



Simulación y delito contra la Hacienda Pública (a propósito de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid en el caso *Xabi Alonso*)

César García Novoa

*Catedrático de Derecho Financiero y Tributario.
Universidad de Santiago de Compostela*

Extracto

La Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 25 de noviembre de 2019 establece que no hay delito de defraudación tributaria por la creación de una sociedad por el exjugador de fútbol Xabi Alonso. Aunque Xabi Alonso constituyó una sociedad para cobrar sus derechos de imagen, la sociedad no es completamente simulada.

Palabras clave: sociedades simuladas; futbolistas; derechos de imagen; delito de defraudación tributaria; elusión tributaria.

Fecha de entrada: 15-01-2020 / Fecha de aceptación: 17-02-2020

Cómo citar: García Novoa, C. (2020). Simulación y delito contra la Hacienda Pública (a propósito de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid en el caso *Xabi Alonso*). *Revista de Contabilidad y Tributación. CEF*, 444, 89-118.





Simulation and tax crime (about the judgment of the Provincial Audience of Madrid in the case *Xabi Alonso*)

César García Novoa

Abstract

The judgment of the Provincial Court of Madrid of November 25, 2019 establishes that there is no tax crime for the creation of a company by soccer player Xabi Alonso. Although Xabi Alonso set up a company to collect its image rights, the corporate entity is not completely simulated.

Keywords: simulated companies; soccer player; image rights; tax crime; tax avoidance.

Citation: García Novoa, C. (2020). Simulación y delito contra la Hacienda Pública (a propósito de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid en el caso *Xabi Alonso*). *Revista de Contabilidad y Tributación*. CEF, 444, 89-118.





Sumario

1. Introducción
 2. Antecedentes
 3. La tributación de los derechos de imagen de los deportistas profesionales
 4. La posible condición de simulada de la sociedad Kardzali
 5. Simulación y las sociedades interpuestas para la cesión y el cobro de derechos de imagen
 6. La existencia o no de simulación en el caso *Xabi Alonso*
 7. Conclusiones generales. Lo que quizás la sentencia debió haber dicho y no dijo
- Referencias bibliográficas

1. Introducción

El 25 de noviembre de 2019, la Sección 30 de la Audiencia Provincial de Madrid dictó Sentencia (rec. núm. 1014/2018 –NFJ075671–) en la que absolvía a los acusados, Xabi Alonso, exfutbolista de, entre otros, la Real Sociedad, Liverpool, Real Madrid y Bayern de Múnich y a sus abogados y asesores de los delitos contra la Hacienda Pública que se les imputaban. Tales delitos, según la calificación del Ministerio Fiscal, eran los previstos en el artículo 305.1 y 2 del Código Penal.

Esta sentencia alcanzó gran repercusión mediática, no solo por la popularidad del acusado, un conocido exjugador de fútbol, sino también por el hecho de que haya sido prácticamente el único de los personajes famosos implicados en procesos penales por delitos de defraudación tributaria que no se acogió a la conformidad para evitar la celebración del juicio oral prevista para el procedimiento ordinario en los artículos 688 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y para el abreviado en los artículos 784.3 y 787 de la misma norma. Tampoco Xabi Alonso pretendió la aplicación de la medida que se incluye en el artículo 305.6 del Código Penal tras la reforma operada por Ley Orgánica 7/2012, denominada «superatenuación». La misma, como es sabido, puede conllevar la rebaja de las penas de prisión y de multa en uno o dos grados siempre que el obligado tributario o el autor del delito, «antes de que transcurran dos meses desde la citación judicial como imputado, reconozca judicialmente los hechos y pague la deuda tributaria»¹. Esto supone que, aun tratándose del tipo agravado de fraude del artículo 305 bis y aunque la rebaja sea únicamente de un grado, la pena de prisión podría no superar los dos años, pudiéndose evitar el ingreso en prisión.

En el supuesto que nos ocupa, la representación legal del futbolista decidió ir a juicio oral que concluyó con esta sentencia absolutoria. Y ello, como dijimos, supone una novedad, ya que la resolución judicial recayó tras la celebración de un juicio oral en el que el exjugador pudo defenderse de las acusaciones de delito fiscal, algo que no sucedió en otros muchos supuestos. En cualquier caso, la Fiscalía ya ha recurrido la resolución, solicitando, además, la repetición del juicio².

¹ Sobre la valoración que esta *superatenuación* merece a la doctrina, véase Dopico Gómez-Aller (2019, pp. 42 a 47).

² El recurso se fundamenta en que, según el fiscal «varios elementos de prueba valorados en la sentencia no fueron sometidos a contradicción en la vista oral», y en que «la valoración de las pruebas que hizo el

La sentencia objeto de comentario incluye consideraciones muy importantes con relación a la utilización de sociedades interpuestas para percibir los derechos de imagen de los jugadores de fútbol. En especial, porque, como veremos, centra el objeto de análisis, a los efectos de determinar si el acusado había cometido los delitos contra la Hacienda, en la realidad del contrato de 1 de agosto de 2009, de cesión de derechos de imagen a la entidad mercantil Kardzali Comercio Serviços de Consultoria e Investimentos LDA (en adelante, Kardzali), entendiéndose que únicamente podría imputarse la comisión de los delitos si tal contrato no fuese real por tratarse de una simulación absoluta. Así, para la resolución judicial:

[...] lo primero que ha de efectuar esta sentencia, por tanto, es analizar el negocio supuestamente falso y, en el caso de que apreciáramos la existencia de simulación, extraer la consecuencia legal correspondiente, en el bien entendido de que, de rechazarse la alegada simulación absoluta, el comportamiento sometido a nuestro enjuiciamiento no sería típico... (fundamento de derecho segundo).

En cualquier caso, esta resolución es importante porque, como con acierto señala Pedreira Menéndez (2020, p. 3), «desvirtúa todos los criterios que habitualmente son utilizados por la AEAT para defender la simulación de este tipo de sociedades».

2. Antecedentes

Curiosamente, y así lo recoge la sentencia, hay una coincidencia absoluta, tanto de las acusaciones como de la defensa, en cuanto a los hechos, que aparecen expuestos en los antecedentes de la resolución. La aceptación de los hechos no deja de acrecentar la perplejidad acerca de que un supuesto como este se ventile en sede penal cuando se admite que no hubo ocultación y que lo que hay es una discrepancia jurídica sobre si concurre o no una simulación absoluta.

En la propia narración de los hechos probados se hace un recorrido por la carrera deportiva del exjugador de fútbol Xabi Alonso, de sobra conocida por todos los aficionados a este deporte. Así se recuerda que después de su traspaso al Liverpool desde la Real Sociedad, tributó en Gran Bretaña como *non dom*, y que el 5 de agosto de 2009 fichó por el Real Madrid, equipo en el que jugó durante cinco temporadas, hasta su ingreso en el Bayern de Múnich el 29 de agosto de 2014. De esta forma, desde su incorporación a la plantilla del Real Madrid pasó a estar sujeto a los impuestos españoles, por adquirir la condición de residente fiscal en España y, por tal motivo, presentó y satisfizo el impuesto sobre la renta de las personas físicas (IRPF). En concreto, en el periodo impositivo de 2010, pagó la cantidad de 2.523.647,32 euros; en 2011, 358.275,35 euros, y en 2012, la cifra de 3.833.077,93 euros.

tribunal plasmada en la sentencia es incorrecta», lo que lleva a que existe una «falta de racionalidad de la motivación fáctica con base en las pruebas practicadas en el juicio oral y la coherencia entre ellas».

Tales cuotas abonadas no comprendían, sin embargo, las cuantías percibidas del Real Madrid por explotación de su imagen (retribuciones por derechos de imagen), ya que el 1 de agosto de 2009, antes del traslado de su residencia a España y con el consejo de su asesor fiscal, cedió el derecho a explotar su imagen a la entidad Kardzali mediante la firma de un contrato por cinco años a cambio de una retribución a tanto alzado de 5.000.000 de euros. Kardzali había sido constituida en Madeira (Portugal) y le resultaba aplicable el Régimen Fiscal Especial de Madeira que le otorgaba una exención total de impuestos hasta el año 2012³. El 16 de diciembre de ese año 2009 el futbolista adquiriría el 100 % de las participaciones de la entidad, la cual se subrogaría en la posición de Adidas España, SA, que era cesionaria del derecho a explotar, con carácter único y exclusivo y con alcance mundial, los derechos de imagen de Xabi Alonso.

Posteriormente, Kardzali cedería en exclusiva al Real Madrid el 50 % de los derechos de imagen del futbolista, habiendo procedido el equipo madrileño a practicar retenciones por el impuesto sobre la renta de no residentes, al tratarse de pagos efectuados a una entidad residente en Portugal.

Durante toda la etapa de la vida deportiva de Xabi Alonso como futbolista del Real Madrid, Kardzali gestionó la explotación de los derechos de imagen que le fueron cedidos, subcontratando en ocasiones a la sociedad The Best of You. Así, Kardzali firmó los contratos de cesión de tales derechos a DTS Distribuidora de Televisión Digital, SAU, a Procter & Gamble España, SA, a Electronic Arts Software, SL, a Angula Aguinaga, SAU, a Dua Kelinci, a Thai Yamaha Motor CO LTD y a El Corte Inglés, SA.

Los rendimientos percibidos por estos contratos no fueron incluidos en las declaraciones del IRPF de Xabi Alonso al entender el futbolista que no era renta percibida por él, sino por la sociedad Kardzali, lo que suponía que eran ingresos que no tenían que imputarse al jugador en tanto no fueran distribuidos.

Pues bien, para el abogado del Estado, en postura a la que se adhiere el Ministerio Fiscal, pese a la forma de la que se revistió la operación, la venta de los derechos de imagen por parte de Xabi Alonso a la sociedad portuguesa Kardzali:

[...] no fue real, sino simulada y se formalizó con el único propósito de crear la apariencia de haber cedido los derechos de imagen del jugador para eludir la tributación en España de los rendimientos obtenidos por la explotación de esos mismos derechos de imagen.

³ Se trataba de una entidad radicada en Madeira (Portugal), constituida antes del año 2001, por lo cual le era aplicable el Régimen Fiscal Especial de Madeira que le otorgaba una exención total de impuestos hasta el año 2012; en el año 2012, únicamente le sería aplicable un tipo del 4 %; y, entre 2013 y 2020, del 5 %; régimen aprobado por la Unión Europea.

