

Roj: STS 4147/2011
Id Cendoj: 28079130022011100714
Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso
Sede: Madrid
Sección: 2
Nº de Recurso: 1061/2007
Nº de Resolución:
Procedimiento: RECURSO CASACIÓN
Ponente: RAFAEL FERNANDEZ MONTALVO
Tipo de Resolución: Sentencia

Resumen:

Rendimiento capital mobiliario. Calificación de los negocios jurídicos, "economía de opción y fraude de Ley.

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a treinta de Mayo de dos mil once.

Visto por la Sección Segunda de la Sala Tercera del Tribunal Supremo el presente recurso de casación número 1061/07, interpuesto por Construcciones Sánchez Domínguez, S.A., representada por la Procuradora Doña Alicia Casado Deleito, contra la sentencia de 20 de Diciembre de 2006, dictada por la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional en el recurso nº 757/2005, relativo a retenciones sobre rendimientos del capital mobiliario, ejercicio 1999, cuantía de 1.072.868 euros.

Ha sido parte recurrida la Administración General del Estado, representada y defendida por el Abogado del Estado.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 12 de Noviembre de 2002, se incoó por la Oficina Nacional de Inspección, a la ahora recurrente, acta de disconformidad por el concepto tributario de retenciones de capital mobiliario, periodo 1999, al haberse acordado con fecha 30 de Junio de 1999 por el Consejo de Administración de la entidad la reducción del capital social por importe de 600.000.000 ptas, con devolución a metálico a sus socios y, a continuación, la ampliación de capital en la misma cuantía mediante la aplicación de las reservas existentes, procediéndose a la ejecución de los acuerdos el 24 de Agosto siguiente.

El actuario consideró que, mediante estas dos operaciones consecutivas independientes, se había realizado una distribución de reservas a los socios, que tenía la consideración de rendimiento de capital mobiliario, sujeto a retención del 25%, siendo los perceptores los socios D. Narciso y su esposa Doña Matilde .

Confirmada la propuesta de regularización por la Inspectora Jefe-Adjunta-Jefe de la Oficina Técnica, en 27 de Diciembre de 2002, excepto en cuanto a los intereses de demora, por lo que la deuda a ingresar era de 1.072.868,35 euros, la entidad promovió reclamación económico administrativa ante el TEAC, que fue desestimada por resolución de 30 de Septiembre de 2005.

SEGUNDO.- Interpuesto recurso contencioso administrativo, la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, Sección Cuarta, dictó, con fecha 20 de Diciembre de 2006, sentencia desestimatoria.

TERCERO.- Contra la referida sentencia, la entidad preparó recurso de casación y, una vez que se tuvo por preparado, lo interpuso con la súplica de que se dicte sentencia que case la recurrida, anulando los actos administrativos de los que trae causa, declarando la nulidad de la liquidación, al haberse acreditado la

procedencia del tratamiento fiscal dado en su día a las operaciones societarias realizadas, por subsumirse dentro de los supuestos de "economía fiscal" o "economía de opción" y, en todo caso, por infracción del artículo 28.2 de la ley 230/1963, de 28 de diciembre, General Tributaria, al no ser en ningún caso aplicable el precepto mencionado al supuesto enjuiciado, por no proceder alterar la calificación jurídica de las operaciones realizadas y por no haberse observado el procedimiento especial de fraude de Ley Tributaria si las operaciones realizadas así hubieran debido calificarse a juicio del Tribunal.

CUARTO.- Conferido traslado del recurso al Abogado del Estado se opuso al mismo, interesando sentencia desestimatoria.

QUINTO.- Para el acto de votación y fallo se señaló la audiencia del día 25 de Mayo de 2011, fecha en la que tuvo lugar la referida actuación procesal.

SEXTO.- Al haber anunciado voto particular el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Emilio Frias Ponce, asumió la ponencia el Excmo. Sr. Presidente de la Sección.

Siendo Ponente el Excmo. Sr. D. Rafael Fernandez Montalvo, Presidente de la Sección

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Es objeto del presente recurso de casación la sentencia de 20 de Diciembre de 2006, de la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, desestimatoria del recurso contencioso administrativo interpuesto por la ahora recurrente contra la resolución del TEAC, de 30 de Septiembre de 2005, que confirmó la liquidación practicada por el Inspector Adjunto-Jefe de la Oficina Técnica de la Oficina Nacional de Inspección, de 27 de Diciembre de 2002, por Retenciones del capital mobiliario a cuenta del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, ejercicio 1999.

