los autores de la época de teorías sobre las que asentar el régimen jurídico de la institución. Una primera mención se puede hacer a la obra de Valverde "*Tratado de Derecho Civil español*" de 1932 quien no se ocupó inicialmente del fraude, pero a la vista de las influencias jurídicas europeas y el trabajo jurisprudencial añadió un apéndice con una referencia al fraude de ley para defender una postura absolutamente subjetivista ("*el autor no viola la ley por su acto, sino por su intención*" afirma). Por lo demás, afirmó que el fraude de ley no tenía la suficiente entidad como para disponer de una norma que lo regulara dejándolo al arbitrio judicial según los perjuicios causados.

En abierta oposición a esta tesis, Pérez y Alguer ("*Estudios de comparación y adaptación a la legislación y jurisprudencia española del Derecho Civil (parte general)*" de 1934) subrayan la naturaleza objetiva del fraude y rechazan su equiparación con los actos contra ley. En su demérito está el no aportar elementos para diferenciar uno del otro, aunque sí que proponen una sanción distinta apoyada en el antiguo art. 4 del Cc ("*Son nulos los actos ejecutados contra lo dispuesto en la Ley, salvo los casos en que la misma Ley ordene su validez*").

Está comúnmente aceptado que la obra de DE CASTRO Y BRAVO, F.[33] sienta las bases técnicas del fraude distinguiéndolo con claridad de otras figuras y constituyendo una referencia de apoyo jurisprudencial a la que antes nos hemos referido. En esencia subraya los siguientes elementos:

1. En el fraude de ley existe un acto que no se oculta, a diferencia de lo que ocurre en la simulación.

[32] Ob. cit., pág. 146.
[33] *Derecho Civil de España,* págs. 606 y ss.

2. Es una vulneración de un interés público y no tanto de un interés privado.
3. Para su afirmación se requiere el concurso de presunciones objetivas y no tanto la prueba de la intención, y
4. No trae como consecuencia una acción de impugnación sino de nulidad.

En concreto, define el fraude como "*uno o varios actos que originan un resultado contrario a una norma jurídica y al o a los que se han amparado en otra norma dictada con distinta finalidad*"[34]. Pensamos que el recorrido histórico hecho hasta ahora nos permite afirmar que en los elementos estructurales del fraude y en su definición se condensan buena parte de los avances logrados hasta el momento (desde su creación en derecho romano, las contribuciones de los post-glosadores, el historicismo renacentista, los problemas advertidos en el primigenio derecho internacional privado[35] y el encomiable trabajo jurisprudencial)[36].

Un último elemento que se debe añadir para entender la actual configuración del fraude es la legislación especial que, en palabras de SOLS LUCÍA, A.[37]) expresa la crisis de la política codificadora pues, aunque el Cc fue objeto de numerosas revisiones, el Derecho moderno necesita adaptarse a una realidad social y jurídica cambiante y no bastan para ello, ajustes parciales, aunque sean continuos.

[34] Ibidem, pág. 607.
[35] No por casualidad, Federico De Castro fue Catedrático de Derecho Internacional Privado por oposición ganada en 1934 antes de ser Catedrático de Derecho Civil.
[36] Existe una viva discusión acerca de la preposición más adecuada a esta figura. Hay quienes hablan de fraude de ley (el texto mencionado de De Castro, así como en Rodríguez, Díez-Picazo, Iglesia y Navarro en las obras incluidas en las referencias finales), fraude a la ley (Sols) y, en menor medida, fraude contra la ley. No creemos que en un trabajo de esta naturaleza haya hueco para adentrarnos en una discusión cuya finalidad práctica tampoco la vemos como relevante. Por ello, trataremos de usar la preposición mayoritaria a la que luego añadiremos el matiz de la interpretación, pero empleando las otras fórmulas como equivalentes.
[37] Ob. cit., pág. 44.

Se suele citar a la Ley de represión de la usura (1908) que en su art. 9 señalaba: "*lo dispuesto por esta ley se aplicará a toda operación sustancialmente equivalente a un préstamo en dinero, cualesquiera que sean la forma que revista el contrato y la garantía que para su cumplimiento se haya ofrecido*". El amplio margen concedido al juez para reprimir la usura hizo innecesario regular el fraude, pero se señala como antecedente lejano del mismo aun sin citarlo expresamente[38]. En el fondo, late la relación con el negocio fiduciario que se ha confundido con el realizado en fraude de ley (véase DE CASTRO Y BRAVO, F.[39]) y a lo que más adelante nos referiremos.

La Ley General Tributaria (1963) es también digna de mención, pero sorprendentemente no cuando se refiere de forma imprecisa al fraude[40] porque mezcla el elemento objetivo (resultado equivalente al del hecho imponible) con el subjetivo (propósito probado) que, además, es de difícil acreditación[41]. Su principal aportación es cuando no lo cita textualmente,

[38] RODRÍGUEZ ADRADOS, A. *El fraude a la ley: ensayo de una dirección pluralista*, pág. 284.
[39] *El negocio jurídico*, págs. 369 y ss.
[40] Art. 24: "*1. No se admitirá la analogía para extender más allá de sus términos estrictos el ámbito del hecho imponible, o el de las exenciones o bonificaciones. 2. Para evitar el fraude de ley se entenderá, a los efectos del número anterior, que no existe extensión del hecho imponible cuando se graven hechos realizados con el propósito probado de eludir el impuesto, siempre que se produzca un resultado equivalente al del hecho imponible. Para declarar que existe fraude de ley será necesario un expediente especial en el que se aporte por la Administración la prueba correspondiente y se dé audiencia al interesado*".
[41] Por lo demás, presenta problemas para su adecuada separación de la llamada economía de opción que supone una elusión legítima del impuesto. Por su claridad, reproducimos la conclusión de PALAO TABOADA, C., *La aplicación de las normas tributarias y la elusión fiscal*, pág. 114: "*Trazar el límite entre el fraude de ley y la -economía de opción- o elusión legítima del impuesto, aprovechando con habilidad las posibilidades de configuración jurídica de las actividades privadas, pero sin deformar ni vaciar de contenido los negocios jurídicos, entraña, como toda aplicación de la ley, un juicio valorativo, que ha de hacerse caso por caso. Por consiguiente, es vano el intento de marcar dicho límite por medio de definiciones abstractas, ninguna de las cuales, sea la fórmula de la Ordenanza alemana, sea la de la Ley General Tributaria o cualquier otra imaginable, puede conseguirlo. La lucha contra el fraude a la ley no tendrá nunca fin, pues es la lucha misma por el Derecho. En definitiva, son los Tribunales, como intérpretes de la ley y representantes de la conciencia jurídica de la comunidad, los que tienen la última palabra. Su prudencia valorativa será la guía principal para evitar los dos extremos: la concepción de los negocios como instrumentos formales, con la*

pero recoge el fraude fiscal creado en la última etapa del derecho romano[42].

La jurisprudencia trabajó intensamente los problemas de fraude en los contratos de arrendamiento gracias a la ley que los regulaba (Ley de arrendamientos urbanos de 1964) que ya desde su Exposición de Motivos subrayaba el análisis de varios elementos (buena fe, abuso de derecho y fraude) para lograr un saneamiento de las relaciones entre los contratantes[43].

Una obligada referencia final debe hacerse a la Ley de ventas a plazos de bienes muebles (1965) cuyo art. 18 afirma: "*Se tendrán por no puestos los pactos, cláusulas y condiciones de los contratos regulados en la presente Ley que fueren contrarios a sus preceptos o se dirijan a eludir su cumplimiento*" en lo que es una clara alusión al fraude y su sanción (mantener la eficacia del acto o negocio jurídico preservando las normas imperativas eludidas).

consiguiente negación del fraude a la ley, por un lado, y la sustitución de las decisiones del legislador plasmadas en los términos de la ley por las subjetivas del juzgador, por otro. La adecuada motivación de las decisiones es la mejor garantía contra la arbitrariedad en este ámbito. Una cierta moderación judicial (el "judicial restraint" de la doctrina norteamericana) debe también contribuir decisivamente a evitar que una utilización desmedida de la figura del fraude a la ley cause un deterioro inadmisible en la seguridad jurídica".

[42] El art. 25 señala: "*Cuando el hecho imponible consista en un acto o negocio jurídico, se calificará conforme a su verdadera naturaleza jurídica, cualquiera que sea la forma elegida o la denominación utilizada por los interesados, prescindiendo de los efectos intrínsecos o de forma que puedan afectar a su validez*".

[43] El art. 9 es claro en este sentido: "*El ejercicio de los derechos y el cumplimiento de las obligaciones previstas en esta ley se acomodará a las reglas de la buena fe. Los jueces y tribunales rechazarán las pretensiones que impliquen manifiesto abuso o ejercicio anormal de un derecho o constituyan medio para eludir la aplicación de una norma imperativa, que deberá prevalecer en todos los casos frente al fraude de ley*".

1.1. Recepción de la figura en el Código Civil

La incorporación del fraude de ley a nuestro Cc ha atravesado diversas vicisitudes que merece la pena resumir a continuación. Bien parece que su origen, según NAVARRO FERNÁNDEZ, J. A.[44], hay que situarlo en el informe elaborado en el año 1940 para la modificación del Título Preliminar a propuesta de la Subsección de Derecho civil de la Comisión General de Codificación. Este primer informe experimenta un parón de varios años hasta que en 1943 se retoman los trabajos para dar entrada a los progresos de la doctrina y la jurisprudencia, según se acuerda por los miembros de la Comisión, junto con las modernas orientaciones del Derecho internacional privado. Una nueva pausa legislativa que, sin embargo, animó el debate doctrinal y el trabajo jurisprudencial a partir de estos principios rectores.

En el Anteproyecto de la Comisión de Codificación de 1962 aparece por primera vez una referencia directa al fraude de ley (art. 6.4 [45]) acompañado por una justificación acerca de su necesidad en la Exposición de Motivos. El proyecto de Ley de Bases se remitió a las Cortes en el año 1966 pero no obtuvo el preceptivo Informe para la Ponencia por lo que fue necesario otro Proyecto (publicado el 22 de junio de 1972) cuya Exposición de Motivos (ver Base 3ª, párrafo 1º) postpone el tratamiento del fraude en la forma siguiente: "*Al regular la eficacia general de las normas se determinará el alcance de la buena fe y se configurará el fraude a la ley y el abuso del derecho, los cuales, introducidos ya en nuestro sistema jurídico a través de la jurisprudencia,*

[44] Ob. cit., pág. 51.
[45] "*Los actos realizados de conformidad con el texto de una norma, que deliberadamente persigan un resultado contrario o prohibido por el ordenamiento jurídico, se considerarán ejecutados en fraude de ley y no impedirán la debida aplicación de la norma que de otro modo quedaría burlada*".

carecen de regulación general". El fraude de ley perdía parte de su naturaleza al entrar como un concepto indeterminado provocando críticas acerca de su conveniencia por razones de política legislativa.

BURLADA ECHEVESTE, J.L. [46] recuerda que éste último Proyecto provocó una fuerte oposición por los Procuradores en Cortes que, disconformes con el sistema de la Ley de Bases, plantearon disponer de un texto articulado para ser discutido de forma ordinaria (esto es, artículo por artículo) lo que también fue objeto de fuertes críticas. Finalmente, se optó por presentar una Ley de Bases en términos más concretos que dio lugar a la aprobación de la Ley 3/1973, de 17 de marzo, de Bases para la Modificación del Título Preliminar del Código Civil, cuyo art. 2, Base 3ª, párrafo 1º, señala que: "*Todas y cada una de las bases se refieren (…) a materias incorporadas ahora como objeto de nueva regulación. Entre éstas pueden resaltarse (…) el expreso reconocimiento de algunos principios generales, cuales (…) el de la sanción del fraude a la ley (en su aspecto interno y en el internacional)*".

La Ley de Bases de 1973 retoma en consecuencia, el valor intrínseco de la figura del fraude de ley y es el antecedente inmediato del Decreto de 31 de mayo de 1974 que introduce en el Título Preliminar un artículo específico que regula el fraude de ley con carácter general.

Además, la experiencia derivada del Derecho internacional privado (a la que ya hemos aludido anteriormente) lleva a que se añada un apartado 4 en el art. 12 que afirma: "*Se considerará como fraude de ley la utilización de una norma de conflicto con el fin de eludir una ley imperativa española*".

Merece aludir al texto de la Exposición de Motivos del Decreto por el que se sanciona con fuerza de ley el texto articulado del Título Preliminar y que en lo concerniente al fraude de ley dice lo siguiente: "*En la*

[46] *El fraude de ley en Derecho tributario.*

configuración del fraude prepondera la idea de considerar el ordenamiento jurídico como un todo; por eso es reputada fraudulenta la sumisión a una norma llevada a cabo con el propósito de obtener un resultado prohibido o contrario al conjunto del ordenamiento. Por otra parte, si frente a la norma elegida aparece otra tratada de eludir, habrá de aplicarse la última. Ello quiere decir que la consecuencia correspondiente no queda circunscrita a la nulidad del acto a través del cual pretendiera lograrse un resultado fraudulento, sino que ha de comprender también la efectiva aplicación de la norma pertinente, aunque no queden excluidas ciertas consecuencias anulatorias".

El párrafo seleccionado contiene interesantes cuestiones que habrán de ser objeto de estudio algo más adelante, pero despeja la duda de que la agresión no es sobre una norma concreta sino sobre el ordenamiento en su conjunto y clarifica la sanción, aunque deja abierta la puerta a otras consecuencias.

2. Sobre la naturaleza autónoma del fraude a la interpretación de la norma

El recorrido histórico realizado y el abundante material jurisprudencial y doctrinal nos permiten afirmar la existencia del fraude, aunque la duda que se suscita a continuación es si éste tiene la suficiente entidad como para su reconocimiento autónomo e independiente o si debe ser subsumido en alguna otra institución jurídica de mayor significación. En suma, revisamos seguidamente las teorías contrarias a la autonomía del fraude y las que están a favor.

2.1. Planteamientos opuestos a la autonomía del fraude de ley

Un primer grupo de autores entienden que los actos en fraude de ley no son sino una categoría a incluir dentro de los actos contra la ley. Recordemos que antes de la reforma del año 1974, los Tribunales trataban los actos en fraude con la misma sanción que los actos realizados en contra de la ley mas no, añadimos, como si fueran actos contrarios a la ley. La explicación era el vacío legal existente al no estar prevista la sanción para los comportamientos fraudulentos.

Esta identidad de sanción llevó a algunas voces autorizadas antes de la Reforma a proclamar su incorporación en una categoría única. Entre ellas, MARTÍN OVIEDO, J. Mª.[47] que advertía de la necesaria reacción del ordenamiento frente a cualquier ataque contra el mismo siendo irrelevante que la causa fuera el franco incumplimiento o buscando el apoyo en otras normas para evitar el cumplimiento de la primera. Y antes, FERRARA, F.[48] entiende que los negocios realizados en fraude son deseados por las partes que recurren realmente a ciertas formas jurídicas para obtener consecuencias que de otra forma serían inalcanzables[49]. De esta forma concluye que en los actos en fraude de ley hay una simulación económica que no jurídica, y por ello los incluye dentro de los actos en contra de ley.

Ciertamente, después de la Reforma, los defensores de esta tesis han sido menos pero no por ello menos relevantes. En VEGA BENAYAS, C.[50]

[47] *El acto en fraude de ley como especie de acto contrario a la ley*, págs. 305 y ss.
[48] *La simulación de los negocios jurídicos*, cap. IV.
[49] En realidad, utiliza el término de simulación relativa, aunque con este significado pues añade (FERRARA, F., ob. cit., pág. 206): "*De su análisis resulta que existen dos negocios: el manifiesto, fingido, y el oculto, serio; de ellos el primero sirve para disimular el segundo. Los contratantes, para que no se conozca su acuerdo secreto, lo disfrazan bajo un ropaje engañoso: la simulación, aquí, no se limita a crear la apariencia, sino que produce esta última para encubrir un acto verdadero*".
[50] Ob. cit., pág. 217.

se afirma que el empleo por la jurisprudencia de la sanción prevista en los actos realizados contra ley para reprimir los actos en fraude de ley "*no era ninguna interpretación forzada en cuanto que el fraude de ley constituye, en esencia, un acto contrario a la norma, bien que por vía indirecta (…)*".

De forma parecida, BONET CORREA, J.[51] al analizar el alcance de la obligatoriedad de las distintas categorías de normas jurídicas (perfectas, más que perfectas, casi perfectas e imperfectas), llega a la conclusión de que la actual redacción del artículo relativo a los actos contra ley resulta de aplicación a las normas imperativas y prohibitivas, y es bastante para fulminar cualquier acto contrario a las mismas o a su finalidad.

Con todo, la opinión mayoritaria, con la que estamos de acuerdo, es que se trata de institutos diferentes que adquieren claramente entidad propia desde la reforma de 1974[52]. De forma rotunda, en SOLS LUCÍA, A.[53] se dice: "*Son dos instituciones autónomas y distintas. Forzosamente han de serlo cuando el legislador las sanciona por separado*" y esto, añadimos nosotros, no es algo novedoso, sino que tiene su causa en el propio derecho romano (recuérdese la cita antes transcrita de Paulo); esa es la utilidad, a nuestro juicio, de haber repasado esos antecedentes. Además, la forma de llevarlo a cabo es distinta pues la violación de la norma se puede hacer mediante una forma negocial prohibida (acto contra ley) o de forma indirecta mediante estructuras negociales distintas (acto en frade de ley)[54]. Medios distintos, fines diferentes justifican, a nuestro modo de ver, institutos separados a pesar de los numerosos puntos en común entre ambas figuras (cf. IGLESIA PRADOS, E.[55]).

[51] *Los actos contrarios a las normas y sus sanciones*, pág. 313.
[52] Por todos, CAFFARENA LAPORTA, J.: *Eficacia general de las normas jurídicas: artículo 6 apartado 4*, pág. 844.
[53] Ob. cit., pág. 129.
[54] Ver CAFFARENA LAPORTA, J. *ob. cit.*
[55] *Ob. cit.*, págs. 66 y ss.

Un segundo grupo de críticas al carácter autónomo del fraude de ley tendría su apoyo en su inclusión dentro de los problemas inherentes a la interpretación. De forma contundente, AMORÓS GUARDIOLA, M.[56], aunque luego matiza su afirmación, señala: "*(…) para reprimir la finalidad prohibida no hacía falta este concepto técnico de acto en fraude. Bastaba con la necesidad de interpretar cada norma de acuerdo con su finalidad y su puesto dentro del ordenamiento jurídico, para descubrir la falta de protección del acto realizado y la necesidad de que el caso resultara disciplinado por la norma que se pretende eludir*". En el mismo sentido, NAVARRO FERNÁNDEZ, J. A[57] y VEGA BENAYAS, C.[58].

En opinión que compartimos con IGLESIA PRADOS, E.[59], una cosa es que para desenmascarar el fraude hagamos uso de la interpretación normativa y otra muy distinta es que el recurso a los criterios hermenéuticos resuelva todos los problemas derivados del fraude de ley pues están situados en planos diferentes.

Este planteamiento de negar la autonomía al fraude de ley mediante su incorporación a los problemas propios de la interpretación es igualmente seguido por SALVADOR CODERCH, P., AZAGRA MALO, A. y FERNÁNDEZ CRENDE, A.[60] quienes lo combinan con la autonomía privada de los contratantes para afirmar: "*Para la mayor parte de la*

[56] *Artículo 6.4*, pág. 349.
[57] *Ob. cit.*, pág. 81.
[58] *Teoría, aplicación y eficacia en las normas del Código Civil*, pág. 235.
Por su claridad, reproducimos la conclusión de este autor: "*Repetimos que, por eso, el problema del fraude pertenece al campo de la interpretación y de entre los métodos o criterios de ésta al finalista: Si el fin de la norma de cobertura no es el de proteger el acto sospechoso de fraude, estaremos ante uno de sus supuestos*". Es probable que haya que incluir también en esta línea crítica uno de los estudios más profundos sobre el tema realizado por SOLS LUCÍA, A. (*ob. cit.*, pág. 251) quien, sin entrar en este debate, afirma: "*El fraude a la ley es un tema propiamente de interpretación*". Con todo, no nos queda claro si este comentario está hecho con el ánimo de llamar la atención sobre el papel de los métodos interpretativos para identificar los actos fraudulentos o si va más allá negando su carácter autónomo.
[59] *Ob. cit.,* pág. 76.
[60] *Autonomía privada, fraude de ley e interpretación de los negocios jurídicos*, pág. 10.

civilística contemporánea, la figura del fraude de ley carece de autonomía, pues se disuelve en la doctrina de la interpretación de las leyes desde que se acepta que éstas deben entenderse conforma a su finalidad (interpretación teleológica) y no sólo conforme a su tener literal (interpretación gramatical)" y algo más adelante citando a Medicus, "*(…) la falta de la figura del fraude de ley deriva de la extensión de la doctrina de la interpretación e integración de las leyes civiles, así como de la misma naturaleza y evolución del derecho privado que bosquejábamos en las páginas iniciales* [donde los autores citados incluyen la referencia a la autonomía privada]"[61].

Por no extendernos más en esta cuestión, otros autores propugnan la falta de autonomía del fraude por estar incluido entre los Principios Generales del Derecho (cf. LLUIS Y NAVAS, J.[62]) aunque más por encontrar en este recurso la solución al problema de su sanción específica, como ocurre en Francia (véase, entre otros, ORTIZ PILARES, H.[63]). En SOLS LUCÍA, A.[64], aún sin abordar de forma explícita su naturaleza autónoma, llama la atención sobre los problemas derivados de la inseguridad jurídica en los terceros que obren de buena fe rememorando los problemas ocasionados en la última etapa del derecho romano y a los que hemos hecho alusión[65]. Sobre este último punto existe

[61] *Ibidem*, pág. 12.
[62] *La fijación de las fuentes y del ejercicio del derecho en las codificaciones española y argentina*.
[63] *El fraude a la ley en la doctrina jurídica y en la teoría del derecho.*
[64] Ob. cit., pág. 81.
[65] Quizás, este comentario inicial hay que leerlo en línea con las críticas que expone al texto del art. 6.4 Cc y que probablemente cierra al final de su obra matizando: "*Podrá haber todo lo más un «abuso de Derecho», de dicha figura. Incluso puede llegar a darse un «fraude» al fraude de ley. En ningún caso, su propia esencia daría pie a tales excesos*" (SOLS, A., *ob. cit*., pág. 244).
En el mismo sentido, en RUIZ VADILLO, E. (*El nuevo Título Preliminar del Código Civil*, pág. 818), después de tratar el fraude de ley (junto con la buena fe y el abuso del derecho) señala al concluir: "*Lógicamente, tales novedades encierran un peligro: el atentado que las mismas pueden suponer al principio de seguridad. Pero la existencia de unos precedentes legislativos ya suficientemente experimentados, la preparación, prudencia y equilibrio de nuestros Jueces y Tribunales, la eficaz colaboración de los Abogados, insustituibles en la Administración de Justicia y la presencia de nuestro Tribunal*

una preocupación general expresada con claridad en GITRAMA GONZÁLEZ, M.[66] cuando, después de analizar la figura del fraude, señala: "*Realmente es peligrosa, muy peligrosa la generalización del concepto de fraude a la ley. Un abuso del mismo por parte de los juzgadores abocaría a toda una constelación de prohibiciones no previstas en los textos legales. Un prurito de interpretación teleológica o finalista para aplicar el que se entienda espíritu legal a casos no abarcados por su normal alcance acarrearía el riesgo de extender, por ejemplo, las prohibiciones legales, más allá de su justo y positivo contenido con el consiguiente e irreparable daño de un bien tan preciado e imprescindible como el de la certeza del Derecho. Son las reglas de las más sana y prudente hermenéutica las que deben situar en su justo punto los confines del fraus legis*".

2.2. Tesis favorables a la autonomía del fraude de ley

Antes de la recepción en el Cc de esta figura algunas voces pronosticaron su inclusión en el Título Preliminar para enfatizar su carácter general y su aplicabilidad a todas las leyes de derecho común, así como en los territorios forales (entre otros, LLUIS Y NAVAS, J.[67]). Precisamente, esta

Supremo, como último y definitivo guardián de la recta aplicación de las leyes, a través de los correspondientes recursos, permiten esperar, con absoluta e incondicional confianza, el desarrollo y ejecución de la última y más trascendental reforma del Código Civil".

En VÁSQUEZ, W. (*Los contratos coligados en fraude a la ley con especial referencia al modelo jurídico italiano*, pág. 18) se afirma que el Código civil alemán no contiene una previsión del fraude de ley por este motivo y sólo identifica, en la reforma de 2002, una mención implícita en el parágrafo 306a de la sección segunda titulada "*Configuración de relaciones obligatorias negocial mediante condiciones generales de la contratación*", según el cual "*las disposiciones de esta sección se aplican si se eluden por medio de otro procedimiento*".

[66] *La corrección del automatismo jurídico mediante las condenas del fraude a la Ley y del abuso del Derecho*, págs. 135-136.

[67] *Ob. cit.*

defensa a ultranza del ordenamiento es el otro factor esgrimido por la doctrina previa a 1974 para instar el análisis autónomo e independiente del fraude. Es bastante claro en este sentido la conclusión de PUIG PEÑA, F.[68]: "*la ley debe imperar en toda la extensión de su contenido y, lo mismo que concede sin límites todas las posibilidades de hacer, debe contener sin límites todas las maniobras contrarias a su imperio. No valen ya las sutilezas de los viejos intérpretes, las interpretaciones retorcidas de sus palabras ni, como sucede en relación con el fraude, el apoyo ilícito en otra norma dictada para casos distintos o circunstancias diversas*".

Tras la reforma operada en el Cc, el grueso de argumentos a favor de su autonomía se apoya en asegurar la plena eficacia y aplicabilidad de las normas[69]. Se trata de términos (eficacia y aplicabilidad –interna y externa–)[70] que probablemente exigirían un estudio más detallado que no creemos que proceda en este punto de nuestro trabajo.

No nos atrevemos a sentenciar cuál es la opinión mayoritaria en la doctrina acerca de la autonomía de esta figura. Sin ánimo de resultar osados creemos necesario afirmar el carácter independiente del fraude de ley y ello por varias razones. En primer lugar, ya lo anticipábamos, medios distintos para sustraerse del cumplimiento de una norma (actos contra ley o en fraude de ley, entre otras fórmulas de agresión), fines o consecuencias distintas que están previstas en diferentes apartados normativos. Se trata de un motivo necesario pero insuficiente. Por ello, hay que observar que en segundo lugar hay una causa de política legislativa que busca garantizar la necesaria protección del ordenamiento

[68] *Tratado de derecho civil*, pág. 396.
[69] Véase, entre otros, CAFFARENA LAPORTA, J. (*Eficacia general de las normas jurídicas: artículo 6 apartado 4*, cap. 3) y SANTOS BRIZ, J. (*Derecho Civil. Teoría y práctica*, pág. 153)
[70] Para su análisis conceptual se puede ver NAVARRO, P. y MORESO, J. J. (*Aplicabilidad y eficacia de las normas jurídicas*).

en su conjunto[71] (derecho común, foral e incluso su traslación a otras especialidades del derecho como el derecho contable que es el objeto de nuestro trabajo). Esto explica su incorporación en el Título Preliminar, que no es casual, pues permite un tratamiento unitario del problema y perfilar sus características (incluso el debate acerca de su aplicación excepcional[72]) para diferenciarlo de otras figuras con las que guarda puntos en común.

En nuestra opinión, subsumir el fraude de ley en otras áreas de estudio, por ejemplo, la interpretación por ser una tesis ampliamente aceptada vendría a enviar un mensaje que podría ser erróneamente comprendido en el sentido de dar a entender una división entre interpretaciones ortodoxas y heterodoxas, fomentando estas última como muestras de la *inteligencia* o los conocimientos desplegados por el intérprete remitiéndonos a un pasado nefasto. Todo ello debe ser entendido sin merma del análisis de otras figuras similares con el objeto de perfilar correctamente sus características que debe permitir su adaptación a la casuística a la que se enfrentan los tribunales de justicia.

[71] En la Exposición de Motivos del Decreto que sanciona el texto articulado del Título Preliminar se señala afirmando esta vocación unitaria: "*No obstante, como los conflictos de ámbito regional se dan en el seno de la misma nación estructurada en un solo Estado, las normas dotadas de sentido en función de las diferencias nacionales y estatales quedan excluidas, como sucede con las relativas a la calificación, la remisión y el orden público, mientras no concurre igual circunstancia en el fraude de la ley que puede darse lo mismo en el plano de lo interestatal como en el interregional, así como también dentro de un solo ordenamiento o de una determinada legislación civil*".

[72] Véase, entre otros, MEZQUITA GARCÍA-GRANERO, D. (*El fraude de ley en la jurisprudencia*, pág. 117).

2.3. Exposición sintética de las bases teóricas doctrinales

Desde un punto de vista técnico la descripción de las teorías formuladas por la doctrina debería efectuarse como subapartado de las tesis favorables a la autonomía del fraude. Sin embargo, un argumento metodológico nos lleva a crear un apartado diferente pues el esfuerzo de los autores ha subrayado un elemento que se ha considerado como fundamental para identificar el fraude y ello, aunque normalmente vinculado a su carácter independiente (que es nuestra conclusión), no es excluyente para quienes entienden que esta figura no debe ser objeto de atención separada. Las exposiciones sistemáticas más completas las hemos encontrado en los trabajos de SOLS LUCÍA, A.[73] y en IGLESIA PRADOS, E.[74] y que, de forma descriptiva, identifican los siguientes grupos:

Un primer grupo integrado por teorías de marcado influjo *subjetivo,* aunque este calificativo hay que matizarlo inmediatamente a continuación. En su versión clásica sería, en principio, necesario que se diera únicamente el elemento intencional siendo irrelevante el conocimiento respecto a los resultados que de la intención pudiera derivarse (cf. VILLAVERDE PARRONDO, M., M.[75]). Mantener esto, en opinión que compartimos con SOLS LUCÍA, A.[76], supondría "*la contradicción de verdaderos fraudes a la ley sin fraude. Es contradictorio por consiguiente apoyar toda esta figura en la intencionalidad o engaño*".

Dentro de este primer grupo se suelen añadir las teorías del fraude como inmoralidad y cuya génesis la podemos encontrar en la obra de RIPERT,

[73] *Ob. cit*., págs. 84 y ss.
[74] *Ob. cit*., págs. 87 y ss.
[75] *Estudios de Derecho Civil*, págs. 145 y ss.
[76] *Ob. cit.,* pág. 85.

G.[77] que consideraba que la simple tentativa, la voluntad del acto hecho de común acuerdo entre varios interesados para eludir la aplicación de una regla jurídica imperativa con la finalidad de perjudicar a otro era en sí misma inmoral y ahí radicaba la causa de su rechazo. A los fines de nuestro trabajo tiene un interesante añadido sobre la relación con la Economía estudiada igualmente desde este punto de vista que supone, en definitiva, una vuelta a la relación medieval Derecho-Moral donde queda en un segundo plano el resultado logrado.

Se trata de un planteamiento fuertemente criticado con independencia del tema, que será abordado más adelante, acerca de la necesaria presencia del *animus fraudendi*. En concreto, se critica la prueba del elemento volitivo, cuestiones de ámbito interno del sujeto que son irrelevantes para su valoración jurídica y su falta de concreción (véase, entre otros, IGLESIA PRADOS, E.[78]).

Un segundo grupo de teorías pone el acento no tanto en la intención cuanto en el resultado logrado y por ello se las denomina *objetivas*. El trabajo doctrinal ha diferenciado entre distintas escuelas que comparten esta raíz y que, en algunas ocasiones, presentan rasgos muy sutiles para separar unas de otras. Un somero resumen de estos planteamientos es el que sigue a continuación.

La teoría clásica romanista supone una revisión de los textos clásicos atribuidos a Paulo y Ulpiano y a los que ya nos hemos referido. En RODRÍGUEZ ADRADOS, A.[79] se hace un recorrido muy claro de sus aportaciones y características que seguimos a continuación. Uno de sus principales defensores es Cogliolo para quien el elemento fundamental para calificar un acto como fraudulento es el incumplimiento normativo

[77] *La regla moral en las obligaciones civiles*, manejamos su edición de 2016 capítulo IV y más en concreto, el apartado 2 "*Ensayo de la definición de fraude".*
[78] *Ob. cit.,* págs. 89-90.
[79] *El fraude a la ley*, págs. 64 y ss.

entendido este último como contrario al resultado de su interpretación literal o lógica. Stolfi, con posterioridad, va un poco más allá para añadir a la interpretación literal o lógica, la que se pueda hacer por vía extensiva. Queda en estos autores la intención en un segundo plano y de ahí su calificación como corriente objetiva.

En esencia, esta línea doctrinal considera subsumidos los actos en fraude de ley dentro de la categoría de los actos contra ley. Es preciso acudir a los criterios hermenéuticos de la interpretación para deslindar el incumplimiento frontal de la agresión indirecta. Una segunda nota es que amplía el incumplimiento normativo al espíritu de la norma e incluso, a su interpretación extensiva. Por último, el fraude se vincula con la vulneración de la norma siendo irrelevante, como ya habíamos anticipado, la voluntad de las partes.

Dentro de las teorías objetivas hay que mencionar las que se fundamentan en la acción indirecta (la *circumscriptio legis*) porque igual que en el caso de las tesis anteriores, la intención queda con un papel menor. Esta línea ha sido muy fructífera dando como consecuencia distintas escuelas entre las que destacamos las siguientes[80]: la *teoría de la violación encubierta de la ley* que asumiendo que la voluntad puede concurrir para la consecución del fraude se rechaza que sea su causa. El aspecto clave es la forma indirecta, oculta, encubierta en suma para llevar a cabo este incumplimiento. Ocurre sin embargo que, de esta forma, el fraude presenta bastantes puntos en común con la simulación (y los actos simulados) sin que se ofrezca un análisis riguroso que permita separar una de otra construcción.

La *teoría de la violación indirecta de la ley* se suele incluir en esta línea doctrinal de fraude por medio de acciones indirectas. Entre sus

[80] Retomamos el análisis de SOLS LUCÍA, A. (*ob. cit.,* págs. 87 y ss.) e IGLESIA PRADOS, E. (*ob. cit*., págs. 96 y ss.).

principales defensores mencionamos a DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN, A.[81] a quienes seguimos para presentar sus elementos característicos. Coincide con la línea anterior en que el resultado prohibido se logra por medio de un rodeo, de un ardid, pero reclama la necesaria concurrencia de dos normas: la de cobertura y la defraudada, de tal forma que la violación a la segunda se hace buscando la protección indirecta de la primera. También participan de esta tesis, con amplia presencia en la doctrina y en la jurisprudencia, RUIZ VADILLO, E.[82] y AMORÓS GUARDIOLA, M.[83].

Una última dirección que ha seguido la acción indirecta se concreta en la denominada *teoría del negocio jurídico indirecto* cuyo máximo exponente es FERRARA, F.[84]. En síntesis, este autor considera que los negocios fraudulentos son negocios reales indirectos en el sentido de tener como objetivo que, mediante la combinación de diversos medios seriamente realizados, se alcanza un resultado que la prohíbe o al menos, uno equivalente al que la ley no quiere. De esta forma, el comportamiento va directamente contra la ley, aún de forma oblicua, y por ello su sanción es la prevista para estos actos contrarios a la ley. La crítica que compartimos con IGLESIA PRADOS, E.[85] es la equiparación establecida como punto de partida, esto es, puede haber un negocio realizado por vía indirecta que sea plenamente lícito. En este caso debería alcanzar los fines previstos en la ley lo que no puede predicarse para los actos realizados

[81] *Sistema de Derecho civil*. Para estos autores, antes de analizar el fraude es necesario acotar previamente los efectos esenciales de las normas jurídicas que, en síntesis, son los siguientes (*ibidem*, pág. 185):

- El deber jurídico de cumplimiento de la norma.
- Las consecuencias ligadas a la falta de cumplimiento del deber primario (también llamado eficacia sancionadora de las normas), y
- La norma acota la realidad social y planea para ella un orden jurídico, por lo que la convierte en realidad jurídica.

[82] *El nuevo Título Preliminar del Código Civil*.
[83] *Artículo 6.4*.
[84] *La simulación de los negocios jurídicos*.
[85] *Ob. cit.,* pág. 101.

en fraude. A la inversa, pueden existir actos fraudulentos ajenos a la figura de los negocios jurídicos indirectos.

Si retomamos los planteamientos desarrollados con un fuerte acento objetivista, debemos mencionar la denominada como *teoría del coligamiento del negocio* que se caracterizaría por el concurso de varios negocios que individualmente considerados son lícitos pero cuya coordinación o sinergia se lleva a cabo con el propósito de alcanzar un resultado ilícito. No cabe duda que es un planteamiento profundamente objetivista hasta el punto que prescinde por completo del elemento subjetivo.

En IGLESIA PRADOS, E.[86] aún se añade a este grupo de tesis objetivistas las que cometen fraude de ley por medio del abuso de los tipos contractuales y que se debe, básicamente, al trabajo de D´Amico con notables puntos de conexión con la línea anterior de coligamiento de negocios. En resumen, la elusión se realiza por medio de un tipo negocial previsto para otros supuestos que se combina con estos (es necesaria la concurrencia de varios actos) para alcanzar el resultado prohibido. La principal crítica para su admisión con carácter general es el caso específico de los negocios fiduciarios[87] que pueden reputarse eficaces a pesar de su atipicidad causal y que, sin embargo, conforme al discurso de esta teoría, deberían ser calificados como fraudulentos.

La llamada *teoría del tratamiento unitario* que tiene la ventaja de ofrecer una visión conjunta de las tesis anteriores con el ánimo de identificar criterios o directrices que ayuden al juez en su toma de decisiones. Este planteamiento, abiertamente colaborador (a pesar de una crítica radical

[86] *Ibidem*, pág. 104.
[87] Un análisis específico de la dificultad inherente a la causa de los negocios fiduciarios se puede ver en ARRUBLA PAUCAR, J. (*Los negocios fiduciarios y la fiducia en garantía*, págs. 161 y ss.). Es un tema que recuperamos más adelante, aunque con un objetivo más modesto; caracterizar más certeramente el fraude.

al resto de la doctrina), es obra de Morello (citado por IGLESIA PRADOS, E.[88]) quien traza una metodología basada en interpretar inicialmente la norma eludida para luego estudiar en profundidad los presupuestos de aplicación de la norma. Esta tesis se incluye en este grupo objetivista pues rechaza el elemento subjetivo, lo que no le impide, en su opinión, encontrar bases suficientes para un análisis unitario del problema[89].

Terminamos la presentación de los desarrollos considerados como objetivistas recordando, por su interés, el que se conoce con el nombre de *teoría de la doble variedad del fraude de ley*. Su máximo exponente es LIGEROPOULO, A.[90] a quien debemos la actualización del fraude extrínseco e intrínseco (construido inicialmente en la fase final de la evolución del Derecho romano) y cuya síntesis tomamos de LACRUZ BERDEJO, J.L., LUNA SERRANO, A. y SANCHO REBULLIDA, F.J[91]:

a) "*La derogación capciosa de expresas disposiciones de la Ley, eludiendo la regla obligatoria de una de estas dos maneras: o bien mediante la combinación de operaciones lícitas cuya legalidad está reconocida sin restricciones por los correspondientes textos o por el principio de autonomía de la voluntad; o bien mediante el amparo de otra ley contraria, como en el caso del divorcio fraudulento por naturalización, en el extranjero. La ley eludida es, en estos supuestos, siempre una regla imperativa.*

b) La violación del espíritu de una regla, a favor de su redacción absoluta, según ocurre en la mayor parte de los casos citados en

[88] *Ibidem*, págs. 105-106.
[89] En SOLS LUCÍA, A. (*ob. cit*., págs. 93 y ss.) se presenta no dentro de las teorías objetivistas sino creando un grupo que, dice textualmente, "*intentan superar la vieja polémica doctrinal entre la preponderancia de algún elemento en el fraude a la ley*". En nuestra opinión, este ejemplo no procede en este grupo por el rechazo de Morello, también aquí citado como máximo exponente, al elemento subjetivo.
[90] *La defensa del Derecho contra el fraude*.
[91] *Elementos de Derecho Civil*, págs. 210-211.

> *los ejemplos anteriores: las maniobras para eludir el retracto por ejemplo*".

El tercer grupo de teorías sostiene un planteamiento mixto o ecléctico para hacer valer tanto el elemento objetivo como el subjetivo y sus matices no son más que el resultado de primar ligeramente uno por encima del otro.

Un primer ejemplo, de notable presencia en la doctrina y en la jurisprudencia, así como por su peso en los trabajos preparatorios de la reforma de 1974, es la conocida con el nombre de *teoría internacionalista o de la doble ley*. Sus características son, en primer término, la necesaria concurrencia de una norma de cobertura y de otra defraudada que, por su origen en el Derecho internacional privado, debían pertenecer a dos ordenamientos distintos. La segunda nota es la obtención de un resultado no permitido derivado del acto realizado con la intención fraudulenta.

Para su análisis seguimos a RODRÍGUEZ ADRADOS, A.[92] quien cita a Yangüas como su principal introductor, para el que el fraude precisaba de dos circunstancias: un conjunto de actos individualmente válidos pero cuya concurrencia daba un resultado prohibido por la ley (al modo expuesto en la teoría del coligamiento negocial) así como una intención del agente, igualmente fundamental, para eludir con este proceder la sanción prevista por el resultado alcanzado. Este es el motivo por el que esta teoría se incluye entre los planteamientos mixtos o eclécticos.

Es probable que su principal exponente sea DE CASTRO Y BRAVO, F.[93] quien con su sólida formación en Derecho internacional privado y civil pudo llevar a cabo la elaboración más perfeccionada de esta tesis que tuvo una fuerte influencia en la actual configuración del fraude de ley. En

[92] *El fraude a la ley*, págs. 81 y ss.
[93] *Derecho Civil de España*, págs. 540 y ss.

concreto, el fraude queda definido como "*uno o varios actos que originan un resultado contrario a una norma jurídica y llevados a cabo al amparo de otra norma dictada con distinta finalidad*"[94]. Dos son igualmente las notas características: existe una efectiva violación de la norma (calificada como defraudada) porque se conculca su finalidad práctica y, en segundo lugar, el acto que se ampara en la norma para llevar a cabo el fraude no tenga su protección suficiente pues en este caso no habría tanto fraude sino conflicto de leyes. De la definición anterior, y a diferencia del planteamiento realizado en Yangüas, no se aprecia la exigencia del elemento intencional por lo que sería discutible, después de la tesis de De Castro, incluir este planteamiento entre las fórmulas mixtas.

Un segundo ejemplo vendría definido por las denominadas construcciones mixtas italianas atribuidas a Carraro (SOLS LUCÍA, A.[95]). Su definición refuerza el carácter autónomo de esta figura como forma de invalidez del negocio jurídico (que se aparta de los negocios contra ley) y subraya el elemento objetivo por la consecución de un resultado análogo o equivalente al prohibido. En su formulación subyace el elemento subjetivo pues al no ser idéntico el resultado a lo vedado sería válido si no fuera por el elemento intencional. Para IGLESIA PRADOS, E.[96], esta teoría se aparta de la regulación que se hace en España porque el énfasis en la intención fraudulenta puede llevar a calificar como ilícito un comportamiento que, en sí mismo, no lo es.

En este somero repaso de los planteamientos doctrinales sobre el fraude, terminamos con las posiciones mixtas presentando la conocida como *teoría de las direcciones pluralistas*. Su principal exponente es Ferrara y su análisis es interesante a los fines de nuestro trabajo. En síntesis, considera que el fraude se puede cometer por alguno de los siguientes

[94] *Ibidem*, pág. 540.
[95] *Ob. cit*., pág. 91.
[96] *Ob. cit.,* pág. 111.

tres métodos: por el empleo de una o varias formas jurídicas (combinadas), alterando las modificaciones en las que se produce el hecho o interponiendo personas distintas de los verdaderos contratantes. A modo de ejemplo, propone casos de Derecho romano para ilustrar cada uno de los métodos. Su posición ecléctica entre las teorías de corte objetivo y subjetivo tiene que ver con la exigencia de una intención de alcanzar un resultado que, de otra forma, estaría prohibido. En RODRÍGUEZ ADRADOS, A.[97] se hace un análisis muy detallado de este planteamiento.

3. Elementos estructurales del fraude

En este punto de nuestro discurso conviene llamar la atención acerca del recorrido realizado. La figura del fraude tal y como ha sido incorporado a nuestro Cc es producto de un pasado que no siempre ha seguido una línea rectilínea. Hemos abordado que, en todo caso, el fraude es consecuencia de una interpretación interesada[98] donde el resultado es lo primero que el defraudador sitúa para construir luego el armazón metodológico que explique su conclusión. A ello hemos dedicado el

[97] *El fraude a la ley*, págs. 100 y ss.

[98] Entendido esto en un sentido amplio, es decir, mediante el uso de normas de cobertura para alcanzar un fin prohibido, alterando los hechos o por la interposición artificial de personas, pues en todos estos supuestos subyace que la interpretación ortodoxa (de la norma, de los hechos o de los intervinientes) no permitiría alcanzar los fines deseados.
En LUCES GIL, F. (*El fraude de ley en las nuevas normas del Título Preliminar del Código civil*, págs. 491-492) se afirma de manera rotunda: "*De todos los sistemas de lucha contra el Derecho, la maniobra fraudulenta es el más peligroso: en primer lugar, porque se apoya en actos aparentemente legales y, en segundo lugar, porque la maquinación fraudulenta no suele ser visible y constatable hasta que se realiza el acto final. Esta es la paradoja del fraude: sustraerse del Derecho utilizando como instrumento el Derecho mismo; apoyarse en la estructura del sistema normativo para hacer pasar por válido y normal lo que realmente está vedado. Por ello, el problema del fraude se reduce, en definitiva, a la cuestión de la adecuada interpretación de la Ley y de la correcta aplicación de los principios fundamentales del Ordenamiento jurídico*".

apartado anterior. Esto implica que el medio principal para cometer el fraude es la interpretación, pero sin que eso suponga subsumir el fraude como un tipo malévolo de interpretación. Es más, a pesar de ser un tema poco pacífico en la doctrina, nos mostramos a favor del carácter autónomo de la figura y revisamos algunas teorías para conocer los elementos más relevantes usados por la doctrina para la configuración previa del fraude.

Todo este análisis, como el resto del que realizamos en este capítulo, tiene carácter general pues sólo así podemos luego, en la última parte de nuestro trabajo, abordar la problemática del fraude de la norma contable como subespecie de éste que ahora estudiamos.

En el plano metodológico procede a continuación identificar los elementos característicos o estructurales del fraude y cuya presencia es necesaria para calificar un acto de esta forma. Para ello, nos vamos a apoyar en la definición legal del fraude. Con la evidencia de la concurrencia de estos elementos en un caso concreto sometido a estudio, procede seguidamente revisar las sanciones y buscar los rasgos diferenciadores del fraude respecto a otras figuras con las que presenta similitudes. Esta parte final tiene más que ver con reforzar las condiciones que permiten calificar un comportamiento como fraudulento. Pensamos que este estudio es previo y absolutamente necesario para trabajar finalmente el fraude en la interpretación de la norma contable.

