

La conformación artificiosa de la realidad en el ámbito tributario: ¿por qué lo llamamos conflicto cuando queremos decir fraude?.

BIB 2003\1155

Juan Manuel Herrero de Egaña y Espinosa de los Monteros. Abogado del Estado

Publicación:

Actualidad Jurídica Aranzadi num.593

Editorial Aranzadi, SA

Quejarse de la presión fiscal y del afán recaudador del Estado es un viejo lugar común. Ciertamente, no sin razón: es difícil imaginar algún acto de nuestras vidas que no esté contemplado por una norma tributaria y que, por tanto, no tenga, para bien o para mal, una trascendencia impositiva. Y aun más allá de este mundo: todavía entonces nos quedará una última declaración de la renta –que ya no haremos personalmente– y nuestra herencia generará todavía una última liquidación tributaria.

Por eso la norma tributaria aparece ante nuestros ojos como una norma **odiosa** que no sólo se nos impone (norma **imperativa**) y repercute negativamente (norma **gravosa**), sino que parece perseguirnos en cualquier acto de nuestra vida (norma **omnipresente**).

Imperativas y gravosas son también las normas penales. En ambos casos –penales y tributarias– esas características provocan en el destinatario de la norma una natural tendencia a su elusión. Ahora bien, entre unas y otras hay una importante diferencia: así como las normas penales se construyen sobre la base de comportamientos indeseables que el Estado trata de reprimir, las normas tributarias se construyen precisamente sobre aquellos hechos, actos y negocios que, además de lícitos, son normales, habituales y frecuentes en la vida civil y mercantil de las personas. Esta agobiante **omnipresencia** de la norma tributaria es una característica que también incita a su elusión, pero que, al mismo tiempo, la dificulta: son tantos y tan básicos y elementales los actos que generan un gravamen tributario –trabajar, comprar, vender, donar, contratar– que sólo podrían eludirse con una abstinencia incompatible con una vida normal y que, en ocasiones, resulta sencillamente imposible.

Estas características de la norma tributaria, que tanto se recuerdan para la queja sobre la presión fiscal, se olvidan en cambio cuando se trata de explicar ciertas figuras que se hacen necesarias en la legislación tributaria. No es casual que tanto en la ley vigente como en el proyecto de nueva Ley General Tributaria, junto a los preceptos que regulan la interpretación de la norma tributaria, se contengan otros dirigidos a combatir las alteraciones de la realidad que pueden servir para eludir la aplicación de esa **odiosa** norma tributaria: la ocultación, la simulación y el fraude de ley o abuso de la norma.

A nadie se le escapa que, en Derecho, para alcanzar un resultado predeterminado puede operarse sobre dos variables: los hechos y la norma. Cuando la norma es susceptible de ser interpretada de formas diversas, la lucha por alcanzar el resultado deseado puede centrarse en lograr una interpretación favorable a los intereses a los que se sirve. Ahora bien, cuando el sentido de la norma es difícilmente cuestionable y la aplicación de la norma es imperativa, la única solución para eludirla pasa por actuar sobre los hechos ocultándolos, disfrazándolos o alterándolos.

Este operar sobre los hechos para alterar el normal resultado de la aplicación de la ley es frecuente en el **odioso** ámbito tributario. O por lo menos más frecuente que en otros ámbitos: en el [Código Civil \(LEG 1889, 27\)](#) , que disciplina las relaciones entre particulares, la palabra simulación no aparece y el concepto de fraude de ley tardó ochenta y cinco años en incluirse.

Ocultar los hechos es la primera y más sencilla de las formas de elusión de la aplicación de la norma tributaria. Ésta es quizás la actitud que tiene hoy peor prensa y es también, por ello, la más castigada. A esta forma de elusión la Hacienda Pública debe responder descubriendo la realidad ocultada y castigando con sanción la actitud del obligado tributario. Así lo prevé el proyecto de Ley General Tributaria.

