

TRABAJO EFECTUADO POR:

CARLOS PALAO TABOADA

*Catedrático de Derecho Financiero y Tributario.
Universidad Autónoma de Madrid.*

Sumario:

III. Interpretación y aplicación de las normas tributarias.

A) Interpretación e integración analógica de la ley.

B) El fraude de ley.

a) Introducción.

b) Definición del fraude de ley.

- c) Consecuencias del fraude de ley.
 - a) Aplicación de la norma tributaria eludida.
 - b) Liquidación de intereses de demora.
 - c) No imposición de sanciones.

- C) La simulación.

- D) La calificación de los hechos imposables.

III. INTERPRETACIÓN Y APLICACIÓN DE LAS NORMAS TRIBUTARIAS

A) Interpretación e integración analógica de la ley.

La modificación del artículo 23 de la Ley General Tributaria, en el que ahora se contienen las normas relativas a estas materias, no estaba prevista en el Proyecto de Ley, como tampoco lo estaba la de los artículos 24, 25 y 28. Dicha modificación es producto de diversas enmiendas; la del artículo 23, una (la núm. 32) del Grupo Socialista del Congreso, de la que proviene la redacción definitiva. La modificación en cuestión consistió únicamente en trasladar a este artículo como nuevo apartado 3 el apartado 1 del antiguo artículo 24, en el que se establecía la prohibición de la analogía. La enmienda se motivó diciendo que tenía por objeto «dejar el artículo 24 para la nueva regulación del fraude de ley». Esta justificación no es convincente, pues entre la sanción del fraude de ley y la analogía existe, como veremos, una estrecha relación que ahora queda rota desde el punto de vista sistemático. La cuestión no tiene, sin embargo, gran importancia.

El único problema *de lege ferenda* que hubiera podido plantearse en relación con el antiguo artículo 23 es el de su necesidad. Siendo ya pacífico que las normas tributarias son normas jurídicas como cualesquiera otras, es evidente que su interpretación se rige por los mismos principios y reglas que las demás, recogidos en el Título Preliminar del Código Civil (30). Pero probablemente tampoco era ésta la ocasión para plantearse esta cuestión.

(30) Recientemente CHECA GONZÁLEZ («La interpretación de las normas tributarias en la Ley de modificación parcial de la Ley General Tributaria», *Actualidad Jurídica* Aranzadi, núm. 216, 12-10-1995) se ha pronunciado en favor del mantenimiento del apartado 1 y la supresión, en cambio, por su carencia de contenido, del apartado 2. Lo primero por estimar que dicho apartado podía servir de apoyo para combatir una cierta reaparición de la teoría de la interpretación económica que cree advertir en la jurisprudencia. Sin embargo, en la medida en que esta tendencia se basaba en el antiguo artículo 25.3 de la Ley General Tributaria, ahora suprimido, parece que el 23.2 ha perdido esta utilidad.

B) El fraude de ley.

a) Introducción.

La modificación de la regulación del fraude de ley en el artículo 24 está íntimamente relacionada con la calificación de los hechos imposables contenida antes en el artículo 25 y trasladada al apartado 2 del 28, y con la de la simulación, no contemplada en el texto originario de la Ley General Tributaria y regulada ahora en el artículo 25. En efecto, la calificación es la operación básica y consiste en determinar si un determinado supuesto (hecho, acto o negocio jurídico) es un caso concreto del abstractamente definido en la ley. Se trata, por tanto, de una parte esencial de la aplicación de la ley, indistinguible de la subsunción y sólo separable de la interpretación si se entiende que ésta se mantiene en un plano abstracto. En cualquier caso, es la ley, debidamente interpretada, la que proporciona los criterios para la calificación, la cual no podrá, en consecuencia, rebasar los límites de aquélla.

El fraude de ley y la simulación son figuras, generalmente negocios jurídicos (31), en las que la calificación presenta características y problemas especiales. El problema fundamental que planteaba la anterior redacción de estos preceptos era la gran extensión de las facultades de calificación que el artículo 25 atribuía a la Administración, que excedía ampliamente del límite antes indicado. Estas facultades hacían innecesario recurrir al fraude de ley, con la carga impuesta por el inciso segundo del artículo 24.2 (antiguo) de incoar un expediente administrativo en el que la Administración aportase la prueba del propósito de eludir el impuesto. De aquí que este precepto fuese aplicado muy raramente.

La nueva redacción del artículo 24 proviene casi en su totalidad de la Comisión de Hacienda del Congreso. Las modificaciones que introduce son las siguientes:

- Se retoca la definición de fraude de ley del antiguo apartado 2, que pasa a ser el 1.
- Se regulan por primera vez las consecuencias del fraude de ley en los apartados 2 y 3.

b) Definición del fraude de ley.

La nueva definición se basa en los mismos elementos que la anterior: el fraude de ley se caracteriza esencialmente por el «propósito de eludir el pago del tributo» (redacción anterior: «propósito probado de eludir el impuesto») a lo que se añade, como antes, la nota de que los hechos, actos o negocios (la redacción anterior se refería sólo a los «hechos») «produzcan un resultado equivalente al resultado del hecho imponible».

(31) DE CASTRO engloba ambas figuras, junto con el negocio fiduciario y el indirecto, bajo la rúbrica de «negocios anómalos». La «anomalía» consiste en «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» (*El negocio jurídico*, Madrid, 1971, reimpr. Civitas, Madrid, 1991, pág. 329).

Señalemos, en primer lugar, que era más correcta la antigua expresión «eludir el impuesto», que la nueva «eludir el pago del tributo», pues, con independencia de que lo eludido sea un tributo o un impuesto (rara vez será otra clase de tributo), lo que en todo caso se elude es el tributo en sí mismo, es decir, el nacimiento de la obligación tributaria. Una vez nacida, eludir el pago es simplemente no pagar, lo cual o es una infracción tributaria grave o un mero problema recaudatorio.

La diferencia más notable es, sin embargo, la supresión del participio con función de adjetivo «probado», que manifiesta la intención del legislador de poner sordina a la exigencia de prueba del mencionado propósito. El intento es, sin embargo, de enorme ingenuidad, pues es obvio que si el fraude se basa esencialmente en tal propósito y éste se entiende como un elemento de hecho, su existencia deberá probarse pese a esta supresión.

En mi opinión, sin embargo, la caracterización del fraude de ley por esta nota subjetiva era un error técnico del legislador de la Ley General Tributaria de 1963, y se ha desperdiciado la ocasión de rectificarlo en la presente reforma. En efecto, lo que importa no es ese propósito, que incluso hay que considerar lícito, sino el medio utilizado para lograrlo, que no lo es (en el sentido de que el Derecho no lo admite, aunque sea a los limitados efectos tributarios). El medio aludido es un negocio jurídico (nunca un «hecho» y rara vez un simple «acto jurídico») utilizado en contra de su finalidad natural, vaciándolo de su causa; en definitiva, utilizándolo de forma artificiosa (32). Esta idea de «abuso de las posibilidades de configuración jurídica» es la que utiliza el parágrafo 42 de la Ordenanza Tributaria alemana de 1977. El defraudador de la ley tributaria utiliza abusivamente la vía menos gravada; pretende que la calificación por él arbitrariamente elegida sirva de base para la aplicación de la ley fiscal. Pretende, por ejemplo, que se califique como compraventa un negocio que encierra una causa lucrativa. Las normas, generalmente jurídico-privadas, que amparan esa calificación son las normas de cobertura a que se refiere el artículo 6.º 4 del CC («actos realizados al amparo del texto de una norma...») (33).