Como acabamos de indicar, vamos a subrayar los requisitos exigibles para que un acto o comportamiento sea calificado como fraudulento a partir de su definición[99]. Podríamos haber optado por seguir alguno de los

[99] En IGLESIA PRADOS, E. (*ob. cit*., págs. 21 y ss.) se parte de afirmar que es un término con diferentes definiciones y lo demuestra exponiendo las que tienen un carácter eminentemente lingüístico para luego pasar a nociones jurídicas, en el sentido de doctrinales pues toman su base de las teorías antes identificadas como objetivas, subjetivas y mixtas, continúa luego con las definiciones legales y termina con las jurisprudenciales. Esta breve referencia creemos que es bastante para probar los

conceptos acuñados en la doctrina, pero la elección sería difícil de justificar. Por ello, nos parece más objetivo realizar el estudio sobre la base de la recepción del fraude en el Cc que dice lo siguiente (art. 6.4): "*Los actos realizados al amparo del texto de una norma que persigan un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico, o contrario a él, se considerarán ejecutados en fraude de ley y no impedirán la debida aplicación de la norma que se hubiere tratado de eludir*".

No faltan quienes critican de entrada la falta de precisión del texto (DÍEZ-PICAZO, L.[100]) ni la viva discusión acerca de la pertinencia de su inclusión en el Título Preliminar[101].

En este contexto, los requisitos resumidos del fraude, siguiendo a SOLS LUCÍA, A.[102], son los siguientes para combinar su estudio con el texto que nos sirve de base:

1. Existencia de una conducta externa,
2. Conducta formalmente legal,
3. Deseo de acogerse a una norma de cobertura,
4. La ley que le sirve de amparo no le protege totalmente,
5. El resultado ha de provocar el prejuicio de una ley (llamada defraudada),

múltiples cursos que podríamos haber seguido y para justificar que la solución planteada, a pesar de las críticas que pidieran hacerse, es la más defendible.

[100] *El abuso del derecho y el fraude de la ley en el nuevo Título Preliminar del Código Civil español*, pág. 12.

[101] La polémica se suscita entre los defensores de su correcta ubicación (entre otros, HERNÁNDEZ GIL, A., *Génesis y aportaciones del nuevo Título Preliminar del Código Civil*, págs. 7 y ss. y MEZQUITA GARCÍA-GRANERO, D., *ob. cit.,* págs. 18 y ss.) para su eficacia general en todo el ordenamiento jurídico y para todo tipo de actos jurídicos. En contra, DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN, A. (*Sistema de Derecho civil*) para quienes las únicas normas de eficacia general son las incluidas en la Constitución. En su opinión, el Título Preliminar no deja de ser una ley ordinaria que puede ser modificada por otra ley del mismo rango. La cuestión no es menor, pero en cuanto a su aplicación práctica, convenimos con IGLESIA PRADOS, E. (*ob. cit*., pág. 163), que no es un tema capital pues está bastante extendida la consideración amplia del precepto citado a todo el ordenamiento aún sin resolver la controversia teórica.

[102] *Ob. cit.,* págs. 96 y ss.

6. La Norma eludida debe ser imperativa
7. Ambas normas (de cobertura y eludida) deben formar parte del mismo ordenamiento jurídico,
8. No es esencial para calificar el fraude que las normas de cobertura y eludidas sean distintas,
9. Es preciso que el resultado prohibido esté en relación de causalidad con la cobertura de una norma, y
10. La precisión acerca de perjudicar una ley o el ordenamiento jurídico.

3.1. El controvertido significado de los actos generadores del fraude y su causa

El punto de partida, no puede ser de otra manera, es la necesaria concurrencia de su exteriorización[103] (primero de los requisitos antes reseñados) junto con el deseo de producir consecuencias jurídicas (IGLESIA PRADOS, E.[104]). Para su explicación, DE CASTRO Y BRAVO, F.[105] unía la voluntad íntima con su manifestación atendiendo a los siguientes requisitos que por su interés reproducimos a continuación:

> "*1° Respecto al acto como tal; se atiende al saber lo que se hace y al haber querido lo hecho; por ejemplo, falta la conciencia si se dice algo en un momento de locura, falta la voluntad si se envía la carta forzado a ello físicamente; 2.° Respecto a la declaración; se atiende al saber que lo hecho o dicho tiene ese significado de declaración, y al querer que lo tenga; por ejemplo, faltará la*

[103] En SOLS LUCÍA, A. (*ob. cit.,* pág. 96) se afirma con rotundidad: "*No es más que un requisito universal que ha de darse en primer lugar para cualquier institución del Derecho*".
[104] *Ob. cit.,* pág. 181.
[105] *El negocio jurídico*, pág. 58.

> *conciencia si se envía carta aceptando un contrato, creyendo que se envía otra de felicitación; faltará la voluntad si se escribe y envía la carta forzado; 3.° Respecto a la voluntad negocial; se tiene en cuenta el saber y el querer el resultado práctico propuesto; por ejemplo, faltará el saber si se ha sufrido un error de apreciación al elegir el objeto; estará viciado el querer si por temor se declara que se acepta*".

El vínculo con el segundo requisito (*conducta formalmente legal*) nos lleva a BELTRÁN DE HEREDIA, J.[106] quien anticipaba que para calificar unos actos como fraudulentos, éstos debían ser perfectos, con un objeto y causa real y aparentemente lícita. A su vez, esta exteriorización, en palabras de DELGADO ECHEVARRÍA, J.[107], encuentra en el fraude un principio que limita el poder atribuido al sujeto en Derecho privado. Tenemos pues descrito el límite inferior y superior del problema.

Esta legalidad aparente[108] excluye desde el inicio los actos antijurídicos como pueden ser los realizados contra la ley o aquéllos otros en los que ha mediado dolo (SOLS LUCÍA, A.[109]). Respecto a los primeros ya hemos dejado constancia de su diferente evolución y sanción, y aún volveremos más adelante al tratar otras figuras con características similares al fraude. Otro tanto podemos decir de los actos dolosos que presentan adicionalmente el problema de que no pueden ser observables

[106] *Concepto de fraude de ley*.
[107] *El concepto de validez de los actos jurídicos de derecho privado*, pág. 28.
[108] Este calificativo lo tomamos de PUIG PEÑA, F. (*Tratado de derecho civil*, pág. 399) cuando señala: "*Con la licitud aparente se distingue el fraude de todas aquellas situaciones en las que la antijuridicidad se manifiesta prima facie. Ello ocurre, naturalmente, con todos los actos contra legem; con todas aquellas situaciones en las que interviene el dolo como engaño de una de las partes frente a la otra, y, si se quiere, también con las situaciones de abuso del derecho*".
[109] *Ob. cit.,* pág. 97.

directamente (ver HASSEMER, W.[110]) y que también serán objeto de atención con posterioridad.

La legalidad de los actos jurídicos es previa a su calificación como fraudulentos que sólo ocurre cuando se produce la quiebra de la norma eludida siguiendo, a modo de ejemplo, las directrices de la escuela de las direcciones pluralistas, el empleo de una o varias fórmulas jurídicas, manipulando los hechos o interponiendo ficticiamente otras personas. Con este modo de actuar se busca una protección total pues en otro caso, existiría un conflicto normativo que se resuelve con sus propios mecanismos. Bien señala SOLS LUCÍA, A.[111]: "*El autor del fraude lo que en definitiva persigue es una subsunción completa –aunque ilícita– en el texto de la norma de cobertura*".

El texto de la norma hace referencia expresa a actos y cabe preguntarse si implícitamente permite su extensión a los negocios jurídicos. El capítulo II de la obra citada de DE CASTRO Y BRAVO, F.[112] expone bastante bien las vicisitudes por las que ha atravesado en nuestra doctrina la recepción de este último término y a ella nos remitimos para conocer su intrahistoria. Nos limitamos a transcribir su definición que, con enorme cautela del autor, queda así: "*(L)a declaración o acuerdo de voluntades, con que los particulares se proponen conseguir un resultado, que el Derecho estima digno de su especial tutela, sea en base sólo a dicha declaración o acuerdo, sea completado con otros hechos o actos*"[113].

Unos años antes, en ALBALADEJO GARCÍA, M. [114] también se clasificaba a los negocios jurídicos como actos jurídicos que por sí solos

[110] *Los elementos característicos del dolo*, pág. 925.
[111] *Ob. cit.,* pág. 97.
[112] *El negocio jurídico*, págs. 19 y ss.
[113] *Ibidem*, pág. 34.
[114] *El hecho jurídico*, pág. 368.

o junto con otros elementos forman los negocios jurídicos[115]. Y unos años más tarde, en GALGANO, F.[116], se insiste en esta línea para concluir, junto con la doctrina alemana, una equiparación entre negocio jurídico y acto (o actos) en los que media una declaración de voluntad[117].

En conclusión, bien parece que la norma utiliza el término más amplio de actos para entender subsumido en el mismo el concepto de negocio jurídico. Desde luego, en la jurisprudencia consultada se produce igualmente este uso extensivo del término. De forma similar, en las numerosas aportaciones doctrinales revisadas sobre el fraude se tratan tanto los actos jurídicos generadores de esta conducta como los negocios sin que hayamos evidenciado una diferencia de tratamiento o una exclusión, y esta es la línea que vamos a seguir en nuestro trabajo.

Dos últimos matices a la expresión empleada en nuestro Cc en lo atinente a la revisión de los actos que pueden originar la declaración de fraude. En primer lugar, y tan sólo lo dejamos referenciado, está bastante admitido en la doctrina la exclusión de los hechos jurídicos como generadores de actuaciones de este tipo. Esto es, se podría discutir si de forma parecida a la inclusión de los negocios jurídicos en el término de actos, podría también ser admitida la inclusión de los hechos jurídicos. La respuesta a esto último es negativa[118].

[115] El campo de los actos jurídicos se dividía entre los negocios jurídicos y la categoría que él denomina en este trabajo como *actos no semejantes a los negocios jurídicos* (ibidem) y que agota conceptualmente el término inicial.
[116] *El crepúsculo del negocio jurídico*, pág. 241.
[117] En GUZMÁN BRITO, A. (*Para la historia de la formación de la teoría general del acto o negocios jurídicos y del contrato*) se hace un profundo estudio sobre la evolución de los términos acto, negocio y contrato en Derecho romano concluyendo que hay rasgos similares entre acto y negocio, así como elementos distintivos (las donaciones y los actos estructuralmente unilaterales). Afirma igualmente que el término negocio en comparación con el de acto tiene un matiz semitécnico relacionado con subrayar la sustancia económica del acto que su exterioridad jurídica. Sin entrar en estas precisiones, queda pues claro una cierta amplitud del acto en el que cabe incluir los negocios jurídicos.
[118] Por todos, RODRÍGUEZ ADRADOS, A. (*El fraude a la ley*, pág. 53).

Una última matización es si el plural empleado por el Cc niega la posibilidad de cometer fraude por medio de un solo acto jurídico. En IGLESIA PRADOS, E.[119] se hace un repaso bastante extenso para concluir que mayoritariamente la doctrina emplea el plural de forma omnicomprensiva (admitiendo la posibilidad de uno o varios actos) y la jurisprudencia lo emplea por respeto a la norma citada, pero recuerda Sentencias en las que se ha declarado un único acto como fraudulento. Por ello, podrán ser calificados como fraudulentos tanto un acto jurídico como varios[120], así como un negocio jurídico.

El objeto del acto o del negocio jurídico se relaciona con su causa (MORALES MORENO, A.[121]) y ambas han de ser, recordaba BELTRÁN DE HEREDIA, J.[122], reales y aparentemente lícitas. Se trata de un tema complejo que requiere un cierto detenimiento. La doctrina jurídica actual utiliza el término amplio de bienes para identificar a todos los posibles objetos del derecho subjetivo, esto es, para designar a todas las realidades sociales sobre las que recae el poder derivado del derecho subjetivo. Estos bienes pueden ser tanto cosas (cuerpos materiales perceptibles) como elementos inmateriales (derechos y otras entidades

[119] *Ob. cit.,* págs. 204-212.
[120] En concreto señala (IGLESIA PRADOS, E., *ob. cit.,* pág. 209): "*(…) la trascendencia de esta cuestión se considera secundaria por las resoluciones de nuestros Tribunales, que centran su labor en la relativa al cumplimiento de los restantes requisitos y en las consecuencias que deban derivarse del comportamiento, único o plural, existente en caso de que sea calificado como en fraude de ley al mismo, pues se califican por ésta como en fraude de ley, indistintamente, tanto comportamientos unitarios como plurales*". Un apunte adicional es que, en nuestra opinión, el uso del plural es un elemento complementario para justificar la admisión de los negocios jurídicos y no tanto para provocar la exclusión de un acto. Ello iría en contradicción con la represión requerida para el fraude demandada por la Ley de Bases y que en buena medida se traslada a la norma comentada (la Exposición de Motivos del Decreto que sanciona el Título Preliminar señala: "*No había otra posibilidad porque la Ley de Bases exige preceptivamente regular la calificación, el reenvío, la salvaguarda del orden público y el fraude de ley, temática nueva y ajena al anterior texto que requería un tratamiento aparte. Los criterios enunciados por la Ley de Bases de manera muy precisa han quedado, sin más, erigidos en disposiciones*").
[121] *El «propósito práctico» y la idea de negocio jurídico*, pág. 1535.
[122] *Ob. cit.*

apropiables como la energía y ciertas creaciones del espíritu humano) que, en todo caso, pueden ser objeto de apropiación (cf. PABLO CONTRERAS, P.[123]). Este objeto ha de ser posible, lícito y determinado (o determinable), como parece lógico y manifestaron los autores clásicos siguiendo las tesis de los romanistas, pero llegado el movimiento codificador se vincularon en exclusiva a los contratos lo que ha derivado en su necesaria traslación (véase, entre otros, LASARTE ÁLVAREZ, C.[124]) a otros supuestos más allá de su referencia en algunos preceptos del Derecho positivo (arts. 1271 y ss. y art. 659 Cc). Adicionalmente, su recepción doctrinal no está exenta de cierta equivocidad (véase, entre otros, LACRUZ BERDEJO, J.L.[125]) por la polémica existente entre quienes usan este término para referirse inmediatamente al contenido del negocio frente a aquéllos otros que lo toman en consideración de forma mediata para fijar el marco material de la negociación.

De acuerdo con la última obra citada[126], la nota de posibilidad, por su parte, se convierte en aptitud para el tipo negocial específico (cf. art. 1740 Cc en lo atinente a las cosas fungibles y no fungibles en los contratos de mutuo y comodato), la de licitud se debe interpretar no sólo en cuanto al objeto en sí sino en algunos casos, respecto a su adecuación a ciertos negocios (cf. art. 1271 Cc cuando establece que las cosas futuras pueden ser lícitas para ciertos negocios pero no en el negocio de la donación) y, finalmente, en lo referente a la determinación de su contenido que puede resultar tanto del contenido preceptivo del negocio como de las normas

[123] *Derecho privado y derechos subjetivos*, págs. 237 y ss.
Y se añade en esta obra (*ibidem*, págs. 237-238) que no son bienes por no poder ser objeto de apropiación: (i) las cosas que no son apropiables por imposibilidad física o por ser de todos (el sol o el aire) y las cosas excluidas del tráfico jurídico (por ejemplo, los bienes o derechos de la personalidad). Por el contrario, son bienes las cosas que no tienen dueño pero que son susceptibles de pertenencia personal.
[124] *Derecho de obligaciones,* págs. 42 y ss.
[125] *Elementos de Derecho Civil*, pág. 150.
[126] *Ibidem*, págs. 150-151.

que integran la voluntad negocial (cf. arts. 1096, 1147 y 1690 Cc, entre otros).

Se trata de un tema con numerosas aristas que, a los fines de nuestro trabajo, debemos circunscribir a sus elementos básicos que enunciamos al principio: posible, lícito y determinado o determinable.

Por su parte, la causa es un concepto difícil de aprehender como ya advirtió hace algunos años DÍEZ-PICAZO, L.[127]. De los múltiples significados de la causa[128] nos vamos a centrar en la causa del acto jurídico (o negocio) vista en su integridad y no en sus efectos, esto es, desde un punto de vista técnico[129]. Además, esta causa se califica de distintas formas para adquirir distintos significados[130]. Así podemos referirnos a la causa eficiente como principio productivo de un efecto (denominada jurídicamente como *causa fuente*), a la causa final que alude al motivo por el que se lleva a cabo el acto jurídico (llamada *causa fin*), a la causa formal que es propia de los negocios jurídicos abstractos y que hace que algún acto sea lo que se pretende no tanto por su contenido cuanto por sus elementos externos y finalmente se puede añadir el adjetivo impulsivo para llamar la atención sobre la razón interna que existe en un momento para hacer algo (lo que en derecho se conoce como *causa ocasional*).

[127] *El concepto de causa en el negocio jurídico*, pág. 3.
[128] Ninguno de ellos, por cierto, en el Cc lo que obliga a analizar a los tratadistas franceses del siglo XVII y XVIII para ir a la génesis del concepto. Al hacerlo, MELICH ORSINI, J. (*La causa en la teoría del contrato y sus diversas funciones*, pág. 49) diferencia los distintos significados de la causa y agrupa las líneas doctrinales que la explican. De mayor interés para los fines de nuestro trabajo es la calificación de la causa ilícita como un procedimiento técnico de ayuda a los tribunales para anular contratos "*dirigidos a realizar un fraude fiscal, monetario, electoral o burlar un determinado régimen legal*". Creemos que no trata de subestimar el papel del fraude sino quebrar la igualdad entre fraude y causa ilícita aportando un elemento complementario para la declaración de un acto (o negocio) como fraudulento, posición esta última que también es la nuestra como manifestamos más adelante.
[129] Véase, entre otros, JUANES, N. (*La causa del contrato*, pág. 40)
[130] LÓPEZ, A.: *Teoría de los contratos. Parte general*, citado por JUANES, N. (*ob. cit.*, pág. 42).

Cuando la causa (*fuente*) es lícita altera la realidad jurídica anterior e incluso va más allá modificando la situación jurídica pre-existente, en palabras que compartimos con DÍEZ-PICAZO, L.[131] (1961, 811), ya sea entre las personas que han dado vida al acto o negocio ("*eficacia inter partes*") o en la de otras personas ajenas a su celebración ("*eficacia respecto a terceros*"). Como es natural, lo opuesto a la eficacia es la ineficacia que no es fácil de definir y que cuenta como zona en común de las distintas concepciones, una discrepancia entre la eficacia esperada o prevista y la realmente desarrollada [132] . Esta discrepancia es consecuencia de la existencia de unas irregularidades que son sancionadas de distintas formas y que remiten, por lo demás, a situaciones que pueden ser salvadas por los intervinientes y otras que no pueden ser salvadas y que entonces hay que graduar[133] para conocer la consecuencia jurídica. El análisis completo excede del objeto de nuestro estudio pues sólo pretende llamar la atención del problema que se plantea cuando existe ilicitud en la causa que altera la eficacia del acto o negocio jurídico.

En SOLS LUCÍA, A.[134] igual que en IGLESIA PRADOS, E.[135] se hace un análisis muy detallado[136] a partir de la doctrina italiana que, a la vista del art. 1344 Cc italiano, aún en vigor al redactar estas páginas, reputa como

[131] *Eficacia e ineficacia del negocio jurídico*, pág. 811.
[132] *Ibidem*, pág. 821.
[133] El transcurso del tiempo no hace mella en el análisis que hizo en su momento DIEZ-PICAZO, L. (*ob. cit.*, págs. 824 y ss.) en el que argumentaba un análisis *ad hoc* de la irregularidad ("*El ordenamiento jurídico puede ligar a defectos negociales semejantes tipos de ineficacia distintos. Un elemento viciado puede dar lugar a una ineficacia radical (v. gr. causa ilícita) o a una mera impugnabilidad (v.gr. vicio de voluntad). Los tipos de ineficacia deben estructurarse subdividiendo la ineficacia misma*") y proponía una sistematización de la ineficacia, que supera la división francesa entre ineficacia e inexistencia, y que puede adoptar alguna de estas fórmulas: automática y provocada; absoluta y relativa; originaria y sobrevenida; total o parcial; estructural o funcional; sanable e insanable (*ibidem*, 825) y que explica en las páginas siguientes a cuya lectura remitimos para un análisis en mayor profundidad.
[134] *Ob. cit.,* págs. 148 y ss.
[135] *Ob. cit.,* págs. 113 y ss.
[136] A las páginas indicadas nos remitimos pues poco se puede añadir a lo que han escrito con tanto fundamento y que a nosotros nos sirve para introducir este problema.

ilícita la causa cuando el contrato es el medio para eludir la aplicación de una norma imperativa. Las aportaciones son ordenadas por SOLS LUCÍA, A.[137] en dos grupos con diferencias tan solo de matiz: el primer grupo (denominado como *objetivo-causalista*) estaría formado por aquellos autores que consideran el fraude como una violación indirecta, en el sentido de no aparente, de la norma jurídica sin tener en cuenta la intención del agente.

Para la doctrina italiana que se puede encuadrar en el segundo grupo, el fraude corrompe el fin querido para la norma y el elemento causal se hace más dinámico, en palabras de SOLS LUCÍA, A.[138], al ser relacionado con la función típica. El influjo de la doctrina italiana ha trascendido el país transalpino y llega a España[139]. Es notorio la incidencia en algunas Sentencias de esta tesis causalista, pero convenimos con MEZQUITA GARCÍA-GRANERO, D.[140], que no todo negocio fraudulento es nulo por ilicitud causal rechazando con carácter general la asunción de esta tesis. Del mismo parecer es IGLESIA PRADOS, E.[141].

Sin embargo, hay otro enfoque de la causa ilícita que nos parece de sumo interés y que exige una breve explicación previa.

En ATIENZA, M. y RUIZ MANERO, J.[142], para explicar la ilicitud relacionada con el fraude, se parte de la división entre reglas y principios[143]. A su vez, las reglas se dividen en dos grandes categorías:

[137] *Ob. cit.,* pág. 148.
[138] *Ibidem*.
[139] En este punto disienten SOLS LUCÍA, A. (*ob. cit.,* págs. 153 y ss.) e IGLESIA PRADOS, E. (*ob. cit.,* págs. 116 y ss.) pues para el primero, la jurisprudencia ha asumido buena parte del análisis causalista italiano mientras que para el segundo la recepción ha sido menor.
[140] *Ob. cit.,* págs. 39 y ss.
[141] *Ob. cit.,* págs. 116-117.
[142] *Ilícitos atípicos*, págs. 16 y ss.
[143] Es un razonamiento que habría que incluir dentro de las denominadas tesis de separación fuerte entre principios y reglas. Por el contrario, hay un planteamiento no tan radical que se suele calificar como tesis débil (para separar el concepto de principio del de regla) y que, en esencia, véase entre otros, COMANDUCCI, P. (*Principios jurídicos*

aquéllas que proveen una acción (y por este motivo se las denomina *reglas de acción*) y que adicionalmente se clasifican en sub-categorías en función de su contenido (obligatorias, prohibidas…), y aquéllas otras que dan lugar a un cierto estado (con el ejemplo que ellos utilizan, el 50% de los funcionarios deben hablar catalán) a las que denominan *reglas de fin*.

Por su parte los principios se dividen en principios en sentido estricto (justifican las reglas e incorporan valores) y normas programáticas (regulan la conducta). La conclusión para ellos es clara; las reglas influyen en los principios y a la inversa[144]. La relación con la ilicitud es explicada a partir de la diferencia entre los ilícitos típicos, que son contrarios a las reglas, y los ilícitos atípicos que son opuestos a los principios[145]. En este contexto, tratan el abuso del derecho y el fraude de ley[146] como situaciones permitidas inicialmente pero que modifican su estado deóntico a *prohibido* con arreglo a las circunstancias, esto es, están permitidos por una regla, pero quedan prohibidos por los principios que delimitan el alcance de la regla (ibídem, 67). Por este motivo, advierten, el problema del fraude, como caso particular de ilícito atípico, no se puede plantear en ordenamientos normativos (en los que no existe dialéctica entre *verba* -reglas- y *sententia* -principios-) porque el órgano debe aplicar sólo las reglas o porque sólo cuentan los principios (como ocurre, por ejemplo, en los sistemas normativos morales)[147].

e indeterminación del derecho, pág. 94) señala que las dos diferencias entre principios y reglas son en primer lugar, de tipo relacional (un enunciado se puede configurar como principio frente a otros que se identifiquen como reglas) y en segundo lugar, se trata de una diferencia que se puede graduar en atención a la presencia en mayor o menor medida de unas características.

[144] *Ibidem*, pág. 20.

[145] *Ibidem*, pág. 25.

[146] Se trata de dos instituciones diferentes como se deduce de la siguiente conclusión (*ibidem*, págs. 86-87): "(…) *el abuso es relativo a acciones que constituyen casos de ejercicio de un derecho subjetivo, mientras que el fraude es relativo a acciones que suponen casos de un poder normativo de una regla que confiere poder*".

[147] Por este motivo tampoco cabe el fraude de ley en Derecho penal porque el principio de legalidad penal implica que los delitos deben estar tipificados en reglas (no en principios).

3.2. La norma de cobertura

En este epígrafe nos vamos a ocupar de los requisitos tercero (*deseo de acogerse a una norma de cobertura*) y cuarto (*la ley que le sirve de amparo no le protege totalmente*)[148] de los diez antes expuestos y por la referencia hecha en el art. 6.4 Cc de "*actos realizados al amparo del texto de una norma*".

La frase que acabamos de transcribir ha sido criticada por DÍEZ-PICAZO, L.[149] por su falta de precisión pues abre dos tipos de problemas: la alusión al texto de la norma tiene que ver con una interpretación literal que sería contraria a su espíritu o sentido finalista. En particular afirma: "*(…) en los casos en que el amparo normativo sea solamente textual, no creernos que haya verdadera ley de cobertura, si tal cobertura fuera contraria al espíritu de la propia norma. Quizá por ello hubiera sido preferible suprimir la referencia al "texto" y hablar sin más de actos realizados al amparo de una ley*". En nuestra opinión, el fraude se comete mayoritariamente apoyándose de forma maliciosa en el texto de una norma (de cobertura)

Aunque no está relacionado con la licitud de la causa, que es lo que revisamos en este apartado, pero sí con su análisis que divide entre principios y reglas, nos interesa destacar que, para ATIENZA, M. y RUIZ MANERO, J. (*ob. cit.,* págs. 82-84) el fraude no surge en la aplicación del Derecho, pues para ellos el acto ejecutado en fraude de ley no impedirá la debida aplicación de la norma que se hubiese tratado de eludir. Se trata, por tanto, de un principio dirigido a los jueces (en general, a los órganos aplicadores) para anular los negocios realizados en fraude de ley o aplicar a los mismos las normas que hayan tratado de eludir. Concluyen que como acontece con las normas secundarias (en el sentido de dirigidas a los órganos aplicadores), de ellas se infiere una norma (un principio) dirigida a la sociedad para prohibir los negocios en fraude de ley, y como además supone la existencia de una laguna axiológica, habría un principio dirigido al legislador para reducir estas lagunas.

[148] En ALBÁCAR LÓPEZ, J. L. (*Código Civil. Doctrina y jurisprudencia*, pág. 108) se trata el fraude de ley como una maniobra pseudo-legal pero lo que más nos interesa es la abundante jurisprudencia que cita para referir la exigencia de la falta total de amparo que le otorga la norma de cobertura al ser habitual el uso de la expresión de falta de "*amparo eficaz*".

[149] *El abuso del derecho y el fraude de la ley en el nuevo Título Preliminar del Código Civil español*, pág. 12.

para ir contra el espíritu de otra norma (defraudada). Sin embargo, ya lo adelantamos, puede que la norma de cobertura y la eludida sean la misma y es, desde ese prisma a nuestro modo de ver, desde el que hay que observar el comentario transcrito como atinado.

Del segundo problema ya nos hemos ocupado con anterioridad, pero lo recogemos por respeto a la fuente y porque se trata de un elemento nuclear para la realización del fraude (vinculado adicionalmente con el cuarto requisito indicado) y que tiene que ver con que el amparo pretendido no significa una protección total pues en ese caso, como ya comentamos, existiría una concurrencia o choque normativo que se resolvería con las reglas apropiadas.

Por su relación, en SOLS LUCÍA, A.[150] se indica que el deseo de acogerse a la norma de cobertura es un elemento adicional para separar el fraude a la ley de la simulación, y de esta forma huir de la norma defraudada.

La frase parcialmente transcrita también ha sido objeto de crítica en RODRÍGUEZ ADRADOS, A.[151] quien ha planteado interesantes cuestiones que quedan abiertas y que en esencia son las siguientes: (i) el apoyo en la ley de cobertura es bastante para tipificar el fraude de ley, (ii) ¿pueden coincidir la norma de cobertura y la defraudada?, y (iii) ¿es suficiente la existencia de una norma genérica de cobertura?

En cuanto a la primera cuestión, IGLESIA PRADOS, E.[152] hace referencia al sentir general de la doctrina y la jurisprudencia respecto a la necesidad de cobertura en una norma vigente. Sin embargo, en TODOLÍ SIGNES, A.[153] se recoge una Sentencia (SAN 25 de junio de 2012), fuertemente

[150] *Ob. cit.,* pág. 97.
[151] *El fraude a la ley*, pág. 53.
[152] *Ob. cit.,* pág. 218.
[153] *El Fraude de ley como medida protectora ante el cambio normativo y otros supuestos*, págs. 38-39.

criticada por la doctrina, en el que se declara en fraude de ley el desistimiento hecho por un empresario respecto a un expediente de regulación de empleo en tramitación buscando reactivarlo con otra norma de mayor conveniencia para la empresa. En este supuesto, en contra de buena parte de la doctrina existente (en esencia, por la libertad del empresario a desistir de su decisión inicial y la dificultad de apreciar objetivamente que esta interrupción esté conectada con el deseo de beneficiarse de una norma futura más beneficiosa) y de la jurisprudencia, se declara fraude de ley sin que se pueda apreciar con nitidez la norma de cobertura.

La segunda cuestión tiene que ver con uno de los requisitos destacados inicialmente por lo que afirmamos, con SOLS LUCÍA, A.[154] e IGLESIA PRADOS, E.[155], que pueden coincidir la norma de cobertura y la defraudada en lo que se suele denominar como fraude intrínseco y que RIVERO HERNÁNDEZ, F.[156] definía como "*aquél que acaecerá en el caso en que se defraude precisamente la ley aplicada, por lo tanto, no existiendo precepto distinto que pueda servir de norma de cobertura*".

La tercera cuestión pensamos que exige una acotación previa. La palabra *norma* usada implícitamente para designar la cobertura no debe interpretarse exclusivamente en su significado de ley o norma con el rango que corresponda pues de otra forma se pervertiría el sentido represivo general expresado en la Exposición de Motivos que ya hemos reproducido parcialmente con anterioridad. Desde luego, este es el sentir general de la doctrina y la jurisprudencia y nos remitimos a la conclusión de IGLESIA PRADOS, E.[157] sobre la cuestión cuando afirma: "*(…) que la cobertura aparente podrá provenir de una norma, de la costumbre, de un*

[154] *Ob. cit.,* pág. 101.
[155] *Ob. cit.,* págs. 233-234.
[156] *Comentarios al art. 6.4 del Código Civil*, pág. 209.
[157] *Ibidem*, pág. 227.

Principio General del Derecho o del ejercicio de derecho derivado de su formal reconocimiento ante las circunstancias del acto o de su actor".

Mayores problemas plantea dilucidar si el término genérico de norma puede alcanzar a los pactos que, conforme a la autonomía de la voluntad, alcancen las partes pues no hay una posición unánime en un sentido u otro.

De forma mayoritaria, la jurisprudencia excluye el fraude contractual[158] y otro tanto podemos decir de la doctrina. De hecho, y por su claridad, transcribimos la conclusión de NAVARRO FERNÁNDEZ, J.A.[159]: "*Aun siendo conscientes de la delicadeza del tema, en el fraude de ley, se trata de verificar la no aplicación de una norma existente cuando se verifiquen los actos en ella previstos, pero teniendo en cuenta que la efectividad es característica tan sólo de las normas y no de los actos y, por tanto, de un precepto de autonomía privada se predica eficacia y no efectividad*".

Hechas estas matizaciones, la respuesta a si es suficiente la existencia de una norma genérica de cobertura debe ser negativa por seguir un planteamiento mayoritario (véase, IGLESIA PRADOS, E. [160]). Los Tribunales de justicia parecen inclinarse por desestimar el fraude si no se identifica la norma que sirve de apoyo (STS 10 de abril de 2004 que rechaza el fraude porque el recurrente no identificó "*la circunventio ni la norma de cobertura que habrían de integrar el fraude de ley*") porque se considera un requisito esencial para su declaración. La doctrina igualmente responde también negativamente a esta cuestión de forma mayoritaria que no unánime[161].

[158] Por todos, IGLESIA PRADOS, E. (*ob. cit.,* pág. 275).
[159] *Ob. cit.,* pág. 182.
[160] *Ob. cit.,* págs. 221 y ss.
[161] Véase en sentido afirmativo, entre otros, RODRÍGUEZ ADRADOS, A. *El fraude a la ley*, pág. 404.

3.3. Sobre la norma defraudada

El quinto requisito de los antes enunciados llama la atención sobre la necesaria consecución de un perjuicio a una ley, denominada defraudada, que el texto de la norma extiende al ordenamiento jurídico y tanto por alcanzar un resultado prohibido cuanto por ser este contrario (dice la norma: "*que persigan un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico, o contrario a él")*. Este último inciso parece referirse a los actos contra ley que tienen un tratamiento distinto y a los que luego nos referiremos. Por ello, es preciso avanzar la necesaria existencia de la norma de cobertura y la defraudada, aunque luego puedan coincidir. También es menester subrayar la forma de vulneración, indirecta u oblicua, que es lo que caracteriza a este instituto.

La esencia del fraude se halla en que el defraudador quiere burlar el ordenamiento usando una norma que no le da completo cobijo para eludir la consecuencia que en un sentido recto le correspondería. Como es natural, la norma defraudada no se cita, sino que hay que buscarla, y esa es una tarea no menor. Con nitidez, aún antes de la promulgación del art. 6.4, se expresaba MARTÍN OVIEDO, J. Mª[162] en los siguientes términos que marcan el punto inicial del camino a seguir: "*(…) todo acto o conducta que no se adecue, exacta y precisamente, al mandato contenido por la norma jurídica que le sea aplicable infringe dicha norma. Ahora bien, existen diversos modos de infringir la norma; o mediante una acción dirigida a un franco incumplimiento (infracción abierta) o buscando el apoyo de otra u otras normas para evadir el cumplimiento de la primera, desnaturalizando, además, el contenido y fin propio de éstas (infracción*

[162] *El acto en fraude de ley como especie de acto contrario a la ley*, pág. 308.

encubierta). Pues bien, la forma típica de esta infracción encubierta de la ley la constituye el fraude de ley". Para ello, tal y como hemos comentado con anterioridad, se debe realizar una interpretación rigurosa de la norma empleada que exceda su literalidad para descubrir el desajuste con los hechos que se pretenden. Estas cuestiones han sido objeto de nuestra atención en el capítulo anterior, pero presentan una fuerte vinculación con el que ahora se revisa.

Descubierta la falta de encaje pleno en la norma de cobertura procede a continuación indagar la norma que se pretende eludir. Damos aquí por reproducido cuanto comentamos antes al tratar la norma de cobertura y en concreto, acerca del carácter omnicomprensivo del término *norma*. Por lo demás, en VEGA BENAYAS, C.[163] se afirma: "*La norma defraudada es, desde luego, la que correctamente correspondería aplicar y eso (…) sólo puede saberse mediante la tarea judicial de la interpretación*". Y antes, DE CASTRO Y BRAVO, F.[164] para puntualizar el perjuicio exigido, señalaba que el acto debía producir "*un daño a tercero, un perjuicio al Estado, sea un medio de vulnerar abiertamente otras leyes o contradiga los principios generales del Derecho*".

En suma, "*(l)a finalidad que se persigue con la aplicación del fraude es el restablecimiento del orden jurídico que el acto fraudulento intenta romper*" (NAVARRO FERNÁNDEZ, J.A.[165]). No es la nulidad del acto, sino que hay que desentrañar la norma eludida para poner en valor sus efectos. Con acierto, GITRAMA GONZÁLEZ, M.[166] se refería a esta cuestión en los siguientes términos: "*Lo que ocurre es que hoy la corrección del*

[163] *Ob. cit.,* pág. 236.
[164] *Derecho Civil de España*, pág. 611.
[165] *Ob. cit.,* pág. 86. Y en la página siguiente se pregunta si el fraude de ley puede o no ser declarado de oficio por el Juez. De forma mayoritaria, la doctrina se pronuncia de forma negativa, aunque el prestigio de quienes afirman lo contrario, aun con matices (por todos, De Castro), exigirá que le dediquemos nuestra atención como una línea de investigación a desarrollar en el futuro.
[166] *Ob. cit.,* pág. 119.

llamado automatismo jurídico es encomendada taxativamente al juzgador a través de los nuevos preceptos de los arts. 6 y 7 del Cc que, ciertamente, otorgan una mayor flexibilidad a la función judicial evitando actitudes rígidas que impedirían la percepción de matices y aspectos a considerar". Por ello, no es posible una referencia genérica a la misma toda vez que hay que aplicarla y por este motivo no podemos por menos que mostrar nuestra preocupación ante casos resueltos conforme este instituto cuando no vemos con la nitidez necesaria la norma específicamente eludida. Así ocurre, por ejemplo, con la conjunción entre el fraude de ley y la doctrina del levantamiento del velo que afecta tanto al ámbito del Derecho público (véase, por ejemplo, GONZÁLEZ VARAS, S.[167]) como al del Derecho privado (el trabajo clásico de ANGEL YAGÜEZ, R.[168] para el caso de personas jurídicas)[169].

Acerca del carácter de la norma eludida (al que se refiere el sexto requisito) existe amplio consenso, no parece que puede ser de otra forma, en que sea imperativa pues sólo al sustraerse a la voluntad de los intervinientes se entiende que busquen burlar sus consecuencias por medio de la norma de cobertura. Esto es una constante que se evidencia desde los Glosadores (cf. SOLS LUCÍA, A.[170]) y que ha seguido siendo mayoritaria antes de la reforma y con mayor sentido, después. Con todo, llama la atención que este planteamiento no se haya concretado en el texto legal exigiendo que tenga esta naturaleza. Por ello, debemos detenernos, al menos, brevemente, en aquellos autores que tienen un parecer disconforme puesto que sus críticas marcan un interesante cambio en la postura inicial.

[167] *Levantamiento del velo y Derecho Administrativo*.
[168] *La doctrina del «levantamiento del velo» de la persona jurídica.*
[169] En nuestra opinión, el levantamiento del velo tiene más coincidencias con la simulación que con el fraude como trataremos de demostrar en el epígrafe 5 de este capítulo.
[170] *Ob. cit.,* pág. 100.

En CAFFARENA LAPORTA, J.[171] parece que se admite la entrada de normas dispositivas en aquellos casos en los que debían ser aplicables y no han sido sustituidas por una regulación privada. En RODRÍGUEZ ADRADOS, A.[172] se defiende la extensión de la norma eludida a las dispositivas en el fraude intrínseco al que antes nos hemos referido y que tiene el acierto de vincular con la ausencia de calificación de la norma en el texto legal.

Por todo ello, coincidimos con IGLESIA PRADOS, E.[173] en la necesaria profundización de este análisis. Pensamos que acorde con la autonomía de esta figura, que no tiene otra causa más que la defensa del ordenamiento jurídico en general, hay que concluir que cualquier ataque a su integridad hecho de forma indirecta o torticera debe ser reprimido. Ciertamente, la mayoría de la doctrina y la jurisprudencia cierra la posibilidad de incluir como norma eludida a las de carácter dispositivo. Es igualmente cierto que un asesoramiento jurídico ortodoxo hará prácticamente inviable que esta circunstancia sea litigiosa, pero nos apoyamos en que no está prohibido y no vemos problema en admitir la posibilidad, al menos teórica, de que ocurra; y en ese caso, procedería su declaración como fraudulento con los efectos reservados por la ley para esta figura[174].

En SOLS LUCÍA, A.[175] se exigía un requisito adicional (séptimo de los antes indicados) para el fraude consistente en la pertenencia de ambas normas, la de cobertura y la eludida, al mismo ordenamiento jurídico. Este tema parece que no tiene mayor problema en la medida que se considere, como así hacemos nosotros, la regulación autonómica y local como

[171] *Ob. cit.,* pág. 852.
[172] *El fraude a la ley*, págs. 119 y ss.
[173] *Ob. cit.,* págs. 289-290.
[174] La cuestión no es menor y tiene su conclusión en el epígrafe siguiente al discutir la referencia incluida por el legislador de resultado prohibido (o contrario) al ordenamiento jurídico.
[175] *Ob. cit.,* pág. 100.

elementos de Derecho interno en lo atinente al fraude de ley[176]. El fraude de ley tiene, por lo demás, un campo de investigación notable cuando las normas pertenecen a ordenamientos jurídicos diferentes dentro de la línea que constituye el objeto de estudio del Derecho internacional privado (véase, entre otros, MONROY CABRA, M.[177] y ABARCA JUNCO, P.[178]).

Una última cuestión que atañe a la norma eludida como a la de cobertura para concluir este epígrafe. Es claro que el octavo requisito de los antes transcritos (*las normas que intervienen en el fraude no han de ser necesariamente distintas*) se debe contestar afirmativamente provocando, ya lo hemos señalado antes, el denominado fraude intrínseco cuando coinciden.

[176] En esta posición que mantenemos nos ceñimos a un planteamiento técnico, aunque no ocultamos que con un matiz voluntarista y ceñido al problema analizado. Esto es, puede acontecer que se produzca fraude a la ley por acogerse subrepticiamente a un derecho foral que en puridad no le corresponde (o a la inversa, escapar de un derecho foral para acudir a normas de Derecho común que no resultan de aplicación conforme a los antecedentes de los actores). Esta situación entraría en el campo de estudio propio del fraude a la ley y habría que resolverlo conforme las reglas generales (por eso, la posición legal del art. 6.4 Cc en el Título preliminar). Damos aquí por reproducida la Exposición de Motivos del Decreto que sanciona la reforma y que ya ha sido transcrita con anterioridad y que admite esta posibilidad. Y hacemos esta mención a pie de página pues el trabajo clásico de PASTOR RIDRUEJO, J. A. (*El fraude de la ley en Derecho interregional español*) ha vuelto a ser de actualidad como consecuencia de una STS de 5 de abril de 1994 que ha sido objeto de duras críticas por la aplicación disconforme con sus propios antecedentes (véase, entre otros, MAGUREGUI SALAS, I. *El fraude a la ley en el Derecho Interregional*).

[177] *Tratado de Derecho internacional privado*, y, en concreto, el capítulo V de la parte cuarta.

[178] *Derecho internacional privado*, págs. 176 y ss. por el análisis de la sanción del fraude a las normas de Derecho internacional privado.

3.4. El producto del fraude

El texto que acabamos de analizar ("(…) *que persigan un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico, o contrario a él*") tiene otra implicación cuando ampliamos el campo de trabajo y nos salimos de su acomodo en el campo natural de una norma (eludida). Ya de entrada, VEGA BENAYAS, C.[179] criticaba la redacción por considerar que va en contra de la doctrina y de la jurisprudencia anterior puesto que, en su opinión, el elemento volitivo no es un requisito necesario para declarar un acto en fraude de ley. A nuestro modo de ver, la redacción del artículo va incluso contra la Exposición de Motivos que ya ha sido reproducida parcialmente con anterioridad y que pone el acento en la represión del resultado. En todo caso, es un tema que por su relevancia merece una reflexión más pausada.

Como ocurre con tantas instituciones de Derecho privado, y nosotros no hemos hecho excepción, el estudio de los antecedentes en Derecho romano suele aportar bastantes pistas para conocer la situación actual. No es casual, por ello, que el elemento intencional apareciera en sus primeros pasos cuando la ley exigía que las partes confirmaran, bajo juramento ante la autoridad, que su propósito era concluir un acto verdadero y serio como modo para eludir el fraude (cf. ALCALDE RODRÍGUEZ, E.[180]).

Desde entonces, la voluntad como requisito para declarar un acto fraudulento ha experimentado una importancia irregular fruto de su evolución en el tiempo y que se cristaliza en las tesis objetivas (el elemento intencional no es esencial) y subjetivas (postulan lo contrario),

[179] *Ob. cit.,* pág. 235.
[180] *Teoría del fraude a la ley*, pág. 89.

que ya fueron analizadas en el epígrafe 2.3. de este capítulo. El elemento moralizante[181], propio del período anterior a su recepción en el Cc, añadió un dato que ponía en riesgo la seguridad jurídica necesaria (véase, entre otros, NAVARRO FERNÁNDEZ, J.A.[182]) y no ayudaba precisamente a esclarecer el papel de la voluntad[183].

En este punto conviene aclarar que la cierta confluencia de pareceres que se produce en los distintos aspectos de la configuración del fraude se quiebra cuando entramos en el análisis del papel atribuido a la voluntad. Esta falta de uniformidad se detecta doctrinalmente dentro de cada país y aún en el tiempo por lo que entendemos que no procede recurrir a una relación de autores alineados en una u otra tesis[184] puesto que no es otra cosa más que recuperar el análisis que hicimos acerca de las bases teóricas doctrinales sobre el carácter autónomo de la institución.

Como en otras ocasiones, pensamos que es una exigencia académica decantarnos por una posición a riesgo de parecer atrevidos y en ese sentido ha de entenderse la conclusión siguiente que da respuesta al noveno requisito de los enunciados por SOLS LUCÍA, A.[185]: *Es necesario que el resultado prohibido se halle en relación de causalidad con la cobertura de una norma*.

---

[181] En LIGEROPOULO, A. (*ob. cit.,* pág. 25) se concluía que el fraude de ley "*constituye un progreso jurídico y un perfeccionamiento moral*".
[182] *Ob. cit.,* pág. 26.
[183] En su trabajo clásico de 1927 *La regla moral en las obligaciones civiles* (aunque nosotros hemos empleado la edición de 2016), RIPERT, G. señalaba que ni la elusión de la norma (elemento objetivo) ni la voluntad de eludirla (subjetivo) son suficientes para declarar el fraude, sino que hay que acudir al deber moral de respetar la regla violada. Para mejor entenderlo, el tratadista francés argumenta que hay un grupo de reglas imperativas fijadas arbitrariamente por el legislador y que coexisten con otro grupo de reglas que tienen un profundo sustrato moral. Atacar indirectamente a las primeras no sería ilícito mientras que sí lo sería hacerlo a las segundas por el deber moral de respetarlas. De hecho, este ataque indirecto es lo que él declara acto en fraude de ley.
[184] Los trabajos de NAVARRO FERNÁNDEZ, J. A. (*ob. cit*., págs. 25 y ss.), ALCALDE RODRÍGUEZ, A. (*ob. cit.,* págs. 97 y ss.) y de IGLESIA PRADOS, E. (*ob. cit.,* capítulo XI), entre otros, contienen numerosas referencias que se pueden consultar para confirmar la conclusión de lo poco pacífico que es este tema.
[185] *Ob. cit.,* págs. 101-102.

En nuestra opinión, es una controversia más teórica que práctica. Cierto que una cosa lleva a la otra[186] pero el fundamento conceptual que subyace no debe hacernos olvidar que, en palabras que compartimos con ALBALADEJO GARCÍA, M.[187] y que reproducimos seguidamente, el alcance práctico de la discusión es escaso ya que:

> "*1º Por un lado, los actos que objetivamente defraudan a la ley, la verdad es que suelen realizarse con el propósito de defraudarla, aunque no quede constancia palpable del mismo. 2º Por otro lado, el tal propósito, aunque no conste de forma directa, puede estimarse a base de presunciones. 3º Por último, los casos claros de obtención de un fin prohibido o contrario a Derecho, por medio que la ignorancia o falta de previsión del agente impida considerarlos como realizados con propósito efectivo de defraudar, cabe estimarlos como producto de una conducta en la que existe un equivalente del propósito fraudatorio, al que debe equipararse, sin duda, aquella falta de conocimiento, previsión o negligencia que, de haberse tenido, habría hecho observar al agente que su actuación producía objetivamente una violación del Ordenamiento*".