Disfrazar la realidad mostrando a la Hacienda Pública una versión de los hechos distinta es la segunda opción que se presenta para eludir la aplicación de la norma tributaria. La reacción frente a cualquier forma de simulación –absoluta o relativa– es la prevista en el artículo 16 del proyecto de ley: «en los actos o negocios en los que exista simulación, el hecho imponible gravado será el efectivamente realizado por las partes... En la regularización que proceda como consecuencia de la existencia de simulación se exigirán los intereses de demora y, en su caso, la sanción que proceda».

Cambiar la realidad por otra diferente a la inicialmente prevista es la tercera y última posibilidad de eludir una norma tributaria que no gusta. Esta posibilidad es la que mayores problemas plantea, pues el cambio de la realidad será en unos casos lícito y admisible, mientras que en otros casos será fraudulento. Entramos así en la peligrosa distinción entre la llamada **economía de opción** y el tradicionalmente denominado **fraude de ley** . Peligrosa es, aunque quizás no lo es tanto porque se pisen terrenos conceptualmente difíciles como por las encontradas opiniones e intereses que se ventilan.

Para comprender la distinción –e incluso calibrar su importancia– parece conveniente una cierta dosis de realismo: para producir unos determinados efectos jurídicos civiles y mercantiles las personas nos hemos dotado de unos negocios jurídicos estándar, típicos y habituales, que normal y mayoritariamente utilizamos y que, en buena medida, muchos de ellos ya están inventados desde hace bastantes siglos. Por citar un caso elemental, la compraventa es el negocio típico que se utiliza cuando una persona quiere transmitir la propiedad a cambio de recibir un precio en dinero. Por otra parte, y como antes se veía, las normas tributarias están presentes casi en cualquier acto de nuestras vidas; la normativa tributaria, guiada por ese afán recaudador, llega a agotar la materia imponible y establece infinidad de hechos imponibles que construye sobre los hechos, actos y negocios de la vida diaria, atribuyendo a cada uno de ellos un coste fiscal mayor o menor en función de los efectos civiles y mercantiles que le son propios. Ésa es nuestra realidad: ni todos los días se inventan tipos negociales nuevos ni, desgraciadamente, la normativa tributaria deja sin contemplar hechos, actos o negocios ya conocidos. Tampoco son frecuentes los casos en los que las normas tributarias ofrecen –sobre un mismo negocio o unos mismos efectos civiles y mercantiles– alternativas con diferente coste fiscal.

Quiere con esto decirse que pocos serán los casos en los que podrá encontrarse un hecho revelador de riqueza no tipificado ya como hecho imponible en una norma tributaria o descubrirse, para un mismo efecto jurídico, tratamientos fiscales diferentes entre los que pueda elegirse.

Por el contrario, asociados como están unos efectos jurídicos civiles y mercantiles a un determinado negocio y a éste una determinada norma tributaria y coste fiscal, si queremos evitar esa norma tributaria **normalmente** deberemos cambiar la realidad cambiando de negocio; con el cambio de negocio, variará el coste fiscal, pero también cambiarán los efectos civiles y mercantiles que se produzcan con la celebración del negocio. Así, quien inicialmente pensaba producir o provocar en la realidad unos determinados efectos jurídicos civiles o mercantiles (por ejemplo, adquirir un bien en propiedad) puede cambiar de opinión al conocer su coste fiscal y optar entonces por un tipo negocial distinto (por ejemplo, un contrato de arrendamiento financiero): con ese cambio de negocio cambiarán los efectos fiscales, que serán más beneficiosos, pero cambiarán también los efectos civiles y mercantiles que ahora serán los propios del negocio finalmente elegido.

La legislación fiscal nada puede objetar a que una persona elija entre distintas alternativas negociales en función, entre otros factores, de su coste fiscal. Pero el problema no está ahí.

El problema surge cuando el sujeto se presta al cambio de negocio para obtener un mejor tratamiento fiscal, pero sin que, al mismo tiempo, se alteren los efectos civiles y mercantiles que desde un principio venía pretendiendo producir. Estos efectos civiles y mercantiles que se produzcan en la realidad serán los mismos inicialmente pretendidos, pero el coste fiscal del negocio u operación se habrá evitado o reducido.

