

Revista Técnica Tributaria

S U M A R I O

PRESENTACIÓN 11

ESTUDIOS

- ✕ El tratamiento fiscal de las rentas inmobiliarias en el nuevo IRPF. Juan Ramón Medina. Cepero 21
- ✕ Reserva para Inversiones en Canarias: discrepancias con la Administración. Salvador Miranda Calderín. 35
- ✕ Fraude de ley, negocios indirectos y economías de opción. Dámaso Rafael Roldán Pérez. 47

LEGISLACIÓN

Crónica legislativa

Últimas disposiciones fiscales aparecidas. 89

JURISPRUDENCIA

STS de 18 de diciembre de 1999. Inspección Tributaria. Recurso contra la inclusión del art. 63.bis en el RGIT. Se desestima por entender que las pretensiones carecen de fundamento. 109

STS de 30 de octubre de 1999. ITP y AJD. Recurso para la unificación de doctrina. A efectos del IAJD, en las escrituras que documentan préstamos con garantía hipotecaria, la base imponible se compone tanto del importe del capital y los intereses ordinarios, como de los intereses de demora, indemnizaciones y cualquier concepto pactado. 112

STS de 9 de octubre de 1999. Inspección Tributaria. Recurso de casación. Legalidad del art. 60.2 LGT. Recurso de casación contra una sentencia que declara ajustado a Derecho un acuerdo del Inspector-Jefe por el que, tras la firma de un acta de conformidad, se ordenaba dejar aquella sin efecto y reabrir las actuaciones inspectoras. 113

STS de 2 de octubre de 1999. IS. Régimen fiscal aplicable a una transferencia de tecnología llevada a cabo por una empresa alemana en favor de una española.	117
STS de 27 de septiembre de 1999. Infracciones y sanciones. Interpretación de "dejar de ingresar" en los plazos reglamentarios del art. 79 a) LGT.	122
STS de 24 de septiembre de 1999. IS. Incrementos y disminuciones de patrimonio. Transparencia fiscal. Impugnación de bases imponibles de la sociedad a los socios.	126
STS de 28 de junio de 1999. ITP y AJD. Comunidad de bienes. Disolución de matrimonio y adjudicación a uno de los cónyuges de los bienes integrantes de la comunidad.	134
STSJ de Castilla-La Mancha de 26 de marzo de 1999. IRPF. Rendimientos del capital inmobiliario. Gastos deducibles. Son deducibles los gastos de conservación de un inmueble aunque no esté arrendado, siempre que su destino sea el del alquiler.	136
STSJ de Castilla y León de 28 de junio de 1999. Infracciones y sanciones. Falta de presentación de declaraciones. Retroactividad de las normas más favorables para el contribuyente.	138
STSJ de Galicia de 4 de junio de 1999. ITP y AJD. Reconocimiento de deuda en favor de una entidad bancaria, reconociendo al mismo tiempo la existencia de una garantía afecta al cumplimiento de la obligación de devolución. Determinación, en tales casos, del sujeto pasivo.	141
STSJ de La Rioja de 23 de junio de 1999. IRPF. Las cantidades que las empresas entregan a los trabajadores, obligatorias por convenio, como prestación indirecta del servicio de comedor de empresa a que están obligadas por la legislación laboral no tienen la consideración de retribución en especie.	144
STSJ de Madrid de 9 de septiembre de 1999. IS. Gastos deducibles. Gastos de atenciones a clientes.	145
RTEAC de 7 de julio de 1999. IS. Retenciones por las indemnizaciones por despidos y bajas voluntarias. Gasto deducible.	147

UNIÓN EUROPEA

Selección y comentario de Jurisprudencia. Coordinación: Luis Docavo Alberti.	151
--	-----

STJCE de 28 de enero de 1999 (As. C-181/97). Sexta Directiva. Entrada de un barco procedente de las Antillas holandesas: consideración como una importación o una operación intracomunitaria.	151
STJCE de 9 de febrero de 1999 (As. C-343/96). Tributos internos contrarios al artículo 95 del Tratado. Devolución de ingresos indebidos. Normas procesales nacionales.	154
STJCE de 25 de febrero de 1999 (As. C-349/96). Sexta Directiva. Operaciones de seguros. Prestaciones de servicios efectuadas por agente de seguros. Limitación de la exención de las operaciones de seguro a las efectuadas por aseguradores autorizados.	160
STJCE de 22 de abril de 1999 (As. C-109/98). Libre circulación de mercancías. Impuesto sobre la entrega de emisores receptores denominados CB. Tributo interno. Aplicabilidad de la prohibición a los intercambios con terceros países.	165



ESTUDIOS

Juan Ramón Medina Cepero

Salvador Miranda Calderín

Dámaso Rafael Roldán Pérez



EL TRATAMIENTO FISCAL DE LAS RENTAS INMOBILIARIAS EN EL NUEVO I.R.P.F.

Juan Ramón Medina Cepero

*Profesor de Derecho Financiero y Tributario
Universidad Internacional de Cataluña*

SUMARIO

1. INTRODUCCION: ESQUEMA GENERAL
2. CÓMPUTO DE LOS INGRESOS ÍNTEGROS
3. DETERMINACIÓN DE LOS GASTOS DEDUCIBLES
4. LAS REDUCCIONES DEL RENDIMIENTO NETO PREVIO
5. EL RENDIMIENTO MÍNIMO EN EL SUPUESTO DE PARENTESCO

1. INTRODUCCION: ESQUEMA GENERAL

Como es bien sabido, la nueva Ley 40/1998, reguladora de la Renta de las Personas Físicas, ha introducido en materia inmobiliaria sustanciosas modificaciones. En estas páginas nos proponemos exponer, de forma sucinta y acompañando nuestra explicación de numerosas consultas fiscales ilustrativas, la nueva forma de calcular el rendimiento neto del capital inmobiliario a partir del 1 de enero de 1999, fecha de entrada en vigor de dicha Ley. A nadie se le oculta el interés y la actualidad que presenta la tributación de los rendimientos inmobiliarios.

Según la nueva regulación legal, la determinación del rendimiento neto será el resultado de practicar sobre los rendimientos íntegros, las deducciones y reducciones previstas en el texto legal.

De forma gráfica, la forma de calcular el rendimiento neto sería:

RENDIMIENTOS ÍNTEGROS
 (-) GASTOS DEDUCIBLES
 RENDIMIENTO NETO PREVIO
 (-) REDUCCIONES
 RENDIMIENTO NETO CAPITAL INMOBILIARIO

2. CÓMPUTO DE LOS INGRESOS ÍNTEGROS

En primer lugar, la Ley del IRPF aborda en su artículo 20.1 la forma en que deben computarse los ingresos íntegros, estableciendo que *se computarán como rendimiento íntegro el importe que por todos los conceptos se recibe del adquirente, cesionario, arrendatario o subarrendatario, incluido, en su caso, el correspondiente a todos aquellos bienes cedidos con el inmueble y excluido el Impuesto sobre el Valor Añadido.*

Por tanto, van a recibir la consideración de ingresos íntegros:

a) *La cuantía que por todos los conceptos se perciba del arrendatario o subarrendatario.*

Los ingresos, ya sean éstos dinerarios o en especie, deben provenir del propio contrato de arrendamiento o subarrendamiento. Es lo mismo que el contrato de arrendamiento o subarrendamiento se constituya sobre inmuebles urbanos o sobre inmuebles rústicos o que el arrendador o subarrendador sea propietario o simplemente usufructuario.

Consulta fiscal 1

Dña. Judit Andic es propietaria de una finca rústica, dedicada al cultivo de naranjas, que se encuentra cedida en arrendamiento por un canon anual de 500.000 pesetas, estando obligado el arrendatario, además, a ceder a la propiedad un 600 kilos de naranjas al año. En el ejercicio el precio normal de mercado la naranja ha sido de 400 pesetas/ kilo. ¿Qué cantidad deberá computar Dña. Judit como rendimiento íntegro de capital mobiliario?

Solución

Dña. Judit deberá computar como rendimiento íntegro de capital inmobiliario la cantidad de 740.000 pesetas [500.000 ptas. como retribución dineraria y 240.000 ptas. como retribución en especie (600 kilos x 400 ptas.)].

b) La cuantía que por todos los conceptos se perciba del adquirente o cesionario en los supuestos de constitución o cesión de derechos o facultades de uso o disfrute sobre inmuebles rústicos y urbanos.

Encontramos aquí una de las modificaciones de la Ley 40/1998, ya que en la regulación anterior tributaba como incremento o disminución patrimonial.

Consulta fiscal 2

D. Alejandro Lacida es propietario de una vivienda y de un solar. Sobre la vivienda constituye un derecho de usufructo vitalicio a favor de D. Álvaro Garriga por un importe de 7.000.000 de pesetas y en relación al solar cede el derecho de superficie por un período de 6 años a TELEFÓNICA por un precio de 3.000.000 de pesetas. ¿Qué cantidad deberá computar D. Alejandro como rendimiento íntegro de capital mobiliario?

Solución

D. Alejandro ha de computar como rendimiento íntegro de capital inmobiliario 10.000.000 de pesetas (7.000.000 + 3.000.000).

c) Los rendimientos que pudieran corresponder a bienes cedidos con el inmuebles.

Habitualmente se estará refiriendo la Ley al arrendamiento de viviendas amuebladas.

d) Las cuantías percibidas por el propietario o titular del derecho real, como consecuencia del subarriendo o traspaso.

e) Los ingresos procedentes de cobros de saldos dudosos, deducidos como gastos en ejercicio precedentes, que ahora se recuperen (artículo 12 del Reglamento del IRPF).

f) Las cuantías percibidas del arrendatario a través de una indemnización por daños o desperfectos en el inmueble o a causa de la cancelación anticipada del contrato de alquiler.

g) Las cuantías percibidas por inversiones y mejoras realizadas por el arrendatario, que al finalizar el contrato benefician al arrendador.

No debe computarse como ingreso íntegro el importe del Impuesto sobre el Valor Añadido. El IVA es un impuesto indirecto en el que el arrendador o subarrendador es un mero mediador (recaudador) entre el arrendatario o subarrendatario y la Administración. En consecuencia, es objeto de liquidación independiente por parte del arrendador o subarrendador. El impuesto sobre el Valor Añadido se repercutirá al arrendatario o subarrendamiento al tipo del 16 por 100. Este tipo impositivo es común a todos los inmuebles, a excepción de los que vayan a ser utilizados como vivienda por sus arrendatarios o subarrendatarios.

Consulta fiscal 3

Dña. Sofía Petit tiene arrendado un local de negocio por el que percibe un alquiler anual de 3.000.000 de pesetas más el importe de los recibos de la comunidad de pro-

pietarios que se elevan a 150.000 pesetas para todo el año. Además, ha recibido en concepto de Impuesto sobre el Valor Añadido 310.000 pesetas. ¿Cómo debería determinar Dña. Sofía el rendimiento íntegro del capital inmobiliario?

Solución

El rendimiento íntegro será 3.150.000 pesetas, resultado de sumar el alquiler anual y los recibos de la comunidad de propietarios (3.000.000 + 150.000). Se excluye, por tanto, lo percibido en concepto del Impuesto sobre el Valor Añadido (310.000 pesetas).

Puede ser que un inmueble sea objeto de utilizaciones diversas simultánea o sucesivamente. En este caso habrá que aplicar las reglas del impuesto que correspondan a cada una de esas utilizaciones de manera diversa.

Consulta fiscal 4

Dña. Cristina Imaz es propietaria de una casa de dos plantas que cuenta además con una plaza de garaje. Dña. Cristina tiene alquilada la segunda planta de la casa como vivienda. En la primera planta tiene instalado su despacho profesional como abogada y recibe a clientes cada tarde desde las cuatro a las ocho. Por su parte, la plaza de garaje la utiliza ella para aparcar cada tarde su vehículo. ¿Cómo debería determinar Dña. Cristina el rendimiento íntegro del capital inmobiliario?

Solución

Los alquileres constituirán rendimiento de capital inmobiliario, ya que se trata de un como inmueble arrendado (artículo 20 de la LIRPF).. Pero la utilización de la plaza de garaje para usos particulares constituye un aprovechamiento reservado que generará una imputación de renta, como inmueble urbano no arrendado (artículo 71 de la LIRPF).

Asimismo, tanto el garaje como la habitación de la planta baja se encuentran afectos al ejercicio de una actividad profesional y generarán, en la parte proporcional que corresponda, rendimientos de actividad económica de carácter profesional.

También puede ser que existan derechos reales de uso o disfrute sobre el inmueble. En este caso, el titular del derecho real (normalmente se trata de un usufructuario) es quien, en caso de estar arrendado, obtiene los rendimientos de capital inmobiliario o a quien se imputan las rentas inmobiliarias, en caso de que no lo esté.

Asimismo, si el titular del bien inmueble es una entidad del artículo 33 de la LGT, los partícipes tributarán por atribución de rentas (artículo 71 de la LIRPF).

Sobre los rendimientos de capital inmobiliario se aplicarán las reglas sobre operaciones vinculadas del artículo 42 de la LIRPF y las referentes a la presunción de rendimientos del artículo 6.3 de la LIRPF.

No cabe calificar como rendimientos de capital mobiliario, sino ganancias o pérdidas patrimoniales, las cantidades percibidas por el arrendatario en los supuestos de traspaso. Tampoco constituyen rendimientos de capital inmobiliario, sino rendimientos de capital mobiliario, las cantidades percibidas por el subarrendador, o derivadas del arrendamiento de negocios o minas. Asimismo tampoco cabe calificar como rendimientos inmobiliarios las cantidades percibidas por el titular en la transmisión o extinción de derechos reales sobre bienes inmuebles.

El tipo de retención aplicable a este tipo de rendimientos es del 18 por 100. No obstante, si se trata de rentas en especie procedentes del arrendamiento o subarrendamiento de inmuebles urbanos, la cuantía del ingreso a cuenta será el resultado de aplicar a su valor de mercado el porcentaje del 18 por 100 (artículo 99 del Reglamento del IRPF). Este ingreso a cuenta, según indica el artículo 44 de la LIRPF, se sumará al valor de mercado de la renta en especie, a efectos de computar el rendimiento íntegro, salvo que se repercuta al perceptor de la renta

Consulta fiscal 5

D. Marc Malagarriga es propietario de un local que arrienda a D. Gonzalo Oliveró. D. Gonzalo Oliveró lo traspasa a D. Borja Molina. ¿Qué consideración tendrán los rendimientos a percibir?

Solución

Todo lo que perciba D. Marc por alquileres o participación en el traspaso es rendimiento de capital inmobiliario. Lo que percibe D. Gonzalo en el traspaso es ganancia o pérdida patrimonial.

Consulta fiscal 6

Dña. Helena Membrillera es propietaria de un local que arrienda a Dña. Nuria Comuñas. A su vez Dña. Nuria Comuñas lo subarrienda a Dña. Ariadna Germa ¿Qué consideración tendrán los rendimientos a percibir?

Solución

Lo que perciba Dña. Helena será rendimiento de capital inmobiliario. Lo que perciba Dña. Nuria será rendimiento de capital mobiliario.

Así pues, la vivienda habitual no va a generar en la nueva LIRPF rendimientos íntegros de capital inmobiliario ni generará imputación de renta alguna (artículo 71 de la LIRPF). Tampoco generará rendimiento de capital inmobiliario el inmueble no se haya alquilado. Sin embargo, en este segundo caso sí deberá aplicarse el nuevo régimen de imputación de renta, más gravoso que el establecido por la antigua Ley 18/1991 para estos ingresos, ya que no podrá haber minoración alguno de los ingresos íntegros supuestos (2% del valor catastral en caso de que éste no haya sido revisado).

Consulta fiscal 7

D. Juan Regás es propietario de una casa en Granada, que constituye su vivienda habitual y de una casa en Sierra Nevada que alquila seis meses al año durante la temporada de skí. ¿Cómo debería determinar D. Juan el rendimiento íntegro del capital inmobiliario?

Solución

Por la vivienda habitual, D. Juan no deberá declarar rendimiento alguno, si bien podrá gozar de la deducción por inversión en vivienda habitual establecida en el artículo 55 de la LIRPF.

La cuantía del alquiler de los seis meses de su casa en Sierra Nevada constituirá rendimiento del capital inmobiliario (artículo 20 de la LIRPF).

Por los seis meses restantes habrá una imputación de renta (artículo 71 de la LIRPF), valorada en el 2% del valor catastral en caso de que éste no haya sido revisado).

3. DETERMINACIÓN DE LOS GASTOS DEDUCIBLES

En referencia a los gastos deducibles de los rendimientos íntegros del capital inmobiliario, el artículo 35 a) de la LIRPF establece dos bloques, en referencia sólo a los inmuebles arrendados o subarrendados. Serán deducibles:

- Los *gastos necesarios* para la obtención de los ingresos, limitando los gastos financieros debidamente justificados.
- Las *amortizaciones*, es decir, la cuantía por el deterioro sufrido por el uso o el transcurso del tiempo de los inmuebles arrendados.

a) Gastos necesarios

Señala el artículo 21 de la LIRPF que *tendrán la consideración de gastos deducibles para la determinación del rendimiento neto, los necesarios para su obtención.*

Sin embargo, la deducción de los intereses de capitales ajenos invertidos en la adquisición o mejora de los bienes, derechos o facultades de uso o disfrute de los que procedan los rendimientos, y demás gastos de financiación no podrá exceder de la cuantía de los rendimientos íntegros obtenidos.

Así pues, el artículo 12 del Reglamento del IRPF establece un elenco abierto de los gastos que se consideran fiscalmente deducibles. Entre ellos cabe destacar:

a.1) Los *intereses* de los capitales ajenos invertidos en la adquisición o mejora de los bienes o derechos y demás gastos de financiación. Ahora bien, tales gastos financieros, que efectivamente deberán ser a cargo del propietario o titular del derecho real, no podrá exceder, para cada bien o derecho, de la cuantía de los rendimientos íntegros obtenidos.

Esta categoría amplia puede ser precisada así

- Son deducibles los intereses de los capitales ajenos invertidos en la adquisición o mejora, tanto de bienes inmuebles como de derechos reales sobre ellos. También lo serán los demás gastos financieros, comisiones, gastos de hipoteca, etc.
- No obstante, existe un límite: los rendimientos íntegros computados. Este límite se computa de manera separada para cada bien o derecho arrendado o subarrendado, y siempre en relación a los ingresos derivados de su cesión. Sin embargo, este límite de deducibilidad no es aplicable para gastos de conservación o reparación.
- Dado que este límite de deducibilidad lo constituyen los rendimientos íntegros se podrán computar intereses hasta anular los ingresos íntegros. Por tanto, si existen otros gastos fiscalmente deducibles podrá obtenerse un rendimiento neto negativo compensable con otros rendimiento netos positivos obtenidos por el sujeto pasivo.
- No resulta, sin embargo, acumulable ni trasladable a ejercicios futuros como un mayor valor de adquisición del inmueble o del derecho real a efectos de futuras alteraciones patrimoniales, el exceso de los intereses sobre el límite previsto (artículo 33 de la LIRPF).

Consulta fiscal 8

Dña. María Basté tiene dos inmuebles arrendados, uno en Barcelona y otro en Madrid, que presentan los siguientes ingresos computables y gastos deducibles. ¿Cómo debería determinarse el rendimiento neto del capital inmobiliario?

Solución

	<u>Inmueble Barcelona</u>	<u>Inmueble Madrid</u>
Ingresos íntegros	900.000	900.000
Gastos financieros	-	1.200.000
Otros gastos necesarios	200.000	200.000
Rendimiento neto real	700.000	- 500.000
Rendimiento neto fiscal	700.000	- 200.000

a.2) *Los tributos y recargos* no estatales (IBI), así como las tasas, recargos y contribuciones especiales estatales, cualquiera que sea su denominación, siempre que incidan sobre los ingresos computados o sobre los bienes o derechos productores de los mismos, y no tengan carácter sancionador. Deben, no obstante, hacerse los siguientes apuntes:

- No son gasto deducible los *tributos pagados por la adquisición* (ITP o IVA), así como los gastos de notaría y registro. Deberán ser contabilizados como mayor coste o valor de adquisición.