Adicionalmente, al presentar las tesis subjetivas ya avanzamos nuestras observaciones al papel esencial atribuido a la voluntad. Esto no significa que el elemento intencional no tenga ningún valor ¡ni mucho menos!, sólo que, a nuestro modo de ver, no es esencial para la calificación del fraude. Si el fin de la norma es preservar el ordenamiento jurídico burlado de forma indirecta, la intención para hacerlo será un dato complementario[188]

---

[186] No podemos dejar de recordar las palabras de CUERVO GARCÍA, A. (*Administración y dirección de empresas*) cuando dice: "*un buen desarrollo práctico (…) exige siempre una base teórica*".

[187] *Derecho Civil*, pág. 191.

[188] Resulta pertinente en este punto traer a colación la clasificación realizada por BELTRÁN DE HEREDIA, J. (*Concepto de fraude de ley*, pág. 226), que tiene el mérito de identificar buena parte de los elementos de esta figura antes de su recepción legal,

pero no esencial. Extrapolar, por ejemplo, el célebre caso Bauffremont[189], a cualquier resultado de esta naturaleza debe revisarse a través de una cuidadosa valoración del papel de la intención. De otra forma, se podría llegar al absurdo lógico y conceptual de los *fraudes sin fraude*[190].

Esta posición ecléctica, que no intermedia, entre las tesis radicales objetivistas y subjetivistas trata de ponderar el resultado como elemento esencial y la intención como un elemento complementario. Merece la pena advertir que este punto de encuentro no es una aportación nuestra pues subyace en gran parte de la jurisprudencia (véase, entre otros, las menciones en IGLESIA PRADOS, E.[191]) y tiene una buena acogida en la doctrina. Entre otras referencias que podrían ser reproducidas en este sentido llamamos la atención sobre la conclusión de MARTÍN GRANIZO, M.[192], normalmente incluido como objetivista, y que, sin embargo, afirmaba que precisar la existencia o no de la intención "*desempeñaría un interesante papel en la esfera de las consecuencias económicas, indemnizaciones, así como en la de las sanciones que de la misma puedan derivar*". Y en apoyo explícito de esta postura ecléctica, MEZQUITA GARCÍA-GRANERO, D.[193] cuando concluía que "*la intención*

cuando diferencia entre el fraude simple (existe engaño) y el cualificado (se puede constatar una confabulación entre las partes).

[189] Hacemos su resumen a partir de la exposición que hemos consultado en ALCALDE RODRÍGUEZ, A. (*ob. cit.*, pág. 91) y que queda así: en 1874 una condesa belga se separa (de hecho, pero no jurídicamente pues no estaba admitido el divorcio en Francia) del Duque de Bauffremont. Poco después se traslada a Alemania y se nacionaliza en este país para contraer nuevas nupcias con un príncipe rumano para volver a Francia como su esposa legítima. El Duque de Bauffremont insta la anulación del divorcio logrado en Alemania y el matrimonio posterior argumentando fraude a la ley francesa. La Corte de Casación francesa declaró nulo el matrimonio y fraudulento el cambio de nacionalidad por entender que el único fin perseguido era la burla a la prohibición de divorcio en Francia.

[190] Expresión atribuida a De Buen citado por ALCALDE RODRÍGUEZ, A. (*ibidem*, pág. 99).

[191] *Ob. cit.,* págs. 336 y ss.

[192] *Comentario al art. 6.4 del Código Civil*, pág. 128.

[193] *Ob. cit.,* pág. 103.

de defraudar no puede ser escindida del resultado, aunque por sí sola no constituya fraude".

El otro elemento polémico es la referencia explícita en el art. 6.4 Cc al resultado prohibido en el ordenamiento y no en una norma concreta. Su respuesta tiene que ver con el décimo y último de los requisitos enunciados por SOLS LUCÍA, A.[194], *basta el perjuicio de una ley o del ordenamiento jurídico*, y que pasamos a revisar a continuación.

La controversia es resultado de una percepción distinta pues mientras que la jurisprudencia ha acogido la amplitud del término empleado, la doctrina ha puesto no pocos reparos. En su origen, la mención al ordenamiento no es sino la lógica consecuencia de los trabajos previos (véase, entre otros, RODRÍGUEZ ADRADOS, A. [195]) con mención expresa en la Exposición de Motivos. Cuestión distinta es qué debe entenderse por ordenamiento o como se hace en SOLS LUCÍA, A.[196] *"¿qué es esta unidad creada por encima de la casuística legal positiva?*".

En BOBBIO, N.[197], la configuración del ordenamiento jurídico comienza con la necesaria unidad de las normas que lo integran lo que le lleva al problema de la *jerarquía*. Luego se cuestiona si más allá de ser una unidad, es un sistema para lo que es preciso resolver el problema de las *antinomias jurídicas*. Por último, todo ordenamiento jurídico unitario y tendencialmente sistemático debe ser completo por lo que hay que resolver el problema de las *lagunas del derecho*. A estas preguntas dedica los capítulos siguientes de su obra citada y poco podemos añadir que no sea la remisión al texto original. Su conclusión es un entramado compuesto por normas (individuales y generales) que se subdividen

[194] *Ob. cit.*, págs. 102-103.
[195] *El fraude a la ley*, págs. 54 y ss.
[196] *Ob. cit.,* pág. 248.
[197] *Teoría general del Derecho*, págs. 145-146.

luego en personales y colectivas y que dan como resultado órdenes con idéntica subdivisión.

Por su influencia debemos recordar el concepto de unidad del Derecho de ROMANO, S.[198] a través de la descripción de los elementos claves de la estructura institucional, de su organización para llegar a una concepción con una doble implicación: como ordenamiento jurídico en su totalidad o unidad, esto es, como institución, y como un conjunto de preceptos jurídicos que califica como institucionales para subrayar su conexión con el ordenamiento como un todo[199].

Más claro que los anteriores, aunque probablemente menos preciso, en SOLS LUCÍA, A.[200] se contesta a esta cuestión analizando las teorías positivistas y estructuralistas del Derecho para concluir que el ordenamiento jurídico está integrado por leyes, costumbres y principios generales del Derecho. Y afirma[201]: "*El ordenamiento jurídico no es tanto un conjunto heterogéneo de fuentes sino fuerza vital que da cohesión a leyes, disposiciones de orden inferior, costumbre, jurisprudencia y principios generales del Derecho*" en un Estado democrático.

Y con idéntico sentido pragmático, LACRUZ BERDEJO, J. L.[202] insiste en lo acertado del término "*resultado*" porque subraya que lo pertinente en el fraude es lo que está vedado por el ordenamiento en su conjunto o es contrario a él. El acto o su combinación pueden ser válidos y legítimos, pero es su consecuencia jurídica la que colisiona y deviene el uso en fraudulento.

---

[198] *El ordenamiento jurídico*.
[199] En GARCÍA MIRANDA, C. (*La unidad en el concepto de ordenamiento jurídico de Santi Romano*), a pesar de enfatizar la trascendencia que ha tenido la obra de Romano, desliza no pocas críticas acerca de su falta de concreción en elementos básicos.
[200] *Ob. cit.,* págs. 248-249.
[201] *Ibidem*, pág. 251.
[202] *Elementos de Derecho Civil*, pág. 203. Con no poca claridad en este mismo sentido, la propia Exposición de Motivos

Con estos antecedentes, la discusión doctrinal se divide entre aquéllos que son favorables a advertir la existencia de fraude cuando exista contravención al ordenamiento como un bloque monolítico de legalidad (en acertada expresión de MARTÍN OVIEDO, J. Mª[203]) y aquellos otros que subrayan que estamos ante una nueva imprecisión técnica de la ley.

Los primeros, que son mayoritarios (cf. IGLESIA PRADOS, E.[204]), llaman la atención de reprimir el resultado prohibido o contrario al conjunto normativo en el que "*cada artículo del Código o ley son fragmentos del ordenamiento jurídico, que deben ser interpretados armónicamente, para descubrir el valor concreto de la norma aplicable al caso controvertido*" (LUCES GIL, F.[205]). Del mismo parecer es VEGA BENAYAS, C.[206] quien añade que con el texto legal se puede pensar en el carácter imperativo del ordenamiento jurídico, de tal forma, concluye, que un acto podrá ser declarado como fraudulento cuando choca contra una ley imperativa, la costumbre, los principios generales del Derecho e, incluso, las reglas judiciales[207].

Frente a las críticas que suscita su aparente contradicción con el propio nombre del instituto (fraude a la ley), LÓPEZ GONZÁLEZ, J. I.[208] afirma que lejos de ser tal, el legislador ha venido a ampliar el ámbito tradicional

[203] *El acto en fraude de ley como especie de acto contrario a la ley*, pág. 304.
[204] Ob. cit., págs. 300 y ss.
[205] *El fraude de ley en las nuevas normas del Título Preliminar del Código civil*, pág. 494.
[206] *Ob. cit.,* págs. 236-237.
[207] Y de forma rotunda, RIVERO HERNÁNDEZ, F. (*Comentarios al art. 6.4 del Código Civil*, pág. 205) rememora una Sentencia del Tribunal Constitucional (de 23 de marzo de 1987) que, en nuestra opinión, resulta de todo punto esclarecedora y que por su interés transcribimos parcialmente: "*(…) el fraude de ley, en cuanto institución jurídica que asegura al eficacia de las normas frente a los actos que persiguen fines prohibidos por el ordenamiento o contrarios al mismo, es una categoría jurídica que despliega idénticos efectos invalidantes en todos los sectores del ordenamiento jurídico. En rigor ni siquiera podría sostenerse hoy que el art. 6.4. del Cc, que contempla con carácter general el fraude de Ley, es una norma exclusiva de la legislación civil. El citado precepto, como la mayor parte de los que integran el Título Preliminar, es aplicable a todo el ordenamiento y sólo por tradición histórica, sin duda respetable, conserva en el Código Civil su encaje normativo*".
[208] *El fraude de ley de la administración*.

de esta figura al entender el ordenamiento jurídico como un todo en el que la ley es sólo una parte del mismo. Por ello, la necesidad de adecuar los actos al Derecho en su conjunto[209].

En sentido contrario, esto es, quienes consideran poco acertado extender las consecuencias del perjuicio a otro elemento del conjunto normativo que no sea la ley está DÍEZ-PICAZO, L.[210]. En su crítica señala: "*Creemos que esta configuración es extraña a la genuina teoría del fraude de la ley. En el fraude de la ley, como el propio nombre del fenómeno indica, lo que se defrauda no es el ordenamiento en bloque, sino una ley concreta. Ley que, además, ha de ser considerada en la finalidad práctica por ella buscada*" [211] . Esta es la tesis sostenida también por AMORÓS GUARDIOLA, M.[212] basándose en la vinculación, que es causa del fraude, entre norma de cobertura y norma eludida, donde no cabe la sustitución de esta última por el ordenamiento en conjunto. Y otro tanto defiende MEZQUITA GARCÍA-GRANERO, D.[213].

Estos planteamientos antitéticos no son más que muestra de la coherencia de sus autores puesto que en la discusión académica late la configuración de la norma eludida. Para aquéllos que, tal y como analizamos en el epígrafe anterior (ver 3.3. *Sobre la norma defraudada*),

[209] A mayor abundamiento afirma (*ibidem*, pág. 1405): "*Por ello la eficacia del Derecho en cada caso concreto, no depende sólo de la voluntad de los sujetos sino además del propio contenido esencial del Ordenamiento jurídico en su conjunto, que reacciona y rechaza tanto los supuestos de contravención (inaplicación directa) como incluso los supuestos de inaplicaciones indirectas (norma de cobertura-norma eludida). El Derecho se resiste a ser ineficaz en todas y cada una de sus determinaciones imperativas y garantías institucionales que consagra, por ello precisa sobreponerse y combatir los comportamientos que le son contrarios y las actuaciones que amparadas en el contenido de una norma, resultan sin embargo disconformes con el Ordenamiento jurídico contemplado en su conjunto*".
[210] *El abuso del derecho y el fraude de la ley en el nuevo Título Preliminar del Código Civil español*, pág. 12.
[211] Y lo cierra (*ibidem*) aludiendo a que el inciso final del texto legal se refiere a "*norma que se hubiera tratado de eludir*" lo que presentaría una contradicción con la interpretación doctrinal a la que nos hemos referido en primer lugar.
[212] *Artículo 6.4*, págs. 349 y ss.
[213] *Ob. cit.,* pág. 96.

hacen una interpretación restrictiva y entienden que sólo las normas imperativas (y prohibitivas) pueden ser objeto del fraude, es lógico que circunscriban el ámbito del ordenamiento jurídico a este tipo normativo y la referencia usada en el texto de la ley les parezca excesiva y deficiente. Para aquéllos otros, con quienes coincidimos en su conclusión, que consideran clave la defensa del ordenamiento jurídico en su conjunto frente a cualquier ataque indirecto sea cual fuere el medio usado por los defraudadores, el término usado en la ley les (nos) parece pertinente de todo punto. Por este motivo ya avanzamos que, aunque lo natural es que la norma defraudada sea imperativa (o prohibitiva), no hay ningún inconveniente, dicho sea con todas las reservas, para admitir un concepto amplio acerca de sus posibilidades por lo que la referencia empleada por el legislador nos parece adecuada.

4. Sanción y efectos de los actos producidos en fraude de ley

El título del epígrafe parte de una división planteada en SOLS LUCÍA, A.[214] para quien la sanción es el último efecto jurídico del fraude cuyas características hemos analizado con anterioridad. De esta forma, se diferencia la situación jurídica que de inmediato provoca (*efectos*) respecto al momento posterior en que la autoridad judicial, en sentencia firme, declara su existencia (*sanción*).

En relación con los efectos es especialmente esclarecedor VEGA BENAYAS, C.[215] cuando afirma que están especialmente relacionados con la violación indirecta de la norma y por ello, hay razones de política jurídica e interpretación judicial que determinarán, en última instancia, la

[214] *Ob. cit.,* pág. 227.
[215] *Ob. cit*., págs. 238-239.

gravedad de la sanción. Adicionalmente, habrá que considerar la naturaleza o fuerza de la norma eludida y el ámbito en el que sucede pues no será igual en el caso del fraude estricto o general de ley que en el fraude negocial.

En IGLESIA PRADOS, E.[216] se discute si la mera tentativa de lograr un resultado prohibido es bastante para desplegar los efectos (y la sanción) del fraude de ley. En síntesis, reconoce que a pesar de que hay un sector de la doctrina minoritario que responde afirmativamente a esta cuestión y algunas Sentencias que podrían ser interpretadas en igual sentido, concluye diciendo que la obtención del resultado es elemento esencial para la calificación del acto o negocio en fraude. Y ello, básicamente por dos motivos que resumimos a continuación y con los que estamos de acuerdo: en primer lugar, la necesidad (y dificultad añadimos nosotros) de valorar el elemento subjetivo y, en segundo término, la propia contradicción con las tesis antes apuntadas en relación con el papel no esencial concedido al elemento volitivo. De igual forma, en nuestra exposición hemos detallado la importancia del resultado como dato fundamental para la calificación del fraude que de aceptar esto quedaría en abierto contrasentido.

Respecto a la sanción propiamente dicha nos encontramos con dos momentos en el desarrollo contemporáneo de la institución. De una parte, la situación previa a la recepción de la reforma del Título Preliminar del Cc, y de otra, la situación posterior.

Antes de la promulgación del art. 6.4 existía un vacío legal para la represión de los actos en fraude de ley que, sin embargo, fueron objeto de sanción jurisprudencial mediante su integración en el objeto del antiguo art. 4 Cc (actual art. 6.3), relativo a los actos realizados

[216] *Ob. cit*., págs. 318 y ss.

frontalmente contra la ley, por vía analógica o por el criterio de su interpretación extensiva (véase, entre otros, SOLS LUCÍA, A.[217]). Su fundamento se encuentra en la concepción romana del *fraus legis* que era castigado, aun con amplio margen, con la nulidad absoluta que en el período post-clásico fue paulatinamente cambiando hacia la aplicación de la norma eludida. Este antecedente subyace en nuestros días como intentamos demostrar seguidamente.

La solución de nulidad absoluta, que fue mayoritaria en la doctrina y en la jurisprudencia (véase, entre otros, IGLESIA PRADOS, E.[218]), encontró, con todo, notas discordantes que abrieron el camino por el que discurrirá la Ley de Bases, antesala como ya hemos comentado, de la reforma del Título Preliminar. Por su interés merece ser recordado LIGEROPOULO, A.[219] cuando afirmaba: "*(…) proclamar la nulidad absoluta de todo acto realizado en fraude de ley es, en caso de que la sanción prevista por un texto sea inferior a la nulidad absoluta, pretender castigar la derogación indirecta de la ley más severamente que la derogación francamente abierta*". Y unos años después, DE CASTRO Y BRAVO, F.[220] quien concluía: "*(…) la declaración de que un acto se ha realizado en fraude a la ley deshace la apariencia de protección jurídica que le amparaba. El acto queda, por tanto, sometido a los efectos que produzca la violación de la ley de que se trate (…) la declaración de fraude significa, simplemente, decir que no queda el acto protegido por la ley de cobertura, que está sometido a la ley que contraría, ley defraudada, y a la sanción que esta imponga, nulidad, anulabilidad, rescisión, indemnización por daños o pérdida de derechos*". Estos precedentes son claves, a nuestro modo de ver, para entender la sanción prevista en el art. 6.4 Cc. a la que se refiere el inciso final ("(…) *se considerarán ejecutados en fraude de ley*

[217] *Ob. cit.,* pág. 228.
[218] *Ob. cit.,* págs. 372 y ss.
[219] *Ob. cit.,* pág. 6.
[220] *Derecho Civil de España*, pág. 550.

y no impedirán la debida aplicación de la norma que se hubiere tratado de eludir").

En VEGA BENAYAS, C.[221] se añade un elemento interesante al diferenciar la sanción implícita (*se considerarán ejecutados en fraude de ley*) de la sanción complementaria (*y no impedirán la debida aplicación de la norma que se hubiere tratado de eludir*) para luego concluir que, en la primera, en la sanción implícita, se abre la posibilidad de la nulidad del acto o de su mantenimiento en atención a las circunstancias antes comentadas. En su opinión, la referencia "*debida aplicación de la norma*" deja un margen a la interpretación y fijación judicial, y supone un claro avance pues permite conjugar la sanción con la restauración del orden jurídico.

Al poco tiempo de haberse aprobado la modificación del Título Preliminar, GITRAMA GONZÁLEZ, M.[222] concluía con rotundidad: "*En consecuencia, ya no podrán los Tribunales sancionar sistemáticamente con nulidad, como casi siempre venían haciendo, los actos en fraude de ley. Ahora, pueden alcanzar, al tiempo de su condena, efectos distintos de los contra ley (…) Si el fraude, pensamos, se practica precisamente para escapar a la sanción de nulidad de los actos contra ley (art. 6,3), su condena buscará precisamente imponer tal nulidad. Pero caben otros efectos distintos. Cabalmente al no quedar el acto protegido por la ley de cobertura sino sometido a la que trató de burlar, se someterá ni más ni menos que a la sanción que esta imponga (art. 6,4 in fine) que puede ser muy de muy varia naturaleza (nulidad, anulabilidad, rescisión, pérdida de derechos, indemnización de daños y perjuicios…). Cabrá incluso, en muy*

[221] *Ob. cit.,* pág. 240.
[222] *La corrección del automatismo jurídico mediante las condenas del fraude a la Ley*, págs. 133-134.

cualificados casos, decretar judicialmente la tan socorrida nulidad parcial".[223]

De parecido sentir es SOLS LUCÍA, A.[224] quien estima que no se puede descartar la nulidad, sobre la base del art. 1275 Cc[225] por su claro sustrato causalista, aun reconociendo que es como un traje apretado al moderno concepto de fraude de ley, pues es el vínculo que adecúa o da continuidad de una parte, a la consideración de fraude y de otra, a la aplicación forzosa de la norma eludida.

Esta línea doctrinal tiene su continuidad en MEZQUITA GARCÍA-GRANERO, D.[226] quien afirmaba que al declarar el acto como fraudulento éste "*queda, por tanto, sometido a los efectos que produzca la violación de la ley de que se trate y tal efecto no tiene porqué ser la nulidad, salvo que éste sea el único remedio para evitar el triunfo del fraude*". En puridad, es una afirmación tributaria de la mejor doctrina clásica[227] pero que hay que contemplar, y ahí radica lo atinado de este comentario, al fijar tres grandes consecuencias a aplicar ante un acto declarado como fraudulento y que resumimos seguidamente[228]: en primer lugar, el acto fraudulento no debe declararse nulo cuando la norma eludida disponga otra sanción diferente. En segundo lugar, si la nulidad implica la consumación del fraude, entonces no procede anular el acto o negocio,

[223] Y justifica su conclusión en la forma siguiente (ibidem, pág. 134): *"Tal elasticidad de efectos creemos, a mayor abundamiento, que resulta del recto sentido del párrafo veinte del preámbulo legislativo (…) cuando señala que la consecuencia del fraude "no queda circunscrita a la nulidad del acto a través del cual pretendiera lograrse un resultado fraudulento, sino que ha de comprender también (parece que sobra el "también", que podría significar "además") la efectiva aplicación de la norma pertinente, aunque no quedan excluidas ciertas consecuencias anulatorias".*
[224] *Ob. cit.,* pág. 240.
[225] "*Los contratos sin causa, o con causa ilícita, no producen efecto alguno. Es ilícita la causa cuando se opone a las leyes o a la moral*". Al tema de la ilicitud de la causa ya nos referimos con anterioridad al tratar los actos generadores del fraude (epígrafe 3.1).
[226] *Ob. cit.,* pág. 29.
[227] Por todos, el texto que acabamos de reproducir de DE CASTRO Y BRAVO, F. (*Derecho Civil de España,* pág. 550).
[228] *Ibidem*, págs. 29-35.

sino que es obligatorio aplicar el contenido de la norma tratada de burlar. En tercer lugar, sólo es procedente declarar judicialmente la nulidad radical del acto fraudulento cuando cualquier otra sanción impida aplicar al defraudador la norma que trató de eludir. Este es el parecer que, en esencia, comparten los restantes estudiosos que han investigado la jurisprudencia posterior a la recepción del art. 6.4 Cc[229] y al que nosotros, como es natural, nos adherimos.

Creemos pertinente transcribir la conclusión que extrae LIGEROPOULO, A.[230] pues a pesar de haber transcurrido casi 100 años desde su enunciado nos parece que permanece igual de "*viva*" que cuando se formuló:

"*De esta manera hemos reintegrado a sus debidas proporciones las objeciones formuladas contra la teoría del fraude de ley. Esta teoría tiene, ciertamente, inconvenientes, pero, para dejar estos reducidos al minimun, basta aplicar la teoría de modo razonado y prudente; en tal caso los inconvenientes quedan compensados por ventajas mayores*".

5. Diferencia con otras figuras

Antes de abordar el siguiente y último capítulo de este trabajo; el fraude propiamente dicho a la interpretación de la norma contable, debemos hacer una mención final a figuras con notas parecidas al fraude pero que son institutos distintos y, por ello, suelen presentar diferentes efectos y sanciones. Este apartado persigue el doble objetivo de perfilar mejor las

[229] Con más claridad en IGLESIA PRADOS, E. (*ob. cit.,* págs. 382 y ss.) y SOLS LUCÍA, A. (en toda la obra citada y especialmente en el anexo final) y no de forma tan nítida pero coincidente de forma implícita en NAVARRO FERNÁNDEZ, J. A. (*ob. cit.,* capítulo cuarto).
[230] *Ob. cit.,* pág. 25.

características del fraude, cuyas notas esenciales ya han sido objeto de atención, y de evitar la confusión con estas otras figuras con las que mantienen similitudes, así como la mezcla indebida con sus consecuencias jurídicas.

Nos ocupamos en primer lugar de la diferencia con el **dolo** al que se refiere el art. 1269 Cc en el sentido siguiente: "*hay dolo cuando, con palabras o maquinaciones insidiosas de los contratantes, es inducido el otro a celebrar un contrato que, sin ellas, no hubiera hecho*" y regula sus consecuencias jurídicas diferenciando el dolo grave, que provoca la nulidad del contrato, y el meramente incidental que da derecho a una indemnización por daños y perjuicios salvo que se hubiera empleado por ambas partes (art. 1270 Cc).

Una primera vinculación entre ambas instituciones (dolo y fraude) ha sido objeto de atención por una parte de la jurisprudencia para diferenciar el dolo del delito de estafa[231] lo que ha sido fuertemente criticado por la doctrina (véase, entre otros, DOPICO GÓMEZ-ALLER, J.[232]).

Por este motivo nos interesa destacar que ambas figuras comparten el engaño, el fingimiento o la maquinación (cf. SOLS LUCÍA, A.[233]) aunque el dolo civil o culpa lata se caracteriza por la intención y la ilicitud, de

[231] La STS de 16 de julio de 1990, entre otras (SSTS de 19 de junio de 1995, de 10 de diciembre de 1997 de 12 de mayo de 1998 de 28 de marzo de 2000…), que afirma que hay estafa cuando el contrato sea una "*pura ficción al servicio del fraude a través de la cual se crea un negocio vacío que encierra realmente una asechanza al patrimonio ajeno*".

[232] *Estafa y dolo civil: criterios para su delimitación*, pág. 12.

[233] *Ob. cit.,* pág. 63. Desde luego no ayuda precisamente el hecho de que en algunos artículos del Cc parece producirse una equiparación entre ambos conceptos por la conjunción disyuntiva o la enumeración empleada. Así sucede, por ejemplo, con el art. 673 ("*Será nulo el testamento otorgado con violencia, dolo o fraude*") y 674 ("*El que con dolo, fraude o violencia impidiere que una persona, de quien sea heredero abintestato, otorgue libremente su última voluntad, quedará privado de su derecho a la herencia, sin perjuicio de la responsabilidad criminal en que haya incurrido*").

forma similar al fraude, y sus consecuencias, la indemnización por daños y perjuicios (art. 1101[234], 1102[235] y 1902[236] Cc), de forma distinta al fraude.

Acudimos a COSSIO, A.[237] quien separa con nitidez ambos conceptos señalando: "*el dolo es algo que afecta o se refiere a la voluntad del agente, y que, por lo tanto, tiene un carácter eminentemente subjetivo y personal, en tanto que el fraude (…) no es sino el resultado de la acción dolosa, algo de naturaleza objetiva*"[238]. Así pues, podemos concluir que mientras en el dolo, la intención es el elemento fundamental, en el fraude es un elemento complementario como ya analizamos con anterioridad. Y, desde la otra parte del razonamiento, VEGA BENAYAS, C.[239] afirma con rotundidad: "*El dolo, la intención maliciosa puede ser -no siempre- uno de los presupuestos del fraude, pero no esencial (…) ya que lo que importa es el resultado: inaplicación de la norma defraudada*".

De especial atención, por el análisis a desarrollar en el siguiente capítulo de nuestro trabajo, tiene la comparación con los **actos contrarios a la norma,** aunque su solución no parece difícil. Estos últimos se caracterizan por una agresión directa a la norma mientras en el fraude la violación se hace por medio indirecto. Esa agresión directa a la norma persigue únicamente su incumplimiento y no hay ninguna intención de aprovechar subrepticiamente otra norma. Por lo demás, su consecuencia es la nulidad plena salvo que esté previsto un efecto distinto (cf. art. 6.3

[234] "*Quedan sujetos a la indemnización de los daños y perjuicios causados los que en el cumplimiento de sus obligaciones incurrieren en dolo, negligencia o morosidad, y los que de cualquier modo contravinieren al tenor de aquéllas*".
[235] "*La responsabilidad procedente del dolo es exigible en todas las obligaciones. La renuncia de la acción para hacerla efectiva es nula*".
[236] "*El que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado*".
[237] *El dolo en el Derecho Civil*, pág. 14.
[238] Esta diferencia aparece con claridad en una STS de 18 de enero de 2007 analizada con precisión en DÍEZ-PICAZO, L. (*Notas sobre la indemnización del daño causado por el dolo incidental*).
[239] Ob. cit., pág. 227.

Cc[240]) mientras que los efectos y sanciones del fraude conducen a la aplicación de la norma tratada de eludir junto con otras consecuencias que ya han sido objeto de nuestra atención.

Justo lo contrario sucede cuando enfrentamos el fraude a la ley con la **simulación**; la diferencia no es sencilla de advertir [241] . Y ello, probablemente, porque desde antiguo se introdujo una cierta equiparación entre ambos conceptos. Así, por ejemplo, Ulpiano se ocupó de la simulación fraudulenta en una situación que pronto derivó en el enfrentamiento entre la verdad y lo que es ficción[242].

En IGLESIA PRADOS, E.[243] se cita a Bahr como el autor contemporáneo que deslinda estas dos figuras puesto que fue quien subrayó el elemento diferenciador que no es otro que la apariencia de querer un negocio (en la simulación) frente al deseo real y serio de llevarlo a cabo como ocurre en el fraude.

Uno de los autores que más ha estudiado este tema (de acuerdo con VEGA BENAYAS, C.[244]) es Ferrara quien insiste en el deseo de ocultar, propio de la simulación y extraño en el fraude, de tal forma que "*apartando el velo engañador queda el negocio en su verdadera esencia, en su realidad desnuda y escueta, y si este negocio resulta en contradicción con una ley imperativa se tendrá un "contra legem", no un "in fraudem*

[240] "*Los actos contrarios a las normas imperativas y a las prohibitivas son nulos de pleno derecho, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de la contravención*".
[241] El trabajo de investigación de PARRAGUEZ RUIZ, L. (*El negocio jurídico simulado*) dedica todo el capítulo 10 a los indicios usados para probar la simulación que se revela como un aspecto nuclear para resolver el problema y cuya lectura recomendamos para profundizar al respecto.
[242] Véase, entre otros, IGLESIA PRADOS, E. (*ob. cit.,* pág. 184).
[243] *Ob. cit.,* pág. 184.
[244] *Ob. cit.,* pág. 228.

legis agere". La simulación no es medio de eludir la ley, sino de ocultar su violación" (FERRARA, F.[245]).

En la misma línea, DE CASTRO Y BRAVO, F.[246] afirmaba que el rasgo relevante de la simulación era la ocultación[247] bajo la apariencia de un negocio normal de otro propósito negocial, lo que le llevaba a distinguir entre la simulación *absoluta* (cuando el propósito era contrario a su propia existencia) y la *relativa* (cuando el objetivo era otro tipo de negocio). Esta última categoría es la que presenta mayores similitudes con el fraude y la que, en la práctica, es más difícil de separar.

En Morello (citado por NAVARRO FERNÁNDEZ, J.A.[248]) se llama la atención sobre el papel que la voluntad juega en cada uno de ellos y el valor de la norma defraudada para identificar el fraude de ley[249]. No cabe duda que el análisis de las circunstancias será clave para separar ambas figuras pero más allá del estudio de las concretas características del caso sometido a examen, DE CASTRO Y BRAVO, F.[250] subrayó los dos elementos a considerar que, desde entonces, han sido mayoritariamente

[245] *Ob. cit.,* pág. 95.
[246] *El negocio jurídico*, pág. 334.
[247] Años después, la jurisprudencia sigue insistiendo en esta ocultación como prueba la STS de 30 de mayo de 2011 cuando afirmaba: "*La simulación supone la creación de una realidad jurídica aparente (simulada) que oculta una realidad jurídica distinta subyacente o que oculta la inexistencia del acto o del negocio jurídico*". Y en la misma línea, la Sentencia AN de 14 de mayo de 2014 que apostillaba su consecuencia: "*Como regla general el negocio simulado se presenta como un negocio ficticio (esto es, no real) –aunque puede ocultar en algunas ocasiones un negocio verdadero-, como un negocio simple –aunque una importante modalidad del mismo es el negocio múltiple o combinado-, y, en fin, como un negocio nulo, por cuanto no lleva consigo, ni implica, transferencia alguna de derechos*".
[248] *Ob. cit.,* pág. 69.
[249] Con claridad afirmaba este tratadista italiano: "*el problema de la simulación no puede ser confundido con el del fraude de ley. Pero sólo en el sentido que se trata de problemas que se mueven sobre planos diversos, ya que la existencia de una simulación presupone contradeclaraciones claramente imputables a la voluntad de las partes, mientras el fraude de ley implica la construcción del verdadero negocio realizado, prescindiendo de una efectiva voluntad de las partes y con mayor consideración de la sustancia económica del negocio realizado*" (citado por NAVARRO FERNÁNDEZ, J. A., *ob. cit*., 69).
[250] *Derecho Civil de España,* pág. 542.

acogidos por la doctrina y por la jurisprudencia[251]: (i) ocultación del acto o negocio en la simulación que no en el fraude, y (ii) ataque al interés público en el fraude mientras que en la ocultación se atacan intereses particulares[252]. A estos criterios, IGLESIA PRADOS, E.[253] añade, y nosotros con él, la necesaria existencia de una intención simulatoria que no es precisa en el fraude, esto es, no es un elemento necesario y suficiente conforme hemos analizado con anterioridad y que, de existir, tiene un papel complementario. En todo caso, cuando está presente existe una intención, un ánimo de defraudar y no de simular[254].

Nos ocupamos seguidamente de la adecuada separación entre el fraude de ley y los **negocios fiduciarios[255]**. En ARRUBLA PAUCAR, J.[256] se hace una exposición de los antecedentes, evolución y desarrollo de los negocios fiduciarios pero lo que ahora nos interesa tiene que ver con el hecho de utilizar estos negocios como medio cuyos efectos jurídicos desbordan o exceden el fin que las partes pretenden. Forman parte, pues, de los negocios en los que existe un desequilibrio entre la apariencia y la voluntad real[257] y se caracterizan, ante todo, por una desproporción entre

[251] Véase IGLESIA PRADOS, E. (*ob. cit.,* págs. 188 y ss.).
[252] En VEGA BENAYAS, C. (*ob. cit.,* pág. 229), con carácter complementario, se añade: "*Lo fundamental, en el fraude, es determinar en qué choca con una ley; en la simulación, desvelar el acto realmente querido*".
[253] *Ob. cit.,* pág. 197.
[254] En el ámbito jurisprudencial resulta clarificadora la STS de 25 de junio de 2008 cuando afirma: "*Resulta necesario señalar que, -para apreciar la existencia de un negocio simulado debe probarse suficientemente la simulación; esto es, los elementos integrantes de su concepto: declaración deliberadamente disconforme con la auténtica voluntad de las partes y finalidad de ocultación a terceros- (…); y que -la simulación es un hecho cuya carga de la prueba corresponde a quien lo afirma- (…)*".
[255] Para un sector de la doctrina, la diferencia entre los negocios simulados y los fiduciarios es mínima hasta el punto de incluir a éstos últimos como una variante de los primeros. De especial interés es el trabajo de ALBADALEJO GARCÍA, M. *El llamado negocio fiduciario es simplemente un negocio simulado relativamente*, en el que se aporta una exposición amplia sobre el particular y a cuya lectura remitimos para resolver esta controversia.
[256] *Ob. cit.,* primera parte.
[257] Incluidos en DE CASTRO Y BRAVO, F. *El negocio jurídico*, en la parte V con el expresivo título de *negocios anómalos*.

el medio jurídico empleado y el fin práctico que las partes pretenden alcanzar, junto con la nota de confianza en el transmitente o fiduciante hacia el adquirente o fiduciario[258].

Por lo tanto, en el negocio fiduciario se da la unión entre dos negocios: "*1º) una atribución patrimonial, negocio positivo. 2º) una obligación de usar dentro de unos límites y de restituir en su momento, negocio negativo. El primero tiene carácter real y el segundo obligacional. Este segundo no siempre puede impedir que, en base al primero, el adquirente abuse de su atribución*" (O´CALLAGHAM MUÑOZ, X.[259]).

En DE CASTRO Y BRAVO, F.[260] se enfoca el problema de la causa para tratar su validez planteando una dicotomía: el negocio fiduciario es el resultado de dos negocios distintos, pero jurídicamente independientes o como un solo negocio de naturaleza compleja. La discusión excede de los límites autoimpuestos en este trabajo y pensamos que a los fines de nuestro estudio es suficiente la conclusión de NAVARRO FERNÁNDEZ, J.A.[261]: "*El problema que plantean los negocios fiduciarios no es el de su admisibilidad, sino el de su control (…). La teoría del fraude de ley también se ha utilizado como fórmula para detectar y, en su caso, sancionar, actos que eluden el cumplimiento de las normas en supuestos de negocios fiduciarios, pero el fraude de ley no es un negocio fiduciario, ni todos los negocios fiduciarios se realizan en fraude de ley*".

En relación con los negocios fiduciarios hay que traer a debate los **negocios indirectos** por su relación con el fraude, pues los primeros no dejan de ser más que una variedad de los segundos (cf. VEGA BENAYAS,

Del mismo autor y en un sentido más general puede consultarse su obra: *Temas de Derecho Civil*. En concreto, al abordar los límites del ejercicio de los derechos se ocupa de la doctrina relativa al abuso del derecho en las págs. 137 y ss.

[258] Cita de Degelsberger habitualmente reproducida en numerosas Sentencias. En concreto, esta aparece en SAP de Ibiza de 22 de febrero de 2011.

[259] *Compendio de Derecho Civil*, lección 9.

[260] *El negocio jurídico*, págs. 406 y ss.

[261] *Ob. cit.,* pág. 71.

C.[262]). Para DE CASTRO Y BRAVO, F.[263] esta categoría es obra del jurista italiano Ascarelli que, en todo caso, no ha logrado ni la aceptación general de la doctrina ni menos aún, su utilización práctica en los tribunales. Aunque con algunos antecedentes lejanos, es la doctrina alemana quien los crea originalmente y la italiana la que los reformula y les da nombre. En estos momentos, y de aquí la confusión, no se le da mayor relevancia y se le considera como sinónimo de negocio en fraude[264]. El mérito de Ascarelli radica en su integración como una figura más merecedora de amparo jurídico [265] y entre sus ejemplos más destacados (VEGA BENAYAS, C.[266]): la sociedad de un solo socio, el reconocimiento del derecho ejercitado por otro conociendo su falsedad, la venta a crédito seguida de su inmediata reventa al contado… ejemplos todos ellos que, en "*cuanto instrumento o medio de eludir una norma imperativa o prohibitiva deberá ser tratado con severidad y cuidado*" (Sentencia de 14 de marzo de 1964 citada por VEGA BENAYAS, C.[267]).

Convenimos con DE CASTRO Y BRAVO, F. [268] que los negocios indirectos, a diferencia de los negocios fiduciarios, han tenido escaso eco en la doctrina española concluyendo que forman una categoría jurídica integrada por las subespecies de los negocios fiduciarios (válidos) y los negocios fraudulentos (inválidos), cuestión esta última que es donde más entra en contacto con la figura objeto de nuestro trabajo.

También ha sido objeto de comparación el fraude de ley y el **abuso del derecho**. Como ocurre en otros pares seleccionados con la idea de precisar más aún las características del fraude de ley, la separación no

[262] *Ob. cit.,* pág. 231.
[263] *Ibidem*, pág. 444.
[264] *Ibidem*, pág. 446.
[265] *Ibidem*, pág. 446.
[266] *Ob. cit.,* pág. 231.
[267] *Ibidem*.
[268] *El negocio jurídico*, pág. 448.

es clara ni tan siquiera unánime en la doctrina[269]. No cabe duda que su ubicación en el mismo capítulo de "*Eficacia de las normas jurídicas*" dentro del Cc de los artículos que regulan una cuestión (fraude en el art. 6.4) y la otra (abuso del derecho en el art. 7.2[270]) no ayuda precisamente a su mejor separación[271].

La fuerte vinculación entre ambas instituciones ha sido bien precisada por SOLS LUCÍA, A.[272] quien afirma: "*En la medida en que el ordenamiento se contempla como un todo unitario siendo el elemento de cohesión un valor extrajurídico, como es el interés social, la justicia social, abuso de Derecho y fraude se han de encontrar como enfermedades que afectan, no a un miembro individual sino al organismo en su totalidad*". En este sentido, VEGA BENAYAS, C.[273] cita a Lois quien incluye dentro de las infracciones indirectas de los preceptos legales el abuso del derecho, el fraude a la ley y la simulación. En su opinión[274], la nota discordante es

[269] Con cierta influencia en la doctrina posterior llamamos la atención acerca del Tratado escrito por VILLAVERDE PARRONDO, M. (*Estudios de Derecho Civil*, págs. 224 y ss.) en el que dedica escasamente una página al fraude de ley y todo un capítulo al abuso del derecho (baste la comparación de escritura para revelar la importancia concedida a una y otra figura). Al estudiar el abuso del derecho lo caracteriza a través de las aproximaciones de distintas escuelas como son la subjetiva (el fin es dañar a otro), objetiva (ejercicio anormal o desviación del fin económico o social previsto) y mixta (pone en relación el carácter objetivo y subjetivo mediante el enfrentamiento de un acto que es producto de la voluntad humana con la función social del derecho. Creemos que fácilmente se aprecia que la escuela objetiva (y también la mixta) presenta bastantes similitudes con el fraude (definido en la pág. 145) como violación indirecta del espíritu de la ley.

[270] Que dice así: "*La Ley no ampara el abuso del derecho o el ejercicio antisocial del mismo. Todo acto u omisión que por la intención de su autor, por su objeto o por las circunstancias en que se realice sobrepase manifiestamente los límites normales del ejercicio de un derecho, con daño para tercero, dará lugar a la correspondiente indemnización y a la adopción de las medidas judiciales o administrativas que impidan la persistencia en el abuso*".

[271] De acuerdo con CUADRADO PÉREZ, C. (*La moderna configuración de la doctrina del abuso del Derecho*, apartado 1): "*El manto de este precepto, por consiguiente, no sólo se extiende sobre los derechos subjetivos privados, tanto los de naturaleza real como los de crédito, sino que también cubre el ejercicio abusivo de otros derechos (…). La inclusión de este artículo en el Título Preliminar del Código Civil lleva inherente su aplicación a otras ramas jurídicas que trascienden los límites del Derecho Civil*".

[272] *Ob. cit.,* págs. 118-119.

[273] *Ob. cit.,* págs. 231-232.

[274] *Ibidem*, pág. 232.

que la contravención indirecta sólo la cumple el fraude pues el caso más frecuente es el abuso del derecho y la simulación sin violación de una norma.

En todo caso, una década más tarde de su recepción en el Cc se confirman las semejanzas atendiendo a la literalidad del art. 11.2 LO 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial que establecía: "*Los Juzgados y Tribunales rechazarán fundadamente las peticiones, incidentes y excepciones que se formulen con manifiesto abuso de derecho o entrañen fraude de Ley o procesal*".

Esta extensión de sus efectos es la que nos interesa a los fines de nuestro trabajo, y por ello, conviene detenernos en su fundamento que entendemos no es otro más que el ejercicio de un derecho dentro de sus límites formales, pero contrariando su finalidad o espíritu. Con acierto dice ASÚA GONZÁLEZ, C.[275] que es la otra cara de la actuación conforme a los dictados de la buena fe. Y por este motivo, se añade, el juicio respecto a si una actuación resulta abusiva es jurídico[276] y no fáctico.

La máxima que en ocasiones justifica erróneamente el rechazo al abuso del Derecho ("*no abusa del derecho quien se limita a ejercitar las prerrogativas que la norma le concede*"), debe ser reconducida a la siguiente, que tomamos de BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.[277], "*no abusa de su derecho quien lo ejercita, y el que pretenda la aplicación del artículo 7 del Código Civil ha de probar la concurrencia de especiales*

[275] *Comentario al art. 7 del Código Civil*.
[276] Sin ser el centro de atención de nuestro trabajo más que de forma colateral, llamamos la atención sobre la elaboración de una serie de subreglas derivadas del artículo 7 Cc en las que se pueden agrupar los supuestos de abuso de derecho y que permiten su mejor identificación. Así, se pueden enumerar las siguientes (siguiendo a BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., *ob. cit.*): la regla de "agotamiento" del derecho, la de los propios actos, la de "*tu quoque*", la regla del retraso desleal y la del abuso de acciones de nulidad.
[277] *Comentarios al artículo 7 del Código Civil*.

circunstancias concurrentes que hacen reprochable la conducta objetivamente adecuada a la norma".

De forma similar al apunte hecho sobre sus semejanzas, el problema quedaría incompleto si no llamáramos la atención acerca de sus diferencias que quedan bien resumidas en la obra citada de SOLS LUCÍA, A.[278]: la intención no es esencial en el fraude, ya nos hemos referido con anterioridad a este tema, pero sí en el abuso del derecho. Además, el perjuicio o daño a un tercero, más discutible en el fraude e inexcusable en el abuso de derecho. Por último y de forma más tangible, el fraude de ley es consustancial a la idea de deber jurídico en cuanto es inobservado. El abuso, por su parte, es derecho subjetivo[279]. Hechas estas observaciones no podemos por menos que estar de acuerdo con SOLS LUCÍA, A.[280] en que se trata de "*dos instituciones claramente distintas*".

Antes de abordar la última parte de este trabajo merece la pena recuperar una última conexión que, con una clara significación económica, se ha relacionado en alguna ocasión con el fraude. Nos referimos a la llamada **economía de opción**, término que ha sido adoptado (sobre todo en el

[278] *Ob. cit.,* pág. 119.
[279] Esta tesis es la línea sugerida en PUIG, J. (*Introducción al Derecho Civil (español)*, págs. 386-387) en la que para separar estas dos figuras recurre a la doble dimensión del Derecho: objetiva y subjetiva. Argumento que luego emplea NAVARRO FERNÁNDEZ, J. A. (*ob. cit*., págs. 75-76) para insistir con claridad en este punto de divergencia en la forma siguiente que, por su interés, reproducimos a continuación: "*Fraude de ley y abuso de derecho presentan, en efecto, un problema general en común: se trata de la relación entre la esfera privada y la esfera pública estatal, entre reglamentación jurídica y autonomía privada individual, entre sociedad civil y sociedad política, en suma, las relaciones entre economía y política y la mediación del derecho. Por ello, el problema no se puede determinar "a priori", porque históricamente se presenta de modo diferente. Que se trate de un problema común lo evidencia el dato de que la evolución de ambas figuras ha corrido de modo paralelo y su distinción no parece clara*".
En COMANDUCCI, P. *El abuso del Derecho y la interpretación jurídica*, hay una interesante reflexión sobre el abuso del derecho, aunque tan centrada en la crítica de los actos ilícitos (típicos y atípicos de Atienza y Ruiz Manero a los que antes nos hemos referido) que, en nuestra opinión, pierde parte del fino análisis que es característico de este autor.
[280] O. cit., pág. 121.

ámbito tributario) desde la obra de LARRAZ, J.[281]. La variedad de interpretaciones acerca de su significado encuentra como sustrato común la legalidad de la elección que realiza un contribuyente al acogerse a una determinada normativa fiscal que le resulta más ventajosa que otra; ahí radica la opción que busca como consecuencia un ahorro, entendido como economía, fiscal.

La peculiaridad legal de la economía de opción se aprecia de forma inmediata cuando se alinea con la autonomía de la voluntad[282] para validar jurídicamente la libertad del individuo en sus elecciones, y esta doctrina también se ha asumido en el orden jurisprudencial, aunque con matices[283].

