

CARLOS PALAO TABOADA*Catedrático de Derecho Financiero y Tributario. Universidad
Autónoma de Madrid***Extracto:**

LA cláusula general de sanción del fraude a la ley tributaria contenida en el artículo 24 de la Ley General Tributaria ha permanecido prácticamente sin aplicación; inicialmente por haberse utilizado indebidamente para este fin la calificación de los hechos imponibles. Reducida ésta por la Ley 25/1995 a sus límites adecuados, el empleo de la figura del fraude a la ley encuentra, sin embargo, resistencias que tienen su raíz ideológica en actitudes generales ante la aplicación del Derecho y la autonomía de la voluntad. Dichas actitudes han calado en la jurisprudencia, como lo demuestran recientes sentencias de la Audiencia Nacional, que incurren, según el autor de este trabajo, en graves confusiones metodológicas. El autor propugna la restitución al fraude a la ley de la función que le corresponde en la aplicación del Derecho tributario. Ello es indispensable, en su opinión, para conseguir la necesaria claridad metodológica en esa aplicación, lo cual redundará en beneficio de la seguridad jurídica, perjudicada por la actual confusión dogmática.

Sumario:

- I. La sanción del fraude a la ley tributaria y la autonomía de la voluntad.
- II. Tendencias restrictivas del fraude a la ley tributaria.
- III. La reciente doctrina de la Audiencia Nacional.
- IV. Conclusión.

I. LA SANCIÓN DEL FRAUDE A LA LEY TRIBUTARIA Y LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD

Como es sobradamente conocido, desde su promulgación a fines de 1963 la Ley General Tributaria contiene en su artículo 24 una cláusula general de sanción del fraude a la ley tributaria. El legislador español tomó de este modo una decisión de política jurídica: el fraude a la ley tributaria no es admisible; si se produce debe frustrarse su propósito aplicando la ley que se intentó burlar. El Derecho español vino así a sumarse a aquellos ordenamientos en los que, con diverso alcance y distintas técnicas, existe una norma general con tal finalidad; entre ellos de manera destacada Alemania (§ 42 de la Ordenanza Tributaria de 1977). Otros países combaten el fraude a la ley tributaria basándose en normas sancionadoras del fraude a la ley en general; en otros, finalmente, son los tribunales los que han elaborado los principios en los que se basa la sanción de esta forma de abuso del Derecho, expresión con la que se designa a veces a esta figura (*abuse of tax law*). Este último es, en particular, el caso de los Estados Unidos y también, aunque mucho más restrictivamente, del Reino Unido.

Sin embargo, el artículo 24 LGT (art. 24.2, en la redacción originaria) ha permanecido prácticamente sin aplicación. En una primera etapa, hasta la modificación de las normas de la Ley General Tributaria sobre calificación de hechos impositivos y fraude a la ley por la Ley 25/1995, de 20 de julio, por razones fundamentalmente técnicas: la Administración disponía de otras armas más expeditivas para luchar contra el fraude a la ley tributaria. Rectificados en buena medida por la citada Ley los errores técnicos iniciales, la lucha contra el fraude a la ley se enfrenta ahora en el ámbito tributario con la tradicional oposición al fraude a la ley en general, que, invocando la libertad de pactos y la autonomía de la voluntad, trata de reducir al máximo su eficacia.

La predicción de que el antiguo artículo 24.2 LGT quedaría inaplicable era fácil de hacer y no tenía, por tanto, mérito alguno. Bastaba observar las facultades prácticamente ilimitadas que el artículo 25, también en su redacción originaria, atribuía al aplicador de la ley -en primer término la Administración- para calificar los hechos impositivos determinando su «verdadera naturaleza», para advertir que resultaba innecesario recurrir al fraude de ley: era suficiente afirmar, basándose en tales facultades, que la verdadera naturaleza del negocio realizado era precisamente la prevista en la norma eludida para que ésta pudiese ser directamente aplicada. La virtualidad del artículo 25 (antiguo) era

además enormemente ampliada por la distinción errónea de la que partía, entre hechos imponible «de naturaleza jurídica» y «de naturaleza económica». El error consistía en que incluso para definir los hechos imponible de naturaleza más exquisitamente económica, como la (obtención de) renta el legislador recurre constantemente a la utilización de conceptos jurídicos (bienes muebles e inmuebles, sociedad, asociación, préstamo, seguro, etc., etc.). Pero una vez afirmado que la obtención de renta es un hecho imponible «de naturaleza económica», el artículo 25.3 (antiguo) LGT autorizaba al intérprete para calificarlo «[teniendo] 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». Ésta es una formulación perfecta de las doctrinas de la «interpretación económica» o «funcional», que estuvieron en boga en las doctrinas alemana e italiana en el período comprendido entre las dos guerras mundiales. El redactor de la Ley General Tributaria no se dio cuenta de que interpretación de la norma y calificación de los hechos son dos aspectos de una única operación jurídica: la aplicación de la ley. Ésta es, como dice Artur KAUFMANN, un «poner-en-correspondencia», ajustar recíprocamente, la realidad y la norma (1). Al desconocer esto, las doctrinas de la interpretación económica, supuestamente expulsadas como criterios de interpretación de la ley por la puerta del artículo 23 LGT, regresaban por la ventana de la calificación, abierta de par en par en el artículo 25.

Podía hacerse una interpretación más restrictiva del antiguo artículo 25 LGT, en el sentido de que lo que con él se pretendía era simplemente rectificar la denominación incorrecta dada a un acto o contrato por las partes o la simulación. Pero esta interpretación no se deducía de su texto ni es la que sostuvieron Administración y Tribunales. ARIAS VELASCO (2) me reprocha haber identificado el principio de calificación del artículo 25 con la figura del fraude a la ley, achacando con humor mi supuesta defensa de esta tesis a la edad juvenil que tenía cuando por primera vez me ocupé de estas cuestiones. En realidad, lo que afirmé es lo que, ya en la edad madura, acabo de exponer, a saber, que dadas las facultades que respecto a la calificación se desprendían del citado artículo (no de su interpretación restrictiva), la figura del fraude de ley resultaba superflua, como creo que el tiempo ha venido a demostrar.

La utilización del artículo 25 (calificación) en lugar del 24.2 (fraude de ley), ambos en su redacción primitiva, planteaba dos problemas, uno de fondo y otro de forma:

En cuanto al fondo, evitaba tener que demostrar la concurrencia del elemento esencial del fraude de ley y presupuesto necesario, en consecuencia, de su sanción: el «propósito probado de eludir el impuesto». La sanción del fraude a la ley consiste, en sustancia, en una calificación (o «re-califi-

(1) KAUFMANN, A., *Analogie und «Natur der Sache»*, 2.ª edic., R. v. Decker & C.F. Müller, Heidelberg/Hamburgo, 1982, pág. 38. Me he ocupado más ampliamente de estos temas en los siguientes trabajos: «Economía y Derecho en la aplicación de las leyes tributarias», *Crónica Tributaria*, núm. 73 (1995), pág. 69 y ss. y «Tipicidad e igualdad en la aplicación de las normas tributarias. (La prohibición de la analogía en Derecho tributario)», *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, 1 (1997), pág. 219 y ss.

(2) ARIAS VELASCO, J., «Dictamen sobre el fraude de ley tributaria y figuras afines en su aplicación a un caso concreto», *Revista Técnica Tributaria*, núm. 24 (1994), pág. 19 y ss.

cación») de los actos o negocios que integran el hecho imponible que va más allá de lo que sería posible mediante la calificación con arreglo a los criterios ordinarios. Entre calificación y fraude de ley existe la misma frontera que entre interpretación y analogía; ambos pares de conceptos están estrechamente relacionados. La Ley General Tributaria construye, como se sabe, la reacción contra el fraude de ley como una aplicación analógica, excepcionalmente permitida, de la ley eludida. El cruce de dicha frontera, imprecisa pero existente, requiere una fundamentación o motivación especial; se trata, en definitiva, de una exigencia de claridad u honradez metodológica en la aplicación de la ley, en virtud de la cual no se debe enmascarar como una simple calificación una operación que rebasa los límites ordinarios de ésta (3). La ausencia de tal motivación constituye una arbitrariedad, con independencia de que la solución alcanzada sea materialmente justa, por tratarse en el caso enjuiciado de un auténtico supuesto de fraude de ley.

En el aspecto formal, el recurso al artículo 25 permitía eludir (auténtico «fraude de ley al fraude de ley») el requisito de expediente especial para declarar el fraude de ley que establecía el artículo 24.2 LGT, y sigue exigiendo el nuevo artículo 24.1. Esta exigencia es, a nuestro juicio, sumamente discutible *de lege ferenda*, pues la apreciación de la existencia de fraude de ley es un aspecto más del proceso de aplicación de la ley, inseparable, por tanto, de la calificación misma. No es evidente por sí mismo que un órgano administrativo central proporcione más garantías que uno periférico al contribuyente, cuya tutela incumbe en definitiva a los Tribunales. En cambio, la exigencia de este expediente constituía un incentivo para rehuir la aplicación de la norma sobre el fraude, acogiendo-se al artículo 25 tanto en la versión antigua (norma sobre calificación), como en la moderna (simulación) (4).

La más importante de las modificaciones de la Ley 25/1995, al menos en esta materia (5), es, a mi juicio, la que afecta a la calificación de los hechos imponibles, cuya regulación se ha insertado en el artículo 28, como nuevo apartado 2. El sentido de la modificación es abandonar la idea de que existe una «verdadera» naturaleza del hecho imponible distinta de la «naturaleza jurídica», sin más, de éste, que habrá que determinar mediante la aplicación de las reglas y criterios generales de interpretación jurídica. Entre éstos figura, claro está, el elemento teleológico, del que forma parte el significado económico de los hechos imponibles tanto normativos como de la vida real: no hay razón válida alguna por la que la interpretación o calificación jurídica tenga que convertirse en una operación puramente formalista. Por consiguiente, los negocios jurídicos habrán de calificarse a la luz de las normas sustantivas aplicables, generalmente civiles o mercantiles, y si la ley fiscal utiliza para definir el hecho imponible de un tributo el nombre de un determinado tipo de negocio o contrato, hay que entender, en principio, que lo utiliza en el sentido que tiene en la rama del Derecho correspondiente. Debe añadirse que la calificación de los negocios jurídicos exige también tener presente su causa: calificación con arreglo a criterios jurídicos no equivale a atenerse a los tipos negociales

(3) Acerca de esto, véase «Tipicidad e igualdad ...», cit. (nota 1), especialmente las páginas 233 y ss.