Sobre la base de esta afirmación entienden las acusaciones que se ha producido un incumplimiento de la obligación de declarar estos rendimientos en la tributación personal de Xabi Alonso, y consideran que el futbolista (y sus asesores en concepto de cooperadores necesarios⁴) han cometido tres delitos contra la Hacienda Pública relativos al IRPF de los ejercicios de 2010, 2011 y 2012. Las cantidades defraudadas ascenderían a 606.876,10 euros en el ejercicio 2010, 170.012 euros en el ejercicio 2011 y 1.255.957,32 euros en 2012.

3. La tributación de los derechos de imagen de los deportistas profesionales

La práctica de retribuir parcialmente a los deportistas profesionales por la cesión de los derechos de imagen comienza en nuestro país en los años ochenta. Se trata de que el club pague al jugador no solo por jugar al fútbol sino también por usar su imagen en pósters, publicidad o *merchandising*. Así, empieza a generalizarse la fórmula de que el contrato que el futbolista firma con el club incluya el importe del salario propiamente dicho, que retribuiría la relación laboral especial de deportistas profesionales, contenida en el Real Decreto 1006/1985, de 26 de junio. Y que también prevea la retribución por la cesión que el jugador efectúa al club del derecho al uso de su imagen.

La retribución del uso de la imagen es posible si tenemos en cuenta la vertiente positiva de este derecho de la personalidad, previsto en el artículo 18.1 de la Constitución y desarrollado en la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la Propia Imagen. Se trata de un derecho del que solo son titulares las personas físicas. Su contenido positivo es la difusión y publicación de la propia imagen. Su contenido negativo incluiría la posibilidad de evitar la reproducción de la propia imagen frente a terceros. Se trata, además, de un derecho patrimonial, de modo que la imagen puede convertirse en un intangible susceptible de adquirir valor económico mediante su cesión onerosa a terceros.

La retribución de los futbolistas profesionales por su actividad ordinaria al servicio del club o sociedad anónima deportiva (jugar partidos, entrenar, concentrarse...) tendría la condición de rendimiento de trabajo en el IRPF del futbolista, teniendo en cuenta que este es-

⁴ Como es sabido, la cooperación necesaria se equipara a la autoría en cuanto a la penalidad. Se considera cooperador necesario al asesor fiscal cuando facilita los medios imprescindibles, entre los que pueden estar sus propios conocimientos, si el comportamiento defraudatorio empleado comporta un sofisticado diseño de la operación o un conocimiento profundo de las normas y procedimientos fiscales. Así, el Tribunal Supremo en Sentencia de 26 de julio de 1999 (rec. núm. 2491/1998 –NFJ008173–), y aplicando la teoría de los bienes escasos, señala que puede condenarse al asesor como cooperador necesario «si aporta conocimientos técnicos que estén al alcance de pocas personas». Además, si diseña toda la operación o facilita sociedades interpuestas.

taría vinculado por una relación laboral especial con la entidad para la que juega. Pero las retribuciones por derechos de imagen no podrían tener esta condición. En principio, esta retribución se calificaría como rendimiento de capital mobiliario. El artículo 25.4 d) de la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del IRPF, incluye en el apartado «Otros rendimientos del capital mobiliario», «los procedentes de la cesión del derecho a la explotación de la imagen o del consentimiento o autorización para su utilización, salvo que dicha cesión tenga lugar en el ámbito de una actividad económica».

Además, los contratos que firman los futbolistas con los clubes o sociedades anónimas deportivas han adquirido una mayor complejidad al incluir otras prestaciones como actividades publicitarias, promocionales y de marketing, que se comprometen a realizar los deportistas. Se trata, como ha dicho el Tribunal Supremo, en Sentencias de 11 de octubre de 2012 (rec. núm. 3278/2009 –NFJ075922–) y de 28 de febrero de 2013 (rec. núm. 2773/2010 –NFJ050475–), de «actividades que exceden con mucho de los simples derechos de imagen». Para el Alto Tribunal esos compromisos que asume el jugador de fútbol son propios de un contrato de prestación de servicios y constituyen una actividad profesional. Por consiguiente, tributarían en el IRPF como rendimientos de actividades económicas.

La intrahistoria del régimen tributario de los derechos de imagen es de sobra conocida. En los albores de los años noventa la Administración tributaria no admitía de buen grado que una parte de la retribución de los futbolistas pudiese materializarse en pagos por derechos de imagen. Para el Fisco español era una situación cuasifraudulenta y se solía invocar el artículo 26.1 del Estatuto de los Trabajadores, norma común en materia de relaciones laborales. Para este precepto, el concepto de salario abarcaría no solo la contraprestación directa o inmediata por el trabajo prestado, sino también, salvo exclusión legal constitutiva, toda prestación que siquiera de modo indirecto o mediato, tenga su causa en el trabajo prestado por cuenta ajena y dependiente. Sobre la base de este precepto se construía la denominada «presunción salarial» de las cuantías percibidas por el trabajador en régimen de dependencia (Sentencias del Tribunal Supremo de 12 de febrero de 1985 –RJ 1985, 636– y de 9 de febrero de 1987 –RJ 1987, 800–), según la cual «de la fórmula legal deriva la presunción *iuris tantum* de que todo lo que recibe el trabajador de la empresa le es debido en el concepto amplio de salario». Así se termina por afirmar que las cantidades percibidas por el futbolista por la cesión de derechos se incorporasen al salario. Y era lo que se entendía que debía hacerse cuando la cesión de derechos de imagen se encontrase recogida en el contrato de trabajo (Cazorla Prieto y Corcuera Torres, 1999, p. 236).

Como es sabido, y ante el riesgo de que toda la retribución percibida por el futbolista fuera considerada rendimiento del trabajo gravado en España al tipo máximo de la tarifa progresiva del IRPF, se empezó a difundir la práctica de la interposición societaria. De lo que se trataría es de que el jugador transfiera a una sociedad de la que tendría una parte considerable o la totalidad de su capital el derecho a explotar su imagen. Y que fuese la entidad la que negociase con el club o sociedad anónima deportiva la cesión a esta del derecho a usar la imagen del jugador (Magraner Moreno, 2012, pp. 27 y ss.). Todo ello a través

de una doble relación contractual. Por un lado, un contrato laboral, entre el deportista y el club, cuyos rendimientos se integrarían en el IRPF y tributarían normalmente al tipo máximo. Por otro, un contrato mercantil, entre el equipo de fútbol y la sociedad interpuesta explotadora de los derechos. Estos últimos tributarían al tipo proporcional del impuesto sobre sociedades, que en la actualidad es del 25 % y cuando comenzó esta práctica, del 35 %.

En buena medida, la postura de la Administración tributaria era seguir considerando que los pagos efectuados por el club a la sociedad cesionaria de los derechos de imagen eran salario del jugador. Esta postura encontró respaldo en algunas Resoluciones del Tribunal Económico-Administrativo Central (TEAC), como la de 17 de noviembre de 1999 (RG 9282/1996 –NFJ008482–), que hablaba de una «apariencia de cesión» que descansaría sobre otra apariencia, la de la personalidad jurídica de las sociedades interpuestas, de modo que los pagos efectuados a estas sociedades serían, en realidad, retribuciones laborales satisfechas al propio deportista. Entendía el TEAC que «[...] sería aplicable la teoría del levantamiento del velo, al coincidir dicha realidad fáctica, el abuso del derecho, y la finalidad de obtener unos resultados que de otra manera no se producirían».

A pesar de las pretensiones de la Administración tributaria de imputar estos rendimientos en la base del IRPF del futbolista sin una expresa previsión legal que lo permitiese, la Ley 13/1996, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, estableció un peculiar mecanismo de imputación al jugador de los rendimientos derivados de la explotación de su imagen abonados por el empleador a las sociedades cesionarias. Ello tendría lugar cuando dichos rendimientos superasen el 15 % de la suma de tales rendimientos y del salario percibido por el jugador, previéndose además un ingreso a cuenta sobre los mismos. Lo que suponía que, si tales ingresos por derechos de imagen estaban por debajo de ese 15 %, no se producía tal imputación.

Esa denominada regla 85/15 funcionaba como un *safe harbour* o puerto seguro, para evitar la imputación siempre que el pago por los derechos de imagen del futbolista no sobrepasase el 15 % de la totalidad de las retribuciones⁵. Tal régimen especial pasó posteriormente al artículo 76 de la Ley 40/1998, de 9 de diciembre, del IRPF, y se encuentra actualmente recogido en el artículo 92.2 de la Ley 35/2006, de 28 de noviembre. Señala este precepto que:

[...] la imputación a que se refiere el apartado anterior no procederá cuando los rendimientos del trabajo obtenidos en el periodo impositivo por la persona física a que se refiere el párrafo primero del apartado anterior en virtud de la relación

⁵ Véase lo señalado por Serantes Peña (10 de diciembre de 2019) cuando dice que:

[...] todos, al leer la norma, tras estudiarla, tras las charlas y conferencias a las que asistimos, muchas de ellas impartidas por Inspectores, tras leer las consultas de la DGT, consideramos y concluimos que el 15 %-85 % era un *safe harbour*, un puerto seguro: mientras no superes el 15 % no te va a pasar nada.

laboral no sean inferiores al 85 por ciento de la suma de los citados rendimientos más la total contraprestación a cargo de la persona o entidad a que se refiere el párrafo c) del apartado anterior por los actos allí señalados.

En suma, se implanta un régimen que consiste en «transparentar» legalmente a la sociedad cesionaria de los derechos⁶. Pero lo que se dilucida en la sentencia objeto de este comentario es si la Administración puede acudir a la técnica de «transparentar» al margen de una expresa previsión legal.

Por ejemplo, la Sentencia de la Audiencia Nacional (AN) de 24 marzo de 2010 (rec. núm. 39/2009 –NFJ038535–) niega esta posibilidad cuando dice que no se puede desconocer la existencia de la sociedad interpuesta e imputar directamente los pagos efectuados por el club al futbolista como renta del trabajo. Y ello porque:

[...] la Administración no ha negado la realidad de los contratos suscritos con las sociedades ni los ha calificado como simulados, y tampoco se ha dirigido a los jugadores para que acreditaran su grado de vinculación con las sociedades a las que han ido a parar los pagos o en relación con sus acuerdos previos sobre sus derechos federativos, ni consta que haya regularizado a tales jugadores por las rentas obtenidas por los mismos incluyendo el concepto discutido.