- Tampoco son gasto deducible, sino menor valor de transmisión los tributos pagados en la transmisión (generalmente el Impuesto Municipal sobre el Incremento de Valor de Terrenos de Naturaleza Urbana),

- Sobre el Impuesto sobre el Valor Añadido cabe apuntar dos situaciones:

- si el arrendamiento está sujeto y no exento al Impuesto sobre el Valor Añadido (plazas de garaje, locales de negocio), los gastos deben computarse sin incluir el Impuesto sobre el Valor Añadido.
- si el arrendamiento está sujeto y exento de Impuesto sobre el Valor Añadido (viviendas), los gastos deben computarse incluyendo el Impuesto sobre el Valor Añadido.

a.3) Las cantidades devengadas por terceros en contraprestación directa o indirecta o como consecuencia de *servicios personales* (administración, vigilancia, portería o análogos)

a.4) Los gastos ocasionados por la *formalización del contrato* de arriendo, subarriendo, cesión o constitución de derechos y los de defensa de carácter jurídico.

a.5) Los *saldos de dudoso cobro* siempre que esta circunstancia esté suficientemente justificada, es decir:

- si el deudor se encuentra en situación de suspensión de pagos, quiebra u otras análogas.
- si entre el momento de la primera gestión de cobro realizada por el contribuyente y el de la finalización del período impositivo han transcurrido más de seis meses y no se ha producido una renovación de crédito.

Cuando un saldo dudoso fuese cobrado posteriormente a su deducción, se computará como ingreso en el ejercicio en que este cobro se produzca.

a.6) Los *gastos de reparación y conservación*. Entre ellos cabe señalar:

- Los necesarios para mantener el *uso normal* de los bienes materiales (pintado, revoco o arreglo de instalaciones).
- Los de *sustitución* necesaria de elementos (calefacción, ascensor, puertas de seguridad).

Aunque resulta claro que la deducción no debe alcanzar a las cantidades destinadas a la ampliación o mejora, resulta llamativa, la Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de enero de 1990, que entendió como gasto corriente las obras necesarias para transformar una vivienda en oficina, ya que no le pareció posible distinguir entre gastos de conservación y gastos de mejora.

a.7) El gasto por el pago de las *primas de los contratos de seguro*, bien sean de responsabilidad civil, incendio, robo, rotura de cristales u otros de análoga naturaleza, sobre los bienes o derechos productores de los ingresos.

a.8) Las gastos por *servicios o suministros*, siempre que tales cantidades no recaigan sobre el arrendatario.

b) Amortización de inmuebles arrendados

La LIRPF, en la letra i) el artículo 21 de la LIRPF, y el RIRPF en la letra i) del artículo 12 admiten como gasto deducible el importe del deterioro sufrido por el uso o el transcurso del tiempo en los bienes de los que proceden los rendimientos, siempre y cuando se cumplan determinadas condiciones establecidas reglamentariamente.

En cuanto a los rendimientos derivados de la titularidad de un derecho o facultad de uso o disfrute, cabe señalar que será igualmente deducible en concepto de depreciación, con el límite de los rendimientos íntegros, la parte proporcional del valor de adquisición satisfecho, en las condiciones que se determinen reglamentariamente.

El artículo 13 del Reglamento del IRPF, dedicado a los gastos de amortización de los rendimientos del capital inmobiliario, establece como deducible la amortización cuando responde a una depreciación efectiva y señala, a renglón seguido, señala los supuestos siguientes en que concurre esta depreciación efectiva:

b.1) Si se trata de *bienes inmuebles*, es efectiva la amortización que no exceda del 2 por 100 anual de su valor de adquisición, excluido el valor del suelo.

Si no se conoce el valor del suelo, éste se calculará prorrateando el coste de adquisición satisfecho entre los valores catastrales del suelo y de la construcción de cada año.

Por tanto, se eleva dicho porcentaje, que en la Ley 18/1991 era tan sólo del 1,5 por 100, al 2. Además deberá aplicarse, en vez de sobre el valor a efectos del Impuesto sobre el Patrimonio, sobre el valor de adquisición.

Consulta fiscal 9

D. Liberto Pérez es propietario de un piso destinado a alquiler que produce una renta mensual de 50.000 ptas. El arrendatario ha dejado de pagar la renta mensual desde el mes de abril, por lo que se ha entablado el correspondiente juicio de desahucio. Los gastos derivados de la vivienda han sido los siguientes:

Comunidad.....	50.000 ptas.
Tributos locales.....	20.000 ptas.
Gastos de abogado.....	60.000 ptas.

El valor de adquisición del piso fue de 20.000.000 de pesetas, correspondientes al suelo 4.000.000 ptas.

Solución

Rendimientos íntegros (50.000 x 12).....	600.000
Gastos deducibles.....	450.000
Comunidad.....	50.000
Tributos.....	20.000
Abogado.....	60.000
Saldo dudoso cobro (1).....	-
Amortización (2).....	320.000
Rendimiento neto de capital inmobiliario.....	150.000

(1) No se cumplen las condiciones para ser deducible.

(2) $(20.000.000 - 4.000.000) \times 2\% = 320.000$

b.2) Si se trata de *bienes de naturaleza mobiliaria*, susceptibles de ser utilizados por un período superior al año y cedidos conjuntamente con el inmueble, es efectiva la amortización que no exceda, en cada año, de aplicar a su valor de adquisición los *coeficientes de amortización fijados en la tabla de amortización simplificada* aprobada por el Ministro de Economía y Hacienda y que para el año 1999 se contiene el artículo 28 del RIRPF.

b.3) Si se trata de rendimientos procedentes de la titularidad de derechos reales de uso o disfrute, es efectiva la amortización, con el límite de los rendimientos íntegros, que resulte de aplicar estos criterios:

- Si el derecho real de uso o disfrute tuviese un plazo determinado, el que resulte de dividir el coste de adquisición del derecho por el número de años de duración del mismo.
- Si el derecho real de uso o disfrute fuese vitalicio, la cantidad que resulte de aplicar al coste de adquisición el porcentaje anual del 2 por 100.

Consulta fiscal 10

Dña. Idoia Navaz adquirió por un importe de 40.000.000 de pesetas el derecho de usufructo vitalicia de una vivienda, que actualmente tiene arrendada por un importe de 800.000 pesetas anuales.

Solución

Rendimiento íntegro.....	800.000
Gastos ($2\% \times 40.000.000 = 800.000$)	<u>-800.000</u>
Límite: 400.000	
Rendimiento neto capital inmobiliario.....	0

b.4) A la hora de determinar la amortización aplicable han de tenerse en cuenta las siguientes *normas*:

- La suma de amortizaciones efectuadas no podrá superar el valor de adquisición del bien o derecho de que se trate.
- Las amortizaciones practicadas con posterioridad al plazo máximo de amortización no serán admitidas como gasto deducible
- Sólo serán admitidas como gasto deducible las amortizaciones computadas en el período impositivo correspondiente.

A modo de apunte, debe señalarse que en virtud de la disposición transitoria décima de la Ley del IRPF, en la determinación de los rendimientos de capital inmobiliario derivados de contratos de arrendamiento celebrados con anterioridad al 9 de mayo de 1985, que no disfruten del derecho a la revisión de la renta del contrato en virtud de la aplicación de la Regla Séptima del apartado 11 de la Disposición transitoria segunda de la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de arrendamientos urbanos, se incluirá adicionalmente, como gasto deducible, mientras subsista esta situación, y en concepto de compensación, la cantidad que corresponda a la amortización del inmueble.

4. LAS REDUCCIONES DEL RENDIMIENTO NETO PREVIO

Como novedad de la Ley 40/1998 respecto a la 18/1991, el artículo 21.2 establece que los rendimientos netos con un período de generación superior a dos años, así como los que se califiquen reglamentariamente como obtenidos de forma notoriamente irregular en el tiempo, se reducirán en un 30 por 100.

De forma paralela, el artículo 14 de Reglamento del IRPF considera obtenidos de forma notoriamente irregular en el tiempo, exclusivamente los siguientes, cuando se imputen en un único período impositivo:

- Las amortizaciones practicadas con posterioridad al plazo máximo de amortización no serán admitidas como gasto deducible Importes obtenidos por el traspaso o la cesión del contrato de arrendamiento de locales de negocio.
- Las amortizaciones practicadas con posterioridad al plazo máximo de amortización no serán admitidas como gasto deducible Indemnizaciones percibidas del arrendamiento, subarrendatario o cesionario por daños o desperfectos en el inmueble.
- Las amortizaciones practicadas con posterioridad al plazo máximo de amortización no serán admitidas como gasto deducible Importe obtenidos por la constitución o cesión de derechos de uso o disfrute de carácter vitalicio.

Consulta fiscal 11

Dña. Mireia Pérez es propietaria de un piso que tiene alquilado por una renta anual de 600.000 pesetas, habiendo percibido del inquilino, al finalizar el contrato, una cantidad de 200.000 pesetas, por los desperfectos ocasionados durante su vigencia. Los gastos de comunidad han ascendido a 140.000 pesetas y el valor de adquisición del piso fue de 10.000.000 de pesetas, correspondiendo 2.000.000 al valor del suelo.

Solución

Rendimientos íntegros (600.000 +200.000).....	800.000
Gastos deducibles.....	-300.000
Comunidad.....	140.000
Amortización (1).....	160.000
Rendimiento neto previo.....	500.000
Reducción (30% x 200.000).....	<u>-60.000</u>
Rendimiento neto de capital inmobiliario.....	440.000

(1) $(10.000.000 - 2.000.000) \times 2\% = 160.000$

El artículo 21 de la LIRPF finaliza señalando que cuando los rendimientos de capital inmobiliario con un período de generación superior a dos años se cobren de forma fraccionada, sólo será aplicable la reducción del 30 por 100, en caso de que el cociente resultante de dividir el número de años correspondientes al período de generación, computados de fecha a fecha, entre el número de períodos impositivos de fraccionamiento, sea superior a dos.

Consulta fiscal 12

D. Álvaro Garriga cede a D. David Arola el derecho de usufructo vitalicio sobre una vivienda que había adquirido por herencia, por un período de 11 años, y por un precio de 5.000.000 de pesetas, que se percibirán en 5 anualidades. ¿Cómo debería calcularse el rendimiento neto de capital inmobiliario?

Solución

Rendimientos íntegros de cada anualidad (5.000.000/5).....	1.000.000
Gastos deducibles.....	-
Rendimiento neto previo.....	1.000.000
Reducción (30% x 1.000.000) (1).....	<u>300.000</u>
Rendimiento neto de capital inmobiliario.....	700.000

(1) Procede la reducción al ser superior a dos el resultado de dividir el período de generación (11) entre el período de fraccionamiento de la renta (5).

5. EL RENDIMIENTO MÍNIMO EN EL SUPUESTO DE PARENTESCO

Concluye la LIRPF la subsección primera, dedicada a los rendimientos del capital inmobiliario, con el artículo 22. Regula éste una cautela estableciendo una norma de valoración o determinación de los rendimientos de capital inmobiliario, cuando el adquirente, cesionario, arrendatario o subarrendatario del bien inmueble o del derecho real que recaiga sobre el mismo, sea el cónyuge, o un pariente, incluido los afines, hasta el tercer grado inclusive, del contribuyente. No estamos, pues, ante una presunción *iuris tantum* (admite prueba en contrario), sino *ex lege* (regla valoración imperativa, que no admite prueba en contrario).

El artículo 22 afirma que en el caso de que se produzca el parentesco señalado, el rendimiento neto total a computar no podrá ser inferior al que resulte de las reglas del artículo 71, que establecen un porcentaje a computar del 2 por 100 sobre el valor catastral o el 1,1 por 100, en caso de que los inmuebles hayan sido revisados en virtud de la Ley 39/1988, de 28 de diciembre, reguladora de las Haciendas Locales.

Consulta fiscal 13

Dña. Patricia Morgades, residente en Barcelona, tiene dos inmuebles arrendados, uno en Mataró y otro en Premiá, que presentan circunstancias que a continuación se indican en cuanto a ingresos computables y gastos que les resultan imputables individualmente. ¿Cómo debería determinarse el rendimiento neto del capital inmobiliario, si consideramos que los dos tienen en el año 2000 un valor catastral de 30.000.000 de pesetas, de los cuales el 20% corresponde al valor del suelo, y que el primero lo tiene arrendado a su hermano y el segundo a un amigo de la familia? Debe señalarse que el valor catastral no ha sido revisado ni modificado según lo dispuesto en los artículos 70 y 71 de la Ley 30/1988, de 28 de diciembre, reguladora de las Haciendas Locales.

Solución

	<u>Inmueble Mataró</u>	<u>Inmueble Premiá</u>
Alquileres a precio de mercado	1.500.000	1.500.000
Gastos por intereses hipoteca	1.000.000	1.000.000
IBI y otros gastos	200.000	200.000
Amortización (valor suelo 5.000.000)	<u>480.000</u>	<u>480.000</u>
Rendimiento neto real	-180.000	-180.000
Rendimiento neto fiscal	600.000 (1)	-180.000

(1) De conformidad con el artículo 71 de la LIRPF sería el 2 por 100 del valor catastral. Es decir: 2% s/ 30.000.000 = 600.000 ptas.

RESERVA PARA INVERSIONES EN CANARIAS: DISCREPANCIAS CON LA ADMINISTRACIÓN*

Salvador Miranda Calderín.

*Economista. Profesor de la U.L.P.G.C.
Delegado Regional del Gabinete de Estudios de la
AEDAF*

1.INTRODUCCIÓN

La base de este trabajo es la conferencia pronunciada en Marzo de 1999 en las Jornadas organizadas por la Dirección General de Tributos del Gobierno de Canarias y la Cámara de Comercio de Las Palmas bajo el lema "Un REF para el S.XXI". Ese día expuse muchos más aspectos relacionados con la RIC, que ahora suprimo, para incidir y ampliar los aspectos más controvertidos suscitados en este año transcurrido.

La intención de la DGT de publicar todas las conferencias pronunciadas en esas Jornadas me impidió que viese la luz en alguna revista especializada.

El artículo 27 de la ley 19/1994 regula en tan sólo una página del B.O.E. una materia que ha llegado a ocupar con frecuencia las portadas de la prensa local. El aluvión de información, muchas veces contradictoria, y las opiniones más encontradas en aspectos concretos del desarrollo del incentivo fiscal por excelencia de nuestro régimen económico fiscal, crean la incertidumbre entre el empresariado y los profesionales del asesoramiento fiscal.

Los nueve apartados de este artículo sin reglamentación ni aclaración posterior se nos antojan escasa legislación para una materia de tanta importancia económica. La presión recaudadora a la que se ven sometidos los órganos de Inspección más las for-

* Texto de la Conferencia pronunciada en las Jornadas Regionales de Estudio de la Delegación Territorial 9ª de la AEDAF, celebradas en Agaete durante los días 17 y 18 de febrero de 2000.

zadas interpretaciones de la Dirección General de Tributos en las contestaciones evacuadas dan lugar a posiciones bastante alejadas y contradictorias sobre aspectos concretos de la Reserva. No es de recibo que se pretenda minimizar los beneficios de este incentivo haciendo una lectura parcial del texto en la que siempre se podrán encontrar imprecisiones y conceptos sin definir.

Por otra parte, también soy consciente de la existencia de actuaciones casi suicidas de empresarios respecto a la materialización de la RIC.

En el presente trabajo voy a abordar exclusivamente los dos temas relacionados con la Reserva para Inversiones en Canarias en los que existe una mayor discrepancia entre los Asesores y la Administración: La materialización en terrenos y el plazo en que se ha de realizar la materialización.

2. LA MATERIALIZACIÓN EN TERRENOS:

En la conferencia sobre la aplicación de los incentivos fiscales del REF a las empresas peninsulares del V Congreso Nacional de Economía (Las Palmas, 1995) indicaba que *"como cuestión no resuelta podríamos plantearnos si la adquisición de un terreno es una inversión apta para la materialización de la RIC. En mi criterio, la vía de solución sería no la de plantearse si un terreno es un activo fijo nuevo o usado sino si es necesario para el desarrollo de cualquier actividad empresarial presente o futura del sujeto pasivo y si va a suponer en el futuro una disminución del coste de producción o una mejora de la calidad del bien o servicio. En caso afirmativo, la adquisición del terreno sería apta para la materialización"*.

En la ponencia desarrollada en el Congreso Nacional de la Asociación de Asesores Fiscales celebrado en octubre de 1997 en Marbella volvía a insistir en la posibilidad de materializar la Reserva en terrenos, ya que la triple característica que señala el art. 27.4.a): situados, utilizados y necesarios para el desarrollo de actividades empresariales del sujeto pasivo, las reúne la inversión en un terreno como parte de un proyecto de construcción de un bien de inversión.

Los condicionantes adicionales que han de cumplir los denominados bienes usados: no haberse beneficiado anteriormente de la RIC y suponer una mejora tecnológica, decía en esta ponencia, no se pueden aislar del resto del apartado, entrando en consideraciones sobre si los terrenos constituyen un activo fijo nuevo o usado, como lo hacía en aquella época la DGT. El criterio que defendía en aquella exposición era: *"si el conjunto por sus características se considera un activo fijo situado y utilizado en Canarias y necesario para la actividad empresarial, estaríamos ante una inversión válida para la materialización de la RIC, incluyendo el valor del suelo y de la construcción"*. No obstante, señalaba claramente que este no era el criterio de la DGT que en las contestaciones que analizamos a continuación rechazaba totalmente la posibilidad de materializar en terrenos:

- 11-2-97 "La parte del solar correspondiente a un local apto para la materialización de la RIC no puede considerarse, ya que el solar no puede tener la consideración de activo nuevo".
- 13-2-97 "Los solares y terrenos aunque se hayan adquirido para construir un activo fijo no pueden ser considerados activos fijos nuevos, por lo que es necesario que supongan una mejora tecnológica para la empresa".
- 7-4-97 "Considera que (los terrenos) no son activos fijos nuevos y que por lo tanto su inversión debe llevar aparejada una mejora tecnológica que se traduzca en una reducción de costes o en un aumento de la calidad de los bienes y servicios de conformidad con el apartado 2 del art. 2º del RD. 241/1992, de 13 de marzo, por el que se desarrolla la ley 20/1991, PERO que tales circunstancias sólo se producen en la inversión de maquinaria, instalaciones, equipos,...etc., que evidencien su capacidad para la mejora tecnológica, pero no un solar destinado a la construcción de una nave industrial".
- 8-4-97 Vuelve a considerar que los solares no pueden calificarse como activos fijos nuevos, por lo que sería preciso que supongan una mejora tecnológica y que difícilmente la inversión en terrenos contribuye a una reducción del coste unitario de los servicios o una mejora en la calidad de los mismos, sino que contribuiría, en su caso, a incrementar en un futuro su volumen de negocios".

A partir del otoño de 1997 se acentúan las presiones por parte del Gobierno de Canarias y agentes económicos en general para que el Ministerio de Hacienda regule la materialización de la Reserva y amplíe sus posibilidades. Diariamente, la prensa local divulgaba opiniones y soluciones de todo tipo que contribuían a un alejamiento progresivo de la realidad. Ante esta situación, la delegación territorial de la Asociación Española de Asesores Fiscales publica el 19 de febrero de 1998 el artículo **"Aclarar lo que está claro"** en la que defendíamos la opción de materialización en terrenos al mismo tiempo que aconsejábamos ante la inseguridad jurídica provocada por la Administración tributaria que se aclarase su validez vía Orden ministerial.

El Ministerio no publicó Orden ministerial alguna a este respecto, pero el 23 de junio de 1998 se produce la contestación no vinculante del Director General de Tributos en la que cambia los criterios que respecto a los terrenos venía manteniendo la DGT: *"dado que la ley 19/94 no distingue, en el primer párrafo de la letra a) del artículo 27.4, entre las distintas clases de activos fijos situados o recibidos en el archipiélago canario, ha de afirmarse que dicha Ley permite que se trate tanto de activos "nuevos", como de activos que se han deteriorado por el uso, como de aquellos activos a los que, por ser "bienes naturales", no conviene su inserción en una u otra clasificación como sucede con los terrenos"*.

Esta interpretación de la DGT coincide con nuestro criterio antes expuesto, pero añade sutilmente un nuevo matiz en el párrafo siguiente: si bien los terrenos no son susceptibles de catalogarse como nuevos o usados, *"el calificativo "usado" debe entenderse referido a aquellos bienes que con independencia de que hayan sufrido o no deterioro por el uso, hayan sido utilizados por un sujeto pasivo en una actividad empresarial, mención plenamente aplicable a los terrenos"*, por lo que deberán cumplir la doble condición de no haberse beneficiado anteriormente de este régimen y suponer una mejora tecnológica para la empresa.

Según esta nueva interpretación, difícil será encontrar un terreno que no haya sido utilizado en el amplio concepto de una "actividad empresarial". Pensemos en el supuesto más favorable: la adquisición de una parcela resultante de una recalificación de suelo y dotación de la correspondiente infraestructura. Aún en este caso, el terreno tuvo que formar parte del activo circulante del empresario promotor de la urbanización, por lo que indudablemente fue utilizado *por un sujeto pasivo en una actividad empresarial*. Contrariamente, según lo que predica la consulta, no habría que demostrar la mejora tecnológica en la adquisición de un solar a una persona no empresaria o profesional.