(4) El requisito del expediente especial ha venido a complicarse con la derogación por el R.D. 803/1993, de 28 de mayo, del R.D. 1919/1979, de 29 de junio, que regulaba el correspondiente procedimiento, lo que ha originado una laguna normativa.

(5) Véase mi comentario en el número 155 de esta revista.

como figuras formales o abstractas, vaciadas de todo contenido que haga posible su valoración jurídica. El hecho imponible se realiza, por tanto, sólo cuando el negocio real así calificado coincide con el legalmente establecido; es decir, cuando la operación de «poner-en-correspondencia» a que se refiere KAUFMANN arroja un resultado positivo. Ni por vía de calificación ni por vía de interpretación -que, insistimos, son dos aspectos de una misma operación, la aplicación del Derecho- puede extenderse la ley más allá de sus límites. Esto sólo es posible precisamente cuando el negocio ha sido realizado en fraude a la ley.

El fraude a la ley tributaria se caracteriza esencialmente porque, *desde el punto de vista de la aplicación de la ley fiscal*, el negocio u operación realizado es artificioso, es decir, no se corresponde con la realidad económica y ha sido utilizado con la única finalidad de eludir la norma tributaria. En esto consiste el «propósito de eludir el tributo» (art. 24.1 LGT). El sujeto pretende que ese negocio se acepte a efectos fiscales, para lo cual intenta que se califique atendiendo principalmente a los aspectos formales del tipo negocial. La norma o normas que definen estos elementos del negocio de que se trate, y en las que, por tanto, el sujeto apoya su calificación como perteneciente a dicho tipo, son la «norma de cobertura» a la que se refieren tanto el artículo 6.4 del Código civil («al amparo del texto de una norma») como el 24.1 LGT («amparándose en el texto de normas dictadas con distinta finalidad»). Esta característica fundamental del fraude a la ley es la que describen, en unos u otros términos, las distintas definiciones legales o jurisprudenciales: «abuso de las posibilidades de configuración del Derecho» (§ 42 de la Ordenanza Tributaria alemana); discrepancia entre la forma y la sustancia del negocio (*substance versus form*) en la jurisprudencia norteamericana; falta de explicación racional de la forma elegida, de manera que ésta sólo se explica por la finalidad de elusión de impuestos. En esto último consiste la llamada «prueba de la finalidad económica» (*business purpose test*) que aplican los tribunales estadounidenses y también los alemanes (*vernünftiger wirtschaftlicher Zweck*).

Lo que tienen en común todas estas caracterizaciones del fraude a la ley es la idea de que en él los negocios utilizados se emplean prescindiendo del fin o propósito práctico para el que el legislador los regula y protege (6); es decir, se emplean como figuras abstractas que es posible utilizar para cualesquiera fines. El negocio en fraude de ley es un negocio vaciado de su causa, que es la que justifica la eficacia que el Derecho le confiere. Se está partiendo, pues, de una concepción de la autonomía de la voluntad según la cual ésta carece de restricciones y supone, como dice DE CASTRO «entregar a los particulares "una reserva de caza", una "zona protegida" en la que el Estado no tiene otro quehacer que el de dejar hacer» (7).

(6) Sobre el propósito del negocio y su consideración como componente de la causa, véase DE CASTRO, F., *El negocio jurídico*, Civitas, Madrid, 1991 (reimpr. de la primera edic. de 1971), págs. 27 y ss., 188 y ss. y 227 y ss., así como MORALES MORENO, A.M., «Voluntad y causa en la teoría del negocio jurídico de Federico de Castro», en el volumen *Conferencias en homenaje al profesor Federico de Castro y Bravo*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 1997, pág. 133 y ss.

(7) DE CASTRO, F., «Notas sobre las limitaciones intrínsecas de la autonomía de la voluntad», *Anuario de Derecho civil*, 1982, pág. 987 y ss. (pág. 1051). Sobre la autonomía de la voluntad en DE CASTRO *cf.* SANCHO MENDIZÁBAL, L., «La autonomía privada», en el volumen *Conferencias ... cit.* (nota ant.), pág. 109 y ss. y MORALES MORENO, *op. cit.*

Dicha utilización es lo que caracteriza, según DE CASTRO (8), los «negocios jurídicos anómalos», categoría en la que incluye a los simulados, los fiduciarios, los indirectos y los en fraude: «una deformación de una figura negocial, querida por quienes lo crean y hecha para escapar de la regulación normal de los negocios, de la prevista y ordenada por las leyes». Ahora bien, la anomalía de un negocio no supone que éste sea siempre repudiable por el Derecho. Como dice DE CASTRO (9),

«el estudio de estos negocios se ha hecho a menudo bajo la influencia de prejuicios, condenatorios los unos y otros encomiásticos... Mas [todos estos prejuicios], cierto[s] según los casos, no debe[n] nublar el objetivo enjuiciamiento de las figuras. Los negocios anómalos no están condenados por el Derecho y, por tanto, su empleo puede quedar dentro del ámbito del lícito ejercicio de la autonomía de la voluntad. No constituye tampoco un procedimiento privilegiado por el Derecho; no son trampolín autorizado para saltarse normas imperativas, ni recurso para privar de eficacia a los principios fundamentales del sistema jurídico español. Es decir que su empleo no sirve para impedir el control judicial sobre el fin práctico que se pretenda conseguir con el negocio (calificación de la causa concreta), ni para dejar de lado el principio general de la buena fe».

Por consiguiente, desde el punto de vista del Derecho tributario el negocio anómalo no podrá impedir la debida aplicación de las normas fiscales imperativas, sin que obste a ello en modo alguno su plena validez y eficacia para el Derecho privado. La Administración tributaria y los Tribunales de lo contencioso califican el negocio exclusivamente desde esta perspectiva; no lo enjuician en todos sus distintos aspectos. Por tanto, su decisión se circunscribe al ámbito puramente fiscal, sin afectar a otros como el jurídico-privado. Hay aquí también una cuestión de jurisdicción: ni la Administración tributaria, por tanto los Tribunales contenciosos que revisen sus acuerdos, podría pronunciarse sobre la validez civil del negocio ni la jurisdicción ordinaria sobre la calificación fiscal.

Cuestión diversa es si, desde la perspectiva del Derecho privado, la finalidad de elusión fiscal daría lugar a la ilicitud de la causa (art. 1.275 C.c.). En muchos casos se estará más que ante una causa ilícita ante una falsa (art. 1.276 C.c.): si el negocio utilizado tampoco es aceptado a efectos jurídico-privados atendiendo a su aspecto formal habrá que determinar su verdadera causa, que normalmente existirá y será la que corresponda al fin o propósito práctico del negocio (es decir, el «resultado equivalente al derivado del hecho imponible», art. 24.1 LGT). Mientras la validez jurídico-privada de su causa no sea cuestionada, el negocio seguirá siendo, no obstante, en fraude a la ley tributaria; una vez declarada por los Tribunales ordinarios la simulación parece que esta calificación debe imponerse también, en su caso, a efectos fiscales. Podría decirse que la simulación constituye un grado más intenso de fraude que el mero *fraus legis*. Lo anterior no excluye, evidentemente, que la Administración pueda apreciar la existencia de simulación a los solos efectos fiscales. Ello pone de manifiesto la relatividad de la distinción entre simulación y fraude de ley. Su importancia para el

(8) *El negocio jurídico*, cit. (nota 6), pág. 329.

(9) *Ibid.*, pág. sig.

Derecho tributario radica, aparte de la cuestión formal del expediente especial exigido para la declaración del fraude y no para la de la simulación, en que mientras que el negocio fraudulento no da lugar a la imposición de sanciones (art. 24.3 LGT) el simulado sí puede acarrearlas. La consecuencia es demasiado grave (piénsese en el delito fiscal) como para hacerla depender de una distinción tan difícil de trazar.

II. TENDENCIAS RESTRICTIVAS DEL FRAUDE A LA LEY TRIBUTARIA

Situados por la Ley 25/1995 en su lugar adecuado los límites de la calificación, podría pensarse que se produciría una utilización más frecuente de la norma sancionadora del fraude de ley. En efecto, los casos de auténtico fraude de ley ya no podrán ser combatidos mediante la simple calificación de los negocios, sino que la recalificación necesaria para ello sólo es posible mediante la demostración del propósito de eludir el impuesto hecha a través de expediente especial. Sin embargo, la ideología dominante en el momento presente en nuestro país, y, en general, en los que pertenecen a nuestro ámbito cultural y político, no es propicia a la utilización de esta figura. Asistimos, en efecto, a un auge del liberalismo y del individualismo y a un correlativo retroceso de las ideologías potenciadoras de lo comunitario y estatal. Los empresarios, cuyo prestigio social es creciente, reclaman libertad para sus negocios. El mercado, glorificado como máximo rector de la actividad económica y social, exige seguridad jurídica; ésta se erige, en consecuencia, en principio supremo del ordenamiento: sólo valdrán las limitaciones de la autonomía de la voluntad expresa y taxativamente previstas en las leyes; se recortan paralelamente las facultades de la Administración. Éste es el trasfondo ideológico de la reciente Ley de derechos y garantías de los contribuyentes. En suma, no soplan buenos vientos para figuras como el fraude a la ley.

La oposición al fraude a la ley no es nueva, sino que reproduce en muchos aspectos actitudes doctrinales que ya se manifestaron en el Derecho privado en defensa de figuras como el negocio indirecto. Citemos una vez más al profesor Federico DE CASTRO (10):

«La simpatía por el negocio indirecto es bien explicable y surge de la misma fuente que la enemiga hacia la figura del fraude a la ley: el ansia de romper las trabas que limitan la autonomía de la voluntad. Mas ni una ni otra son merecidas, cuando con aquél se trata de barrenar precisamente las restricciones impuestas a la autonomía de la voluntad en defensa del tráfico honrado, amparando el proceder de buena fe.

Las tendencias favorables y contrarias al negocio indirecto, resultan de una previa toma de posición (consciente o instintiva) respecto a la función del Derecho.

(10) *El negocio jurídico*, cit. (nota 6), pág. 453.

El neoformalismo entiende el Derecho como un juego técnico, manejado por los expertos a beneficio de sus clientes; naturalmente está en favor de las figuras abstractas y del funcionamiento automático de las leyes; y respecto de los sistemas causalistas, llevará a considerar las causas como vacías de contenido y reducidas a estructuras formales.