Por este motivo nos interesa recordar a CHOCLÁN MONTALVO, J.A.[284] quien distinguía entre la economía de opción expresa y la economía de opción tácita, que se diferencian en que mientras la primera contiene alternativas admitidas por el ordenamiento, la segunda prevé

[281] *Metodología aplicativa al Derecho tributario*, págs. 52 y ss.
[282] Por todos, PONT CLEMENTE, J. (*La simulación en la nueva Ley General Tributaria*, pág. 163). En buena medida, la justificación, desde un plano estrictamente jurídico (y sin acudir a sus implicaciones éticas o morales) no existe ningún precepto que obligue al contribuyente a buscar la vía fiscal más costosa pues, señala la abundante bibliografía referenciada, entraría en conflicto radical con el derecho a la propiedad y el ejercicio de la autonomía de la voluntad.
[283] Las Sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Navarra (núm. 593/2002, de 17 de junio) y del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco (núm. 700/2004, de 27 de septiembre) subrayan su fundamento último "*en la intangibilidad de la esfera personal y patrimonial del individuo con apoyo en el respeto a los derechos de la personalidad*".
El matiz proviene al limitar la economía de opción con el deber de contribuir que impone el art. 31.1 CE (ver STC 46/2000) y la plena realización de la justicia tributaria *("(…) lo que unos no paguen debiendo pagar, lo tendrán que pagar otros con más espíritu cívico o con menos posibilidades de defraudar*") como se afirmaba en la STC 110/1984. Esto derivó en la creación de un calificativo adicional acuñado por la antes referida STC 46/2000 cuando se refirió a la llamada economía de opción indeseada.
[284] *Conflicto en la aplicación de la norma, simulación y negocios jurídicos anómalos en el ámbito del derecho penal*.

también medios válidos para alcanzar un mismo fin, aunque con ventajas comparativas de unos frente a otros[285].

En todo caso, la consecuencia jurídica es clara y la alternativa elegida es válida lo que no acontece con el fraude en la interpretación.

[285] STC 46/2000. En ambos casos, el Tribunal Supremo ha reiterado su conformidad legal por tratarse de *"(…) casos en los que el orden jurídico abre al sujeto distintas posibilidades de actuación, a las que podría acomodar la suya propia en función de sus particulares intereses y expectativas. Se trata, así, de un supuesto, en el que, resulta indiferente, desde la perspectiva del ordenamiento que el particular se decante por una u otra de las alternativas posibles, todas igualmente legítimas*" (STS de 15 de julio de 2002).

CAPÍTULO IV.

EL FRAUDE EN CONTABILIDAD

IV. EL FRAUDE EN CONTABILIDAD

1. Fraude contable: significado económico, pero no jurídico. 2. Fraude en la interpretación de la norma contable: significado económico y jurídico. 2.1. Análisis de otras referencias jurisprudenciales, 2.2. Conclusiones del análisis jurisprudencial, 2.3. Legitimación activa, 2.4. Legitimación pasiva.

1. Fraude contable: significado económico, pero no jurídico

El término de *fraude contable* tiene una historia relativamente corta en contabilidad. Cuando la mayor complejidad de los negocios hace necesario registrar las transacciones porque se excede la capacidad memorística de los comerciantes y comienza a extenderse el uso del método de la partida doble (aproximadamente en el siglo XVI)[1], la única función de la contabilidad, o más acertadamente de la teneduría de libros, era facilitar información al empresario para conocer las magnitudes claves de su negocio: el valor de los activos, el de las deudas y el resultado logrado en sus operaciones. En esta época no se puede evidenciar ninguna presión externa acerca de la veracidad de esta información ni normas uniformes para comparar la presentación de informes (véase, entre otros, HENDRIKSEN, E.[2]).

[1] Esta síntesis, pensamos, es suficiente a los fines de nuestro estudio. Para mayor extensión acerca de la evolución histórica de la contabilidad puede consultarse LOPES DE SÁ, A. *História Geral e das doutrinas da Contabilidade*.

[2] *Teoría de la Contabilidad*, pág. 29. Con todo y lamentablemente, se trata de una característica consustancial a la especie humana y que no requiere de estímulos para ponerse en marcha. De hecho, en BALLARÍN GARNICA, A. (*Detección de indicios de manipulación contable y posible práctica "fraudulenta" en el gremio del comercio textil*

El creciente desarrollo económico y la aparición de las Bolsas de Valores[3] donde se empiezan a negociar los títulos en los que se divide el capital de las compañías lleva a un progreso equivalente en la regulación mercantil y contable en cada país. Así, por ejemplo, el Código de Comercio francés de 1673 obligaba a "*todo hombre de negocios*" a preparar un balance general, al menos, cada dos años (véase SEGOVIA SAN JUAN, A.[4]). Estos primeros mercados de capitales y las exigencias en materia de contabilidad que se empiezan a incorporar en las normas mercantiles explican los estímulos iniciales para manipular la información contable.

La rápida evolución posterior se explica por tres grandes motivos que pasamos a describir.

En primer lugar, la expansión de las empresas, tanto en tamaño como en complejidad de sus operaciones, exige respuestas del legislador mercantil que impulsan con gran fuerza el desarrollo de la contabilidad. En respuesta a estas mayores necesidades se crean en la segunda mitad del siglo XIX las primeras asociaciones de profesionales para buscar una uniformidad y una mejora en los procedimientos empleados. En 1854 se constituye la *Society of Accountants* (Edimburgo) y la *Society of Accountants in England* (1872) que pronto se fusionaron creando la primera organización profesional con el nombre de *Institute of Chartered Accountants of England and Wales* en 1880. Esta raíz inglesa se exporta pronto a EE.UU. dando lugar al *American Association of Public Accountants* (1887) precedente del actual *American Institute of Certified Public Accountants* (cf. CUADRADO EBRERO, A. y VALMAYOR LÓPEZ,

de Londres en los siglos XIV y XV) se evidencia un curioso caso de manipulación contable en el gremio del comercio textil de Londres en los siglos XIV y XV.

[3] Aunque la primera Bolsa de Valores fue creada en Amberes (Bélgica) en 1460, fue la segunda creada en Amsterdam en 1602 la que realmente impulsó esta actividad.

[4] *El delito societario desde una perspectiva de agencia y su relación con la contabilidad creativa*, pág. 222.

L.[5]). Es interesante observar cómo la primera norma que aprueba esta asociación profesional (en 1894) tiene por objetivo uniformar las partidas a incluir en el balance subrayando el interés en proporcionar información fiable a los acreedores (HENDRIKSEN, E.[6]).

Es habitual centrar este recorrido en los países anglosajones (en concreto, la base inglesa y su traslación a los EE.UU.)[7] puesto que sus logros fueron inmediatamente incorporados en otros países. Con todo, una síntesis de la evolución de la contabilidad en España fue presentada en el primer capítulo de este trabajo[8].

Un segundo hecho que incentiva la manipulación de la información contable es la implantación de impuestos que gravan los beneficios empresariales y que vienen a suceder a comienzos del siglo XX. Su cálculo conforme los registros contables de las sociedades explica el porqué de una segunda motivación para alterar la información proporcionada por la contabilidad.

En tercer lugar, suceden a comienzos del siglo XX importantes crisis financieras que evidenciaron la falta de coincidencia entre la información contable y la realidad de las empresas. En algunos casos, revelaban la falta de uniformidad en las normas contables (véase, entre otros, KIESO, D. y WEYGANDT, J.[9]) pero en la mayoría de las situaciones pusieron de manifiesto el peso creciente de las manipulaciones contables. Esta crisis, como la que ha vuelto a ocurrir hace no muchos años (véase, entre otros,

[5] *Organismos contables americanos emisores de normas*, caps. 1 y 2.
[6] *Ob. cit.,* pág. 69.
[7] Véase, entre otros, GARCÍA BENAU, A. y VICO MARTÍNEZ, A. (*Los escándalos financieros y la auditoría: pérdida y recuperación de la confianza en una profesión en crisis*, pág. 31).
[8] Un análisis más exhaustivo de los precedentes de la contabilidad en España se puede ver, entre otros, en GONZÁLEZ FERRANDO, J. M. (*Balbuceos y primeros pasos de la historia de la contabilidad en España*).
[9] *Contabilidad intermedia*, pág. 28.

SÁNCHEZ FERNÁNDEZ-VALDERRAMA, J.L. [10]), tuvo una triple consecuencia: provocó cambios en la regulación mercantil, subrayó el trabajo y la necesidad de una regulación más estricta en materia de contabilidad y enfatizó el papel de los auditores[11] como garantes de la fiabilidad de esta información (cf. SEGOVIA SAN JUAN, A., HERRADOR ALCAIDE, T. y SAN SEGUNDO, A.[12]).

Este es el precedente sintéticamente expresado para centrar el fraude contable entendido genéricamente como manipulación de la información contable [13] . Con todo, convenimos con GARCÍA BENAU, A. y HUMPHREY, C.[14] que el término de fraude contable "*(…) es, por su propia naturaleza, un tema oscuro*".

De forma similar a como hicimos con la definición del fraude a la ley[15], cuando empleamos la fórmula legal por ser más imparcial que las construcciones doctrinales, recurrimos a la definición del fraude contable

[10] *Fraude, contabilidad y auditoría*, págs. 823 y ss.
[11] Existen precedentes históricos de la auditoría que nos llevarían al Antiguo Egipto donde la rendición de cuentas implicaba *escuchar* el relato de la administración de la Corte y de las obras de irrigación del río Nilo (GONÇALVES, M. y CARVALHO, M. *Ensayo sobre la presencia de la contabilidad en las civilizaciones antiguas*, pág. 171), y parece que de ahí su nombre, pero su papel relevante, a los fines de nuestro trabajo, se sitúa más recientemente como han indicado SEGOVIA SAN JUAN, A., HERRADOR ALCAIDE, T. y SAN SEGUNDO, A. (*Teoría de la auditoría financiera*, pág. 26).
[12] *Ob. cit.,* págs. 26-27.
[13] Y más concretamente, en palabras de SÁEZ TORRECILLA, A. (*El fraude contable y sus responsables y los nuevos métodos para su tratamiento*) a quien aludimos al justificar el origen de la investigación: "*El fraude contable es una irregularidad realizada en la contabilidad, resultante de una actuación intencionada o de una situación de irresponsabilidad, que se manifiesta en una información contable falsa*".
[14] *La auditoría y el fraude: algunas consideraciones internacionales*, pág. 700.
[15] En el capítulo anterior hemos revisado la definición de fraude (de ley) contenida en el Cc pues nuestro trabajo se circunscribe a este enfoque bajo la hipótesis de que el fraude de la norma contable es un tipo de fraude de ley. No hay muchas más referencias legales al fraude bajo esta consideración. En la Ley de Sociedades de Capital no hemos encontrado ninguna alusión al fraude propiamente dicho más allá de la exigencia relativa a las cuentas anuales para que ofrezcan la imagen fiel del patrimonio, de la situación financiera y de los resultados. En la Ley Concursal sólo se contemplan las irregularidades relevantes para calificar el concurso como culpable (art. 164.2). En la legislación tributaria (tanto en la ley del impuesto de sociedades, en la del IVA y en el Reglamento del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas) hay más menciones, pero pensamos que ese no es el enfoque que debe seguir nuestro trabajo

acudiendo al concepto incluido en las Normas Internacionales de Auditoría que se aplican en España[16] y que dice así: "*Las incorrecciones en los estados financieros pueden deberse a fraude o error. El factor que distingue el fraude del error es que la acción subyacente que da lugar a la incorrección de los estados financieros sea o no intencionada*" (NIA-ES 240, párr. 2), y añade en el párrafo siguiente: "*Aunque "fraude" es un concepto jurídico amplio, a los efectos de las NIA al auditor le concierne el fraude que da lugar a incorrecciones materiales en los estados financieros. Para el auditor son relevantes dos tipos de incorrecciones intencionadas: las incorrecciones debidas a información financiera fraudulenta y las debidas a una apropiación indebida de activos. Aunque el auditor puede tener indicios o, en casos excepcionales, identificar la existencia de fraude, el auditor no determina si se ha producido efectivamente un fraude desde un punto de vista legal*" (NIA-ES 240-, párr. 3).

El análisis de esta definición desvela algunas cuestiones de interés.

En primer lugar, traza un planteamiento dicotómico de cualquier incorrección que padezca la información financiera: el fraude (intencionado) o el error (no intencionado). No hay zonas intermedias y el elemento intencional pasa al primer plano en esta definición, aunque queda conectado con el resultado final de la acción (inexactitud) por medio de lo que denomina *acción subyacente*.

[16] Antes de esta Norma Internacional estaba en vigor la Norma Técnica de Auditoría sobre errores e irregularidades (2000) que define estos últimos como "*actos u omisiones intencionados, cometidos por uno o más individuos, sean de los administradores, de la dirección, de los empleados de la entidad auditada, o de terceras personas ajenas a esta, que alteran la información contenida en las cuentas anuales*". Ni la definición ni los medios para cometer la irregularidad difieren sustancialmente de los citados en la NIA-ES 240 así que la única diferencia es la falta de referencia al fraude.

Estos términos reciben una clara influencia de planteamientos legales más próximos a los principios que a las reglas[17] y por ello, no se define qué significan esas acciones subyacentes más allá de una enumeración, no cerrada, de ejemplos que se aportan en la guía de aplicación[18] que pueden agruparse en tres medios (NIA-Es 240, A3) que tampoco constituyen una lista cerrada[19]:

- "*La manipulación, la falsificación o la alteración de los registros contables o de la documentación de soporte a partir de los cuales se preparan los estados financieros.*
- *El falseamiento o la omisión intencionada de hechos, transacciones u otra información significativa en los estados financieros.*
- *La aplicación intencionadamente errónea de principios contables relativos a cantidades, a la clasificación, a la forma de presentación o la revelación de la información*".

El primer apartado alude a falsificaciones en el proceso contable bien por medio de la adulteración de los registros contables o de los documentos

[17] Por referencia a la mención que hicimos en el capítulo anterior del trabajo de ATIENZA, M. y RUIZ MANERO, J. *Ilícitos atípicos*, págs. 16 y ss.

[18] "*La información financiera fraudulenta implica incorrecciones intencionadas, incluidas omisiones de cantidades o de información en los estados financieros con la intención de engañar a los usuarios de estos. Esto puede ser consecuencia de intentos de la dirección de manipular los resultados para engañar a los usuarios de los estados financieros influyendo en su percepción de los resultados y de la rentabilidad de la entidad. Dicha manipulación de los resultados puede empezar por acciones pequeñas o indebidos ajustes de las hipótesis y cambios en los juicios de la dirección. Los elementos de presión y los incentivos pueden llevar a que estas acciones aumenten hasta el punto de dar lugar a información financiera fraudulenta. Una situación así puede producirse cuando la dirección, debido a las presiones a las que está sometida para cumplir las expectativas del mercado, o al deseo de maximizar una remuneración basada en resultados, adopta, de forma intencionada, posturas que dan lugar a información financiera fraudulenta mediante la introducción de incorrecciones materiales en los estados financieros. En algunas entidades, la dirección puede estar motivada para infravalorar los resultados en una cantidad material a fin de minimizar los impuestos, o sobrevalorarlos con el objetivo de obtener financiación bancaria*" (NIA-ES 240, A2).

[19] El párrafo transcrito a continuación comienza señalando que la información fraudulenta *puede lograrse*… de donde concluimos la posibilidad de que se logre por otros medios.

que sirven de base a aquéllos. El segundo tiene que ver con la interpretación falseada de los hechos económicos que afectan a la empresa o de las transacciones en las que está involucrada la compañía; bien por medio de su alteración o a través de la omisión de datos relevantes. Además, deja un espacio a otra información, entendemos distinta de la financiera, que sea significativa para adoptar decisiones racionales. El ejemplo de la información no financiera que se exige actualmente o la explicación de las medidas tendentes al buen gobierno societario pueden ilustrar esta referencia añadida. El último apartado lleva a los problemas de valoración de las partidas en los estados financieros, su clasificación (por ejemplo, entre activo corriente y no corriente), su presentación (por ejemplo, agregando o desagregando información para que la interpretación sea más difícil) o la revelación de información, aunque más bien será la falta de inclusión de datos, por ejemplo, en la memoria o en las notas a los estados financieros a lo que antes nos referíamos.

La relación olvida, o al menos no cita textualmente[20], una forma muy extendida de falseamiento de la información contable y que se logra a través de la aplicación intencionadamente errónea de los conceptos básicos, es decir, reconocer como gastos lo que son activos o a la inversa. También, registrar como integrantes del patrimonio neto lo que son pasivos, o viceversa.

[20] Los conceptos fundamentales de contabilidad incluidos en el marco conceptual (activo, pasivo, gastos e ingresos, puesto que el concepto de patrimonio neto es derivado de los de activo y pasivo) no creemos que quepan entre los principios contables. En GUTIÉRREZ GARCÍA, C. y GRAJAL MARTÍN, P. (*La información financiera y los artificios contables*, pág. 485) se hace una interpretación extensiva del concepto de principio contable que incluye los de adscripción valorativa, temporal y los informativos, dentro de los cuales se incluyen las cualidades predicables de la información financiera. Aun en esta interpretación tan amplia, los conceptos básicos quedan excluidos de los principios y de ahí nuestra crítica a su ausencia, al menos expresa, como medio para manipular la información contable.

Una segunda implicación viene dada porque el fraude se subdivide en dos grandes grupos: las incorrecciones debidas a información financiera fraudulenta y las que se deben a una apropiación indebida de activos de la empresa. Pensamos que, a los fines de nuestro trabajo, nos debemos concentrar en las primeras, aunque en alguna ocasión la información fraudulenta deriva en una apropiación indebida[21]. Pues bien, la norma indica que este tipo de fraude conlleva la existencia de un incentivo o elemento de presión para cometerlo, la percepción de una oportunidad para llevarlo a cabo y cierta racionalización del acto (NIA-ES 240, A1). Son pues tres características que no se definen, sino que, como es habitual en todo su recorrido, se describen mediante ejemplos para su mejor comprensión[22]. Esta segunda implicación exige, además, que la incorrección sea material, significativa o relevante. Esto tiene que ver con la importancia relativa a la que ya prestamos atención con anterioridad y que, de forma similar al enfoque característico de estas normas, contiene

[21] Pensemos en el caso de un directivo que percibe un complemento salarial cuando el beneficio de la empresa alcanza un determinado nivel. Si manipula la información para ello es claro que está percibiendo una compensación de la empresa que no le corresponde. Otro tanto ocurre cuando la empresa adultera al alza la cuantía de sus beneficios pues paga unos impuestos que no debe pagar y entrega unos dividendos que tampoco puede sustraer.

[22] Y entre los ejemplos que aporta en la guía para la aplicación de la norma se encuentran los siguientes (NIA-ES 240, A1):

- "*Puede existir un incentivo o un elemento de presión para proporcionar información financiera fraudulenta cuando la dirección está presionada, desde instancias internas o externas a la entidad, para alcanzar un objetivo previsto (y quizá poco realista) de beneficios o de resultado financiero, especialmente cuando las consecuencias de no alcanzar los objetivos financieros pueden ser significativas para la dirección. Del mismo modo, algunas personas pueden verse incentivadas a realizar una apropiación indebida de activos, por ejemplo, por el hecho de vivir por encima de sus posibilidades.*
- *La percepción de una oportunidad para cometer fraude puede darse cuando una persona considera que el control interno puede eludirse; por ejemplo, por encontrarse esa persona en un cargo de confianza o porque conoce deficiencias específicas en el control interno.*
- *Las personas pueden llegar a racionalizar la comisión de un acto fraudulento. Algunas personas tienen una actitud, un carácter o un conjunto de valores éticos que les permiten cometer un acto deshonesto de forma consciente e intencionada. Sin embargo, incluso personas que en otra situación serían honestas pueden cometer fraude en un entorno que ejerza suficiente presión sobre ellas*"

elementos subjetivos que hace difícil precisar objetivamente su concreción.

A los incentivos se aluden en el párrafo transcrito en la nota a pie de página anterior (que copia el texto de la NIA-ES 240, A1). Por su parte, la percepción de la oportunidad queda vinculada a la capacidad que tiene la dirección para eludir el control interno[23] que, por lo demás, debe funcionar eficazmente[24].

No hay, por último, definición de qué se entiende por "*cierta racionalización del acto*" sino que, de nuevo, se recurre a ejemplos que muestran esa actitud y racionalidad[25].

[23] El control interno es un término amplio que de forma resumida se puede definir, siguiendo a CAÑIBANO CALVO, L. *Curso de auditoría contable* (pág. 74), como el "*conjunto de elementos, normas y procedimientos encaminados a lograr la máxima eficacia en la gestión de la empresa y, en definitiva, al óptimo logro de sus fines*" y que se puede clasificar, de acuerdo con este autor, en control interno contable (tiene como objetivo proteger los activos de la empresa y la fiabilidad de la información) y operativo (orientado a la eficiencia y a asegurar la adhesión a las disposiciones de la administración de la empresa).

[24] Para ello, se enuncian las técnicas más comunes que se pueden emplear y que quedan como siguen (NIA-ES 240, A4):

- "*Registrando asientos ficticios en el libro diario, especialmente en fechas cercanas al cierre de un periodo contable, con el fin de manipular los resultados operativos o lograr otros objetivos.*
- *Ajustando indebidamente algunas hipótesis y cambiando los juicios en que se basa la estimación de saldos contables.*
- *Omitiendo, anticipando o difiriendo el reconocimiento en los estados financieros de hechos y transacciones que han ocurrido durante el periodo.*
- *Ocultando, o no revelando, hechos que podrían afectar a las cantidades registradas en los estados financieros.*
- *Realizando transacciones complejas estructuradas de forma que falseen la situación financiera o los resultados de la entidad.*
- *Alterando los registros y las condiciones relativos a transacciones significativas e inusuales*".

[25] Actitudes y racionalización (anexo I NIA-ES 240):

- "*Ineficacia en la comunicación, la implementación, el apoyo o la imposición de los principios o de las normas de ética de la entidad por parte de la dirección, o la comunicación de principios o normas de ética inadecuados.*
- *Participación o preocupación excesivas de la dirección no financiera en relación con la selección de políticas contables o la determinación de estimaciones significativas.*
- *Historial conocido de incumplimiento de la normativa sobre valores y de otras disposiciones legales o reglamentarias, o de demandas contra la entidad, su*

La tercera nota que extraemos de la definición de fraude contable es su desvinculación del fraude legal a pesar de compartir parcialmente el nombre. No vemos con la nitidez deseable si se considera el fraude legal subsumido en el concepto amplio de fraude contable, a los efectos del trabajo de los auditores, o lo que nos parece interpretar; son dos esferas diferentes que pueden tener puntos en común a los que la norma profesional no presta ninguna atención. Es más, parece que hay una exoneración de responsabilidad al auditor que no está obligado a aplicar procedimientos para detectar si existe fraude legal[26]. Esto no puede más que sorprendernos pues, como intentamos demostrar más adelante, el

alta dirección o los responsables del gobierno de la entidad por supuesto fraude o incumplimiento de las disposiciones legales y reglamentarias.

- *Interés excesivo por parte de la dirección en mantener o aumentar la cotización de las acciones o la tendencia de beneficios de la entidad.*
- *La práctica, por parte de la dirección, de comprometerse con los analistas, acreedores y otros terceros a cumplir pronósticos desmesurados o poco realistas.*
- *El hecho de que la dirección no subsane las deficiencias significativas conocidas en el control interno oportunamente.*
- *Interés por parte de la dirección en la utilización de medios indebidos para minimizar los beneficios contabilizados, por motivos fiscales.*
- *Escaso nivel ético de los miembros de la alta dirección.*
- *El propietario-gerente no distingue entre transacciones personales y empresariales. Disputas entre accionistas de una entidad cuyo número de accionistas es reducido.*
- *Intentos recurrentes por parte de la dirección de justificar una contabilidad paralela o inadecuada basándose en su importancia relativa.*
- *La relación entre la dirección y el auditor actual o su predecesor es tensa, lo que se manifiesta en lo siguiente:*
    - *Disputas frecuentes con el auditor actual o con su predecesor sobre cuestiones contables, de auditoría o de información.*
    - *Exigencias poco razonables planteadas al auditor, como restricciones de tiempo poco realistas para la finalización de la auditoría o la emisión del informe de auditoría.*
    - *Imposición de restricciones al auditor que limitan de forma indebida el acceso a personas o a la información, o bien que limitan la capacidad para comunicarse eficazmente con los responsables del gobierno de la entidad.*
    - *Actitud prepotente de la dirección en su trato con el auditor, especialmente cuando ello conlleva intentos de influir en el alcance del trabajo del auditor o en la selección o continuidad del personal asignado al encargo de auditoría o consultado durante el trabajo*".

[26] La frase "*el auditor no determina si se ha producido efectivamente un fraude desde un punto de vista legal*" deja poco margen a la duda.

fraude legal, y más específicamente, a la norma contable, es una forma de manipular la información contable que sí es objeto de los procedimientos de auditoría y sujeto de responsabilidad en el trabajo de los auditores como en la misma norma se afirma más adelante: "*El auditor que realiza una auditoría de conformidad con las NIA es responsable de la obtención de una seguridad razonable de que los estados financieros considerados en su conjunto están libres de incorrecciones materiales debidas a fraude o error*" (NIA-ES 240, párr. 5).

El recorrido realizado hasta ahora, en el capítulo precedente, nos permite tener una visión amplia del fraude de ley tanto por lo previsto en el Cc como por el aporte jurisprudencial y doctrinal al tema. Es un trabajo previo y necesario al que ahora vamos a realizar. Metodológicamente corresponde ahora reproducir el esquema antes seguido. A falta de la caracterización del fraude contable en normas generales acabamos de analizar su configuración en las normas profesionales por lo que procede seguidamente una revisión de las aportaciones doctrinales para concluir acerca de su significado y terminar, en el siguiente apartado, con el trabajo jurisprudencial.

Por lo que se refiere al esfuerzo doctrinal, se trata de un tema que ha atraído a la comunidad de investigadores a lo largo del siglo XX con el significado antes apuntado de cualquier (en el sentido de toda) irregularidad intencionada que afecte a los estados financieros de una compañía. Esta equivalencia entre fraude (contable) e irregularidad (intencionada) ha caracterizado toda la investigación realizada hasta el momento sin que hayamos acreditado una discusión del concepto jurídico subyacente[27]. Esta igualdad adolece, en nuestra opinión y como vamos

[27] Únicamente, en GERETY, M. y LEHN, K. (*The causes and consequences of accounting fraud*, pág. 588) se usa el término de fraude contable y se reconoce que es engañoso por lo que, en opinión de estos autores, debería emplearse más correctamente el de *incorrecciones de divulgación de información financiera*. Con todo,

a tratar de contrastar seguidamente, de un problema de acomodo con el concepto jurídico de fraude puesto que una incorrección significativa en los estados financieros puede tener muy diversas causas y el apoyo fraudulento en una norma contable para eludir la finalidad prevista en otra, es sólo una de ellas. Además, ya hemos discutido el papel complementario de la intención en el fraude legal que contrasta con la importancia que, de acuerdo con las normas profesionales citadas que guían el trabajo y la responsabilidad de los auditores, tiene en el fraude contable.

Sobre esta base pensamos que hacer un recorrido exhaustivo por las aportaciones doctrinales en materia de fraude contable puede desorientar la finalidad que perseguimos; explicar el fraude en contabilidad en un plano distinto del fraude a la ley. Por ello, el repaso doctrinal es sintético para situar las contribuciones que más nos interesan, esto es, aquellas que se han ocupado por identificar las prácticas fraudulentas y comprobar su naturaleza. Desde un punto de vista jurídico, entendemos, resolver todas las manipulaciones de la misma forma es contrario al dictado de la norma que, por lo demás, tiene plena eficacia en todos los órdenes.

En este contexto la investigación empírica realizada se puede concretar en los dos siguientes ejes que pasamos a revisar: una primera línea, a *priori*, que ha analizado los factores de riesgo para predecir el fraude y una segunda, a *posteriori*, esto es, una vez cometido el fraude (o descubierto) que se desdobla, a su vez, en dos corrientes; de una parte, los investigadores que han contrastado si cabe inferir algún patrón que explique porqué las incorrecciones no han sido detectadas por los auditores y aquéllos otros que sobre la base de la manipulación

hecha esta matización inicial, todo su trabajo posterior emplea el término de fraude contable.

descubierta estudian las técnicas empleadas para la adulteración (la línea que realmente nos interesa).

Los estudios se han concentrado, en cantidad y calidad, en países anglosajones y desde allí han proyectado una notable influencia donde la doctrina contable y financiera española no ha sido una excepción. En todo caso, el mérito consiste en contrastar el método de trabajo y las conclusiones a otra realidad que tiene otras características planteando alternativas de sumo interés. Por este motivo, las referencias citadas a continuación tienen normalmente una génesis en trabajos previos con este origen cuya cita es también inexcusable.

La primera línea de trabajo trata de aportar herramientas que ayuden a detectar el fraude antes de que se produzca. Su interés es, desde luego, indiscutible, aunque ha tenido una atención irregular dependiendo de la responsabilidad asignada a los auditores.

Si a comienzos del siglo XX, la detección del fraude era prioritaria para los auditores[28], se puede constatar un cambio que perdura hasta poco después de mediados del siglo pasado. Este cambio de orientación en los procedimientos se puede comprobar en la obra clásica de MAUTZ, R. y SHARAF, H.[29] cuando se afirma: "*O un auditor debe ampliar su programa para buscar todas las irregularidades posibles, o puede no buscar nada. Y si fuera a buscar todo, entonces su examen sería sumamente costoso (…) Posiblemente el auditor pudiera extender su examen lo suficientemente como para efectuar una búsqueda razonable de las irregularidades materiales, proporcionando a su cliente, en*

[28] En Dicksee (1902) citado por GARCÍA BENAU, A. y HUMPHREY, C. (*ob. cit.,* pág. 697) se afirmaba: "*La detección del fraude es una de las más importantes obligaciones del auditor. Los auditores deberían cuidar esta parte de sus actividades*". En CHANDLER, R., EDWARDS, R. y ANDERSON, M. *Changing perceptions of the role of the company auditor: 1840-1940,* se ironizaba sobre la obsesión de encontrar fraudes en este primer período motivada por las bases victorianas de buena parte de la profesión.
[29] *La filosofía de la auditoría*, pág. 155.

consecuencia, un servicio útil sin, al mismo tiempo, extender su programa de auditoría al punto en que su coste la haga prohibitiva. En realidad, esto es justamente lo que están haciendo muchos auditores hoy en día".

En BRINK, V. y WITT, H.[30] se concluye que este cambio se debió al deseo de las Firmas de auditoría de protegerse de los pleitos que les acosaban por no descubrir todos los fraudes. Sin embargo, el fuerte crecimiento de las manipulaciones en los estados financieros de las empresas obligaron a los Gobiernos y a las Firmas de auditoría a replantear su estrategia de trabajo como se evidencia, con cita de numerosos ejemplos, en VANASCO, R.[31].

Por este motivo, el esfuerzo doctrinal se intensificó hacia el último cuatro del siglo pasado en detectar esos indicadores que preavisaran de los fraudes.

En GERETY, M. y LEHN, K.[32], por ejemplo, se subraya como un indicio de manipulación la existencia de activos difíciles de valorar. En concreto, mencionan las inversiones en programas de investigación y desarrollo o cuantías elevadas de fondo de comercio reconocido, de tal forma que el riesgo de no detectar fraudes contables crece a la vez que lo hacen estos activos. El otro elemento que identifican es la reputación de los auditores[33] de tal forma que aquéllos que tienen una calidad o reputación más elevada serán más propensos a detectar fraudes, y a la inversa.

[30] *Modern internal auditing.*
[31] *Fraud auditing*, págs. 4 y ss.
[32] *Ob. cit.,* págs. 590 y ss.
[33] El trabajo previo de WATTS, R. y ZIMMERMAN, J. *Positive accounting theory*, describía la reputación de los auditores como su principal "*activo*" en el sentido de que cuanto mayor reputación, mayor es la demanda por sus servicios y mayor es su facturación. Cuando disminuye la reputación, desciende el valor actual de la Firma. Esta sintética descripción ha abierto toda una línea de investigación sobre esta hipótesis.

En relación con el reconocimiento del fondo de comercio y su aptitud para manipular recordamos el trabajo de VALERO ESCRIBANO, J. I.[34] aplicado al caso español. Antes de la última reforma del PGC, la activación de los gastos incurridos en investigación y desarrollo era opcional para la empresa cumpliendo unas condiciones. Su capacidad para manipular la información se analizó, entre otros, en GARCÍA IGLESIA, I.[35] y en MORA, A., GARCÍA LARA, J., GARCÍA OSMA, B. y GISBERT, A.[36]. Con el PGC en vigor, la activación es obligatoria cumpliendo unas condiciones. Este cambio ha motivado multitud de trabajos aplicados a campos diversos (la industria del automóvil, farmacéutica, química…) probablemente porque su incidencia es muy distinta. Sin embargo, a los fines de nuestro estudio es de interés el trabajo realizado por RABAZO MARTÍN, E.[37] pues introduce el análisis global de estos intangibles para concluir acerca de su relación positiva con el fraude.

Relacionado con la dificultad de valorar ciertos elementos de los estados financieros, encontramos el trabajo de HEALY, P.[38] sobre los ajustes por devengo derivados de conciliar los gastos e ingresos a la corriente real (cuando se produce el consumo para los gastos o el incremento patrimonial por la recuperación de los consumos para los ingresos) y no a la monetaria (relacionada con los pagos y los cobros). Algunos de estos ajustes no son discrecionales, pero otros sí, y permiten a la dirección de la empresa ajustar ficticiamente los ingresos y gastos a sus necesidades de alcanzar ciertos resultados. En su trabajo demostró que su incremento regular era un indicio de fraude contable dando fruto a gran cantidad de trabajos que han contrastado esta conclusión en otros países y con otras

[34] *Análisis de la discrecionalidad en el reconocimiento del deterioro del fondo de comercio: un estudio empírico.*
[35] *La elección contable para los gastos de investigación y desarrollo*.
[36] *La comparabilidad de la información contable en Europa*.
[37] *El fraude contable: una evidencia empírica*, págs. 145 y ss.
[38] *Discussion of a market-based evaluation of discretionary accrual models*.

metodologías. Investigaciones posteriores han contrastado que, de forma opuesta, empresas que han manipulado los estados financieros presentan un menor peso en este tipo de ajustes discrecionales en los años posteriores a la declaración (o descubrimiento) del fraude (véase, entre otros, FAFATAS, S.[39]).

El papel relevante de los ajustes discrecionales ha sido contrastado para la realidad española por, entre otros, CASTRILLO LARA, L. y SAN-MARTÍN REYNA, J.[40] alcanzando parecidas conclusiones.

Esta línea ha sido bien seguida por la doctrina española correlacionando, entre otras líneas de estudio, los ajustes por devengo discrecionales (como medida de manipulación) y la crisis económica, con el fraude contable demostrando una relación positiva, esto es, la crisis económica, como factor de incentivo para manipular ciertos parámetros contables (por ejemplo, el endeudamiento) ha motivado un crecimiento significativo en los ajustes por devengo discrecionales como han puesto de manifiesto CALLAO GASTÓN, S. y JARNE JARNE, J. I.[41].

En DECHOW, P., GE, W. y LARSON, C.[42] relacionan el indicio de fraude con lo que denominan como activos "*blandos*" [43] , esto es, más condicionados por las estimaciones en su valoración de tal forma que observaron su mayor presencia en empresas que luego fueron denunciadas por cometer fraude en sus estados financieros. El papel relevante de los activos blandos también ha sido analizado para la

[39] *Auditor conservatism following Audit failures*.
[40] *Los ajustes por devengo como medida de discrecionalidad directiva*.
[41] *El impacto de la crisis en la manipulación contable*.
[42] *Predicting material accounting misstatements*.
[43] El término se sugiere en BAYLEY, L. y TAYLOR, S. *Identifying earnings overstatements: A practical test*, como todos los activos distintos del efectivo y del inmovilizado material (propiedades, planta y equipo). En su trabajo se contrasta el aumento acumulado de estos activos en empresas que finalmente manipulan los estados financieros.

realidad española en el estudio realizado en RABAZO MARTÍN, E.[44] al que antes nos hemos referido.

El elemento reputacional también ha sido objeto de gran cantidad de trabajos de notable calidad. Existe un estudio preliminar de DeANGELO, L.[45] en el que se han basado las investigaciones posteriores y que tiene el mérito de definir la calidad de los auditores en forma contrastable como la probabilidad que tiene de detectar irregularidades en los estados financieros conectada a su vez con la formación (capacidad técnica de descubrir las manipulaciones) y la independencia (que le permite informar de las mismas)[46].

Como es natural, buena parte de la doctrina ha tratado de contrastar ambos elementos, es decir, la calidad de los auditores con áreas preliminares de riesgo. En este sentido, el trabajo de BECKER, C., DeFOND, M., JIAMBALVO, J. y SUBRAMANYAM, K.[47] que relacionaba la calidad de los auditores y los ajustes discrecionales. Este es el enfoque que sigue NAVARRO GARCÍA, J. C. y MARTÍNEZ CONESA, I.[48] en una muestra de empresas españolas cotizadas concluyendo que no se puede afirmar que la calidad del auditor (entendida como pertenencia a una de las grandes Firmas de auditoría) ejerza variaciones sustanciales en el reconocimiento de los ajustes discrecionales.

[44] *Ob. cit.,* cap. 3.
[45] *Auditor size and Audit quality*.
[46] En España es de mucho interés el trabajo de BIEDMA LÓPEZ, E., RUIZ BARBADILLO, E. y GÓMEZ AGUILAR, N. *¿Cómo actúan las empresas frente a la dependencia económica del auditor? El papel del comité de auditoría*, donde demuestran que las empresas que pretenden garantizar la fiabilidad de su información financiera, esto es a los fines de nuestro trabajo, la ausencia de fraude contable, usan de forma complementaria tanto un comité de auditoría independiente como los servicios de un auditor con menor riesgo de dependencia económica.
[47] *The effect of Audit quality on earnings management*.
[48] *Manipulación contable y calidad del auditor. Un estudio empírico de la realidad española*.

Entre los factores que destacan áreas de riesgo que fomentan el fraude, y por eso estamos situados antes de que éste se produzca, muchos investigadores han analizado el papel de la dirección. En este sentido ejerció una gran influencia el análisis realizado en BEASLEY, M.[49] cuando evidenció que, sobre 200 casos de fraudes detectados, la alta dirección estaba implicada en el 87% de ellos, el 60% de los consejos de administración estaban dominados por consejeros sin independencia y una mayoría de los integrantes de los comités de auditoría no tenían experiencia ni formación en contabilidad, finanzas o en auditoría. Así surgió toda una línea de trabajo que analizaba el papel de los órganos de gobierno y su relación con la manipulación contable.

En ERICKSON, M., HANLON, M. y MAYDEW, E.[50] se vincula la propensión al fraude con las políticas de incentivos a la alta dirección demostrando la correlación positiva entre las manipulaciones y las políticas salariales basadas en pagos en acciones (tanto más elevadas cuanto mayor proporción del salario suponían estos incentivos). FARBER, D.[51] analizó no sólo la asociación entre fraudes contables y mecanismos de gobierno corporativo, sino que estudió adicionalmente el comportamiento de las empresas después de haber sido detectada la manipulación. En síntesis, comprobó cómo antes de descubrirse el fraude contable, los mecanismos de gobierno corporativo eran muy débiles. Sin embargo, en aquellas empresas que sobrevivían, se reforzaba notablemente el gobierno corporativo, aunque concluía que el mercado tardaba mucho más en recuperar la credibilidad de la empresa infractora a pesar del esfuerzo realizado por regenerarse.

[49] En sus trabajos de 1996 *An empirical analysis of the relation between borad of director composition and financial statement fraud*, y de 1999 titulado *Fraudulent financial reporting 1987-1997: an analysis of U.S. Public Companies.*
[50] *How much will firms pay for earnings that do not exist?.*
[51] *Restoring trust after fraud: does corporate governance matter?.*

En el caso español, la relación entre gobierno corporativo y el fraude ha sido objeto de numerosos trabajos. En GARCÍA OSMA, B. y GIL DE ALBORNOZ, B.[52] se concluye una relación positiva entre los consejeros independientes y el nivel de manipulación salvo cuando estos consejeros son elegidos por miembros dominicales. Desde otra óptica, la relación principal-agente analizada por medio de la teoría de la agencia[53] ha investigado la definición de los mecanismos de control que permitan reducir los costes de agencia y lograr un mejor alineamiento de los intereses de los accionistas y los directivos. Estos mecanismos de control, no nos cabe duda, reducen el riesgo de fraude contable aun cuando no en todos los casos son objeto principal de estudio en esta línea de trabajo. Los trabajos de FERNÁNDEZ ÁLVAREZ, A., GÓMEZ ANSÓN, S. y FERNÁNDEZ MÉNDEZ, C.[54] y FERNÁNDEZ ÁLVAREZ, A. y GÓMEZ ANSÓN, S.[55] son especialmente interesantes en este contexto.

La segunda línea de trabajo, esto es, la que se sitúa cuando el fraude contable se ha consumado, encuentra una primera derivada en tratar de identificar los factores que explican el fracaso de los auditores.

En esencia, el "*fracaso*" de los auditores se puede definir, de acuerdo con FRANCIS, J.[56], como la situación en la que el auditor no logra asegurar el cumplimiento de los principios generales de contabilidad o no emite un informe de auditoría con opinión calificada o incluso denegada. Se trata de un tema que ha tenido una gran repercusión entre la doctrina (los

[52] *El Gobierno corporativo y las prácticas de earnings management: evidencia empírica en España*.
[53] Y la vinculación entre los conflictos de agencia, la elección del auditor como elemento que monitoriza la relación de agencia y las dificultades introducidas por las opciones contables ha sido objeto de atención en MONTERREY MAYORAL, J. y SÁNCHEZ SEGURA, A. *Gobierno corporativo, conflictos de agencia y elección de auditor*.
[54] *El papel supervisor del consejo de administración sobre la actuación gerencial*.
[55] *El Gobierno de la empresa: mecanismos alineadores y supervisores de las actuaciones directivas*.
[56] *What do we know about audit quality?*

trabajos clásicos de BROWN, R.[57] y de GWILLIAM, D.[58] son un buen exponente) y la profesión (véase, entre otros, WILLMOTT, H.[59], aunque con un bajo nivel de autocrítica[60]). Resulta muy gráfica la cita transcrita por GARCÍA BENAU, A. y HUMPHREY, C.[61] de un editorial de 1990 al respecto en la revista profesional y doctrinal *Accountancy* y que por su interés reproducimos seguidamente:

> "*El tema real que subyace es el fraude. Nosotros podemos obviar el hecho de que se espera que el auditor descubra todos los fraudes importantes. La profesión se estará haciendo un favor a sí misma si reformula sus directrices. El hecho es que si los auditores no tuvieran responsabilidad en la detección de fraudes, la gente no malgastaría tiempo y dinero demandándoles aquello que no son capaces de encontrar. Los auditores deben hacer frente a sus responsabilidades y tomar una posición positiva ante ellas. Una actitud negativa, sin embargo, no disminuiría sus responsabilidades como auditores, aunque les llevaría a desacreditar la profesión*".

Esta línea de trabajo ha tenido buenos exponentes en la doctrina contable española. Así, por ejemplo, en GÓMEZ AGUILAR, N. y RUIZ

[57] *Changing audit objectives and techniques*.
[58] *A survey of audit research.*
[59] *The auditing game: a question of ownership and control*.
[60] En HASSINK, H., MEUWISSEN, R. y BOLLEN, L. *Fraud detection, redress and reporting by auditors*, hacen una crítica demoledora hacia el trabajo de los auditores concluyendo que cuando detectan prácticas fraudulentas es casi por casualidad pues no están adiestrados para descubrirlos y mencionan que sus conclusiones han llevado a cambios en la formación de auditores en Holanda. Es muy probable que sea preciso mejorar la formación de los auditores en áreas tecnológicas que permitan la realización de las auditorías continuas, extendiendo los procedimientos a toda la población en lugar de hacerlo a una muestra estadísticamente avalada. Pero no podemos compartir la totalidad de la conclusión centrada en una realidad (Holanda) y en un período (1995-2002).
[61] *Ob. cit.,* pág. 707.

BARBADILLO, E.[62] estudian la relación entre la opinión calificada[63] en el informe de auditoría y el cambio del auditor para concluir que no han podido acreditar una relación directa entre estas variables, pero sí patrones de comportamiento distintos de las empresas hacia los auditores cuando habían recibido un informe con salvedades. Al variar la metodología logran confirmar que las salvedades inducen al cambio del auditor para lograr en un ejercicio posterior un informe favorable.

En otro trabajo indagaron acerca de la probabilidad de que los auditores emitan un informe dudando de la viabilidad de la compañía para concluir que cuanto más grande sea la empresa, más presión ejerce sobre el auditor para evitarlo[64] (véase RUIZ BARBADILLO, E., GÓMEZ AGUILAR,

[62] En sus trabajos de 2000 *Un estudio empírico sobre la relación entre informe de auditoría y cambio de auditor* y de 2003 *Do Spanish firms change auditor to avoid a qualified Audit report?*.

[63] El auditor emite opinión calificada o con salvedades cuando la empresa no ha corregido las incorrecciones detectadas en el trabajo de revisión. En la ley de auditoría de cuentas no hay más mención de la opinión calificada que su cita como elemento del informe por lo que debemos acudir a la Norma Internacional de Auditoría (NIA-ES 705, párr. 7) que acerca de la opinión con salvedades señala:

"*El auditor expresará una opinión con salvedades cuando:*

> *(a) habiendo obtenido evidencia de auditoría suficiente y adecuada, concluya que las incorrecciones, individualmente o de forma agregada, son materiales, pero no generalizadas, para los estados financieros; o*
>
> *(b) el auditor no pueda obtener evidencia de auditoría suficiente y adecuada en la que basar su opinión, pero concluya que los posibles efectos sobre los estados financieros de las incorrecciones no detectadas, si las hubiera, podrían ser materiales, aunque no generalizados*"

Y sobre la opinión desfavorable indica (NIA-ES 705, párr. 6): "*El auditor expresará una opinión desfavorable (o adversa) cuando, habiendo obtenido evidencia de auditoría suficiente y adecuada, concluya que las incorrecciones, individualmente o de forma agregada, son materiales y generalizadas en los estados financieros*".

Las salvedades pueden emplearse como una aproximación del fraude contable, en los términos aquí tratados, que habiendo sido detectadas no han sido corregidas por la empresa.

Sobre el contenido informativo del informe con salvedades y la independencia del auditor hay un estudio interesante para el caso español de MARTÍNEZ-BLASCO, M., VIVAS CRISOL, L. y GARCÍA-BLANDON, J. *El informe de auditoría con salvedades*.

[64] Relacionado con este tema hay que reseñar que la línea de trabajo que ha analizado los conocidos como errores de tipo II (el auditor no emite una opinión incluyendo las dudas acerca de la gestión continua de la empresa que luego entra en quiebra) tiene un gran predicamento en la doctrina anglosajona (véase, entre otros, WERTHEIM, P. y ROBINSON, M., *Evidence on the effect of financial distress on type II Audit errors*) cuyas conclusiones y metodología han sido igualmente contrastadas para el caso español por, entre otros, RODRÍGUEZ LÓPEZ, M., PIÑEIRO SÁNCHEZ, C. y LLANO MONELOS, P.