La esencia del fraude de ley no es, pues, la intención fraudulenta o elusiva, sino la artificiosidad objetiva de la forma jurídica utilizada. En la práctica, sin embargo, el «propósito de eludir el impuesto» se tiene que manifestar externamente y lo hará precisamente por medio de ese carácter

(32) Esto es lo que permite considerar al negocio en fraude a la ley fiscal y al en fraude a la ley civil como especies de un género común, a pesar de que en el primero no se trata de eludir una prohibición. La utilización de los negocios como tipos meramente formales o abstractos es común a todos los negocios «anómalos». Cfr. la definición de éstos por DE CASTRO, *supra*, nota 31, y, por lo que respecta al negocio en fraude de ley, *ibid.*, p. 371. Tanto en el Derecho civil como en el tributario, el ordenamiento jurídico no contempla impasible cómo sus normas imperativas (y las prohibitivas no son sino una modalidad de éstas) son burladas por ingeniosas construcciones de los sujetos. En favor de una tajante distinción entre ambas clases de fraude de ley, cfr. FALCÓN Y TELLA, R., «El fraude a la ley tributaria como un mecanismo para gravar determinadas economías de opción (I): su radical diferencia con los supuestos previstos en el artículo 6.º 4 del CC», en *Quincena Fiscal*, 17/1995.

(33) Frente a la opinión de FALCÓN (*ibidem*, pág. 9), entendemos que también en el fraude a la ley tributaria tiene que existir siempre una norma de cobertura; lo que sucede es que ésta será generalmente privada (civil o mercantil). Lo que puede no existir es una norma fiscal alternativa a la eludida, cosa que sucederá cuando el negocio jurídico utilizado no esté gravado.

artificialioso del negocio empleado, o sea, por la ausencia de cualquiera otra justificación plausible de la vía elegida (el *business purpose* del Derecho anglosajón). Y a la inversa, no es probable una construcción elaborada para lograr un fin que puede conseguirse por un camino más directo si no existe este motivo elusivo.

En consecuencia, la determinación de que existe fraude de ley es más que una cuestión de prueba una cuestión de calificación (34). La cuestión a decidir es la siguiente: ¿es aceptable o no, a efectos de la aplicación de la ley tributaria, la calificación de un negocio concreto como compra-venta, seguro, préstamo, aportación, etc.? No se trata, pues, primariamente de un problema de prueba, sea del propósito elusivo, sea de la artificiosidad objetiva, que no es una cuestión de hecho. La prueba se sitúa en una fase previa y versa sobre las circunstancias de hecho: qué fue lo pactado, cuáles fueron las prestaciones satisfechas y demás circunstancias relevantes. No entender lo anterior fue el error básico y la causa fundamental de la inaplicación del Real Decreto 1919/1979, de 29 de junio, que regulaba el procedimiento de declaración del fraude de ley hasta su derogación por el Real Decreto 803/1993, de 28 de mayo. Es de esperar que la norma reglamentaria que desarrolle la reforma no cometa los mismos errores.

Ahora bien, que el fraude de ley consista básicamente en una cuestión de calificación no significa, obviamente, que la Administración pueda hacer esta calificación a su antojo; por el contrario, no sólo tendrá que probar los hechos relevantes, sino que, además, tendrá que justificar en qué consiste lo artificialioso del negocio y explicar los motivos por los que no es aceptable la calificación pretendida por el contribuyente; todo lo cual, no es otra cosa, en definitiva, que demostrar el «propósito de eludir el pago del tributo» que exige la Ley General Tributaria.

La nueva definición del fraude incluye una frase que no figuraba en el texto anterior: los hechos, actos o negocios jurídicos deben realizarse «amparándose en el texto de normas dictadas con distinta finalidad». En mi opinión, las normas aludidas son las «normas de cobertura», que, como ya quedó indicado, son las reguladoras del acto o negocio a cuya calificación pretende acogerse el sujeto. Estas normas deben estar «dictadas con distinta finalidad», es decir, no deben servir de apoyo a la calificación pretendida. Por consiguiente, esta frase, que se inspira claramente en el artículo 6.º 4 del CC, es una reformulación en términos objetivos del supuesto de fraude de ley, y en este sentido constituye un interesante elemento de interpretación de este concepto.

FALCÓN Y TELLA hace una interpretación distinta de la frase anterior (35):

(34) Dice F. DE CASTRO, *op. cit.*, *supra*, nota 31, pág. 371, que las cuestiones que condicionan la calificación de ser en fraude de ley de un negocio son «cuestiones todas ellas que dependen del valor atribuido a las leyes y de cuál sea el significado que se entienda tiene el propósito negocial. Por ello ha podido sostenerse que el fraude a la ley es una cuestión más entre las propias de la interpretación: de la interpretación de la ley y de la interpretación del negocio jurídico». Y explica en nota que, según FLUME, por esta razón no se reguló en el Código Civil alemán.

(35) *Op. cit.* (*supra*, nota 32), pág. 7. La cursiva es del original.

«a mi juicio lo único que se pretende es excluir la posible calificación de fraude respecto a las operaciones que aparezcan suficientemente *tipificadas* por el ordenamiento tributario -se trate de negocios típicos o atípicos desde la perspectiva jurídico-privada, lo que manifiestamente nada tiene que ver- en el sentido de que el legislador las haya contemplado de modo específico en sus consecuencias fiscales».

«En otras palabras, las operaciones tipificadas por la ley tributaria -obviamente no sólo en su letra sino en su espíritu- deben liquidarse siempre aplicando a las mismas el régimen querido por la norma tributaria que específicamente las contemple, sin que nunca, cualesquiera que sean los resultados económicos producidos, sea posible la aplicación por analogía de un régimen tributario distinto».

Para ilustrar las ideas anteriores pone FALCÓN como ejemplo el *leasing*, los rendimientos obtenidos por profesionales o por artistas o deportistas a través de sociedades instrumentales y el fraccionamiento de una donación en varias separadas por más de tres años. Si se satisfacen los requisitos legales, el tratamiento fiscal será el que la ley establece, sin que pueda aplicarse otro distinto alegando la existencia de un fraude de ley.