Entiende la AN que no puede alegarse una cuestión de «calificación» (como lo habían hecho los informes evacuados por la Agencia Tributaria y la Abogacía del Estado para levantar el velo de las sociedades) para atribuir unos pagos a sujetos distintos de los que formalmente los han recibido pues ello supone para dicho tribunal «[...] imputar una simulación, en cuyo caso, rige lo dispuesto en el art. 1.277 del Código Civil, entendiendo, por tanto, que la causa del contrato existe y es verdadera, o al menos no se ha acreditado lo contrario» (Cordero Saavedra, 2003, p. 7).

En suma, para la doctrina de la AN no cabe imputar dicho pago al jugador en concepto de rendimientos del trabajo si no se acredita, siquiera mediante prueba indiciaria, que detrás de las sociedades intermediarias está el jugador, de manera que los pagos realizados a las mismas hayan tenido como destinatario último dicho jugador, y respondan a rendimientos del trabajo derivados de su relación laboral con el club. Para ello será necesario declarar que la sociedad es simulada, y que carece de una verdadera personalidad, de manera que quien sigue operando realmente como sujeto de derecho es el deportista. Y ello porque la ilusión de personalidad de la sociedad interpuesta es la base para considerar que existe una apariencia de cesión.

⁶ Aunque el mismo resulte discutible desde la perspectiva de la capacidad económica. Así lo entiende Falcón y Tella (2000, p. 10).

Ese es el criterio que sigue la sentencia aquí analizada la cual dice con absoluta claridad que:

[...] solo se habrían cometido los tres delitos fiscales que se imputan si la cesión de la explotación de sus derechos de imagen a KARDZALI COMERCIO SERVIÇOS DE CONSULTORIA E INVESTIMENTOS LDA, efectuada por Xabi Alonso en el contrato de 1 de agosto de 2009, debe calificarse como falsa, ficticia, inexistente...

Añadiendo que:

[...] en caso contrario, esto es, si el contrato hubiera estado amparado en una causa verdadera, esta habría de reputarse lícita a efectos fiscales, pues el artículo 92 de la ley de renta ampararía la ausencia de tributación... y... no procederá la imputación en sede del impuesto sobre la renta de las personas físicas de Xabi Alonso en los periodos controvertidos si se entiende que dicho contribuyente –a través del repetido contrato de 1 de agosto de 2009– cedió realmente el derecho a la explotación de su imagen a otra persona o entidad, residente o no residente... (fundamento de derecho segundo).

Lo esencial es, por tanto, la posibilidad de negar la realidad de los contratos suscritos, calificándolos como simulados. Esta es la clave de bóveda de la presente sentencia, en relación con la constitución de la sociedad Kardzali.

4. La posible condición de simulada de la sociedad Kardzali

La cuestión principal de la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid comentada es si la sociedad Kardzali puede ser desconocida por ser una sociedad simulada. Y, como dice la propia resolución, lo primero que hay que hacer es analizar el negocio, y si se aprecia simulación, extraer la consecuencia legal correspondiente. Si se rechazase la alegada simulación absoluta, el comportamiento sometido a enjuiciamiento no sería típico. Por tanto, todo se hace depender de la concurrencia de simulación y, en concreto, de una simulación absoluta que es la única, para la Audiencia, que podría legitimar el desconocimiento o *disregard* de la sociedad.

Recordemos que la simulación constituye el núcleo de una de las cláusulas generales antiabuso (denominadas GAAR o *General Anti-Abuse Rule*) contenidas en nuestro ordenamiento jurídico, concretamente en el artículo 16 de la Ley General Tributaria. Este precepto señala que en los actos o negocios en los que exista simulación, «el hecho imponible gravado será el efectivamente realizado por las partes», añadiendo que la existencia de simulación «será declarada por la Administración tributaria en el correspondiente acto de liquidación» sin que dicha calificación produzca otros efectos que los exclusivamente tributarios. El tercer párrafo del precepto señala que «en la regularización que proceda como

consecuencia de la existencia de simulación se exigirán los intereses de demora y, en su caso, la sanción pertinente».

No obstante, este precepto no define qué se entiende por simulación, por lo que habrá que atender al concepto jurídico de este término que deriva de la legislación común.

Sobre el concepto civil de simulación se ha escrito mucho y el solo resumen de la doctrina sobre el tema desbordaría los límites de este trabajo. Señalemos, simplemente, que cabe entender por «simulación» la apariencia de lo que no es o una cosa que realmente no existe. Así, Ferrara (1961, p. 43) ha venido dando una definición de negocio simulado en el sentido de entenderlo como aquel negocio que «tiene una apariencia contraria a la realidad, o porque no existe en absoluto o porque es distinto de cómo aparece». Al primer supuesto se le suele catalogar de «simulación absoluta», mientras que el segundo se denomina «simulación relativa», y abarca, sobre todo, la simulación relativa referida a la naturaleza del negocio, pero incluye otros supuestos importantes como son la simulación referida al objeto, al precio o a los sujetos, en especial la actuación mediante persona interpuesta (Ferrara, 1961, pp. 261 y 262)⁷.

En esta misma línea se manifiestan de forma reiterada otros muchos autores clásicos. Así, para De Castro la simulación negocial existe cuando se oculta bajo la apariencia de un negocio jurídico normal otro propósito negocial, ya sea contrario a la existencia misma del negocio (simulación absoluta), ya sea el propio de otro tipo de negocio (simulación relativa)⁸. En su esencia, por tanto, la simulación encierra «una apariencia jurídica simulada para encubrir la verdadera realidad disimulada» (Hensel, 1954, p. 149). Esa apariencia puede ser la de un negocio que las partes no han querido realizar, lo que determina su falsedad e inexistencia jurídica (Díez-Picazo y Gullón Ballesteros, 1995, p. 556) –Ferrara habla simplemente de nulidad⁹– o la creación de una simple «apariencia engañosa» de negocio (De Castro, 2016, p. 292). En cualquier caso, como dicen Díez Picazo y Gullón Ballesteros (1995, p. 556), se trata de un *disfraz*, puesto que aparentemente se realiza un negocio jurídico, pero queriendo y llevando a cabo otro distinto.

La simulación se sitúa, por tanto, en el plano de las apariencias, lo que no supone otra cosa que una contradicción entre lo que se declara y lo que realmente se quiere¹⁰. La reso-

⁷ Para De Castro (2016, pp. 334 y 335), no toda interposición de personas es simulación, sino solo la ficticia.

⁸ La simulación absoluta sería un ejemplo de «falsedad en la causa»: De Castro (2016, p. 334); Betti (2018, pp. 37-38); Gómez Calle (1995, p. 6217).

⁹ Ferrara (1961, p. 287) señala que «el negocio absolutamente simulado es nulo».

¹⁰ Para la doctrina del Tribunal Supremo la simulación contractual es un vicio de la declaración de voluntad en los negocios jurídicos, por el cual ambas partes, de común acuerdo y con el fin de obtener un resultado frente a terceros que puede ser lícito o ilícito, dan a conocer una declaración de voluntad distinta de su interno querer. Véase, por todas, la Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de noviembre de 1999 –Aranzadi 7999–. Véase Gullón Ballesteros (1969, p. 119).

lución judicial de la Audiencia Provincial de Madrid resume la doctrina sobre la simulación citando la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 11 de febrero de 2016, dictada en el recurso de casación núm. 44/2014 (NCJ060947), según la cual «la simulación no es otra cosa que la apariencia negocial», de manera que:

[...] bajo esta se oculta un caso inexistente (simulación absoluta) o bien otro negocio jurídico distinto (simulación relativa), lo cual es atinente a la causa del negocio: si no la hay, la simulación será absoluta y el aparente negocio será inexistente por falta de causa; si hay una causa encubierta y es lícita, existirá el negocio disimulado, como simulación relativa.

Y concluye el Tribunal Supremo:

[...] en el primer caso, se aplica el artículo 1275 del Código Civil en relación con el apdo. 3 del artículo 1261 del mismo texto legal; y en el segundo, no existirá el negocio simulado, pero sí el disimulado, conforme al artículo 1276 del Código Civil.

Para la Audiencia Provincial de Madrid, en la resolución comentada, el artículo 16 de la Ley General Tributaria, al referirse a la simulación a secas, abarca ambas modalidades de simulación, tanto la absoluta como la relativa. Afirmación que, en todo caso, es discutible porque la simulación relativa entendida como «simulación en la causa», puede solaparse con los supuestos de negocios «notoriamente impropios» a que se refiere el artículo 15 de la propia Ley General Tributaria, al hablar del «conflicto en la aplicación de la norma tributaria». Sin embargo, es verdad que la sentencia se centra en la simulación absoluta porque así lo exigen los términos en los que se ha planteado la acusación. Para la Fiscalía, en criterio que también sigue la Agencia Tributaria, el negocio de constitución de la sociedad Kardzali de 1 de agosto de 2009 es inexistente por ser «absolutamente simulado», en cuanto efectuado con una única finalidad espuria que no sería otra que eludir la tributación en España de los rendimientos obtenidos por la explotación por parte de Xabi Alonso de sus derechos de imagen.

La acusación funda su calificación de la sociedad como simulada en los siguientes datos, que funcionarían a modo de indicios:

- a) Carece de justificación que se cedan los cuantiosos derechos de imagen derivados del fichaje por el Real Madrid a una sociedad sin infraestructura alguna, a cambio de nada, ya que esa sociedad no puede cumplir el contrato en tanto «carecía de facultades, limitándose a seguir las instrucciones de los agentes del investigado».
- b) La causa del contrato de cesión no fue otra que la utilización de una sociedad ya constituida bajo un régimen fiscal de exención total de impuestos hasta el año 2012, sociedad que no es de nueva creación, sino que ya había sido constituida mediante un conjunto de actos complejos.