Siguiendo el tenor de la consulta que comentamos, y para una interpretación coherente de la misma, habría que entender que un terreno se ha utilizado en una actividad empresarial únicamente cuando formó parte del inmovilizado material afecto a ella.

El terreno se admite por la DGT como inversión necesaria para el desarrollo de una actividad empresarial, siempre que forme parte del inmovilizado, pero con el agravante de tener que demostrar, en la mayoría de los casos, que supone una *mejora tecnológica*. Concepto éste que se convierte en la nueva pesadilla de empresarios y asesores fiscales.

Aparece únicamente regulado en el R.D. 241/1992, de 13 de marzo, por el que se desarrolla la ley 20/1991 de modificación de los aspectos fiscales del REF en materia de deducción por inversiones en activos fijos usados y supone que las inversiones tengan uno de los dos efectos siguientes:

- Reducción del coste de producción unitario del bien o servicio.
- Mejora de la calidad del bien o servicio.

El primero de ello se podrá demostrar objetivamente mediante la constatación de datos contables, pero ¿cuántas veces no se realiza con la mejor voluntad y el esfuerzo económico necesario una inversión que posteriormente se demuestra que no tiene los efectos positivos apetecidos? Se está exigiendo al empresario que se convierta, al menos, en adivino, y en el caso de que su inversión no tenga éxito se le rechaza el beneficio fiscal que aplicó.

El segundo, completamente subjetivo y abierto pudiera parecer la panacea para el empresario y precisamente por su escasa definición se convertirá en un elemento de permanente discusión. Serán los Tribunales los que vayan perfilando estos conceptos.

No podemos asociar en la lectura de la normativa comentada el concepto de mejora tecnológica con los distintos supuestos de expansión económica por los que puede atravesar la empresa, cuando en la práctica vienen asociados: la mejora tecnológica supone expansión económica si la inversión da los resultados esperados, y la expansión económica implica una inversión previa en activos nuevos o usados.

Definitivamente, un concepto pensado únicamente para aplicar a una maquinaria o un bien de equipo en general no se puede extrapolar a otras inversiones ni a la amplia casuística que representa la materialización de la Reserva.

Los efectos prácticos de la "sutileza" de admitir los terrenos, pero condicionados a la "mejora tecnológica" no se han hecho esperar. Así, la propia DGT, en contestación reciente de 27 de Julio de 1999, escasamente un año después de la comentada contestación de Junio de 1998, rechaza la inversión en un terreno para construir un hotel en Lanzarote, ya que: **" la adquisición de un terreno usado para la construcción de un nuevo hotel no puede entenderse como materialización adecuada para la reserva para inversiones en Canarias por cuanto ni disminuye el coste de producción unitario ni mejora la calidad del servicio prestado, sino que por el contrario permite prestar un nuevo servicio aumentando el volumen de negocio de la empresa."**

¿No se siente engañada la Confederación Canaria de Empresarios, o ya pensaba que la materialización en terrenos estaba resuelta? Para poco va a servir la contestación de la DGT de 23 de Junio de 1998.

Inciendiando en estas dificultades, el artículo del profesor ROMERO PÍ en el número 1 de la revista CANARIAS FISCAL (Las Palmas, noviembre de 1999) nos ilustra sobre nuevas consideraciones a la luz del derecho comunitario que dificultan notablemente no sólo la materialización de la Reserva en terrenos sino en cualquier tipo de activos fijos. Respecto a los activos que nos ocupan en este apartado, el profesor llega a la conclusión de que en nuestro derecho interno siempre han tenido la calificación de "Activos usados". Se basa en el análisis de la sentencia del Tribunal Supremo de 22-2-1995: " La inversión en terrenos ha estado siempre excluida del concepto de activos fijos nuevos"; y en las diferentes contestaciones de la D.G.T., entre ellas, la de 3-4-1989: "...y, en consecuencia, no puede ser considerado como nuevo".

También se deduce de su trabajo la dificultad que antes mencionábamos: la exigencia de la reciente contestación de la D.G.T. de 23 de Junio de 1998 de que la inversión en terrenos haya de suponer una mejora tecnológica para la empresa significa, en la práctica, que tanto el ordenamiento interno como el derecho comunitario imposibilitan en la casi generalidad de los casos la materialización en terrenos:

La D.G.T. no considera que existe mejora tecnológica en los casos que:

- Los activos adquiridos (en nuestro estudio, los terrenos) lo que permiten es proporcionar nuevos servicios.

- Los activos adquiridos supongan el aumento de la dimensión de la empresa o la apertura de nuevas instalaciones.

- Los activos usados vayan a sustituir a otros análogos existentes.

Por otro lado, el derecho comunitario no excluye la inversión en terrenos como apta para cualquier beneficio fiscal, pero los conceptos de "inversión inicial" e "inversión de sustitución" dificultan notablemente su aplicación:

La defensa española del REF en Bruselas se ha sustentado en que las inversiones objeto de ayudas tienen el carácter de **inversión inicial** (la inversión de capital fijo relacionada con la creación de un establecimiento nuevo, la ampliación de uno existente o el inicio de una actividad que implique un cambio fundamental en el producto, precisamente lo que excluye la DGT. del concepto de "mejora tecnológica"). Este concepto admite la inversión en terrenos.

Sin embargo, las **inversiones de sustitución** sólo admiten ayudas de funcionamiento. Como la RIC prima la inversión inicial, la inversión de sustitución en un terreno (por ejemplo, la compra de un terreno utilizado en régimen de alquiler, o la sustitución de un terreno alquilado por otro diferente adquirido) no serían inversiones aptas para la RIC según el derecho comunitario (los ejemplos son míos).

En definitiva, la idea que nos transmite el profesor Romero es que la materialización en terrenos para la RIC, o bien no es permitida por la D.G.T. o por la Unión Europea, existiendo un único caso en que no existen discrepancias entre los distintos ordenamientos: *"el de la inversión en un terreno para el lanzamiento de una actividad que implique cambio fundamental en procedimiento de producción"*. ¡Para nota señores!. Los Asesores Fiscales aún nos preguntamos cuándo va a existir una coordinación entre las distintas esferas de la Administración y si siempre nos tocará bailar con la más contraria de las interpretaciones, ya sean internas o europeas: si se amplía un establecimiento o se crea uno nuevo, la Unión Europea admite la inversión en terrenos como receptora de ayudas, pero la D.G.T. no considera que en estos casos existe "mejora tecnológica", por lo que la inversión en terrenos no se consideraría apta para la materialización de la RIC. En los casos de inversiones de sustitución, y en el hipotético caso que la Hacienda española admitiese que exista "mejora tecnológica" sería el derecho comunitario el que rechazaría la inversión en terrenos.

En estas condiciones ¿Quién es el valiente que se atreve a aconsejar una inversión en terrenos? Sin una regulación interna clara el tema de los terrenos como inversión apta para la materialización de la RIC continuará generándonos problemas y cada vez más graves.

3. EL PLAZO EN QUE SE HA DE MATERIALIZAR

El plazo de tres años en que hay que materializar la dotación de la Reserva no ofrece dificultad en cuanto al comienzo de su cálculo: tres años a partir del momento en

que se dota la RIC, que coincide con el cierre del ejercicio. Entiendo que el mismo plazo es aplicable a la suscripción de acciones de sociedades que han de invertir en activos fijos para que sus socios materialicen la RIC.

La dificultad en el plazo surge en determinar el final del periodo de tres años en inversiones que se dilatan en el tiempo: adquisición de bienes inmuebles, construcción de instalaciones complejas, etc. ¿Qué ocurre, por ejemplo, cuando en el plazo de los tres años la promotora no nos ha entregado el local que hemos adquirido en documento privado? ¿Cómo afecta una causa de fuerza mayor como por ejemplo la moratoria turística en Lanzarote a inversores que no pueden continuar con su proyecto?

La adquisición de inmovilizado en curso a un tercero tiene un problema adicional relacionado con el plazo, ya que reiteradamente, la DGT y gran parte de la doctrina entienden que la adquisición no se produce hasta que los bienes sean puestos a disposición del sujeto pasivo, *"hasta que no se transfiera el dominio sobre la cosa objeto de contrato; de manera que la adquisición del derecho de propiedad no se alcanza en tanto la cosa vendida no haya sido entregada al comprador de acuerdo con el artículo 1.095 del Código Civil."* (Contestación del 27-7-99).

Con anterioridad, la D.G.T. en contestación del 12 de Marzo de 1997 condicionaba, también, la materialización a la puesta a disposición del sujeto pasivo de la obra, a la adquisición de la titularidad de los bienes. Así a la pregunta de si ¿podrá constituir materialización de la reserva (en una obra en construcción) desde el momento del pago de las facturas aunque el establecimiento no entre en funcionamiento hasta 1998 o si deberá efectuarse por el importe del total de la obra una vez finalizada?, responde *"que la materialización de las cantidades destinadas a la reserva se realiza en el período en que los activos adquiridos sean puestos a disposición del sujeto pasivo y adquiera la titularidad de los mismos, siendo relevante la entrada en funcionamiento a los efectos de computar el plazo de los cinco años de permanencia en la empresa."*

Precisamente en este punto relacionado con los PLAZOS nos encontramos las primeras discrepancias con la Inspección de Hacienda: El criterio que mantiene en la Agencia Tributaria de Las Palmas es el de que las inversiones realizadas en terrenos y construcciones han de entrar en funcionamiento dentro del plazo de 3 años para la materialización de la RIC. Así en Acta de disconformidad firmada el 23 de Noviembre de 1999 la Inspección rechaza como materialización apta de la RIC las obras en curso y la parte proporcional del terreno de la construcción de un local comercial para la instalación de una farmacia, porque al 31 de diciembre de 1997, fecha en la que se cumplían los tres años de la dotación, el local no había entrado en funcionamiento.

El posterior Acuerdo de liquidación intenta justificar el rechazo de la inversión en la obra en curso no finalizada:

- *la inversión controvertida resulta la realización de obras de construcción de un edificio como materialización de la reserva para inversiones en Canarias.*

- El problema que se plantea es determinar si el obligado tributario ha acreditado la concurrencia de todos y cada uno de los requisitos exigidos (plazo de tres años, inversión en activos fijos situados y utilizados en Canarias y necesarios para el desarrollo de la actividad empresarial).

En cuanto a la concurrencia temporal de todos los requisitos, que es lo que nos interesa en este apartado, considera textualmente:

"El cumplimiento de los requisitos exigidos a las inversiones en activos fijos, por la normativa citada en el "Considerando" anterior, debe tener lugar en un periodo de tiempo determinado, que resulta de tres años desde el devengo del impuesto del ejercicio en que se ha dotado, ya que el plazo temporal de inversión constituye en sí mismo uno de los requisitos exigidos para cualquiera de las inversiones enunciadas por el artículo 27.4 de la Ley 20 /1991 como materialización de la reserva para inversiones en Canarias. Por tanto, entendemos que en el supuesto de que el obligado tributario materialice la reserva en activos fijos, esta inversión debe realizarse en el plazo de tres años y en dicho plazo los activos deben ser utilizados y necesarios para el desarrollo de la actividad empresarial del sujeto pasivo."

(el subrayado es mío)

Mis temores se han confirmado y se abre un nuevo frente de discrepancias con la Administración. No tan sólo rechazan las obras en curso que no hayan finalizado, sino que también, en otra Acta de disconformidad, desautorizan la inversión en un local usado anexo a una farmacia adquirido para ampliar las instalaciones. Los argumentos para considerar esa inversión como no apta para la materialización de la RIC inciden en que en el plazo de tres años el local usado adquirido no ha sido utilizado y ni tan siquiera han comenzado las obras de adecuación de dicho local. Por añadidura, al tratarse de un inmovilizado usado, aprovechan para rechazar nuevamente la inversión porque el obligado tributario no ha demostrado que exista "mejora tecnológica" con dicha inversión.

En mi opinión, el plazo de tres años que señala el punto 4 del Art. 27 se refiere a la realización de inversiones, no a su entrada en funcionamiento. En el caso de obras en curso es indudable que la inversión se ha realizado, ya que ahí están las certificaciones o los costes devengados en la realización de la obra. Además, la inversión en la obra en curso reúne todos los condicionantes que enumera la letra a) del punto comentado: se encuentra situada y utilizada en el archipiélago canario y es necesaria para el desarrollo de la actividad empresarial. Indudablemente, en donde tendremos que extendernos será en el concepto de "utilizados" que es donde se atrinchera la Inspección de Hacienda.

En primer lugar hay que dejar bien claro que el calificativo de "utilizados" se refiere a los activos fijos y no a las inversiones que hay que realizar en el plazo de tres años. Si un activo fijo no se va a utilizar en Canarias queda claro que su inversión no constituye materialización apta, aunque la inversión inicial se haya realizado en Canarias; pero si se va a utilizar en el Archipiélago, la única condición que señala la Ley es que su inversión se realice dentro del plazo de los tres años. En ningún sitio la Ley señala que estos activos fijos hayan de entrar en funcionamiento dentro del plazo de tres años.

Cuando el legislador ha querido matizar la entrada en funcionamiento de un activo fijo lo ha hecho con claridad: Así el régimen de la deducción por inversiones en activos fijos nuevos señala claramente que se tendrá derecho a la misma en el ejercicio en que los activos entren en funcionamiento, no cuando hayan sido adquiridos. El Art. 27 del REF en ningún sitio señala lo mismo.

En segundo lugar, la cautela que estableció el legislador en este artículo también confirma nuestra opinión: los bienes en que se materialice la Reserva han de permanecer en funcionamiento durante cinco años. ¿Contados a partir de qué momento? Parece razonable que sea desde el momento en que entren en funcionamiento. Aplicando este razonamiento a la obra en curso que rechaza la Inspección, nos encontramos que el empresario dispone de tres años para realizar la inversión total o parcial de la construcción y que una vez que la termine y entre en funcionamiento tendrá la obligación de continuar su utilización durante cinco años adicionales contados desde su puesta en funcionamiento. Esta es la penalización que sufre el empresario porque el plazo de construcción sea amplio y supere los tres años y no la que trata de aplicar la Inspección.

¿Qué ocurría en el extinguido Fondo de Previsiones para Inversiones? Recordemos en un par de párrafos cómo funcionaba el incentivo fiscal: en el año en que se creaba el Fondo, el sujeto pasivo debía invertir o materializar su importe. En el caso de materialización, concepto distinto al actual, se podía detraer en cualquier momento los recursos líquidos indisponibles para realizar la inversión definitiva.

Pues bien, la Dirección General de Impuesto admitía que se invirtiese en la construcción de viviendas sin más limitación que la inversión tuviese relación directa con los negocios de la Sociedad y que las mismas no fuesen objeto de especulación o comercio (28 de Mayo de 1973); y la inversión en un solar para construir edificios para su explotación en régimen de alquiler, con las dos únicas e iguales limitaciones que vimos anteriormente (28 de Mayo de 1973). Esto es, la DGI no obligaba que una vez comenzada la obra se tuviera que finalizar en un período limitado, se contentaba con que las materializaciones se fuesen invirtiendo en la obra en curso.

Posteriormente, el régimen transitorio del FPI regulado en el artículo 93 de la ley 20/1991 posibilitaba la inversión en terrenos que se destinasen en un plazo máximo de tres años a la construcción de viviendas de protección fiscal. Ese plazo no se refería a la finalización de la construcción y a la entrada en funcionamiento de las viviendas, sino simplemente a que se comenzara la construcción.

Volviendo al régimen actual, la propia DGT, en contestación de 27 de Julio de 1999 señala que "tratándose de las obras de construcción, la inversión se entiende realizada a medida en que se va ejecutando la obra por el coste de la misma en cada período impositivo" sin que aparentemente condicione el plazo de la obra a los tres años que pretende la Inspección de Hacienda.

La pretensión de que un proyecto de construcción finalice en tres años no está señalado ni en la letra ni en el espíritu de la modificación del Régimen Económico Fiscal de Canarias de 1994; y supone, por un lado una interpretación forzada de los puntos del Art.27 y por otro, un desconocimiento total de la realidad del sector de la construcción en las Islas.

Otro nuevo frente de discrepancias relacionadas con el "plazo" parece que se aproxima por el Este si bien aún no se han plasmado en Actas de disconformidad y espero que éstas no se produzcan: Esta vez se trata de una sociedad que dota la RIC en 1995 y que dentro del plazo de los tres años suscribe en varias Ampliaciones de capital de su filial el importe total de la dotación efectuada. Dos ampliaciones se efectúan con aportaciones en efectivo, una al comienzo del período de los tres años y otra al final del año tercero, desembolsándose todos los dividendos pasivos dentro del plazo; la tercera se realiza por compensación de las entregas en efectivo que dentro del plazo señalado de los tres años la matriz realizó a la filial para que fuese financiando las inversiones (Ampliación por compensación de créditos).

Por su parte, la filial en dicho plazo de tres años realizó inversiones por una cantidad superior a la obligatoria.

Hasta ahora todo parece perfecto: la suscripción se ha realizado en sendas escrituras públicas de ampliación de Capital donde figuran protocolizados los desembolsos realizados y las formalidades que exige la legislación mercantil para la ampliación vía compensación de créditos, informe de Auditor incluido; las inversiones se han realizado por la filial dentro del plazo obligatorio y todas han sido consideradas como aptas para la materialización de la RIC.

Sin embargo, la Inspección "no lo ve claro" y pretende rechazar las inversiones que no se han realizado temporalmente después de las suscripciones y desembolsos en efectivo, aunque todo se haya hecho dentro del plazo de los reiterados tres años. Sus argumentos si se producen, los comentaré en la próxima ocasión.

4. LA REGULARIZACIÓN DE LA RIC A TRAVÉS DE ACTAS DE INSPECCIÓN

El punto 8 del artículo 27 de la ley comentada señala que el incumplimiento de cualquier requisito establecido en el propio artículo dará lugar a la integración en la base imponible del ejercicio en que ocurrieran estas circunstancias de las cantidades que en su día dieron lugar a la reducción de la misma, girándose intereses de demora desde el último día del plazo de ingreso voluntario.

En las pretendidas regularizaciones practicadas, la Inspección de Hacienda calcula correctamente la cuota que supone el beneficio presuntamente incumplido y le

añade los intereses de demora calculados desde el mes de Junio o Julio (IRPF o Sociedades) del año siguiente al que se dotó la Reserva hasta el momento en que el obligado tributario hubiese tenido que regularizar la cuota. Así si la dotación de la Reserva que se rechaza corresponde al año 1994, gira intereses desde Junio de 1995 hasta Junio de 1998.

A su vez, al monto total obtenido le vuelve a calcular intereses de demora desde la última fecha señalada hasta la fecha del Acuerdo de liquidación.

Podría ser congruente con el punto 8 señalado, pero más extraño aún son los cálculos que se practican en el expediente sancionador: la base de la sanción acumula la primera cuota calculada y los primeros intereses de demora, esto es, la verdadera cuota del acta no es el ahorro fiscal que se pretende exigir, sino que incluye también los intereses de demora que como penalización exige el artículo 27.

En mi opinión la sanción, si procede, debería calcularse exclusivamente sobre el importe del ahorro fiscal disfrutado.

Precisamente la procedencia o no de la sanción la obvia la Inspección recurriendo a que la conducta fraudulenta del obligado tributario no consiste en interpretar de una forma distinta a la de la Administración una norma tan complicada, sino al sencillo hecho de que tenía que haber regularizado la cuota del ejercicio de 1997 y que por lo tanto "dejó de ingresar":

"La conducta infractora tiene su causa en la no materialización en inversiones aptas de parte de la reserva para inversiones en Canarias dotada en 1994, al haber invertido en - Obras de construcción de un edificio y no acreditarse su utilización ni su necesidad para el desarrollo de la actividad empresarial en el plazo de tres años.

En consecuencia el obligado tributario debió regularizar voluntariamente esta situación en su declaración del IRPF del ejercicio 1997, año de incumplimiento de los requisitos. Esta regularización no fue realizada por el sujeto pasivo y ha dado lugar a la conducta infractora arriba mencionada"

5. CONCLUSIONES

Primera.- los profesionales del asesoramiento fiscal demandamos una mayor claridad en la legislación aplicable al incentivo estrella del REF.

Segunda.- El concepto de mejora tecnológica necesita una regulación propia para la Reserva. Debiera ser suficiente que la inversión en un bien usado supusiera la expansión económica de la empresa para considerarlo apto para la materialización de la Reserva.

Tercera.- La inversión en terrenos aún no es una cuestión completamente pacífica, ya que la necesidad de demostrar la "mejora tecnológica" en su regulación actual, im-

posibilita, en la práctica, su aplicación. La DGT nos lo recuerda en reciente contestación de Julio de 1999, posterior a la comentada de Junio de 1998.