No vemos claramente cómo la tesis expuesta puede deducirse de la frase «amparándose en el texto de normas dictadas con distinta finalidad». Quizá entendiendo que la «finalidad» de las normas bajo las cuales buscar amparo no es un fraude de ley es precisamente establecer un régimen especial como los de los ejemplos propuestos por el autor citado; en otros términos, que la «distinta finalidad» es una ajena al establecimiento de tales regímenes. El razonamiento es excesivamente sutil.

Sea como fuere y se apoye o no en ese texto, la tesis de FALCÓN es irreprochable: es evidente que no puede privarse a un contribuyente de las ventajas concedidas por el propio legislador cuando se cumplen los presupuestos que él mismo fija para su aplicación. El ejemplo más claro es el del fraccionamiento de las donaciones: aquí el legislador utiliza la técnica de trazar una raya (*bright line* dicen los anglosajones) para separar los casos que están a salvo de cualquier imputación de fraude de ley de aquellos otros en los que tal imputación es posible y deberá resolverse acerca de ella en vista de las circunstancias del caso concreto. Los juristas anglosajones hablan en estos casos de «reglas de refugio» (*safe harbor rules*); quien se encuentra del lado correspondiente de la raya está seguro, no tiene que temer una calificación de fraude de ley. Un ejemplo de reglas de esta clase, aunque invertido, es la relativa a los contratos de capitalización y seguro que «no incorporen el componente mínimo de riesgo y duración que se determine reglamentariamente» [art. 37.3 f) LIRPF, en conexión con el art. 9.º del RIRPF]. Digo invertido porque lo que es cierto es que los rendimientos de los contratos que presenten alguna de las características reglamentarias serán considerados como rendimientos del capital mobiliario, pero no está garantizado (al menos expresamente) por el legislador que no lo sean también aquellos que no reúnan ninguna de ellas. No se proporciona, por tanto, ninguna seguridad a los sujetos pasivos, aparte de la negativa indicada. Esta técnica legislativa es,

por lo demás, común y se aplica siempre que se sustituyen conceptos más o menos indeterminados por definiciones basadas en notas exactamente determinables. Otros ejemplos, de los muchos que podrían mencionarse, son las cantidades que se consideran «gastos normales» de manutención (art. 4.º 3.2 RIRPF) y los límites cuantitativos del artículo 108.2 de la Ley del Mercado de Valores.

Lo anterior no excluye naturalmente que el acogimiento a un régimen típico sea fraudulento (un fraude de ley), lo cual sucederá cuando para cumplir algún requisito legal el sujeto adopte una calificación inadecuada o forzada, no conforme con la causa propia del negocio en cuestión, calificación que sería la «cobertura» del fraude de ley. Precisamente es la utilización de negocios típicos, pero vaciándolos de la sustancia material (causa) para la que el legislador los ha creado, y en virtud de la cual les otorga su sanción, lo que constituye la esencia misma del fraude de ley.

Por lo demás, el inciso segundo del apartado 1 mantiene la exigencia procedimental de que el fraude de ley se declare en un expediente especial en el que se dé audiencia al interesado. Tal exigencia es discutible, pues la apreciación del fraude de ley es un aspecto más de la aplicación del Derecho y, por tanto, debería poder hacerse inicialmente por los órganos ordinariamente encargados de tal aplicación, sujetos, naturalmente al control interno primero y jurisdiccional después. Son estos órganos los más próximos a las circunstancias del caso y, en consecuencia, los que están en mejor situación para valorarlas, sin perjuicio, repetimos, del posterior control. La exigencia de este expediente, unida a los errores de concepto en su regulación, fue una de las causas principales de la ineficacia del fraude de ley en el ámbito tributario y plantea problemas a los que más adelante se aludirá.

c) Consecuencias del fraude de ley.

Las consecuencias del fraude de ley se regulan en los apartados 2 y 3 del artículo 24, de nueva redacción. Las que prevén estas normas son las siguientes:

- Aplicación de la norma tributaria eludida.
- Liquidación de intereses de demora.
- No imposición de sanciones.

a') Aplicación de la norma tributaria eludida.

La aplicación de la norma eludida es la consecuencia capital del fraude de ley, que deriva directamente del significado y función de esta figura: el defraudador no logra su propósito, sino que se le somete a los efectos de la norma que trató de evitar. En Derecho tributario éstos consistirán en la exigencia de un impuesto, o de uno mayor que el correspondiente a la calificación de cobertura.

La explicación teórica de esta consecuencia es una cuestión difícil, que admite, en principio, dos soluciones. La primera es entender que el presupuesto de hecho (hecho imponible) de la norma eludida se ha realizado, si no formalmente sí en el plano sustantivo. Esta solución tiene graves inconvenientes, el mayor de los cuales es la incoherencia con otros sectores del ordenamiento jurídico, para los que la vía elegida puede ser plenamente válida (por ejemplo, la constitución de una sociedad o el contrato de seguro).

Por eso se acepta hoy mayoritariamente la segunda solución consistente en entender que la norma tributaria eludida se aplica al hecho realizado por analogía (36). Es decir, de igual manera que la analogía (prohibida en Derecho tributario) permite aplicar la ley más allá del sentido más lato posible de sus términos, el fraude de ley permite calificar un supuesto de una manera que no sería posible según las reglas normales de la calificación. Ésta es la solución por la que ha optado el legislador desde la primera redacción del artículo 24 de la Ley General Tributaria, en el que la sanción del fraude de ley se construye como una excepción a la prohibición de la analogía («para evitar el fraude de ley se entenderá que no existe extensión del hecho imponible...»), aunque, como ya se ha indicado, esta conexión resulta ahora menos manifiesta por el traslado del antiguo apartado 1 del artículo 24 al artículo precedente.

El actual apartado 2 explicita esta consecuencia al disponer que «los hechos, actos o negocios jurídicos ejecutados en fraude de ley tributaria no impedirán la aplicación de la norma tributaria eludida...», y redundantemente añade «ni darán lugar al nacimiento de las ventajas finales que se pretendía obtener mediante ellos». Y de nuevo el apartado 3 recalca que «ni las liquidaciones que se realicen como resultado del expediente especial de fraude de ley se aplicará la norma tributaria eludida...».

En el caso de que la forma jurídica elegida como vía para el fraude haya dado origen a un impuesto, éste se compensará con los que se devenguen en virtud de la calificación de dicha forma como en fraude de ley. Ello se deduce -aun en silencio de la ley- de la consideración de que los impuestos debidos son únicamente los correspondientes a los hechos que se consideran realizados; de lo contrario se produciría una doble imposición. Ahora bien, esta compensación tiene lugar siempre que se trata de impuestos de la misma clase o incompatibles entre sí (por ejemplo, el IRPF y el Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones). No así los impuestos vinculados a las formas elegidas

(36) Dice F. DE CASTRO, *op. cit.*, *supra* nota 31, pág. 371, que «para la calificación jurídica del fraude se requiere que la ley evitada haya de entenderse de modo que deba aplicarse a dicho negocio, y que, por otra parte, las demás normas en consideración no sean suficientes, por ellas mismas, para otorgarle validez. Es decir, que para llegar a la condena de un negocio por fraude de ley habrá que proceder a una interpretación extensiva y finalista de la regla objeto del rodeo (hasta incluir el negocio dentro de su radio de acción), y también a una interpretación estricta de las otras reglas utilizadas como cobertura».