Concepción diametralmente opuesta es la de quienes entienden que la función jurídica se centra en ordenar y calificar la conducta de las personas, sus propósitos, los fines que real y verdaderamente se busca conseguir e imponer por medio de la organización jurídica; procurando así alcanzar en cada caso concreto las soluciones más justas. Los que, en su consecuencia, condenan, como contrarios a la misma esencia del Derecho, los intentos de reducirlo a un mero repertorio de tecnicismos, indiferente al significado social y moral de las conductas.

La señalada oposición de criterios se encuentra a lo largo de toda la historia del Derecho...».

Un buen ejemplo de la actitud contraria al fraude a la ley tributaria lo encontramos en las siguientes frases de Lord Houghton of Sowerby (11): «Todo intento de saltarse o quebrantar el imperio de la ley proporcionando una cobertura a la burocracia para que haga la ley sobre la marcha, o incluso de permitir a los tribunales extender el significado de la palabra escrita para satisfacer sus propios prejuicios o códigos, sería un error fundamental. Ninguna consideración económica, financiera o administrativa, o incluso de equidad, podría en modo alguno justificar la supresión de una de las bases de nuestra libertad». Y más adelante (12) afirma: «La imposición es un acto del Parlamento, no un acto de Dios. Es lo que el Parlamento dice que debe ser, ni más ni menos. La imposición no sólo carece de principios morales, ni siquiera puede reclamar ser justa. Si bien todos tenemos el deber público de cumplir la ley (¿incluyendo el límite de velocidad?), tal deber no alcanza a cumplir con el "espíritu" de la ley y menos aún con la supuesta "intención del Parlamento". El Derecho es lo que la Ley dice o, en caso de duda, el significado que los Tribunales atribuyen a sus palabras».

Nadie en nuestra cultura jurídica se atrevería seguramente a estas alturas a sostener una posición tan crudamente literalista y formalista como método de aplicación de la ley fiscal. Sin embargo, en nuestra doctrina se han manifestado en tiempos recientes opiniones que, sin llegar ni de lejos a esos extremos, sí mantienen una posición claramente restrictiva del fraude a la ley.

El más destacado representante de las posiciones doctrinales aludidas es el profesor FALCÓN Y TELLA. Sus tesis están expuestas en un artículo publicado a fines de 1995 bajo el título de «El fraude a la ley tributaria como mecanismo para gravar determinadas economías de opción» (13). El título es revelador, pues sugiere ya que mediante la figura del fraude a la ley se someten a imposición negocios u operaciones realizados en ejercicio de una opción legítima ofrecida por la ley.

(11) «The Futility of Taxation by Menaces», en VV.AA., *Tax Avoidance. The economic, legal and moral inter-relationships between avoidance and evasion*, The Institute of Economic Affairs, Londres, 1979, pág. 89 y ss. (pág. 93).

(12) *Ibid.*, pág. 100.

(13) *Revista Técnica Tributaria*, núm. 31, pág. 55 y ss. También en *Quincena Fiscal*, núms. 17 y 18/1995.

En efecto, la idea central de FALCÓN es que en el fraude a la ley el contribuyente no realiza el hecho imponible, sino un hecho distinto, aunque «equivalente» a aquél: «o bien se ha realizado el hecho imponible, o bien se ha realizado un hecho distinto, aunque produzca un resultado equivalente ... [E]n el primer caso estaremos ante una infracción ... [m]ientras que en el segundo existe una pura y simple economía de opción» (14). Partiendo de esta base sostiene que entre el fraude a la ley tributaria y la figura general del fraude a la ley del artículo 6.4 existe una «radical diferencia», puesto que para que ambas coincidieran el fraude a la ley tributaria «debería configurarse ... como la realización del hecho imponible definido en una ley (ley defraudada), quedando aparentemente la conducta cubierta por otra norma tributaria más favorable (ley de cobertura) que, debidamente interpretada, no resulta aplicable al caso» (15).

Otra diferencia entre el fraude a la ley tributaria y el fraude a la ley civil (mejor: el fraude a la ley en general) consistiría en que mientras que éste se propone evitar que a través de la libertad de pactos «se vulneren las escasas normas imperativas existentes», las normas tributarias «no ordenan ni prohíben conducta alguna sino que se limitan a "gravar" determinadas conductas, si éstas se producen, por lo que es difícil pensar cómo puede producirse un resultado contrario a la ley propia de un tributo, que sólo ordena pagar el tributo cuando se ha realizado el hecho imponible, pero no en otro caso» (16).

Para el Derecho tributario los actos o negocios jurídicos son simples hechos que o se realizan o no. En el segundo caso «existe pura y simplemente una economía de opción, que nunca infringe el ordenamiento tributario», mientras que «el fraude a la ley civil consiste en la realización de una conducta prohibida o contraria al ordenamiento jurídico» (17).

La disyuntiva entre realización y no realización del hecho imponible en la forma en que la plantea FALCÓN simplifica excesivamente los términos del problema. El supuesto del fraude a la ley no consiste en un simple «no realizar» el hecho imponible, sino en eludirlo mediante una calificación artificiosa en el sentido antes expuesto. La norma de cobertura no es, en primer término, la ley tributaria a la que trata de acogerse el contribuyente -la cual, en el caso más favorable a éste, cuando el negocio fraudulento no está sujeto a imposición, es inexistente-, sino la norma civil o mercantil en la que pretende basarse dicha calificación artificiosa. El fraude de ley se distingue por ello claramente de la «economía de opción», y así lo indicaba LARRAZ, que es, como se sabe, el introductor de esta última expresión en nuestra doctrina. Afirmaba este autor lo siguiente (18): «Importa mucho no confundir el *fraus legis Fiscis* con otra figura peculiar del Derecho tributario, la cual, en defecto de denominación ya acuñada, llamaré "economía de opción". La economía de opción tiene

(14) *Op. cit.*, pág. 64.

(15) *Op. cit.*, pág. 61.

(16) *Op. cit.*, pág. 62.

(17) *Op. cit.*, pág. 63.

(18) LARRAZ, J., *Metodología aplicativa del Derecho tributario*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1952, pág. 61.

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, fraude de la ley y 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*. En los supuestos de economía de opción «ni se operan deformaciones anómalas del negocio jurídico, ni se viola el espíritu de la ley» (19) es decir, para que haya una verdadera economía de opción el negocio realizado tiene que reunir no sólo los requisitos formales sino también los sustanciales del correspondiente tipo comercial; al menos, insistimos, desde la perspectiva que aquí interesa, que es la de la aplicación de las leyes tributarias.

Es cierto que las normas tributarias no establecen prohibiciones de unas u otras conductas, pero no por ello resulta inaplicable en este ámbito la figura general del fraude a la ley del artículo 6.4 del Código civil. Éste no sólo trata de evitar que se logre un resultado prohibido por el ordenamiento, sino también uno «contrario a él», y no cabe duda de que es contrario al ordenamiento jurídico eludir por medios inadecuados la eficacia de normas imperativas, como evidentemente lo son las tributarias.

Argumenta FALCÓN (20) que en el fraude a la ley civil del artículo 6.4 del Código civil

«se trata siempre de "actos" en fraude a la Ley, y no de simples "hechos" jurídicos (en sentido estricto), pues de un hecho ajeno a la voluntad humana no cabe predicar su carácter prohibido o no, sino simplemente comprobar si se ha realizado.

Ahora bien, en el ámbito tributario sustantivo -donde no existen en rigor "actos" o "negocios" jurídicos en cuanto tales, sino "hechos" imponibles (pues como es sabido los actos y negocios jurídicos gravados se contemplan por la ley tributaria desde una perspectiva puramente fáctica, al margen de la voluntad de las partes)-, resulta imposible, como ya se ha dicho, un supuesto de fraude a la ley reconducible al art. 6.4 del CC. No es ya sólo que exista una regulación específica aplicable con preferencia al Código Civil, sino que resulta imposible, por definición, un "acto" en fraude a la ley en el sentido de este último».

No tiene en cuenta este razonamiento que la expresión «hecho imponible», cuya elección por los redactores de la Ley General Tributaria (21) es, por cierto, a mi juicio, de dudoso acierto, designa al presupuesto generador de la obligación tributaria y si este presupuesto está constituido por un acto o negocio jurídico, aquella denominación no los transforma en puros hechos, sino que conservarán su naturaleza de tales actos o negocios y, por tanto, su calificación habrá de hacerse teniendo

(19) *Ibid.*, pág. 63.

(20) *Op. cit.* (nota 13), pág. 63.

(21) Posiblemente por influencia del título de la monografía de D. JARACH, *El hecho imponible. Teoría general del Derecho tributario sustantivo*, 2.ª edic., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, s.a. (1971).

en cuenta todos sus elementos constitutivos; entre ellos, de manera fundamental cuando se trate de negocios jurídicos, el propósito perseguido por las partes que en él intervienen, como componente de la causa. La afirmación acerca de la consideración meramente fáctica de los negocios en cuanto constituyen hechos imponibles, que proviene del profesor SAINZ DE BUJANDA, significa simplemente que «los efectos tributarios nunca son efecto de la voluntad de las partes, sino exclusivamente de la ley» (22). Ahora bien, para que tales efectos tributarios se produzcan es necesario, como es obvio, que se realice precisamente el negocio previsto por la ley. La determinación de si esto ha sucedido o no es en lo que consiste la aplicación de la ley tributaria, que incluye no sólo la calificación del negocio, sino también la averiguación de si éste se ha realizado en fraude a la ley tributaria. Por tanto, la significación fáctica del negocio en cuanto presupuesto del tributo quiere decir únicamente que «la naturaleza jurídica del negocio, fijada a través de la pertinente operación calificadora, sólo tiene interés para determinar si el negocio aparece o no gravado, o, dicho en otros términos, para decidir si constituye o no un presupuesto de hecho del tributo» (23).

Es cierto que en el supuesto de fraude a la ley el hecho imponible formalmente no se ha realizado. Ello es también una consecuencia del hecho de que el enjuiciamiento del supuesto se hace desde la perspectiva parcial de la aplicación de las leyes tributarias, lo que permite que el negocio subsista para el Derecho privado mientras no sea impugnado en este plano. De ahí que la aplicación de la norma tributaria eludida se haga, en cierto sentido, por analogía; ésta es, como sabemos, la construcción del artículo 24 LGT. Sustancialmente sí se ha realizado el hecho imponible, y la sanción del fraude consiste justamente en reconciliar la forma con la sustancia; ésta es una manera muy generalizada de construir esta figura, especialmente, como ya hemos señalado, en la jurisprudencia norteamericana.