Cuarta.- La Ley señala que en el plazo de tres años hay que invertir las dotaciones de la Reserva no que los activos entren en funcionamiento en ese período.

Quinta.- El Gobierno de Canarias y el empresariado de las Islas han de insistir en una más amplia regulación de la Reserva que posibilite sin incertidumbre la expansión económica de las empresas en las Islas y que no se contradiga con la legislación comunitaria.



FRAUDE DE LEY, NEGOCIOS INDIRECTOS Y ECONOMÍAS DE OPCIÓN

Dámaso Rafael Roldán Pérez

Abogado

Miembro de la AEDAF

SUMARIO

INTRODUCCIÓN

1. EL FRAUDE DE LEY

1.1.- El fraude de ley civil

1.1.1 Introducción

1.2.- El fraude a la ley tributaria

1.2.1 Introducción

1.2.2 La lucha contra el fraude de ley tributaria y el artículo 24 de la Ley General Tributaria

1.2.3 ¿Es posible emplear la analogía como medio para luchar contra el fraude de ley?

1.3.- El fraude de ley en el artículo 24 de la Ley General Tributaria

1.3.1 Requisitos materiales

1.3.1.1 "Cuando se gravan hechos, actos o negocios jurídicos"

1.3.1.2 "Propósito de eludir el pago del tributo"

1.3.1.3 "Amparándose en el texto de normas dictadas con distinta finalidad"

1.3.1.4 "Siempre que produzcan un resultado equivalente al derivado del hecho imponible"

1.3.2 Requisitos Formales

1.3.2.1 “El fraude de ley tributaria deberá ser declarado en expediente especial en el que se dé audiencia al interesado”.

1.4.- Consecuencias de la declaración de fraude de ley.

1.4.1 Aplicar la norma eludida

1.4.2 “Y se liquidarán los intereses de demora que correspondan”

1.4.3 “Sin que a estos solos efectos proceda la imposición de sanciones”

1.5.- El fraude de ley y su distinción de figuras afines.

1.5.1 La infracción Tributaria

1.5.2 El abuso del derecho

1.5.3 La simulación

1.5.4 El negocio indirecto y las economías de opción

2. EL NEGOCIO INDIRECTO

2.1 Introducción

2.2 El negocio indirecto en el Derecho Común

2.3 El negocio indirecto en el Derecho Tributario

2.4. La lucha contra el negocio indirecto en la antigua regulación de la Ley General Tributaria

2.5 Medios para luchar contra el negocio indirecto en la nueva regulación de la Ley General Tributaria

2.6 Medios para luchar contra el negocio indirecto en la nueva regulación de la Ley General Tributaria

3. LA ECONOMÍA DE OPCIÓN

4. BIBLIOGRAFÍA

INTRODUCCIÓN

A lo largo de la historia se nos hace patente que para muchas personas el tener que pagar los tributos exigidos por la Hacienda ha sido algo que les ha parecido injusto, excesivo, etc. Este rechazo a los tributos ha llevado a muchos hombres a incumplir con las cargas impuestas.

En un sistema tributario poco desarrollado, esta clase de comportamientos elusivos se caracterizan por ser muy simples, en cuanto a sus características y proceso de elaboración se refiere; consistirán normalmente en una vulneración directa de las normas tributarias. Por el contrario, a medida que el conjunto de normas tributarias existentes y los medios de control de la Hacienda sean más perfectos y más eficientes, el eludir la carga tributaria será más complicado y por ello, ante esta dificultad para engañar al Fisco, los ciudadanos se verán en la necesidad de agudizar el ingenio para poder salir airosos del problema.

Esta obra se ocupa de este segundo grupo de comportamientos, propios de sistemas jurídicos avanzados, en los que los sujetos obligados al pago de los tributos, mas que hacer una y pura simple evasión tributaria, lo que hacen es retorcer los instrumentos jurídicos o buscar las lagunas e imprecisiones de las normas impositivas, para así lograr que no nazca la obligación de pagar los tributos o al menos reducir el importe de la deuda.

En el capítulo primero del presente trabajo se comenta el fraude de ley que está regulado en el artículo 24 de la Ley General Tributaria. Esta figura jurídica conlleva haber efectuado unos actos, hechos o negocios jurídicos realizados con el propósito de eludir el pago del tributo, amparándose en el texto de normas dictadas con distinta finalidad y que producen un resultado equivalente al derivado del hecho imponible. Cuando se realiza esta clase de comportamientos el Legislador considera que se ha producido un uso anómalo de las formas e instrumentos jurídicos, considerando, por ello, que se deben gravar estos comportamientos realizados en fraude de ley haciendo que surta efectos la norma tributaria eludida.

El capítulo tercero del trabajo versa sobre la economía de opción. En estos casos, el sujeto que a realizado este tipo de comportamientos, al no realizar unos actos, hechos o negocios jurídicos en fraude de ley tributaria; no haber cometido una simulación y no haber infringido directamente las normas tributarias, queda libre de cualquier responsabilidad, no teniendo la Administración ningún arma legal para combatir este tipo de comportamientos. En estos casos se puede decir, utilizando un lenguaje coloquial, que el contribuyente se ha salido con la suya.

Por otro lado, la Administración, ante la ineficacia de unas normas demasiado exigentes y técnicamente imprecisas, se ha visto en la necesidad de crear unos instrumentos eficientes, nacidos de una interpretación interesada y forzada de las normas jurídicas, para poder luchar contra el fraude de ley tributaria y contra las economías de

opción tácitas. Esta actitud de la Administración se hizo patente en los últimos años de la Ley General Tributaria antes de ser reformada por la Ley 25/ 95, de 20 de julio de 1995. En esas fechas, la Administración procedió a gravar como negocios jurídicos indirectos unos hechos, actos o negocios jurídicos cuya legalidad nadie discutía o que habían sido realizados en fraude de ley, mediante una aplicación, a mi modo de ver incorrecta, del artículo 25 de la Ley General Tributaria. Los negocios indirectos son objeto de estudio en el capítulo segundo de esta obra; allí se hará un análisis del devenir de esta figura con la antigua Ley General Tributaria antes de la reforma del 95. También se analizará como a quedado esta institución con la nueva regulación, en la que parece que se ha desterrado toda duda, por más que algunos autores se empeñen en mantenerla, sobre la ilegalidad que significa luchar contra el fraude de ley y las economías de opción mediante cualquier clase de interpretación económica del hecho imponible.

En el área del Derecho tributario que se analiza en este trabajo, es difícil desprenderse de las valoraciones éticas que tenga el interprete de las normas. En determinadas ocasiones, al leer algunos trabajos sobre la materia, he podido constatar que algunos juristas, movidos por sus convicciones personales, hacen unas interpretaciones parciales de la Ley General Tributaria. En el fondo, este tipo de actitud, lleva al interprete a prescindir del Derecho dando primacía a sus propias valoraciones éticas. Las materias estudiadas en este trabajo han sido analizadas exclusivamente en su faceta jurídica; en esta obra se intenta analizar las leyes, interpretándolas de una manera estrictamente jurídica, intentado ser imparcial a la hora de afrontar la realidad existente en nuestro Derecho y dejando al margen los problemas éticos que pudieran haber. Se puede decir que intentado exponer lo que la Ley dice, no lo que debería decir o lo que me gustaría que dijera.

1. EL FRAUDE DE LEY

1.1 *El fraude de ley civil*

1.1.1 Introducción

La causa por la que se ha querido empezar esta obra haciendo referencia a la doctrina civil se debe al hecho de que solamente teniendo claro el concepto del fraude de ley se podrá entender en toda su amplitud el artículo 24 de la LGT, y ello es así, porque en el fondo, este precepto no es más que una especificación del artículo 6 del Código Civil. Efectivamente, debemos tener presente que el fin del artículo 24 es establecer un mecanismo para luchar contra aquellos comportamientos jurídicos que tendentes a evitar el pago de un tributo implican un forzamiento, un uso de las normas con un fin distinto al cual fueron creados. Es este uso incorrecto de las instituciones jurídicas lo que sanciona la Ley General Tributaria. El artículo 24 no persigue la erradicación de cualquier comportamiento que produce un ahorro fiscal, sino solo aquellos que se han realizando abusando de los instrumentos jurídicos (principalmente normas civiles y mer-

cantiles) utilizándolos para fines para los cuales no están previstos o que simplemente son contrarios a ellos.

La primera función de una norma imperativa es la de producir los efectos jurídicos que en ella se contienen. Dicha norma será violada en aquellos casos en que su contenido no sea cumplido total o parcialmente por el destinatario de ésta. Este incumplimiento podrá realizarse de dos formas distintas. Es posible, en primer lugar, que el sujeto realice directamente aquel comportamiento que es contrario a lo establecido por la norma. Se puede decir entonces que estamos ante un acto contra la ley, o <<contravención>>. En segundo lugar, es posible que el destinatario, sin adoptar formalmente una conducta contraria a lo dispuesto por aquella, trate de burlar o de incumplir su finalidad, consiguiendo por una vía indirecta un resultado contrario o distinto a lo ordenado. Para designar esta segunda forma de violación de la norma imperativa podemos usar el término <<fraude de ley>>.

La génesis de la teoría del fraude de ley parte del derecho romano. En un principio constituyó un intento de acabar con todos aquellos pactos que tenían como único fin contravenir las normas imperativas indirectamente, como decía Paulo: “Se actúa contra la ley cuando se hace lo que la ley prohíbe; en fraude cuando respetando las palabras de la ley se elude su sentido”. Con posterioridad, a partir de la Recepción el concepto varió de significado.

En la actualidad se estima que se comete fraude de ley cuando, se efectúan uno o varios actos con el deseo de conseguir un resultado que prohíbe una norma, buscando la cobertura y el amparo de la que regula el acto y protege el resultado normal de él, que en el caso concreto satisface el interés de las partes por ser coincidente en última instancia con el vedado.

1.1.2 El fraude de ley civil

Antes de que la ley regulara expresamente esta institución jurídica, la jurisprudencia había luchado contra este tipo de conductas a través del artículo 4 del Código civil en su antigua redacción. Dicho precepto declaraba la nulidad de todo acto ejecutado contra lo establecido en la ley a no ser que la propia ley lo convalidara. El efecto de la nulidad no afectaba a terceros de buena fe.

La actual regulación del fraude de ley civil se contiene en el artículo 6.4 del Código civil. Dicho precepto establece que serán declarados en fraude de ley, los actos que al amparo de una norma de cobertura persigan un fin prohibido por el ordenamiento jurídico o contrario a él. La consecuencia de la declaración de fraude de ley será la aplicación de la norma que se hubiera tratado de eludir.

Según la doctrina más reconocida, la expresión <<Resultado prohibido por el ordenamiento jurídico o contrario a él>> debe ser entendida como un medio de interpretación, teniendo siempre claro que lo que se ha hecho ha sido la no-aplicación de una norma que sí debió tenerse en cuenta.

¿Es necesario el deseo o la intención de violar la norma?

Según la Sentencia del Tribunal Supremo, de 13 de junio de 1959, no es necesario la existencia de una intención especial de burlar el cumplimiento de las leyes, ya que el fraude de ley es una institución que tiene como fin la aplicación de la norma correcta y no la represión de las intenciones maliciosas de las partes contratantes. En esta misma idea De Castro piensa que sería imposible llegar a demostrar la intención de defraudar. De todas formas, como advierte Díez Picazo aunque en la evolución moderna de la figura la línea subjetivista ha ido perdiendo fuerza, de un primer análisis del artículo 6.4 podría llegar a pensarse que el Código civil mantiene esta postura ya que el artículo 6.4 dice que han de perseguir un resultado prohibido por el ordenamiento.

El fraude de ley en la materia civil tiene como fin último la aplicación de la norma defraudada. Esta figura jurídica no establece ningún otro cauce para declarar otras clases de sanciones (nulidad, rescisión, etc.). Por ello, otros posibles efectos sancionatorios deberán contemplarse en relación con la norma imperativa defraudada.

1.2 El fraude a la ley tributaria

1.2.1 Introducción

El Legislador ha preferido regular el fraude de ley tributaria separadamente del régimen general que establece el Código civil en su artículo 6; ello sin embargo no debe inducirnos a pensar que son dos instituciones radicalmente opuestas, mas bien, ha de pensarse que el fraude de ley tributario es una especificación del régimen general; en nuestra opinión para definir el fraude de ley tributaria sirve el esquema de la ley de cobertura y ley defraudada establecido en el artículo 6 del Código civil; como dijo Palao: "En el ámbito tributario, el fraude de ley supone que un determinado resultado económico que realizado a través de los medios jurídicos considerados como normales produce el nacimiento de una deuda tributaria, se consigue indirectamente a través de otros medios jurídicos que natural y primeramente tienden al logro de fines diversos y que no están gravados o lo están en una medida mas reducida"

Actualmente el fraude a la ley tributaria se encuentra regulado en el artículo 24 de la Ley General Tributaria; este precepto establece lo siguiente:

Artículo 24.

1. "Para evitar el fraude de ley se entenderá que no existe extensión del hecho imponible cuando se graven hechos, actos o negocios jurídicos realizados con el propósito de eludir el pago del tributo, amparándose en el texto de normas dictadas con distinta finalidad, siempre que produzcan un resultado equivalente al derivado del hecho imponible. El fraude de ley tributaria deberá ser declarado en expediente especial en el que se dé audiencia al interesado.

2. Los hechos, actos o negocios jurídicos ejecutados en fraude de ley no impedirán la aplicación de la norma tributaria eludida ni darán lugar al nacimiento de las ventajas fiscales que se pretendía obtener mediante ellos.

3. En las liquidaciones que se realicen como resultado del expediente especial de fraude de ley se aplicará la norma tributaria eludida y se liquidarán los intereses de demora que correspondan, sin que a estos solos efectos proceda la imposición de sanciones"

De un primer análisis de este artículo se puede comprobar que para que exista fraude de ley es necesario que se den unos requisitos materiales que son: el propósito de eludir el tributo, que se usen normas dictadas con distinta finalidad y que se obtenga un resultado equivalente; y unos requisitos formales: es necesario que el fraude se tramite a través de un expediente especial y que se dé audiencia al interesado.

Si se declara que un acto, hecho o negocio jurídico ha sido efectuado en fraude de ley, se facultará a la Administración para que aplique la norma que se trató de eludir; en definitiva, las consecuencias de la declaración son las mismas que en el artículo 6.4 del Código Civil: la aplicación de la norma defraudada.

1.2.2 La lucha contra el fraude de ley tributaria y el artículo 24 de la Ley General Tributaria

Con anterioridad a la modificación de la Ley General Tributaria por la Ley 25/95, la doctrina mayoritaria opinaba que la analogía era el mecanismo establecido por el artículo 24.2, a través del cual se habilitaba a la Administración para aplicar la norma eludida, luchando de este modo contra los actos, hechos o negocios jurídicos realizados en fraude de ley. Actualmente existen muchas discrepancias al respecto, no habiendo en el mundo jurídico una opinión unánime sobre el modo a través del cual la Ley General Tributaria habilita a la Inspección de Tributos para aplicar la norma defraudada.

A continuación trataré de exponer cuales son las interpretaciones más relevantes sobre el tema anteriormente comentado.

A) Un primer sector de la doctrina sostiene que el fraude de ley tributaria, a diferencia del regulado en el Código civil, es un mecanismo de aplicación por analogía y no un modo de reaccionar frente a hechos ilícitos. En este sentido, Don Ramón Falcón y Tella cree que la habilitación para poder recurrir al uso de la analogía proviene de una interpretación conjunta de los artículos 23.3 y el 24.1, de la Ley General Tributaria. Según él, el artículo 23.3 establece la prohibición del uso de la analogía para extender el hecho imponible más allá de su contenido y el 24 crea una excepción a esta prohibición, permitiendo la extensión en el caso de que exista un supuesto de fraude de ley. Esta argumentación se refuerza si se contempla la antigua redacción del artículo 24 de la Ley General Tributaria antes de su modificación por la Ley 20 de Julio de 1995, número 25/1995. El citado precepto, en su primer apartado, prohibía extender más allá de sus estrictos términos el hecho imponible, las exenciones y las bonificaciones mediante el uso de la analogía, pero en su apartado segundo se exceptuaba dicha prohibición en el supuesto de que existiera fraude de ley.

Los que apoyan esta tesis, llegan a la conclusión de que la nueva redacción del artículo 24 ha conducido a una diferenciación más clara entre el fraude de ley civil regu-

lado en el artículo 6.4 del Código Civil y el fiscal. El artículo 6.4 está destinado a evitar que un acto prohibido o contrario al ordenamiento jurídico, aunque con aparente legalidad al estar bajo la protección de una norma de cobertura, surta efecto, no siendo así, en el Derecho tributario. Partiendo de la base de que los acuerdos, negocios jurídicos, etc., son tratados como hechos por las normas tributarias, la realización de un hecho no previsto por la norma nunca podrá significar que esta se ha incumplido. En definitiva, si el fraude de ley implica realizar una serie de actos que no están tipificados en la ley, ello nunca podrá interpretarse como un incumplimiento de ésta. El fraude de ley tributaria no implica una vulneración del ordenamiento jurídico, sino la realización de un hecho no tipificado y por lo tanto no gravado por la ley, pero con efectos tales que el legislador permite que se grave, extendiendo el hecho imponible de una norma por medio de una interpretación analógica. El fundamento para poder aplicar la analogía radica en que se ha producido un resultado equivalente al de un hecho imponible similar.

B) Analizado el primer sector de la doctrina, trataré de resumir la postura contraria (que es la que yo comparto) que entiende que el fraude de ley tributaria se reconduce al regulado en el artículo 6.4 del Código civil. Efectivamente, si tenemos en cuenta el hecho de que tras la reforma del 95 la prohibición del uso de la analogía y el fraude de ley se regulan en artículos distintos, la teoría que se basaba en el hecho de que el 24.2 de la antigua LGT fuera una excepción a aquella prohibición, ya no tiene sentido.

Con la redacción, los defensores de esta última teoría también alegan que la actual redacción del artículo 24 de la Ley General Tributaria es casi coincidente con el artículo 6.4 del Código Civil, utilizando el mismo medio para combatir el fraude de ley: aplicar la ley defraudada.

Partiendo del hecho de que las dos argumentaciones están muy elaboradas y han sido hechas por personas que saben mucho mas del tema que yo, creo que es mas acertada la segunda teoría. A mi modo de ver, pienso que se estaría produciendo un atentado contra el principio de seguridad jurídica y el principio de reserva de ley (constitucionalmente tutelado), si se permitiera a la Administración, mediante la aplicación de la analogía, poder gravar hechos que no hubieran sido tipificados, pudiendo, de este modo, correr el peligro de que en algunos casos se estuviera cometiendo un atentado a la libertad del contribuyente a configurar su patrimonio del modo que considere más beneficioso. (artículos 10, 33 y 38 de la Constitución) y al principio de libertad de pactos. (artículos 1255 y 1258 del Código Civil)

Si pensamos que el artículo 24 de la Ley General Tributaria excluye la analogía como medio para combatir el fraude de ley, ¿cómo aplicamos una norma a un comportamiento que la defrauda mediante la no realización del hecho imponible? Como dice Kruse: "En formas diversas del Derecho Tributario, la violación indirecta de la ley puede ser obstaculizada mediante el procedimiento de la analogía (...) pero no se pueden crear hechos imponibles a través de la analogía (y en consecuencia) resulta necesario elaborar un mecanismo jurídico particular dirigido a evitar violaciones de las normas tri-

butarias". En nuestro caso concreto, ese mecanismo es el artículo 24 de la Ley General Tributaria.

Quizás sea correcto entender que lo que el artículo 24.1 hace es suponer que los actos, hechos o negocios definidos en el artículo 24.1 son considerados por el legislador hechos imponible realizados en fraude a la ley tributaria. Esta solución al problema de la interpretación del artículo 24 de la Ley General Tributaria ha sido propuesta por J.L. Pérez de Ayala; según palabras de citado autor "Si se acepta esta interpretación, la equivalencia entre estos hechos y los que el propio precepto, no se refieran a que estos ulteriores lo sean y los equivalentes no; unos y otros son a efectos jurídicos hechos imponible, los unos cometidos sin fraude de ley, y por ello plenamente coincidentes con la tipificación legal, los otros realizados (sí, realizados) como tales hechos imponible con un rodeo del contribuyente, para deformarlos en orden a su coincidencia con el supuesto tipificado en la ley. Pero por el hecho de esta defraudación voluntariamente buscada por el contribuyente, no dejan de ser ya hechos imponible realizados si bien lo son en fraude de ley"

Una característica de los actos, hechos o negocios jurídicos realizados en fraude de ley radica en el hecho de que se han usado unos instrumentos anómalos consiguiendo de este modo utilizar una norma que fue dictada con distinta finalidad, obteniendo un ahorro tributario ilegítimo. Por ello, creo que es correcto pensar que se ha realizado sustantivamente, aunque no formalmente el hecho imponible; se ha realizado en fraude de ley tributaria, aunque no se haya anulado a efectos del Derecho privado. En estos casos el artículo 24 de la Ley General Tributaria respeta la licitud civil de las actuaciones realizadas, dejando intacta la situación jurídico privada creada, pero hace coincidir lo actuado con las formas jurídicas que el Derecho privado normalmente dispone para la obtención de los fines pretendidos.