N., FUENTES, C. y GARCÍA BENAU, A.[65]). Para concluir esta línea revisamos los estudios que han contrastado la rotación obligatoria de los auditores con la calidad de la auditoría concluyendo que no han podido evidenciar que el cambio de auditores tenga un efecto significativo en esta variable (véase RUIZ BARBADILLO, E. GÓMEZ AGUILAR, N. y CARRERA PENA, N.[66]). En sentido contrario, MONTERREY MAYORAL, J. y SÁNCHEZ SEGURA, A.[67] han llegado justo a la conclusión opuesta, esto es, la duración en el cargo de auditor favorece la calidad contable. En CASO PARDO, C., GARCÍA DÍEZ, J, LÓPEZ DÍAZ, A. y MARTÍNEZ ARIAS, A.[68] finalmente, analizan un conjunto de factores para encontrar relación positiva entre auditores personas físicas, empresas pequeñas e informes favorables, de una parte, y entre auditores sociedades, empresas grandes e informes calificados de otra parte. Todas estas investigaciones subrayan bastante bien los problemas de independencia[69] de los auditores como el factor que explica el fracaso en

Determinación del riesgo de fracaso financiero mediante la utilización de modelos paramétricos, de inteligencia artificial, y de información de auditoría, aunque en su trabajo no llegan a una conclusión clara más allá de constatar que la información fiable es clave para pronosticar el desequilibrio.

[65] *Audit quality and the going-concern decisión-making process. Spanish evidence*.
Este análisis, aunque realizado desde la óptica del destinatario fue objeto de investigación en ARNEDO AJONA, L., LIZARRAGA DALLO, F. SÁNCHEZ ALEGRÍA, S. y RUIZ BARBADILLO, E. *Las expectativas del usuario ante la salvedad al principio de empresa en funcionamiento*.

[66] *Evidencia empírica sobre el efecto de la duración del contrato en la calidad de la auditoría*.

[67] *Rotación y dependencia económica de los auditores*.

[68] *Estudio de la incidencia de ciertos factores en el informe de auditoría*.

[69] El problema de la falta de independencia ha sido objeto de atención permanente en la doctrina diferenciando los investigadores entre una apariencia real (tal y como antes hemos comentado) y otra aparente que es el resultado percibido por los distintos destinatarios del informe (véase, entre otros, GARCÍA BENAU, A., VICO MARTÍNEZ, A. y ZORIO GRIMA, A., *La opinión de los auditores sobre la regulación de la independencia*). Esto genera unas combinaciones que le llevan a concluir a LÓPEZ GAVIRIA, R., PÉREZ LÓPEZ, J. A. y ROMERO GARCÍA, J. E. *La publicación de honorarios de las Firmas de auditoría en España* (pág. 83) que la independencia real es muy difícil de lograr sino imposible de hacerlo por lo que es necesario acudir a otros signos para fortalecer la posición de independencia del auditor. Así, en el trabajo comentado se utiliza como signo los honorarios percibidos concluyendo la necesidad de su más clara publicación en los estados financieros como elemento clave para generar mayor independencia tanto real como aparente.

la detección del fraude y adaptado, como habíamos indicado con anterioridad, a la realidad española.

En este recorrido sintético por las aportaciones doctrinales a la configuración del fraude debemos mencionar que el fracaso de los auditores ha provocado una brecha[70] entre lo que los usuarios esperan de ellos y lo que reciben a cambio. En palabras de GARCÍA BENAU, A. y HUMPHREY, C.[71]: "*Por una parte, las expectativas públicas puestas en la auditoría no están satisfechas, y por otra, los auditores parecen dispuestos a asumir únicamente aquella responsabilidad derivada de la fiabilidad de los estados financieros*". Esta diferencia no solo afecta al público en general[72], cuyos conocimientos financieros podrían cuestionar su capacidad para comprender el contenido del informe de auditoría, sino que alcanzan a un colectivo con mayor grado de conocimientos como son los directores financieros de empresas españolas de acuerdo con una investigación realizada posteriormente por GARCÍA BENAU, A., GARRIDO, P. VICO MARTÍNEZ, A., MOIZER, P. y HUMPHREY, C.[73].

[70] Esta brecha, designada como *gap* en la literatura profesional anglosajona, ha sido objeto de mucha atención por parte de los reguladores desde 1978 y de la comunidad de investigadores desde los primeros trabajos en 1987. En SIKKA, P., PUXTY, A., WILLMOTT, H. y COOPER, C. *The impossibility of eliminating the expectation GAP* se aportan numerosas referencias para documentar estos precedentes. Con todo, en el trabajo de DURÉNDEZ GÓMEZ-GUILLAMÓN, A. (*La auditoría de cuentas en España*, pág. 65) se menciona que el término fue originalmente empleado por Liggio (1974) en un artículo titulado "*The expectation gap: the accountant´s Waterloo*" (*Journal of Contemporary Business*).
Un trabajo más reciente pone el énfasis en la falta de formación financiera por parte de los destinatarios del informe de auditoría de las obligaciones contraídas por el auditor sugiriendo una mejora en la explicación de los compromisos adquiridos como base para reducir esta brecha (OKAFOR, C. y OTALOR, J. *Narrowing the expectation gap in auditing: the role of the auditing profession*).

[71] *Ob. cit.,* pág. 709.

[72] Se trata de un problema que afecta a los destinatarios de la información financiera (en la que se incluye el informe de auditoría), que excede de la situación específica en España y que se arrastra desde hace bastantes años (véase, en este sentido, VIDAL HERNÁNDEZ-MORA, J. A. *El debate internacional sobre el GAP de expectativas en auditoría*).

[73] *La calidad del servicio de auditoría: los auditores vistos por sus "clientes".*

Especialmente fructífera ha sido la línea de trabajo que ha analizado las técnicas empleadas por los manipuladores una vez descubierto el fraude. A mediados del siglo pasado y con el acierto de enfocar la adulteración de la información financiera como actuaciones negativas, se editó un manual de contabilidad escrito en 1955 por CHOLVIS, F. y compuesto por tres volúmenes dedicando el último a "*Balances falsos*". Más allá de la anticipación que supuso comenzar distinguiendo los estados financieros falsos por dolo de los que se obtienen por error involuntario, destaca los objetivos que se persiguen con estas prácticas y los procedimientos a seguir para su identificación[74]. De interés en estos momentos es que agrupa las técnicas defraudadoras en las siguientes categorías: fraudes que se cometen con el activo disponible, con los bienes de cambio (existencias), con las cuentas a cobrar, con los elementos del inmovilizado, con las inversiones financieras, con las deudas, con los ingresos y con los gastos.

Unos años más tarde, por aquí comenzábamos este trabajo, el discurso de apertura del curso académico de la Universidad Nacional de Educación a Distancia a cargo de Ángel Sáez Torrecilla definía el fraude contable como "*una irregularidad consumada. Es decir es una tergiversación o alteración que se produce de hecho; es algo que se realiza*"[75] afirmando que es un miembro más de la amplia familia del fraude[76]. En su alocución a los presentes se ocupó del fraude contable a través de la informática, de desvincularlo de otras figuras (desfalcos y corrupción) y de advertir cómo se debía combatir: por medio de una

[74] Esta prevención resulta no poco previsora habida cuenta que el primer PGC se promulga en España en 1973 (así que antes de esta fecha no había referencias legales al tema) y que el término de imagen fiel, como meta a lograr con los estados financieros, es desconocido hasta su reconocimiento en el PGC de 1990.
[75] SÁEZ TORRECILLA, A. *El fraude contable y sus responsables y los nuevos métodos para su tratamiento*, pág. 11.
[76] *Ibidem*, pág. 17.

estrategia de calidad total y con una política preventiva que debía fijar las causas y las oportunidades del fraude con el fin de erradicarlo.

No podemos obviar que el último párrafo del discurso, después de advertir que era un tema relevante para la profesión y la doctrina, resume bastante bien su condena a esta práctica: "Y*, además, que puede ser uno de los factores claves para homologar nuestra mentalidad con la europea, en lo que a seriedad en la actividad empresarial se refiere*"[77].

Desgraciadamente, esta percepción negativa cambia al irrumpir la denominada "*Contabilidad creativa*" y sus sinónimos a los que hicimos alusión en el primer capítulo de este trabajo. A modo de ejemplo, uno de sus principales investigadores en el plano internacional la definía de esta forma[78]: "*Expresiones tales como retocar los libros de contabilidad", "adobar las cuentas" y otras parecidas tal vez provoquen extrañeza y hagan pensar que ese ejercicio tiene algo de ilegal. En realidad, son artimañas que no infringen las reglas del juego. Son totalmente legítimas. Se trata, simplemente, de contabilidad creativa*"[79]. No se trata de una afirmación aislada pues en la misma época JAMESON, M.[80] también concluía: "*La contabilidad creativa no va en contra de la ley. Opera dentro del cuerpo legal y de las normas contables, aunque está claramente contra el espíritu de ambos*" [sic]. Por su parte, NASER, K.[81], que es uno de los autores que más han estudiado este fenómeno, no concluye acerca de su legalidad y tan sólo pide que sería bueno despejar la duda. Este origen anglosajón se puede explicar en buena medida por la flexibilidad y la falta de concreción de las normas contables cuyo abuso puede dar lugar a esta manipulación. De hecho, estos defectos

[77] *Ibidem*, pág. 36.
[78] Véase GRIFFITHS, I. *Creative Accounting*, pág. 11.
[79] Este posicionamiento se reitera en un trabajo posterior del mismo autor de 1995 titulado *New Creative Accounting*.
[80] *A practical guide to creative accounting*, pág. 20.
[81] *Creative Financial Accounting: its nature and use*, pág. 201.

provocaron quiebras súbitas que obligaron al legislador a tomar medidas enérgicas[82].

Esta percepción no negativa se asume en algunos trabajos sobre el tema en España, aunque lo interesante, a efectos de nuestro estudio, es que se empiezan a describir las técnicas más usuales. También hay voces que comienzan a subrayar el elemento negativo en línea con los trabajos antes indicados. Así, por ejemplo, GINER INCHAUSTI, B.[83] y más tarde PINEDA GONZÁLEZ, C.[84] diferencian las decisiones de gestión que una empresa debe adoptar en períodos de crisis, de lo que es la burda manipulación de la información financiera para adulterar la imagen de la empresa. En una posición más intermedia en ese momento está MONTERREY MAYORAL, J.[85].

Centrados en las técnicas de manipulación vamos a emplear la clasificación propuesta en SEGOVIA SAN JUAN, A.[86] y que las agrupa en:

- Ejercicio de las opciones contables,
- Estimaciones contables,
- Transacciones circulares,
- Cortes intencionados de operaciones, y
- Resolución interesada de lagunas contables.

[82] En SEGOVIA SAN JUAN, A. (*ob. cit.,* págs. 226-227) se rememoran las insolvencias de las empresas Polly Peck que habiendo presentado unos beneficios en el primer semestre de 1990 un 50% superiores a los del primer semestre de 1989, entró en liquidación en octubre de 1990 provocando una pérdida de 384 millones de libras a sus accionistas y de British & Commonwealth (de valer 1.853 millones de libras en 1987 a nada en abril de 1990). El debate subsiguiente derivó en la creación del *Financial Reporting Council* en febrero de 1990 para frenar este tipo de prácticas.
[83] *La contabilidad creativa*.
[84] *Determinantes de la calidad del resultado*.
[85] *Entre la contabilidad creativa y el delito contable*.
[86] *Ob. cit.,* cap. 13.

En relación con el ejercicio de las **opciones contables**, la última reforma ha venido a eliminar muchas de las alternativas que estaban disponibles. La mayoría de las que aún quedan se pueden seleccionar la primera vez que se reconoce el elemento vinculado (por ejemplo, elegir amortizar los elementos del inmovilizado por un método o valorar las existencias por una fórmula) pero una vez hecha la elección no se puede modificar por aplicación del principio de uniformidad. Esto es, de hacerse el cambio de opción elegida estaríamos, desde el punto de vista jurídico, no ante un problema de fraude sino una contravención directa de la norma, es decir, un acto contra ley. Una revisión de las posibilidades que subsisten se hace a continuación de forma resumida.

En el inmovilizado material, ya lo avanzamos en el capítulo anterior, los gastos posteriores a la fecha de alta en patrimonio de un elemento de esta naturaleza se tratan como tales salvo que, entre otras condiciones objetivas, aumenten la productividad. Este término carece de definición y por ello estamos ante una posible manipulación relacionada con la indefinición de un concepto.

Por seguir el orden de las normas de registro y valoración del PGC, la reclasificación del activo no corriente cuya venta se va a realizar de forma inminente (es "*altamente probable*" indica la norma de registro y valoración 7ª) al activo corriente, implica que no se amortiza lo que puede ser un alivio ficticio y a corto plazo, pero eficaz para manipular. De forma similar, los grupos enajenables de activos y sus pasivos asociados siempre que se vayan a enajenar de forma conjunta se deben reclasificar en el activo corriente valorándolos por el menor entre su valor contable y su valor razonable menos los costes de venta. Las pérdidas derivadas de esta reclasificación dependen de reconocer o no la venta futura como probable lo que, sin lugar a dudas está sujeto a una elevada carga de subjetividad. En estos dos casos (de activo no corriente a corriente y de

activo y pasivos que deberían incluirse en un epígrafe único en el activo corriente) no apreciamos que exista fraude de ley sino más bien, prácticas relacionadas jurídicamente con la simulación o con actuaciones en franca contradicción con lo ordenado por la norma contable.

En AMAT, O. y BLAKE, J.[87] incluían en este grupo de operaciones fraudulentas los arrendamientos que aún hoy se subdividen entre aquellos que son calificadas como financieros y aquéllos otros que son denominados como de arrendamiento operativo. La diferencia, en cuanto a su reconocimiento, estriba en que en el primer caso es obligatorio registrar el activo y el pasivo relacionado mientras que en el segundo se contabiliza únicamente el gasto a medida que se devenga (con información acerca de los pagos a realizar los próximos años en la memoria). Desde un punto de vista conceptual, ya lo analizamos, situarse en un lado o en otro requiere únicamente que si hay opción de compra se afirme falsamente que se va a ejercer para calificarlo como arrendamiento financiero o al revés para evitar los activos y pasivos derivados. El problema es más complejo cuando a falta de la opción de compra, la norma contable articula unas presunciones que difícilmente se cumplen en su totalidad dejando un margen para la manipulación. Son cuestiones a las que ya prestamos atención con anterioridad y por ello optamos por no volver a reproducirlas ahora.

Más parece que esta forma de obrar está relacionada con la simulación que con el fraude al faltar sus elementos característicos: la norma eludida y la de cobertura, y estar presente el engaño al afirmar una cosa contraria a la que realmente se desea hacer (habitualmente no ejercer la opción de compra cuando esto no es cierto). El análisis de cada caso será clave

[87] *Contabilidad creativa*, cap. 4.

para adscribir esta manipulación a una categoría legal a pesar de su genérica inclusión en el fraude contable[88].

La clasificación de activos y pasivos financieros conforme la finalidad de la inversión es la causa de algunas combinaciones fraudulentas. En esencia, los ajustes al cierre del ejercicio al valor razonable de los activos y de los pasivos financieros para negociar impactan en la cuenta de pérdidas y ganancias, mientras que los ajustes en las carteras de disponibles para la venta producen gastos e ingresos que se reconocen en el patrimonio neto. Estos ajustes pueden incorporarse a la cuenta de resultados mediante la disposición (por venta u operación similar) de estas últimas inversiones por lo que resultan muy útiles para manipular (véase la norma de registro y valoración 9ª del PGC) puesto que es complejo observar, desde fuera de la empresa, la razonabilidad de la elección realizada para clasificar las inversiones[89]. Como en situaciones

[88] De forma similar al caso comentado en el capítulo precedente de este trabajo, la venta de un inmovilizado conectada con el posterior arrendamiento financiero de los bienes enajenados, lleva a no registrar los beneficios o las pérdidas de la operación por entender que el fondo económico es una operación financiera (norma de registro y valoración 8ª, apartado 3). Si el arrendamiento posterior es calificado como operativo, cuestión ésta sujeta a la interpretación, la transacción pierde el fondo económico y procede el registro de los resultados y la baja de los activos enajenados.

[89] El texto de la norma (apartado 2.3) señala lo siguiente para clasificar una inversión como mantenida para negociar: "*Se considera que un activo financiero se posee para negociar cuando:*

> *a) Se origine o adquiera con el propósito de venderlo en el corto plazo (por ejemplo, valores representativos de deuda, cualquiera que sea su plazo de vencimiento, o instrumentos de patrimonio, cotizados, que se adquieren para venderlos en el corto plazo).*
> *b) Forme parte de una cartera de instrumentos financieros identificados y gestionados conjuntamente de la que existan evidencias de actuaciones recientes para obtener ganancias en el corto plazo, o*
> *c) Sea un instrumento financiero derivado, siempre que no sea un contrato de garantía financiera ni haya sido designado como instrumento de cobertura*".

Por su parte, las inversiones disponibles para la venta se describen de la forma genérica que sigue (apartado 2.6): "*En esta categoría se incluirán los valores representativos de deuda e instrumentos de patrimonio de otras empresas que no se hayan clasificado en ninguna de las categorías anteriores*".

De forma equivalente, los pasivos financieros para negociar se definen en la forma siguiente (apartado 3.2): "*Los pasivos financieros que se tengan para negociar se valorarán de acuerdo con lo dispuesto en el presente apartado.*
Se considera que un pasivo financiero se posee para negociar cuando:

anteriores, el estudio de las características de cada situación permitirá hacer un juicio más certero, pero de nuevo echamos en falta las características del fraude y vemos, por el contrario, más elementos de otras figuras; por ejemplo, de la simulación pues es necesario la apariencia de verosimilitud en el perfil de la inversión que permite luego el reciclado de sus resultados cuando es necesario (véase, entre otros, GINER INCHAUSTI, B. y PARDO PÉREZ, F.[90]).

La opción implícita prevista en la norma de separar en los instrumentos financieros híbridos el producto derivado del que no lo es (norma de registro y valoración 9ª, apartado 2.3 y 5.1) está sujeta a la capacidad de la empresa para valorar, directa o indirectamente, con fiabilidad uno y otro. La posibilidad de manipular esta capacidad nos sitúa, pensamos, en el terreno de la simulación más que en el fraude de ley, aunque como en situaciones precedentes, el estudio de las características de cada caso será importante para su calificación jurídica.

---

a) Se emita principalmente con el propósito de readquirirlo en el corto plazo (por ejemplo, obligaciones y otros valores negociables emitidos cotizados que la empresa pueda comprar en el corto plazo en función de los cambios de valor).
b) Forme parte de una cartera de instrumentos financieros identificados y gestionados conjuntamente de la que existan evidencias de actuaciones recientes para obtener ganancias en el corto plazo, o
c) Sea un instrumento financiero derivado, siempre que no sea un contrato de garantía financiera ni haya sido designado como instrumento de cobertura.

El hecho de que un pasivo financiero se utilice para financiar actividades de negociación no implica por sí mismo su inclusión en esta categoría".

[90] *La relevancia valorativa del resultado global frente al resultado neto: una perspectiva europea*.

Y tanto es así, la diferencia entre el resultado de la cuenta de pérdidas y ganancias y el resultado total que se muestra en España en el estado de cambios en el patrimonio neto y en otros países como cuerpo independiente, que desde hace años se diferencia entre el excedente sucio (el cálculo que se hace en la cuenta pérdidas y ganancias) y el excedente limpio (el resultado global o total). El trabajo colectivo de LINSMEIER, T., GRIBBLE, J. JENNINGS, R., PENMAN, S. PETRONI, K., SHORES, D., SMITH, J. y WARFIELD, T. *An issues paper on comprehensive income*, es especialmente clarificador al respecto. Su análisis para el caso español se puede consultar, entre otros, en SOUSA FERNÁNDEZ, F. y CARRO ARANA, M. *Impacto del Comprehensive Income frente al Net Income en la estabilidad del beneficio del BSCH y BBVA* de 2009 y *Effects of comprehensive income on ROE in a context of crisis* de 2010.

Las combinaciones entre operaciones en moneda extranjera (norma de registro y valoración 11ª) y activos y pasivos financieros suponen una traslación de cuanto antes hemos dicho quedando pues, con carácter general, más próximas de las simulaciones que del fraude de ley, desde una óptica netamente jurídica.

Otro tanto podemos decir de la activación del crédito fiscal por las bases imponibles negativas que produce una disminución de la pérdida empresarial por lo que resulta ser una técnica de notable interés para muchas empresas que atraviesan una mala situación[91]. El PGC (norma de registro y valoración 13ª) exige: "*De acuerdo con el principio de prudencia solo se reconocerán activos por impuesto diferido en la medida en que resulte probable que la empresa disponga de ganancias fiscales futuras que permitan la aplicación de estos activos*"[92]. Esto es, el reconocimiento de este activo está supeditado a la posibilidad, adecuadamente soportada (ver NIA-ES 315), de que se van a producir en el futuro bases imponibles positivas en cuantía suficiente pues de otro modo, no es posible proceder a su contabilización. Cierto que la opción existe pues cumplida la condición se puede optar por registrar o no el crédito fiscal. La manipulación se produce cuando se reconoce el activo fiscal y el ingreso subsiguiente en situaciones en las que no procede por no ser previsible la ocurrencia de tales beneficios en el futuro (véase, entre otros, ÁLVAREZ MELCÓN, S. y BESTEIRO VARELA, A.[93]).

El análisis caso por caso será determinante pero esta manipulación parece estar más relacionada con los actos contra ley (se conoce que razonablemente no se van a obtener esos beneficios en el futuro, pero se

[91] Véase, entre otros, ÁLVAREZ MELCÓN, S. y GARCÍA OLMEDO, R. *Contabilidad y fiscalidad: impuesto sobre sociedades e IVA*, págs. 136 y ss.
[92] La conclusión es extensible a los restantes activos por diferencias temporarias deducibles por su capacidad para manipular el resultado como acreditaron FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, E. y MARTÍNEZ ARIAS, A., *La discrecionalidad en las diferencias temporarias entre Contabilidad y Fiscalidad.*
[93] *Hacia una nueva normalización contable en España*.

registra el activo) que con los actos fraudulentos puesto que también en este caso, faltan sus elementos característicos.

El supuesto previsto en la norma de registro y valoración 14ª para no registrar ingresos cuando se permuten bienes o servicios, por operaciones de tráfico, de similar naturaleza o valor, permite manipular abusando de estos conceptos que probablemente no se pueden enunciar en forma más nítida. De nuevo, la adulteración parece más próxima al campo de la simulación (aparentar esta semejanza en naturaleza o valor que no es real) que del fraude ley propiamente dicho.

El reconocimiento de ingresos por ventas en operaciones sujetas a la recompra posterior con las que se pretende inflar de forma ilusoria el resultado del ejercicio entrarían, en este análisis general, en los actos contra ley que, en los negocios en fraude, por estar específicamente prevista esta situación.

Las transacciones con empresas del grupo y entre partes vinculadas constituyen un grupo heterogéneo que debemos analizar algo más adelante.

Dos últimos supuestos de opciones teóricamente disponibles. La distinción entre error y cambio en estimación contable está sujeta a disponer o no de la información necesaria cuando se formularon las cuentas anuales. Su consecuencia es netamente diferente: en el primer caso, se trata de forma individual en el estado de cambios en el patrimonio neto y es obligatorio su aplicación retroactiva, mientras que cuando estamos ante un cambio en estimación contable su aplicación es prospectiva (norma de registro y valoración 22ª). Fácilmente se puede apreciar que la manipulación proviene de negar el acceso original a esta información lo que parece situarnos en el ámbito de los actos contra ley que en el fraude porque no podemos apreciar sus elementos característicos.

Finalizamos las manipulaciones relacionadas con las opciones fijándonos en los hechos posteriores al cierre del ejercicio a los que ya hicimos alusión con anterioridad. La modificación o no de las cuentas anuales está relacionada con hechos que pongan de manifiesto condiciones que no existían al cierre del ejercicio (norma de registro y valoración 23ª) lo que en la práctica provoca algunos problemas en los que el manipulador puede adulterar la aplicación de la norma rompiendo (o vinculando) ficticiamente esta conexión (véase, entre otros, FLÓREZ LÓPEZ, R.[94]). De forma parecida al caso anterior, estamos más bien ante actos contra ley que en fraude de ley pues esta manipulación choca frontalmente contra la letra de la norma.

A modo de conclusión de este primer grupo de técnicas de manipulación podemos decir que no hemos evidenciado la existencia de fraude desde el punto de vista legal (salvo en lo relativo a las operaciones en grupos de empresas que quedan pendientes de revisión) pero sí de operaciones de manipulación que encajan más en las categorías de actos contra ley y simulaciones.

El segundo grupo de distorsiones de la imagen fiel realizadas por medio del engaño en las **estimaciones contables** encuentra múltiples posibilidades para la defraudación y ha sido objeto de dura crítica por uno de los más reputados investigadores a nivel mundial como es Baruch Lev en su libro de 2017, escrito con Feng Gu, con el inequívoco título: *El final de la contabilidad*.

Aunque el legislador trata de atemperar su impacto exigiendo que sean adecuadamente informadas en la Memoria (en el apartado dedicado a las "*Normas de registro y valoración*" que no es otra cosa que las políticas contables seleccionadas por la empresa) y que se mantengan en el

[94] *Problemática contable en las provisiones*.

tiempo para su aplicación uniforme en transacciones, eventos y condiciones similares, como textualmente señala el principio de uniformidad[95], es relativamente sencillo para el defraudador manipular el valor residual de la mayor parte de los activos no corrientes, su vida útil o su importe recuperable. Incluso, es fácil buscar interpretaciones interesadas del principio contable de uniformidad en la referencia a "*transacciones, eventos y condiciones similares*" pues éste último adjetivo admite no pocas concreciones. Tampoco resulta complejo alterar de forma ficticia la estimación del riesgo de impagos ni el valor realizable neto de las existencias en el almacén. La aplicación del coste amortizado para la valoración de algunos activos y pasivos financieros referidos a tipo de interés variable presenta igualmente múltiples posibilidades. La línea de investigación que estudia los denominados "*precios de transferencia*" aporta evidencias adicionales de los márgenes de valoración que admiten las operaciones entre empresas de un grupo (vertical u horizontal). Y, en fin, no podemos terminar sin recordar la facilidad con la que se puede alterar la valoración de todos aquellos pasivos estimados[96].

Aunque su naturaleza es heterogénea no parece que sea posible advertir en todos ellos una norma de cobertura ni otra defraudada por lo que no se ajustan bien a la figura del fraude tal y como se entiende legalmente. La duda podría estar en su consideración como actos cometidos con dolo

[95] Ver el principio contable de uniformidad en el apartado 3º de la primera parte ("Marco conceptual de la Contabilidad") del PGC. Y con todo, el mismo principio deja un margen a la discrecionalidad al terminar la redacción de este principio contable señalando: "*(…) en tanto no se alteren los supuestos que motivaron su elección. De alterarse estos supuestos podrá modificarse el criterio adoptado en su día; en tal caso, estas circunstancias se harán constar en la memoria, indicando la incidencia cuantitativa y cualitativa de la variación sobre las cuentas anuales*".

[96] El problema en el que se ha visto envuelta la empresa Volkswagen que se enfrenta a una demanda que sólo en EE.UU. puede suponer una indemnización de hasta 18.000 millones de dólares (algo más de 16.000 millones de euros) y sin embargo, la dotación de la provisión con cargo a los resultados del tercer trimestre de 2015 se hizo por 6.500 millones de euros (ver www.expansión.com del día 24 de septiembre de 2015).
Un estudio bastante profundo acerca de las contingencias y su insuficiente reconocimiento en el caso español se puede ver en CASTRILLO LARA, L. *Contingencias contables que pueden originar el nacimiento de pasivos*.

pues el engaño puede perseguir que el lector de las cuentas anuales de el visto bueno a la gestión, conceda un crédito que en otro caso no otorgaría, invirtiera en la empresa… que es la opción por la que nos inclinamos. También podrían ajustase a la simulación por la apariencia de una vida útil superior a la que resulta razonable, por la ausencia de un riesgo de impago que en realidad existe, por la fijación de un valor residual excesivo, por el pronóstico de unos tipos de interés que no están bien apoyados en la realidad previsible o por una expectativa infundada de terminación de procesos litigiosos (con terceros o con la Administración) en condiciones más favorables a las que probablemente se van a producir en el futuro.

En resumen, los fraudes contables relacionados con la manipulación de las estimaciones contables están más relacionados con los actos dolosos o incluso, en los que media la simulación en lugar de cometidos en fraude de ley.

El tercer grupo está integrado por las conocidas como **transacciones circulares** que se caracterizan por ser operaciones realizadas con terceros (que suelen ser partes vinculadas) que luego se anulan. El objetivo es aprovechar que el balance es una visión estática del patrimonio en una fecha dada, la del cierre del ejercicio, por lo que se utilizan estas transacciones para adulterar esta imagen. En unos casos se trata de ocultar deudas haciendo que las asuma un tercero a cambio de un activo cuya titularidad jurídica se le traslada en compensación, pero no su control económico que suele retener el transmitente. En otros casos, la venta jurídica del bien por un precio amañado permite registrar el resultado de la transacción en los estados financieros del "*vendedor*" que normalmente mantiene su uso y, en algunas ocasiones, recupera la titularidad pasado un tiempo. En otros casos, se trata de conculcar la norma que impide valorar los activos fijos (materiales e intangibles) por

una cuantía superior a su coste histórico por medio de una venta con pacto de recompra por el precio que se desea alcanzar.

Su ámbito natural de producción son las operaciones entre partes vinculadas y más en concreto, entre grupos de empresas. Su naturaleza es dispar y presenta múltiples coincidencias con el fraude legal aunque también con los negocios fiduciarios por lo que su estudio debe ser independiente y caracterizado por las relaciones de control entre empresas jurídicamente independientes, a lo que nos vamos a dedicar algo más adelante.

Una cuarta forma de agrupar las técnicas de manipulación deriva de la necesaria presentación de información financiera periódica lo que favorece los **cortes intencionados de operaciones** como forma de trasvasar activos, pasivos, gastos o ingresos de un ejercicio al siguiente. La técnica habitual pasa por los ajustes por devengo que deberían reconocer los gastos e ingresos devengados en el período. Ya hemos discutido antes que este ajuste es en algunos casos, sencillo, mas en otras situaciones es complejo y dotado de cierta arbitrariedad como puso de manifiesto el trabajo clásico de APELLÁNIZ GÓMEZ, P. y LABRADOR BARRAFÓN, M.[97]. Estos ajustes por devengo discrecionales usados para adulterar el resultado tienen más que ver con actos contra ley que con el fraude propiamente dicho, puesto que la norma es clara, aunque en ocasiones sea complejo aplicarla en cuyo caso no habría manipulación.

La acepción más sencilla de esta práctica fraudulenta tiene que ver con el origen de las cuantías reconocidas en los estados financieros que no son más que saldos en una fecha por lo que son fácilmente manipulables atrasando o adelantando su registro[98] y aunque hubiera bastado con

[97] *El impacto de la regulación contable en la manipulación del beneficio*.
[98] Tal y como enunció en un trabajo al que remitimos por su claridad CRESPO DOMÍNGUEZ, M. A. *La fiabilidad de la información contable y las prácticas de distorsión*.

incluir unos estados con saldos medios[99], lo cierto es que este problema persiste y lo que es peor, no hay visos de que se vaya a resolver. La manipulación de los saldos contables que sirven de base para formular las cuentas anuales puede estar más vinculado a la simulación por pretender engañar mostrando una realidad ficticia. Desde luego, no vemos los elementos que caracterizan el fraude de ley: la norma de cobertura y la eludida por lo que desde un punto de vista jurídica tenemos serias dudas de su inclusión en esta figura jurídica.

El último grupo está integrado por la **resolución interesada de las lagunas contables**[100]. La técnica defraudatoria busca transacciones no específicamente reguladas por la norma, aunque la consecución de la imagen fiel del patrimonio y los resultados debería ser criterio más que suficiente para invalidar el resultado fraudulento, y aplicar en su lugar una solución imparcial acorde con una información financiera neutra. Ciertamente, las reglas en contabilidad no pueden seguir el ritmo trepidante de nuevas transacciones que precisan pautas para su reconocimiento y valoración. Pero el problema no va a desaparecer, mucho nos tememos, en la actual transición hacia un sistema normativo en contabilidad acorde con el de otros países de nuestro entorno y más orientado a los principios que a las reglas (véase, entre otros, MOLINA SÁNCHEZ, H. y TÚA PEREDA, J.[101]).

[99] Se trata de una petición clásica formulada por RIVERO TORRE, P. *Análisis de balances y estados complementarios*, págs. 57 y ss.
[100] Véase, en este sentido, el trabajo de TÚA PEREDA, J. y MOLINA SÁNCHEZ, H. *¿Es un modelo basado en reglas realmente incompatible con una información basada en principios?* Nos llama la atención el cuadro que presenta en su trabajo AMAT, O. y OLIVERAS. E. *Propuestas para combatir la contabilidad creativa*, pág. 12, puesto que presentan las lagunas contables dentro de la categoría de "*maquillajes contables*" "*legales*". Esta calificación nos hace retroceder a un pasado no deseado, en nuestra opinión, aunque el resto de su trabajo subraya el aspecto negativo vinculado a la manipulación.
[101] *Reglas versus Principios contables*.

Late en el fondo la necesaria flexibilidad de las normas y procedimientos contables que ha sido analizada por GONZALO ANGULO, J. A. y GUIRAL CONTRERAS, A.[102] quienes han subrayado (y esto es lo que aquí nos interesa enfatizar) que esta flexibilidad cuenta con límites precisos de tal forma que salirse de ellos va contra el objetivo de la imagen fiel[103]. En su trabajo, ordenan las causas de flexibilidad en cuatro motivaciones de las que nosotros tomamos las dos siguientes que son las más pertinentes a los fines de nuestro trabajo[104]:

Flexibilidad en razón al tamaño de la entidad que informa: la idea, auspiciada por las Directivas de sociedades de la UE, tiene que ver con la lógica de que cuanto menor tamaño, menores obligaciones contables. En España se pueden identificar hasta 5 tipos de obligaciones en razón al tamaño (para microempresas, para empresas pequeñas, para empresas medianas, para empresas grandes y para grupos de empresas con valores admitidos a negociación) con parámetros bien definidos. En nuestro país no existen unos límites inferiores o características que

[102] *Flexibilidad en las normas contables*. Casi al comenzar su trabajo destacan a modo de corolario: "*la flexibilidad contable existe, y es imposible diseñar sistemas regulatorios donde no se contemple; y se mueve en unos límites conocidos y aceptados, pero existe el peligro de que quiera ampliarse de forma desmesurada hasta permitir cualquier juego con las cifras contables, en cuyo caso es la propia contabilidad la que pierde su esencia y se desnaturaliza*".

[103] Esta flexibilidad es extensiva a la no menos importante parcela de la información incluida en la Memoria. Por más que casi todas las notas terminan con una genérica alusión a cuantos otros factores sean de interés para el lector de los estados financieros, no podemos obviar que su cumplimentación es claramente insuficiente en muchos casos. Otro tanto podemos afirmar de las veces en que la información se incluye, pero no es clara para el destinatario final. Estos problemas ya fueron objeto de atención en manuales con gran predicamento a nivel profesional y doctrinal para su consideración en la planificación del trabajo. Véase, entre otros, WILLINGHAM, J. y CARMICHAEL, D. *Auditoría. Concepto y métodos*, págs. 351 y ss.

[104] En su trabajo diferencian entre flexibilidad como adecuación entre el tamaño y las obligaciones de información, como posibilidad de optar entre criterios alternativos (con cuatro subapartados: opción sobre el hecho material del registro, opción sobre el momento del registro, opción sobre el criterio de valoración aplicable y opción sobre la desagregación de la información presentada), flexibilidad como capacidad de desarrollo normativo, flexibilidad derivada del equilibrio coste-beneficio y flexibilidad como subjetivación de ciertas partidas contables.

eximan a una empresa de formular cuentas anuales[105] como ocurre en algunos países de nuestro entorno. Así, por ejemplo, en Portugal sólo están obligadas a formular cuentas anuales las sociedades anónimas, las empresas públicas y las compañías con valores admitidos a negociación en un mercado secundario. En Alemania no están obligados a formular cuentas anuales las sociedades de responsabilidad ilimitada ni las sociedades pequeñas (con parámetros claros para su identificación) de responsabilidad limitada. En Italia, las empresas de responsabilidad ilimitada no publican sus cuentas anuales (compuestas únicamente por un balance y una cuenta de resultados sin formato al que ajustarse).

Se puede concluir que la carga de trabajo necesaria para la elaboración de información contable se encuentra en íntima conexión con la relevancia de conocerla, medida por un baremo objetivo, en un contexto en el que la información contable es un bien público.

Flexibilidad por la subjetividad de algunos tratamientos: el caso más significativo, al que ya nos hemos referido, es la clasificación de los instrumentos financieros basada en el perfil de la inversión de la que luego deriva la valoración tanto inicial como posterior y su incidencia en los resultados del ejercicio. También hemos tratado la subjetividad para reclasificar un inmovilizado material como disponible para la venta o como inversión inmobiliaria, los ambiguos requerimientos que debe cumplir una política contable para completar las normas en aquellos supuestos no bien regulados y, en fin, la falta de concreción de la importancia relativa que condiciona la observancia completa de las normas contables o

[105] La norma de elaboración de cuentas anuales 4º, apartado 2 señala: "*las empresas con otra forma societaria no mencionadas en la norma anterior [*sociedades anónimas, incluidas las laborales, las sociedades de responsabilidad limitada, incluidas las laborales, las sociedades en comandita por acciones, las sociedades cooperativas, las sociedades colectivas y comanditarias simples cuando los socios colectivos sean sociedades españolas o extranjeras*]; así como los empresarios individuales, estarán obligados a formular, como mínimo, las cuentas anuales abreviadas*". Esta norma es parecida a la que existe en Francia y en Bélgica.

excluye, cuando no es importante en el sentido de material, su cumplimiento, constituyen ejemplos del esfuerzo que el responsable de la información económica y financiera debe llevar a cabo en un proceso continuo de equilibrio entre lo que es más o menos justo por lo que la necesaria formación en valores se hace cada vez más evidente[106].

En nuestra opinión, estas técnicas que integran un área que propicia notablemente la manipulación, están más próximas, en términos jurídicos, de los actos en contra de ley que al fraude legal propiamente dicho por la falta de sus elementos característicos.

La conclusión a la que podemos llegar después de analizar las técnicas de manipulación agrupadas en estas 5 divisiones es que, salvo en lo relativo a las operaciones con partes vinculadas (y más concretamente, en la estructura de los grupos de sociedades), sus características no se ajustan al fraude de ley sino a otras figuras con las que éste guarda similitudes. Se trata de un estudio global que requiere un análisis caso por caso, pero creemos haber evidenciado que más allá de su agrupación bajo el concepto genérico de "*fraude contable*" se esconden diversas figuras jurídicas que, sin embargo, encuentran una solución única. Las normas profesionales no diferencian con la suficiente nitidez su diversidad y, es más, incurren en el defecto, a nuestro modo de ver, de plantear dos planos distintos: el económico y el legal, para dejar este último fuera de su análisis. Los esfuerzos doctrinales han seguido esta tendencia sin discutir la base jurídica. Por ello, su correcta caracterización

[106] Bien pensamos que es esencial la educación en valores para la que existen no pocas referencias en España entre las que destacamos algunos trabajos clásicos en una línea de investigación que desgraciadamente no se ha mantenido, en nuestra opinión, con la suficiente atención. Véase, entre otros, BLANCO DOPICO, I. y GAGO RODRÍGUEZ, S. *Percepción polo alumno da necesidade de ensinanza de ética en contabilidade*, ESPINOSA DRAKE, M. *El papel de la Universidad en la mejora del comportamiento ético de los profesionales contables* y GONZALO ANGULO, J. A. y GARVEY, A. *Ética y enseñanza de la Contabilidad*.

queda en manos de la jurisprudencia a lo que se dedica el siguiente apartado de nuestro trabajo.

2. Fraude en la interpretación de la norma contable: significado económico y jurídico

En orden metodológico conviene retomar el concepto de hecho contable como objeto del derecho contable, pues es sobre su esencia sobre la que actúa la manipulación. Ya avanzamos que se puede definir, de acuerdo con FERNÁNDEZ PIRLA, J. Mª.[107], como la "*versión interpretada, homogénea y calificada de una realidad económica o socioeconómica*".

Dada su relevancia conviene aclarar el significado que interpretamos para los elementos antes enunciados. En primer lugar, se trata de una *versión* porque no existe relación unívoca entre éste y la heterogénea documentación que constituye su base. Es más, la concreta relación es fruto de una interpretación ("*versión interpretada*"), conforme el marco teórico al que antes hemos dedicado nuestra atención, que puede ser diferente según el análisis efectuado. Recordemos en este punto las zonas de sombra, en terminología hartiana, que hacen que esta tarea tenga elementos subjetivos[108]. Es una versión *homogénea* por cuanto se expresa en términos monetarios uniformes producto de la valoración lo que permite la comparación y las más elementales operaciones

[107] *Una aportación a la construcción del Derecho contable*, pág. 28.
[108] En concreto dice FERNÁNDEZ PIRLA, J.M.: *"(…) toda interpretación, como sabemos, tiene factores subjetivos, o dicho en otros términos, la interpretación es necesariamente relativa. La relatividad en la interpretación de los hechos económicos puede agrandarse –y con frecuencia así sucede- por la incertidumbre que les afecta. Una de las grandes tareas del técnico contable contemporáneo, producto a su vez de la investigación científica, es reducir el grado de incertidumbre y objetivizar el proceso de interpretación de la realidad económica, y así ha nacido la doctrina de los llamados principios de contabilidad generalmente aceptados, como fundamento y base para la captación contable de la realidad económica*" (*ibidem*, pág. 28).

matemáticas a pesar de expresar elementos de naturaleza heterogénea. Entendemos que se trata de una versión *calificada* puesto que en el hecho contable existen aspectos cualitativos (por ejemplo, el equilibrio entre el coste de ofrecer información y los beneficios derivados de la misma o los gastos que son necesarios para generar los ingresos del período, la importancia relativa o la concreta configuración de la imagen fiel) mezclados con elementos cuantitativos (por ejemplo, las unidades en el almacén).

La referencia final a la *realidad económica o socioeconómica* tiene que ver con el suceso desencadenante del *hecho contable* que puede ser de muy diversa naturaleza y adquirir la forma de un "*hecho jurídico*" cuando es producto de causas naturales (por ejemplo, una inundación que afecta a bienes de la empresa), un "*acto jurídico*" cuando media la voluntad de la entidad (por ejemplo, la propuesta de distribución de los beneficios obtenidos por la compañía) o un "*negocio jurídico*" en el supuesto de que se trate de una declaración de voluntades amparada por el ordenamiento (por ejemplo, la perfección de un contrato de arrendamiento por la sociedad).

En ocasiones, este hecho contable adopta la forma de asiento o anotación en el libro Diario donde se recogen cronológicamente ordenados las transacciones que afectan a la empresa. También puede venir expresado en la forma de una descripción contable incluida en las notas a los estados financieros (por ejemplo, cuando se describen los riesgos a los que se enfrenta la empresa, así como la forma que ésta sigue para su reducción). Finalmente, el hecho contable puede tener la forma de una combinación de ambos; asiento y descripción contable como sucede en el registro de aquellas operaciones que, por su importancia, requieren información adicional en los estados financieros.

El hecho contable así definido es el que se convierte en sujeto de la manipulación pues la información económica y financiera no es otra cosa que su lógica traslación y síntesis. Este es el común denominador que subyace, a nuestro modo de ver, en la jurisprudencia consultada y que de forma resumida pasamos a revisar.

2.1. Análisis de otras referencias jurisprudenciales

Para realizar este análisis nos hemos apoyado en la base de datos *Tirant On Line* y en concreto, en "*Jurisprudencia*" hemos usado como criterio de búsqueda "*fraude de ley Y contabilidad Y mercantil*" lo que ha dado como resultado 343 documentos con el siguiente detalle[109]:

[109] Del resultado total hay que refinar con el criterio "*Civil*", luego "*Mercantil*" y por último "*Sociedades*". En concreto, son 323 Sentencias y 20 Autos en total. La suma de los documentos ordenados por los criterios de búsqueda excede del dato inicial (343) porque puede ocurrir que una misma referencia incluye dos o más criterios de búsqueda de los identificados en la base de datos.

Criterio de búsqueda	Num.documentos	Porcentaje
Acciones y participaciones sociales	40	4,93%
Actos de comercio	8	0,99%
Affectio societatis	2	0,25%
Atipicidad mercantil	1	0,12%
Concentración de empresas	1	0,12%
Denominación social	1	0,12%
Disolución y liquidación sociedad	42	5,17%
Domicilio social	44	5,42%
Empresario individual	24	2,96%
Extinción de sociedad	3	0,37%
Fundación de la sociedad	27	3,33%
Holding de sociedades	44	5,42%
Levantamiento de velo	128	15,76%
Nulidad de sociedad	4	0,49%
Objeto social	42	5,17%
Pacto parasocial	6	0,74%
Responsabilidad sociedad mercantil	121	14,90%
Sociedad civil	2	0,25%
Sociedad civil irregular	2	0,25%
Sociedad familiar	29	3,57%
Sociedad irregular	3	0,37%
Sociedad mercantil irregular	3	0,37%
Sociedades de capital	224	27,59%
Sociedades personalistas	11	1,35%
TOTALES	812	100,00%

Del total de documentos seleccionados, la tercera parte, esto es el 34,23%, vinculan el fraude de ley y los entramados societarios[110]. Si añadimos como filtro complementario "*Tribunal Supremo*" nos quedamos con los siguientes documentos (ordenados por su relevancia y con una

[110] En concreto, los documentos que responden al criterio de búsqueda: "*Concentración de empresas*", "*Holding de sociedades*" y levantamiento de velo (donde hemos evidenciado 5 casos en los que parece que no se refiere explícitamente a grupo de empresas sino a pactos entre socios y que descontamos para mejorar la conclusión). En sociedades de capital hemos constatado referencias a grupos en 110 documentos.

fecha posterior a la recepción del fraude de Ley en el Cc) que pasamos a analizar de forma sintética:

Sentencia de 4 de abril de 2008 (TOL 6.568.342)

Cuestión controvertida

Se discute la falta de reconocimiento en las cuentas anuales de unos créditos concedidos a unos socios lo que lleva a fraude de ley por no mostrar las cuentas anuales la imagen fiel de la sociedad.

Solución del Tribunal

Inadmite el recurso de casación por incumplir los requisitos de desarrollo de los motivos que se fundan en hechos distintos de los probados en la Sentencia recurrida.

Sentencia de 14 de mayo de 1985 (TOL 1.736.472)

Cuestión Controvertida

Se recurre la demanda que admitió la nulidad de un acuerdo de consejo de administración para designar auditor de cuentas sustrayendo de esta decisión a los restantes accionistas que no forman parte del consejo

Solución del Tribunal

No admite el recurso (por motivos que no vienen al caso) aunque considera que, en efecto, hay fraude de ley en la interpretación de la LSC en lo atinente a designación de auditores.

Sentencia de 14 de febrero de 2018 (TOL 6.516.575)

Cuestión controvertida

Una sociedad recurre la decisión que le condena por haber adoptado decisiones que perjudican a un tercero con interés legítimo acreditado.

Solución del Tribunal

Resuelve que no ha lugar al recurso porque el acuerdo adoptado no es tanto en fraude de ley como contrario a la ley, figuras ambas que deben ser debidamente separadas. En este sentido, el Tribunal en origen ya declaró que no había ejercicio antisocial de un derecho que coloca en semejanza con el fraude de ley.

Sentencia de 18 de febrero de 2016 (TOL 5.650.693)

Cuestión controvertida

El problema de fondo es la aplicación de la doctrina del levantamiento del velo en el marco de una relación de contrato de agencia (al amparo de lo dispuesto en la Ley de Seguros) por el que una sociedad vinculada a una compañía del sector concluye un contrato con un cliente importante fuera de esta relación.