Si el supuesto fraudulento (en fraude de ley) fuera simplemente la no realización del hecho imponible, es decir, una economía de opción, como pretende FALCÓN, no se justificaría su sanción (aplicación de la ley eludida). FALCÓN se limita a afirmar que «en casos extremos» el ordenamiento tributario ordena el gravamen de determinadas economías de opción: «el fraude a la ley tributaria supone simplemente realizar un hecho no gravado por la ley (lo que impide apreciar la existencia de vulneración de norma alguna) pero en circunstancias tales que el ordenamiento considera procedente aplicar el gravamen» (24). Aclara el autor citado que, puesto que no se trata de una reacción contra una conducta ilícita, para que exista fraude a la ley tributaria «deben concurrir circunstancias especiales que permitan llegar a la conclusión de que, pese a no haberse realizado el hecho imponible, la voluntad del legislador hubiera sido la de gravar igualmente el hecho "equivalente" realizado, y si no lo ha hecho es porque *ni siquiera hubiera podido imaginar la posibilidad del mismo*. Pues en otro caso hay que presumir que estamos ante una economía de opción querida o al menos tolerada ...» (25).

(22) SAINZ DE BUJANDA, F., «Análisis jurídico del hecho imponible», en *Revista de Derecho Financiero y Hacienda Pública*, núm. 60, 1965, pág. 769 y ss. (pág. 807), y en *Hacienda y Derecho*, vol. IV, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1966, pág. 299.

(23) *Ibid.*, páginas 812 y 304 respectivamente. En el original la frase transcrita está en cursiva.

(24) *Op. cit.* (nota 13), pág. 63 y s.

(25) *Ibid.*, pág. 70. La cursiva es del original.

Lo que FALCÓN describe y, por tanto, la naturaleza que atribuye al supuesto realizado en fraude a la ley, es, en realidad, una laguna de la norma tributaria. Una laguna normativa es, según una de sus definiciones más difundidas, la de CANARIS, una «deficiencia de la ley contraria al plan del legislador» (26). Esto parece, a primera vista, armonizar con la repetida construcción de la Ley General Tributaria para la que la reacción contra el fraude a la ley supone la aplicación analógica de la norma defraudada, permitida como excepción a la prohibición general del artículo 23.3 de la citada ley. Sin embargo, y aquí radica uno de los puntos más difíciles y polémicos de la dogmática del fraude a la ley, en mi opinión la analogía mediante la cual se cubre una laguna normativa es distinta de la analogía empleada en la sanción del fraude de ley. En el fraude a la ley no hay, en realidad, una laguna; la norma aplicable existe ya y no es otra que la ley defraudada. La voluntad del legislador *es*, no simplemente «hubiera sido», gravar el hecho en cuestión, y la ley lo gravaría directamente de no haber sido eludida artificiosamente. La analogía presente en la sanción del fraude a la ley no es, en el fondo, distinta de la existente en toda aplicación de la ley, que es esencialmente un procedimiento analógico, puesto que consiste en la comparación entre el supuesto normativo abstracto y el hecho de la realidad (27).

La consecuencia práctica de la construcción de FALCÓN es echar sobre el legislador, y no sobre el aplicador de la ley, la carga principal de la lucha contra el fraude de ley, haciéndole básicamente responsable de no adoptar las medidas legislativas oportunas para cortar los abusos de la ley. De aquí algunas de las limitaciones que señala este autor para la utilización de la figura del fraude a la ley (28) (otras son plenamente aceptables); en primer lugar, la que enuncia en los siguientes términos:

«no cabe en principio de declaración de fraude a la ley tributaria respecto de operaciones que ya se venían realizando, aunque fuera ocasionalmente, en el momento de aprobarse la ley tributaria presuntamente eludida o respecto a operaciones que en dicho momento ya estaban reguladas en otros sectores del ordenamiento, pues en tal caso hay que presumir que el legislador las conocía y que, si las deja al margen de la definición del hecho imponible (bien porque no las tipifica, bien porque formula el hecho imponible en unos términos tales que no resultan reconducibles al mismo) es porque no tenía voluntad de gravarlas. Pues -insistimos una vez más- el expediente de fraude de ley no puede utilizarse como instrumento para corregir la ley, por muy defectuosa que sea, sino que se trata precisamente de lo contrario: de un mecanismo para hacer prevalecer la voluntad del legislador ante supuestos que no pudo prever expresamente pero respecto a los que repugnaría la elusión del tributo, en el sentido de que no quepa duda alguna de que, de haberse imaginado la posibilidad del hecho "equivalente", éste se hubiera gravado».

(26) La referencia puede encontrarse en mi trabajo cit. (nota 1) «Tipicidad e igualdad ...», pág. 235.

(27) Más ampliamente en mi trabajo cit. (nota 1) «Tipicidad e igualdad ...», pág. 233 y ss.

(28) *Op. cit.* (nota 13), pág. 70 y ss.

Sin embargo, el legislador no tiene por qué salir al paso de todo esquema elusivo mediante una norma *ad hoc*; por el contrario, puede estimar, en ejercicio de su discrecionalidad política, que algunos de estos mecanismos defraudatorios (siempre en fraude a la ley) no requieren por su importancia económica o social su intervención, y dejar que sean la Administración y los Tribunales los que resuelvan el problema. Por tanto, la abstención del legislador no es obstáculo, como es obvio, para que se utilice contra tales mecanismos la cláusula general de sanción del fraude a la ley tributaria, que para eso está. Al hacerlo no se está corrigiendo la ley, sino justamente haciendo prevalecer la voluntad del legislador, que es la de gravar los negocios realizados en fraude a la ley, haya podido o no prever el legislador tales artificios.

Otra de estas limitaciones es la exclusión de la sanción del fraude a la ley de «las operaciones inéditas en el momento de aprobarse la ley tributaria presuntamente eludida, pero que con posterioridad devienen habituales en la práctica de los negocios, pues hay que entender que ante una situación de este tipo, si el legislador considerase aplicable el tributo, habría reaccionado convenientemente». Dado que esta limitación pertenece al mismo género que la anterior (de la inactividad del legislador se deduce su voluntad de no gravar el mecanismo fraudulento), le son aplicables las mismas consideraciones críticas que a ésta.

Afirma, por último, FALCÓN que «cuando se produce una modificación del régimen tributario aplicable, sin que se establezca expresamente la aplicación retroactiva de la nueva norma (que amplía el ámbito del hecho imponible, o de un componente del mismo sometido a retenciones como ha ocurrido en relación con las primas únicas), no cabe tampoco utilizar el expediente de fraude de ley para conseguir dicha aplicación retroactiva, que de haberse querido se hubiera establecido expresamente, dentro de los límites que al juego de la retroactividad permite el principio de seguridad jurídica. Y evidentemente, si la retroactividad no hubiera sido posible para el legislador, por chocar con la seguridad jurídica, menos aún puede serlo para la Administración a través del expediente de fraude de ley». Ciertamente, la nueva norma no se podrá aplicar con carácter retroactivo para gravar hechos pasados no constitutivos de fraude a la ley. Pero, por otro lado, del mero hecho de que el legislador establezca un «presupuesto de hecho sustitutivo», como se denominan en la doctrina alemana los destinados a cegar las vías de la elusión (*Ersatztatbestände*), no se deduce ninguna conclusión favorable o contraria a calificación de tal presupuesto como fraude a la ley y, en consecuencia, a la posibilidad de aplicarle la cláusula general sancionadora de éste. En efecto, el establecimiento de dicho presupuesto puede obedecer a diversas razones de política jurídica: facilitar la tarea de aplicación de la ley fiscal eliminando la litigiosidad generada por la aplicación de la cláusula general; dudas del legislador acerca de la aplicabilidad al supuesto de dicha cláusula; la conveniencia, en fin, de eliminar una «economía de opción» costosa para la Hacienda Pública, aun siendo consciente el legislador de que se trataba de tal cosa y no de un supuesto de fraude a la ley.

Ahora bien, si el supuesto sustitutivo era fraudulento por aplicación de la cláusula general con anterioridad a la promulgación de la ley que lo establece, lo seguirá siendo después de ésta. Por otra parte, la cuestión planteada puede consistir no en el gravamen retroactivo de supuestos comprendidos en el hecho sustitutivo definido por la nueva norma, sino, al contrario, en si podrán someterse a imposición por aplicación de la cláusula general de sanción del fraude a la ley hechos que han que-

dado fuera de aquel supuesto, debido a la necesidad en que se ve el legislador al definirlo de tipificar las operaciones elusivas. Se trataría, por tanto, en este caso, de una retroactividad favorable al contribuyente. Hay que reconocer, por ello, que si el supuesto no está comprendido en la nueva norma específica anti-elusión existirá una fuerte presunción en contra de su sujeción y, sobre todo, normalmente desaparecerá el interés de la Administración por su persecución al coste de la aplicación del precepto general del fraude a la ley.

III. LA RECIENTE DOCTRINA DE LA AUDIENCIA NACIONAL

Las operaciones conocidas como «seguros de prima única» o simplemente «primas únicas» han sido uno de los bancos de pruebas del método de aplicación de las leyes tributarias en los últimos años. Se trataba seguramente de la primera gran operación («producto financiero») ofrecida en masa en el mercado de capitales con fines fundamentalmente de elusión fiscal. Como es sabido, las «primas únicas» eran operaciones complejas compuestas por varios contratos de seguro, normalmente tres, o por uno de renta temporal y otros de seguro, cuyos riesgos se combinan entre sí cancelándose recíprocamente, de manera que el contratante entrega un capital y al término del contrato, de breve duración, él o sus causahabientes reciben dicho capital más la correspondiente rentabilidad. La calificación de estas operaciones era decisiva sobre todo a efectos de la sujeción o no a retención de las cantidades pagadas por la entidad financiera o de seguros al contratante y, en caso afirmativo, si lo estaban íntegramente o previa deducción de la parte correspondiente a la amortización del capital.

La Inspección consideró estas operaciones como imposiciones de capital a plazo sujetas plenamente a retención; unas veces calificando así directamente la operación, otras basándose en la existencia de una simulación relativa.

Al resolver las reclamaciones contra estas liquidaciones el TEAC elaboró la doctrina del negocio indirecto como algo distinto del negocio en fraude a la ley, lo cual, en su opinión, permitía, al amparo del antiguo artículo 25.3 LGT, calificar el negocio complejo atendiendo a la finalidad perseguida, generalmente con imposición de sanción (29).