En el Derecho alemán, el difundido comentario de TIPKE-KRUSE a la Ordenanza Tributaria (15.^a ed., comentario al parágrafo 42, núm. marg. 8) distingue entre la analogía y el fraude de ley diciendo que en éste se aplica la norma a un hecho imponible ficticio adecuado a los hechos económicos, mientras que en la analogía, por el contrario, lo que se finge es un supuesto normativo similar al establecido en la ley, que el sujeto no ha realizado. En otras palabras, en el fraude de ley lo que se finge es el supuesto de hecho de la realidad y en la analogía el supuesto normativo.

cuando éstas conservan su validez a efectos jurídico-privados (por ejemplo, el Impuesto sobre Operaciones Societarias cuando la sociedad se constituyó como parte del mecanismo defraudatorio -en fraude de ley-).

Una vez declarado el fraude de ley, la nueva calificación se tendrá en cuenta en todas las liquidaciones posteriores. No parece, sin embargo, que puedan revisarse liquidaciones definitivas anteriores con base en el artículo 154 b) de la Ley General Tributaria, ya que difícilmente la nueva calificación podría considerarse un «elemento del hecho imponible íntegramente ignorado por la Administración al dictar el acto objeto de revisión» (37). Por otra parte, el artículo 24.3 se refiere a «las liquidaciones que se realicen como resultado del expediente especial de fraude de ley». Está, finalmente, el principio general de irretroactividad de los actos administrativos (art. 57 Ley 30/1992).

b) Liquidación de intereses de demora.

Según el apartado 2 del artículo 24, en las liquidaciones que se dicten como resultado del expediente especial de fraude de ley «se liquidarán los intereses de demora que correspondan». Tales intereses sólo pueden ser los calculados sobre la diferencia entre el tributo satisfecho en virtud de la forma elegida y el procedente de acuerdo con la calificación adecuada, una vez calificada dicha forma como en fraude de ley, y por el período que media entre el final del plazo de pago voluntario y la fecha del ingreso de dicho importe (arts. 127.1 LGT y 109.1 RGR). Sin embargo, la exigencia de este interés es, en mi opinión, un grave error del legislador, pues, con arreglo al principio de irretroactividad de los actos administrativos, antes aludido, la declaración del fraude de ley tiene solamente efectos *ex nunc*. Tal exigencia podría ser inconstitucional en la medida en que dicho principio tenga respaldo en el artículo 9.º 3 de la CE (38).

c) No imposición de sanciones.

Al establecer, en el apartado 3 del artículo 24, que no procede la imposición de sanciones como consecuencia de la declaración del fraude de ley, la Ley General Tributaria recoge un amplio consenso doctrinal y del Derecho comparado. El fundamento de esta no punibilidad del fraude de ley radica precisamente en el hecho de que, de acuerdo con la opinión dominante expuesta más arriba, el hecho imponible no se ha realizado, sino que la aplicación de la norma eludida se produce por analogía. En consecuencia, el castigo del fraude de ley equivaldría asimismo a la aplicación analógica de la norma punitiva, lo cual es contrario al artículo 25.1 de la CE (39).

(37) En el Derecho alemán se entiende que la calificación como en fraude de ley opera retroactivamente -según el párrafo 42 de la Ordenanza, el impuesto nace con arreglo a la forma jurídica adecuada- y permite la revisión de las liquidaciones practicadas (cfr. TIPKE-KRUSE, *op. y loc. cit.*, nota ant., núm. marg. 20).

(38) En este sentido PARADA, R., *Régimen jurídico de las Administraciones Públicas y procedimiento administrativo común*, Marcial Pons, Madrid, 1993, pág. 241.

(39) En este sentido, en la doctrina alemana POHL, Rolf, *Steuerhinterziehung durch Steuerumgehung*, ed. Peter Lang, Frankfurt a. M., 1990.

Ahora bien, el precepto citado restringe el alcance de la no punibilidad mediante la expresión adverbial «a estos solos efectos», introducida por el Senado. Esta oscura expresión puede interpretarse del modo siguiente: el fraude de ley en cuanto tal no constituye infracción tributaria y por ello no es punible, pero pueden serlo actos realizados con ocasión de la vía elegida para eludir la ley; por ejemplo una falsedad, una declaración inexacta, etc. (40).

C) La simulación.

El artículo 25 en su nueva redacción contiene una norma expresa sobre la simulación, que no existía en la redacción originaria de la Ley General Tributaria. Bajo su vigencia la simulación podía tener cabida en el texto anterior del artículo 25.2, que ordenaba al intérprete tener en cuenta la verdadera naturaleza jurídica del acto o negocio. Dado que esta norma subsiste, modificada, en el artículo 28.2, cabe dudar acerca de la necesidad del nuevo texto del artículo 25, que procede de la Comisión de Hacienda del Congreso. Incluso en ausencia de toda norma tributaria, los principios del Derecho civil en materia de negocios jurídicos obligarían a desconocer lo que se demuestra como una mera apariencia, y aplicar las normas a la realidad descubierta.

La redacción vigente da por supuesta la noción de simulación («en los actos o negocios en los que se produzca la existencia de simulación...»); frase que no es un modelo de estilo), que consiste en una declaración externa dirigida a crear una apariencia bajo la cual o bien no se oculta nada (simulación absoluta) o bien se encubre otro negocio distinto (simulación relativa). Un elemento esencial de la estructura de la simulación es el llamado acuerdo simulatorio, que tiene por contenido la consideración como fingido del negocio simulado (voluntad de crear una apariencia) y, en su caso, el negocio verdaderamente querido. Conviene destacar que el ámbito propio de la simulación es el de los negocios jurídicos, lo que la distingue de la falsedad, que puede referirse a cualquier acto o hecho (41). El efecto de la declaración de simulación es la ineficacia del negocio simulado (sin perjuicio de la protección del tercero de buena fe) y, en la simulación relativa, la exposición del negocio simulado que «queda a la intemperie y con ello sometido a la comprobación de su validez y eficacia» (42).

(40) Esto es, en definitiva, lo que disponían los párrafos 396 (4) y 402 (2) de la anterior Ordenanza Tributaria alemana (de 1931), según los cuales el fraude de ley sólo era punible como defraudación o reducción de los ingresos por negligencia grave, respectivamente, cuando la reducción de los ingresos o la obtención de las ventajas fiscales indebidas se hubiesen producido mediante la violación intencionada de deberes que incumbían al autor en interés de la determinación del deber fiscal. La Ordenanza vigente de 1977 no reproduce estos preceptos por considerarlos superfluos, ya que dichas conductas están comprendidas en el tipo general de la defraudación. *Cfr.* TIPKE-KRUSE, *op. y loc. cit.*, núm. marg. 4.