En el derecho tributario, el fraude de ley se caracteriza por haberse producido un resultado equivalente al derivado de un hecho imponible (artículo 24.1), **eludiéndose** una norma tributaria (artículo 24.2), a través de unos actos, hechos o negocios jurídicos realizados con el propósito de eludir el tributo; amparándose en normas dictadas con distinta finalidad; por ello, la Ley General Tributaria y el Código civil tienen un mismo concepto de fraude de ley; en ambos casos se elude una norma a través de una norma de cobertura; lo que ocurre, es que esta figura, se especifica en el Derecho tributario, con unos matices especiales, ya que esta rama del ordenamiento jurídico tiene unas características propias que la diferencia de la del Derecho Privado.

1.2.3 ¿Es posible emplear la analogía como medio para luchar contra el fraude de ley?

El concepto de analogía que venimos manejando, denominado por la doctrina como "*analogía legis*", se caracteriza por ser un medio de integración de las lagunas jurídicas (ante un supuesto no regulado por las normas se aplica otra disposición que está destinada a otros supuestos de hecho de contenido análogo). Está claro que no se pue-

de permitir que a través de la analogía se puedan gravar hechos no tipificados por las normas tributarias.

Junto a la analogía legis, la doctrina maneja otra figura denominada *analogía iuris*, analogía caracterizada porque a través de ella, del conjunto del ordenamiento se extraen los principios que informan todo el Derecho que después serán utilizados como un medio más de interpretación extensiva de las normas.

La analogía iuris es un método de obtención y aplicación de los Principios Generales del Derecho. En este caso estamos ante un medio de interpretación extensiva y no ante una técnica de lucha contra las lagunas legales y por lo tanto me atrevo a decir que es perfectamente legítimo su uso como método de interpretación y también como medio para luchar contra el fraude de ley, siempre que se utilice dentro del artículo 24 de la Ley General Tributaria y con las garantías legales que dicho precepto contiene.

De todos modos la analogía iuris tendrá siempre que respetar el contenido de la ley y por otro lado, el interprete debe de tener en cuenta que los particulares no tienen la obligación de realizar los hechos imponibles tipificados en las normas y es por tanto perfectamente legítimo que se busquen los formas menos gravosas para obtener un resultado económico. Es por ello que pienso que la analogía iuris no puede llegar a constituir un atentado contra la libertad de los particulares.

1.3 El fraude de ley en el artículo 24 de la Ley General Tributaria

A continuación se van a analizar los elementos que componen el fraude de ley en la Ley General tributaria. Se van a exponer de un modo detallado los elementos más importantes de esta institución jurídica. También se comentarán los posibles problemas interpretativos y las críticas que hayan sido planteadas por la doctrina.

En las siguientes páginas, se va a tratar de analizar el artículo 24.1 de la Ley General Tributaria en su integridad. Para simplificar el modo de exposición, cada subapartado de este epígrafe tratará de analizar una pequeña parte del artículo que habrá sido transcrita tal y como se define en la ley.

1.3.1 Requisitos materiales

1.3.1.1 “Cuando se gravan hechos, actos o negocios jurídicos”

El fraude de ley tiene su punto de partida en la libertad patrimonial de los particulares, ya que sólo así la autonomía de la voluntad puede estar dirigida a la elusión de las normas tributarias.

Se tiene que tratar de actos, hechos o negocios jurídicos lícitos ya que de lo contrario estaríamos ante otras categorías de comportamientos infractores basados en la disimulación o la ocultación.

La nueva regulación ha ampliado la tipología de actividades susceptibles de ser declaradas en fraude de ley debido a que en la anterior regulación sólo se hacía referencia a "hechos".

Los actos jurídicos, caracterizados por que el agente no tiene poder para regular sus efectos jurídicos que vienen determinados por la ley, comprenden tanto declaraciones en general como comunicaciones y notificaciones.

El acto jurídico se distingue del simple hecho en que en los primeros se producen consecuencias jurídicas precisamente por esa conciencia y voluntad que lo acompaña. Los hechos son relevantes de por sí, sin que intervenga para nada la voluntad humana; estos sólo pueden ser recalificados mediante el fraude de ley, no cabe el uso de otras instituciones como la simulación o el abuso de derecho.

Los negocios jurídicos son actos cuyo fin es el de producir efectos: el autor o los autores establecen una norma de conducta vinculante para su satisfacción.

Como vemos, son los negocios jurídicos uno de los posibles cauces para realizar un fraude de ley. Si relacionamos esta circunstancia con el dato de que para cometer el fraude de ley hay que haber actuado "*amparándose en normas dictadas con distinta finalidad*", nos damos cuenta que los negocios jurídicos realizados en fraude de ley, pueden ser calificados como negocios indirectos ya que estos tipos de negocios anómalos se caracterizan en el hecho de que las partes utilizan un negocio establecido por el ordenamiento, intentando conseguir una función diversa de la que corresponde a la causa típica que tienen, ya que hay una discordancia entre el medio adoptado y el fin perseguido. Esto no quiere decir que todos los negocios indirectos lo sean también en fraude de ley tributaria; para que fuera así, el supuesto negocio indirecto tendría que cumplir con los restantes requisitos del artículo 24 de la Ley General Tributaria. Para más información me remito al capítulo segundo del trabajo.

1.3.1.2 "Propósito de eludir el pago del tributo"

Uno de las áreas, donde la modificación realizada por la Ley 25/95 ha tenido, a mi modo de ver, más transcendencia, ha sido en el del requisito de la prueba del ánimo de eludir el tributo.

De la nueva redacción del artículo 24 vemos que el Legislador ha suprimido el término "probado". Esta nueva redacción (propósito de eludir el pago del tributo) no debe llevarnos a pensar que la Administración, ya no tiene que probar el ánimo del defraudador. Los artículos 114 y siguientes de la Ley General Tributaria establecen que la Administración Tributaria debe probar los hechos normalmente constitutivos de su derecho a liquidar y ello también incluye a los supuestos de fraude de ley.

El propósito de eludir el pago del tributo implica querer incumplir la ley con una finalidad fiscal. El deseo ha de ser exclusivo y en principio excluye cualquier otra finalidad extratributaria. De este modo, si la intención no es exclusivamente evitar el pago de la deuda tributaria, no podrá existir fraude de ley.

Aunque es posible que un fraude a ley tributaria se pudiera cometer con un sólo acto, negocio jurídico o hecho, lo normal es que la esquivación de la norma se produzca a través de un conjunto de actuaciones jurídicas. Esta pluralidad de actuaciones tienen un nexo en común: han sido realizadas con una finalidad fiscal. En la doctrina francesa a este conjunto de actuaciones tendentes a evitar el pago del tributo se las agrupa en un concepto superior, siendo entendido como un todo indivisible que tiene una finalidad fiscal. En La Ley General Tributaria no se hace referencia a ningún concepto parecido a la *indivisibilidad* del Derecho francés. En nuestro ordenamiento no se establece ninguna especificación, aunque al hablar en plural, parece claro, que lo más lógico sería pensar que ante una acumulación de actuaciones jurídicas realizados al amparo de una norma de cobertura, pudiera cometerse un fraude de ley, teniéndose por tanto que aplicar la ley eludida.

Según R. Falcón y Tella, lo que la nueva redacción ha querido dejar claro es que en este ámbito se aplican las reglas generales sobre la carga de la prueba, y por lo tanto, es admisible la prueba por indicios o a través de presunciones. Esto supone que en la práctica, no será siempre necesario que la Administración Tributaria aporte al expediente una prueba específica sobre el requisito subjetivo de defraudar. De todos modos, hay que tener en cuenta que una presunción automática puede atentar contra el principio de legalidad.

Parece que al suprimir el término “probado” se ha mejorado la redacción del texto ya que con la anterior redacción había sido casi imposible aplicar esta figura debido a la exigencia de probar la intención de eludir el impuesto en expediente especial. En cierta manera, se puede decir que el antiguo artículo 24 establecía una prueba diabólica.

Con la actual redacción del artículo 24 de la Ley General Tributaria crece el área de figuras tributarias que pueden ser objetos de fraude de ley. Efectivamente al hablarse de tributos y no de impuestos, como se hacía en la anterior regulación, se ha ampliado el campo de actuación del artículo 24 a los impuestos, tasas y contribuciones especiales aunque en este último supuesto es difícil que pudiera darse un fraude de ley.

En opinión de Antonio Barrado Muñoz se ha perfeccionado la redacción del artículo 24 por que ahora se habla de “*eludir el pago del tributo*”. Con el nuevo precepto queda claro que lo que se quiere evitar no es una figura jurídica, sino los efectos que produce. Se puede decir que es más técnica esta frase que la análoga del antiguo artículo 24.2 porque antes simplemente se decía: “propósito de eludir el impuesto”; expresión que no es muy correcta ya que lo que con el fraude de ley, en verdad, se quiere hacer es eludir las consecuencias jurídicas de un tributo.

Se ha propuesto como solución al problema de la prueba de la intencionalidad el intentar darle a esta un carácter objetivo; es decir, consistiría en considerar las manipulaciones en los negocios jurídicos como un motivo suficiente para presuponer una intención de eludir el pago de los tributos.

Creo conveniente dejar claro que las presunciones serán posibles de usar siempre y cuando no haya dudas de que entre el hecho demostrado y el que se pretende deducir debe haber un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano (artículo 118 de la Ley General Tributaria).

Respetando la actual redacción del artículo 24.1 de la Ley General Tributaria, pienso que las características principales del fraude de ley, consisten en que se ha eludido una norma (artículo 24.2 de la Ley General Tributaria), mediante el uso de una norma de cobertura que fue dictada con distinta finalidad, produciéndose, debido a esto, un ahorro tributario que se podría decir que es injusto. El ánimo de eludir el tributo, creo que no es una especialidad del fraude de ley; así, en la Doctrina Civil, de modo mayoritario se rechaza la necesidad de que exista un especial propósito elusorio para que puedan declararse unos comportamientos realizados en *fraus legis*. De estas ideas, yo planteo la duda de si es necesario que exista un especial ánimo de eludir el pago del tributo para que exista un fraude de ley; esta institución no castiga un ánimo malicioso del ciudadano; su represión está fundamentada en el interés que tiene el Legislador en querer que se cumpla con la legalidad, ordenándose por ello que se “*aplique la norma tributaria eludida*” (artículo 24.3 de la Ley General Tributaria). Por otro lado es difícil pensar que unos comportamientos como los constitutivos de fraude de ley tributaria puedan ser realizados sin un ánimo de pagar el tributo, ya que esta clase de comportamientos anómalos son siempre muy enrevesados. De todos modos, creo que lo más importante es respetar el principio de legalidad, por ello, si la Ley General Tributaria exige que exista un “*propósito de eludir el tributo*”, tendrá que existir esa intención.

1.3.1.3 “*Amparándose en el texto de normas dictadas con distinta finalidad*”

Esta frase que no se decía en la anterior regulación ha venido a mejorar la comprensión del artículo 24 de la Ley General Tributaria ya que ahora al definir el fraude de ley se está haciendo mención expresa al requisito del uso de una norma de cobertura. Además, el nuevo texto se pone más en sintonía con el artículo 6 del Código Civil que contempla también el uso de una norma de amparo.

Los actos en fraude de ley se caracterizan en el hecho de que amparándose en el texto de una norma, se esquiva o elude el cumplimiento de otra que sí debió aplicarse.

Al hacer referencia el artículo 24 al “texto de una norma” no se está aludiendo únicamente a la literalidad de los preceptos, debe ser entendida dicha expresión de modo que se tengan en cuenta la ratio o fin de la norma, es decir, con relación a la función real a la que sirven.

Para una mejor comprensión del concepto de la norma de cobertura, traemos a colación la Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de marzo de 1996 que aunque no se dictó al amparo del nuevo artículo 24 de la Ley General Tributaria, sigue la misma tendencia que la establecida por el citado artículo. Es discutible, de todos modos, que el Tribunal Supremo utilizase el artículo 6.4 del Código civil.

La Sentencia se refiere al Impuesto Municipal sobre Solares y en concreto, al efecto de una agrupación registral de un solar no edificado. Lo que se pedía en la demanda era la anulación de la liquidación practicada por inexistencia del hecho imponible, al haberse agrupando la parcela objeto de imposición a otras dos que ya estaban en parte edificadas, conformándose así una sola y única finca suficientemente edificada. El Tribunal Supremo dictaminó en un principio que: *“el resultado, es que la voluntad del particular se acomoda a las prescripciones legales o de lo contrario, irrumpe en la ilegalidad al burlar sus deberes utilizando facultades jurídicas –agrupar fincas, en este caso que en el ámbito urbanístico o fiscal pueden resultar, por sus consecuencias contrarias al ordenamiento jurídico.”*

Finalmente terminó diciendo el Tribunal Supremo lo siguiente:

“Realmente, intentar eludir el Impuesto sobre Solares por la vía indirecta de agrupar parcelas constituye un evidente fraude de ley: amparándose en la facultad del artículo 44 del Reglamento Hipotecario, genera, o es susceptible de generar, un resultado contrario al ordenamiento fiscal.

Cabe como hemos dejado sentado que el titular de los solares colindantes los agrupe. Lo que no es factible es que con ello, eluda el impuesto que tiene como hecho imponible los solares ineditificados”

Como vemos, a través de la Ley del Registro Hipotecario se elude el cumplimiento de una norma fiscal. Vemos que el Tribunal Supremo se ayuda del artículo 6.4 del Código Civil para sentenciar, sin invocar para nada en antiguo artículo 24 de la Ley General Tributaria.

Personalmente creo que cuando la ley indica que ha de tratarse de normas dictadas con distinta finalidad, esta haciendo hincapié en que se debe estar buscando el amparo de disposiciones mediante técnicas abusivas o atípicas con relación al fin económico que persiguen.

En el fondo, la oración objeto de estudio quiere dejar claro que no toda operación que esté destinada a evitar el pago del tributo constituye fraude de ley, siéndolo únicamente aquellas que mediante la utilización ilícita o abusiva de los instrumentos negociales privados consiga, amparándose en una norma de cobertura, evitar el nacimiento de una deuda tributaria regulada en otro precepto que ha sido eludido. El amparo de una norma legal de cobertura evita que otra ley se aplique; el fraude de ley conlleva que la ley eludida no surta efectos, siendo legítimo que se exija el pago del tributo que hubiera sido procedente conforme al resultado que deriva de la realización del hecho imponible.

1.3.1.4 “Siempre que produzcan un resultado equivalente al derivado del hecho imponible”

Para que se produzca un fraude de ley es necesario que unos hechos, actos o negocios jurídicos realizados al amparo de una norma de cobertura produzcan un resul-

tado equivalente al derivado del hecho imponible. Las actuaciones ejecutadas bajo la protección de una norma que las amparan, eluden una ley que prevé la realización de un hecho imponible que grava un resultado equivalente al realizado por el particular

Creo que la oración objeto de estudio debe ser relacionada con el artículo 24.2 de la Ley General Tributaria donde se ordena que no se impedirá la "*aplicación de la norma tributaria eludida*"; es decir, el resultado equivalente deriva de la norma eludida, donde se prevé el efecto jurídico consecuente con la realización del hecho imponible que se interpreta semejante al que se consigue al amparo de la ley de cobertura; como si el hecho imponible se hubiera verificado .

Hasta ahora hemos estudiado que para que unos actos, hechos o negocios jurídicos puedan ser declarados realizados en fraude de ley es imprescindible que cumplan estos requisitos materiales:

1. Ha de existir el propósito de eludir el pago del tributo.
2. Han de ampararse en una norma de cobertura que fue dictada con distinta finalidad.
3. Han de producir un resultado equivalente al derivado del hecho imponible.

En el caso de que el particular no se haya escudado en una norma de cobertura para eludir otra ley, nunca podrá declararse esa actividad como fraudulenta y por lo tanto, no se podrá gravar, a no ser que estemos ante un supuesto de simulación. Lo que nunca se podrá hacer es extender un hecho imponible a una determinada operación en base a que se ha producido un resultado económico análogo al que grava la norma, prescindiendo de la existencia o no de una norma de cobertura. No tener en cuenta la norma de cobertura llevaría a prescindir del Derecho dándose primacía a la naturaleza económica de las actividades realizadas y en segundo lugar, se estaría haciendo uso de la analogía para extender un hecho imponible no gravado y por tanto dicha actuación sería ilegal (Recuerdo que según el artículo 23 de la Ley General Tributaria está prohibido el uso de la analogía para extender el hecho imponible).

El esquema citado en el párrafo anterior, fue sustituido en los últimos años y bajo la vigencia del antiguo artículo 25 de la Ley General Tributaria por otro en el que la Administración Tributaria, prescindiendo de la norma de cobertura, se limitaba a confrontar las cláusulas del contrato sólo con las normas que se pretendían eludir, procediendo a calificar unos negocios como indirectos por el hecho de que obtenían un resultado económico análogo al de otras figuras tributarias.

Este tipo de interpretación económica es criticable; primero, porque de este modo, lo que se quería hacer era eludir el complicado, y con la antigua regulación, prácticamente insalvable expediente especial de declaración del fraude de ley; y segundo, porque, como ha dicho Ramón Falcón y Tella, al prescindirse de la norma de cobertura y hacer una interpretación económica del hecho imponible, lo que se hace es prescindir del Derecho:

el interprete lo único que hace es confrontar el negocio en cuestión reconstruyéndolo de un modo arbitrario para conseguir encajarlo en cualquier hecho imponible.

1.3.1 Requisitos Formales

1.3.1.1 El fraude de ley tributaria deberá ser declarado en expediente especial en el que se dé audiencia al interesado”.

Si el Legislador para poder declarar unos actos, hechos o negocios jurídicos en fraude de ley, ha previsto la necesidad de la tramitación de un expediente especial en el que se dé audiencia al interesado, lo ha hecho con la intención de proteger al máximo los derechos de los contribuyentes, otorgándoles un alto grado de seguridad jurídica. El problema radica en que hasta ahora no se ha dictado el reglamento destinado a regular el procedimiento a seguir y por lo tanto, existe un vacío normativo que esta suscitando muchas diferencias de opiniones entre los diferentes sectores de la doctrina.

Efectivamente un sector muy importante de la doctrina ha creído ver en el hecho de la falta de regulación del procedimiento del expediente especial de declaración del fraude de ley, un obstáculo insalvable, siendo según ellos inaplicable el artículo 24 de la Ley General Tributaria hasta que no se pase a regular dicho procedimiento. Según Ramón Falcón y Tella no cabe acudir a los procedimientos generales para resolver el problema de la ausencia de regulación, ya que aunque la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común tenga carácter supletorio, ello difícilmente puede ser así cuando la ley ordena precisamente un procedimiento “especial”.

Otros sectores de la doctrina y la Administración han defendido, por el contrario, la aplicabilidad del artículo 24 de la Ley General Tributaria, aunque no se haya regulado todavía ningún procedimiento especial de declaración del fraude de ley; sostienen los defensores de esta postura que en base a que el artículo 9 de la Ley General Tributaria y la Disposición Adicional V de la Ley 30/92, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común otorgan un carácter supletorio a la Ley 30/92 y a la Ley General Tributaria, se pueden colmar las lagunas, evitando de este modo que el artículo 24 de la Ley General Tributaria quede sin efectos por falta de procedimiento.

Por otro lado, teniendo en cuenta que el Tribunal Constitucional, en la Sentencia 35/1982 de 14 de junio, estableció que la Ley no tiene límites en su regulación, pudiendo profundizar hasta el grado que estime conveniente, en el presente caso, la Ley General Tributaria ha regulado el procedimiento mínimo para el fraude de ley, obligando a que se declare en un expediente especial en el que se dé audiencia al interesado; procurándose que los actos, hechos o negocios jurídicos ejecutados en fraude de ley no impidan la aplicación de la norma eludida, no dando lugar al nacimiento de las ventajas fiscales que se pretendían obtener mediante ellos y no aplicándose sanciones pero sí intereses de demora.