Solución del Tribunal

Recuerda una STS (de 22 de febrero de 2007) en la que la doctrina del levantamiento del velo tiene que ver con el fin primario de la buena fe, para vincular luego el abuso del derecho y el fraude de ley como formas de un ejercicio extralimitado de un derecho. Es interesante pues además de atribuir el ánimo de defraudar requiere también el conocimiento del daño causado. Por lo demás, resuelve

anular la Sentencia dictada en contra por la Audiencia Provincial confirmando el fallo del juzgado de primera instancia.

Sentencia de 15 de enero de 2014 (TOL 4.390.917)

Cuestión controvertida

Impugnación de acuerdos adoptados en Junta general de accionistas con un quorum disconforme con la forma correcta para su determinación.

Solución del Tribunal

Menciona en numerosas ocasiones la figura del fraude de ley (que ha sido seguida por unos socios aportantes de unas cantidades que no llegan a hacer efectivas con el único fin de acceder a la junta). El Alto Tribunal considera que no ha lugar al fraude de ley por no acreditarse el cumplimiento de sus elementos relevantes. Es interesante que el Tribunal señala que no cabe apreciarlo de oficio por esta falta de sus notas básicas. También que el vehículo usado para la defraudación es un entramado societario.

Sentencia de 3 de enero de 2013 (TOL 3.054.558)

Cuestión controvertida

Se trata de una operación de combinación de negocios por medio de escisión en el que se reclama a la sociedad beneficiaria la responsabilidad de una deuda de la sociedad escindida contraída antes de la escisión.

Solución del Tribunal

En primera instancia se desestimó la pretensión de levantamiento de velo porque la coincidencia de accionistas y de órganos de gobierno no hace suponer, por sí sola, que sea un acto constitutivo

de fraude de ley. Esta Sentencia fue recurrida en casación porque se entendía probada la manipulación del balance de la sociedad para excluir la deuda del patrimonio escindido. El Alto Tribunal admite el recurso de casación por fraude de ley porque lo considera acreditado a través de unas operaciones combinatorias (la sociedad deudora después de ser requerida para el pago crea otra sociedad, procede a cambiar su denominación social y luego insta la quiebra) y la posterior creación de un entramado societario en el que "*aparca*" las acciones de la escindida evitando de esta forma el pago a que estaba obligada.

Sentencia de 4 de noviembre de 2010 (TOL 1.994.370)

Cuestión controvertida

Falta de regulación acerca de la liquidación de la participación por baja de un socio perteneciente a una cooperativa agraria.

Solución del Tribunal

Se desestima el recurso de casación interpuesto por la cooperativa que buscaba impedir que el socio saliente recuperara la aportado y una parte del patrimonio privativo de la cooperativa obtenido, al menos parcialmente, con fondos comunitarios. La referencia al fraude de ley es desestimada por no precisar el motivo autónomo fundado.

Sentencia de 20 de octubre de 2009 (TOL 1.762.181)

Cuestión controvertida

Se discute la relación entre la libertad de prensa y el derecho al honor de tal forma que se usa la primera, en fraude de ley, con el objetivo de presionar a un concesionario de vehículos.

Solución del Tribunal

Desestima el recurso de casación confirmando que no hay fraude de ley por el motivo expuesto. En concreto, señala (por su aplicación analógica a otros supuestos de conflictos de normas): "*La utilización legítima de la libertad de expresión frente al derecho al honor excluye la existencia de fraude de ley*".

Sentencia de 14 de octubre de 2010 (TOL 2.032.506)

Cuestión controvertida

Se refiere a un problema admitido parcialmente en primera instancia por conducta negligente de los administradores de una sociedad de capital en perjuicio de un tercero en la venta de un activo de la sociedad.

Solución del Tribunal

A los fines de nuestro trabajo, el fraude de ley se vincula a lo acordado entre las partes para resolver cualquier conflicto por vía del arbitraje en lugar de acudir a la acción de responsabilidad individual.

Sentencia de 27 de marzo de 2009 (TOL 1.485.182)

Cuestión controvertida

Se trata el problema planteado por decisiones adoptadas en una junta de accionistas relativas a una ampliación de capital en la que se elude el derecho de suscripción a los accionistas.

Solución del Tribunal

Aunque figura en el resultado de la búsqueda, el término de fraude de ley no aparece en ninguna ocasión. En su lugar existen numerosas referencias con el abuso del derecho por lo que poco podemos añadir de interés al objeto de nuestro trabajo que no sea apreciar la clara diferencia que hacen los Tribunales pues, en ninguna parte del documento seleccionado, se produce la confusión entre estas dos figuras.

Sentencia de 5 de junio de 2013 (TOL 3.843.480)

Cuestión controvertida

Adaptación de una sociedad de responsabilidad limitada a una sociedad profesional para servir de cauce a la promoción social aprovechando el consiguiente aumento de capital para limitar el ejercicio del derecho de suscripción preferente a los antiguos socios.

Solución del Tribunal

La Audiencia Provincial de Santander estima íntegramente el recurso de apelación presentado por la sociedad profesional contra la demanda de nulidad del acuerdo social por el que se acordaba el aumento de capital. Entre los motivos inicialmente alegados estaban el fraude de ley, pero el Alto Tribunal resuelve

que fue objeto de desestimación en primera instancia sin que fuera luego este motivo apelado por los demandantes ni impugnado con motivo del recurso de apelación. Por lo demás, estima el recurso de casación porque el informe del administrador relativo a la ampliación de capital debería haber hecho expresa referencia a las consecuencias para los restantes socios de la operación por medio de la cual, los socios profesionales eran promovidos privando del derecho de información a los socios no profesionales.

Sentencia de 7 de marzo de 2006 (TOL 863.821)

Cuestión controvertida

Sobre una aportación no dineraria hecha entre sociedades vinculadas en la forma de escisión parcial, aunque realizada en perjuicio de los intereses de terceros.

Solución del Tribunal

El Alto Tribunal desestima el recurso que pedía la anulación del acuerdo impugnado criticando la mención de fraude de ley que es innecesaria para resolver el conflicto legal.

Sentencia de 31 de octubre de 2007 (TOL 1.221.257)

Cuestión controvertida

Recurso de casación promovido por una sociedad anónima por una Sentencia que rechaza la demanda contra una cooperativa para recuperar un anticipo por un contrato que ésta incumple y daños y perjuicios a otra mercantil.

Solución del tribunal

A los fines de nuestro trabajo nos interesa remarcar que la recurrente insta el fraude de ley porque se transgrede de forma

absoluta el espíritu de la Ley de Cooperativas. Es más, la sanción de descalificación de la cooperativa no es sino complementaria de la nulidad de los acuerdos adoptados porque, señala de forma textual, "*otra interpretación llevaría a amparar el fraude de ley*". El Alto Tribunal admite el recurso de casación.

Sentencia de 3 de octubre de 2007 (TOL 1.161.161)

Cuestión controvertida

Demanda interpuesta por un agente mediador de seguros contra la compañía de seguros por el devengo de unas comisiones derivadas de su actividad profesional.

Solución del Tribunal

En lo que a nuestro trabajo interesa, se desestima la demanda presentada por el agente porque se invoca que en el cálculo hecho por la empresa se incurre en fraude de ley y, concluye el Alto Tribunal, se trata de una cuestión nueva que es inadmisible en casación.

Sentencia de 27 de marzo de 2001 (TOL 4.964.916)

Cuestión controvertida

Se trata de la impugnación de unos acuerdos sociales en Junta General Extraordinaria y Junta Universal por fraude de ley. En concreto, la cuestión litigiosa se centra en que sabiendo que unos socios con capital suficiente iban a acudir a la primera convocatoria de junta votando en contra de la propuesta realizada, el presidente y secretario del consejo se ausentan (e incumple la petición de que un notario estuviera presente) para que en segunda convocatoria y con mayoría simple, aprobar el acuerdo social consistente en una ampliación de capital.

Solución del Tribunal

Se rechaza la existencia de fraude de ley porque éste, señala la Sentencia, "*se caracteriza por la presencia de dos normas: la conocida y denominada "de cobertura", que es a la que se acoge quién intenta el fraude, y la que a través de ésta se pretende eludir designada como "norma eludible o soslayable"; amén de que ha de perseguir un determinado resultado contrario a lo ordenado o prohibido imperativamente, que aquí no ha ocurrido*". Por lo demás, resuelve a favor del recurso de casación interpuesto por los socios, entre otros motivos, por apreciar la existencia de abuso de derecho.

Sentencia de 27 de marzo de 1984 (TOL 1.738.284)

Cuestión controvertida

Se discute el problema planteado en una sociedad anónima que ha obtenido pérdidas que han dejado el patrimonio neto por debajo de la tercera parte del mismo por lo que se acuerda la reducción de capital para proceder a su eliminación y restablecer el equilibrio patrimonial.

Solución del Tribunal

Critica en su resolución la confusión entre el abuso del derecho y el fraude de ley y se inclina por afirmar que no hay fraude de ley ("*se elude en el recurso el precepto directamente aplicable*" dice textualmente) sino una gestión desacertada que acaso pudiera fundar la acción de responsabilidad. Se aprecia igualmente errores en la contabilidad sin repercusión relevante en las partidas incluidas en los estados financieros.

Sentencia de 14 de junio de 2006 (TOL 979.417)

Cuestión controvertida

Se trata de la anulación de un acuerdo para ampliar el capital social en una mercantil cuando las acciones anteriores no están completamente desembolsadas.

Solución del Tribunal

Hay una referencia al fraude de ley invocado por las partes que se rechaza por no contener los requisitos que le son propios. Por lo demás, admite el recurso planteado dejando sin efecto la anulación del aumento de capital porque se puede adoptar esta decisión trasladando a los administradores la obligación de reclamar el pago de los dividendos pasivos pendientes.

Sentencia de 15 de diciembre de 1986 (TOL 1.733.842)

Cuestión controvertida

Empresarios individuales que se unen para atender la prestación de un servicio (distribución de electricidad) sujeta a la justificación de la validez de lo aportado.

Solución del Tribunal

Se trata de una controversia suscitada en torno a una sociedad en formación y el derecho de información que asiste a cada socio. Más allá del fondo del asunto, en lo relativo a nuestro trabajo se vincula, en la solución, el fraude de ley y el ejercicio antisocial de un derecho ejercitado por la parte recurrente contra la sociedad lo que le lleva a inadmitir el recurso de casación interpuesto.

Sentencia de 16 de marzo de 1992 (TOL 1.661.620)

Cuestión controvertida

Uso de una sociedad de responsabilidad limitada como "*testaferro*" de una personalidad encubierta que es la que debe tenerse en cuenta.

Solución del Tribunal

Sobre el tema objeto de nuestro análisis, se resuelve afirmando que el entramado societario creado incurre en fraude de ley porque crea "*ficticiamente una sociedad tratando con ello de eludir la responsabilidad que personalmente incumbe a los tan repetidos demandantes y ahora recurrentes*". Además, considera demostrado el cumplimiento de los restantes elementos del fraude de ley, entre otras cuestiones, por lo que resuelve que no ha lugar al recurso de casación interpuesto por la persona física oculta bajo el entramado societario.

Sentencia de 12 de enero de 2010 (TOL 3.431.910)

Cuestión controvertida

Cese de los administradores de una sociedad que designan a un liquidador instrumental para evitar la responsabilidad de aquéllos.

Solución del Tribunal

Inadmite el recurso de casación interpuesto por la mercantil porque se ha alterado la base fáctica sobre la que la Audiencia resolvió en su momento.

Sentencia de 21 de abril de 2005 (TOL 638.989)

Cuestión controvertida

Indemnización al consejero delegado (accionista de la sociedad) no prevista en los Estatutos sociales mezclando las figuras de órgano de administración y alto directivo.

Solución del Tribunal

Existe una referencia sucinta a la prohibición general de mala fe, abuso del Derecho y fraude de Ley. Casa la Sentencia adoptada por la Audiencia Provincial desestimando íntegramente la demanda presentada por el consejero delegado cesado.

Sentencia de 13 de enero de 2009 (TOL 3.419.527)

Cuestión controvertida

Acuerdos adoptados en la junta general de una entidad mercantil sobre créditos concedidos a partes vinculadas.

Solución del Tribunal

Inadmite el recurso planteado por incurrir en las causas previstas de la Ley de Enjuiciamiento Civil. En lo relativo al objeto de estudio, se refiere la existencia de fraude de ley basado en el conflicto de intereses al adoptar el acuerdo con las partes vinculadas.

Sentencia de 10 de abril de 2012 (TOL 3.418.452)

Cuestión controvertida

Se ejercita una acción de reclamación de cantidad y de levantamiento de velo.

Solución del Tribunal

La base para el recurso presentado se encuentra en la existencia de fraude de ley por la creación de un grupo horizontal (familiares que controlan sociedades como administradores de hecho), aunque el Alto Tribunal considera que, en este caso, la conclusión está construida al margen de los presupuestos fácticos disponibles por lo que inadmite el recurso presentado.

Sentencia de 4 de mayo de 1998 (TOL 3.672.190)

Cuestión controvertida

La Agencia Estatal de Administración Tributaria reclama el pago de unos impuestos a una persona física que trata de eludir su obligación vendiendo unos inmuebles a una sociedad participada y creada con este fin.

Solución del Tribunal

Es interesante pues relaciona la doctrina del levantamiento del velo con el fraude de ley citando, por cierto, una Sentencia de 13 de junio de 1959[111] en la que se precisan sus requisitos para afirmar

[111] Por su interés reproducimos su certera configuración del fraude en la forma siguiente: "*1.ª Acto o actos que contrarían la finalidad práctica de,1a ley defraudada, suponiendo su violación efectiva, entendiendo los autores que el "fraudem legis" será nulo siempre que la ley, según recta interpretación, quisiera evitar la realización del resultado práctico obtenido, pero no si sólo quisiera prohibir el medio elegido para la realización del resultado. 2.° Que la ley en que se ampara el acto o actos (ley de cobertura) no tenga el fin de protegerlos, aunque puedan incluirse, por su materia en la clase de los regulados por ella por no constituir el supuesto normal o ser medio de vulnerar*

su concurrencia en el tema litigioso confirmando la demanda de la Agencia Estatal de Administración Tributaria.

Sentencia de 13 de noviembre de 2009 (TOL 1.817.385)

Cuestión controvertida

Se discute la retroacción de unos acuerdos anteriores a instar la quiebra de una sociedad que vende parte de su negocio a sociedades filiales.

Solución del Tribunal

Más allá de no admitir el recurso planteado, interesa a los fines de nuestro trabajo la clara distinción entre la creación de un grupo de sociedades, como medida de diversificación de riesgos, y el fraude de ley, esto es, no siempre una cosa lleva a la otra y hay que analizar cada caso en sus circunstancias.

Sentencia de 26 de septiembre de 2011 (TOL 2.258.943)

Cuestión controvertida

Es un juicio de desahucio por expiración del término del arrendamiento que mencionamos por respeto a la fuente, aunque no parece que esté vinculado al criterio de la búsqueda.

abiertamente otras leyes, o perjudicar a tercero; en idéntico sentido se pronuncia la Sentencia de 30 junio 1993 al decir que "los requisitos qué han de reunir los actos para estimarlos realizados " in fraudem legis ", (que) pueden esquematizarse así: a) que el acto o actos cuestionados sean contrarios al fin práctico que la norma defraudada persigue y supongan, en consecuencia, su violación efectiva, y b) que la norma en que el acto pretende apoyarse (de cobertura) no vaya dirigida, directa y expresamente, a protegerlo, bien por constituir el supuesto normal, bien por ser el referido un medio de vulneración de otras normas, aparte de ser preciso, según reiterada jurisprudencia, que haya de manifestarse notoria e inequívocamente la producción de un resultado contrario o prohibido por otra norma tenida por fundamental en la regulación de la materia".

Solución del Tribunal

Su interés reside, en todo caso, en que menciona diversas SSTS (de 28 de octubre de 1988 y 30 de marzo de 2004) en las que se reconoce la validez de los negocios fiduciarios [112] cuando no envuelven fraude de ley, esto es, con clara separación de contenidos.

Sentencia de 16 de noviembre de 2000 (TOL 169.644)

Cuestión controvertida

Se exige responsabilidad al administrador de una sociedad que usando su poder y conociendo el resultado de asuntos litigiosos que podrían afectar a la compañía gestionada, lleva a cabo diversas operaciones societarias con otro entramado vinculado para vaciar económicamente a aquélla en beneficio de estos últimos.

Solución del Tribunal

Entiende probada la presencia de maquinación fraudulenta con empleo de ardid, argucia o artificio para dañar a la contraparte (con cita de una STS de 23 de enero de 1993) por lo que estima el recurso y rescinde la Sentencia inicialmente recaída por haberse

[112] Y además, reproduce parta de la STS de 28 de diciembre de 1973 sobre la naturaleza de los negocios fiduciarios señalando lo siguiente: "*la figura del negocio fiduciario, que creó la doctrina científica ha sido recogida por la jurisprudencia, como ya queda referido, y nuestro propio ordenamiento jurídico reglamenta una de sus varias especies, el negocio fiduciario cum amico en las Leyes de 11 de julio de 1941 y 1 de enero -de 1942, y el Decreto Ley de 28 de junio de 1962 , que manifiestan claramente cuál es la concepción del legislador sobre la situación jurídica de los bienes confiados, respecto al fiduciante y al fiduciario, disponiendo que, aquel podrá obtener la declaración judicial de su derecho en orden a la inexistencia real de la supuesta enajenación -o de la simulada titulación- mediante el ejercicio de una acción declarativa y recipersecutoria, cuyos efectos se extienden a los títulos, la cual no se detiene más que ante el tercero a cuyo favor los bienes hayan pasado, legalmente, viniendo a coincidir en esto, con aquella vieja sentencia de 24 de diciembre de 1901, que había declarado que la acción para reclamar los bienes de un fideicomiso, es reivindicatoria*".

fundado en documentos o testigos falsos. Su interés reside, en nuestra opinión, en separar el dolo del fraude de ley.

2.2. Conclusiones del análisis jurisprudencial

No cabe duda que, si la base de datos utilizada hubiera sido otra, el resultado probablemente sería diferente. Otro tanto podemos decir de los criterios de búsqueda utilizados. Para extraer las conclusiones que siguen nos apoyamos pues en la selección ahora efectuada como en todo el conjunto jurisprudencial mencionado en los apartados anteriores.

Desde luego, estamos ante una construcción que es obra de los Tribunales de Justicia pues el aporte de la norma profesional es confuso, en términos jurídicos, y la doctrina construida sobre él, adolece de la misma característica. Apreciamos la voluntad de los órganos jurisdiccionales por separar la figura del fraude de ley de otros institutos y para ello, acude a contrastar las características exigidas en la norma civil y que han sido objeto de análisis en el capítulo III de nuestro trabajo.

Para el logro de esta finalidad manipuladora, la jurisprudencia enfatiza el "*empleo de formas jurídicas insólitas y desproporcionadas*" (véase SAN de 6 de julio de 2005) sin otra motivación económica que no sea presentar una información fraudulenta en las cuentas anuales a lo que en muchas ocasiones se añaden motivos de ahorro fiscal inmerecido igualmente inválidos. No se discutiría por lo tanto que la intención de quien lleva a cabo tales actos o negocios sea real, sino que su causa responde prioritariamente al objetivo de manipular los estados financieros.

La vinculación con la contabilidad, como lenguaje de las empresas, encuentra su cauce natural en los grupos de empresas y las operaciones

societarias realizadas entre ellos. Sin embargo, la definición de lo que es un grupo de empresas ha sufrido una importante mutilación en su ámbito de aplicación.

Cuando se tramitó el Anteproyecto de Ley de Código Mercantil de 30 de mayo de 2014, su Exposición de Motivos señalaba de forma textual: "*La delicada tarea de establecer un concepto de grupo de sociedades se ha resuelto a favor del criterio del control, cualquiera que sea su fundamento, como elemento nuclear de los grupos por subordinación o de estructura jerarquizada, con sociedad dominante y sociedades dependientes o dominadas; pero siendo éstos los grupos donde se plantean los problemas más característicos que se han querido abordar, no cabe prescindir de la existencia de grupos por coordinación en los que dos o más sociedades independientes actúan bajo una dirección única. Se hace expreso que en todo caso el grupo de sociedades carece de personalidad jurídica*".

De esta forma, el art. 291.1 del citado Anteproyecto incluía en el ámbito de los grupos de empresas tanto los denominados de coordinación como los de subordinación[113], incorporando la presunción legal de control de una sociedad por otra (salvo prueba en contrario y a la vista del art. 291.3 del Anteproyecto) por la adición de los supuestos recogidos en el art. 42

[113] Los grupos de coordinación son también llamados horizontales mientras que los de subordinación son denominados verticales. El grupo de sociedades se articula sobre la idea de control (art. 42,1 CC) que es característica de los grupos verticales o de subordinación. En cambio, en los grupos horizontales no se puede apreciar la existencia de control porque corresponde a una persona física, a una persona jurídica no societaria o a un conjunto de personas que actúan en concierto (por todos, ÁLVAREZ MELCÓN, S. y CORONA ROMERO, E. *Cuentas anuales consolidadas*, págs. 17 y ss.). Este es el motivo de que los grupos horizontales o de coordinación no están sujetos a la formulación de cuentas anuales consolidadas. Por ello, los ajustes y eliminaciones que proceden por las operaciones intersocietarias no son eliminados en el proceso de agregación y quedan, sin ser modificados, en las cuentas anuales individuales sujetos a una ambigua referencia de ser valorados por su cuantía razonable. Al amparo del vigente PGC es obligatorio añadir información sobre las operaciones entre partes vinculadas lo que, sin lugar a dudas, pensamos, es una merma de datos y fuente natural de manipulaciones.

CC y el recurso a otras situaciones que se calificaban como supuestos de hecho desencadenantes de la obligación de formular cuentas consolidadas. En concreto indicaba: "*Cuando una sociedad haya incluido en la denominación elementos significativos de la denominación o del anagrama de otra sociedad o de signo distintivo notorio o registrado a nombre de ésta o de cualquier otra sociedad perteneciente al grupo, o cuando una sociedad haya hecho constar en la documentación o en cualquier clase de publicidad la perteneciente [parece querer decir la pertenencia] de la misma al grupo*".

Sin embargo, la norma final (RD 1159/2010, de 17 de septiembre, por el que se aprueban las Normas para la Formulación de Cuentas Anuales Consolidadas) se decantó por una idea de control que dejaba fuera de su ámbito a los grupos horizontales o de coordinación como de forma clara se indica en su preámbulo: "*Para los ejercicios iniciados a partir de 1 de enero de 2008, solo los grupos de subordinación están obligados a formular cuentas anuales consolidadas, sin perjuicio del debido desglose en los modelos de cuentas anuales de los saldos que se mantienen con las sociedades integrantes del grupo de coordinación*".

Cuando se llevan a cabo transacciones con partes vinculadas, que no forman parte del perímetro de consolidación por la exclusión antes comentada de los grupos de coordinación, se interpretan, valoran y presentan conforme la norma contable. Por su parte, el efecto de las operaciones realizadas entre las sociedades del grupo se interpreta, valora y presenta conforme la norma contable igualmente en las cuentas anuales individuales pero su incidencia en las cuentas anuales consolidadas queda eliminada en el proceso de su formulación. Nótese que no se cuestiona la causa de los actos o negocios jurídicos acordados con empresas del grupo, sino que se pondera la información del grupo como un todo, como aquél en el que reside el control sobre las

sociedades filiales, dependientes o participadas en un grado tal que evidencia una relación de dominio; en definitiva, como una sola "*persona*" desde el punto de vista económico integrada por varias "*personas*" desde el punto de vista jurídico (cf. RIVERO TORRE, P.[114]).

Cuestión aparte es que algunas de esas operaciones pudieran ser fraudulentas lo que no cabe duda, entraña la proyección de juicios de valor sobre los actos o negocios realizados en una tarea inicial de la parte legitimada y final del órgano jurisdiccional, aunque la presentación de información consolidada en el caso de los grupos de subordinación (con los ajustes y eliminaciones sobre la totalidad de las transacciones realizadas entre las compañías que se integran mediante el método de integración global y parcial por el porcentaje de control cuando se aplica el método de integración proporcional) ayuda notablemente a formarse una opinión al respecto. Estos indicios son más difíciles de obtener cuando faltan estos estados financieros consolidados (en los grupos de coordinación) porque el destinatario sólo cuenta con una información agregada en la memoria que es difícil de interpretar (más allá de dar una posición genérica sobre el conjunto de transacciones de esta naturaleza realizada con las partes vinculadas).

Por todo lo anterior convenimos en afirmar que el fraude a la interpretación de la norma contable conculca la versión interpretada de la realidad socioeconómica que debería conducir a la imagen fiel. Es el hecho contable sobre el que actúa el manipulador. Esta información neutra, objetiva, imparcial, insesgada… es la finalidad de la norma contable que cuenta como medio para lograrlo el estudio del fondo económico y la forma jurídica de la transacción. Cuando existe coincidencia no hay mayor problema, pero cuando hay quiebra de identidad prevalece el fundamento económico sobre la fórmula jurídica

[114] Ob. cit., pág. 108.

adoptada. Este es el criterio para resolver la manipulación. Por más que desde un punto de vista económico se emplee una fórmula genérica de fraude contable, lo cierto es que encierra institutos que son heterogéneos y como tales, encuentran sanciones diferentes. Es relevante pues, discriminar correctamente unos de los otros. En concreto, para calificar esas manipulaciones como fraudulentas será preciso identificar la norma contable eludida y la de cobertura, para aplicar el resultado pretendido por esta última que siempre irá encaminado a ofrecer la antes mencionada imagen fiel. En ese recorrido puede ser necesario anular el acto o negocio jurídico dimanante. La voluntad de manipular será complementaria al ardid empleado. El análisis jurisprudencial realizado nos lleva a prestar mayor atención a los grupos de sociedades en general, aunque con mayor interés en las operaciones entre partes vinculadas. Sólo nos resta una alusión final a la legitimación activa y pasiva para incoar el procedimiento[115].

2.3. Legitimación activa

Resolver el problema de quiénes están legitimados activamente a pedir responsabilidades por una información manipulada en fraude de ley nos lleva a preguntarnos por los destinatarios de la información contable que basan sus decisiones racionales en las cuentas anuales. Cuando la actuación resultante de una información distorsionada lesiona sus intereses pueden reclamar la justa compensación del daño mas habría que diferenciar qué parte del daño es producto de la decisión y qué parte es consecuencia de un erróneo modelo de interpretación de la

[115] Nos basamos en SOSA ÁLVAREZ, J., SEGOVIA SAN JUAN, A. y VELASCO FABRA, G. *El hecho contable como aporía jurídica: una reflexión*.

información económica-financiera. La cuestión no es menor ni fácil de resolver. Los destinatarios están claros. En las normas contables internacionales (NIC M, 1989, párr. 9) se afirma que la información contable interesa a los inversores, a los empleados, a los prestamistas, a los proveedores y otros acreedores comerciales, a los clientes, a las Administraciones Públicas y sus organismos y al público en general.

El derecho contable español asume implícitamente esta relación por su vocación de convergencia internacional. No obstante, cada destinatario tiene distintas necesidades informativas por lo que requiere información diferente y adaptada a sus requerimientos. Queda así planteado el problema de la verdad fáctica (*lo que sucede*) [116] y la verdad jurídica (*lo que dicen las normas*) [117], o lo que es lo mismo, la transacción como verdad fáctica y el hecho contable, objeto del derecho contable y punto de actuación para la manipulación, como verdad jurídica. Entre ambos hay una relación unívoca porque probablemente, la seguridad jurídica exige una sola verdad jurídica. Sólo así se entiende el corolario incluido en el marco conceptual (NIC M, 1989, párr. 10): *"(…) las informaciones contenidas en los estados financieros que cubran sus necesidades [las de los inversores], cubrirán también muchas de las necesidades que otros usuarios esperan satisfacer en tales estados financieros*". No queda claro el criterio seguido para su elección ni siquiera la justificación final ahora transcrita, aunque fácilmente se puede concluir que el objetivo de atender básicamente las distintas necesidades con unos datos únicos no es fácil de lograr.

[116] Es clásico la discusión acerca del significado de normatividad y factibilidad hecho en FERRATOLI, L. *Principia iuris. Teoría del Derecho y de la Democracia.*
[117] Por todos, FOUCAULT, M. *La verdad y las formas jurídicas*. El análisis de la evolución de la verdad en contabilidad conectada a la transición filosófica de la verdad propiamente dicha puede verse en FRANCO RUI, R. *El problema de la verdad y la Contabilidad*.

Si la elección está clara, desde el punto de vista económico, jurídicamente hay referencias expresas a los acreedores para emprender acciones sociales, así como a los socios y *terceros* para proceder por medio de acciones individuales (cumpliendo unas condiciones).

La acción social en favor de los acreedores afectados debe estar fundada en el hecho de que el patrimonio de la entidad sea insuficiente para abonar sus créditos (art. 240 TRLSC) por lo que su ejercicio será residual ya que lo habitual en estas circunstancias será promover directamente el concurso de la sociedad o la acción individual a la que inmediatamente nos vamos a referir, si se dan los presupuestos para ello.

La acción individual prevista en el art. 241 TRLSC[118] tiene también carácter orgánico[119] pues supone un perjuicio directo producido causalmente al socio o tercero por el administrador en el ejercicio de su competencia (en nuestro caso, por medio de información manipulada de forma significativa) diferenciando aquellos supuestos en los que la responsabilidad sea imputable a la propia sociedad.

Por este motivo, la expresión "*(q)uedan a salvo (…)*" es interpretada por la doctrina como un mero recordatorio de que la acción social antes analizada no excluye el ejercicio de otras acciones amparadas por el Derecho común por quien, distinto de la sociedad, sienta lesionados sus derechos (véase, entre otros, DESDENTADO DAROCA, E.[120]). Insistimos en el calificativo de orgánico por cuanto sanciona al administrador por los daños derivados de su actuación como órgano

[118] Dice así: "*Quedan a salvo las acciones de indemnización que puedan corresponder a los socios y a los terceros por actos de administradores que lesionen directamente los intereses de aquellos*".
[119] Véase, entre otros, OCAÑA RODRÍGUEZ, A. *Responsabilidad civil y penal de los administradores societarios*, que la califica como "*extracontractual*" aunque, de acuerdo con PARRA LUCÁN, A. *Responsabilidad civil de administradores de sociedades*, rechazamos este término que la jurisprudencia ha abandonado hace tiempo.
[120] *La responsabilidad de los administradores sociales frente a socios y terceros*.

social. Si únicamente fuera por su intervención a título personal, poco se podría añadir que no estuviera ya previsto en los arts. 1902 y 1903 Cc.

Por su parte, la acción individual de los socios podrán entablarla "*por actos llevados a cabo en el ejercicio de sus funciones de administrador "actividad orgánica", sin excluir los supuestos en que en sentido estricto exista representación*" (cf. ESTEBAN VELASCO, G.[121]).

En lo que se refiere a la acción individual ejercitable por terceros, normalmente acreedores, recordamos inicialmente que no puede consistir en el mero impago de deudas derivadas de contratos suscritos con los administradores como miembros del órgano de gestión societaria (ver STS de 21 de mayo de 1992 que afirmaba que de otra forma, existiría responsabilidad limitada de la sociedad pero ilimitada de sus administradores) sino que será preciso, en lo relativo a nuestro trabajo, contratar en estado próximo a la insolvencia que se oculta de forma maliciosa al tercero mediante la adulteración de la información contable.

Tradicionalmente existía un sector de la doctrina que consideraba que los terceros no podían actuar contra los administradores en tanto representantes de la sociedad, sino que debían dirigirse a la sociedad y ésta, en su caso, repetir contra los administradores, si se daban los presupuestos para ello, por medio del ejercicio de la acción social a la que antes nos hemos referido (véase, entre otros, POLO SÁNCHEZ, E.[122]). Para otro sector de la doctrina (SÁNCHEZ CALERO, F.[123]), con el que nosotros convenimos, esta acción supone la aplicación del art. 1902 Cc que no es óbice para que el tercero emprenda también acciones contra la sociedad (o contra ambos de forma solidaria si le conviene para

[121] *Algunas reflexiones sobre la responsabilidad de los administradores frente a los socios y terceros*.
[122] *Los administradores y el Consejo de administración de la sociedad anónima*, pág. 373.
[123] *Administradores: artículos 123 a 143*.

conseguir su objetivo). En todo caso, parece necesario acomodar la respuesta precisa a cada caso en particular para deslindar situaciones en las que debe responder la sociedad, frente a otras (más habituales en los casos relativos a la manipulación de la información contable) en las que se puede reclamar también al administrador con actitud fraudulenta.

En resumen, dos son los elementos que distorsionan la legitimación activa: información única para distintos usos y la incidencia de los defectos en el diseño de los modelos decisionales o en la interpretación de los sus resultados (véase, entre otros, CEA GARCÍA, J. L.[124]) que condiciona la prueba de la causalidad entre el daño y la información manipulada. En todo caso, la calificación de fraude legal requiere, adicionalmente, que este daño sea indirecto por medio de la decisión adoptada a través de la información contable pues es otra de las características de este instituto.

2.4. Legitimación pasiva

En cuanto a la exigencia de responsabilidad civil a los **administradores**, en el marco del objeto de nuestro análisis, por la información fraudulenta, estaría conectada con el incorrecto cumplimiento del deber de llevar la contabilidad (cf. RUANO MOCHALES, T. [125]). Ahora bien, ¿esa información fraudulenta puede por sí misma generar responsabilidad frente a terceros o sólo frente a la sociedad por el daño ocasionado al patrimonio social? (véase, entre otros, MARÍN BÁRCENA, F.[126]). A tenor

[124] *La racionalidad económica en los principios contables y las operaciones financieras a largo plazo*.
[125] *La responsabilidad de los administradores y de los auditores en el proceso de elaboración de las cuentas anuales.*
[126] *Deberes de contabilidad y acción individual de responsabilidad*.

de lo dispuesto en el art. 236 TRLSC[127] (con la redacción conforme la Ley 31/2014) la conclusión parece hoy más clara, aunque no siempre lo ha sido pues hasta mediados del siglo XX (cuando triunfan las tesis organicistas), los administradores eran concebidos como meros mandatarios de la sociedad[128].

Este cambio fue muy importante pues la responsabilidad de los administradores no encaja bien en el mandato (cf. OCAÑA RODRÍGUEZ, A.[129]) y puede que, por este motivo, aún hoy exista un sector de la doctrina que entiende que estos incumplimientos o manipulaciones sólo

[127] "*1. Los administradores responderán frente a la sociedad, frente a los socios y frente a los acreedores sociales, del daño que causen por actos u omisiones contrarios a la ley o a los estatutos o por los realizados incumpliendo los deberes inherentes al desempeño del cargo, siempre y cuando haya intervenido dolo o culpa.*
La culpabilidad se presumirá, salvo prueba en contrario, cuando el acto sea contrario a la ley o a los estatutos sociales.
2. En ningún caso exonerará de responsabilidad la circunstancia de que el acto o acuerdo lesivo haya sido adoptado, autorizado o ratificado por la junta general.
3. La responsabilidad de los administradores se extiende igualmente a los administradores de hecho. A tal fin, tendrá la consideración de administrador de hecho tanto la persona que en la realidad del tráfico desempeñe sin título, con un título nulo o extinguido, o con otro título, las funciones propias de administrador, como, en su caso, aquella bajo cuyas instrucciones actúen los administradores de la sociedad.
4. Cuando no exista delegación permanente de facultades del consejo en uno o varios consejeros delegados, todas las disposiciones sobre deberes y responsabilidad de los administradores serán aplicables a la persona, cualquiera que sea su denominación, que tenga atribuidas facultades de más alta dirección de la sociedad, sin perjuicio de las acciones de la sociedad basadas en su relación jurídica con ella.
5. La persona física designada para el ejercicio permanente de las funciones propias del cargo de administrador persona jurídica deberá reunir los requisitos legales establecidos para los administradores, estará sometida a los mismos deberes y responderá solidariamente con la persona jurídica administrador".

[128] De conformidad con el CC de 1829, los administradores eran mandatarios y por ello, no eran "*responsables personalmente sino del buen desempeño de las funciones que según estos mismos reglamentos están a su cargo*" (cf. art. 276). Esta línea se mantiene en la primera redacción del CC de 1885 pero cambia con la Ley de Sociedades Anónimas de 1951 que ya da entrada a la acción social y a la individual, aunque matizada para no hacer peligrar, decía textualmente la Exposición de Motivos, "*la pureza administrativa que es norma y blasón de la gran mayoría de las empresas españolas*".

[129] *Responsabilidad civil y penal de los administradores societarios*.
En concreto señala: "*Si un mandatario causa al tercero algún tipo de daño, sea porque ha existido extralimitación, sea porque haya incurrido en culpa in contrahendo o en ilicitud extracontractual, no parece "en principio" que tal daño pueda ser imputado de modo directo al mandante ni que éste tenga en consecuencia derecho de repetición contra el mandatario*".

pueden generar responsabilidad interna por los daños al patrimonio social[130].

Sin embargo, la tesis mayoritaria es que la infracción de los deberes propios del cargo de administrador puede generar responsabilidad frente a terceros[131]. También hay cierto consenso en que no es posible un tratamiento uniforme al problema de la responsabilidad civil de los administradores puesto que no siempre tienen la misma condición jurídica ni las mismas competencias[132].

El análisis del art. 236 TRLSC nos lleva a las siguientes conclusiones:

1º El daño debe quedar acreditado y ser consecuencia de actos u omisiones contrarias a la ley o a los estatutos[133] que, salvo prueba en contrario, se benefician de la presunción *iuris tantum* de culpa. Si se incumplen los deberes de diligencia [134] se requiere adicionalmente la presencia de dolo o culpa. Es decir, los

[130] Lo dispuesto en el TRLSC se relaciona, dice este sector, con la denominada responsabilidad por injerencia por lo que estaríamos frente a una norma de remisión al derecho de responsabilidad civil (contractual o extracontractual) y no una verdadera acción societaria. Por todos, MARÍN BÁRCENA, F. *ob. cit*.

[131] En ROCA GUILLAMÓN, J. *Responsabilidad civil de los administradores concursales*, se extienden naturalmente las obligaciones inherentes al cargo de administrador a las situaciones de concurso de donde se pueden extraer notas de interés para configurar sus deberes.

[132] Es interesante el problema de los administradores de las sociedades civiles pues nada impide que los socios designen a un tercero. De acuerdo con PAZ ARES, C. (*Comentarios del Código Civil*, pág.1453) resultaría de aplicación en este caso al art. 1726 Cc que rige la responsabilidad del mandatario, apuntando adicionalmente los problemas relativos a cuando existe una pluralidad de administradores en ese supuesto.

[133] Resulta de interés traer a colación el denominado "*incumplimiento legítimo*" de aquellas normas estatutarias con un carácter marcadamente nulo de tal forma que cumplirlas supondría la comisión de un delito o la contravención de normas legales imperativas o prohibitivas. Véase, entre otros, QUIJANO GONZÁLEZ, J. *La responsabilidad civil de los administradores de las sociedades anónimas*.

[134] Estos deberes de diligencia están bien caracterizados en los arts. del TRLSC (con la redacción de la Ley 31/2014) 225 (deber general de diligencia), 226 (protección de la discrecionalidad empresarial), 227 (deber de lealtad), 228 (obligaciones básicas derivadas del deber de lealtad), 229 (deber de evitar situaciones de conflicto de interés) y el art. 230 por cuanto regula el carácter imperativo de los artículos antes mencionados y ciertas dispensas que, en definitiva, dibujan un sistema de imputación culpable facilitada *ex lege* y no tanto un sistema de responsabilidad objetiva (véase, entre otros, OCAÑA RODRÍGUEZ, A. ob. cit.).

administradores deben desplegar una conducta diligente y leal pero no pueden ser responsables en todo caso por no obtener resultados positivos (ver, entre otros, BLANCO PÉREZ-RUBIO, L.[135]). Por otra parte, la responsabilidad alcanza al administrador que ha participado tanto en la adopción de la decisión lesiva como en su ejecución, aunque no haya intervenido en la adopción del acuerdo.

2º La norma analizada extiende la responsabilidad al llamado "*administrador de hecho*" (art. 236.3 TRLSC) y a la alta dirección cuando no exista delegación permanente de facultades del consejo en uno o varios consejeros delegados (art. 236.4 TRLSC).

3º En lo relativo a probar la culpa (cf. arts. 1101 y 1902 Cc), que corresponde al demandante, hay que recordar que, si el daño es consecuencia de incumplimientos previstos en la ley o los estatutos, sólo debe demostrar tales incumplimientos. En otro caso, el proceso de objetivación de la responsabilidad civil subjetiva se ha ido manifestando en la inversión de la carga de la prueba, provocando un efecto atenuado del valor de la prueba al imputar la responsabilidad.

4º Las causas de dispensa están expresamente reguladas en lo relativo a las situaciones de conflicto de intereses (art. 230.2 TRLSC) aunque con una redacción francamente mejorable pues proclama el régimen imperativo para el deber de lealtad por lo que podrían existir dudas acerca de su extensión a los otros deberes. Además, al tratar las dispensas hace una referencia implícita al deber de lealtad, aunque en realidad se refiere a lo previsto en los supuestos de conflicto de intereses. Tampoco es admisible

[135] *Obligaciones de medios y obligaciones de resultado*.

exonerar de responsabilidad en el caso de que el acto o acuerdo lesivo haya sido adoptado, autorizado o ratificado posteriormente por la junta general (art. 236.2 TRLSC). En sentido contrario habrá que entender que, cuando concurren al supuesto analizado el caso fortuito o la fuerza mayor (art. 1105 Cc con remisión a los arts. 1183, 1575 y 1896 Cc), se quiebra la responsabilidad aquí tratada.

La acción social para exigir responsabilidad que está prevista en el art. 238 TRLSC se califica como orgánica más que contractual, porque los administradores no son mandatarios de la sociedad, como ya hemos indicado antes, sino titulares de un amplio detalle de competencias, funciones, deberes y poderes, para cuyo ejercicio deben estar provistos de medios materiales y personales[136]. Su ejercicio corresponde a la sociedad, previo acuerdo de la junta general[137] adoptado a solicitud de cualquier socio, aunque no conste en el orden del día, y su aprobación requiere mayoría ordinaria. No es posible incluir en los Estatutos una mayoría distinta de la ordinaria para ello. Debe quedar claro, en resumen, que se trata de una competencia indelegable en los administradores y que el acuerdo no se puede salvar por otro posterior que pretenda convalidarlo (véase, entre otros, ALONSO SOTO, R.[138]). La aprobación de las cuentas anuales no supone renunciar a la acción acordada o a su ejercicio (art. 238.4 TRLSC). Sí es posible, en cambio, que la Junta transija o renuncie al ejercicio de la acción salvo que se opongan a esta decisión socios que representen el 5 por 100 del capital social. Esta

[136] Por todos, OCAÑA RODRÍGUEZ, A. *ob. cit*.
[137] Si los administradores no convocan la junta general en el plazo de un mes desde la comisión del acto u omisión lesivo, resulta de aplicación el art. 239.1 TRLSC que faculta a los socios minoritarios que posean individual o conjuntamente una participación que les permita solicitar la convocatoria de la junta general, entablar la acción de responsabilidad en defensa del interés social.
[138] *Consideraciones sobre el ejercicio de la acción social de responsabilidad de los administradores de la sociedad anónima*.

decisión provoca, *ipso facto*, la destitución de los administradores afectados (art. 238.3 TRLSC).

Por lo que se refiere a la responsabilidad de los **auditores** que deben velar por la correcta expresión de la imagen fiel de las cuentas anuales, llamamos la atención sobre algunas sentencias del Tribunal Supremo con interesantes posicionamientos doctrinales al respecto[139] en el marco de la Ley de Auditoría (22/2015) y con la Recomendación de la Comisión Europea de 5 de junio de 2008 sobre limitación de la responsabilidad civil de los auditores legales y las sociedades de auditoría, y que por su propio enunciado atempera algo este asunto.

Se trata de un tema polémico que la ley resuelve de forma parca y dispersa. La vaguedad proviene de la referencia incluida en la LAC (art. 26, 1)[140] que remite a las reglas generales del Cc y que abre numerosos interrogantes para su aplicación. En concreto, la referencia a las reglas generales del Cc nos hacen pensar en la aplicación de los artículos 1101 Cc (responsabilidad contractual) y 1902 Cc (para la responsabilidad extracontractual)[141], es decir, la responsabilidad del auditor frente a quien le contrata, la sociedad, y frente a terceros (véase, entre otros, ILLESCAS ORTIZ, R.[142]) que, como señala la LAC, es cualquier "*persona física o jurídica, pública o privada, que acredite que actuó o dejó de actuar tomando en consideración el informe de auditoría, siendo éste elemento*

[139] Entre otros, PACHECO CAÑETE, M. *La responsabilidad civil de los auditores de cuentas. Reflexiones a propósito de la nueva Ley de Auditoría de Cuentas* y el trabajo de síntesis doctrinal en MUÑOZ GARCÍA, A. *La imputación jurídica del daño producido al tercero ante la omisión de los deberes exigidos al auditor de cuentas*.
[140] "*Los auditores de cuentas y las sociedades de auditoría responderán por los daños y perjuicios que se deriven del incumplimiento de sus obligaciones según las reglas generales del Código Civil, con las particularidades establecidas en este artículo*".
[141] Por todos, MARTÍNEZ CALCERRADA, L. *La responsabilidad civil profesional*, pág. 8.
[142] *Las cuentas anuales*, págs. 165 y ss.

esencial y apropiado para formar su consentimiento, motivar su actuación o tomar su decisión".

Los presupuestos para exigir la responsabilidad al auditor en el ámbito civil por terceros y por los daños y perjuicios que se deriven del incumplimiento de sus obligaciones, según las reglas generales del Cc (art. 1902), son la acción (u omisión), la antijuricidad, los factores de atribución subjetiva de imputabilidad, el daño y el nexo causal[143].

A la luz de los arts. 1101 y 1902 Cc antes anotados se deben diferenciar las obligaciones asumidas en el contrato suscrito específicamente con una sociedad, del deber jurídico asumido por el auditor conforme su estatuto profesional[144].

El objetivo del contrato de auditoría (art. 4.1 LAC) consiste en desplegar los medios técnicos y humanos para *dictaminar si las cuentas anuales expresan la imagen fiel del patrimonio, de la situación financiera y de los resultados de la entidad auditada, de acuerdo con el marco normativo de información financiera que resulte de aplicación*. *Asimismo, comprenderá la verificación del informe de gestión que, en su caso, acompañe a las cuentas anuales, a fin de dictaminar sobre su concordancia con dichas cuentas anuales y si su contenido es conforme con lo establecido en la normativa de aplicación*. La expresión dictaminar no es del todo afortunada pues la información contable se basa en múltiples juicios de valor y estimaciones por lo que difícilmente se puede afirmar de forma taxativa que los datos son unos y sólo unos. No es casual que el primer

[143] DÍEZ PICAZO, I. *Repensando el litisconsorcio pasivo necesario*, considera que sólo es posible que prospere la demanda si se dirige de forma conjunta contra el auditor o sociedad de auditoría, y contra las otras personas que hayan causado directamente el daño, típicamente la sociedad auditada y sus administradores.

[144] Cuestión esta que se puede fácilmente trasladar a otros profesionales que en el ejercicio de su actividad puedan facilitar información errónea como los abogados, los notarios, los tasadores y las agencias de calificación. Véase, en este sentido, el trabajo de OTERO CRESPO, M. *La responsabilidad civil del auditor de cuentas*, págs. 64-79.

párrafo del informe de auditoría se titule "*Opinión*" y el segundo párrafo se ocupe de los fundamentos en los que se basa esa opinión.