(41) *Cfr.* DE CASTRO, *El negocio jurídico*, cit. (*supra*, nota 31) pág. 340 y sig. V. t. LUNA SERRANO, en LACRUZ BERDEJO, LUNA SERRANO, DELGADO ECHEVERRÍA y RIVERO HERNÁNDEZ, *Elementos de Derecho civil*, tomo II, *Derecho de obligaciones*, vol. 1.º, 2.ª ed., Librería Bosch, Barcelona, 1987, pág. 113 y ss.

(42) DE CASTRO, *op. cit.*, pág. 353. El párrafo 41(2) de la Ordenanza Tributaria alemana dispone lo siguiente: «Los negocios simulados y las situaciones ficticias son irrelevantes a efectos tributarios. Cuando mediante un negocio simulado se encubra otro negocio jurídico, será el negocio encubierto el decisivo a efectos tributarios».

A la vista de las ideas elementales acerca de la simulación que acabamos de recordar, se advierte claramente lo muy deficiente que es técnicamente el nuevo artículo 25. En efecto, lo que define la simulación no es, como dice este precepto, que «las formas o denominaciones jurídicas utilizadas por los interesados» no coincidan con el contenido del negocio celebrado, sino que este contenido no sea verdaderamente querido por las partes. Así, por ejemplo, si de las cláusulas de un contrato que los contratantes denominan de «alquiler» se deduce que en realidad se trata de una compraventa, no por ello existe un alquiler simulado. La determinación del tipo negocial efectivamente realizado es una cuestión de interpretación o calificación del negocio, regulada ahora en el artículo 28.2 en términos literalmente coincidentes con el artículo 25, lo que pone de manifiesto claramente el error técnico cometido.

El principal problema práctico que va a plantear esta norma sobre la simulación es el de su distinción con el fraude de ley. Dado que la declaración de la simulación no requiere un acto especial, es muy probable que se produzca una tendencia a calificar los negocios como simulados con el fin de eludir el expediente especial de declaración del fraude de ley (43). He aquí, dicho sea de paso, un serio inconveniente de la exigencia de este expediente. De no ser por ella, la distinción en cuestión carecería de consecuencias prácticas, pues tanto si el negocio se califica de simulado como en fraude de ley, le es aplicable la norma correspondiente al efectivamente celebrado (o al adecuado al resultado económico perseguido) (44).

En el plano teórico, la distinción entre simulación y fraude de ley es muy clara: mientras que en la primera el negocio simulado es una mera apariencia, simple pantalla, el negocio en fraude de ley es realmente querido por las partes. Por decirlo en palabras de FERRARA (45), «el negocio fraudulento no es, en absoluto, un negocio aparente. Es perfectamente serio: se quiere realmente. Es más, se quiere tal como se ha realizado, con todas las consecuencias que corresponden a la forma jurídica elegida. Muchas veces, estas consecuencias son incómodas para una u otra de las partes, aunque serían mucho más incómodas las consecuencias que llevaría consigo el acto prohibido». En cambio, «la simulación no es un medio de eludir la ley, sino de *ocultar su violación*» (46). Las mismas ideas se encuentran en las doctrinas civilista (47) y tributarista (48).

(43) Advierte de este peligro FALCÓN Y TELLA, *op. cit. supra*, nota 32, pág. 14.

(44) El Tribunal Supremo ha señalado en ocasiones la carencia de efectos prácticos de la distinción respecto a la cuestión planteada; cfr. RODRÍGUEZ ADRADOS, A., «El fraude a la ley. (Ensayo de una dirección pluralista)», en VV.AA., *Estudios sobre el Título Preliminar del Código Civil*, vol. I, Academia Matritense del Notariado, Ed. Rev. de Der. Priv., Madrid, 1977, pág. 292.

(45) *La simulación de los negocios jurídicos*, trad. esp. de la 5.ª ed. italiana (1922), ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1960, pág. 78.

(46) *Ibidem*, pág. 82. La cursiva es del original. Según RODRÍGUEZ ADRADOS, A., *op. cit., supra*, nota 44, pág. 347, la postura de FERRARA es la dominante en la doctrina.

(47) Cfr. VEGA BENAYAS, C. de la, *Teoría, aplicación y eficacia en las normas del Código Civil*, ed. Civitas, Madrid, 1976, pág. 228 y ss.; RODRÍGUEZ ADRADOS, A., *op. cit.* pág. 348 y ss. En Derecho laboral, cfr. HERRERO NIETO, B., *La simulación y el fraude a la ley en el Derecho del trabajo*, Bosch, Barcelona, 1958, págs. 135 y ss. y 298 y ss.

(48) Cfr. por último, ROSEMBUIJ, T., *El fraude de ley y el abuso de las formas en el Derecho tributario*, Marcial Pons, Madrid, 1994, pág. 253 y ss. y autores cits. en la pág. 256 y ss.

No es, por tanto, generalmente compartida, al menos en el plano dogmático, la afirmación de FERREIRO de que «la simulación relativa es identificable -aunque en este punto las opiniones pueden ser tantas como autores- con el negocio en fraude de ley» (49). De esta afirmación extrae este autor la consecuencia de que el nuevo artículo 25 «sólo puede aplicarse en caso de simulación absoluta, es decir, en caso de ficción, engaño o apariencia de un acto o negocio que en realidad no existe. Dicho de otro modo, en caso no de fraude de ley sino de fraude tributario simple, puro y duro» (50). Sin embargo, nada en el texto del artículo 25 presta apoyo, en nuestra opinión, a esta tesis. No sólo se refiere dicho texto a la simulación en general, sino que parece contemplar en primer término a la relativa, ya que alude al hecho imponible «efectivamente realizado por las partes». El problema planteado sigue, pues, abierto.

Por otra parte, la distinción teórica señalada no excluye supuestos complejos en los que se combinan simulación y fraude de ley. Se ha descrito el consistente en un negocio en fraude de ley que encubre a otro negocio, calificándose el supuesto como simulación (51). También se registra el supuesto inverso: negocio disimulado en fraude de ley (52). Estas figuras, sin embargo, a pesar de su aparente complejidad, no plantean un problema nuevo: se trata únicamente de limpiar el supuesto de los negocios simulados para dejar únicamente los efectivamente queridos, que se calificarán según sus características.

Frente a la nitidez de la distinción teórica, en la práctica puede ser difícil determinar cuándo estamos ante una simulación y cuándo ante un fraude de ley. El origen de la dificultad radica en que, en cierto sentido -no técnico-jurídico-, quien realiza un negocio en fraude de ley no «quiere» el resultado típico de ese negocio, sino el resultado económico perseguido, típico, a su vez, de otro negocio; no «quiere», por ejemplo, realizar una compraventa sino una donación, ni un seguro sino un préstamo. Observa DE CASTRO (53) que:

«en el Derecho común, la figura del fraude se considera indisolublemente unida a la simulación; siendo de uso ordinario la máxima: "*tot modis committitur simulatio quot modis committitur fraus*" (...). Puede haber una simulación no fraudulenta y un negocio en fraude no disimulado. Mas como al negocio en fraude lo distingue lo torcido o anómalo del proceder que se sigue, regularmente incluirá una ocultación o simulación.»