La tesis anterior se refuerza si tenemos en cuenta, como ha declarado el Tribunal Supremo, en la Sentencia de 24 del 11 de 1994, que una norma legal no puede quedar sin efecto en razón de no haberse desarrollado reglamentariamente el procedimiento, ya que ello supondría una situación de ineficacia de las leyes no prevista por el Ordenamiento ni señalada en el caso concreto por la ley a reglamentar. De todos modos hay cuestiones que son difíciles, cuando menos, de resolver; en concreto me estoy refiriendo a cuestiones competenciales como saber cual es el órgano encargado de resolver el expediente o que órgano esta habilitado para instruirlo. Creo que hubiera sido conveniente que la propia Ley General Tributaria hubiera contemplado estos aspectos.

A mí, personalmente me parece más correcta esta última interpretación (la que aplica supletoriamente la Ley 30/92), ya que se están afrontando las normas de modo tal que se intenta lograr que el artículo 24 de la Ley General Tributaria surta efectos. Es decir, se procura solventar el problema de la falta de regulación. De todas formas ambas interpretaciones son jurídicamente correctas, teniendo cada una de ellas sus ventajas y sus inconvenientes. En definitiva, la solución a este problema la darán los tribunales.

El profesor Martín Queralt ha intentado dar una posible respuesta a la falta de regulación normativa del procedimiento especial, proponiendo lo siguiente:

1. Iniciación

El procedimiento se podría iniciar conforme a lo que establece la Ley General Tributaria para el procedimiento de gestión (artículos 101 a 103); siendo también aplicables los artículos 68 a 73 de la Ley 30/92.

2. Instrucción

Las actuaciones de investigación y comprobación se efectuarían conforme a los artículos 109 a 113 de la Ley General Tributaria; las actividades referentes a la solicitud de informes se harían teniendo en cuenta los artículos 82 a 83 de la Ley 30/92. Los preceptos a tener en cuenta en la prueba y su valoración, serían los establecidos en el Código civil y en la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Para la práctica de la audiencia al interesado se deberá tener presente el artículo 84 de la Ley 30/92, donde se establece que una vez instruido el procedimiento y antes de redactar la propuesta de resolución, se permitirá a los interesados que aleguen lo que estimen pertinente.

3. Resolución

Deberá ser tenido en cuenta el artículo 89 de la Ley 30/92, debiendo ser el acto motivado.

4. Ejecución

Esta fase deberá realizarse conforme a la Ley 30/92

5. Revisión

La revisión de los actos en vía administrativa deberá ajustarse a lo establecido en el Capítulo VIII y el Título III de la Ley General Tributaria (artículos a153 a 171)

La regulación anterior del expediente especial se contenía en el Real Decreto 1919/1979 de 29 de junio; hasta esa fecha no fue posible aplicar la regulación del fraude de ley que se establecía en la primitiva redacción de la Ley General Tributaria de 1963. El Real Decreto fue derogado por el Real Decreto 803/1993 de 28 de Mayo (Disposición derogatoria única).

El Real Decreto tuvo poca efectividad debido, en gran medida, a que en su artículo 3. Dos a) obligaba a los órganos encargados de iniciar el expediente a expresar las circunstancias y hechos en los que se fundamentaba la convicción de que el sujeto pasivo había tenido el propósito de eludir en tributo en fraude de ley, siendo esta circunstancia un obstáculo a menudo insalvable para la Administración tributaria.

El Real Decreto 1919/1979 otorgaba la competencia para resolver el expediente especial al Director General del ramo o al Subsecretario de Hacienda, cuando la materia del expediente afectara a varias Direcciones Generales. El expediente se podía iniciar como consecuencia de las actuaciones Inspectoras o debido a las mociones de las Oficinas Liquidadoras.

Las consecuencias de la declaración de fraude de ley que se contenían en el artículo 6; consistían en la aplicación de la norma eludida, no imponiéndose sanciones como consecuencia de las nuevas liquidaciones practicadas, pero si se exigían los intereses de demora.

No me gustaría terminar esta parte del trabajo, sin exponer algún supuesto de fraude de ley. El siguiente ejemplo es un caso resuelto por la Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de mayo de 1988. El supuesto de hecho consiste en que una Sociedad obtiene el día 19 de junio de 1978 unas acciones a un precio muy superior al del mercado. En concreto se obtienen al 129% de su nominal, siendo unas acciones de cotización oficial que en el momento de la enajenación habían estado a una cotización media en Bolsa del 40% aproximadamente. Pasado un tiempo la Sociedad procedió a vender las citadas acciones a su precio de cotización en Bolsa que estaba al 40,5% del nominal, produciéndose por lo tanto una disminución de patrimonio. El Tribunal Supremo procedió al calificar esta operación como realizada en fraude de ley. Así se dijo en la Sentencia:

*“Ciertamente no se alcanzan a ver las razones por las que la entidad apelante, pudiendo adquirir las acciones en Bolsa al 40%, las adquirió al 129,269% como esas razones no sean el obtener los beneficios que la depreciación de las acciones (diferencia entre el precio de compra contabilizado y el de venta) puede producir a efectos del Impuesto sobre Sociedades. Y como esas razones no se exponen en ningún momento, **hay que entender que lo que se está pretendiendo es un fraude de ley, aplicando el Texto de una norma para eludir la aplicación de otra**, lo que no está permitido, puesto que el artículo 6 del Código Civil sale al paso de estas situaciones, ordenando que se aplique el texto de la norma que se ha pretendido eludir. En conclusión, si bien el artículo 104.2 de la Ley de Sociedades Anónimas contempla la valoración de las acciones tanto con cotización oficial como sin ella, cuando se trata de valorar las primeras frente a la Hacienda Pública, que es tercero respecto de la Sociedad no puede prescindirse del tipo de cotización oficial, sobre todo cuando - como en el presente caso - no se ha dado las razones por las que*

se dice haber adquirido las acciones por un “precio convenido” superior en más de tres al de su cotización oficial, ni se dan tampoco para explicar su venta con arreglo a esta última, es decir, con una pérdida de más de dos tercios del precio de adquisición “

1.4 Consecuencias de la declaración de fraude de ley.

1.4.1 Aplicar la norma eludida

El nuevo artículo 24 de la Ley General Tributaria ha regulado los efectos de la declaración del fraude de ley en sus apartados segundo y tercero. Una de las consecuencias consiste en que ha de aplicarse la ley eludida, no obteniéndose por lo tanto las ventajas que se pretendieron obtener. Nadie mejor para explicarlo que el propio artículo 24.2 que dice lo siguiente: “Los hechos, actos o negocios jurídicos efectuados en fraude de ley tributaria no impedirán la aplicación de la norma tributaria eludida ni darán lugar al nacimiento de las ventajas fiscales que se pretendía obtener mediante ellos”

Como vemos las consecuencias de la declaración de fraude de ley en el Derecho Tributario son iguales que en la regulación general establecida en el artículo 6.4 del Código Civil, es decir, se aplica la norma eludida.

Con anterioridad a la reforma de la Ley General Tributaria practicada por la Ley 25/1995 de 20 de julio de 1995, algún sector de la doctrina había defendido la aplicación de la norma defraudada a través del artículo 25.2 de la Ley General Tributaria (es su antigua regulación) que obligaba a calificar los artículos o negocios conforme a su verdadera naturaleza jurídica. Además, el Real Decreto 1919/1979 de 29 de junio de 1979, por el que se regulaba el procedimiento especial de declaración de fraude de ley y derogado por el Real Decreto 803/1993 de 28 de mayo, establecía en su artículo 6 las mismas consecuencia para la declaración de fraude de ley, ordenando aplicar la norma eludida, no imponiendo sanciones, pero sí, intereses de demora

Unos actos, hechos o negocios jurídicos al estar encasillados en una norma de norma de cobertura, pueden producir una serie de ventajas fiscales muy amplias que van desde el no pago o disminución de la deuda tributaria a beneficios fiscales, exenciones, etc. Por ello, de la redacción del artículo 24.2, el término “ventaja fiscal”, suscita dudas en cuanto a su significado exacto. Personalmente creo que esta expresión no debe englobar únicamente al no pago del tributo, ya que la palabra “fiscal” abarca un campo más amplio, pero tampoco deben quedar afectadas absolutamente todas las ventajas que se hayan obtenido, ya que se podría estar atentando al principio de seguridad jurídica. La expresión “ventaja fiscal” debe abarcar a aquellas obligaciones tributarias que nacen como consecuencia de la realización del hecho imponible eludido y que son accesorias a éste (Por ejemplo: retenciones, ingresos a cuenta, etc.)

1.4.2 Y se liquidarán los intereses de demora que correspondan”

La jurisprudencia del Tribunal Supremo al referirse a los intereses de demora, ha dicho que tienen una función compensadora del incumplimiento de una obligación de

dar, teniendo por tanto una naturaleza indemnizatoria pero no sancionadora. Por tanto, debemos pensar que el fundamento de la exigencia de los intereses de demora en el artículo 24.3 de la Ley General Tributaria radica en que se ha producido un perjuicio económico para la Administración Tributaria y por lo tanto debe ser resarcida del daño que se le ha infringido.

La nueva redacción del artículo 24 de la Ley General Tributaria ha introducido la exigibilidad de los intereses de demora. Esta consecuencia no estaba prevista en la Ley General Tributaria con anterioridad a la reforma practicada por la Ley 25/1995 de 20 de julio, pero el procedimiento de declaración del fraude de ley, derogado en 1993, en su artículo 6 establecía las mismas consecuencias que la actual regulación.

Cierto sector de la doctrina ha planteado dudas acerca de cuando es el momento a partir del que son exigibles dichos intereses. En concreto, algunos autores que defienden que el hecho imponible no se realiza y que es mediante la analogía como se extienden los efectos del hecho imponible equivalente, no entienden que se puedan exigir intereses por un hecho imponible que no se ha efectuado y por ello sostienen que estos serán exigibles desde el momento de la declaración del fraude de ley. Personalmente creo poco acertada esta interpretación. Partiendo de la base, como ya intente explicar, que los actos, hechos o negocios realizados en fraude de ley tributaria son hechos imponibles realizados en fraude de ley, pienso que la exigibilidad del tributo se producirá en el momento en que se realice sustantivamente el hecho imponible. Los intereses de demora empezarán a devengarse desde el momento en que finalice el periodo voluntario de pago. En cierto modo, se puede decir que lo que el artículo 24 declara es similar a lo que establece el artículo 61 de la Ley General Tributaria. Por otro lado, creo innecesario plantear, a partir de la regulación de artículo 24 de la Ley General Tributaria, la exigibilidad de los intereses de demora desde el momento en que se produce la declaración del fraude de ley, ya que el artículo 61 de la Ley General Tributaria establece la exigibilidad de los intereses de demora desde el momento del vencimiento del plazo establecido, aunque se haya suspendido, aplazado, fraccionado o prorrogado el acto.

1.4.3 “Sin que a estos solos efectos proceda la imposición de sanciones”

El artículo 24.3 de la Ley General Tributaria prevé expresamente que no se impongan sanciones por las liquidaciones que se realicen como consecuencia del expediente especial. La mención expresa a la exclusión de las sanciones no se preveía en la antigua redacción del artículo 24 de la Ley General Tributaria, pero el Real Decreto 1919/1979, de 29 de junio de 1979, en su artículo 6.3 no las imponía para el caso de que se produjeran nuevas liquidaciones.

El motivo principal para excluir las sanciones cuando se ha declarado un fraude de ley, lo debemos encontrar en el hecho de que el Legislador ha intentado garantizar la estricta observancia del principio de la autonomía de la voluntad en el Derecho Privado. Por otro lado el artículo 24.3 intenta proteger el derecho de los administrados a la

seguridad jurídica. Las consecuencias de la declaración del fraude de ley, consistentes en la aplicación de la ley soslayada, tienen un fin correctivo más que represivo.

Creo que es motivo suficiente para excluir las sanciones, el que unos comportamientos realizados en fraude de ley, no impliquen una vulneración de la norma, si no, mas bien, una esquivación de ésta. El fraude de ley no se caracteriza por contravenir directamente un precepto jurídico; es el hecho de abusar, por parte del sujeto defraudador, del poder de configuración de sus relaciones jurídicas, utilizando de modo anómalo los instrumentos jurídicos, lo que hace reprochable este tipo de conductas; por ello, la única sanción posible consistirá en que se aplique la norma que se ha eludido, pero nada más.

La exclusión de sanciones como consecuencia de una nueva liquidación no debe llevarnos a pensar en la imposibilidad de aplicarlas en todo caso. En determinados supuestos, si se falsean datos relevantes para la liquidación, podrán aplicarse sanciones conforme al artículo 79.a) de la Ley General Tributaria, en la medida en que dicha liquidación lleve a ingresar una cantidad inferior a la que se habría liquidado si la Administración conociese todos los datos. Por otro lado, si un contribuyente que hubiera realizado un acto, hecho o negocio jurídico en fraude de ley, no hubiera pagado en su tiempo los tributos exigibles al amparo de la norma de cobertura, debería ser sancionado en esa cantidad monetaria que debió haber pagado desde el primer momento y no hizo.

No hay que olvidar que podrán interponerse sanciones como consecuencia del incumplimiento de los deberes formales.

1.5 El fraude de ley y su distinción de figuras afines.

Una vez analizado el artículo 24, creo que es conveniente hacer referencia a otras figuras jurídicas que aunque guardan cierto parecido con el fraude de ley, es necesario diferenciar. Debido a la existencia en el Derecho Tributario de una gama muy grande de figuras que tienen un contenido muy similar y que atienden todas a un mismo fin (disminuir la carga fiscal), he creído conveniente mencionar a aquellas figuras que siendo distintas del fraude de ley podrían ser confundidas con esta.

La distinción de estos conceptos jurídicos que son diferentes a la institución que regula el artículo 24 de la Ley General Tributaria servirá al lector de esta obra para saber que actos, hechos o negocios jurídicos pueden ser recalificados en bases al artículo 24 y para saber que actividades jurídicas nunca podrán ser reconducidas al fraude de ley. Esta segunda causa, aunque es simplemente la otra cara de la moneda del motivo primero, cobra mucha importancia si tenemos en cuenta que la facultad de resolución del expediente especial de declaración del fraude de ley corresponde a la Administración Tributaria y aunque ello no debiera ser así, se puede correr el peligro de que los órganos competentes intenten reconducir al artículo 24 figuras que no están estrictamen-

te realizadas en fraude de ley, o, y esto si que es grave, que se intente eludir el tortuoso procedimiento de declaración de fraude de ley, calificando los hechos, actos o negocios jurídicos realizados en fraude de ley, de modo diferente.

1.5.1 La infracción Tributaria

El artículo 77.1 de la Ley General Tributaria establece que son “*infracciones tributarias las acciones y omisiones tipificadas y sancionadas por las leyes. Las infracciones tributarias serán sancionables incluso a título de simple negligencia*”.

Analicemos el significado de los elementos estructurales de este artículo.

Las infracciones tributarias son “*acciones y omisiones*”; estas pueden consistir tanto en el incumplimiento de las obligaciones tributarias, como en el incumplimiento de deberes tributarios conexos o no con una obligación tributaria propia o de un tercero.

La acción u omisión en que consista la infracción debe contravenir una prohibición o un mandato expresamente tipificado en la norma legal, norma que precisará tanto la infracción como la sanción aneja a la misma.

La tipificación debe respetar el principio de legalidad. Esta exigencia queda algunas veces un poco relajada, así el artículo 78,2 de la Ley General Tributaria prevé que “Las leyes de cada tributo podrán tipificar supuestos de infracciones simples de acuerdo con la naturaleza y características de cada uno de ellos, que, en su caso, podrán ser especificados, dentro de los límites establecidos por la Ley, por las normas reglamentarias de los tributos.”.

La acción u omisión tipificada en que consiste la infracción ha de constituir una lesión a determinados bienes asumidos por el Legislador como objeto de protección. Esta exigencia de antijuricidad se traduce en el artículo 77.4 de la Ley General Tributaria, al establecer los supuestos en que no habrá responsabilidad tributaria, por entender que no se puede formular ningún reproche al autor.

Para que pueda existir una infracción es necesario que exista el requisito de la culpabilidad en el sujeto agente. Al decir el artículo 77.1 de la Ley General Tributaria que las infracciones serán incluso a título de simple negligencia, parece que el Legislador ha optado por la forma más débil de imputabilidad, de forma que basta con que exista imprudencia simple para ser jurídicamente responsable de una infracción tributaria. De todos modos, del análisis del citado artículo, no puede llegar a pensarse que el ordenamiento jurídico haya establecido la responsabilidad objetiva: tiene que existir dolo o negligencia.

Las infracciones tributarias se diferencian en dos aspectos del fraude de ley; la primera desigualdad radica en que las primeras son actuaciones tipificadas por las leyes,

no siéndolo así las otras; y la segunda, en que las infracciones son comportamientos sancionables legalmente.

En los supuestos de infracción por defraudación se realiza directamente el hecho imponible, naciendo la deuda tributaria que no es satisfecha por el sujeto infractor. Por el contrario, en el fraude de ley no se oculta nada, ni se incumple ninguna norma; lo que ocurre es que se está eludiendo una norma amparándose en una norma de cobertura que fue dictada con distinta finalidad con el propósito de eludir el pago del tributo.

1.5.2 El abuso del derecho

Como hemos visto hasta ahora, los actos, hechos o negocios jurídicos realizados en fraude de ley se caracterizan en que a través de una norma dictada con distinta finalidad se produce la esquivación de una norma que debió ser aplicada y que grava un resultado económico que se ha producido. Vemos que el fraude de ley implica que se hayan empleado unas formas jurídicas inadecuadamente, de modo que se altera el objetivo típico obteniendo un resultado económico distinto al que le atribuye su naturaleza jurídica.

El abuso del derecho, por el contrario, implica un ejercicio excesivo del poder que un derecho subjetivo implica. Según el Tribunal Supremo, el abuso del derecho se caracteriza por la utilización de un derecho objetivo y estrictamente legal que produce un daño a un interés no protegido por una especial norma jurídica, siendo dicho perjuicio inmoral ya que o bien se ha intentado dañar a alguien o se ha ejercitado el derecho de modo anormal.

Si el abuso del derecho implica una extralimitación en el ejercicio de un derecho, en el fraude de ley se produce una elusión de una norma a través de una utilización indebida de las formas jurídicas.

Otra diferencia entre las dos figuras consiste en que en el fraude de ley tributaria se ha actuado al amparo de una norma dictada con distinta finalidad, no siendo esta una característica del abuso de derecho.

1.5.3 La simulación

En la simulación lo que ocurre es que se oculta una realidad a través de una forma jurídica. Existen dos tipos de simulación; la simulación absoluta y la relativa, la primera se caracteriza porque se finge un negocio jurídico inexistente; en la relativa, se realiza un negocio jurídico aparente que encubre a otro fiscalmente menos favorable.

La Ley General Tributaria, en su artículo 25, regula las consecuencias de la simulación en el Derecho Tributario, estableciendo que el hecho imponible gravado será el efectivamente querido por las partes con independencia de las formas jurídicas utilizadas por los interesados.

La diferencia principal entre la simulación y el fraude de ley radica en que en la primera figura se produce una apariencia jurídica simulada que encubre la verdadera realidad, no siendo así en el segundo caso en el que únicamente se produce un uso inadecuado de una norma jurídica realizado a través de una utilización inapropiada de las formas; en el fraude de ley lo querido por los sujetos, es lo verdaderamente declarado y no hay ninguna ocultación. Por el contrario, en la simulación, lo verdaderamente deseado por las partes difiere en mayor o menor medida de lo comunicado o dicho. Otra desigualdad entre estas dos figuras, consiste en el hecho de que, a diferencia de la simulación, en el artículo 24 de la Ley General Tributaria no se han previsto la interposición de sanciones como consecuencia de la realización de unos actos, hechos o negocios jurídicos en fraude de ley; El hecho de haber ocultado la realidad, conlleva la realización de comportamientos más alevosos de lo que podría ser el fraude de ley que ni oculta ni falsea nada; por ello, la Ley General Tributaria establece en el artículo 25 la imposición de sanciones para los supuestos de simulación.

1.5.4 El negocio indirecto y las economías de opción

Me remito en todo al capítulo segundo y tercero de esta obra. Únicamente deseo señalar en este apartado el hecho de que las posturas doctrinales están muy enfrentadas en los temas referentes al contenido y extensión de estas dos figuras. Por un lado está la Administración que mantiene una actitud positiva hacia el negocio indirecto, manteniendo por el contrario una actitud muy crítica hacia al economía de opción, interpretándola de un modo muy restrictivo. En el otro extremo de la balanza, se encuentra la mayor parte de la doctrina que piensa que el negocio indirecto de por sí, no es modificable por la Administración, sólo pudiéndose recalificar en el caso de que fuera constitutivo de fraude de ley o en su caso, que también se hubiese producido un supuesto de simulación o infracción directa de la norma. Para este segundo grupo, la economía de opción es entendida de un modo muy amplio, englobándose todos aquellos comportamientos que sin estar dentro del ámbito del artículo 24, 25 y 77 de la Ley General Tributaria producen un ahorro tributario lícito.