En las sentencias dictadas en los recursos contenciosos contra las anteriores resoluciones la Audiencia Nacional venía reconociendo hasta hace muy poco la eficacia vinculante de consultas dirigidas a la Dirección General de Tributos (con anterioridad a la modificación del artículo 107 LGT por la Ley 10/1985, de 26 de abril), cuyas respuestas eran favorables a las tesis de los contribuyentes (30).

(29) Entre las más importantes resoluciones del TEAC en esta materia figuran las de 9-12-1988 (*Carta Tributaria*, núm. 97, ref.^a 2.216), 2-11-1989 (*Impuestos*, 1990, I, pág. 729), 26-6-1991 (*Impuestos*, 1992, I, pág. 514), 2-2-1994 y 9-3-1994 (ambas en *Normacef*). Unas consideraciones críticas sobre esta utilización de la figura del negocio indirecto en «Notas a la Ley 25/1995 (II)», en el núm. 155 de esta revista, pág. 19.

(30) A este grupo pertenecen las Sentencias de 18-5-1993 (JT 626), 20-12-1994 (JT 1496) y 14-1-1997 (JT 1). Las tres sentencias pueden consultarse también en *Normacef*.

Hace muy poco, sin embargo, se han dado a conocer dos Sentencias de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de fechas 3 de octubre y 7 de noviembre de 1997 (31), cuyo ponente fue en ambos casos la Magistrada D.^a María Asunción Salvo Tambo, que abordan directamente la cuestión de fondo.

Reducida a sus líneas esenciales, la línea argumental de las citadas sentencias, que es idéntica, puede exponerse del siguiente modo:

La cuestión básica (el «tema nuclear») planteada es determinar si a efectos del IRPF las percepciones de los asegurados son rendimientos del capital mobiliario o tienen otra naturaleza (renta temporal en el caso de la Sentencia de 3 de octubre, incremento de patrimonio en la de 7 de noviembre). Para resolverla es fundamental fijar la verdadera naturaleza jurídica de los contratos de seguro celebrados, ya que «si de verdaderos y válidos contratos de seguro se tratase» (la cursiva es nuestra) su tratamiento fiscal sería el propugnado por la aseguradora, antes indicado, mientras que si su naturaleza fuese la de cesión de capitales su régimen fiscal sería el de rendimientos del capital mobiliario.

De acuerdo con este planteamiento se formula la cuestión (F.D. 5.º, S. de 3-10; 6.º, S. de 7-11) de si los contratos controvertidos «tienen la naturaleza jurídica de verdaderos contratos de seguro válidos» (la cursiva es nuestra). El análisis comienza con una proposición enunciada a modo de tesis: «No es admisible hablar de una naturaleza económica como algo diverso de la naturaleza jurídica para con ello alterar la tributación de un determinado negocio jurídico». Bajo este epígrafe recuerda el Tribunal que los criterios económicos en la calificación de los hechos imponibles acogidos anteriormente por el artículo 25 LGT en su redacción originaria, han sido eliminados por la Ley 25/1995, de conformidad con la cual la calificación ha de hacerse atendiendo solamente a la naturaleza jurídica de los negocios realizados. En rigor, lo anterior es una premisa metodológica de la pregunta sobre la naturaleza jurídica del negocio, previa, por tanto, a su formulación; nos indica que lo que debe indagarse a efectos de la aplicación de la ley tributaria es dicha naturaleza jurídica, no una realidad económica subyacente al negocio e independiente de las formas jurídicas utilizadas. Ello sin perjuicio, como señala el Tribunal, de atender a «la posible existencia de negocios jurídicos anómalos y, en concreto, a la simulación». Una vez establecido que la finalidad de la calificación es determinar la naturaleza jurídica del contrato, toda referencia a su naturaleza económica (suponiendo que los contratos la tengan) es claramente irrelevante.

Pasa entonces la sentencia a analizar los elementos esenciales del contrato de seguro, con especial atención al riesgo como elemento causal de dicho contrato. La conclusión de este examen es que en los contratos examinados «no hubo ese desplazamiento del riesgo sobre la vida del asegurado a la aseguradora hoy demandante, faltando, en consecuencia, el riesgo y, por ello mismo, la causa en tales contratos de seguro».

(31) Pueden verse en *Normacef*. La de 7 de noviembre se publicó con un comentario editorial en el núm. 179 de esta revista. El voto particular de la de 3 de octubre se publicó en *Quincena Fiscal*, núm. 22/1997. El profesor FALCÓN Y TELLA les dedicó el editorial del núm. 3/1998 de esta misma revista, con el título «Interpretación jurídica y primas únicas: el criterio de la Audiencia Nacional». Las resoluciones del TEAC impugnadas eran las de 9-3-1994 y 26-6-1991, respectivamente (*cf.* nota 29).

Constatada la falta de causa *como contrato de seguro* de los negocios en cuestión, se plantea el Tribunal la posible existencia de un negocio anómalo. La cuestión es absolutamente pertinente, pues de esta indagación podría resultar que o bien no existe otra causa, con lo cual estaríamos ante una simulación absoluta, o bien existe otra causa distinta, que posiblemente permita establecer la pertenencia de los negocios a otro tipo contractual. En este punto existe una divergencia parcial entre las dos sentencias: mientras que la de 3 de octubre se plantea solamente la posible existencia de un negocio indirecto y de uno fraudulento, la de 7 de noviembre pasa revista al negocio simulado, al fraudulento, si bien con interesantes diferencias de matiz respecto a la anterior, y a la teoría del «levantamiento del velo» de la personalidad jurídica. La conclusión a la que llegan ambas sentencias es, no obstante, la misma: no existe en los casos examinados ninguno de los tipos de negocio jurídico anómalo. Los razonamientos en que se basa tal conclusión tienen extraordinario interés; dejaremos, sin embargo, para más adelante su análisis y crítica, que nos apartaría ahora excesivamente de la línea de razonamiento del Tribunal.

Tras este resultado negativo de la investigación sobre la concurrencia de algún tipo de negocio jurídico anómalo, el Tribunal procede a examinar (F.D. 7.º y 8.º, respectivamente) las consecuencias de la falta de causa en los contratos enjuiciados, llegando a las siguientes conclusiones:

- 1.ª Dichos contratos son nulos de pleno Derecho; en primer lugar, por falta de causa (art. 1.275 C.c.); en segundo lugar, por infringir una norma prohibitiva (art. 6.3 C.c.), al carecer de base técnica actuarial (art. 3.º, a de la Ley 33/1984, de 2 de agosto, sobre Ordenación del Seguro Privado).
- 2.ª No obstante, el Tribunal estima aplicable la doctrina de la «conversión del contrato nulo o fenómeno jurídico en cuya virtud un negocio sustancialmente nulo en su especie o tipo puede resultar válido como negocio jurídico de tipo o especie diferente si reúne los elementos esenciales de este último». La Sala no considera «preciso concretar el negocio jurídico en que quedan convertidos tales contratos de seguro nulos puesto que, en cualquier caso, son negocios jurídicos patrimoniales que producen unos rendimientos»; en consecuencia su régimen tributario es el de los rendimientos del capital mobiliario. Sin embargo, no se resiste finalmente a dar su opinión: «la verdadera naturaleza [de los contratos en cuestión] es la de un depósito irregular retribuido, en el que el asegurado tendría la condición de depositante, siendo la aseguradora depositario, o, con mayor propiedad, la de préstamo mutuo o simple préstamo».

De esta naturaleza jurídica deriva la obligación de retener a cargo de la entidad aseguradora (F.D. 8.º y 9.º, respectivamente). No procede, a juicio del Tribunal, la elevación al íntegro, conclusión que se funda en la consideración de la antigua presunción de retención como presunción *iuris tantum* (32) (F.D. 10.º de la Sentencia de 7 de noviembre). Es procedente, por último, la exigencia

(32) Sobre este tema me permito remitir a un trabajo mío de reciente publicación: «Presunción de retención y elevación al íntegro. ¿Es aconsejable el cambio de modelo de la retención a cuenta?», en VV.AA., *Presente y futuro de la imposición directa en España*, Asociación Española de Asesores Fiscales/Editorial Lex Nova, Valladolid, 1997, pág. 269 y ss.

de intereses (F.D. 11.º de la misma sentencia) pero no la imposición de sanciones (F.D. 12.º de la repetida sentencia). El motivo por el que rechaza el Tribunal la existencia de infracción es la falta de culpabilidad. Las razones en que se funda, a su vez, esta apreciación están estrechamente relacionadas con las que sirven de fundamento al Tribunal para la exclusión de la existencia de negocios anómalos, a las que enseguida nos referiremos.

El resultado material al que llegan las sentencias comentadas, en especial la de 7 de noviembre, es, pues, el mismo que se habría alcanzado calificando los contratos en cuestión como en fraude a la ley: aplicación a los rendimientos obtenidos del régimen tributario propio de los rendimientos del capital mobiliario derivados de la cesión de capitales, sin imposición de sanciones. En el aspecto formal, la calificación como fraude a la ley hubiera requerido, como sabemos, un expediente especial; pero esta exigencia resultaba ya irrelevante en el estadio procesal en que se encontraba el asunto, pues razones de economía procesal se hubieran opuesto a la reposición del expediente a esta fase. Esto sin perjuicio de que, en la medida en que la calificación como en fraude a la ley de los contratos se considerase una cuestión nueva, su adopción como motivo del fallo habría exigido su planteamiento a las partes (art. 43.2 LJC). Sin embargo, el razonamiento seguido es, en nuestra opinión, y dicho sea con el respeto debido al Tribunal, radicalmente erróneo. Basamos esta opinión en las siguientes razones:

1.ª El problema que plantea un contrato, como cualquier negocio jurídico, con vistas a la aplicación de la ley fiscal es el de su calificación. Ésta ha de hacerse, como recuerda la Sala, partiendo de la naturaleza jurídica de dicho contrato, con arreglo a las reglas comunes de interpretación y calificación, en vista de las normas sustantivas que lo regulan, normalmente de Derecho privado, civil o mercantil.

Ahora bien, la cuestión de la naturaleza jurídica de un contrato es independiente de la de su validez, a la que el Tribunal insiste en ligarla. En primer lugar, porque así lo impone el artículo 28.2 LGT, según el cual la calificación se hará «prescindiendo de los defectos que pudieran afectar a su validez». Este precepto recoge el principio tradicional de los impuestos sobre el tráfico jurídico, ahora contenido en el artículo 2.1 del vigente Texto Refundido del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, que se refiere, además, específicamente a «defectos *tanto de forma como intrínsecos*, que pudieran afectar a su validez y eficacia», aclaración que figuraba en el apartado 2 del artículo 25 LGT con anterioridad a la Ley 25/1995 y que, no se sabe muy bien por qué, ésta suprimió.