(49) «Notas sobre la reforma de la Ley General Tributaria», en *Quincena Fiscal*, núm. 17/1995, pág. 19, reproducida en su *Curso de Derecho Financiero español*, 17.^a ed., M. Pons, Madrid, 1995, pág. 473.

(50) *Ibidem*.

(51) HENSEL, A., *Steuerrecht*, 3.^a ed., Springer, Berlin, 1933, pág. 98, nota 6, quien denomina a este supuesto «fraude de ley simulado» (*Scheinumgehung*). Cfr. TIPKE-KRUSE, *op. cit.*, com. al parágrafo 41, núm. marg. 28.

(52) ROSEMBUIJ, *op. cit. supra*, nota 48, pág. 255. V.t. el supuesto planteado en la STS de 28 de febrero de 1974, en el que unas compraventas encubren una donación en fraude de ley, citada por RODRÍGUEZ ADRADOS, A., *op. cit.*, pág. 305.

(53) *Op. cit.*, pág. 375. Afirma RODRÍGUEZ ADRADOS, *op. cit. supra*, nota 44, pág. 282, que «secularmente fraude y simulación han marchado confundidos». Sobre las dificultades prácticas de la distinción en Derecho laboral, cfr. IRUZUBIETA FERNÁNDEZ, R., *El abuso del Derecho y el fraude de ley en el Derecho del trabajo*, Colex, Madrid, 1989, pág. 220 y ss.

«Dejando aparte la posibilidad más teórica que práctica del fraude "desvergonzado", los negocios en fraude a la ley ocultan o disimulan una parte del negocio, aquella en que se encuentra lo ilícito del resultado perseguido».

Un interesante ejemplo de las dificultades a que nos referimos lo proporciona la Resolución del TEAC de 26 de junio de 1991 (54), relativa a un caso de «prima única». La Dependencia Regional de Inspección había calificado el supuesto como simulación relativa, tras descartar la consideración como fraude de ley y negocio indirecto; para dicho órgano, los contratos realizados eran «pura fachada jurídica» (Resultando 2.º). Dicha calificación fue aceptada por el TEAR de Madrid (Resultando 5.º). En el escrito de interposición del recurso de alzada el interesado alegó certeramente que la calificación como contratos simulados hubiera requerido probar «que (habían) concertado sus voluntades todas las partes intervinientes para cooperar en la producción de un acto aparente» (Resultando 6.º), prueba irrealizable tratándose de un contrato en masa. Este argumento fue aceptado por el TEAC, que reconoce que la calificación como negocios relativamente simulados de los celebrados exigiría apreciar una «concurrency intencional» entre las partes y, en consecuencia, «evidentemente no se podría generalizar a todos ellos sin un examen particular de cada uno» (Considerando 3.º). El TEAC elude este obstáculo mediante la invocación directa del artículo 25.2 de la Ley General Tributaria en su redacción antigua, en un ejemplo paradigmático de la utilización que la Administración venía haciendo de este precepto (*cfr.* el Considerando 5.º).

La citada Resolución del TEAC apunta, sin embargo, la siguiente importante consideración con vistas a la aplicación práctica de la distinción que examinamos: a diferencia del fraude a la ley, que, como hemos dicho, suscita esencialmente una cuestión de calificación (o, si se prefiere, de interpretación -tanto de la ley como del propio negocio-), la simulación es esencialmente una cuestión de hecho, que, en cuanto tal, plantea fundamentalmente un problema de prueba (55), del que tratan todos los autores que estudian dicha figura. Es obvio que la carga de la prueba de la simulación recae sobre quien alega su existencia; por tanto, en el ámbito tributario, si la Administración sostiene que el negocio es simulado deberá aportar las pruebas correspondientes. En defecto de ello, tendrá que pasar por el que externamente aparece realizado. Éste podrá, sin embargo, ser calificado como en fraude a ley, si presenta los requisitos de esta figura, pero para ello habrá de realizarse el procedimiento especial exigido por el artículo 24.1, inciso segundo, de la Ley General Tributaria.

(54) *Impuestos*, 1992, I, 514.

(55) DE CASTRO, *op. cit. supra*, nota 31, pág. 367, dice que «no está falto de razón el viejo dicho de que en esta materia domina la cuestión de hecho sobre la cuestión de Derecho». El dicho al que se refiere es la siguiente frase de CUJACIO: *Quaestio itaque est facti et per iudicem examinabitur, non per iurisconsultum*. FERRARA, de quien toma DE CASTRO la cita, la aduce en apoyo de su afirmación de que también en el antiguo Derecho era dominante la opinión según la cual el fallo que declara la simulación de un negocio jurídico constituye un juicio de hecho, no la solución de un problema jurídico, por lo que no es recurrible en casación (*op. cit. supra*, nota 45, pág. 395 y s.). La STS de 15 de diciembre de 1980, *cit.* por SOLS LUCÍA, A., *El fraude a la ley*, Librería Bosch, Barcelona, 1989, pág. 218, acepta plenamente esta doctrina, que dice establecida en «reiteradas sentencias», al afirmar que la simulación es una cuestión de hecho sometida a la libre apreciación del Tribunal de Justicia, y tal apreciación sólo puede ser impugnada en el recurso de casación a través del número séptimo del artículo 1.692 de la Ley Procesal Civil (actual núm. 4.º: error en la apreciación de la prueba resultante de documentos).

En los contratos en masa, la prueba de la simulación deberá hacerse caso por caso, como con acierto estableció la Resolución del TEAC de 26 de junio de 1991, por lo que precisamente en tales contratos la imputación de ser simulados es *prima facie* poco sostenible (56).

D) La calificación de los hechos imponibles.

La norma sobre calificación de los hechos imponibles antes contenida en el artículo 25 es trasladada al artículo 28.2. Desde el punto de vista sistemático es discutible esta nueva ubicación, ya que, por una parte, la calificación es, como hemos visto, una operación estrechamente relacionada con la interpretación de la ley, por lo que, pese a algunas críticas, el precepto no estaba tan mal situado en la Sección 2.^a («Interpretación») del Capítulo II del Título Primero (57); por otra parte, la nueva sede no es mucho más adecuada sistemáticamente, puesto que el contenido anterior del artículo 28, que pasa a ser ahora el apartado 1, se refería al hecho imponible en cuanto presupuesto de hecho generador de la obligación tributaria, cuestión no relacionada directamente con su calificación. Finalmente, la simulación, que constituye el nuevo contenido del artículo 25, guarda aún menor relación con la interpretación que la calificación.