Verdaderamente no cabe descartar la posibilidad teórica de que puedan existir supuestos en los que la propia ley permita optar entre distintas alternativas que, conduciendo a los mismos efectos civiles y mercantiles, tengan, sin embargo, un tratamiento fiscal diferente. En este caso estaríamos ante una verdadera **economía de opción** y nada podría reprochársele al obligado tributario si éste optara por la alternativa fiscalmente más favorable para sus intereses. Pero seamos realistas: ni existen –o por lo menos no abundan– tipos negociales distintos que produzcan exactamente los mismos efectos civiles y mercantiles ni las normas tributarias conceden alternativas regulando de forma diferente –y a elegir– supuestos idénticos.

Por el contrario, lo que sí abunda¹ –incluso como actividad retribuida– son los supuestos en los que determinados negocios jurídicos son utilizados como instrumento para alcanzar **indirectamente** unos efectos jurídicos que, de haber sido buscados por la vía normal de su negocio jurídico típico, hubieran tenido un coste fiscal mayor. Como ejemplo típico puede citarse la transmisión de la propiedad de un bien a través de la constitución de una sociedad. Si ese bien hubiera sido transmitido por medio de un contrato normal de compraventa entre A y B, el coste fiscal hubiera sido 10. En cambio, constituyendo entre ambos una sociedad, aportando A el bien a la sociedad y luego, disuelta, se adjudica a B, el efecto alcanzado es el mismo –se ha transmitido la propiedad de A a B– pero el coste fiscal es 2. En este caso el negocio jurídico «**sociedad**» ha sido utilizado para alcanzar indirectamente un efecto jurídico propio del contrato de compraventa, pero a un coste fiscal inferior. Junto a este modelo básico podrían citarse otros productos de gama alta que son auténticos preparados de laboratorio –mezclas de sociedades «offshore», paraíso fiscal, fiduciarios, etc.– que convenientemente administrados permiten alcanzar el «**éxtasis fiscal**». Unos y otros se presentan luego en sociedad como una supuesta alternativa comercial permitida por la ley y, además, fiscalmente más barata.

¹ En la última década, los supuestos analizados por los tribunales como posibles casos de fraude de ley se refieren fundamentalmente a casos en los que: (i) se pretende transmitir la propiedad de unas acciones sin utilizar el normal cauce de la compraventa ([TEAC de 20-07-2002 \[JT 2002, 807 \]](#) ; [28-5-2002 \[PROV 2002, 145827 \]](#) ; [de 21-7-2000 \[JT 2000, 1529 \]](#) ; [Tribunal Superior de Justicia de La Rioja 24-7-2002 \[JT 2002, 1536 \]](#)). (ii) se pretende transmitir la propiedad de inmuebles transmitiendo acciones de una sociedad ([TEAC de 29-3-1995 \[JT 1995, 622 \]](#)); (iii) evitar la tributación de solares a través de operaciones registrales de agrupación o segregación ([TEAC 21-4-1995 \[JT 1995, 798 \]](#) ; [STS de 22 de marzo de 1996 \[RJ 1996, 2684 \]](#)); (iii) Creación artificiosa de pérdidas patrimoniales ([Sentencia 15-11-2002 \[JT 2002, 20912 \]](#) del TSJ de La Rioja; [Sentencia de 9-1-2002 del TSJ de Navarra \[JT 2002, 418 \]](#) ; [Resolución del TEAC de 14 de enero de 2000 \[JT 2000, 634 \]](#)); y (iv) la obtención de beneficios fiscales ([SAN 14-2-2002 \[JT 2002, 703 \]](#) ; [TEAC 8-11-1994 \[JT 1994, 1663 \]](#) ; [SAN 1-7-1999 \[JT 1999, 1847 \]](#) ; [Sentencia Tribunal Superior de Justicia de Valencia 9-2-2001 \[JT 2001, 1525 \]](#)).

En el proyecto de ley se ha hecho un esfuerzo por diferenciar, con criterios objetivos, la pretendida economía de opción del tradicional fraude de ley o abuso de la norma.