2. EL NEGOCIO INDIRECTO

2.1 Introducción

En el mundo del Derecho, con mucha frecuencia, vemos que las normas que establecen los estados sobre sus ciudadanos no son aceptadas por estos de buena gana. Las causas de estos deseos de evitar las leyes pueden ser de lo mas variadas: algunas veces serán motivos justos (normas abusivas, discriminatorias, etc.); otras por contra no (egoísmo).

Viendo la función que desempeña el Derecho Tributario (recaudar dinero del contribuyente), y sabiendo como es la naturaleza humana, no se nos hace difícil suponer que el rechazo al cumplimiento de las normas se muestre con más virulencia en esta

área. Es posiblemente en esta rama del Derecho donde se agudice más el ingenio para evitar caer dentro del “oscuro” ámbito del hecho imponible. Una de las formas de evitar el nacimiento de la deuda tributaria es el negocio indirecto.

La teoría del negocio indirecto fue creada por parte la doctrina italiana con la intención clara de servir a los intereses de una clase poderosa que veía en las normas imperativas del derecho privado una limitación insoportable a sus intereses. Años más tarde el negocio indirecto ha sido utilizado por la Administración Tributaria como medio para gravar comportamientos que aunque no realizan el hecho imponible, si obtienen el mismo resultado económico que gravaba éste.

A continuación se va a realizar un análisis pormenorizado del negocio indirecto tanto en el Derecho Común como en el Derecho Tributario.

2.2 El negocio indirecto en el Derecho Común

El motivo por el que se ha preferido hacer una primera mención del negocio indirecto dentro del Derecho común, se debe al hecho de que esta clase de negocio anómalo fue en un principio creado por la doctrina civilista italiana, siendo posteriormente utilizado por la Administración Tributaria en la lucha contra la elusión tributaria; por ello, para comprender bien esta clase de negocio es necesario adentrarse primero en el Derecho común, para después aplicar estas teorías civiles al Derecho tributario.

La figura objeto de estudio fue puesta en circulación por el mercantilista Ascarelli. En un principio el negocio indirecto fue ideado para poder evitar las normas imperativas del derecho.

El negocio indirecto se podría definir como un negocio jurídico al que las partes recurren en un caso concreto para conseguir a través de él, fines diversos de aquellos típicos su estructura. Es el negocio jurídico utilizado por las partes para realizar una función diversa de la que corresponde a su causa, pretendiendo, en suma conseguir un fin distinto al que se obtiene típicamente con la clase de negocio empleado, porque hay una discordancia entre el medio adoptado y el fin perseguido. El negocio típico sirve para cumplir fines nuevos que en un principio no fueron previstos por el legislador.

Un clásico ejemplo de negocio indirecto podría ser la venta “nummo uno” en la que se utiliza la figura de la compraventa como medio para hacer una donación.

La doctrina ha abandonado la idea de que el negocio indirecto sea una categoría dogmática con plena sustantividad ya que hay un gran número de actividades negociales que podrían encuadrarse dentro de este supuesto. Está claro que los negocios fiduciarios y los fraudulentos pueden acusar de un procedimiento indirecto para obtener un resultado a través de negocio tipificado.

En algunas ocasiones se ha pretendido la validez del negocio indirecto para burlar normas imperativas que regulan el negocio que se debió utilizar para conseguir el re-

sultado que se ha obtenido (Por ejemplo: a través del negocio de la compraventa, que en verdad encubre una simple liberalidad, se eluden las normas imperativas que regulan la donación en el Código civil). Los que defienden esta postura vacían de significado la causa del negocio típico hasta reducirla a pura fórmula. De este modo no es necesario que la causa del negocio sea querida, pues con una mera apariencia formal es suficiente.

En la actualidad, la doctrina niega la posibilidad de que a través de un negocio indirecto puedan eludirse normas imperativas ya que son los fines reales los que se tienen en cuenta para regular, con sus respectivas normas imperativas, los tipos negociales. Por ello, el que quiera alcanzar tales objetivos a través de otros negocios, no puede eludir la aplicación de aquellas normas. Por otro lado, hay que tener en cuenta el artículo 6 del Código Civil, donde se regula el fraude de ley: está claro que si mediante un negocio indirecto se elude una norma, produciendo un resultado prohibido o contrario al ordenamiento jurídico, deberá aplicarse la norma eludida. El fraude de ley, debe ser un límite al uso de negocios anómalos.

2.2 *El negocio indirecto en el Derecho Tributario*

El concepto que del negocio indirecto se tiene en el Derecho Tributario, puede decirse que es igual al que se maneja en el Derecho Común. La Administración Tributaria ha calificado como negocios indirectos a aquellos supuestos *“en los que las partes celebran un contrato típico regulado por el ordenamiento positivo que adoptan externamente con fin distinto al expresado, con la intención de alcanzar, en la práctica, un fin distinto del que le resulta peculiar y propio”*.

Es difícil a priori, establecer unas diferencias claras entre el fraude de ley y el negocio indirecto. Un primer punto de diferencia entre estas dos figuras consiste en el hecho de que el fraude de ley puede realizarse a través de actos, hechos o negocios jurídicos, y el negocio indirecto únicamente se puede realizar, como su propio nombre indica, a través de un negocio jurídico. En el Derecho Tributario, estas dos figuras tributarias también en común el hecho de que en ambos casos se busca el ahorro fiscal, a través de mecanismos poco ortodoxos.

Algún sector de la doctrina ha opinado, de forma discutible, que la diferencia principal entre el fraude de ley y el negocio indirecto, radica en que en el primer caso se utilizan dos normas: “actos, hechos o negocios jurídicos realizados con el propósito de eludir el pago del tributo, amparándose en normas de dictadas con distinta finalidad, siempre que produzcan un resultado equivalente al derivado del hecho imponible” y en el negocio indirecto, no, es decir, no se utiliza ninguna norma de cobertura. Personalmente creo que esta diferencia esgrimida por la doctrina no es definitiva debido a que un negocio indirecto perfectamente puede ser constitutivo de fraude de ley tributaria; mas aún, puedo decir que el negocio indirecto, tal y como fue planteado por la doctrina civil, era un modo de evitar las normas imperativas utilizando negocios para un fin

distinto del que fueron creados, produciéndose, por lo tanto, un resultado contrario al ordenamiento jurídico; como dice DE CASTRO, el negocio indirecto y el fraude de ley están en lados distintos de una balanza, de modo que cuanto más permisivo se sea con el negocio indirecto, el ámbito del fraude de ley decrecerá y viceversa. Por todo lo dicho creo que no es correcto contraponer ambas figuras de forma disyuntiva. El negocio indirecto no siempre tendrá una naturaleza fiscal o puede que aún teniéndola no sea constitutivo de fraude de ley por no cumplirse con todos los requisitos establecidos en el artículo 24 de la Ley General Tributaria. El fraude de ley tributaria, en ocasiones, se podrá realizar mediante negocios jurídicos indirectos, aunque puede realizarse a través de otros medios.

Hay que tener en cuenta que las consecuencias jurídico civiles de los negocios indirectos son distintas a las previstas en el Derecho Tributario. De este modo, según la Hacienda Tributaria, un negocio indirecto válido en el Derecho Civil, podría producir en el plano fiscal que no se gravase algún resultado económico que en un principio estuviera previsto que sí tributase.

Un supuesto en el que la Inspección de Tributos calificó como negocio indirecto un determinado acuerdo de voluntades es el caso de la Pensión Temporal Inmediata. El Tribunal Superior de Justicia de Cataluña en la Sentencia de 17 de septiembre de 1996 valido una Resolución Administrativa en la que se había calificado como negocio indirecto la citada Pensión Temporal Inmediata. La Sala de lo Contencioso Administrativo dijo lo siguiente:

“La valoración jurídica del presente caso estriba en la calificación del negocio concluido por la demandante a efectos fiscales. La denominada Pensión Temporal Inmediata conforma un negocio jurídico atípico, integrado por tres distintas figuras: Un seguro de renta temporal a través del cual la entidad financiera recibe el capital, cuya propiedad hace suya, a cambio de pagar una renta durante el tiempo pactado. Un contrato de seguro de capital diferido que permite percibir, al término del plazo pactado, el capital que fue transmitido como consecuencia del contrato de renta temporal. Y un seguro temporal de vida sobre el riesgo de premoriencia.

*En definitiva, se trata de un producto propuesto por una Entidad Bancaria, por el que se obtiene una **operación financiera de ahorro** que no consiste más que en la entrega de un capital por el cliente, a dicha entidad, obteniendo a cambio una determinada rentabilidad, propia de una imposición a plazo, constituyendo la entrega final del capital la devolución del numerario entregado con aumento de la rentabilidad por el supuesto atractivo de la baja fiscalidad de la operación.*

*Siendo cierto lo anterior, debe calificarse el negocio indirecto, habida cuenta de la diversa función de la causa del negocio con respecto al fin objetivo perseguido por las partes... En este sentido es de aplicación del **artículo 25.3** de la Ley General Tributaria.”*

Ha suscitado, en el mundo jurídico, muchas controversias, el hecho de que se pudiera evitar el gravamen de un tributo mediante la realización de un negocio indirecto y más en concreto, que la Administración tributaria estuviese capacitada para calificar como negocios indirectos unos determinados comportamientos para después someter a tributación esos negocios a través de la realización de una interpretación económica del hecho imponible. Así cierto sector de la doctrina y la Administración no admiten a priori que pueda eludirse el pago de una deuda tributaria a través de la realización de

un negocio indirecto, pudiéndose por tanto rectificar un negocio realizado directamente al margen de los medios establecidos en el artículo 24, 25 y 77 de la Ley General Tributaria. Por el contrario, otros juristas piensan que la realización de un negocio indirecto, que no sea constitutivo de fraude de ley o en su caso de simulación, o infracción directa de la norma no puede ser recalificado por la Administración. A continuación se expondrán los soportes legales que ofrecen unos y otros para gravar o dejar como está el negocio indirecto.

2.4. La lucha contra el negocio indirecto en la antigua regulación de la Ley General Tributaria

La Administración antes de la entrada en vigor de la Ley 20 de julio de 1995, número 25/1995, luchaba contra el negocio indirecto a través del artículo 25.3 de la Ley General Tributaria que señalaba: "Cuando el hecho imponible se delimite atendiendo a conceptos económicos, el criterio para clasificarlos tendrá en cuenta las situaciones y relaciones económicas que, efectivamente existan o se establezcan por los interesados con independencia de las formas jurídicas que se utilicen". Según la Administración, este artículo habilitaba a la Inspección a calificar, desde el punto de vista jurídico fiscal, el negocio indirecto como tal, siendo así que su aplicación no estaba supeditada a las denominaciones que dieran las partes a los contratos o al hecho de que existiera simulación.

Según el Tribunal Económico Administrativo Central, el hecho de la utilización del artículo 25.3 de la Ley General Tributaria no imponía en ningún aspecto la nulidad de los contratos celebrados, sino, más bien, la adecuación del hecho imponible a sus verdaderos términos, evitándose, de este modo, la elusión del impuesto a través de este tipo de artificios. La Administración pretendía aplicar el artículo 25.3 de la Ley General Tributaria a supuestos de hechos constituidos por negocios jurídicos válidos desde un punto de vista jurídico privado, aduciendo el hecho de que su realidad económica era equivalente a la de otros negocios, pretendiendo que las consecuencias fiscales de éstos fueran aplicadas a aquellos negocios realizados por las partes que cumplían una función económica similar.

La Administración tributaria, al luchar contra los negocios indirectos a través del artículo 25.3 de la Ley General Tributaria, se puede decir que estaba haciendo una "especie" de interpretación funcional de la norma, también llamada interpretación económica, que se caracteriza porque el interprete da una importancia decisiva a si se ha producido o no, en el caso concreto, una determinada capacidad económica, prescindiendo en parte de si se ha realizado o no el hecho imponible. De este modo, la Administración, obviando las formas jurídicas empleadas, en distintas resoluciones, trata de averiguar si se ha producido o no el fin económico perseguido por la norma. Así, en la Resolución de 2 de febrero de 1994, el Tribunal Económico Administrativo Central dice refiriéndose al artículo 25.3: "*y cuya aplicación al presente expediente, relativo al Impuesto sobre Rentas del Capital, impuesto cuyo hecho imponible responde sin duda*

a conceptos económicos, obliga a señalar que la liquidación a practicar ha de tener en cuenta la unidad del fin económico perseguido a que conduce la combinación de las tres operaciones con sus clientes, prescindiendo de los contratos de seguros utilizados”.

Con la antigua regulación, la Administración aplicaba el antiguo artículo 25.3 de la Ley General Tributaria a supuestos de hechos calificados de negocios indirectos con la simple alegación de que su realidad económica era equivalente a la de otros negocios tipificados como hechos imponible, queriendo de este modo que las consecuencias fiscales de éstos fueran aplicadas a aquellos negocios que tenían una función económica similar.

Este enfoque que daba al artículo 25.3 la Inspección de Tributos y algunos tribunales económico administrativo, ha encontrado cierto apoyo por parte de los órganos jurisdiccionales. Por ejemplo: la Audiencia Nacional, en la Sentencia de 5 de Marzo de 1997, sosteniendo que se estaba dando una interpretación que intentaba salvaguardar los intereses generales de la Administración Tributaria sin tener que recurrir a la figura del fraude de ley tributaria del antiguo artículo 24, declaró válida la resolución del Tribunal Económico Administrativo Central de 30 de noviembre de 1994, en la que una operación de Lease Back era considerada como un negocio indirecto, ya que se había celebrado con un fin distinto al que le era propio y específico, aplicándose por ello el antiguo artículo 25.3 de Ley General Tributaria. La sala competente declaró que sin pronunciarse sobre las consecuencias jurídico civiles de la operación en cuestión, debía ratificar el criterio fijado por la Inspección, al considerar el incremento artificioso del precio de venta como improcedente a efectos de generar un incremento desproporcionado en las cuotas deducibles del arrendamiento financiero.

Aunque vemos que los órganos jurisdiccionales han defendido en algunos casos la posibilidad de que el antiguo artículo 25.3 fuera un medio para luchar contra el negocio indirecto, es cierto que la mayor parte de la doctrina ha negado que dicho precepto consagrara dentro del ordenamiento la interpretación económica de la norma. En contra de las posturas de la Administración, algunos autores han pensado que el artículo 25 se refería exclusivamente a la simulación: el artículo 25.1 decía: *“el impuesto se exigirá con arreglo a la verdadera naturaleza jurídica o económica del hecho imponible”*. Si el negocio se disfrazaba de manera distinta a la de su naturaleza, se descubriría el disfraz y se le atendería conforme a su auténtica realidad; el artículo 25.2 se refería a los supuestos de que se trataba de un hecho imponible de carácter jurídico, ordenando que se calificara conforme a su verdadera naturaleza jurídica, cualquiera que fuera la forma elegida o la denominación utilizada por los interesados; el artículo 25,3 se ocupaba de los supuestos en los que el hecho imponible se delimitara atendiendo exclusivamente a conceptos económicos, disponiendo que se tuvieran en cuenta las situaciones y relaciones económicas con independencia de las formas jurídicas que se utilizaran.

La interpretación que del artículo 25 se ofrece en el párrafo anterior, se refuerza si comparamos dicho precepto con el antiguo artículo 24 de la Ley General Tributaria. Si

pensamos que los negocios en fraude de ley tributaria son verdaderos y auténticos y que por ello se excluyen las sanciones y deben ser declarados en un expediente especial, debemos suponer que el antiguo artículo 25 se tenía que referir a una serie de comportamientos que no requieren para ser declarados de tantas previsiones, es decir, los negocios simulados, caracterizados por el hecho de que a través de ellos se han ocultado sus verdaderas naturalezas jurídicas.

Personalmente creo que es acertada la postura que defiende que el antiguo artículo 25 hacía referencia a la simulación. Si leemos su apartado tercero, vemos que en la oración que dice que para calificar los hechos imponible “se tendrá en cuenta las situaciones y relaciones económicas que, **efectivamente**, existan o se establezcan por los interesados...”, la palabra “efectivamente” conlleva que se haya ocultado algo. “Efectivamente”, según el diccionario de la lengua española, es sinónimo de “verdaderamente” y de “realmente”, por ello, si el precepto transcrito obliga a tener en cuenta las situaciones y relaciones económicas que verdaderamente existan, está claro que algo se ha tenido que ocultar. Creo que lo que este precepto quería decir es que en los casos de que hubiera simulación se debía tener en cuenta lo que las partes, efectivamente, habían realizado.

Si creemos que lo que el antiguo artículo 25.3 de la Ley General Tributaria hacía era referirse a la simulación, entonces ya no es válido pensar que a través de él se pudiera combatir a los negocios indirectos, ya que estos son una de clase de negocios a los que las partes recurren en un caso concreto para conseguir a través de ellos fines diversos de aquellos típicos de su estructura, no ocultando ni falseando nada. Lo que se hace es usar contratos típicos para alcanzar un fin que no es el normal de éstos.

Visto que el artículo 25 de la Ley General Tributaria no era la vía adecuada para combatir el negocio indirecto. ¿Cuál era entonces el artículo encargado de combatir este tipo de negocio anómalo? Creo que la única opción que tenía la Administración era acudir a la vía del antiguo artículo 24.2 de la Ley General Tributaria. Si leemos la definición que del fraude de ley daba el citado precepto, nos damos cuenta que el negocio indirecto tal y como lo ha entendido la Administración, cabría perfectamente en este artículo. La antigua ley hablaba de hechos realizados con el propósito de eludir el pago del impuesto que producían un resultado equivalente al derivado del hecho imponible.

Vemos que el negocio indirecto encajaba perfectamente en el concepto que de fraude de ley daba la Ley General Tributaria. Se estaba configurando un negocio existente, verdadero, con el que en razón de una voluntad elusiva de sus autores, se estaba obteniendo un resultado impropio. Por ello, muchos de los negocios que fueron calificados por la Administración como indirectos eran en verdad negocios realizados en fraude de ley. Así, del análisis de distintas resoluciones administrativas vemos repetidamente el mismo esquema: un conjunto de negocios que persiguen un resultado atípico al normal de su causa o que han sido realizados al amparo de normas dictadas con distinta finalidad y que producen un resultado equivalente al derivado del hecho imponible son calificados como negocios indirectos.

De lo dicho hasta ahora queda patente que el negocio indirecto quedaba encuadrado dentro del antiguo artículo 24.2 de la Ley General Tributaria, si bien, hay que tener claro que algunos negocios indirectos, al no ser realizados con el ánimo de eludir el tributo y no producir un resultado equivalente, nunca podrían haber sido declarados en fraude de ley tributaria

En definitiva, bajo la antigua regulación de la Ley General Tributaria, la Administración, a través del artículo 25.3, en muchas ocasiones procedió a gravar negocios indirectos que en realidad eran realizados en fraude de ley y que lógicamente, debieron atacarse haciendo uso del artículo 24.2 de la Ley General Tributaria. En otras ocasiones, la Inspección mediante un uso inadecuado del artículo 25 de la Ley General Tributaria, lo que hizo fue atacar a supuestos de economía de opción.

Por otro lado la Inspección de Tributos, consideró, en algunas ocasiones, que ante un negocio anómalo, estaba capacitada para optar libremente en elegir la vía del artículo 24.2 o la del 25. Esta actitud es criticable, ya que las normas han de ser interpretadas de modo sistemático, teniendo en cuenta el resto de normas que hay en el ordenamiento jurídico. Por ello no se pueden valorar los efectos del antiguo artículo 25 sin considerar el contenido del artículo 24.2 de la Ley General Tributaria. El antiguo artículo 24.2 de la ley General Tributaria establecía unos requisitos mucho más exigentes que los que se decían en el anterior artículo 25, por ello, queda claro, que la Administración no estaba capacitada para elegir libremente el medio a seguir, debido a que ello llevaría lógicamente a vaciar de significado el precepto referente al fraude de ley tributaria.

Como dije anteriormente, la única explicación lógica al hecho de que los dos artículos comentados establecieran exigencias muy diferentes, se resume en el hecho de que el artículo 24.2 de la Ley General Tributaria se refería a negocios verdaderos que habían sido realizados en fraude de ley tributaria y el artículo 25 de la Ley General Tributaria se encargaba de los supuestos de simulación, donde hay un falseamiento de la realidad jurídica.

2.4 Medios para luchar contra el negocio indirecto en la nueva regulación de la Ley General Tributaria

La modificación de los artículos 24.25 y 28.2 de la Ley General Tributaria ha venido a ratificar lo que la mayoría de la doctrina decía con la antigua regulación: la interpretación de la norma tributaria y especialmente la que define el hecho imponible, ha de ser única y exclusivamente una interpretación jurídica.