Pero estas cuestiones sistemáticas son de alcance secundario. Lo verdaderamente importante -sin duda la modificación de mayor calado de las introducidas en este conjunto de artículos (23 a 28) y posiblemente una de las de mayor entidad de toda la reforma- son los cambios que se llevan a cabo en su texto. En efecto, como ya hemos señalado más atrás, el antiguo artículo 25 otorgaba a la Administración tributaria una libertad desmesurada en la calificación de los hechos imponibles. Dicha libertad era absoluta «cuando el hecho imponible se (delimitase) atendiendo a conceptos económicos» (58), en cuyo caso la Administración podía prescindir por completo de las formas jurídicas y atender a las «situaciones y relaciones económicas» existentes (apdo. 3). Pero incluso cuando el hecho imponible consistiese en un acto o negocio jurídico, la Administración podía (y debía) calificarlo «conforme a su verdadera naturaleza jurídica».

(56) Según TIPKE-KRUSE, *op. cit. supra*, nota 36, parágr. 41, núm. marg. 25, por regla general no es simulado cuando con él se persigue un fin económico razonable, incluido el fin de ahorro fiscal; afirmación que hay que entender, en nuestra opinión, en el sentido de que el ahorro fiscal debe obtenerse por medio de la forma jurídica elegida (p. ej. constitución de una sociedad en un paraíso fiscal) -puede plantearse entonces la posible existencia de fraude de ley-, no como consecuencia de la creación de una realidad aparente (p. ej. un contrato de trabajo simulado con el cónyuge o un hijo que origina un gasto deducible).

(57) En esta consideración se basó la enmienda núm. 118, del Grupo Catalán, en el Congreso para justificar el traslado del precepto. En esta enmienda tiene su origen, salvo una modificación más de forma que de sustancia, a la que más adelante se aludirá, el texto actual.

(58) Esta frase se solía entender como una descripción del hecho imponible «de naturaleza económica» al que aludía el apartado 1, del mismo modo que el hecho imponible consistente en un acto o negocio jurídico se entendía generalmente que era «de naturaleza jurídica». Sin embargo, el artículo 25 no decía exactamente esto, sino que establecía que en tales supuestos el hecho imponible se calificaría con arreglo a la «verdadera naturaleza jurídica o económica», respectivamente, del hecho imponible. El centro de gravedad del precepto recaía, como se dirá en el texto, en la idea de «verdadera naturaleza». A la distinta naturaleza del hecho imponible aludía (y sigue haciéndolo) el artículo 28 (ahora su apartado 1).

La distinción entre hechos imponibles «de naturaleza jurídica» y «de naturaleza económica» era criticada unánimemente por la doctrina, pero por una razón trivial: que todo hecho imponible al ser definido por el legislador y constituido en presupuesto de la obligación tributaria se convertía por eso mismo en un hecho jurídico. Sin embargo, lo que el legislador había querido decir con la distinción era otra cosa, que se deducía con suficiente claridad de los apartados 2 y 3 del artículo 25. En realidad, la distinción era errónea por otra razón: no existe un solo hecho imponible que se «delimite atendiendo (exclusivamente) a conceptos económicos»; incluso para definir el concepto de más pura raíz económica, como es el de renta, el legislador utiliza constantemente conceptos jurídicos como los de bienes muebles e inmuebles, sociedad, asociación, propiedad intelectual e industrial, seguro, título oneroso y lucrativo, etc.

Este hecho permitió bastantes manipulaciones: así, en las resoluciones del TEAC en materia de «primas únicas» que se acogen a la tesis del negocio indirecto (lo que les permite eludir el expediente de fraude de ley), se aplica acto seguido el artículo 25.3 de la Ley General Tributaria, con el argumento de que se trataba de un impuesto «cuyo hecho imponible responde, sin duda, a conceptos económicos» (59). En realidad la cuestión residía, como es sabido, en la calificación, estrictamente jurídica, de un conglomerado de contratos, sin perjuicio de la posible existencia de un fraude a la ley tributaria. En otros casos de «prima única» el apartado del artículo 25 que se utiliza es el 2, del que se afirma que «trata de garantizar la autonomía de las calificaciones tributarias» (60), tesis que constituye una de las manifestaciones más típicas de las doctrinas de la interpretación económica en su versión clásica.

En definitiva, la invocación del artículo 25 había permitido a la Administración saltar por encima de las formas jurídicas para llegar directamente a esa «verdadera naturaleza» del hecho imponible, que en el caso de los «jurídicos» es el negocio adecuado a la realidad económica subyacente. Ésta es, precisamente, como sabemos, la consecuencia del fraude de ley; por consiguiente, la utilización que se hacía del artículo 25 iba, en ocasiones, mucho más lejos de lo que hubiera sido admisible en la realización de la función calificadora. Y ello sin expediente especial y sin necesidad de demostrar la concurrencia de los requisitos del fraude de ley. Se comprende que el antiguo artículo 24.2 apenas fuera utilizado.

La nueva redacción del precepto sobre calificación insertado en el artículo 28.2 reconduce esta operación a sus justos límites, que no son otros que los del negocio jurídico efectivamente realizado, de acuerdo con la rama del Derecho correspondiente (generalmente civil o mercantil). Ha desaparecido acertadamente la referencia a una «verdadera naturaleza» del hecho imponible situada más allá de la única naturaleza jurídica existente (61). Se ha eliminado también del precepto la antigua duplicidad de la calificación en función de la naturaleza «jurídica» o «económica» del hecho imponible, aunque por una ironía de los textos esta distinción sigue figurando en el actual apartado 1 del

(59) Cfr., p. ej., Resolución del TEAC de 9 de diciembre de 1988 (*Carta Tributaria*, núm. 97, ref.ª 2216), 2 de noviembre de 1989 (*Impuestos*, 1990, I, 729), 29 de mayo de 1991 (*Carta Tributaria*, núm. 170, ref.ª 4038) y 2 de febrero de 1994 (Base de datos *Normacef*). El razonamiento se encuentra en todas estas resoluciones en el Considerando 7.º y el impuesto en cuestión es en unos casos el Impuesto sobre las Rentas del Capital y en otros el IRPF (retenciones del capital mobiliario).

(60) Resolución del TEAC de 26 de junio de 1991, *cit. supra*, nota 54, Considerando 5.º.

(61) El calificativo se conserva, no obstante, en los artículos 2.º 1 del TR y del Rgto. del ITP y AJD y 7.º del Rgto. del ISD.

artículo 28. En resumidas cuentas, lo que se establece en el artículo 28.2 es el principio general de aceptación a efectos tributarios de la calificación jurídica procedente con arreglo al Derecho privado salvo que se demuestre, con arreglo a los métodos jurídicos generales de interpretación, que el legislador fiscal ha atribuido a los términos un sentido que difiere en parte del jurídico-privado. Fuera de este supuesto, la calificación jurídico-privada solamente podrá desconocerse cuando se determine, mediante el preceptivo expediente especial, que el negocio se ha realizado en fraude a la ley (tributaria). En otros términos, un negocio jurídico que no sea en fraude de ley no puede someterse a una imposición no prevista en la ley aunque su significado y efectos económicos coincidan con los de un negocio gravado.