- c) El acusado Xabi Alonso intervino en la negociación de los contratos relativos a la explotación de su imagen, por lo que la entidad sería «un mero instrumento formal de ingresos y pagos que no desarrolló función alguna en la explotación de la imagen del acusado».
- d) La sociedad se subrogó en la posición jurídica de la empresa Adidas España, SA que era cesionaria del derecho a explotar, con carácter único y exclusivo y con alcance mundial, los derechos de imagen de Xabi Alonso. Pero, para la Fiscalía, Adidas «no reacciona frente al cedente». Lo que para la acusación pone de manifiesto que no había verdadera voluntad de transmitir dichos derechos, «constituyendo la cesión una mera apariencia».
- e) La cesión se efectúa sin garantía alguna en relación con el pago.
- f) La norma en la que se ampara el jugador –el art. 92 de la Ley 35/2006– no podía aplicarse a los derechos de imagen generados al margen de la relación laboral con el Real Madrid.
- g) La entidad Kardzali no podía gestionar los derechos de imagen porque la misma había sido suministrada por un *conseguidor de sociedades*, que facilitaría cargos directivos, domicilio social, gestión administrativa, cumplimiento de obligaciones fiscales legales, libros, gestión bancaria...

Procede pues valorar si estos indicios expuestos por la acusación son suficientes para calificar a la sociedad Kardzali como simulada. Pero antes debemos referirnos al alcance de la figura de la simulación en relación con el fenómeno de las sociedades interpuestas.

5. Simulación y las sociedades interpuestas para la cesión y el cobro de derechos de imagen

La persona jurídica es una de las mayores creaciones de la teoría del Derecho y una de las instituciones claves del orden jurídico. La misma ha sido construida como concepto en torno a dos rasgos distintivos: singularidad de la capacidad de la persona respecto a la de los socios y separación del patrimonio social del de los socios.

La primera de estas características fue defendida por la denominada «teoría de la ficción», según la cual la persona jurídica constituye una ficción del Derecho, ya que la capacidad jurídica es un atributo privativo de las personas naturales a las que se les presume voluntad propia y capacidad para expresarla. A través de la categoría de la persona jurídica, de lo que se trataría es de crear un sujeto ficticio que opere paralelamente a los sujetos personas físicas. Así lo explicó Savigny al decir que la persona jurídica es un ente que solo existe para fines jurídicos o Ihering, para quien las personas jurídicas son un simple medio técnico creado por el Derecho. Algo en lo que coincidían con el positivismo kelseniano: la

persona jurídica solo se explica como una pura creación del orden jurídico. También ha sustentado el carácter ficticio de la persona jurídica el ya citado Ferrara, quien sostiene que la persona jurídica es una creación del Derecho carente de existencia real. Para este autor la personalidad es un producto del orden jurídico y surge por reconocimiento del derecho objetivo (Díez-Picazo y Gullón Ballesteros, 1995, p. 619). Y el propio De Castro (1981, p. 261) atribuía a la persona jurídica la condición de *entelequia*. Y para la teoría orgánica de Gierke la persona jurídica es una realidad que el Derecho reconoce.

Por tanto, la persona jurídica es una realidad en cierto sentido ficticia por ser puramente de derecho frente a la realidad de los hechos, que es el substrato colectivo real que hay detrás de toda persona jurídica¹¹. Así, la persona jurídica en general y la sociedad en particular tendrán una capacidad jurídica propia, que la doctrina suele sustentar en una cierta ficción de la sociedad y que constituye la esencia de la personificación jurídica. Personificar es dotar a un ente ficticio de las condiciones jurídicas para ser titular de derechos o de un patrimonio.

El acto de constitución de la persona jurídica tiene naturaleza negocial, hasta el punto de que se puede hablar de «negocio fundacional». Por tanto, es posible hablar del «querer contractual de los socios» como presupuesto para la obtención de la personalidad (Capilla Roncero, 1995, p. 6266). En el caso de las sociedades, el Código Civil recoge en sus artículos 1.665 y siguientes la figura del «contrato de sociedad». Como contrato se le deben exigir los requisitos de consentimiento, objeto y causa (art. 1.261 del Código Civil) y a través del cual se puede producir un efecto traslativo de dominio de bienes o derechos. Conviene añadir, además, que la causa en el contrato de sociedad está directamente ligada a las funciones típicas de la sociedad: la realización de aportaciones para la obtención de un lucro común partible (Castán Tobeñas, 1981, p. 568).

En suma, el otorgamiento de personalidad jurídica a una entidad es una decisión del ordenamiento que supone atribuir a la misma un estatuto jurídico con determinados efectos. El más importante será la consideración de la entidad como una *universitas*, como algo distinto a la agregación de sus miembros personas físicas, que funciona como una unidad y tiene su propia individualidad. Por ello, esa capacidad propia conlleva que la creación de una sociedad sea siempre una interposición ficticia, en la medida en que supone el surgimiento de un ente con capacidad propia de actuar en Derecho y de concertar negocios, recayendo los efectos de tales negocios en la propia persona interpuesta.

Y este dato de que toda sociedad tiene un trasfondo ficticio es muy importante, puesto que su exacerbación en el ámbito tributario ha llevado a que la Administración fiscal califique de modo cuasiautomático a ciertas sociedades (de mera tenencia, de cartera, profesionales...) como interpuestas o instrumentales, identificando este calificativo con el de

¹¹ Incluido el Estado. Así lo reconoce Carré de Malberg (1998, p. 57).

sociedad simulada, sin reparar, como señala Falcón y Tella (2011, p. 7), que todas las sociedades son, en cierta medida, instrumentales y ficticias.

Dejando de lado lo que en la teoría civil de la sociedad se ha denominado «deformación» del concepto de persona jurídica¹², como una expresión del «abuso de la persona», lo cierto es que el abuso de la sociedad adquiere una mayor dimensión si cabe cuando de lo que se trata es de crear sociedades como sujetos con capacidad jurídica para que actúen como específicos titulares de bienes o derechos. Es el fenómeno que se denomina *interpositio societatis*. Puede definirse la interposición societaria como el acto consistente en la creación de una persona jurídica que actuará en lugar de las personas físicas integrantes de la misma, con personalidad jurídica diferenciada de los socios o partícipes. La sociedad siempre se interpone entre las personas físicas que la crean y un tercero.

En el ámbito fiscal, esta teoría del abuso de la sociedad se ha traducido, como apuntamos, en un permanente cuestionamiento por la Agencia Tributaria de la creación de sociedades, especialmente en ciertos ámbitos como las actividades profesionales, artísticas o deportivas, o cuando se trate de sociedades de tenencia de inmuebles o de valores mobiliarios, las cuales, con harta frecuencia, se han calificado como «simuladas» o «fraudulentas»¹³.

El antecedente inmediato de esta política está en la reticencia fiscal al desarrollo de ciertas actividades económicas mediante sociedades, que bebe en las fuentes del Informe Carter de 1975 y según el cual, mientras se mantenga la dualidad impositiva renta de personas físicas-renta de sociedades y se profundice en la misma a través de tipos diferentes, con ventajas implícitas a favor de las formas societarias, se fomentará la interposición de socie-

¹² Como afirma De Castro (1981, p. 261), la deformación de la persona jurídica es la expresión de un cambio en su fundamentación teórica, que pasará a fundarse en la existencia de un patrimonio propio, pero un patrimonio que se justifica por la realización de una actividad económica. Precisamente, en la vinculación de la persona jurídica con el desarrollo de una actividad económica radica la clave de la deformación de la misma, frente a la regla general, según la cual la persona es un sujeto susceptible de ser titular de derechos o de un patrimonio. El «aislamiento patrimonial» solo tiene sentido como causa de la deformación de la persona jurídica en la medida en que tal deformación se vincula con la realización de una actividad económica.

¹³ Destaca, por ejemplo, la Nota del Departamento de Inspección Financiera y Tributaria de 26 de marzo de 2009 de la Agencia Tributaria, en la cual la Agencia alerta sobre «ciertos mecanismos por parte de algunos profesionales, con el objeto de minorar la base imponible susceptible de ser gravada», especialmente en sectores dedicados «... a la prestación de servicios de abogacía, auditoría, consultoría, financieros, ingeniería, arquitectura, medicina...». Para la Agencia, a través del recurso de percibir las retribuciones profesionales por estas sociedades interpuestas, se lograría una «ilícita reducción de la carga fiscal». En esta línea, el Plan de Control 2012 incluía, entre otras medidas, la «lucha contra el fraude que genera alarma social». Se dice que se «perseguirá el empleo de facturas falsas, la no facturación por bienes y servicios, y los abusos de formas societarias abusivas que se emplean por parte de colectivos de profesionales, deportistas y artistas. Sobre este colectivo se iniciarán 1.436 actuaciones inspectoras, un 14 por ciento más que el ejercicio anterior» (Programa 12.500).

dades y la práctica de remansar rendimientos en las mismas, y se estará influyendo de una u otra manera, en las decisiones económicas de los particulares. El propio Informe Carter ponía en tela de juicio que se pudiesen crear sociedades para realizar ciertas actividades u ostentar la titularidad de ciertos bienes y derechos y remansar rentas en los mismos. Sobre la interposición societaria ha venido recayendo la perenne sospecha del fraude, agudizada con la supresión de la transparencia fiscal por la Ley 46/2002, de 18 de diciembre, con efectos de 1 de enero de 2003¹⁴.

Pero la clave de esta cuestión no es otra que intentar apreciar, con más o menos exactitud, cuándo la creación de una sociedad constituye un supuesto de elusión tributaria, y, por tanto, cuándo se legitima a la Administración el desconocimiento de la existencia de tal sociedad y el gravamen, directamente, de las personas físicas que la integran.

Y la primera respuesta, *ictu oculi*, es evidente. No puede prejuzgarse la condición elusiva de una sociedad interpuesta. Ni siquiera alegando que con dicha interposición lo que se pretende es remansar beneficios de la sociedad. Por el contrario, optar por desarrollar una actividad económica, sea empresarial, profesional o de explotación de bienes como inmuebles o acciones mediante una sociedad es un claro ejemplo de economía de opción. La libertad económica y de empresa, recogida en el artículo 38 de la Constitución, incluye, en su vertiente subjetiva, el derecho a elegir la forma jurídica a través de la cual se ejercerá una actividad económica. Y, por tanto, incluye, sin ningún género de duda, la libertad para decidir ejercer dicha actividad económica bajo la forma de sociedad¹⁵, siendo la decisión entre ejercer una actividad económica como persona física o como sociedad una opción libre del operador económico, integrante de lo que se conoce como criterio empresarial o *business judgement*.