La Sala de instancia, frente a la alegación de la recurrente de que la operación de reducción de capital con devolución de aportaciones a los socios no tenía por objeto la distribución final de reservas a los socios, sino la eliminación de determinadas cuentas a cobrar de la sociedad por el accionista mayoritario, derivadas de operaciones comerciales realizadas con éste en su condición de empresario individual, transporte y movimiento de tierras, siendo esta operación independiente del acuerdo simultáneo de ampliación de capital en la misma cuantía con cargo a reservas libres, adoptado a fin de evitar el anuncio de la reducción de capital en prensa y la consiguiente inquietud en la comunidad financiera, razona de la siguiente forma:

" Sin embargo, ningún elemento de prueba aporta la parte recurrente sobre el saldo deudor que el socio mayoritario tenía con la sociedad, limitándose a referirse a la "restitución de aportaciones se compensaron parcialmente con la deuda del socio frente a la sociedad", como tampoco sobre la situación de endeudamiento de la misma. Por otra parte, la justificación de la decisión de ampliación de capital que se ofrece -evitar el anuncio de la operación de reducción de capital y la eventual inquietud entre la comunidad financiera- no se compadece con una de las circunstancias que en justificación de la decisión de reducción de capital asimismo se ofrecen -el parecer de los acreedores financieros, sobre la conveniencia y necesidad de eliminar los saldos deudores con el socio mayoritario.

Siendo ello así, aun cuando las operaciones societarias descritas se acomoden a lo prevenido en la ley de Sociedades Anónimas para el aumento y reducción de capital, es lo cierto que, como ha venido a poner de manifiesto la Administración tributaria, la combinación de ambas operaciones aparece encaminada al reparto o distribución de las reservas acumuladas entre los accionistas, como finalidad perseguida a través de dichas operaciones dado que: 1) Como consecuencia de los acuerdos sociales adoptados el 30 de junio 1999 (reducción de capital por importe de 600.000.000 ptas. con devolución de aportaciones a los socios, por un lado, y simultáneo aumento de capital, por el mismo importe y con cargo a reservas, por otro) el capital social permanece en la misma cifra que tenía con anterioridad a la adopción de los acuerdos, mientras que las reservas disminuyen en la cantidad de 600.000.000 ptas. 2) Los accionistas obtuvieron 600.000.000 ptas. en concepto de devolución de aportaciones sociales, habiéndose requerido para ello igualar la cifra capital de partida mediante aumento de capital con cargo a reservas. 3) Al permanecer el capital en la misma cifra que tenía antes de los acuerdos de reducción y aumento del mismo, queda de manifiesto que la voluntad social no era la modificación de la cifra del capital, sino disminuir el importe de las reservas para trasladar el mismo a los socios, lo que por constituir una utilidad económica derivada de la condición de tales ha de considerarse como rendimiento del capital mobiliario, a tenor de los preceptos expuestos, lo que a su vez excluye la aplicación de lo dispuesto en el art. 31.3 a) de la Ley 40/1998, respecto de la inexistencia de ganancia o pérdida patrimonial en el supuesto de reducción de capital con devolución de aportaciones. Y estando sujeto cuyo rendimiento a retención a cuenta (arts. 79 y 83, Real

Decreto 214/1999) su omisión justifica la regularización tributaria practicada a través del acto de liquidación originariamente impugnado."

Por otra parte argumenta, que " *el acceso al Registro Mercantil de los acuerdos sociales de que se trata, no impide el ejercicio de la función calificadora del hecho imponible que a la Administración Tributaria atribuye el reseñado precepto legal "* (artículo 28.2 de la LGT), rechazando a continuación, que este precepto no permitiese a la Inspección valorar o calificar jurídicamente una relación jurídica dada, al margen de su apariencia o denominación, porque "*habiéndose reflejado en los acuerdos sociales adoptados el 30 de Junio de 1999 la voluntad expresada por la Junta General de accionistas, nos encontramos ante un exclusivo problema de calificaciones jurídicas de la norma tributaria, tal como aparece previsto en el citado artículo 28.2 de la ley General Tributaria de aplicación al caso. Por consiguiente, calificado el negocio jurídico realizado conforme a su verdadera naturaleza jurídica, sin que exista necesariamente propósito abusivo alguno mediante empleo de fórmulas jurídicas insólitas, sin perjuicio de todo lo anteriormente indicado, no cabe hacer tacha alguna de invalidez a la actuación desarrollada por la Inspección de Tributos, toda vez que ni era necesario el recurso al fraude de ley (art. 24 , Ley General Tributaria ni puede hablarse de negocio simulado (art. 25 , idem)"*.