Con todo, el informe de auditoría supone una garantía de las cuentas anuales porque, además de proteger los intereses de la sociedad mercantil, también implica una información esencial -e incluso determinante- para los socios y terceros (cf. MUÑOZ GARCÍA, A.[145]). Por lo demás, incumplir la obligación asumida en el contrato celebrado entre el auditor y la empresa auditada supondría, según la doctrina civil (cf. BELTRÁN HEREDIA, P.[146]), que el auditor no entrega el informe en la fecha prevista, pero puede hacerlo (cumplimiento retrasado); no entrega el informe de auditoría y no puede hacerlo por causa que le es imputable (incumplimiento definitivo) o, por último, el caso en el que el auditor entrega el informe pero no se ajusta a lo exigible (cumplimiento defectuoso). En estos casos, y a tenor de lo previsto en el art. 1101 Cc, el auditor respondería de los daños y perjuicios causados.

Estos daños pueden ser patrimoniales y/o morales (los perjuicios de cualquier tipo deben ser evaluables económicamente, como, por ejemplo, las aportaciones no dinerarias en la constitución de una sociedad o en la ampliación de capital). Como cualquier indemnización incluye el daño emergente y el lucro cesante (es decir, el beneficio que se deja de obtener como consecuencia del daño producido)[147].

Recordemos que también se debe probar la relación de causalidad -nexo causal- entre el acto u omisión del auditor (que es siempre de difícil prueba en estos casos y, por tanto, podemos calificarlo de "*prueba diabólica*") y el daño, es decir, el acto u omisión del auditor debe ser la

[145] *Crisis empresariales. La función de los auditores y el deber de alerta en las sociedades de capital*, págs. 161-162.
[146] *El incumplimiento de las obligaciones*, págs. 18-20.
[147] En BLASCO LANG, J. J. y SEGOVIA SAN JUAN, A. *Una reflexión sobre las responsabilidades administrativas, civiles y penales de los auditores de cuentas*, se analizan en más detalle estas cuestiones abordando incluso la responsabilidad penal.

causa principal o una de las causas determinantes del perjuicio patrimonial o moral a la sociedad. Se trata de un tema polémico en el que la jurisprudencia parece inclinarse en la omisión de la diligencia debida en la ejecución del trabajo profesional. La cuestión es que esta omisión se presenta normalmente en concurso con acciones u omisiones de los administradores por lo que será muy difícil valorar qué parte del resultado dañoso es consecuencia de la omisión de uno, el auditor, o de las acciones u omisiones de otros, los administradores.

Es un problema de sumo interés por su proyección futura y la relevancia en los casos que en estos momentos se están juzgando en los tribunales de justicia y en los que se aprecia el empleo de los criterios de imputación objetiva aplicados por la dogmática penal al ámbito civil[148] (a saber, el criterio de riesgo general de la vida, de la prohibición de regreso, de la provocación, del propio fin de protección de la norma reguladora de la responsabilidad y el criterio de incremento de riesgo o conducta alternativa correcta) y una cierta confianza en la calidad del informe de auditoría de modo que cuando se pierde, es generadora de responsabilidad extracontractual de los auditores. Igualmente se advierte una tendencia a que la intervención libre (sin estar determinada por el auditor), dolosa o culposa de un tercero puede quebrar el nexo causal entre el daño y el trabajo del auditor. Por lo demás, la tendencia creciente de indemnizaciones que han sido impuestas a los auditores los últimos años ha dado paso a una moderación desde la pasada Recomendación de la Comisión de 5 de junio de 2008 (DOUE L 162/39, de 21 de junio de 2008) que puso de manifiesto que un régimen de responsabilidad ilimitado podía disuadir a las sociedades de auditoría a participar en el

[148] Véase para su identificación, PANTALEÓN PRIETO, A. *Causalidad e imputación objetiva: criterios de imputación*, pág. 1583. También, en BLASCO LANG, J. J. y SEGOVIA SAN JUAN, A. *Ob cit.*

mercado de auditoría de las cuentas anuales de los grupos cotizados europeos.

CAPÍTULO V.

CONCLUSIONES

V. CONCLUSIONES

A efectos de presentar las conclusiones que deducimos del estudio realizado hemos optado por su ordenación en los apartados de los que consta nuestro trabajo y que pasamos a exponer seguidamente:

Introducción (cuestiones previas):

1. Dejamos constancia de una hipótesis de trabajo que es la concepción del derecho contable como una especialidad jurídica relevante. Aunque hemos tratado de explicarlo, no podemos por menos que admitir que es una cuestión subjetiva.
2. La justificación del trabajo se asienta sobre la aparente falta de represión de unas conductas fraudulentas que hemos apoyado en la mínima presencia de sentencias condenatorias por el delito de manipulación contemplado en el Código Penal desde 1995. La utilidad de nuestra investigación radicaría, en nuestra opinión, en contribuir a la configuración del derecho contable a través de la definición del fraude contable como un mecanismo utilizado para adulterar los estados financieros y cuyo análisis jurídico-económico, hasta donde hemos podido evidenciar, es muy limitado.

Interpretación:

1. Podemos afirmar que, a los fines de nuestro trabajo, entendemos que la interpretación es una actividad dianoética que se ajusta a las teorías descriptivas eclécticas o intermedias (entre los postulados cognitivos y los descriptivos) y que está sujeta al

análisis posterior de validación en una concepción escalonada y dinámica del sistema jurídico.

2. En el ámbito de la interpretación de la norma contable, la imagen fiel se configura como la referencia teleológica, como su sentido, y la prevalencia del fondo económico sobre la forma jurídica como el medio para lograrla. Este medio es una elección del legislador, coherente con lo que se hace en otros países, que resulta de interés cuando hay discrepancia en el binomio fondo-forma.
3. La necesidad de interpretar las normas en general y las normas contables en particular es necesaria por la complejidad de su contenido, la imprecisión del lenguaje que se emplea, el cambio social y el problema de las lagunas. De su revisión nos hemos ocupado para concluir que se constata la fuerte presencia de estos elementos en el ámbito del derecho contable identificando las lagunas como un elemento de especial relevancia para su empleo en la interpretación fraudulenta. Eso justifica un análisis más detenido en los mecanismos que anticipan su aparición, así como las técnicas empleadas para su resolución.
4. De acuerdo con la doctrina consultada, denominamos interpretación utilitarista (o particularista) la que hace el defraudador por lo que nos interesa fijarnos en sus presupuestos metodológicos. En esencia los presupuestos ortodoxos cambian su naturaleza porque el recorrido habitual se trastoca para poner en primer lugar el resultado deseado organizando un entramado conceptual para su explicación. No cabe duda que las zonas de penumbra, en terminología hartiana, favorecen este objetivo. Anticipamos que las operaciones entre partes vinculadas (grupos de sociedades horizontales y verticales) son la mejor expresión de esa zona ambigua que emplea el intérprete fraudulento.

5. La revisión de los agentes a cargo de la interpretación nos lleva a subrayar, en el ámbito del derecho contable, el papel de los auditores y de las consultas evacuadas por el ICAC que, sin ser jurídicamente vinculantes, en nuestra opinión, vienen a recrear la costumbre (en referencia a una Sentencia del Tribunal Supremo) y dotar de coherencia y agilidad a un conjunto normativo que, de otra manera, quedaría rápidamente desfasado por el ritmo de la realidad que trata de representar. Su alto valor técnico nos lleva a concluir que no son vinculantes desde un punto de vista jurídico, pero sí desde uno factual.
6. El análisis de los criterios de la interpretación, como evolución de los elementos interpretativos savignianos, condicionados con elementos extrajurídicos como son la filosofía práctica y la realidad social nos interesa a los fines de describir el método irregular seguido en la interpretación fraudulenta.
7. El objeto de la interpretación, a los fines de nuestro trabajo, se concreta en textos (excluyendo el objeto cultural). Por su parte, el resultado de la actividad interpretativa no creemos que pueda ser único, por la complejidad y las zonas oscuras antes enunciadas, sino que debe buscar, como criterio de validación, la sinergia con el parecer mayoritario de la comunidad de especialistas. Lo contrario delimita la interpretación fraudulenta.

Fraude de ley:

1. La evolución histórica hasta la recepción de la institución en el Título Preliminar del Código Civil nos lleva a concluir acerca de su carácter autónomo. Buena parte de las bases metodológicas aún hoy discutidas no son más que proyecciones de los elementos subjetivistas (la intención es el elemento clave) y objetivistas (lo relevante es el resultado) de un pasado que, por este motivo, es necesario conocer.
2. El análisis de los elementos estructurales a partir de la definición legal del fraude nos permite afirmar lo siguiente: (i) es necesario que exista una conducta externa consistente en actos (o un acto) o negocios jurídicos con apariencia de legalidad, (ii) existe una norma (entendido este término con amplitud de contenido, esto es, omnicomprensivo de otros elementos estructurales del Derecho) que aporta una cobertura incompleta para incumplir el espíritu o la finalidad del ordenamiento jurídico, (iii) no es necesario que la norma de cobertura y la eludida sean distintas, (iv) admitimos que la norma defraudada normalmente será imperativa (o prohibitiva) pero no vemos obstáculos en que tenga otro carácter por la defensa del ordenamiento jurídico en su conjunto y (v) la intención es un elemento complementario que interesa concretar para perfilar mejor la sanción.
3. En este último sentido, la sanción de los actos declarados en fraude de ley puede tener una muy diversa naturaleza: nulidad, anulabilidad, rescisión, pérdida de derechos, indemnización de daños y perjuicios, nulidad parcial… con la vista puesta en restaurar el orden jurídico quebrado de forma indirecta.
4. La diferencia del fraude de ley con otras figuras con las que presenta puntos en común tiene por objetivo precisar mejor sus características. Esto nos ha llevado a revisar los actos cometidos

con dolo, los actos contra ley, la simulación, los negocios fiduciarios e indirectos, el abuso del derecho y la economía de opción. Se trata, en todo caso, de instituciones diferentes con sanciones diferentes y que, por tanto, hay que separar del fraude.

Fraude contable

1. El fraude contable, tal y como se define en las normas profesionales que regulan el ejercicio de la auditoría, es un término amplio que incluye cualquier error intencionado en la información ofrecida en los estados financieros. No hemos encontrado otras definiciones legales probablemente por el carácter general de la definición incluida en el Cc. Por este motivo entendemos que se relacionan de género (fraude de ley) a especie (fraude contable). Esta vinculación, empero, no se aprecia en las normas antes indicadas que parecen articular dos esferas distintas: la económica y la legal, con exclusión de responsabilidad del auditor en el fraude legal que no es más que el medio para manipular la información de la que sí es responsable. Se trata de una contradicción difícil de comprender.
2. El trabajo doctrinal se ha construido sobre esa definición difusa que incluye, de forma implícita, variadas técnicas para cometer errores intencionados que, desde un punto de vista jurídico, cuentan con sanciones diferentes. El interés económico claro de los trabajos sobre las señales que anticipan la manipulación o la relación existente entre la calidad de los auditores y el fraude o entre las características de los órganos de gobierno y el engaño en la información incluida en los estados financieros, pierde algo de utilidad jurídica, en el ámbito de nuestro análisis, por la

imprecisión legal de la responsabilidad atribuida al trabajo de los auditores.

3. El fraude en la interpretación de la norma contable queda pues en manos de la jurisprudencia cuyas resoluciones vienen a cubrir los defectos antes reseñados. De su análisis se puede afirmar que las transacciones entre partes vinculadas en entramados societarios que adoptan la forma de grupos horizontales o verticales son el medio ideal para la actividad fraudulenta. En los primeros existe el problema añadido de no disponer de estados financieros consolidados (en los que se han ajustado los resultados, activos y pasivos por operaciones intra-grupo) por su exclusión de esta obligación. La información incluida en la memoria de la sociedad matriz es insuficiente para contar con indicios de estas operaciones. En los grupos verticales que formulen cuentas anuales consolidadas habrá, al menos, un elemento para su cuantificación.
4. La legitimación activa para promover la acción de responsabilidad en el plano civil queda en manos de socios y terceros. La legitimación pasiva afecta a los administradores (de hecho y de derecho) comprometidos con la manipulación, así como a los auditores. Este planteamiento no es claro en la práctica por la necesidad de acreditar la causalidad entre la decisión adoptada y la información fraudulenta que debe estar deslindada de otros problemas que inciden (defectos en los modelos de decisión o conclusiones erróneas) en la conclusión alcanzada.

CAPÍTULO VI.

LÍMITES DEL TRABAJO Y FUTURAS LÍNEAS DE INVESTIGACIÓN

VI. LÍMITES DEL TRABAJO Y FUTURAS LÍNEAS DE INVESTIGACIÓN

Creemos que en cualquier trabajo de esta naturaleza existen aspectos que, por no entrar en la esencia del tema investigado, deben ser tratados de forma indirecta o incluso post-puestos pues, de otra forma, su conclusión no sería posible. Hemos intentado identificarlos a lo largo del mismo y a su detalle nos remitimos pues su enumeración, en este momento, resultaría prolija y en poco, pensamos, ayudaría a identificar aspectos que, por concentrarnos en el resultado final de la investigación, han quedado como límites del trabajo realizado y como líneas de investigación a desarrollar en el futuro.

Entre estos últimos recordamos en este apartado los siguientes: en primer lugar, queda pendiente el análisis en mayor profundidad de la falta de represión del delito de manipulación contable investigando las causas que provocan este desequilibrio entre la intuición de que está muy extendido y su aparente falta de relevancia en el orden jurisprudencial. De forma similar, tratar de objetivar el impacto real que cada institución jurídica tiene en los defectos intencionados de la información económica y financiera suministrada por las empresas.

En el tema de la interpretación y, en segundo lugar, hemos analizado el catálogo de reglas heurísticas (primarias y secundarias) que ayudan al intérprete a llevar a cabo su actividad. De entre las relaciones analizadas hemos optado por seleccionar la más completa, pero, a buen seguro, la elección exige un esfuerzo adicional para fundamentar más certeramente la opción elegida.

El fraude contable ha girado exclusivamente en torno a la manipulación de la información elaborada por las empresas. El análisis jurisprudencial

del fraude nos ha permitido advertir su presencia reiterada en el Derecho de Familia por el componente patrimonial implícito. Nos parece una línea de trabajo a seguir con interés en el futuro. De forma similar, la problemática de aquellas entidades que no revisten forma mercantil (por ejemplo, las Fundaciones o Asociaciones sin ánimo de lucro), presenta igualmente interesantes retos a acometer. Por último, su aplicación a la denominada Contabilidad Pública vendría a cubrir un campo de trabajo que nos parece sumamente atractivo, aunque más indicado para los investigadores en este área.

Finalmente, creemos que un análisis como el que hemos realizado debe contar con su posible transferencia de conocimientos a la Sociedad. En este sentido pensamos que el estudio de las consultas publicadas por el ICAC supone un caudal importante de conocimientos que debe ser adecuadamente conducido para su mejor aprovechamiento. Para llegar a esta conclusión hemos analizado 664 consultas que nos permiten afirmar lo siguiente:

1. Los problemas técnicos planteados son cada vez más complejos.

2. No hay consultas en materia contable que se hayan publicado en los números de BOICAC 95, 93, 71, 57, 22, 20, 18, 14, 11, 10, 8, 7, 2 y 1. Es habitual distinguir entre consultas en materia contable y de auditoría, aunque algunas veces desaparece esta separación (se mantiene siempre en su versión digital accesible a través del sitio de *internet* del ICAC).

3. El criterio gramatical es el más usado en la solución de las consultas (69,18% de los casos) seguido por el teleológico (17,58%) y el sistemático (13,24%).

4. En proporción, nos ha llamado la atención que el principal motivo de consultas tenga que ver con el reconocimiento de activos,

pasivos, gastos e ingresos (28,02% del total). A este dato probablemente habría que añadir las consultas sobre activos y pasivos financieros (18,26%) por lo que estos problemas casi ocupan la mitad de las consultas formuladas reforzando así el interés que por estas cuestiones siempre ha evidenciado la doctrina contable. También es importante el peso de los problemas relacionados con los grupos de sociedades o el registro de operaciones con partes vinculadas (19,63%). Por último, preocupa a los consultantes las cuestiones relativas a la formulación de cuentas anuales (12,1% del total de consultas publicadas). En el extremo opuesto, reseñar que apenas ha sido objeto de consultas los problemas relacionados con los impuestos (directos o indirectos) que sólo suponen el 7,3% del total estudiado. Es consecuencia lógica de que son esferas diferentes. También hay que reseñar las pocas referencias a NIC/NIIF en la solución de problemas (1,82% del total analizado).

5. Existe una correlación positiva entre el empleo del método gramatical y las consultas relacionadas con los problemas de los grupos de sociedades, la formulación de las cuentas anuales y el registro de activos financieros. Por el contrario, existe una correlación negativa (apenas se usa) entre este método interpretativo y cuestiones relativas a coberturas contables, informe de auditoría, aspectos medioambientales en contabilidad, resultados y valoración de pasivos.

6. Si llevamos a cabo el estudio anterior sobre el método teleológico encontramos una fuerte interrelación con las consultas realizadas sobre activos y pasivos financieros, reconocimiento de ingresos y cuentas consolidadas. Por el contrario, no se aplica este método para consultas sobre valoración de activos y pasivos, autocartera,

operaciones de cobertura contable, contabilización de errores contables, hechos posteriores al cierre del ejercicio, registro de impuestos y contabilidad de inversiones inmobiliarias.

7. Es notable la fuerte relación entre el empleo del método sistemático y los problemas en los grupos de sociedades. En menor medida, pero igualmente con cierta correlación positiva, su empleo para resolver problemas de entidades sin ánimo de lucro.

La transferencia de estos conocimientos a la Sociedad podría adoptar la forma de alternativas tecnológicas que posibiliten el vínculo entre la descripción de un problema y su resolución. Estamos pensando en su utilidad para quien debe adoptar una decisión judicial o prestar un consejo profesional cuando se desconoce el recorrido a realizar para formarse una opinión sobre el tema sujeto a discusión. En concreto, es posible emplear programas de procesamiento de lenguaje natural [1] que "*entienden*" una consulta formulada y buscan la solución en la base de datos que dispone del caudal de conocimientos antes descrito. Adicionalmente, es posible ampliar los documentos incorporando el buen trabajo realizado por la doctrina financiera y contable. La fórmula que, con este objetivo, posibilitan los proyectos de investigación competitivos de equipos de trabajo multidisciplinares es una orientación que nos gustaría seguir en un futuro próximo.

[1] La base necesaria para esta afirmación la tenemos documentada en MARR, B. *Big data: using Smart data, analytics and metrics to make better decisions and improve performance* y FINLAY, S. *Predictive analytics, data mining and big data myths. Misconceptions and Methods*.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AARNIO, A. "La tesis de la única respuesta correcta y el principio regulativo del razonamiento jurídico" *Doxa*, 8, 1990, págs. 23-38.

AARNIO, A. "Sobre la ambigüedad semántica en la interpretación jurídica" Doxa, 4, 1987, págs. 109-117.

ABARCA JUNCO, P. *Derecho internacional privado*. Volumen I. Colex. Madrid, 2003.

ALBÁCAR LÓPEZ, J. L. *Código Civil. Doctrina y jurisprudencia*. Tomo I (arts. 1 a 332). Trivium. Madrid, 1994.

ALBALADEJO GARCÍA, M., M. *Derecho Civil* (tomo I). Bosh. Barcelona, 1996.

ALBALADEJO GARCÍA, M., M. "El llamado negocio fiduciario es simplemente un negocio simulado relativamente" *Actualidad Civil*, 4, 1993, págs. 663-675.

ALBALADEJO GARCÍA, M., M. "El hecho jurídico" *Revista de la Facultad de Derecho*, 73, 1955, págs. 346-381.

ALCALDE RODRÍGUEZ, E. "Teoría del fraude a la ley" en AA.VV. *II Curso de actualización jurídica. Teorías del Derecho civil moderno*. UD. Santiago de Chile, 2005.

ALCHOURRON, C. y BULYGIN, E. Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales. Astrea. Buenos Aires, 1987.

ALCHOURRON, C. y BULYGIN, E. *Sobre la existencia de las normas jurídicas*. Fontamara, Méjico, 2011.

ALEXANDER, D., BRÉBISSON, H., CIRCA, C., EBERHARTINGER, E., FASSIELO, R., GROTTKE, M. y KRASODOMSKA, J. "Philosophy of languaje and accounting" *Accounting, Auditing and Accountability Journal*, 31(7), 2018, págs. 1957-1980.

ALEXY, R. "La naturaleza de la filosofía del Derecho" *Doxa*, 26, 2003, págs. 147-159.

ALEXY, R. "Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica" *Doxa*, 5, 1988, págs. 139-151.

ALEXY, R. *Teoría de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid, 2008.

ALFONSÍN, Q. *Teoría del Derecho Privado Internacional*. Idea. Montevideo, 1982.

ALONSO ESPINOSA, F. "El deber de documentación de la empresa y de llevanza de Contabilidad tras la Ley 16/2007, de 4 de julio" *Revista del Derecho del Mercado de Valores*, 5, 2009, págs. 23-54.

ALONSO SOTO, R. "Consideraciones sobre el ejercicio de la acción social de responsabilidad de los administradores de la sociedad anónima" *La Ley* (5), 2000, págs. 1869-1874.

ÁLVAREZ MELCÓN, S. "El principio contable de imagen fiel: una introducción" AA.VV. *Homenaje a Carlos Cubillo Valverde*, págs. 13-22. Instituto Planificación Contable. Madrid, 1983.

ÁLVAREZ MELCÓN, S. y BESTEIRO VARELA, A. "Hacia una nueva normalización contable en España" Segunda Ponencia, vol. I, págs. 461-514. I Jornadas de Contabilidad Financiera. Madrid, 1999.

ÁLVAREZ MELCÓN, S. y CORONA ROMERO, E. *Cuentas anuales consolidadas*. Pirámide. Madrid, 2011.

ÁLVAREZ MELCÓN, S. y GARCÍA OLMEDO, R. *Contabilidad y fiscalidad: impuesto sobre sociedades e IVA*. Centro Estudios Financieros. Madrid, 2016.

AMAT, O. y BLAKE, J. *Contabilidad creativa*. De Gestión 2000. Barcelona, 1996.

AMAT, O. y OLIVERAS, E. "Propuestas para combatir la contabilidad creativa" *Universia Business Review*, 2004, págs. 10-17.

AMORÓS GUARDIOLA, M. "Artículo 6.4" en AA.VV. *Comentarios a las reformas del Código civil: el nuevo título preliminar del Código y la ley de 2 de mayo de 1975*, Vol. I, págs. 334-355. Tecnos. Madrid, 1977.

ANCHONDO PAREDES, V. "Métodos de interpretación jurídica" *Revista Universidad Autónoma de Chihuahua*, 16, 2012, págs. 33-58.

ANDER-EGG, E. *Técnicas de investigación social*. Lumen. Buenos Aires, 1995.

ANGEL YAGÚEZ, R. *La doctrina del «levantamiento del velo» de la persona jurídica en la reciente jurisprudencia*. Civitas. Madrid, 1990.

ANTOLÍNEZ COLLET, S. "Imagen fiel y principios contables" *Revista Española de Financiación y Contabilidad*, 2010, págs. 351-361.

APELLÁNIZ GÓMEZ, P. y LABRADOR BAFARRÓN, M. "El impacto de la regulación contable en la manipulación del beneficio. Estudio empírico de los efectos del PGC de 1990" *Revista Española de Financiación y Contabilidad*, 24 (52), 1995, págs. 13-40.

ARENA, F. "Una alternativa para el escepticismo interpretativo: convenciones y cuasirrealismo en la interpretación jurídica" *Doxa*, 36, 2013, págs. 417-438.

ARJONA BRESCOLÍ, A. *La contabilidad triangular o de partida triple*. Editorial Club Universitario. Alicante, 2013.

ARNEDO AJONA, L., LIZARRAGA DALLO, F. SÁNCHEZ ALEGRÍA, S. y RUIZ BARBADILLO, E. "Las expectativas del usuario ante la salvedad al principio de empresa en funcionamiento. Evidencia empírica del fenómeno de la profecía autocumplida para el caso español" *Revista Española de Financiación y Contabilidad*, 154, 2012, págs. 263-290.

ARRUBLA PAUCAR, J. *Los negocios fiduciarios y la fiducia en garantía*. Tesis doctoral. Universidad de Salamanca, 2013.

ASÍS ROIG, R. Jueces y normas. La decisión judicial desde el Ordenamiento, Marcial Pons. Madrid, 1995.

ASÍS ROIG, R. Un apunte sobre la interpretación de los derechos sociales. Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas. Universidad Carlos III. Madrid, 2010.

ASÚA GONZÁLEZ, C. "Comentario al art. 7 del Código Civil" en AA.VV.: *Estudios y Comentarios Legislativos*. Aranzadi, Cízur Menor, 2011

ATIENZA, M. "Algunas tesis sobre la analogía en el Derecho" *Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 2, 1985, págs. 223-229.

ATIENZA, M. y RUIZ MANERO, J. *Ilícitos atípicos*. Trotta. Madrid, 2000.

AUDIT, B. *La fraud à la loi*. Dalloz. Paris, 1974.

BALLARÍN GARNICA, A. "Detección de indicios de manipulación contable y posible práctica "fraudulenta" en el gremio del comercio textil de Londres en los siglos XIV y XV" *Pecvnia*, 19, 2014, págs. 21-42.

BARBERIS, M. "El realismo jurídico europeo-continental" en FABRA, J.L. y NÚÑEZ, A. (coords.). *Enciclopedia de Filosofía y teoría del Derecho*, vol. 1, págs. 227-240. Instituto de investigaciones jurídicas. Méjico, 2015.

BASTERRA, M. "El problema de las lagunas en el Derecho" *Derecho y Sociedad*, (15), 2000, págs. 280-291.

BAYLEY, L. y TAYLOR, S. *Identifying earnings overstatements: A practical test*. Universidad de Nueva Gales del Sur, Sydney, 2007 (*Disponible en SSRN 995957*).

BEASLEY, M. "An empirical analysis of the relation between borad of director composition and financial statement fraud" The Accounting Review, 71, 1996, págs. 443-465.

BEASLEY, M., CARCELLO, J. y HERMANSON, D. "Fraudulent financial reporting 1987-1997: an análisis of U.S. Public Companies. Committee of Sponsoring Organizations of the Treadway Commission. 1999 (disponible en el sitio de internet www.coso.org).

BEAUGRANDE, R. y DESSLER, W. *Introducción a la lingüística del texto*. Ariel. Barcelona, 1997.

BECKER, C., DeFOND, M., JIAMBALVO, J. y SUBRAMANYAM, K. "The effect of Audit quality on earnings management" *Contemporary Accounting Research*, 1998, págs. 1-24.

BELTRÁN DE HEREDIA, J. "Concepto de fraude de ley" *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, 16, 1968, págs. 177-227.

BELTRÁN DE HEREDIA, P. *El incumplimiento de las obligaciones*. Editorial de Derecho Reunido. Madrid, 1990.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A. "Notas sobre el origen histórico del Derecho mercantil" en AA.VV. *Estudios jurídicos en Homenaje a Joaquín Garrigues*. Vol. 1, págs. 1-44. Tecnos. Madrid, 1971.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. "Comentarios al artículo 7 del Código Civil" en AA.VV. *Comentario al Código Civil*. Aranzadi. Cízur Menor, 2009.

BETTI, E. Teoría de la interpretación jurídica. Ediciones UC. Santiago de Chile, 2015.

BIEDMA LÓPEZ, E., RUIZ BARBADILLO, E. y GÓMEZ AGUILAR, N. "¿Cómo actúan las empresas frente a la dependencia económica del auditor? El papel del comité de auditoría" *Revista de Contabilidad*, 14(1), 2011, págs. 87-119.

BLANCO DOPICO, I. y GAGO RODRÍGUEZ, S. "Percepción polo alumno da necesidade de ensinanza de ética en contabilidade" *Revista Galega de Economía*, número 2, 1993, págs. 83-100.

BLANCO CAMPAÑA, J. Material académico no publicado accesible en versión digital. Universidad Nacional de Educación a Distancia. Madrid, 2006. En marzo de 2020, el texto original ha sido puesto al día para el curso académico 2015-2016 y es accesible en

https://www.studocu.com/es/document/uned/derecho-contable/apuntes/apuntes-derecho-contable-2015-2016/1384716/view)

BLANCO CAMPAÑA, J. *Régimen jurídico de la contabilidad de los empresarios*. El Autor. Madrid, 1980.

BLANCO CAMPAÑA, L. "Obligaciones de medios y obligaciones de resultado: ¿Tiene relevancia jurídica su distinción" en *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 6 (2), 2014, págs. 50-74.

BLASCO LANG, J. J. y SEGOVIA SAN JUAN, A. "Una reflexión sobre las responsabilidades administrativas, civiles y penales de los auditores de cuentas" *IV Jornada de Trabajo sobre Auditoría Contable*. ASEPUC. Madrid, 2001.

BLASCO LANG, J.J. "De la contabilidad creativa al delito contable" *Partida Doble*, núm. 85, 1998, págs. 33-39.

BOBBIO, N. *Teoría general del Derecho*. Olejnik. Santiago de Chile, 2017.

BONET CORREA, J. "Los actos contrarios a las normas y sus sanciones" *Anuario de derecho civil*, *29*(2), 1976, págs. 309-336.

BONO, M. "La ciencia del derecho y los problemas del lenguaje natural: la identificación del conflicto" *Isonomía*, (13), 2000, págs. 159-175.

BRANDA, C. "Razón natural y racionalidad política en el Leviatán de Thomas Hobbes" *Res Pública*, 20, 2008, págs. 67-94.

BRINK, V. y WITT, H. *Modern internal auditing*. John Wiley & Sons. New York, 1982.

BROSETA PONT, M. y MARTÍNEZ SANZ, F. *Manual de Derecho Mercantil*. Tecnos. Madrid, 2016.

BROWN, R. “Changing audit objectives and techniques” *The Accounting Review*, 37 (4), 1962, págs. 609-703.

BULYGIN, E. “Algunas consideraciones sobre los sistemas jurídicos” *Doxa*, 9, 1991, págs. 257-279.

BURLADA ECHEVESTE, J. L. “*El fraude de ley en Derecho tributario*” Quincena fiscal, núm. 7-8, 2006 (recurso electrónico accesible en www.westlawinsignis.com).

CABRA APALATEGUI, J.M. “Argumentos, reglas y valores en la interpretación jurídica” *Anuario de Filosofía del Derecho*, 33, 2017, págs. 37-62.

CAFFARENA LAPORTA, J. “Eficacia general de las normas jurídicas: artículo 6 apartado 4” en ALBALADEJO GARCÍA, M., M. y DÍAZ ALABART, S. (directores). *Comentarios al Código Civil*, vol. 1, cap. 3. Revista de Derecho Privado. Madrid, 1992.

CALVO GARCÍA, M. “Metodología jurídica e interpretación: el postulado de la racionalidad del legislador” *Anuario de filosofía del derecho*, 3, 1986, págs. 101-132.

CALLAO GASTÓN, S. y JARNE JARNE, J. I. “El impacto de la crisis en la manipulación contable” *Revista de Contabilidad*, 14 (2), 2011, págs. 59-85.

CANALE, D. (2012) “Teorías de la interpretación jurídica y teorías del significado” *Discusiones*, (11), 2012, págs. 135-165.

CAÑIBANO CALVO, L. “El concepto de imagen fiel y su aplicación en España” *Partida doble*, *178*, 2006, págs. 10-17.

CAÑIBANO CALVO, L. *Curso de auditoría contable*. Pirámide. Madrid, 1990.

CAÑIBANO CALVO, L., TÚA PEREDA, J. y LÓPEZ COMBARROS, J.L. "Naturaleza y filosofía de los principios contables" *Revista Española de Financiación y Contabilidad*, 47, 1985, págs. 293-355.

CAÑIBANO CALVO, L., y GONZALO ANGULO, J. A. "Los programas de investigación en contabilidad" Revista de Contabilidad, núm. 0, 1997, págs. 57-95.

CARBONNIER, J.: *Sociología jurídica*. Tecnos. Madrid, 1982.

CARCOVA, C. "Complejidad y Derecho" *Doxa*, 21, 1998, págs. 65-78.

CARNELUTTI, F. *Teoría general del Derecho*. Metodología del Derecho. Comares. Granada, 2013.

CARRASCO MANCHADO, A. I. "«Simular» y «disimular», percepción de un concepto moderno en la Edad Media hispana" *Res Pública*, 18, 2007, págs. 335-352.

CARVAJAL, J.: "La sociología jurídica y el Derecho" *Revista Prolegómenos, Derechos y Valores*, 14(27), 2011, págs. 109-119.

CASALMIGLIA, A. "El concepto de integridad en Dworkin" *Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 12, 1992, págs. 155-176.

CASO PARDO, C., GARCÍA DÍEZ, J, LÓPEZ DÍAZ, A. y MARTÍNEZ ARIAS, A. "Estudio de la incidencia de ciertos factores en el informe de auditoría" *Revista de Contabilidad*, 6 (11), 2003, págs. 57-86.

CASTILLO GARRIDO, S. C. "Lagunas del derecho y el dogma de la plenitud del sistema jurídico" *Revista Judicatura*, 2009, págs. 35-46

CASTRILLO LARA, L. *Contingencias contables que pueden originar el nacimiento de pasivos: un estudio empírico sobre su tratamiento*

en las empresas españolas. Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas. Madrid, 1996.

CASTRILLO LARA, L. y SAN-MARTÍN REYNA, J. "Los ajustes por devengo como medida de discrecionalidad directiva" *Contaduría y Administración*, 226, 2008, págs. 9-37.

CATALÁN, M. *Antropología de la mentira. Seudología II*. Verbum. Madrid, 2005.

CEA GARCÍA, J. L. "La racionalidad económica en los principios contables y las operaciones financieras a largo plazo" *Revista Española de Financiación y Contabilidad*, 15 (48), 1985, págs. 572-613.

CEA GARCÍA, J. L., y VIDAL LOPO, R. Escenarios de excepción de prevalencia de la imagen fiel sobre los principios y normas contables legales. Análisis conceptual y evidencia empírica para las empresas españolas cotizadas en el IBEX 35. *Revista de Contabilidad y Financiación,* 308, 2008, págs. 113-150.

CEA GARCÍA, J.L. "En torno a la contabilización de los derechos de suscripción: Una revisión crítica de la regulación contable española" *Estudios financieros. Revista de contabilidad y tributación*, 213, 2000, págs. 105-192.

CEA GARCÍA, J.L. *La búsqueda de la racionalidad económico-financiera. Imperativo prioritario para la investigación contable*. ICAC. Madrid, 1996.

CERDEIRA BRAVO, G. "Analogía e interpretación extensiva: una reflexión (empírica) sobre sus confines" *Anuario de Derecho Civil,* 65, 2012, págs. 1001-1073.

CIMOURDAIN, C. “Derecho de Contabilidad: finalidad y fidelidad de las cuentas anuales” *Revista Española de Financiación y Contabilidad*, 61, 1989, págs. 903-913.

COMANDUCCI, P. “El abuso del Derecho y la interpretación jurídica” *Revista de Derecho Privado*, 21, 2011, págs. 107-118.

COMANDUCCI, P. “Principios jurídicos e indeterminación del derecho” *Doxa*, 21, 1998, págs. 89-104.

CORDENTE VAQUERO, F. “La toma de Masada: ejemplo de eficacia de la técnica poliorcética en el ejército romano” *Gerión, 10*, 1992, págs. 155-170.

COSSIO, A. *El dolo en el Derecho Civil*. EDERSA. Madrid, 1955.

COURTIS, C. *Observar la ley: ensayos sobre metodología de la investigación jurídica*. Trotta. Madrid, 2015.

CRESPO DOMÍNGUEZ, M. A. “La fiabilidad de la información contable y las prácticas de distorsión” págs. 229-248 en AA.VV.: *Ensayos sobre Contabilidad y Auditoría. En homenaje al profesor Sáez Torrecilla*. ICAC. Madrid, 1996.

CRIFÒ, G. “Lectura mínima de Grocio” *Cuadernos sobre Vico*, 13-14, 2001, págs. 321-326.

CUADRADO EBRERO, A. y VALMAYOR LÓPEZ, L. *Metodología de la investigación contable*. McGraw Hill. Madrid, 1999.

CUADRADO EBRERO, A. y VALMAYOR LÓPEZ, L. *Organismos contables americanos emisores de normas*. ICAC. Madrid, 1992.

CUADRADO PÉREZ, C. *La moderna configuración de la doctrina del abuso del Derecho*. Aranzadi. Cízur Menor, 2014.

CUENCA GÓMEZ, P. "Aspectos, problemas y límites de la interpretación jurídica y judicial" *Derecho y Libertades*, 9 (13), 2004, págs. 261-298.

CUENCA GÓMEZ, P. "En defensa de una concepción alternativa de la interpretación jurídica" *Cuadernos electrónicos de filosofía del Derecho*, (23), 2011, págs. 74-96.

CUERVO GARCÍA, A. "Administración y dirección de empresas" *Revista de Economía*, 8, 1991, págs. 45-50.

CHANDLER, R. EDWARDS, R. y ANDERSON, M. "Changing perceptions of the role of the company auditor: 1840-1940" *Accounting and Business Research*, *23*(92), 1993, págs. 443-459.

CHIASSONI, P. *Técnicas de interpretación jurídica: breviario para juristas*. Marcial Pons. Madrid, 2011.

CHOCLÁN MONTALVO, J. A. "Conflicto en la aplicación de la norma, simulación y negocios jurídicos anómalos en el ámbito del derecho penal" *Temas Tributarios de Actualidad*, 2004 (recurso electrónico accesible en http://www.aedaf.es/es/gabinete-de-estudios/temas-tributarios-de-actualidad/diciembre-2004-en-detalle-147

CHOLVIS, F. *Balances falsos*. Prometeo. Buenos Aires, 1955.

DE ARRIAGA GÓMEZ, F., CUADRADO EBRERO, A. y SOSA ÁLVAREZ, J.: "*Guías para la mejora de la información financiera en un entorno axiomático de la contabilidad por partida múltiple*" Trabajo que integraba las aportaciones del Proyecto de Investigación 07T/0020/1998 de la Dirección General de Investigación Científica y Técnica de la Comunidad de Madrid. Madrid, 2000.

DE CASTRO Y BRAVO, F. *El negocio jurídico*. Civitas. Madrid, 1985.

DE CASTRO Y BRAVO, F. *Temas de Derecho Civil*. El Autor. Madrid, 1972.

DE CASTRO Y BRAVO, F. *Compendio de Derecho Civil*. RGP. Madrid, 1970.

DE CASTRO Y BRAVO, F. *Derecho Civil de España,* vol. I. Instituto de Estudios Políticos. Madrid, 1955.

DeANGELO, L. "Auditor size and Audit quality" *Journal of Accounting and Economics*, 1981, págs. 183-199.

DECHOW, P., GE, W. y LARSON, C. "Predicting material accounting misstatements" *Contemporary accounting research*, *28*(1), 2011, págs. 17-82.

DEHESA DÁVILA, G. *Introducción a la retórica y la argumentación: Elementos de retórica y argumentación para perfeccionar y optimizar el ejercicio de función jurisdiccional*. C.S. Méjico, 2005.

DELGADO ECHEVARRÍA, J. "El concepto de validez de los actos jurídicos de derecho privado" *Anuario de derecho civil*, *58*(1), 2005, págs. 9-74.

DELGADO PINTO, J. "Sobre la vigencia y la validez de las normas jurídicas" *Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 7, 1990, págs. 101-168.

DELGADO PINTO, J. De nuevo sobre el problema del Derecho natural. Universidad de Salamanca. Salamanca, 1982.

DELGADO PINTO, J. "La interpretación evolutiva de la norma" *Ius Canonicum* (16), 1976, págs. 117-136.

DELGADO ECHEVARRÍA, J. y LACRUZ BERDEJO, J.L. *Elementos de Derecho Civil*, tomo I. Parte general. Dykinson. Madrid, 2008.

DESDENTADO DAROCA, E. “La responsabilidad de los administradores sociales frente a socios y terceros: naturaleza, fundamento y problemas a delimitar” *La Ley*, núm 5, 2000, págs. 1.900-1.912.

DÍEZ-PICAZO, I. “Repensando el litisconsorcio pasivo necesario (al hilo de la responsabilidad civil “proporcional” de los auditores” *Revista Aranzadi Doctrinal*, 5, 2015, págs. 165-178.

DÍEZ-PICAZO, L. *La seguridad jurídica y otros ensayos*. Cuadernos Cívitas. Cizur Menor, 2014.

DÍEZ-PICAZO, L. “Eficacia e ineficacia del negocio jurídico”. *Anuario de derecho civil*, 14(4), 1961, págs. 809-834.

DÍEZ-PICAZO, L. “El abuso del derecho y el fraude de la ley en el nuevo Título Preliminar del Código Civil español y el problema de sus recíprocas relaciones” *Ius et Veritas*, 5, 1992, págs. 5-14.

DÍEZ-PICAZO, L. “El concepto de causa en el negocio jurídico” *Anuario de Derecho civil*, 16(1), 1963, págs. 3-32.

DÍEZ-PICAZO, L. “Notas sobre la indemnización del daño causado por el dolo incidental” *Anuario de derecho civil*, *62*(3), 2009, págs. 1043-1054.

DÍEZ-PIZACO, L. y GULLÓN, A. Sistema de Derecho civil. Vol. I. Tecnos, Madrid, 2004.

DOPICO GÓMEZ-ALLER, J. “Estafa y dolo civil: criterios para su delimitación” *Dereito*, 21 (1), 2012, págs. 7-35.

DURÉNDEZ GÓMEZ-GUILLAMÓN, A. *La auditoría de cuentas en España: un estudio empírico sobre la función, utilidad y comprensión del informe de auditoría*. Tesis doctoral. Universidad de Murcia, 2001.

DWORKIN, R. “The Forum of Principle” *New York University Law Review*, 56, 1981, págs. 469-518

DWORKIN, R. *Los derechos en serio*. Ariel Derecho. Barcelona, 1989.

ENDICOTT, T. “Ronald Dworkin y las Consecuencias de la Vaguedad” en *Doxa* 19, 1996, págs. 375-383

ENGISCH, K. *Introducción al pensamiento jurídico*. Guadarrama. Madrid, 1967.

ERICKSON, M., HANLON, M. y MAYDEW, E. “How much will firms pay for earnings that do not exist? Evidence of taxes paid on allegedly fraudulent earnings” *The Accounting Review*, 79 (2), 2004, págs. 387-408.

ERRERA, A. “Entre analogía *legis* y analogía *iuris*: Boloña contra Orleans” Revista de Derecho Privado, 30, 2016, págs. 17-51.

ESPINOSA DRAKE, M. “El papel de la Universidad en la mejora del comportamiento ético de los profesionales contables” *Revista de Contabilidad*, 4, 2001, págs. 53-74.

ESTABÁN VELASCO, G. “Algunas reflexiones sobre la responsabilidad de los administradores frente a los socios y terceros: acción individual y acción por no promoción o remoción de la disolución”, págs. 1679-1720 en IGLESIAS, J. (coord.) *Estudios Jurídicos en Homenaje al profesor Aurelio Menéndez* (IGLESIAS coord.). Civitas. Madrid, 1997.

ESTRUCH, D. “Entre la Potestas y la Auctoritas”. Un recorrido histórico por el dualismo del poder en el occidente cristiano” *Revista Cultura y Religión*, *6*(2), 2012, págs. 78-102.

EULERICH, M. y KALINICHENKO, A.: "The current state and future directions of continuous auditing research: An analysis of the existing literature" *Journal of Information Systems*, *32*(3), 2017, págs. 31-51.

EZQUIAGA GANUZAS, F. J. "Argumentos interpretativos y postulado del legislador racional" *Isonomía*, *1*, 1994, págs. 69-98.

EZQUIAGA GANUZAS, F. J. *La argumentación en la justicia constitucional y otros problemas de aplicación e interpretación del Derecho*. TEPJF. Méjico, 2006.

FAFATAS, S. "Auditor conservatism following Audit failures" *Managerial Auditing Journal*, 25 (7), 2010, págs. 639-658.

FALCÓN Y TELLA, M.J. *Lecciones de teoría del Derecho*. Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho. Universidad Complutense de Madrid. Madrid, 2011.

FARBER, D. *Restoring trust after fraud: does corporate governance matter?* Documento de trabajo de 2004 disponible en ssrn.com/abstract=485403 (último acceso agosto de 2020).

FARIÑAS DULCE, M. J. *El problema de la validez jurídica*. Civitas. Madrid, 1991.

FERNÁNDEZ ÁLVAREZ, A. y GÓMEZ ANSÓN, S. "El Gobierno de la empresa: mecanismos alineadores y supervisores de las actuaciones directivas" *Revista Española de Financiación y Contabilidad*, 100, 1999, págs. 355-380.

FERNÁNDEZ ÁLVAREZ, A., GÓMEZ ANSÓN, S. y FERNÁNDEZ MÉNDEZ, C. "El papel supervisor del consejo de administración sobre la actuación gerencial. Evidencia para el caso español" *Investigaciones Económicas*, 22 (3), 1998, págs. 501-516.

FERNÁNDEZ BUJÁN, A. "Notariado y jurisdicción voluntaria" Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid, 15, 2007, págs. 91-108.

FERNÁNDEZ PIRLA, J.M. *Una aportación a la construcción del Derecho contable*. Instituto de Planificación Contable. Madrid, 1986.

FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, E. y MARTÍNEZ ARIAS, A. "La discrecionalidad en las diferencias temporarias entre Contabilidad y Fiscalidad" Revista Española de Financiación y Contabilidad, 44 (2), 2015, págs. 180-207.

FERRARA, F. *La simulación de los negocios jurídicos*. Edersa. Madrid, 1960.

FERRATER MORA, J. *Diccionario de Filosofía*. Montecasino. Buenos Aires, 1964.

FERRATOLI, L. *Principia iuris. Teoría del Derecho y de la Democracia*. Trotta. Madrid, 2011.

FIGA FAURA, L. "La analogía", en Ciclo de Conferencias sobre el Nuevo Título Preliminar del Código Civil, Colegios de Abogados y Notarial de Barcelona y Academia de Jurisprudencia y Legislación de Cataluña. Barcelona, 1975 reproducida en *Revista la Notaria*, 150 anys: 1858-2008, vol. 3 págs. 5-23. Marcial Pons. Barcelona, 2008.

FINLAY, S. *Predictive analytics, data mining and big data myths. Misconceptions and Methods*. Palgrave Macmillan. Londres, 2014.

FITÓ, M.A., GÓMEZ, F. y MOYA, S. "Efectos del nuevo PGC en los estados financieros: el problema de la comparabilidad de los datos" *Universia Business Review*, 4º trimestre, 2010, págs. 136-149.

FLÓREZ LÓPEZ, R. “Problemática contable en las provisiones, cambios en criterios contables, errores, estimaciones y hechos posteriores” *Pecvnia*, 2009, págs. 189-241.

FOISNEAU, L. “Hobbes y la autoridad de la ley” Derechos y Libertades, 17, 2007, págs. 57-70.

FOUCAULT, M. *La verdad y las formas jurídicas*. Gedisa. Barcelona, 1980.

FRANCIS, J. “What do we know about audit quality?” *The British Accounting Review*, 36, 2004, págs. 345-68.

FRANCO RUI, R. “El problema de la verdad y la Contabilidad” *Revista Criterio Libre*, 20, 2014, págs. 43-72.