La decisión de operar en el mercado a través de una sociedad es un ejemplo de planificación fiscal lícita o economía de opción, siendo esta una teoría defendida por una consolidada, aunque discontinua, jurisprudencia. Por ejemplo, las Sentencias del Tribunal Superior de Justicia (TSJ) de La Rioja de 13 de julio de 2000 (rec. núm. 751/1998 –NFJ009547–) y las del mismo tribunal de 24 de julio y 15 de noviembre de 2002 (rec. núm. 650/2001 –NFJ013539– y rec. núm. 649/2001 –NFJ076256–). El argumento utilizado por este tribunal se basa en que «es una técnica frecuente la intermediación de sociedades en negocios con el fin de mitigar

¹⁴ La transparencia fiscal, deudora del Informe Carter, era claramente contraria a la neutralidad porque desincentivaba el ejercicio de actividades profesionales en forma social. Y, sobre todo, discriminaba a los profesionales frente a los empresarios. Así lo señaló la Asociación Española de Asesores Fiscales (AEDAF) en su informe de marzo de 2002. Todo ello, sin olvidar que el Tribunal Constitucional en Sentencia 214/1994, de 14 de julio (NFJ003410), ha admitido la transparencia, legitimándola en su función de «evitar la elusión».

¹⁵ Como dicen Paz Ares y Alfaro Águila Real (2002, p. 17):

[...] la libertad de empresa puede ejercitarse colectivamente de modo que es obligatorio para el Estado (mandato de protección) dictar las normas que permitan la existencia y reconocimiento de sociedades/personas jurídicas que permitan que la actividad empresarial pueda desarrollarse en compañía de otras personas.

la fiscalidad de personas físicas», añadiendo, a mayor abundamiento, que la justificación de esta economía de opción radicaría en que el legislador «mantiene una notable distancia de los tipos impositivos entre los dos impuestos directos que sujetan a personas físicas y jurídicas». En la misma línea se posiciona la Sentencia del TSJ de Cataluña de 23 de mayo de 2019 (rec. núm. 34/2018 –NFJ074734–), a la que haremos referencia al final de este trabajo, momento en el que también insistiremos en que la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid debió incidir en el carácter de mera economía de opción de la decisión de Xabi Alonso de utilizar la sociedad Kardzali.

En realidad, la posibilidad de calificar este tipo de operaciones como economía de opción se sustenta en una lógica elemental a la que Durán-Sindreu (2007, p. 261) hace referencia tratando el caso concreto de la interposición de sociedades para la venta de acciones, al decir:

[...] ¿qué hay de malo en la utilización e interposición de sociedades? ¿qué le impide al contribuyente aportar sus acciones y/o participaciones a una sociedad e inmediatamente después venderlas a un tercero? Al aportarlas a la sociedad se transmite a esta la propiedad de las mismas. Al venderlas posteriormente, la titular de los fondos obtenidos por la venta es la sociedad y no los socios... ¿qué importa que se haya adquirido la sociedad con la única finalidad de adquirir y transmitir las acciones?

Por el contrario, para la Agencia Tributaria la interposición societaria es un ejemplo de elusión. Sin entrar ahora en las complejas aristas semánticas del concepto «elusión tributaria», lo cierto es que podemos hablar de elusión en la interposición societaria a través de la aplicación a las sociedades interpuestas del concepto de «simulación». Habrá elusión cuando la sociedad interpuesta sea una sociedad simulada.

Como hemos referido, la creación de una sociedad siempre es un fenómeno de *interpositio personae*. La sociedad siempre se interpone entre las personas físicas que la crean y un tercero. Pero la posibilidad de detectar un comportamiento elusivo se dará en la llamada «mera interposición de sociedades», esto es, cuando la creación de la sociedad interpuesta no está guiada por las motivaciones comunes que orientan la utilización de una sociedad (obtener financiación vía recursos ajenos, realizar una actividad económica con limitación de responsabilidad o, simplemente, ser titular de bienes y derechos...) sino que tiene como objetivo ocultar la existencia o intervención negocial de la persona natural que crea la sociedad.

Las sociedades se interponen con la finalidad de ocultar la titularidad real (la que corresponde a la persona física) de manera que la propia sociedad constituye un titular aparente el cual, dada la naturaleza eminentemente jurídica de la sociedad, puede definirse como un «titular jurídico»¹⁶. Así, para que se pueda hablar de simulación subjetiva, y a pesar de la

¹⁶ Esta distinción entre titularidad real y titularidad jurídica procede de la normativa relativa al blanqueo de capitales, y en concreto, de la Ley 10/2010, de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales y de

tendencia de la Administración tributaria de calificar como tal todos los supuestos de interposición (Riera Ribas, 2001, p. 72), será necesario que mediante la actuación del particular se incurra en un grado de simulación en la constitución de la persona jurídica. Ello tendrá lugar en dos casos: cuando la persona jurídica sea completamente artificial (simulación absoluta) y cuando se desvirtúe la causa típica del negocio de constitución de la persona jurídica (simulación relativa). Este último supuesto se debe identificar con lo que, en términos generales, podemos denominar «abuso del negocio societario».

En el presente caso, y como señala la Audiencia Provincial, la cuestión es dilucidar si la creación de Kardzali constituye un supuesto de simulación absoluta.

Para que podamos hablar realmente de simulación absoluta de la persona jurídica lo trascendente es la creación de un sujeto que no sustituye realmente a las personas físicas y, por tanto, que no responde a la función de generación de un nuevo centro de imputación de efectos jurídicos. En estos casos, detrás de la persona jurídica no hay otra realidad jurídica, sino la simple y mera concurrencia de una persona física. De manera que la persona jurídica no actúa realmente, sino nominalmente (es titular jurídico pero no real en los términos ya señalados). Si esto es lo que ocurre, la sociedad no existirá porque es artificiosa.

Cuando nos hallemos ante una simulación absoluta de la sociedad lo que procede es desconocer a la entidad. Como ha señalado el TEAC, en Resolución de 17 de diciembre de 2019, RG 2680/2018 (NFJ075774), la Administración puede tener por nula e ineficaz a la sociedad a efectos exclusivamente tributarios, si se tiene presente que «la simulación contractual da lugar a la nulidad absoluta o radical del contrato simulado, por inexistencia de causa». Procede desconocer a la sociedad y entender que quien realmente está operando es la persona física, sobre la base ya expuesta de que toda sociedad tiene un componente artificial y que detrás de la misma siempre hay una persona natural (Boldo Roda, 1997, p. 41).

En tal sentido, para verificar la existencia de esta falsedad, sería necesario acreditar que concurre el denominado *consilium simulationis*, entendido como voluntad de simular, pero no solo entre quien quiere permanecer oculto y la persona interpuesta, sino también entre esta y el tercero contratante. Así lo señala Ferrara (1961, p. 281), al manifestar que para la interposición simulada «no basta el acuerdo entre el interponente y el testaferro, sino que se requiere asimismo la inteligencia con el tercer contratante». Naturalmente, la voluntad de simular solo puede ser acreditada por elementos objetivos, de manera que el dato a tener en cuenta no puede ser otro que la circunstancia de si la sociedad interpuesta lleva a cabo

la financiación del terrorismo (por ejemplo, en el art. 14.1 c). Esta norma define en su artículo 4.2 b), al titular real en el caso de una persona jurídica, como:

[la] persona o personas físicas que en último término posean o controlen, directa o indirectamente, un porcentaje superior al 25 % del capital o de los derechos de voto de una persona jurídica, o que por otros medios ejerzan el control, directo o indirecto, de la gestión de una persona jurídica.

una contratación efectiva. Desde esta perspectiva, lo fundamental para poder hablar de una «simulación subjetiva» es la verificación acerca de si la persona interpuesta tiene una intervención real en la operación, o lo que es lo mismo, si actúa como contratante efectivo, entablando una relación en su propio nombre y asumiendo los derechos u obligaciones que derivan de la misma. No habrá simulación cuando el que podríamos llamar «intermediario real» contrata verdaderamente, por lo que no se estará creando la sociedad para conseguir una ocultación que desvirtúe la causa típica del contrato social. Y esa causa no es otra que la creación de un nuevo sujeto que actúe jurídicamente con sus propios medios. En suma, no hay simulación por el mero hecho de la aparición de un tercero cuando la aparición de ese tercero constituye un ejemplo de interposición real, y no hay *consilium simulationis*¹⁷.

Pero el proceso de deformación de la persona jurídica ha tenido su campo más abonado a partir de su identificación con la sociedad mercantil. Sobre todo cuando la esencia de la persona jurídica deja de ser la creación de un nuevo sujeto de derecho para pasar a ser la realización de una actividad económica. Desde esta perspectiva, la artificiosidad de la persona jurídica radicará en la carencia de lo que podríamos denominar «contenido social, empresarial o económico» de la entidad mercantil. La sociedad carecería de *business purpose* o motivo económico. La ausencia de un motivo económico nos traslada a la concurrencia de una sociedad completamente artificial, concepto que debe identificarse con la «carencia absoluta de actividad empresarial», siempre dentro de la esencial coincidencia entre la artificiosidad, la inadecuación forma-fin y la simulación, a la que hace referencia Ruiz Almendral (2010, p. 33).

En definitiva, la interposición de sociedades viene siendo catalogada como una vía elusiva cuando tales sociedades responden a una simulación absoluta o constituyen, en palabras del Tribunal Supremo en Sentencia de 2 de octubre de 2019 (rec. núm. 708/2018 –NFJ075310–), entidades ficticias, meras pantallas de las personas físicas que actúan detrás.

Quedan definidos así los requisitos para que pueda hablarse de simulación absoluta. Sin la concurrencia de los mismos no estaremos ante un caso de simulación. Y, sobre todo, no es aceptable presumir la simulación por entender que la creación de una sociedad pretende, simplemente, mitigar o reducir la carga fiscal¹⁸.

¹⁷ La deformación de la persona jurídica es la expresión de un cambio en su fundamentación teórica, que pasará a fundarse en la existencia de un patrimonio propio, pero un patrimonio que se justifica por la realización de una actividad económica. Como dijimos, en la vinculación de la persona jurídica con el desarrollo de una actividad económica radica la clave de la deformación de la misma, frente a la regla general, según la cual la persona es un sujeto susceptible de ser titular de derechos o de un patrimonio.