En segundo lugar, porque los Tribunales contencioso-administrativos carecen de jurisdicción para pronunciarse acerca de la validez o nulidad de un contrato privado. La suya alcanza, en efecto, como es de sobra conocido, solamente a «las pretensiones que se deduzcan en relación con los actos de la Administración pública sujetos al Derecho administrativo y con las disposiciones de categoría inferior a la ley» (art. 1.1 LJC y, en términos muy parecidos, art. 9.4 LOPJ). Cuestión muy diversa es que los órganos de dicha jurisdicción examinen la repercusión que los vicios de los negocios puedan tener sobre su calificación, en cuanto ésta sea, a su vez, presupuesto para el enjuiciamiento de

la legalidad de los actos administrativos, como sucede en el caso que analizamos. En particular, puede ser necesario que el Tribunal contencioso-administrativo examine las posibles consecuencias de los vicios de la causa sobre la calificación de los negocios que constituyen hechos impositivos o elementos de ellos; por ejemplo, para calificarlos como simulados si la causa es falsa, o como en fraude a la ley si la causa típica del contrato no coincide con el propósito de los contratantes y éste es el de eludir la aplicación de la norma tributaria. En otros términos, el análisis causal del negocio no va encaminado en sede contencioso-administrativa a determinar su validez o nulidad sino a extraer posibles consecuencias respecto a la calificación.

2.^a Si bien la calificación tributaria parte de la civil, no se detiene inexorablemente en ella, sino que, aun teniendo el contrato inequívocamente una determinada naturaleza jurídico-privada y siendo a estos efectos perfectamente válido, esta calificación puede modificarse a efectos tributarios si se demuestra que dicho contrato se realizó en fraude a la ley fiscal. Sólo que ello exigirá, por imperativo de la ley, la incoación de un expediente especial. Por otra parte, la calificación fiscal debe prescindir de los defectos que, incluso afectando a la validez y eficacia del negocio, no alteren su naturaleza jurídica.

En este punto las consideraciones del Tribunal son, en nuestra opinión y siempre con el debido respeto, absolutamente inaceptables. En primer lugar, el análisis de la posible existencia de negocios anómalos se inserta en el curso del razonamiento de manera forzada y sin convicción, produciendo la impresión de que para el Tribunal es un trámite dogmático que hay que despachar. El orden lógico de la argumentación consistiría en examinar este problema una vez establecida la naturaleza jurídico-privada del contrato, siempre que la calificación hubiera llevado a aceptar, en principio, la que dicho contrato nominalmente o *prima facie* presenta. Naturalmente, es posible que esta fase del análisis (es decir, la relativa a la posible existencia de negocios anómalos) resulte innecesaria si mediante la calificación en sentido estricto, es decir, la realizada con arreglo a los criterios del Derecho privado, se llega ya a la conclusión de que la naturaleza jurídica del contrato no es la que las partes le atribuyen. En tal caso la determinación de la verdadera naturaleza jurídica pone fin, en este aspecto, al problema de la aplicación de la ley fiscal.

En el fondo, todo el intrincado razonamiento del Tribunal se reduce a esto último, como se pone claramente de manifiesto en la frase con la que se inicia el Fundamento de Derecho 8.º de la Sentencia de 3 de octubre (9.º de la de 7 de noviembre): «El negocio jurídico -aunque llamado por los intervinientes contrato de seguro sobre la vida, carece de tal naturaleza jurídica- ... es un negocio generador de rendimientos del capital mobiliario ...». Pero para llegar a esta sencilla conclusión (a saber, los contratos en cuestión no son, incluso desde el punto de vista del Derecho privado, verdaderos contratos de seguro, sino de préstamo) el Tribunal da un largo e innecesario rodeo, pasando por el análisis de la validez de los contratos enjuiciados, para el que además, repetimos, carece de jurisdicción. La cuestión que en este punto podría suscitarse es si esta conclusión puede ser alcanzada por la vía de la simple calificación, que comprendería, como recuerda el propio Tribunal (F.D. 5.º y 6.º, respectivamente, número 1.º), la comprobación de la posible existencia de simulación, o, por el contrario, sería necesaria la declaración de fraude de ley mediante el correspondiente expediente especial. Es en este punto de la secuencia metodológica de la aplicación de la norma tributaria donde se inserta de manera natural la problemática de los negocios anómalos.

3.^a Tampoco son satisfactorias, finalmente, las consideraciones que el Tribunal dedica a esta última cuestión (F.D. 6.º y 7.º, respectivamente). Como ya hemos indicado, los tipos de negocio anómalo contemplados por las dos sentencias sólo son parcialmente coincidentes: la de 3 de octubre estudia la posible existencia de un negocio indirecto y uno fraudulento, mientras que la de 7 de noviembre se plantea la existencia, además de este último, de uno simulado y se cuestiona la aplicación de la doctrina del «levantamiento del velo» de la «personalidad». Por lo que respecto a esta última, su consideración viene suscitada, en el caso enjuiciado por la Sentencia de 7 de noviembre, en vista de la relación existente entre el banco que realiza las operaciones, apareciendo como tomador de los seguros, que luego comercializa entre sus clientes, y la aseguradora, filial del anterior. En realidad, se trata de una cuestión de importancia secundaria. El Tribunal rechaza convincentemente la aplicación de la referida doctrina, pero cabe observar que la interposición del banco, en lugar de distanciar al intérprete de la consideración de la operación como colocación de capital a interés frente a la de seguro, pone en evidencia tal naturaleza.

En cuanto al negocio indirecto, es curioso observar que el Tribunal utiliza en la Sentencia de 3 de octubre para rechazar su existencia literalmente los mismos argumentos que aduce en la de 7 de noviembre para negar que haya simulación. Ciertamente son más adecuados para lo segundo que para lo primero. En la primera sentencia el Tribunal parte de un concepto de negocio indirecto que lo identifica con la simulación (33). En síntesis, el Tribunal razona que las partes habían querido realmente celebrar un contrato de seguro.

Mucho más interés tienen los razonamientos de la Sentencia de 7 de noviembre tendentes a demostrar la inexistencia de un negocio fraudulento. Creemos que merece la pena citarlos extensamente. Comienza por formular la siguiente definición de fraude de la ley:

«El negocio fraudulento, como concreción de la doctrina de fraude de Ley a que alude [*sic*] el artículo 6.º 4 del Código Civil, supone la existencia de un negocio jurídico utilizado por las partes buscando la cobertura o amparándose en la norma que regula tal negocio y protege el resultado normal del mismo ("Ley de cobertura") con el propósito de conseguir, no tanto ese fin normal del negocio jurídico elegido, como oblicuamente un resultado o fin ulterior distinto que prohíbe una norma imperativa ("Ley defraudada") porque, en el caso concreto, el negocio elegido satisface el interés de las partes por ser coincidente, en definitiva, con el prohibido».

Obsérvese que la definición transcrita restringe, lo mismo que hace FALCÓN Y TELLA, la propia definición legal del artículo 6.4 del Código civil, que no solamente considera fraudulenta la persecución de un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico sino también la de uno contrario a él. Hubiera sido sin duda mucho más sencillo y preciso transcribir el artículo citado y, desde luego, la norma inmediatamente aplicable, que en materia tributaria es el artículo 24 LGT.

(33) Es el siguiente: «Para que exista negocio indirecto sería preciso que el negocio creado externamente por las partes (negocio jurídico instrumental o medial) sea querido por aquéllas como medio para celebrar otro negocio jurídico distinto (o negocio realmente querido).»

La restricción señalada tiene importantes consecuencias:

«Teniendo en cuenta que la rentabilidad de los capitales invertidos se logra tanto a través de los contratos bancarios como mediante el contrato de seguro sobre la vida, por ser unos y otras operaciones financieras, resulta evidente que el fin último perseguido por las partes era un determinado tratamiento fiscal, en concreto, el de incremento de patrimonio en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas de determinados rendimientos; y tal tratamiento fiscal no es un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico, sino legalmente inherente a determinados negocios jurídicos y, particularmente, al contrato de seguro sobre la vida; de ahí que no pueda decirse que haya habido "norma defraudada".

Desde la perspectiva inversa, la Sala considera que el negocio jurídico de contrato de seguro sobre la vida a cuyo amparo se consigue el efecto fiscal deseado (el art. 20.10 Ley 44/1978 como "Ley de cobertura"), además de tener como efecto directo ese resultado fiscal pretendido por las partes (sin necesidad de su búsqueda indirecta u oblicua), fue un negocio jurídico realmente querido por las partes por sus propios efectos, tal como más arriba quedó de manifiesto al hablar de sus características.

De nuevo aquí la falta de causa -como consecuencia de la ausencia de desplazamiento del riesgo sobre la vida- no conlleva el que las partes hayan buscado el contrato de seguro para con ello eludir normas prohibitivas, o buscar fines indirectos a través del mismo (el tantas veces aludido tratamiento fiscal de incremento de patrimonio deriva directamente del contrato de seguro sobre la vida), sino que revela simplemente una desacertada práctica empresarial.

No existiendo, pues, negocio jurídico fraudulento, innecesario resultaba acudir al expediente especial de fraude de Ley ...».

Los razonamientos anteriores, en los que es visible la huella del pensamiento de FALCÓN Y TELLA, suponen lisa y llanamente la total supresión de la figura del fraude a la ley tributaria. Sin embargo, las ideas de FALCÓN, ya de por sí restrictivas, como hemos visto, del ámbito de aplicación del fraude a la ley, son mal interpretadas y llevadas a límites inaceptables, que presumo no suscribiría el citado autor, según el cual el fraude de ley debe entrar en juego al menos cuando la voluntad del legislador hubiera sido someter a imposición los negocios realizados.