GALGANO, F. “El contrato en las relaciones transnacionales” *Anuario de derecho civil*, 60(3), 2007, págs. 1295-1304.

GALGANO, F. “El crepúsculo del negocio jurídico” *Derecho y Sociedad*, 16, 2001, págs. 237-250.

GALINDO, I. *Interpretación e integración de la ley*. Serie Estudios Jurídicos, núm. 38. Universidad Nacional Autónoma de Méjico. Méjico, 2006.

GARCÍA MIRANDA, C. “La unidad en el concepto de ordenamiento jurídico de Santi Romano” *Anuario da Facultade De Dereito*, 1998, págs. 287-297.

GARCÍA IGLESIA, I. *La elección contable para los gastos de investigación y desarrollo*. Documento de trabajo 151/98. Universidad de Oviedo. Oviedo, 1998.

GARCÍA BENAU, A. y HUMPHREY, C. “La auditoría y el fraude: algunas consideraciones internacionales” *Revista Española de Financiación y Contabilidad*, 34(84), 1995, págs. 697-725.

GARCÍA BENAU, A. y VICO MARTÍNEZ, A. “Los escándalos financieros y la auditoría: pérdida y recuperación de la confianza en una profesión en crisis” *Revista valenciana de Economía y Hacienda*, (7-I), 2003, págs. 25-48.

GARCÍA-BENAU, A., GARRIDO, P. VICO MARTÍNEZ, A., MOIZER, P. y HUMPHREY, C. “La calidad del servicio de auditoría: los auditores vistos por sus “clientes”” *Revista Española de Financiación y Contabilidad*, 28 (102), 1999, págs. 1005-1041.

GARCÍA-BENAU, A., VICO MARTÍNEZ, A. y ZORIO GRIMA, A. La opinión de los auditores sobre la regulación de la independencia. *Partida Doble*, 146, 2003, págs. 32-47.

GARCÍA ENTERRÍA, E. *Justicia y seguridad jurídica en un mundo de leyes desbocadas*. Cuadernos Cívitas. Cizur Menor, 1999.

GARCÍA ENTERRÍA, E. *Reflexiones sobre la Ley y los Principios Generales del Derecho*. Cuadernos Cívitas. Cizur Menor, 1984.

GARCÍA GARRIDO, M. J. *Derecho privado romano*. Sanz y Torres. Madrid, 2019.

GARCÍA OSMA, B. y GIL DE ALBORNOZ, B. *El Gobierno corporativo y las prácticas de earnings management: evidencia empírica en España*. Documento de trabajo EC 2005-11. Instituto Valenciano de Investigaciones Económicas. Valencia, 2005.

GARNIER, P. *La comptabilité: algebra du droit & méthode d'observation des sciences économiques: technique comptable approfondie*. Dunod. Paris, 1947.

GARRIDO FALLA, F. "Sobre la responsabilidad del Estado legislador" *Revista de Administración Pública*, (118), 1989, págs. 35-56.

GARRIGUES DÍAZ-CAÑABATE, J. *Curso de Derecho Mercantil*. S.n. Madrid, 1968.

GARVEY, A. M. *Los antecedentes de la imagen fiel y su aplicación en España*. Tesis doctoral. Universidad de Alcalá de Henares. Madrid, 2011.

GERETY, M. y LEHN, K. "The causes and consequences of accounting fraud" *Managerial and Decision Economics*, 18, 1997, págs. 587-599.

GIANFORMAGGIO, L. "Lógica y argumentación en la interpretación jurídica o tomar a los juristas intérpretes en serio" *Doxa*, 4, 1987, págs. 87-108.

GINER INCHAUSTI, B. "La contabilidad creativa" *Partida Doble*, 1992, págs. 4-21.

GINER INCHAUSTI, B. y PARDO PÉREZ, F. "La relevancia valorativa del resultado global frente al resultado neto: una perspectiva europea" *Revista Española de Financiación y Contabilidad*, 11 (150), 2011, págs. 307-338.

GIRÓN TENA, J. "El concepto del Derecho mercantil: desenvolvimiento histórico y Derecho comparado" *Anuario de derecho civil*, 7(3), 1954, págs. 695-808.

GITRAMA GONZÁLEZ, M. *La corrección del automatismo jurídico mediante las condenas del fraude a la Ley y del abuso del Derecho*. Separata del libro Curso Monográfico sobre la Ley de Bases para

la Modificación del Título Preliminar del Código Civil, págs. 113-168. Colegio de Abogados de Valencia. Valencia, 1975.

GÓMEZ AGUILAR, N. y RUIZ BARBADILLO, E. "Do Spanish firms change auditor to avoid a qualified Audit report?" *International Journal of Accounting*, 7, 2003, págs. 37-53.

GÓMEZ AGUILAR, N. y RUIZ BARBADILLO, E. "Un estudio empírico sobre la relación entre informe de auditoría y cambio de auditor" Revista Española de financiación y Contabilidad, 29 (105), 2000, págs. 705-741.

GONÇALVES, M. y CARVALHO, M. "Ensayo sobre la presencia de la contabilidad en las civilizaciones antiguas" *Revista Internacional Legis de Contabilidad & Auditoría*, 2009, págs. 161-180.

GONZÁLEZ FERRANDO, J. M. "Balbuceos y primeros pasos de la historia de la contabilidad en España" *Revista Española de Historia de la Contabilidad*, 5, 2006, págs. 39-64.

GONZÁLEZ SALGADO, J.A. "El lenguaje jurídico del siglo XXI" *THĒMIS-Revista de Derecho*, (57), 2009, págs. 235-245.

GONZÁLEZ SALGADO, J.A. "Sobre los argumentos interpretativos" Revista Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2006, págs. 142-154.

GONZÁLEZ VARAS, S. "Levantamiento del velo y Derecho Administrativo privado en el ámbito de la Administración Local" *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, 274-275, 1997, págs. 361-400.

GONZALO ANGULO, J. A. y GARVEY, A. *Ética y enseñanza de la Contabilidad*. Ponencia presentada a las V Jornadas de Trabajo sobre Contabilidad Financiera. Madrid, 2005.

GONZALO ANGULO, J. A. y GUIRAL CONTRERAS, A. "Flexibilidad en las normas contables" *Revista de Derecho Bancario*, núm. 115, 2009, págs. 39-76.

GRAU RUIZ, A. "El nuevo régimen jurídico de las consultas Tributarias" en las Actas de las *Jornadas de Estudio sobre la nueva Ley General Tributaria*. Universidad Complutense de Madrid, 22-25 de noviembre, 2004, págs. 51-60.

GRIFFITHS, I. *Creative Accounting*. Sidgwick & Jackson. Londres, 1988.

GRIFFITHS, I. *New Creative Accounting*. MacMillan Press. Londres, 1995.

GROOMER, S.M. y MURTHY, U.S. "Continuous Auditing of Database Applications: An Embedded Audit Module Approach" *Journal of Information Systems*, 3(2), 1989, 105-124.

GUASTINI, R. "Antinomias y lagunas" *Jurídica. Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana*, *29*, 1999, págs. 437-450.

GUASTINI, R. "Dos concepciones de las fuentes del Derecho" *Isonomía*, 11, 1999, págs. 167-176.

GUASTINI, R. "El escepticismo ante las reglas replanteado" *Discusiones*, XI, 2012, págs. 27-57.

GUASTINI, R. "Releyendo a Hart" *Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 37, 2014, págs. 99-110.

GUASTINI, R. *La sintaxis del Derecho*. Marcial Pons. Madrid, 2016.

GUMUZIO, M. *Las ordenanzas del consulado de Bilbao: su régimen jurídico y proyección internacional en el marco de la historia del derecho mercantil europeo entre los siglos XIV y XIX*. Universidad de Deusto. Bilbao, 2017.

GUTIÉRREZ GARCÍA, C. y GRAJAL MARTÍN, P. "La información financiera y los artificios contables" en AA.VV. *Ensayos sobre contabilidad y economía en homenaje al profesor Ángel Sáez Torrecilla*, tomo I, págs. 485-498. ICAC. Madrid, 1996.

GUZMÁN BRITO, A. "Para la historia de la formación de la teoría general del acto o negocios jurídicos y del contrato. El vocabulario de la negocialidad jurídica en el Derecho romano" *Revista de Estudios Históricos-Jurídicos (sección Derecho romano)*, 17, 1995, págs. 79-122.

GUZMÁN BRITO, A. "La idea de «Principio» mentada en la expresión «Principios Generales del Derecho»" en REINOSO, F. (coord.) *Principios Generales del derecho. Antecedentes históricos y horizonte actual*, págs. 1-10. Aranzadi. Cízur Menor, 2014.

GWILLIAM, D. *A survey of audit research*. Prentice-Hall. Londres, 1987.

HART, L.A. *El concepto de Derecho*. Abeledo-Perrot. Buenos Aires, 1963.

HASSEMER, W. "Los elementos característicos del dolo" *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, *43*(3), 1990, págs. 909-932.

HASSINK, H., MEUWISSEN, R. y BOLLEN, L. "Fraud detection, redress and reporting by auditors" *Managerial Auditing Journal*, 25 (9), 2010, págs. 861-881.

HEALY, P. "Discussion of a market-based evaluation of discretionary accrual models" *Journal of Accounting Research*, sup. 1996, págs. 107-115.

HECKSCHER, E. *Mercantilism*. Routledge. Londres, 1994.

HENDRIKSEN, E. *Teoría de la Contabilidad*. UTEHA. México, 1974.

HERNÁNDEZ GIL, A. Génesis y aportaciones del nuevo Título Preliminar del Código Civil. *Ciclo de conferencias sobre el nuevo Título Preliminar del Código Civil, Iltres. Colegios de Abogados y Notarial de Barcelona y Academia de Jurisprudencia y Legislación de Cataluña, Barcelona*,1975.

HERNÁNDEZ MARÍN, R. "Sobre ontología jurídica e interpretación del derecho" *Isonomía*, 29, 2008, págs. 33-78.

HERNÁNDEZ MARÍN, R. *Interpretación, subsunción y aplicación del Derecho*. Marcial Pons. Madrid, 1999.

HIRIGOYEN, G. "Ingènièrie financière et finance d´enterprise" *Revista Europea de Dirección y Economía de la Empresa*, vol. 1, núm.1, 1992, págs. 51-56.

HUTCHINSON, A. "Indiana Dworkin and Law´s Empire" *The Yale Law Journal*, 96, 1987, págs. 637-665.

IGLESIA PRADOS, E. *El fraude de ley*. Tirant Lo Blanch. Valencia, 2007.

IGLESIAS, J. *Derecho romano. Historia e instituciones*. Ariel. Barcelona, 2011.

IHERING, R. *El espíritu del Derecho romano en las diversas fases de su desarrollo*. Comares. Granada, 1998.

IHERING, R. *La lucha por el Derecho*. Disponible en el sitio de internet (último acceso agosto de 2020) http://www.biblioteca.org.ar/libros/1721.pdf.

ILLESCAS ORTIZ, R. "Las cuentas anuales", en AA.VV. *Comentarios al régimen legal de las sociedades mercantiles*. Civitas. Madrid, 1993.

IQBAL, A. y STRONG, N. "The effect of corporate governance on earnings management around UK rights issues" *International Journal of Managerial Finance*, (3), 2010, págs. 168-189.

ITURRALDE SESMA, V. "Análisis de algunas cuestiones relativas al problema de las lagunas jurídicas" *Anuario de filosofía del derecho*, (5), 1988, págs. 349-382.

ITURRALDE SESMA, V. "Una aproximación al tema de las antinomias normativas: problemas relativos a la identificación de las mismas" *Anuario de filosofía del derecho*, (4), 1987, págs. 331-354.

JACOBY, J. y LEVY, H. "The materiality Mystery" *The CPA Journal*, 2016, págs. 14-18.

JAMESON, M. *A practical guide to creative accounting*. Kogan Page. Londres, 1988.

JARA ERTÍN, M. y LÓPEZ ITURRIAGA, F. "Auditoria y discrecionalidad contable en la gran empresa no financiera española" *Revista Española de Financiación y Contabilidad,* vol. 36 (135), 2007, págs. 569-594.

JENSEN, M. y MECKLING, W. "Theory of the Firm: Managerial behavior, agency costs and ownership structure" *Journal of Financial Economics*, octubre, 1976, págs. 274-284.

JOHNSON, J. y TEARNEY, M. "Goodwill – An Eternal Controversy*" The CPA Journal*, 1993, págs. 58-62.

JOHNSON, L. y PETRONE, K. "Is Goodwill an Asset?" *Accounting Horizons*, 12, 1998, págs. 293-303.

JUANES, N. "La causa del contrato" *Revista de la Facultad de Derecho*, nueva serie, 3(1), 2012, págs. 39-52.

KALINOWSKI, G. *Concepto, fundamentos y concreción del derecho*. Abeledo-Perrot. Buenos Aires, 1982.

KELSEN, H. *Teoría general del Derecho y del Estado*. Universidad Nacional Autónoma de Méjico (3ª edición). Méjico, 2008.

KELSEN, H. *Teoría pura del Derecho. Introducción a los problemas de la ciencia jurídica*. Trotta. Madrid, 2011.

KENNEDY, D. "Una alternativa de la izquierda fenomenológica a la teoría de la interpretación jurídica de Hart/Kelsen" *Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho*, (2), 2008, págs. 363-385.

KESTER, R. B. *Contabilidad: teoría y práctica*. Labor. Madrid, 1948.

KIESO, D. y WEYGANDT, J. *Contabilidad intermedia*. Limusa. México, 1992.

KUMOR, I. y MACKOWIAK, E. "Materiality in accounting and auditing" Actas de 32nd International Scientific Conference on Economic and Social Development. Odessa, 2018, págs. 218-225.

LA CASA GARCÍA, R. "Comentario a la Sentencia de 15 de junio de 2011" *Cuadernos Cívitas Jurisprudencial Civil*, número 89, 2012, págs. 173-202.

LACRUZ BERDEJO, J. L. *Elementos de Derecho Civil*. Dykinson Madrid, 2005.

LACRUZ BERDEJO, J. L. *Elementos de Derecho Civil*. Dykinson. Madrid, 2000.

LACRUZ BERDEJO, J.L., LUNA SERRANO, A. y SANCHO REBULLIDA, F.J. *Elementos de Derecho Civil*. Vol. I. Bosch. Barcelona, 1982.

LAISE, L. “El originalismo de intenciones originales: tres tesis y dos objeciones” *Revista de Derecho de la Universidad Católica del Norte*, 22, 2015, págs. 199-220.

LAISE, L. “La interpretación de la constitución de los Estados Unidos de América según el originalismo intencionalista: método interpretativo, presupuestos semánticos y dificultades” *Revista de Historia Constitucional*, 18, 2017, págs. 245-292.

LARRAZ, J. *Metodología aplicativa del Derecho Tributario*. Edersa. Madrid, 1952.

LARRINAGA GONZÁLEZ, C. “Perspectivas alternativas de investigación en contabilidad: una revisión” Revista de Contabilidad, 3, 1999, págs. 103-131.

LASARTE ÁLVAREZ, C. *Derecho de obligaciones. Principios de Derecho Civil II*. Marcial Pons. Madrid, 2018.

LEGAZ LACAMBRA, L. *Filosofía del Derecho*. Bosch Casa Editorial. Barcelona, 1979.

LEITER, B. “Realismo jurídico estadounidense” en FABRA, J.L. y NÚÑEZ, A. (coords.). *Enciclopedia de Filosofía y teoría del Derecho*, vol. 1, págs. 241-276. Instituto de investigaciones jurídicas. Méjico, 2015.

LEV, B. y GU, F. *El final de la Contabilidad*. Bresca. Barcelona, 2017.

LEVI, A. *Teoría generale del Diritto*. Cedam. Padova, 1953.

LIFANTE VIDAL, I. “Interpretación jurídica” en FABRA, J.L. y NÚÑEZ, A. (coords.). *Enciclopedia de Filosofía y teoría del Derecho*, vol. 2, págs. 1349-1387. Instituto de investigaciones jurídicas. Méjico, 2015.

LIFANTE VIDAL, I. "Interpretación y modelos de Derecho: sobre el papel de la intención en la interpretación jurídica" *Doxa*, 22, 1999, págs. 171-193.

LIGEROPOULO, A. "La defensa del Derecho contra el fraude" *Revista de Derecho Privado*, 196, 1930, págs. 1-25.

LINSMEIER, T., GRIBBLE, J. JENNINGS, R., PENMAN, S. PETRONI, K., SHORES, D., SMITH, J. y WARFIELD, T. "An issues paper on comprehensive income" *Accounting Horizons*, 11(2), 1997, págs. 120-126.

LOPES DE SÀ, A. *História Geral e das doutrinas da Contabilidade*. Vislis Ed. Lisboa, 1998.

LÓPEZ, A. "En torno a la llamada interpretación evolutiva" *Derecho Privado y Constitución*, 27, 2013, págs. 173-208.

LÓPEZ HERNÁNDEZ, J. "Un enfoque semiótico y pragmático de la Interpretación de textos jurídicos" *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 42, 2008, págs. 135-152.

LÓPEZ GONZÁLEZ, J. I. "El fraude de ley de la administración" en SOSA WAGNER, F. (coord.) *El Derecho administrativo en el umbral del siglo XXI: homenaje al profesor Dr. D. Ramón Martín Mateo*, págs. 1399-1436. Tirant lo Blanch. Valencia, 2000.

LÓPEZ GAVIRIA, R., PÉREZ LÓPEZ, J. A. y ROMERO GARCÍA, J. E. "La publicación de honorarios de las Firmas de auditoría en España: un análisis empírico" *Estudios Gerenciales*, 24 (108), 2008, págs. 79-105.

LÓPEZ PÉREZ, V. y RODRÍGUEZ ARIZA, L. "Un caso de interdisciplinariedad en Teoría de la contabilidad: Los cambios contables desde el enfoque cognitivo-lingüístico" Encuentros

multidisciplinares (Universidad Autónoma de Madrid), 15, 2003, págs. 1-15.

LÖSING, N. "Independencia y función del Poder Judicial en el Estado democrático de derecho" *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, 27, 2011, págs. 413-427.

LUCES GIL, F. "El fraude de ley en las nuevas normas del Título Preliminar del Código civil" en AA.VV. *Estudios de Derecho Civil en Honor al profesor Batlle Vázquez*, págs. 487-504. EDERSA. Madrid, 1978.

LUHMANN, N. *Sistemas sociales: lineamientos para una teoría general*. Anthropos Editorial. Méjico, 1998.

LLUIS Y NAVAS, J. "La fijación de las fuentes y del ejercicio del derecho en las codificaciones española y argentina. Análisis comparativo" *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 3, 2016, págs. 407-439.

MacCORMICK, N. "Argumentación e interpretación en el Derecho" *Doxa*, 33, 2010, págs. 65-78.

MacCORMICK, N. y SUMMERS, R. *Interpreting statutes: a comparative study*. Routledge. Londres, 2016.

MacDONALD, G. "Substance, form and equity in taxation and accounting" *Modern Law Review*, *54*, 1991, págs. 830-847.

MAGUREGUI SALAS, I. "El fraude a la ley en el Derecho Interregional" *Estudios de Deusto*, *43*(1), 2015, págs. 133-149.

MARÍN BÁRCENA, F. "Deberes de contabilidad y acción individual de responsabilidad (STS 1ª de 22 de diciembre de 2014)", en *Revista de Derecho de Sociedades*, (44), 2014, págs. 335-352.

MARR, B. *Big data: using Smart data, analytics and metrics to make better decisions and improve performance*. John Wiley & Sons. Nueva York, 2015.

MARTÍ SÁNCHEZ, M. "La compleja identidad del léxico jurídico" *ELUA. Estudios de Lingüística,* 18, 2004, págs. 169-189.

MARTÍN OVIEDO, J. Mª "El acto en fraude de ley como especie de acto contrario a la ley" *Revista de Derecho Privado*, 51, 1967, págs. 304-314.

MARTÍN GRANIZO, M "Comentario al art. 6.4 del Código Civil" en ALBÁCAR LÓPEZ, J.L. (dir.) Código Civil. Doctrina y jurisprudencia, tomo I, vol. I. Trivium. Madrid, 1995.

MARTÍN REYES, M.A. y FERNÁNDEZ RUIZ, J.L. *Fundamentos de Derecho Mercantil*. Edersa. Madrid, 2004.

MARTÍNEZ FERRIZ, J.L. "La coacción en el derecho" en FUERTES-PLANAS, C. y SÁNCHEZ, A. (eds.): *Principios Jurídicos en la definición del Derecho*. Principios del Derecho III, págs. 241-262. Dykinson. Madrid, 2016

MARTÍNEZ BLASCO, M., VIVAS, L. y GARCÍA BLANDON, J. "El informe de auditoría con salvedades: ¿una mayor independencia y competencia del auditor aumenta su contenido informativo?" *Revista de Contabilidad*, 19 (1), 2016, págs. 89-101.

MARTÍNEZ CALCERRADA, L. *La responsabilidad civil profesional*. Colex. Madrid, 1999.

MASSINI, C. "Iusnaturalism and legal interpretation" *Díkaion Revista de Fundamentación Jurídica*, 19, 2010, págs. 399-425.

MASSINI, C. “La interpretación jurídica como interpretación práctica”. *Persona y Derecho*, 52, 2005, págs. 413-443.

MAUTZ, R. y SHARAF, H. *La filosofía de la auditoría*. Ediciones Contables y Administrativas. Méjico, 1971.

MAZZARESE, T. “Interpretación literal: juristas y lingüistas frente a frente” *Doxa*, 23, 2000, págs. 597-631.

MEESE, E. “Construing the Constitution” *University of California Davis Law Review*, 19, 1985, págs. 23-30.

MELÉNDEZ ACUÑA, R. “El problema de la opacidad referencial en los contextos modales” *Ideas y Valores, 44,* 1995, págs. 67-87.

MELICH ORSINI, J. “La causa en la teoría del contrato y sus diversas funciones” *Anuario de derecho civil*, *37*(1), 1984, págs. 3-62.

MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A. y URÍA, R. “Concepto, evolución histórica y fuentes del Derecho Mercantil” en MENÉNDEZ, A. y URÍA, R. (dirs.): *Lecciones de Derecho Mercantil*. Vol. I, cap. 1. Aranzadi. Cízur Menor, 2016

MEZA, E. “Argumentación e interpretación jurídica” *Revista del Instituto de la judicatura federal*, 93, 2006, págs. 91-113.

MEZQUITA GARCÍA-GRANERO, D. *El fraude de ley en la jurisprudencia*. Aranzadi. Cízur Menor, 2003.

MICHAELS, W. (1989). “Intentionalism, again” *Law & Literature*, *1*(1), 1989, págs. 89-96.

MOLINA SÁNCHEZ, H. y TÚA PEREDA, J. “Reglas versus Principios contables, ¿son modelos incompatibles? *Revista Española de Financiación y Contabilidad*, *39*(146), 2010, págs. 259-287.

MONROY CABRA, M. *Tratado de Derecho internacional privado*. Temis. Bogotá, 2016.

MONTERREY MAYORAL, J. "Entre la contabilidad creativa y el delito contable" *Revista Internacional Legis de Contabilidad y Auditoría*, 2002, págs. 117-138.

MONTERREY MAYORAL, J. y SÁNCHEZ SEGURA, A. "Gobierno corporativo, conflictos de agencia y elección de auditor" *Revista Española de Financiación y Contabilidad*, 37 (107), 2008, págs. 113-156.

MONTERREY MAYORAL, J. y SÁNCHEZ SEGURA, A. "Rotación y dependencia económica de los auditores: sus efectos sobre la calidad del resultado en las compañías cotizadas españolas" *Investigaciones Económicas*, 31 (1), 2007, págs. 119-159.

MORA ENGUIDANOS, A. y CAÑIBANO CALVO, L. "Características cualitativas de la información financiera" en TUA, J. (ed.) *El marco conceptual para la información financiera: análisis y comentarios*, págs. 130-159. AECA, Madrid, 2000.

MORA ENGUIDANOS, A., GARCÍA LARA, J., GARCÍA OSMA, B. y GISBERT, A. *La comparabilidad de la información contable en Europa: efectos de la manipulación contable sobre el nivel de conservadurismo*. Documento de Trabajo 2004-14. Valencia, 2004.

MORALES MORENO, A. "El «propósito práctico» y la idea de negocio jurídico en Federico de Castro" *Anuario de Derecho civil*, *36*(4), 1983, págs. 1529-1546.

MORESO, J. "Dos concepciones de la interpretación jurídica" *Isonomía*, 29, 2008, págs. 7-14.

MORRIS, C. *Fundamentos de la teoría de los signos*. Paidós. Barcelona, 1985.

MUÑOZ GARCÍA, A. "Crisis empresariales. La función de los auditores y el deber de alerta en las sociedades de capital", en AA.VV: *Gobierno corporativo y crisis empresariales*. Marcial Pons. Madrid, 2006.

MUÑOZ GARCÍA, A. "La imputación jurídica del daño producido al tercero ante la omisión de los deberes exigidos al auditor de cuentas (comentario a la STS -Sala 1ª- de 9 de octubre de 2009)" *Revista de Derecho de Sociedades*, 33, 2009, págs. 265-278.

NASER, K. *Creative Financial Accounting. Its Nature and Use*. Prentice-Hall. Londres, 1993.

NAVARRO GARCÍA, J. C. y MARTÍNEZ CONESA, I. "Manipulación contable y calidad del auditor. Un estudio empírico de la realidad española" *Revista Española de Financiación y Contabilidad*, 33 (123), 2004, págs. 1025-1061.

NAVARRO FERNÁNDEZ, J. A. *El fraude de ley: su tratamiento jurisprudencial*. Montecorvo. Madrid, 1988.

NAVARRO, P. "Enunciados jurídicos y proposiciones normativas" *Isonomia*, 12, 2000, págs. 121-155.

NAVARRO, P. y MORESO, J. J. "Aplicabilidad y eficacia de las normas jurídicas" *Isonomía*, 5, 1996, págs. 119-139.

O´CALLAGAN MUÑOZ, X. *Compendio de Derecho Civil*. Tomo I. EURA. Madrid, 2020.

OCAÑA RODRÍGUEZ, A. "Responsabilidad civil y penal de los administradores societarios" *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 10, 2013, págs. 139-211.

OKAFOR, C. y OTALOR, J. "Narrowing the expectation gap in auditing: the role of the auditing profesión" Research Journal of Finance and Accounting, 4 (2), 2013, págs. 43-52.

ORDUÑA MORENO, F.J. y CAMPUZANO LAGUILLO, A.B. (dirs.). *Curso de Derecho Privado*. Tirant lo Blanch. Valencia, 2014.

ORREGO SÁNCHEZ, C. "Iusnaturalismo contemporáneo" en FABRA ZAMORA, J.L. y NÚÑEZ VAQUERO, A. (coords.). *Enciclopedia de Filosofía y teoría del Derecho*, vol. 1, págs. 37-59. Instituto de investigaciones jurídicas. Méjico, 2015.

ORTIZ PILARES, H. *El fraude a la ley en la doctrina jurídica y en la teoría del derecho*. Tesis doctoral. Universidad de Alicante, 2009.

OTERO CRESPO, M. *La responsabilidad civil del auditor de cuentas*. Thomson Aranzadi. Pamplona, 2013.

PABLO CONTRERAS, P. (coord.). Derecho privado y derechos subjetivos. Edisofer. Madrid, 2015.

PABÓN DE ACUÑA, J.M. *La interpretación según 'la realidad social' del artículo 3 del Código Civil*. Revista General de Derecho. Valencia, 1999.

PACHECO CAÑETE, M. "La responsabilidad civil de los auditores de cuentas. Reflexiones a propósito de la nueva Ley de Auditoría de Cuentas, la jurisprudencia civil del Tribunal Supremo y la Recomendación Europea de limitación de la responsabilidad", *Revista de Derecho Patrimonial*, 26, 2011, págs. 235-251.

PALAO TABOADA, C. *La aplicación de las normas tributarias y la elusión fiscal*. Lex Nova. Valladolid, 2009.

PANTALEÓN PRIETO, A. "Causalidad e imputación objetiva: criterios de imputación", en AA.VV. *Centenario del Código Civil*, tomo II, págs. 1561-1592. Ramón Areces. Madrid, 1990.

PARRA LUCÁN, A. *Responsabilidad civil de administradores de sociedades*. Aranzadi. Pamplona, 2014.

PARRAGUEZ RUIZ, L. *El negocio jurídico simulado*. Tesis doctoral. Universidad de Salamanca. Salamanca, 2012.

PASTOR RIDRUEJO, J. A. "El fraude de la ley en Derecho interregional español" *Revista Española de Derecho Internacional*, *19*(1), 1966, págs. 40-55.

PAZ ARES, C. (1991): "Comentarios del Código Civil" tomo II en AA.VV. *Comentarios al Código Civil*, Ministerio de Justicia. Madrid, 1991.

PÉREZ ÁLVAREZ, M. Realidad Social y jurisprudencia (diez tesis sobre la realidad social en cuanto canon de interpretación de las normas), Colex, Madrid, 2005.

PESET, M. "Enseñanza en la Facultad de leyes de Valencia: explicaciones de Mateu Rejaule a inicios del XVII" *Separata de Ciencia y Academia* (IX Congreso Internacional de Historia de las universidades hispánicas), volumen II, 2008, págs. 261-321.

PINA MARTÍNEZ, V. *Efectos económicos de las normas contables*. Monografía Núm. 11. AECA. Madrid, 1988.

PINEDA GONZÁLEZ, C. "Determinantes de la calidad del resultado" *Revista de Contabilidad*, 3 (5), 2000, págs. 149-182.

PINTO FONTANILLO, J.A. *La teoría de la argumentación jurídica en Robert Alexy*. Universidad Complutense de Madrid. Madrid, 2003.

POGGI, F. "Significado literal: una noción problemática" *Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 30, 2007, págs. 617-634.

POLO SÁNCHEZ, E. *Los administradores y el Consejo de administración de la sociedad anónima (artículos 123 a 143 de la Ley de Sociedades Anónimas)*. Civitas. Madrid, 1992.

PONCE ESTEBAN, E. "Los conceptos de justicia y derecho en Kant, Kelsen, Hart, Rawls, Habermas, Dworkin y Alexy" *Biblioteca Jurídica Virtual*, UNAM, 2005, págs. 211-234.

PONT CLEMENTE, J. *La simulación en la nueva Ley General Tributaria*. Marcial Pons. Madrid, 2006.

PUIG PEÑA, F. *Tratado de Derecho Civil español*, tomo I. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid, 1957.

PUIG PEÑA, J. *Introducción al Derecho Civil (español)*. Bosh. Barcelona, 1981.

QUIJANO GONZÁLEZ, J. *La responsabilidad civil de los administradores de las sociedades anónimas: aspectos sustantivos*. Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Valladolid. Valladolid, 1989.

RABAZO MARTÍN, E. *El fraude contable: una evidencia empírica*. Tesis doctoral. Universidad de Extremadura. Badajoz, 2017.

RAMÍREZ LUDEÑA, L. "Verdad y corrección en la interpretación jurídica" *Revista de derecho*, *28* (1), 2015, págs. 9-31.

RAMOS PASCUA, J. A. "Lagunas del derecho y positivismo jurídico. Un examen de la concepción de las lagunas de C. Alchourrón y E.

Bulygin" *Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 40, 2017, págs. 49-68

RAZ, J. "La intención en la interpretación" *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 1997, págs. 199-233.

RAZ, J. *Practical reasons and norms*. Hutchinson. Londres, 1975.

REBOLO PALACIOS, J. y SEGOVIA SAN JUAN, A. "Directiva 2014/95/UE sobre divulgación de información no financiera: un paso más hacia la información integrada" *Centro de Estudios Financieros*, 396, 2015, págs. 223-250.

RECASENS SICHES, L. *Vida humana, sociedad y derecho*. La Casa de España en Méjico. Méjico, 1945. En agosto de 2020, el texto clásico es accesible en http://biblioteca.org.ar/libros/89607.pdf.

REINOSO BARBERO, F. "Braquigrafía de las citas del Digesto en los manuscritos de los siglos XI al XV" *Revista de Derecho de la UNED*, 11, 2012, págs. 665-704.

REINOSO BARBERO, F. "Los Principios Generales del Derecho en la modernización del lenguaje jurídico" en en REINOSO, F. (coord.) *Principios Generales del derecho. Antecedentes históricos y horizonte actual*, págs. 69-88. Aranzadi. Cízur Menor, 2014.

RICCEUR, P. *Teoría de la interpretación. Discurso y excedente de sentido*. Siglo XXI. México, 2003.

RIPERT, G. *La regla moral en las obligaciones civiles*. Olejnik. Santiago de Chile, 2016.

RIVERO HERNÁNDEZ, F. "Comentarios al art. 6.4 del Código Civil" en RAMS, J. (coord.) *Comentarios del Código Civil*, págs. 202-215. Bosh. Barcelona, 2000.

RIVERO HERNÁNDEZ, F. “Las fuentes del Derecho privado” en RAMS, J. (dir.): *Tratado de Derecho Civil*, tomo II, capítulo 1. Iustel. Madrid, 2014.

RIVERO TORRE, P. Análisis de balances y estados complementarios. Pirámide. Madrid, 2002.

ROCA GUILLAMÓN, J. “Responsabilidad civil de los administradores concursales” *Revista de Derecho concursal y paraconcursal: anales de doctrina, praxis, jurisprudencia y legislación*, 10, 2009, págs. 95-116.

RODRÍGUEZ ADRADOS, A. “El fraude a la ley: ensayo de una dirección pluralista” en AA.VV. *Título Preliminar del Código Civil*, tomo I. Edersa. Madrid, 1977.

RODRÍGUEZ ADRADOS, A. “El fraude a la ley” en RODRÍGUEZ ADRADOS, A. *Escritos Jurídicos*. Colegios Notariales de España. Madrid, 1995.

RODRÍGUEZ LÓPEZ, M., PIÑEIRO SÁNCHEZ, C. y LLANO MONELOS, P. “Determinación del riesgo de fracaso financiero mediante la utilización de modelos paramétricos, de inteligencia artificial, y de información de auditoría” *Estudios de Economía*, 41 (2), 2014, págs. 187-217.

RODRÍGUEZ PUERTO, M. “Métodos de interpretación, hermenéutica y Derecho natural” *Díkaion*, 19, 2010, págs. 319-347.

RODRÍGUEZ TOUBES, J. “Aspectos de la interpretación jurídica (un mapa conceptual)”. *Anuario de filosofía del Derecho, XXX*, 2014, págs. 339-369.

RODRÍGUEZ TOUBES, J. “El criterio histórico en la interpretación jurídica” *Dereito*, 22, 2013, págs. 569-632.

RODRÍGUEZ TOUBES, J. "La interpretación extensiva de la ley" *Revista Derechos y Libertades*, 40, 2019, págs. 67-108.

RODRÍGUEZ TOUBES, J. "Sobre la opacidad referencial y la ambigüedad de dicto/de re en el Derecho" *DOXA, Cuadernos de Filosofia del Derecho*, 40, 2017, págs. 147-171.

ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, A. "La Contabilidad (I). Introducción. El deber de Contabilidad. El secreto contable. La Contabilidad como medio de prueba" en R. URÍA y A. MENÉNDEZ: *Curso de Derecho Mercantil*. Vol. I, capítulo 3. Civitas. Madrid, 1999.

ROMANO, S. *El ordenamiento jurídico*. Ediciones Reus. Madrid, 2010.

ROMERO PÉREZ, J. "Notas sobre la interpretación jurídica" *Revista de Ciencias Jurídicas*, 133, 2014, págs. 79-102.

ROSS, A. *Teoría de las fuentes del Derecho. Una contribución a la teoría del Derecho positivo sobre la base de investigaciones históricas-dogmáticas*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid, 2010.

ROTONDI, M. Instituciones de Derecho Privado. Olejnik. Santiago de Chile, 2019.

RUANO MOCHALES, T. *La responsabilidad de los administradores y de los auditores en el proceso de elaboración de las cuentas anuales*. Aranzadi. Pamplona, 2017.

RUBIO GARCÍA-MINA, J. "Sobre el concepto de Derecho mercantil" *Revista de derecho mercantil*, (12), 1947, págs. 317-382.

RUBIO SAN ROMÁN, J. I. "El método y el razonamiento jurídico" *Revista Jurídica Universidad Interamericana de Puerto Rico*, 44, 2009, 581-613.

RUIZ MIGUEL, A. “Grocio, Pufendorf y el iusnaturalismo racionalista” en DIEZ PICAZO, L. (coord.) *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor José María Miquel*, vol. II, págs. 2863-2891. Aranzadi. Cizur Menor, 2014.

RUIZ VADILLO, E. “El nuevo Título Preliminar del Código Civil” en AA.VV. *Libro Homenaje a Ramón María Roca Sastre*, vol. I, págs. 781-823. Colegios Notariales de España. Madrid, 1976.

RUIZ BARBADILLO, E. GÓMEZ AGUILAR, N. y CARRERA PENA, N. “Evidencia empírica sobre el efecto de la duración del contrato en la calidad de la auditoría: análisis de las medidas de retención y rotación obligatoria de auditores” *Investigaciones Económicas*, 30 (2), 2006, págs. 283-316.

RUIZ BARBADILLO, E., GÓMEZ AGUILAR, N., FUENTES, C. y GARCÍA BENAU, A. “Audit quality and the going-concern decisión-making process. Spanish evidence” *European Accounting Review*, 13 (4), 2004, págs. 597-620.

SÁEZ TORRECILLA, A. *Contabilidad general* (tomo I). McGraw Hill. Madrid, 1991.

SÁEZ TORRECILLA, A. *El fraude contable y sus responsables y los nuevos métodos para su tratamiento*. Lección inaugural del curso académico 1994-1995. Universidad Nacional de Educación a Distancia. Madrid, 1994.

SALGUERO SALGUERO, M. “Proporcionalidad y elaboración suareciana de la atribución intrínseca como fundamento filosófico de la analogía *iuris* y de la analogía *legis*” *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 51, 2017, págs. 101-128.

SALVADOR CODERCH, P. *Comentario del Código Civil*. Secretaria General Técnica (Centro de Publicaciones). Madrid, 1991.

SALVADOR CODERCH, P., AZAGRA MALO, A. y FERNÁNDEZ CRENDE, A. *Autonomía privada, fraude de ley e interpretación de los negocios jurídicos*. Documento de Trabajo núm. 229, Universidad Pompeu Fabra. Barcelona, 2004.

SÁNCHEZ CALERO, F. y SÁNCHEZ-CALERO GUITARTE, J. *Instituciones de Derecho mercantil*. Vol. I. Aranzadi. Cizur Menor, 2015.

SÁNCHEZ FERNÁNDEZ-VALDERRAMA, J.L. "Fraude, contabilidad y auditoría" en AA.VV. *Libro Homenaje al Profesor Ubaldo Nieto de Alba*, págs. 819-847. Tirant Lo Blanch. Valencia, 2020.

SÁNCHEZ CALERO, F. "Administradores: artículos 123 a 143", en SÁNCHEZ CALERO, F. (dir.) *Comentarios a la Ley de sociedades anónimas*. Editoriales de Derecho Reunidas. Madrid, 1994.

SANTIGO, A. "Sistema jurídico, teoría del derecho y rol de los jueces: las novedades del neoconstitucionalismo" *Díkaion*, 17, 2008, págs. 131-155.

SANTOS BRIZ, J. *Derecho Civil. Teoría y práctica*. Revista de Derecho Privado. Madrid, 1978.

SCOLARI, L. "La fides e la fraus: i doni del tiranno nel Thyestes di Seneca" *Dionysus ex machina X*, 2019, págs. 456-490.

SEGOVIA SAN JUAN, A. *El delito societario desde una perspectiva de agencia y su relación la contabilidad creativa*. Universidad Nacional de Educación a Distancia. Madrid, 1998.

SEGOVIA SAN JUAN, A. *El delito societario desde una perspectiva de agencia y su relación con la contabilidad creativa*. ICAC. Madrid, 2001.

SEGOVIA SAN JUAN, A., HERRADOR ALCAIDE, T. y SAN SEGUNDO ONTÍN, A. *Teoría de la auditoría financiera*. Ediciones Académicas. Madrid, 2007.

SEGURA ORTEGA, M. "El problema de las lagunas en el Derecho" *Anuario de filosofía del derecho*, (6), 1989, págs. 285-312.

SHLEIFER, A. y VISHNY, R.W. "A Survey of Corporate Governance" *Journal of Finance*, Vol. 52, núm. 2, 1997, págs. 737-783.

SIERRA PÉREZ, I. "Las reglas de interpretación de los contratos en el Código Civil español" *Actas del congreso "Incidencias del lenguaje en los negocios jurídicos a lo largo de la historia"*. Universidad Carlos III de Madrid, 2015, págs. 156-169.

SIKKA, P., PUXTY, A., WILLMOTT, H. y COOPER, C. "The impossibility of eliminating the expectation GAP: some theory and evidence" *Critical Perspectives on Accounting*, 9, 1998, págs. 299-330.

SIOTA, M. *Analogía e interpretación en el Derecho tributario*. Marcial Pons. Madrid, 2010.

SMITH, A.: *Investigación sobre la naturaleza y causas de la riqueza de las naciones*. Fondo de Cultura Económica. Méjico, 1958.

SOLOZABAL ECHAVARRÍA, J. J. "Notas sobre interpretación y jurisprudencia constitucional" *Revista de Estudios Políticos*, 69, 1990, págs. 175-188.

SOLS LUCÍA, A. *El fraude a la ley*. Bosch. Barcelona, 1989.

SOROKIN, P.: *Sociedad, cultura y personalidad. Su estructura y su dinámica, sistema de sociología general*. Aguilar. Madrid, 1962.

SOSA ÁLVAREZ, J., SEGOVIA SAN JUAN, A. y VELASCO FABRA, G. "El hecho contable como aporía jurídica: una reflexión" *CEF legal. Revista práctica de derecho. Comentarios y casos prácticos*, 2020, 228, págs. 4-38.

SOUSA, F. y CARRO, M. "Effects of comprehensive income on ROE in a context of crisis: Empirical evidence for IBEX-35 listed companies (2004–2008)". *International Business & Economics Research Journal*, 9(1), 2010, págs.117-128.

SOUSA, F. y CARRO, M. "Impacto del Comprehensive Income frente al Net Income en la estabilidad del beneficio del BSCH y BBVA según US GAAP (1998-2007)" *Universia Business Review*, (21), 2009, págs. 118-133.

SUÁREZ CROTHERS, C. "El concepto de derecho a la vida privada en el derecho anglosajón y europeo" Revista de Derecho, 11, 2000, págs. 103-120.

SUÑÉ LLINÁS, E.: *Teoría estructuralista del Derecho*. Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho. Universidad Complutense de Madrid. Madrid, 2006.

TAMAYO Y SALMORÁN, R. "El *derecho comparado*, técnica jurídica dogmática o historia jurídica comparada" en *Estudios en Homenaje a Héctor Fix Zamudio*, Tomo II, págs. 1355-1371. UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas. México, 1988.

TAMAYO Y SALMORÁN, R. "Teoría jurídica y Derecho comparado. Una aproximación y un deslinde" *Isonomía*, 27, 2007, págs. 29-49.

TODOLÍ SIGNES, A. "El Fraude de ley como medida protectora ante el cambio normativo y otros supuestos" *Revista de la Sala Segunda,* 2016, 13, págs. 35-43.

TOMÁS Y VALIENTE, F. *Manuel de historia del Derecho español*. Tecnos. Madrid, 2012.

TÚA PEREDA, J. Principios y normas de contabilidad. Instituto de Planificación Contable. Madrid, 1983.

TÚA PEREDA, J. y MOLINA SÁNCHEZ, H. *¿Es un modelo basado en reglas realmente incompatible con una información basada en principios? La solución de las lagunas regulatorias*. Universidad de Córdoba. Córdoba, 2009.

URÍAS VALIENTE, J. *Introducción a la contabilidad. Aspectos teóricos*. Ediciones Académicas. Madrid, 2006.

VALERO ESCRIBANO, J. I. *Análisis de la discrecionalidad en el reconocimiento del deterioro del fondo de comercio: un estudio empírico*. Tesis doctoral. Universidad Complutense de Madrid. Madrid, 2017.

VAN HULLE, K. "Truth and untruth about true and fair view: a commentary on «A European true and fair view» comment" *European Accounting Review*, 2, 1993, págs. 99-104.

VANASCO, R. "Fraud auditing" *Managerial Auditing Journal*, 13 (1), 1998, págs. 4-71.

VASCO MOGORRÓN, C.: "Responsabilidad penal de las personas jurídicas" *Revista Jurídica de la Comunidad de Madrid*, núm. 12, 2002 (fecha de último acceso agosto de 2020: http://www.madrid.org/cs/Satellite?c=CM_Revista_FP&cid=1109168496594&

esArticulo=true&idRevistaElegida=1109168491142&language=es&pag=1&pagename=RevistaJuridica%2FPage%2Fhome_RJU&siteName=RevistaJuridica)

VÁSQUEZ, W. *Los contratos coligados en fraude a la ley con especial referencia al modelo jurídico italiano*. Cuadernos de Trabajo del CICAJ, 9. PUCP. Lima, 2013.

VEGA BENAYAS, C. *Teoría, aplicación y eficacia en las normas del Código Civil*. Civitas. Madrid, 1976.

VELARDE, C. "Apuntes sobre la realidad social en la interpretación del derecho" *Ars Iuris*, 37, 2007, págs. 139-162.

VERNENGO, R. "El discurso del derecho y el lenguaje normativo" *Isonomía*, 4, 1996, págs. 87-95.

VICENT CHULIÁ, F. "*En torno al concepto y fuentes del Derecho contable*" en IGLESIAS (coord.): Estudios jurídicos en homenaje al Profesor Aurelio Menéndez (tomo I). Cívitas. Madrid, 1996.

VICENT CHULIÁ, F. "Reforma Contable y Derecho Mercantil" *Revista de Contabilidad*, vol. 7, número monográfico, 2004, págs. 161-211.

VIDAL HERNÁNDEZ-MORA, J. A. "El debate internacional sobre el GAP de expectativas en auditoría" *II Jornada de Trabajo sobre Auditoría Contable*. Universidad de Cantabria. Santander, 1997.

VIGO, R. "Ética judicial e interpretación jurídica" Cuadernos de Filosofía del Derecho, 29, 2006, págs. 273-294.

VILLAR PALASÍ, J.L. *La interpretación y los apotegmas jurídico-lógicos*. Tecnos. Madrid, 1975.

VILLAVERDE GÓMEZ, B. "Un supuesto de interpretación de las normas tributarias: los efectos jurídicos de las contestaciones a consultas" *Dereito*, 22, 2013, págs. 685-715.

VILLAVERDE PARRONDO, M. Estudios de Derecho Civil (parte general). UNL. Buenos Aires, 1954.

VIVANTE, C.: *Derecho Mercantil*. Porrúa Hermanos. Buenos Aires, 1957.

WALMSLEY, J.: *The New Financial Instruments*. John Wiley & Sons. Nueva York, 1988.

WATTS, R y ZIMMERMAN, J. *Positive accounting theory*. Prentice Hall. New Jersey, 1986.

WERTHEIM, P. y ROBINSON, M. "Evidence on the effect of financial distress on type II Audit errors" *The Journal of Applied Business Research*, 27 (6), 2011, págs. 135-149.

WILLINGHAM, J. y CARMICHAEL, D. *Auditoría. Concepto y métodos*. McGraw Hill. Bogotá, 1982.

WILLMOTT, H. "The auditing game: a question of ownership and control" *Critical Perspectives on Accounting*, *2*(1), 1991, págs. 109-121.