¹⁸ Así, conviene señalar al respecto las Sentencias del TSJ de La Rioja, de 31 de diciembre de 1999 (rec. núm. 749/1998 –NFJ076258–) y de 13 de julio de 2000 (rec. núm. 751/1998 –NFJ009547–), que niegan que la mera interposición de sociedades para llevar a cabo operaciones consistentes en la venta a plazos a una sociedad de los propios vendedores y posterior reventa por esta última al contado, pueda calificarse de simulación, añadiendo que se trata de una economía de opción, ya que «es una técnica frecuente la intermediación de sociedades en negocios con el fin de mitigar la fiscalidad de personas físicas».

Todo esto es necesario recordarlo en un contexto en el que se verifica una peligrosa tendencia de la Administración tributaria, ratificada por algunos tribunales económico-administrativos, que consiste en identificar los supuestos de sociedades interpuestas con sociedades simuladas¹⁹. Y frente a la cual el Tribunal Supremo (respecto a las sociedades profesionales) ha dicho en Sentencia de 17 de diciembre de 2019 (rec. núm. 6108/2017 –NFJ075741–) que lo determinante es probar si estas sociedades responden a una realidad jurídico material sustancial con una causa negocial lícita o, por el contrario, si son meros artificios jurídico-formales.

Precisamente por ello, el contenido de la sentencia del llamado caso Xabi Alonso constituye un interesante dique de contención a esa desbordante tendencia de la Administración en los últimos años.

6. La existencia o no de simulación en el caso *Xabi Alonso*

Conviene recordar que el tipo delictivo que se imputa al exfutbolista es el previsto en el artículo 305.1 del Código Penal. Dicho tipo consiste, entre otras conductas, en «defraudar a la Hacienda Pública estatal, autonómica, foral o local, eludiendo el pago de tributos». Cabe realizar el tipo por acción o por omisión, y la acción consiste, como dice Muñoz Conde, en «defraudar, es decir, en incumplir las prestaciones jurídico-tributarias a las que se está obligado», añadiendo que «la expresión *defraudar* tiene además una connotación de engaño» (Muñoz Conde, 1996, p. 825; Mestre Delgado, 1995, p. 2.014)²⁰ o de «mantener a la Administración en la ignorancia de los hechos con relevancia tributaria» (Pérez Royo, 1986, pp. 67 y ss.; Simón Acosta, 1998, pp. 26 y 27)²¹.

La existencia de defraudación, en el presente caso, se reconduce a la cuestión de si Kardzali es una sociedad absolutamente simulada y si se ha constituido exclusivamente con la finalidad de percibir las retribuciones del futbolista por derechos de imagen. Como hemos expuesto con anterioridad, el primer dato a tener en cuenta es si la entidad inter-

¹⁹ Así, en la Resolución de 20 de julio de 2001, el tribunal se enfrenta al empleo de sociedades transparentes destinadas a aprovechar el tratamiento fiscal de la venta de derechos de suscripción anterior a la reforma operada por el Real Decreto-Ley 1/1989. Como se recordará, el Real Decreto-Ley 1/1989, de 22 de marzo, puso fin al régimen que establecía que la venta de derechos de suscripción no suponía la determinación de un incremento por tal venta sino la consideración como menor valor de adquisición de los títulos. Véase al respecto, Gabinete jurídico del CEF (2002, p. 103).

²⁰ Por su parte, Martínez Buján Pérez (1999, p. 331) vincula el engaño a «maniobras maliciosas, maquinaciones, artificios o mendacidades».

²¹ En tal sentido, afirma Seoane Speigelberg (2000, p. 103) que «es unánime la doctrina y la jurisprudencia, en el sentido de que la comisión del delito fiscal exige la existencia de dolo, es decir, del ánimo defraudatorio...»; véase la postura inequívoca del Tribunal Supremo, entre otras, en la Sentencia de 20 de mayo de 1996 –Aranzadi, 3838–.

puesta lleva a cabo o no una contratación efectiva. Es decir, si la sociedad interpuesta es un intermediario real. Para hablar de simulación ha de concurrir una voluntad de conseguir una ocultación que desvirtúe la causa típica del contrato social; la creación de un nuevo sujeto que actúe jurídicamente con sus propios medios. Y la voluntad de simular solo puede ser acreditada por elementos objetivos.

Ni la Fiscalía ni el abogado del Estado cuestionan frontalmente que Kardzali contrate ni tampoco que adolezca de «carencia absoluta de actividad empresarial», entendida esta idea en un sentido restrictivo, dada la amplia variedad de ejercicios de actividades empresariales en la vida actual. Por el contrario, se apoyan en una serie de indicios objetivos, que ya hemos mencionado, para entender que existe simulación absoluta.

De los indicios expuestos, el que más se aproxima al reparo de que Kardzali no intervino en las negociaciones es la objeción referida a que Xabi Alonso ha seguido negociando. Ello supondría que la entidad carece de una auténtica capacidad jurídica para negociar porque no surge una personalidad distinta a la del socio. Además, se ha procedido a una cesión en la posición jurídica de la empresa Adidas sin que, en palabras de la Fiscalía, la empresa de artículos deportivos «haya reaccionado». Y el indicio que más se acerca a la «carencia absoluta de actividad empresarial» es la que hace referencia a que Kardzali «carece de infraestructura».

Pero estos indicios son desmontados por la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid. En primer lugar, con relación a la intervención en la contratación por parte del futbolista, es evidente que ello no anula la efectiva actuación de la sociedad. La sociedad ha intervenido ciertamente en la gestión de los derechos de imagen, de manera que no se puede decir que quien seguía gestionando tales derechos era el propio Xabi Alonso. Ello disipa la posibilidad de considerar a Kardzali como una sociedad formalmente interpuesta. Como señala la propia resolución en el apartado 10 de su fundamento de derecho tercero:

[...] los datos expresados anteriormente ponen de manifiesto no solo que KARDZALI-SOCIEDADE UNIPERSSOAL LDA fue la cesionaria de los derechos de imagen del jugador, sino que realizó una activa intervención en la explotación de esos derechos. No solo expidió y cobró las facturas a las que se ha hecho más arriba referencia, sino que –a tenor de la prueba pericial practicada– experimentó un incremento significativo de su volumen de negocio precisamente por la titularidad de la explotación de aquellos derechos...

Asimismo tampoco es cierto que Adidas no hubiera «reaccionado frente al cedente». El apartado 2 del mismo fundamento de derecho tercero señala que:

[...] consta documentado en la causa (porque no se propuso su declaración como testigo para el acto del juicio oral) que Fernando Solanas Gómez, en representación de ADIDAS, asumió con naturalidad que el contrato de 1 de enero de 2009

–suscrito con Xabier Alonso Olano, cediendo a la entidad ADIDAS ESPAÑA SA el derecho a explotar, con carácter único y exclusivo, y con alcance mundial, sus derechos de imagen– se hubiera modificado como consecuencia del fichaje del jugador por el Real Madrid, circunstancia que el 10 de agosto de 2009 el acusado les comunicó, informándoles de que había cedido la explotación comercial y publicitaria de sus derechos de imagen a KARDZALI y que esta quedaba subrogada en los derechos y obligaciones del acusado frente a ADIDAS, y, por tanto, podía proceder a facturar a ADIDAS por todos los pagos debidos en virtud del contrato, lo que así hizo efectivamente esta entidad.

No se entiende, por tanto, qué otra reacción cabría esperar de la entidad Adidas.

En segundo lugar, la supuesta ausencia de estructura en Kardzali, es otro de los indicios invocados por la Fiscalía y la Abogacía del Estado que podrían ser verdaderamente determinantes a la hora de decidir si la sociedad Kardzali es o no es una entidad simulada. Para los acusadores, la sociedad interviene «a cambio de nada, ya que esa sociedad no puede cumplir el contrato en tanto carecía de facultades, limitándose a seguir las instrucciones de los agentes del investigado». Y, además, la causa del contrato de cesión sería «la utilización de una sociedad ya constituida bajo un régimen fiscal de exención total de impuestos hasta el año 2012, sociedad que no es de nueva creación, sino que ya había sido constituida mediante un conjunto de actos complejos».

Tres serían los indicios barajados por la Fiscalía y la Abogacía del Estado. Como veremos, ninguno tiene consistencia suficiente como para fundar una calificación de la sociedad como completamente simulada. Así se afirma que, por un lado, la sociedad carece de infraestructura, también que carece de facultades y además que estaba ya constituida y lo estaba en un territorio en el que disfrutaba de un régimen fiscal privilegiado.

La sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Madrid afronta dos de estas tres objeciones. Empezando por la que hemos enumerado en tercer lugar, es obvio que el hecho de que la sociedad estuviera ya constituida no determina su carácter artificioso. Mucho menos relevante es que se haya constituido en otro Estado y bajo un régimen fiscal privilegiado.

Si a partir de las actuales tendencias internacionales, el tener una sociedad en un Estado de baja tributación pudiera ser un supuesto subsumible en el novísimo término de «planificación fiscal agresiva» no puede nunca conllevar un supuesto de simulación. Desde la ortodoxia de la política antielusiva tradicional no hay objeción frente a la creación por parte de un operador económico de una sociedad real y no artificial en cualquier Estado, mucho más si dicho operador es titular de la libertad de establecimiento en el marco del derecho de la Unión Europea. La clásica sentencia *Centros*, del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 9 de marzo de 1999 (asunto C-212/97 –NFIJ044265–), supuso afirmar que la libertad de establecimiento comprende el derecho a administrar y constituir empresas en las mismas condiciones que las definidas por la legislación del Estado miembro de

establecimiento para sus propios nacionales y que no se puede derivar una conducta abusiva del mero ejercicio de una libertad comunitaria.

En el caso de la creación de una entidad en otro Estado, la ventaja fiscal no sería otra que la aplicación a esta entidad del régimen ventajoso del país donde dicha entidad se haya constituido. Lo cual no es más que una consecuencia del principio de tributación separada de las sociedades. La tributación de las sociedades por su renta mundial en el Estado en el que estén constituidas es una consecuencia del todavía vigente paradigma de reparto del poder tributario en cuanto a la facultad de gravar a las empresas. Y supone tener que aceptar la posibilidad de que se utilicen las llamadas *base companies*, que son sociedades constituidas en territorios de favorable o de baja tributación, destinadas a remansar rentas sin que estas lleguen a tributar en el Estado de residencia de su beneficiario último²². Salvo, obviamente, que la ley disponga expresamente la aplicación de mecanismos como la transparencia fiscal internacional.