Para el Tribunal el fraude a la ley resulta excluido por el hecho de que el resultado fiscal se consigue por medio de los contratos realizados por las partes. Pero éste es precisamente el «resultado equivalente al derivado del hecho imponible», que, de conformidad con el artículo 24.1 LGT, constituye uno de los elementos del concepto legal de fraude a la ley tributaria. El hecho de que dicho resultado fiscal sea «legalmente inherente» al negocio (formalmente) realizado o «efecto directo» de él es precisamente lo que, unido a su utilización artificiosa, lo convierte en negocio en fraude a la ley. De aceptarse la tesis del Tribunal, el fraude a ley resultaría excluido por la propia concurrencia de los elementos que lo integran, lo que lo convertiría en una figura imposible. El hecho de que ese «resultado fiscal [sea lo] pretendido por las partes» es lo que constituye el «propósito de eludir

el pago del tributo» al que, con expresión algo impropia, se refiere también el artículo 24.1 LGT. El fraude a la ley se consuma si se logra esta finalidad y el régimen fiscal aplicado es el correspondiente a los negocios realizados; la norma defraudada, cuya existencia niega el Tribunal, es la ley tributaria que establece el régimen correspondiente a la sustancia económica de la operación, que, según el propio Tribunal, es la correspondiente a una colocación de capital a plazo. Por lo demás, no se comprende cómo se puede reconocer la existencia de una «ley de cobertura» (que, por cierto, no es sólo la ley fiscal, sino también, y antes de ella, las normas mercantiles sobre el contrato de seguros que las partes pretenden que se apliquen para calificar sus contratos) y negar al mismo tiempo la de una «ley defraudada», puesto que la una es inseparable de la otra y en tanto existen ambas en cuanto el supuesto se califique como fraude a la ley.

El Tribunal rechaza que el resultado de los contratos realizados, en cuanto deriva directamente de éstos, se consiga por vía «indirecta u oblicua» y sostiene que «la falta de causa [propia del contrato de seguro] no conlleva el que las partes hayan buscado el contrato de seguro para con ello eludir normas prohibitivas, o buscar fines indirectos a través del mismo ... sino que revela simplemente una desacertada práctica empresarial». ¿Qué más fin indirecto que tratar de obtener el resultado propio de una operación puramente financiera de cesión de capital mediante interés a través de contratos de seguro, utilizados, puesto que carecen de su causa típica, como puros instrumentos formales! Éste es el paradigma del negocio indirecto, y cuando, como en el presente caso, la finalidad perseguida es eludir las consecuencias de una norma imperativa, lo que hay es sencillamente un contrato en fraude a la ley. La afirmación de que un refinado producto de la «ingeniería financiera/fiscal» como son estas operaciones «revela simplemente una desacertada práctica empresarial» produce simplemente estupefacción.

Esta última afirmación vuelve a aparecer en el Fundamento de Derecho 12.º en relación con la cuestión de las sanciones, como fundamento de la exclusión de la culpabilidad: «existió impericia en la práctica contractual -que no una voluntad oculta de las partes de celebrar otro negocio jurídico o de eludir normas imperativas o prohibitivas- tal y como se ha descrito en el Fundamento Séptimo». Sin embargo, parece innegable que existió este propósito, si bien es cierto que sin ocultación, pues de lo contrario existiría una simulación, que no impediría la aplicación de sanciones. El verdadero fundamento de la exclusión de las infracciones no es, por tanto, la ausencia de una intención de eludir el impuesto, sino el hecho de que ello se haya intentado mediante un fraude de ley. La calificación como tal hubiera producido directamente este efecto (art. 24.3 LGT) sin necesidad de recurrir a argumentos rebuscados como el citado.

La Sentencia de 3 de octubre lleva un voto particular emitido por D. Jesús N. García Paredes, en el cual se mantiene una opinión favorable a la naturaleza de contrato de seguro de los enjuiciados; por consiguiente, implícitamente opuesta a la existencia de fraude a la ley, si bien no toma en consideración la aplicación de esta figura. El fallo que propugna es, pues, contrario al de la sentencia, es decir, estimatorio del recurso. A juicio del Magistrado discrepante, los «seguros de prima única» como los enjuiciados «se caracterizan más por el contenido económico que encierran, que por la finalidad aseguradora de un riesgo. Y es precisamente esta característica la que provoca el afloramiento de la operación financiera en detrimento del contrato de seguro en el que se instrumentaliza, adquiriendo mayor relieve la operación de capitalización ... pero que, por ello, no pierden [*rectius*: no por ello pierden...] la naturaleza de contratos de seguro». Es decir, a diferencia de

la mayoría, el voto particular acepta un concepto de contrato de seguro puramente formal, en el que puede faltar la finalidad aseguradora de un riesgo. Esto convierte, en rigor, en irrelevante cualquier análisis acerca de si el riesgo existió y fue asumido por la entidad aseguradora (34). Tampoco obstaría a la naturaleza de contrato de seguro el hecho de que «el componente de riesgo de estos contratos quede reducido al mínimo». Las razones que aduce el voto particular en apoyo de esta tesis son las siguientes:

- 1.^a que se trata de verdaderos contratos de seguro;
- 2.^a que la Dirección General de Seguros los admitió y autorizó como tales y;
- 3.^a que «ante los consumidores de esta modalidad de seguro, lo celebrado es un contrato de seguro» y que los asegurados en cuanto consumidores «han de ser protegidos en la certeza y seguridad del producto consumido».

Ahora bien, como sabemos, aunque desde el punto de vista jurídico-privado los contratos en cuestión sean efectivamente contratos de seguro, esta calificación no tiene que aceptarse necesariamente a efectos fiscales si se demuestra que se celebraron con el propósito de eludir la ley fiscal. Es posible que para el Derecho privado esta finalidad sea intrascendente, en la medida en que la utilización que se hace del contrato no lesione los intereses privados, o el público en el buen funcionamiento del sistema financiero, que protege la legislación de seguros.

Más adelante (apartado 6.º) el voto particular suscita una cuestión de gran interés al sostener que cada uno de los contratos que componen la operación debe recibir el tratamiento fiscal que por sí mismo le corresponda, «sin que exista la necesidad de acudir a la ficción del tratamiento jurídico unitario, cuando con las normas se puede afrontar la complejidad de una relación jurídica, en las [sic] que sus componentes están perfectamente delimitados». Ésta es invariablemente la pretensión de quienes realizan operaciones en fraude a la ley, cuya verdadera finalidad de elusión fiscal se pone claramente de manifiesto cuando se contemplan los diversos negocios que las integran como piezas de un conjunto (35) concebido de manera unitaria (36).

(34) Sin embargo, el voto particular (apartado 4.º) argumenta en contra de la competencia de la Oficina Nacional de Inspección para pronunciarse acerca de este extremo, como lo hizo por medio de un informe de su Equipo de Banca y Seguros de 26 de julio de 1990, en el que se afirmaba que «las prestaciones de las partes no coinciden con las que se derivarían de las Notas Técnicas, no respetándose así el equilibrio actuarial derivado de la formulación técnica y careciendo en consecuencia estos contratos de la onerosidad típica del Contrato de Seguro». La sentencia se apoya en buena medida en este informe para sostener la falta de riesgo en los contratos examinados. El voto particular considera que existe simplemente un incumplimiento contractual, que no afecta a la naturaleza del contrato; ello incluso si la declaración contenida en el citado informe hubiera sido emitida por la Dirección General de Seguros, que sería el órgano competente. A nuestro juicio, la Oficina Nacional de Inspección actúa plenamente dentro del ámbito de sus competencias al determinar *con vistas exclusivamente a la aplicación de las normas tributarias* si la verdadera sustancia económica de la operación es o no la de seguro y, por tanto, existe fundamento para un posible fraude a la ley tributaria. El profesor FALCÓN, en su editorial cit. (nota 31), se adhiere expresamente a la interpretación que hace el voto particular de las deficiencias señaladas en el repetido informe como incumplimiento contractual y a la tesis de aquél.

(35) «Complejo negocial» lo denomina el TEAC en su resolución de 29-3-1995 (JT 622), considerando 4.º.

(36) Esta pretensión del contribuyente aparece reflejada con toda claridad en la resolución del TEAC de 2-11-1989 (*Impuestos*, 1990, I, pág. 729). En su escrito de alegaciones ante la Inspección, la entidad interesada argumentó, según resume el TEAC (resultando 3.º), que «la operación combinada de capital diferido con reserva de prima, con pensión inmediata

En torno a la anterior cuestión giró principalmente el debate sobre la elusión fiscal (*tax avoidance*) en la jurisprudencia y en la doctrina británicas; a saber, si las denominadas *step transactions* podían o no ser tratadas como una unidad a efectos fiscales. Se denomina así a las operaciones compuestas por varios negocios formalmente independientes (pasos o *steps*), unidos por el designio de lograr por medio de su acción combinada un determinado resultado con elusión de impuestos. Los «seguros de prima única» podrían considerarse como un caso de este género de operaciones, cuyo carácter unitario está aún más acentuado que en otros, puesto que los diversos negocios parciales se celebran simultáneamente y entre las mismas partes. Fue una de estas *step transactions* la que dio lugar a la Sentencia de la Cámara de los Lores en el caso *Furniss v. Dawson* (generalmente conocido como «caso Dawson») de 9 de febrero de 1984, que representó un punto de inflexión en la posición de la jurisprudencia británica frente a la elusión fiscal. Los hechos eran en síntesis los siguientes: con el fin de transmitir a un adquirente independiente las acciones de una sociedad, el grupo familiar titular crea una sociedad en la Isla de Mann a la que aporta dichas acciones, la cual las vende sin plusvalía al tercero, lográndose de este modo el diferimiento del impuesto sobre la ganancia (37). Hasta la Sentencia *Dawson* la jurisprudencia británica había venido considerando cada una de las operaciones aisladamente («*at its face value*», es decir, por su valor nominal), no en su conjunto (38).

En su ponencia (*main speech*) aceptada por todos los Lores, Lord Brightman explicaba de la manera siguiente el fundamento de la decisión: «Tratándose de un plan prefijado con el fin de ahorro fiscal, no debe hacerse distinción a efectos fiscales, puesto que no la hay en la realidad, entre una serie de pasos que se siguen en virtud de un acuerdo que no llega a ser un contrato vinculante, y una serie igual de pasos que se siguen porque los participantes están obligados contractualmente a dar cada paso sucesivamente» (39). Puede decirse que este acuerdo que no llega a ser un contrato es precisamente la intención fraudulenta. Otro de los miembros del Tribunal, Lord Bridge, dijo lo

temporal, igualmente con reserva de prima, se encontraba integrada por operaciones de seguro claramente diferenciadas cada una de ellas con su correspondiente tratamiento fiscal, sin que pudiera calificarse el conjunto de todas ellas como de imposición a plazo fijo ...». El mismo argumento fue reiterado ante el Tribunal Económico-Administrativo Provincial de Barcelona, ante el que la entidad «alegó que la operación objeto de gravamen se trataba, en realidad, de tres operaciones claramente diferenciadas: capital diferido, pensión inmediata temporal y seguro de vida, cada una de ellas con una configuración económica y jurídica propia, que se ofrecían de una forma conjunta al asegurado, y que, por lo tanto, cada una de dichas operaciones merecía un tratamiento fiscal diferenciado, sin que, en ningún caso, pudiera considerarse que se trataba de una sola operación consistente en una imposición de capitales ...» (resultando 5.º).