Es verdad que, como dice el dictamen del Consejo de Estado, la redacción del precepto no es muy afortunada. Pero se entiende bastante bien si se conoce el

concepto de negocio indirecto que, desde hace tiempo, viene manejando el Tribunal Económico-Administrativo Central². El citado Tribunal tiene muy presente que cada negocio jurídico produce unos efectos que le son **propios** o usuales (efectos directos), pero que, junto a éstos, indirectamente puede llegar a producir otros efectos que son más propios de otros negocios jurídicos (efectos indirectos). Es el caso antes visto de la sociedad que puede producir indirectamente el efecto de transmitir la propiedad de un bien.

² Por ejemplo, [Resoluciones de 21-7-2000 \(JT 2000, 1529\)](#) ; [29-3-1995 \(JT 1995, 622\)](#) ; [8-11-1994 \(JT 1994, 1663\)](#) .

Aclarado este concepto, se comprende bastante bien el artículo 15 del proyecto de Ley General Tributaria que, en definitiva, viene a decirnos que existirá fraude de ley cuando:

(i) El negocio jurídico utilizado no ha reportado ninguna de las utilidades jurídicas o económicas que sí le son propias como efectos directos³.

³ («a. Que, individualmente considerados o en su conjunto, sean notoriamente artificiosos o impropios para la consecución del resultado obtenido»).

(ii) El negocio jurídico utilizado ha producido, como únicos efectos jurídicos relevantes, los que normalmente se alcanzan con otro negocio jurídico⁴.

⁴ [b) Que de su utilización no resulten efectos jurídicos o económicos relevantes, distintos... de los efectos que se hubieran obtenido con los actos o negocios usuales o propios].

(iii) El negocio jurídico utilizado ha posibilitado que ese único efecto jurídico relevante haya tenido un coste fiscal inferior al que hubiera tenido de haberse alcanzado utilizando el negocio jurídico que es propio para su obtención⁵.

⁵ [b) Que de su utilización no resulten efectos jurídicos o económicos relevantes, distintos del ahorro fiscal...].

La frontera entre la economía de opción y el fraude se sitúa ahora en la existencia de efectos jurídicos directos relevantes que justifiquen la utilización del negocio jurídico empleado. En adelante, la expresión «business purpose test» (análisis del propósito mercantil típico) comenzará a ser familiar.

A este tipo de comportamientos regulados en este artículo 15 del proyecto se le ha denominado siempre «**fraude de ley**» . El anteproyecto quiso sustituir la denominación por la de «**abuso de la norma**» . Se argüía que en el fraude de ley tributaria no hay un resultado prohibido⁶ por el ordenamiento jurídico por lo que el acento no se ponía tanto en el resultado (fraude) como en la forma de alcanzarlo (abuso de la norma). Ese cambio de denominación no tenía tampoco más importancia, aun cuando sea posible afirmar que el abuso de la norma sólo será relevante si produce un resultado fraudulento. Fraude o abuso, tanto da; pero en ningún caso puede llamársele generosamente «**conflicto**» como ahora hace el proyecto de ley remitido a las Cortes. Con esa denominación –descargada de cualquier nota peyorativa– la Hacienda Pública ha perdido su primera batalla: la del

lenguaje.

⁶ El no realizar el hecho imponible o determinar una deuda tributaria inferior no es, en sí mismo, un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico.

Aclarado el concepto y su denominación, podrá criticarse si es acertada o no la delimitación que se hace de la frontera con la economía de opción. Ahora bien, así delimitada, lo que parece claro es que el sujeto que cruza esa línea divisoria no lo hace por casualidad ni por imprudencia: cuando se crea un artificio hueco para obtener un mejor trato fiscal hay voluntad y hay intento de engaño⁷.

⁷ Así lo entiende también el Tribunal Supremo Federal alemán, según explica GARCÍA NOVOA, César: Actualidad Jurídica Aranzadi. «La posibilidad de imponer sanciones en los supuestos de fraude y abuso de la norma tributaria» 3 de junio de 2003.

Esta conclusión nos conduce directamente a valorar cuál debe ser la reacción legal frente a esa conducta. Inicialmente, el anteproyecto de ley consideró que la reacción procedente era la aplicación de la norma que se había tratado de eludir, con los intereses de demora y la imposición de sanción al responsable. Frente a esta imposición de sanciones se alzaron importantes voces de insignes catedráticos y organizaciones empresariales. El proyecto aprobado por el Gobierno ha suprimido la posibilidad de sancionar estas conductas. Pues bien, también en este campo la Hacienda Pública ha perdido otra clara batalla: la tesis vencedora ha sido la de que la ingeniería fiscal fraudulenta no debe ser sancionada.