El fundamento de derecho tercero de la resolución objeto de comentario es también, en este punto, muy claro, cuando dice, en su punto 10:

[...] resulta irrelevante, a los efectos que nos ocupan, esta última circunstancia (el acto de localización de esta empresa para efectuar con ella la gestión), pues lo verdaderamente importante –a tenor del camino que han seguido las acusaciones– no es la clase de sociedad a la que se ceden los derechos, ni el régimen fiscal derivado de su localización, ni los propietarios de la misma. Lo esencial es determinar si, ante la supuesta falta de infraestructura de KARDZALI-SOCIEDADE UNIPERSSOAL LDA, tal sociedad constituía un puro instrumento formal de ingresos y pagos, que no desarrolló función alguna en la explotación de la imagen del acusado y que solo fue empleada para eludir el pago de los tributos debidos porque, en definitiva, era falsa la cesión de los derechos de imagen...

La sentencia rechaza también un argumento clásico de la Agencia Tributaria en su práctica reciente de calificar como simuladas a las sociedades interpuestas. Tal argumento no es otro que la falta de infraestructura societaria. Como señala Pedreira Menéndez (2020, p. 3), esta infraestructura no es algo que venga impuesto por la normativa mercantil y civil ni forma parte de la causa del contrato de sociedad, entre otras cosas porque «los servicios que necesita la sociedad pueden subcontratarse». Y en este sentido, la sentencia es contundente. El mismo fundamento de derecho tercero en su punto 1 dice que:

[...] el hecho de que la sociedad portuguesa carezca de una infraestructura (material o humana) más o menos relevante carece de la trascendencia pretendida,

²² Las propuestas de consolidación fiscal que se han barajado no han tenido una traducción práctica, como ocurre con el modelo de *Home State Taxation*, que considera como contribuyente al grupo multinacional y propone su tributación aplicando las normas del Estado de residencia de la matriz. Véanse García-Torres Fernández (2011, pp. 8 y ss.); Magraner Moreno (2008, pp. 28 y ss.).

no solo porque en estos ámbitos es habitual la subcontratación –como aquí ha sucedido–, sino porque parece que no se requiere un entramado especialmente complejo para gestionar la explotación de la imagen de una persona cuya actividad deportiva le dota de una gran notoriedad.

Por lo demás, los otros indicios planteados por las acusaciones no pueden ni deben tomarse en consideración para una posible catalogación de la entidad como absolutamente simulada.

Así, no parecen rasgos decisivos para defender la posible artificiosidad de la constitución de la entidad y la cesión a la misma de los derechos de imagen cuestiones que hacen referencia a fórmulas o condiciones negociales que, si bien pueden no ser muy habituales, no son completamente ajenas a ciertos actos o contratos. Sería el caso de que la cesión se haga sin garantía (lo cual, por otro lado, no es cierto porque como dice el punto 9 del fundamento tercero, la garantía de cobro vino constituida por la adquisición por Xabi Alonso del 100 % de las participaciones sociales de Kardzali) o que la entidad haya sido creada por un tercero que provee la sociedad y suministra los cargos directivos, a la que vez que se encarga del cumplimiento de los deberes fiscales y mercantiles. Esta forma de subcontratación es habitual en la práctica.

Conviene recordar al respecto que, en nuestro ordenamiento no se acepta, para calificar una conducta como elusiva, lo que algunos autores denominan «juicio de frecuencia», que determina la condición elusiva de un acto o un negocio solo porque es inhabitual o inusual²³. Pero, aun cuando la frecuencia no es un canon que permita, por sí mismo, cali-

²³ El Anteproyecto de Ley General Tributaria de 2003 hacía referencia a negocios «inusuales o impropios». Se empleaba el término «inusual», habiéndose optado en la redacción definitiva del proyecto por el vocablo «artificioso» o impropio, como presupuestos del conflicto en la aplicación de la norma tributaria del artículo 15. El cambio terminológico fue bien recibido por la doctrina, porque la posibilidad de hacer pivotar una cláusula antiabuso en torno al carácter usual o inusual del negocio, esto es, en torno a lo que López Tello (2000, p. 49) denomina un «juicio de frecuencia», no parecía adecuado. En efecto, el carácter inusual de un negocio solo tendría sentido a partir de su comparación con los «negocios usuales» y estaría directamente relacionado con la adecuación del mismo para lograr los fines perseguidos. Porque si no ponemos la condición de usual o inusual de un negocio en relación directa con los fines prácticos del mismo, tal condición se convierte en una estimación episódica sobre la frecuencia o infrecuencia con que en la práctica se realiza tal acto o negocio, lo que resulta completamente ajeno a la idea de abuso en la configuración jurídica. Basar en esta evaluación de frecuencia la aplicación de una cláusula antieusoria no sería otra cosa que una implícita condena de la innovación jurídica. Y como señala el propio López Tello (2000, p. 50) «colocar una sombra de abuso sobre la innovación jurídica por el mero hecho de serlo –lo nuevo, cuando surge es, por definición, inusual– es, simplemente, ir contra la realidad social». Se trataría de un test de frecuencia que tomaría como punto de referencia los negocios típicos, para rechazar los negocios no previstos en el ordenamiento con los que se pretendiesen obtener resultados que tendrían en tales negocios típicos un mejor cauce. Téngase en cuenta que una buena parte de los contratos que son frecuentes en el tráfico mercantil son o han sido contratos atípicos. Estos contratos, con el transcurso del tiempo, acaban siendo tipificados y regulados por la normativa civil –piénsese en

ficar un negocio como artificioso, la práctica seguida por la sociedad Kardzali, consistente en un *outsourcing*, es habitual en la vida diaria de muchas sociedades mercantiles, tal y como señala la propia sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid.

Tampoco debemos tomar en consideración otras argumentaciones de la Fiscalía como que el artículo 92 de la Ley 35/2006 no resulta aplicable. La sentencia rechaza que tal precepto no resulte aplicable, cuando en el fundamento de derecho tercero, en sus últimos párrafos, dice, sin atisbo de duda, lo siguiente:

[...] se cumplen todos los requisitos que dicho régimen fiscal (constituido por el artículo 92 de la Ley de Renta) establece, concretamente: a) la cesión (real y efectiva, como se sigue de los razonamientos expuestos) del derecho a la explotación de la imagen de Xabi Alonso a una entidad no residente, que los explotó en los términos vistos. b) la relación laboral entre dicho jugador y una entidad deportiva (en nuestro caso y durante los periodos controvertidos, el Real Madrid, CF), que ha obtenido la cesión del derecho a la explotación o el consentimiento o autorización para la utilización de la imagen. c) la cuantía de las rentas satisfechas por rendimientos del trabajo, que son superiores al 85 por 100 del importe total pagado por ambos conceptos (trabajo y derechos de imagen).

7. Conclusiones generales. Lo que quizás la sentencia debió haber dicho y no dijo

Como conclusión de todo lo anterior, la Audiencia Provincial señala que todas estas singularidades invocadas por la Fiscalía y la Abogacía del Estado:

[...] no debe llevarnos a concluir, indefectiblemente, que la conducta enjuiciada incurra en la responsabilidad penal que se imputa, pues para ello resulta imprescindible calificar el negocio jurídico documentado en el repetido contrato de cesión de 1 de agosto de 2009 como simulado, pues la simulación absoluta –lo hemos señalado *in extenso*– constituye el presupuesto en el que se asienta la acusación tanto del fiscal como de la abogada del Estado.

Aunque en general la sentencia ha de ser saludada positivamente, si tuviéramos que mencionar aspectos preteridos por la misma o sobre los que no se ha pronunciado (aunque solo sea porque la resolución se agarra a los términos literales del escrito de acusación de la Fiscalía) habría que hacer referencia a tres de ellos.

los contratos de, agencia, *leasing*, estacionamiento de vehículos...–, por lo que la atipicidad contractual es un cauce indispensable para la vida social o económica por lo que, cercar fiscalmente la posibilidad de crear contratos atípicos, sería ir contra la realidad de las cosas.

En primer lugar, no se responde expresamente al reparo formulado por la Fiscalía, para defender el carácter absolutamente simulado de Kardzali, de que la entidad «carece de facultades». En realidad, la respuesta de la Audiencia a esta objeción se subsume en su argumentario orientado a descartar que Kardzali adolezca de falta de infraestructura. No obstante, en la política antielusiva más reciente, la ausencia de facultades en los órganos de la sociedad fundamenta una de las evaluaciones que se están empleando para combatir las sociedades interpuestas. Concretamente, como uno de los test en los que se basa la condición de beneficiario efectivo de una sociedad interpuesta o *conduit company*, especialmente en el ámbito del *treaty shopping* o abuso de convenio. En relación con las sociedades interpuestas que obtienen dividendos, incluidas las *holding*, esta teoría se acuña en la clásica sentencia *Prévost* de 2008 del Tribunal Fiscal Canadiense y según la cual una *holding* es instrumental cuando no recibe los dividendos para su propio disfrute y no asume el riesgo y el control de las rentas porque no dispone de capacidad real para decidir qué hace con la renta percibida. En ese caso, la sociedad no debe ser beneficiario efectivo y no debe disfrutar de las ventajas de un convenio de doble imposición. En una línea similar se sitúa la doctrina sentada por la Gran Sala del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en la Sentencia de 26 de febrero de 2019 (asuntos acumulados núms. C-115/16, C-118/16, C-119/16 y C-299/16 –NFJ072658–), conocidas como «sentencias de las sociedades danesas». Estas resoluciones fijan una doctrina basada en la interpretación de determinadas cláusulas y principios antiabuso recogidos en las Directivas 2003/123/CE, matriz-filial, y 2003/49/CE, de intereses y cánones y se refieren a la existencia de facultades como condición del beneficiario efectivo.

Pero la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid sobre Xabi Alonso no ha pretendido afrontar la objeción de carencia de facultades por parte de la sociedad Kardzali desde esta perspectiva. Simplemente se ha limitado a afirmar, en el punto 10 del fundamento de derecho tercero, que «... y los datos expresados anteriormente ponen de manifiesto no solo que KARDZALI-SOCIEDADE UNIPERSSOAL LDA fue la cesionaria de los derechos de imagen del jugador, sino que realizó una activa intervención en la explotación de esos derechos»²⁴.