(37) Estos hechos tienen una cierta semejanza con los de la resolución del TEAC de 29-3-1995 (JT 622). En estos la operación constaba de los siguientes pasos (resultando 1.º):

- 1) Constitución de una sociedad A con aportación de bienes inmuebles;
- 2) Ampliación del capital de A suscrita por la sociedad B constituida en Holanda, con renuncia de los antiguos accionistas a su derecho de suscripción;
- 3) Venta por B de las acciones de A a un tercero.

Sobre la citada resolución, en la que el TEAC aplicó una vez más su conocida doctrina del negocio indirecto, pueden verse los siguientes comentarios: MATEU ROS, R., «Economía de opción, negocio indirecto y fraude de ley tras la reforma de 1995 de la Ley General Tributaria», en *Gaceta Fiscal*, núm. 147, 1996, pág. 20 y ss., RUIZ ZAPATERO, G. G., «Cuatro casos sobre negocio indirecto y fraude de ley en el ámbito tributario (I)», *Carta Tributaria*, núm. 280; el mismo, «El contexto determinante del fraude de ley tributaria», en esta misma revista, núm. 179, 1998, pág. 61 y ss. (pág. 98 s.).

(38) El Comité de Derecho Fiscal de la *Law Society of England and Wales* publicó en 1985 un interesantísimo informe sobre esta importante sentencia y sus repercusiones bajo el título *Tax Law in the Melting Pot* [El Derecho Fiscal en el crisol, es decir, sometido a revisión], del que tomamos la información sobre dicho caso.

(39) *Op. cit.* en la nota ant., pág. 12.

siguiente (40): «Cuando se pasa de una operación aislada a una serie de operaciones interdependientes diseñadas para producir un determinado resultado, es en mi opinión perfectamente legítimo trazar una distinción entre la sustancia y la forma de la operación compleja, sin que con ello se sugiera de ningún modo que alguna de las operaciones individuales que forman el conjunto no sea auténtica». Este razonamiento resume de manera perfecta el significado de la calificación como en fraude a la ley de una operación: ésta puede ser absolutamente válida y auténtica para el Derecho sustantivo que la regula (en realidad el aplicador de la ley tributaria no entra, o no debe entrar, en ello), pero a efectos de la aplicación de la ley fiscal puede tomarse en cuenta su sustancia económica, su verdadero significado.

IV. CONCLUSIÓN

Como conclusión de la exposición precedente puede hacerse la reflexión de que es necesario devolver al fraude a la ley la función que le corresponde en la aplicación de las leyes tributarias. Lo exige la claridad metodológica en esta aplicación, que es uno de los factores que más pueden contribuir a la seguridad jurídica en esta materia, nada favorecida por la confusión que en ella reina actualmente. La justicia y el mandato del legislador demandan que las leyes tributarias se apliquen de modo que no prevalezcan las construcciones artificiosas de los particulares, extendiendo para ello cuando sea necesario el alcance de aquéllas más allá de los límites de su sentido literal posible, que es el ámbito propio de la interpretación/calificación ordinaria. Pero esta decisión, en última instancia atribuida a los Tribunales, debe ser adecuadamente motivada. Las decisiones judiciales sobre la existencia o no de fraude a la ley tributaria irán cristalizando criterios orientadores para el futuro. La renuncia a la utilización abierta del fraude a la ley obliga a que la sanción de éste, reclamada por la conciencia jurídica, se enmascare bajo otras técnicas, como el negocio indirecto o la simulación, generando inseguridad e impidiendo que se lleve a cabo la labor orientadora de la jurisprudencia.

Trazar el límite entre el fraude de ley y la «economía de opción» o elusión legítima del impuesto, aprovechando con habilidad las posibilidades de configuración jurídica de las actividades privadas, pero sin deformar ni vaciar de contenido los negocios jurídicos, entraña, como toda aplicación de la ley, un juicio valorativo, que ha de hacerse caso por caso. Por consiguiente, es vano el intento de marcar dicho límite por medio de definiciones abstractas, ninguna de las cuales, sea la fórmula de la Ordenanza alemana, sea la de la Ley General Tributaria o cualquier otra imaginable, puede conseguirlo. La lucha contra el fraude a la ley no tendrá nunca fin, pues es la lucha misma por el Derecho. En definitiva, son los Tribunales, como intérpretes de la ley y representantes de la conciencia jurídica de la comunidad, los que tienen la última palabra. Su prudencia valorativa será la guía principal para evitar los dos extremos: la concepción de los negocios como instrumentos formales, con la consiguiente negación del fraude a la ley, por un lado, y la sustitución de las decisiones del legislador plasmadas en los términos de la ley por las subjetivas del juzgador, por otro. La adecuada motivación de las decisiones es la mejor garantía contra la arbitrariedad en este ámbito (41).

(40) *Ibid.*, pág. 14.

(41) Sobre esto, en relación con la analogía, unida estrechamente, como sabemos, al fraude a la ley, *cf.*: «Tipicidad e igualdad ...», cit. (nota 1), pág. 236 y ss.

Una cierta moderación judicial (el *judicial restraint* de la doctrina norteamericana) debe también contribuir decisivamente a evitar que una utilización desmedida de la figura del fraude a la ley cause un deterioro inadmisiblemente en la seguridad jurídica.

Por otra parte, la lucha contra el fraude a la ley no se debe emprender sólo *a posteriori*, una vez que los negocios fraudulentos se han realizado, sino que algunas medidas administrativas pueden contribuir a reducir preventivamente su alcance (42), aparte, naturalmente, de una cuidadosa redacción de las leyes fiscales, cosa que en nuestros días parece una aspiración utópica. Tales medidas se resumen, en definitiva, en el incremento de la fluidez de la comunicación entre la Administración tributaria y los contribuyentes y la mejora de la información acerca de los puntos de vista de aquella. Dentro de esta última se puede incluir el desarrollo del sistema de consultas, especialmente de las vinculantes, en la línea de la reforma del artículo 107 LGT por la Ley 25/1995, y la publicación de disposiciones interpretativas basadas en el artículo 18 LGT, si bien estas últimas pueden encontrar dificultades (43). Es obvio, por lo demás, que las consultas no deben poder emplearse como instrumentos del fraude a la ley, como en ocasiones sucede (44).

(42) Véanse las propuestas en el informe del Comité de Derecho Fiscal de la *Law Society*, cit. (nota 38), pág. 42 y ss.

(43) Cfr., por todos, VILLAR EZCURRA, M., *Las disposiciones aclaratorias en la práctica jurídica*, Cedecs, Barcelona, 1996, especialmente pág. 140 y ss., así como el prólogo del profesor ALBIÑANA a esta misma obra.

(44) Esta interesante cuestión se suscitó en algunos de los litigios sobre «primas únicas», en los que frente a la eficacia vinculante de consultas formuladas acerca del tratamiento tributario de dichos contratos, la Administración alegó que los hechos objeto de la consulta le habían sido expuestos de manera inexacta. La Sentencia de la Audiencia Nacional de 18-5-1993 (JT 626 = *Normacef*) recoge así esta alegación en el F.D. 3.º: «Asimismo, se niega [por la Administración demandada] efectividad a la consulta evacuada por la DGT a petición de la interesada, por causa de que, a su juicio, no se planteó la consulta verazmente, entre otras razones porque la instrumentación de las operaciones, que es única -libreta-demuestra, según una interpretación semántica de su cláusula 14, que la expresión "como si de una sola operación se tratara" (sobre la que ha emitido dictamen un Académico de la Lengua, aportado por el actor en los expedientes administrativos) es indicativa de la inexistencia de las separadas operaciones que mantiene el sujeto, resultado que el señor Abogado del Estado también atribuye al esquema gráfico que se adjuntó a la consulta de referencia». En iguales términos la Sentencia de 20-12-1994 (JT 1496 = *Normacef*). Como se ve, lo que alegaba la Administración era la ocultación al formular la consulta de la relación existente entre los contratos que integraban la operación, lo cual conecta con las consideraciones hechas más atrás sobre la calificación conjunta de estos «complejos negociales» o *step transactions*. Ciertamente, de existir esta ocultación, constituiría una violación de la buena fe que debe presidir el procedimiento de consulta, que enervaría la eficacia vinculante de la contestación. El Tribunal, sin embargo, no concedió valor a esta, a nuestro juicio importante, alegación y admitió, como sabemos, la eficacia vinculante de la consulta. En sus razonamientos parte de la consideración separada de los contratos integrantes de la operación: «La actividad que la Administración imputa a la Entidad interesada ... consiste en tres operaciones, técnica y jurídicamente diferenciadas, que son objeto de contratación simultánea ...».

Los órganos competentes para la evacuación de las consultas deberán estar alerta ante la posibilidad de abuso de esta figura con fines de elusión, riesgo especialmente agudo si la consulta tiene efectos vinculantes, como sucede precisamente, a partir de la Ley 25/1995, con las formuladas por las entidades de crédito y las de seguros en relación con activos financieros y seguros de vida ofrecidos al mercado. En caso de existir la sospecha de fraude a la ley, el órgano competente debe requerir del consultante cuanta información complementaria sea necesaria, absteniéndose de evacuar la consulta mientras que tales sospechas no se hayan disipado por completo. En este sentido, cabe señalar que el *Internal Revenue Service* de los Estados Unidos no responde a consultas (es decir, no dicta un *ruling*) «cuando la operación no tenga un fin de negocios de buena fe [bona fide *business purpose*] o su principal finalidad sea la elusión de impuestos». Cfr. SALTZMAN, M.I., *I.R.S. Practice and Procedure*, 2.ª edic. (*student edition*), Warren, Gorham & Lamont, Boston, N. York, 1991, págs. 3-28. A estos efectos en la solicitud de un *ruling* debe incluirse una indicación de la finalidad comercial o de negocios (*business reasons*) de la operación, *ibid.*, págs. 3-36. Cfr. también el informe cit. (nota 38) de la *Law Society*, pág. 92 y ss.