Téngase en cuenta un pequeño detalle: no se está hablando de sancionar la economía de opción, pues el artículo 15 del proyecto no la está regulando ni, por tanto, sancionando. Lo que se está considerando es sancionar o no las actuaciones fraudulentas, únicas a las que se refiere el artículo 15 del proyecto.

En defensa de la no imposición de sanciones a la ingeniería fiscal fraudulenta, se ha argüido que no puede sancionarse a quien no ha realizado el hecho imponible, como ocurre en el caso del fraude de ley o abuso de la norma. Se olvida en este caso que el fraude puede consistir en eludir el hecho imponible o en disminuir la cuota tributaria⁸, con lo que el argumento pierde parcialmente su fuerza. Pero es más, si en el fraude o abuso el hecho imponible no se realizara, en tal caso no habría lugar a aplicar la sanción pero tampoco podría liquidarse el tributo aplicando la norma eludida.

⁸ «Se entenderá que existe conflicto en la aplicación de la norma tributaria cuando se evite total o parcialmente la realización del hecho imponible **o se minore la base o la deuda tributaria** mediante actos o negocios...», dice el artículo 15 del proyecto.

El argumento vencedor parece haber sido finalmente el de considerar que no es posible sancionar el fraude de ley, pues, al utilizarse en su tipificación conceptos jurídicos tan indeterminados, la norma no cumple las exigencias de certeza –«lex certa»– que ha de reunir toda norma sancionadora. Así lo dice el dictamen del Consejo de Estado y algún ilustre autor⁹. Con arreglo a estas opiniones, el obligado tributario no podría conocer con seguridad y antelación la posibilidad de ser sancionado. Pues bien, parece que la exigencia de que el comportamiento

fraudulento sea «notoriamente artificioso» no resulta suficiente: el obligado tributario podrá estudiar, planificar y crear productos notoriamente¹⁰ artificiosos con suficiente voluntad y conocimiento, pero, al parecer, no le es exigible que se represente la posibilidad de ser sancionado por ello.

⁹ GARCÍA NOVOA, César: Obra citada. .

¹⁰ El Código Penal utiliza conceptos de «notoria gravedad» (art. 74), «notoria importancia» en el abuso de información privilegiada (art. 286), en daños (art. 336) o en drogas (art. 369).

Por último, una cuestión que no deja de tener su importancia: el fraude de ley tributaria o abuso de la norma no puede ser apreciado por el actuario individual, sino que debe ser apreciado por una comisión específica creada por la ley al efecto. No se comprende muy bien que un inspector tributario pueda realizar operaciones más comprometidas como interpretar y aplicar la ley o apreciar una simulación y, sin embargo, no esté legalmente habilitado para apreciar un fraude de ley. Se piense lo que se piense al respecto, hay una conclusión que parece inevitable: este **aforamiento** especial del fraude de ley ante una comisión específica viene a constituir una limitación de las facultades de los actuarios. A este respecto no está de más recordar que las comisiones suelen ser poco operativas, por lo que, normalmente, tratarán de evitarse. Así ha venido ocurriendo hoy día en que la ley exige, para apreciar un fraude de ley, la tramitación de un procedimiento específico que ha quedado prácticamente inédito.

En definitiva, tratemos de poner los pies en la tierra una vez más, llamemos a las cosas por su nombre y digamos las cosas claras. Con razón o sin ella, si el actual proyecto llega a ser ley, los profesionales de la ingeniería fiscal podrán diseñar sus productos –planificar se dice– sin miedo a las reclamaciones del cliente: si el producto tiene éxito, bravo por el ahorro fiscal conseguido; si por el contrario la Hacienda Pública lo llegara a cuestionar, no habrá sanción; el cliente tan sólo pagará lo que desde el primer momento debía de haber pagado añadiendo un pequeño coste en intereses. Francamente, ingenios fiscales con garantía... de la propia Hacienda. ¿Alguien da más?