En segundo lugar, y a pesar de que se defiende que el valor de la cesión de los derechos de imagen es acorde con el precio normal de mercado, no se afirma la procedencia del régimen de operaciones vinculadas como única medida antiabuso aplicable en el caso de una interposición societaria. Como hemos señalado, es lícito interponer una sociedad para remansar beneficios. Tales beneficios acabarán siempre tributando en el socio cuando se distribuyan. Lo único que hay que exigir es que las operaciones entre el socio y la sociedad se valoren en condiciones normales de mercado. El régimen de operaciones vinculadas

²⁴ Añadiendo que:

[...] no solo expidió y cobró las facturas a las que se ha hecho más arriba referencia, sino que –a tenor de la prueba pericial practicada– experimentó un incremento significativo de su volumen de negocio precisamente por la titularidad de la explotación de aquellos derechos, ha tenido que efectuar relevantes gastos de explotación para el normal desarrollo del negocio y gestionar determinados extremos de la actividad con las autoridades portuguesas.

es la auténtica cláusula antiabuso para atribuir a los socios la renta de la sociedad y debe prevalecer frente a otras técnicas menos ortodoxas como la práctica de transparentar de hecho. Y es sabido que una de las vías por las que se vienen cuestionando las sociedades de deportistas es en relación con la aplicación del régimen de operaciones vinculadas (art. 16 de la Ley 27/2014, del Impuesto sobre Sociedades, al que se remite el art. 41 de la Ley 35/2006, del IRPF), con la exigencia de que las operaciones entre el jugador y la sociedad en la que participa se valoren a precios de mercado. La sentencia de la Audiencia no trata esta cuestión entre otras razones, entendemos, porque la acusación tampoco la ha suscitado, pero sí reconoce que el precio por la cesión de los derechos se ajusta a condiciones de mercado. Así, por ejemplo, cuando establece en el fundamento de derecho tercero, punto 10, que «el precio fijado en el contrato refleja el valor de mercado de una operación de esa naturaleza». Y en el punto 7 del mismo fundamento se señala que:

[...] el precio fijado –5.000.000 de euros– en el contrato de 1 de agosto de 2009 por «la cesión en exclusiva al Cesionario de todos los derechos de explotación de la imagen, la voz y el nombre del Cedente con fines publicitarios, comerciales o de naturaleza análoga»– no fue arbitrario o caprichoso, sino que se basó en el informe emitido por «Cuatrecasas» en fecha 1 de agosto de 2009...

Añadiendo «que no deja de resultar contradictorio que las acusaciones consideren dicha valoración inferior a las expectativas derivadas de su contratación por el Real Madrid».

Por último, y volviendo a lo que planteamos en el inicio de este trabajo, no hay en la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid una reivindicación clara del derecho de los particulares a organizar su vida económica de la forma fiscalmente más ventajosa dentro de la ley y sin incurrir en abuso ni artificiosidad de las formas jurídicas. Y ello, al amparo del derecho a la economía de opción o planificación fiscal lícita, al que ya hemos hecho mención. La sentencia debería haber asumido la corriente jurisprudencial que proclama la legitimidad de la interposición societaria para desarrollar actividades económicas. Así lo proclama, para el ejercicio de actividades profesionales mediante sociedades, la Sentencia del TSJ de Cataluña de 23 de mayo de 2019 (rec. núm. 34/2018 –NFJ074734–), cuando dice:

[...] como principio general, la constitución de una sociedad mercantil es un derecho que tiene todo profesional para emprender y desarrollar su actividad empresarial. Es una opción que viene vinculada a la necesidad de crear un tipo social que permita limitar la responsabilidad de los socios sobre el devenir del negocio... el hecho de que exista un tipo tributario distinto entre la renta de las personas físicas y de las sociedades no conlleva por ello que las sociedades sean utilizadas con fines fiscales defraudatorios...

En cualquier caso, lo que sí está claro es que nos encontramos ante una sentencia que debe ser valorada positivamente por los elementos diferenciales que aporta. No solo porque se dicta previa contradicción en el juicio oral y porque incluye un razonado análisis jurídico de

la no concurrencia de simulación. Debe ser saludada de modo favorable por sus efectos. Y ello en tanto sienta una doctrina que cuestiona la *alegría* con que la Agencia Tributaria viene atribuyendo, de forma casi automática, la condición de simuladas a ciertas sociedades interpuestas. Esperemos que sea el primer paso para reconducir esta práctica administrativa a los cauces del derecho.

Referencias bibliográficas

- Betti, E. (2018). *Teoría General del Negocio Jurídico*. Santiago de Chile: Olejnik.
- Boldo Roda, C. (1997). La desestimación de la personalidad jurídica en el Derecho Privado español. *Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones*, año 30.
- Capilla Roncero, F. (1995). Voz «Sociedad». *Enciclopedia Jurídica Básica*. Madrid: Civitas. Volumen IV.
- Carré de Malberg, R. (1998). *Teoría General del Estado*. México: Fondo de Cultura Económica.
- Castán Tobeñas, J. (1981). *Derecho Civil Español Común y Foral*. Madrid: Reus. Tomo cuarto.
- Cazorla Prieto, L. M. y Corcuera Torres, A. (1999). *Los Impuestos del Deporte*. Pamplona: Aranzadi.
- Cordero Saavedra, L. (2003). Las cuantías abonadas por entidades deportivas a cesionarias de derechos de imagen de deportistas profesionales y el supuesto de su calificación jurídico-tributaria como rendimientos del trabajo personal. Sentencia de la AN de 13 de junio de 2002. *Jurisprudencia Tributaria*, 101.
- De Castro, F. (1981). *La persona jurídica*. Madrid: Civitas.
- De Castro, F. (2016). *El negocio jurídico*. Madrid: Civitas.
- Díez-Picazo, L. y Gullón Ballesteros, A. (1995). *Sistema de Derecho Civil*. Madrid: Tecnos.
- Durán-Sindreu Buxade, A. (2007). *Los motivos económicos válidos como técnica contra la elusión fiscal*. Pamplona: Aranzadi.
- Dopico Gómez-Aller, J. (2019). La superatenuación por regularización tardía y la compra de la impunidad. Motivos para una derogación. En E. Demetrio Crespo y J. A. Sanz Díaz-Palacios (coords.), *Aspectos Legales y Tributarios del Delito Fiscal*. Barcelona: Ed. Atelier.
- Falcón y Tella, R. (2000). La posible inconstitucionalidad del régimen de imputación de rentas por la cesión de derechos de imagen. *Quincena Fiscal*, 10.
- Falcón y Tella, R. (2011). La STC 57/2010, de 4 de octubre (caso «el Pocero»): la necesidad de respetar la personalidad jurídica independiente de cada sociedad y la determinación del IVA defraudado a efectos sancionadores. *Quincena Fiscal*, 4.
- Ferrara, F. (1961). *La simulación de los negocios jurídicos*. (Trad. Atard y De la Puente). Madrid: Revista de Derecho Privado.
- Gabinete jurídico del CEF. (2002). La simulación en los negocios: su aplicación a dos casos concretos (Comentario a las Resoluciones del TEAC de 20-07-2001, RG 7451/1998 y de 11-10-2001, RG

- 1413/1999 y 1648/1999). *Revista de Contabilidad y Tributación (legislación, consultas y jurisprudencia)*. CEF, 229.
- García-Torres Fernández, M. J. (2011). La internacionalización de la empresa española: problemas y tributación del beneficio empresarial en la UE (I). *Quincena Fiscal*, 5.
- Gómez Calle, E. (1995). Voz «Simulación». *Enciclopedia Jurídica Básica*. Madrid: Civitas. Volumen IV.
- Gullón Ballesteros, A. (1969). *Curso de Derecho Civil. El negocio jurídico*. Madrid: Tecnos.
- Hensel, A. (1954). *Diritto Tributario*. (Trad. Dino Jarach). Milán: Giuffrè Editore.
- López Tello, J. (2000). La cláusula antiabuso del Anteproyecto de nueva Ley General Tributaria. *Los negocios anómalos ante el Derecho Tributario Español*. Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid, 16, septiembre.
- Magraner Moreno, F. (2008). Hacia una armonización del Impuesto sobre Sociedades en la Unión Europea: la determinación de la base imponible mediante la normativa del Estado de la sede (Home State Taxation). *Tribuna Fiscal*, 209.
- Magraner Moreno, F. (2012). *La imposición sobre las rentas obtenidas en España por artistas y deportistas*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Martínez Buján Pérez, C. (1999). *Derecho Penal Económico, Parte Especial*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Mestre Delgado, E. (1995). Delitos contra la Hacienda Pública. *Enciclopedia Jurídica Básica*. Vol. II. Madrid: Civitas.
- Muñoz Conde, F. (1996). *Derecho Penal, Parte Especial*. (12.ª edición). Valencia: Tirant lo Blanch.
- Paz Ares, C. y Alfaro Águila Real, J. (2002). Un ensayo sobre la libertad de empresa. En A. Cabanillas Sánchez (coord.), *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo*. Vol. 4. Thomson-Civitas.
- Pedreira Menéndez, J. (2020). Sociedades profesionales e IRPF. Una década de conflicto. *Revista Interactiva de Actualidad, AEDAF*, 1.
- Pérez Royo, F. (1986). *Los delitos y las infracciones en materia tributaria*. Madrid: IEF.
- Riera Ribas, B. (2001). La figura del testaferrero a la luz de la jurisprudencia tributaria española. *Revista de Contabilidad y Tributación*. CEF, 225.
- Ruiz Almendral, V. (2010). ¿Tiene futuro el test de los «motivos económicos válidos» en las normas antiabuso? (Sobre la planificación fiscal y las normas antiabuso en el Derecho de la Unión Europea). *Revista de Contabilidad y Tributación*, 329-330.
- Seoane Speigelberg, J. L. (2000). El delito de defraudación tributaria. En C. García Novoa y A. López Díaz (coords.), *Temas de Derecho Penal Tributario*. Madrid-Barcelona: Marcial Pons.
- Serantes Peña, F. R. (10 de diciembre de 2019). Simulación, delito y productividad. *Taxlandia*. Recuperado de <<https://www.politica-fiscal.es/francisco-r-serantes-pena/simulacion-delito-y-productividad>>.
- Simón Acosta, E. (1998). *El delito de defraudación tributaria*. Cuadernos de Jurisprudencia Aranzadi. Pamplona.