Los principios ortodoxos en materia de calificación, cuya vigencia restablece la Ley 25/1995, cierran también el paso en el futuro al negocio indirecto como vía para eludir la aplicación de la norma sobre el fraude de ley, al que había recurrido frecuentemente el TEAC, especialmente en los casos de «primas únicas». Desde la perspectiva del Derecho tributario, el negocio indirecto, es decir, aquel que se utiliza para conseguir un fin distinto del propio de su estructura, será un negocio en fraude de ley si la finalidad perseguida es eludir la norma fiscal (62). En este caso la Administración tributaria podrá recalificar el negocio, a los solos efectos fiscales, pero para ello tendrá que incoar el correspondiente expediente. Si la finalidad del negocio indirecto es otra, incluso cuando sea la de eludir una norma de otra clase, la Administración tributaria deberá, en mi opinión, aceptar el tipo negocial elegido por las partes, sin que pueda entrar a examinar su validez a efectos privados, lo cual es competencia exclusiva de los Tribunales ordinarios. Si el negocio es calificado de manera diversa por éstos, la nueva calificación prevalecerá también a efectos tributarios. En el caso de que se declarase su nulidad, ésta no se tendrá en cuenta a dichos efectos (art. 28.2, última frase, de la LGT).

Las consideraciones precedentes no excluyen, en modo alguno, que en la calificación (al igual que en la interpretación de la ley) se tome en consideración el significado económico de los negocios o hechos realizados. Se trata de la versión moderna, moderada, de las antiguas teorías de la interpretación económica, según la cual tomar en consideración dichos aspectos económicos se identifica con atender al elemento teleológico de la interpretación. No representa, en consecuencia, ninguna especialidad del Derecho tributario. Como señala COMBARROS VILLANUEVA (63), una de las funciones que puede desempeñar este elemento es justamente la de determinar cuándo el legislador fiscal ha utilizado los términos procedentes del Derecho privado en un sentido distinto del que éste les atribuye. Cuando se demuestre la existencia de este sentido propio, éste condicionará evidentemente la calificación de los correspondientes hechos. Pero a este resultado sólo se podrá llegar cuando la ley ofrezca la base adecuada. Mientras ello no suceda, la presunción es la de coincidencia con el significado jurídico-privado. La interpretación, y por tanto la calificación, que ha de hacerse a la luz de los conceptos y criterios suministrados por la ley, no puede rebasar el sentido posible de los términos empleados por ésta (64).

(62) Sobre el negocio indirecto y sus relaciones con el negocio en fraude de ley, véase el magistral capítulo V, parte V, de *El negocio jurídico* de F. DE CASTRO (*cit. supra*, nota 31), pág. 443 y ss.

(63) «La interpretación económica como criterio de interpretación jurídica», *Civitas REDF*, núm. 44 (1984), pág. 485 y ss. (especialmente 493 y ss.).

(64) *Cfr.* COMBARROS, *ibídem*, pág. 497 y s.

El artículo 28.2 formula las ideas expuestas diciendo que «el tributo se exigirá con arreglo a la naturaleza jurídica del presupuesto de hecho *definido por la ley*». En realidad, el objeto de la calificación, cuya naturaleza jurídica se trata de determinar, es el hecho imponible de la realidad (65), si bien la finalidad de esta operación es determinar si su naturaleza coincide con la de los hechos o negocios establecidos por la ley, por lo que la fórmula empleada en el precepto no plantea especiales problemas.

El artículo 28.2 dispone que la calificación se hará con arreglo a la naturaleza jurídica del presupuesto de hecho, «cualquiera que sea la forma o denominación que los interesados le hayan dado». La frase es muy semejante a la que figuraba en el apartado 2 del artículo 25 en su redacción anterior («cualquiera que sea la forma elegida o la denominación utilizada por los interesados»). Está claro que el nombre con que las partes hayan rotulado un negocio no es decisivo respecto a la naturaleza de éste.

Mayores dudas suscita la referencia a la «forma». En el antiguo artículo 25 podía entenderse que con este término se aludía al tipo de negocio; tesis que podía hallar apoyo en el hecho de que el apartado 3 de dicho artículo disponía que la calificación de los hechos imponibles de «naturaleza económica» se hiciera «con independencia de las formas jurídicas que se utilicen». Esta interpretación chocaría hoy, sin embargo, con el principio general de calificación según la naturaleza jurídica del negocio, que, como hemos visto, exige, ante todo, respetar, en principio (salvo que de la ley resulte otra cosa), la calificación jurídico-privada, de la que es parte esencial el tipo negocial elegido. Tampoco parece que la palabra «forma» deba entenderse aquí en su acepción jurídica más común, es decir, como manifestación externa de la voluntad negocial. Tratándose de la forma solemne legal (normalmente escritura pública), su omisión, que generalmente no influirá sobre la calificación, es irrelevante a efectos fiscales en virtud de la última frase del artículo 28.2 («prescindiendo de los defectos que pudieran afectar a su validez»). Por consiguiente, parece que por «forma» habrá que entender a efectos de este precepto aquellos aspectos del negocio, tales como los términos utilizados por las partes, que sin afectar a su contenido y, por tanto, al tipo negocial, pudieran inducir a pensar *prima facie* que nos encontramos ante un negocio determinado.

En cuanto a la última frase del artículo 28.2, que ordena prescindir de los «defectos de forma que pudieran afectar a (la) validez» del acto o negocio, se trata de una norma tradicional, reflejo del principio tributario de capacidad económica. Como es sabido, dicha norma tiene su origen y aplicación principal en los impuestos cuyo hecho imponible consiste en una transmisión (*cfr.*, en el Derecho vigente, los arts. 2.º 1 y 57 del TR del ITP y AJD y 7.º del Rgto. del ISD).

(65) La enmienda núm. 118 del Grupo Parlamentario Catalán en el Congreso, de la que, como ya quedó indicado (*supra*, nota 57), proviene el artículo 28.2, se refería, más correctamente, al «presupuesto de hecho realizado por las partes». La sustitución de esta frase por la que figura en el texto vigente se debe a la enmienda núm. 151 del Grupo Socialista en el Senado, con la justificación de «precisar mejor la importancia del principio de legalidad como mecanismo rector de la exacción de los tributos». Ahora bien, la naturaleza que hay que determinar es la de los hechos o negocios realizados, si bien esta calificación debe hacerse a la luz de la ley. Los términos «presupuesto de hecho» y «hecho imponible» son ambiguos, ya que designan, según el contexto, al definido en la norma o al real. La terminología alemana, tanto tributaria como penal, distingue claramente entre el *Tatbestand* o presupuesto normativo y el *Sachverhalt* o presupuesto fáctico.