El artículo 24 de la Ley General Tributaria se refiere al fraude de ley tributaria y el artículo 25 de la citada norma prevé las consecuencias de los negocios simulados. Ninguno de los otros fenómenos teóricos de anomalías, es objeto de mención en la Ley General Tributaria. Por ello la invocación del negocio indirecto o fiduciario, sólo deberá producir efectos en el ámbito de los procedimientos de Inspección, Gestión y Liquidación.

ción tributaria si se viola directamente la ley, hay un fenómeno de simulación o estamos ante un supuesto de fraude de ley.

Con la nueva regulación establecida en la Ley General Tributaria para luchar contra los negocios anómalos vemos que en el caso de que la Inspección califique como un negocio indirecto un determinado acuerdo de voluntades, la única vía para combatirlo que tendrá será el artículo 24 de la Ley General Tributaria, a no ser que además exista un fenómeno de ocultación o simulación, que hará que las actuaciones se guíen por el artículo 25 de la Ley General Tributaria.

De todos modos, algunos autores han suscitado la duda sobre si el nuevo artículo 28.2 de la Ley General Tributaria establece un cauce adecuado para atacar estos tipos de negocios anómalos, en concreto, el negocio indirecto, que no se regulan en los artículos 24 y 25 de la Ley General Tributaria.

Personalmente creo que la hipótesis planteada en el párrafo anterior no es posible. Para fundamentar esta opinión voy a tratar de analizar el actual artículo 28 de la Ley General Tributaria.

El artículo 28 dice:

1. El hecho imponible es el presupuesto de naturaleza jurídica o económica fijado por la ley para configurar cada tributo y cuya realización origina el nacimiento de la obligación tributaria.

2. El tributo se exigirá con arreglo a la naturaleza jurídica del presupuesto de hecho definido por la Ley, cualquiera que sea la forma o denominación que los interesados le hayan dado, y prescindiendo de los defectos que pudieran afectar a su validez

El artículo 28.1 lo que viene a decir es que los hechos imponibles se pueden establecer de acuerdo a unos presupuestos de hecho de naturaleza jurídica o económica. El hecho imponible puede estar definido a través de conceptos jurídicos o económicos y siempre se habrá creado a través de una norma de rango legal.

Hubiera sido conveniente de todos modos que se hubiese redactado mejor este primer apartado del artículo 28 de la Ley General Tributaria. El hecho imponible, en cuanto creado por la Ley, única y exclusivamente podrá tener naturaleza jurídica, otra cosa es que las situaciones que se regulan en el supuesto de hecho de la norma atiendan a conceptos jurídicos o económicos.

El significado del artículo 28.2, que es el que ha sido propuesto como nueva “arma” para luchar contra el negocio indirecto, es difícil de descifrar. En su primera parte, que dice: “*El tributo se exigirá con arreglo a la naturaleza del presupuesto de hecho definido por la Ley*”, parece querer decir que el hecho imponible, en cuanto creación del Derecho Positivo y presupuesto normativo, es un instituto jurídico, cuya naturaleza únicamente podrá ser jurídica. Por eso, en nuestro sistema tributario nunca cabrán las in-

interpretaciones funcionales o económicas de la norma que prescinden de las tipificaciones del hecho imponible y atienden más a si se ha realizado o no una determinada capacidad económica.

A la segunda parte del precepto objeto de análisis es imposible darle algún significado. El artículo 28.2 dice en un principio que el tributo se exigirá con arreglo al presupuesto de hecho definido por la Ley para seguir diciendo que *"cualquiera que sea la forma o denominación que los interesados le hayan dado"*. ¿Qué significa esto? ¿Qué el interesado puede dar forma o denominación al hecho imponible? Está claro que el presupuesto de hecho se define legalmente y el sujeto ni realiza el hecho imponible, ni le da forma, ni nada. El hecho imponible se realiza cuando situaciones de la vida real son captadas previamente, en abstracto, en forma de presupuestos fácticos por la Ley. Los interesados no realizan el presupuesto de hecho, únicamente pueden hallarse inmersos en situaciones expresivas de capacidad económica a los que la ley atribuye determinados efectos tributarios.

La tercera fase del artículo que dice: "y prescindiendo de los defectos que puedan afectar a su validez", sigue con la tónica de todo el artículo 28.2 de la Ley General Tributaria, diciendo cosas que yo creo que no tienen sentido, ya que el precepto ordena que se prescinda de los defectos que pudieran afectar al presupuesto de hecho definido por la Ley.

Para poder llegar a comprender como se ha llegado a la caótica redacción actual del artículo 28.2 de la Ley General Tributaria es necesario ver cual fue el proceso de elaboración de la norma. Viendo como transcurrió el proceso y lo que dijeron los políticos que se encargaron de crear este artículo, veremos que el artículo 28.2 de la Ley General Tributaria fue creado con la intención de acabar para siempre con la interpretación económica de la norma. Por otro lado, nos será útil para comprobar que los políticos que estuvieron encargados de redactar este artículo, no sabían demasiado Derecho Tributario.

En un principio, la modificación de los artículos 23, 24, 25 y 28 de la Ley General Tributaria no estaban previstos en el Proyecto de Ley que el Gobierno remitió a las Cortes Generales y que fue publicado en el Boletín Oficial de las Cortes Generales de 5 de diciembre de 1994.

En el trámite de enmiendas, el Grupo Parlamentario Catalán presentó una redacción del artículo 28.2 que decía: *"El Tributo se exigirá con arreglo a la verdadera naturaleza jurídica del presupuesto de hecho realizado por las partes, cualquiera que sea la forma o denominación que los interesados le hayan dado, prescindiendo de los defectos que pudieran afectar a su validez"*. Los enmendantes se escudaron, entre otros motivos, para justificar esta propuesta de modificación, en el hecho del mal uso que del antiguo artículo 25 estaba haciendo la Administración. Así se dijo: *"Además la ambigüedad del actual artículo 25 ha permitido a la Administración gravar aquellos hechos que señalaban por si mismos capacidad contributiva y prescindir de su efectiva tipificación por la Ley Tributaria, lo cual cuestiona la seguridad del contribuyente"*

Vemos que de la redacción original se refería a la verdadera naturaleza jurídica *“del presupuesto de hecho realizado por las partes”*. Con esta redacción sí que tenía sentido el resto del párrafo que decía: *“Cualquiera que sea la forma o denominación que los interesados hayan dado y prescindiendo de los defectos que pudieran afectar a su validez”*. Lo que “destrozó” el contenido de este artículo fue la modificación posterior propuesta por el PSOE, que cambió las palabras *“realizadas por las partes”* por *“definido por la Ley”*.

Como vemos, el motivo por el cual fue creado el artículo 28.2 de la Ley General Tributaria, fue querer erradicar esa actitud de la Administración consistente en hacer una interpretación económica del hecho imponible legitimándose en el antiguo artículo 25. Al desaparecer el artículo 25.3 de la Ley General Tributaria y al señalar el nuevo artículo 28.2 que el Tributo se exigirá con arreglo a la *“naturaleza jurídica del presupuesto de hecho definido por la Ley”*, creo que hay razones suficientes para creer que se ha solventado la duda sobre el hecho de que en nuestro ordenamiento tienen cabida planteamientos y teorías como la del negocio indirecto que la Administración vino usando en los últimos años. Por todo lo dicho hasta ahora, creo que este último artículo no regula ninguna norma de calificación por la cual la Administración pudiera atacar el negocio indirecto u otros tipos e negocios anómalos a través de una interpretación económica.

3. LA ECONOMÍA DE OPCIÓN

La doctrina jurídica, en muchas ocasiones, se ve en la necesidad de crear categorías jurídicas donde poder incluir distintos supuestos de la vida real, con el objeto de poder estudiarlos en conjunto. Estas definiciones jurídicas tienen la ventaja de que simplifican el estudio, pero también tienen el problema de que pueden llegar a ser muy amplias, quedando de este modo su contenido impreciso.

La economía de opción es una de estas denominaciones creadas por la doctrina para simplificar el estudio, pero que a mi modo de ver, no tienen una relevancia jurídica propia en el Derecho Tributario diferente al resto del ordenamiento jurídico, es decir, no aportan nada nuevo. Como dijo Palao refiriéndose a lo dicho por Larraz *“la única opción que se ofrece al contribuyente... es la de realizar o no el presupuesto de hecho definido por la norma o realizar uno o más entre diversos presupuestos, posibilidad que ni es privativa del Derecho Tributario ni necesita ser designada con un término especial y que no se ofrece expresamente por la ley, la cual se limita a configurar un repertorio de hechos imposables”*.

La economía de opción, también llamada planificación fiscal, no tiene un apoyo legal; por eso creo que esta categoría jurídica debe sernos útil para entender mejor el Derecho tributario y en concreto, para permitirnos diferenciar aquellos actos, hechos o negocios jurídicos realizados en fraude de ley tributaria, de aquellos otros comportamientos que al producir un ahorro fiscal, no tienen las características del ar-

título 24.1 de la Ley General Tributaria, ni ser una simple infracción o una simulación son perfectamente legítimos, pero nunca debemos llegar a pensar que el legislador en materia tributaria a establecido una categoría nueva o diferente al resto del ordenamiento jurídico.

Al estudiar la economía de opción, es fácil darse cuenta de que la doctrina utiliza una pluralidad de términos distintos para referirse a realidades que en muchas ocasiones tienen un significado cuando menos parecido: economía de opción, economías fiscales, planificación fiscal, etc. Por todo ello, para aproximarnos al significado de esta figura, vamos a estudiar lo que expuso Lárraz, su creador, sobre la economía de opción. Decía el citado autor al respecto:

*“Importa mucho no confundir el *fraus legis* fisci con otra figura peculiar del Derecho tributario, la cual en defecto de denominación ya acuñada, llamaré “economía de opción”. La economía de opción tiene en común con el *fraus legis* la concordancia entre lo formalizado y la realidad. De ningún modo se da simulación. También coinciden en no contrariar la letra legal y en procurar un ahorro tributario. Pero, fuera de estos trazos, comunes, el fraude de ley y la economía de opción divergen. La economía de opción no atenta a lo querido por el espíritu de la ley; en tanto que sí atenta el *fraus legis*. La opción se ofrece, a veces explícitamente por la ley(...) Pero aquí nos referimos a las tácitas(...) En su virtud, no ha lugar a plantear cuestión alguna de corrección casuística de la economía de opción.”*

La economía de opción, rebautizada como “planificación fiscal” por el Comité de estudios fiscales de la O.C.D.E. en su informe de 1980, puede ser de dos clases: La economía de opción explícita, donde el Legislador da la opción de elegir entre varias posibilidades al ciudadano, y las economías de opción tácitas, también llamadas economías fiscales que se caracterizan por que se encuentran en “ese elástico campo que preside la indiferencia de las leyes impositivas” (Cesar Albiñana).

Las economías de opción, tal y como las define Larraz, se asemejan al fraude de ley en que ambas figuras tienen como fin último la obtención de un ahorro tributario y que en ambos casos existe una concordancia entre lo expresado y lo realmente querido. La diferencia entre el fraude de ley y la planificación fiscal radica en que la segunda no atenta al espíritu de la ley, en tanto que el fraude de ley, sí lo hace. Lo que diferencia a estas dos categorías jurídicas es el hecho de que en la economía de opción no existe un abuso de las posibilidades de conformación jurídica; la planificación fiscal es perfectamente lícita y legítima, ya que el contribuyente tiene Derecho a organizar sus actividades económicas del modo que le sean más provechosas.

Partiendo de la base de que los comportamientos humanos son infinitos y las normas tributarias no, es sencillo deducir que en el ordenamiento tributario existen situaciones de hecho no previstas por el Legislador. En este sentido dice Bobbio que el conjunto de comportamientos humanos puede dividirse en dos partes: aquellos en que el sujeto está vinculado por normas jurídicas que puede llamarse espacio jurídico pleno y aquellos en que el sujeto es libre y puede llamarse espacio jurídico vacío o como dice Como dice Santi Romano con unas palabras preciosas: “Mas allá del repertorio de he-

chos imponibles configurados por la ley, existe el mundo infinito de comportamientos humanos posibles, la autonomía de la voluntad y la esfera de lo jurídicamente irrelevante”.

El ciudadano actúa dentro de la legalidad siempre que hace algo que la ley no prohíbe; el contribuyente podrá elegir la opción que considere más beneficiosa, teniendo la economía de opción una total importancia en este aspecto. La libertad de los sujetos para buscar el ahorro fiscal más favorable tendrá un límite en el fraude de ley, las infracciones directas de la norma y la simulación. En el caso de que el contribuyente actúe de estas últimas formas, el ordenamiento jurídico reaccionará reconstruyendo la situación original que debió ser.

Frente a las interpretaciones jurídicas que dando una primacía a los valores personales repudian o tachan de inmoral cualquier intento de obtener un ahorro tributario y que en gran medida son la fuente de la que emanan doctrinas como las del negocio indirecto o la interpretación económica, conviene precisar que el fundamento de la economía de opción o de la libertad de actuación del Ciudadano no tiene un carácter residual, sino que emana directamente de la Constitución la cual consagra el derecho de la persona a la propiedad privada y a la libertad de empresa y al libre desarrollo de la personalidad (artículos 10, 33 y 38 de la Constitución); También hay que tener en cuenta que en nuestro Derecho se garantizan los principios de la autonomía de la voluntad y de libertad de pactos (artículos 1255 y 1258 del Código Civil), dentro de la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado (artículo 33 de la Constitución).

La libertad de contratación otorga a los ciudadanos el derecho a decidir cual es la vía por la cual quieren conducir su legítimo interés privado; por ello es justo que los sujetos busquen articular sus negocios de la forma menos costosa posible, pudiendo buscar las soluciones fiscales más ventajosas. Es lógico que el contribuyente, sin eludir ninguna norma, intente configurar su patrimonio de la manera más rentable y por ello la economía de opción forma parte de la elección realizada por el individuo para regular sus actividades económicas.

Por último, hay que rechazar la idea de que en el Derecho Tributario exista una contradicción entre el principio de legalidad y el principio de capacidad económica. El principio de legalidad y el de reserva de ley son consecuencia lógica del principio de seguridad jurídica. Una interpretación extensiva del principio de capacidad económica como criterio interpretativo del hecho imponible, nos podría llevar otra vez al peligroso mundo de la interpretación económica. Algunos autores han planteado la posibilidad de utilizar el artículo 31 de la Constitución como una norma interpretativa con carácter sustantiva o del Derecho Tributario: Esta actitud es peligrosa, ya que de este modo se podría abrir una puerta a la arbitrariedad de la Administración.

El principio de capacidad económica tiene relevancia en el momento de la producción de la norma: no tiene eficacia autónoma salvo que la Ley lo utilice como medio de calificación de algunos efectos concretos; un ejemplo sería el antiguo artículo

82.b de la Ley General Tributaria que establecía como criterio de graduación de las sanciones, la capacidad económica del sujeto infractor.

El principio de capacidad económica se predica del sistema tributario en su conjunto, no puede haber gravamen si no hay indicio de capacidad económica, y no puede existir un gravamen que no esté fundamentado en la capacidad del sujeto pasivo.

Como un resumen todo lo expuesto, se podría decir que los actos, hechos o negocios jurídicos realizados en fraude de ley, están en la frontera del ámbito de aplicación del hecho imponible. El artículo 24.1 de la Ley General Tributaria califica como fraude de ley a aquellas manifestaciones de la capacidad de configuración del Sujeto Pasivo de sus propias actividades, que son realizadas con el ánimo de eludir el pago del tributo, amparándose en el texto de normas dictadas con distinta finalidad, siempre que produzcan un resultado equivalente al derivado del hecho imponible; cuando un sujeto pasivo realice un acto, hecho o negocio jurídico que no tenga las características del fraude de ley tributaria, no constituya un supuesto de simulación no vulnere directamente la norma y no esté sometido a tributación, estaremos ante una situación no prevista por el Legislador: algunos autores llaman a esta situación como economía de opción.

Es el uso de normas dictadas con distinta finalidad una de las características que, a mi modo de ver, definen el fraude de ley tributaria. Es este uso de las normas para un fin distinto del que fueron creadas lo que hace reprochable los comportamientos realizados en fraude de ley; el abuso por parte del sujeto de la capacidad de configuración de sus relaciones jurídicas, permite a la Administración aplicar la norma eludida. Por ello en el caso de no exista un uso anómalo de los instrumentos jurídicos, no haya simulación y no sé de un supuesto de infracción del Ordenamiento Jurídico nos encontraremos ante una operación correcta e intachable.

A continuación trataré de resumir un supuesto real de economía de opción sacado de la Resolución de 25 de junio de 1997, del Tribunal Económico Administrativo Regional de Canarias. Esta resolución fue dictada bajo la vigencia del Convenio entre el Reino de España y la República de Austria para evitar la doble imposición con respecto a los impuestos sobre la Renta y sobre el Patrimonio, firmado en Viena el 20 de diciembre antes de ser modificado por el Instrumento hecho en Viena el 24 de febrero de 1995.

El Tribunal Económico-Administrativo Regional de Canarias consideró como una economía de opción las siguientes actuaciones:

Una persona efectúa una adquisición de deuda pública del Gobierno Austríaco, cobrando los rendimientos al día siguiente y vendiendo dos días después los títulos adquiridos por un precio inferior al de la compra, teniendo por tanto una disminución de patrimonio. Posteriormente, a través del artículo 48 de la Ley 18/91 de 6 de junio, del impuesto de la Renta de las Personas Físicas, compensa esa disminución con un incremento de patrimonio que había obtenido como consecuencia de la venta de unos fondos de inversión.

Teniendo en cuenta que el antiguo artículo 11.3 del Convenio de 20 de diciembre de 1966, ratificado por el instrumento de 14 de septiembre de 1967, establecía que los intereses de la deuda pública de un Estado contratante, sólo podían someterse a imposición es ese Estado, es lógico que la tributación de los rendimientos se efectuara en Austria, quedando dichos intereses exentos ya que la República de Austria no somete a tributación los intereses de Deuda Pública obtenidos por extranjeros. En cuanto a la compensación de los incrementos de patrimonio el Tribunal Económico Administrativo consideró que era perfectamente válida, no siendo, por tanto, calificable como negocio indirecto.

4. BIBLIOGRAFÍA

ALBIÑANA GARCÍA QUINTANA.: La evasión legal impositiva

BARRADO MUÑOZ, ANTONIO.: La interpretación de las normas tributarias tras la Ley 25/1995, de modificación parcial de la Ley General Tributaria.

DE CASTRO. FEDERICO.: El negocio jurídico

DÍEZ- PICAZO, LUIS.: Sistema de Derecho Civil, volumen I Editorial Tecnos.

FALCÓN Y TELLA, RAMÓN.: El fraude a la ley tributaria como mecanismo para gravar determinadas economías de opción.

FLORES ARNEDO, AGUSTÍN.: Negocios anómalos jurídico tributarios. Crónica Tributaria número 78/1996

GÓMEZ VERDESOTO, MARTA.: El fraude de ley tributaria: su nueva regulación en el artículo 24 de la Ley General Tributaria y su previsible desarrollo reglamentario.

MARTÍNEZ, DIONISIO.: la interpretación de las normas tributarias y el fraude de ley en la ley 25/1995 de modificación de la l.g.t.. carta tributaria, monografías, número 256.

MARTÍN QUERALT, JUAN.: CURSO DE DERECHO FINANCIERO Y TRIBUTARIO Sexta edición. Revisada y puesta al día. Editorial Tecnos.

MATEU DE ROS, RAFAEL.: Economía de opción, negocio indirecto y fraude de ley tras la reforma de 1995. Ley General Tributaria/ Autores.

PEÑA GARBÍN, JOSÉ MIGUEL.: Todo sobre la Inspección de Hacienda. Editorial Praxis.

PÉREZ ARRAIZ, JAVIER.: El fraude de ley en el Derecho tributario.

PÉREZ DE AYALA, JOSÉ LUIS.: El fundamento “ex lege” de la obligación tributaria en los comportamientos con fraude de ley. Estudios RTT número 31.

PRADA LARREA, JOSÉ LUIS.: Simulación, fraude de ley y economía de opción en el ámbito del Impuesto sobre Sociedades: un ejemplo retrospectivo.

PUIG BRUTAU, JOSÉ.: Interpretación de las normas.

ROSEMBUJ, TULIO.: El fraude de ley y el abuso de formas en el Derecho Tributario.

ROSEMBUJ TULIO.: La evasión y la elusión fiscal en la Ley General Tributaria.

RUIZ ZAPATERO, GUILLERMO GONZALO.: Cuatro casos sobre negocio indirecto y fraude de ley en el ámbito tributario.