Finalmente, entendió la Sala que no era de aplicación al caso la doctrina sobre la existencia de una economía de opción, porque esta doctrina "*no puede confundirse con la adecuada calificación jurídica de las operaciones de que se trata, realizada por la Administración tributaria sobre la base de una interpretación de la finalidad de la reducción y aumento de capital exigida por la norma, la cual ha sido efectuada por la Administración Tributaria de forma razonada, debiendo prevalecer, por cuanto queda expuesto, sobre la indicada por la actora, al no haber quedado constatado en el proceso la finalidad de las operaciones realizadas esgrimida por dicha parte"*.

SEGUNDO .- El recurso de casación se formula al amparo de la *letra d) del apartado 1 del artículo 88 de la Ley de la Jurisdicción por infracción:*

I) Del *artículo 28.2 de la ley 230 1963, de 28 de Diciembre, General Tributaria* , por no resultar procedente alterar la calificación jurídica de los negocios jurídicos realizados por la entidad consistentes en la reducción de capital con devolución de aportaciones y posterior ampliación de capital con cargo a reservas, en cuanto tienen entidad propia y finalidad sustancialmente distinta de la que se presume por la Administración, sin fundamento real alguno al considerar que constituyen una distribución de dividendos con cargo a reservas libres, y todo ello en contradicción con la actuación de la Administración Autonómica, que aceptó y confirmó la calificación inicial de las operaciones de reducción de capital y posterior ampliación, practicando las oportunas liquidaciones en el ámbito del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales, modalidad "operaciones societarias", y vulnerando la exigencia de la interpretación de las normas que se establecía en el *artículo 23 de la Ley General Tributaria* , sobre la interpretación de los "términos empleados" conforme al sentido jurídico, en este caso, conforme a la regulación de las citadas operaciones en el Código de Comercio, en la Ley de Sociedades Anónimas y en el Reglamento del Registro Mercantil, así como los límites que deben operar en la interpretación de las normas y, en particular, en la declaración de fraude de ley tributaria, como señala esta Sala, en su sentencia de 8 de Junio de 2002 , y el Tribunal Constitucional en la sentencia 194/00, de 19 de Julio .

II) De la Jurisprudencia existente sobre la economía de opción, dado que las operaciones realizadas puedan encuadrarse en la denominada economía fiscal, por cuanto el contribuyente es libre de elegir, a la hora de configurar sus operaciones, la alternativa de menor gravamen, sin que pueda la Administración calificar libremente dicho supuesto de distinta forma, ya que supondría una extensión analógica del hecho imponible que atentaría al principio de legalidad.

A juicio de la recurrente no se puede considerar por analogía una reducción de capital, como un reparto de beneficios, ya que aquella operación tiene configurado un específico régimen fiscal, contenido en el *artículo 31.3 a) de la ley 40/98 del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas* , que no es exención o menor tributación, ni un diferimiento indefinido de la tributación al encontrarse el límite, además de en los propios del capital mínimo de las sociedades establecido en la ley reguladora de las mismas, en el del coste de adquisición de las acciones para los accionistas, que pasaba a tributar como ganancia patrimonial.

Cita en apoyo de su tesis las sentencias de esta Sala de 15 de Julio de 2002 , 29 de Junio y 8 de Noviembre de 2000 y la doctrina del Tribunal Constitucional sentada en la sentencia 46/2000 .

III) Del *artículo 24 de la ley 230/1963, de 28 de Diciembre, General Tributaria (LGT/1963)* , por ausencia de tramitación del preceptivo procedimiento especial que hubiera debido concluir sobre la eventual existencia de fraude de ley.

En opinión de la recurrente, la Administración sólo podía haber recalificado las operaciones realizadas si, una vez acreditado la existencia de motivos concluyentes de la existencia de un negocio anómalo, hubiera realizado los procedimientos oportunos para poder acreditar la verdadera existencia del mismo, sin que el *apartado 2 del artículo 28* pueda utilizarse para recalificar dichas operaciones.

La más adecuada resolución del recurso requiere que, antes de analizar de forma particularizada los motivos de casación expuestos, se efectúe un examen previo de las diversas categorías jurídicas relacionadas con la elusión fiscal.

TERCERO .- A) El ordenamiento tributario tiene la necesidad de diseñar instrumentos específicos para conciliar, en su ámbito, la proyección contradictoria de dos principios: el de legalidad y tipicidad tributaria, de una parte, que impide la extensión del hecho imponible más allá de su propia formulación legal, de manera que queda excluida la posibilidad de la analogía (*art. 23.3 LGT/1963 y 14 LGT/2003*); y el de justicia tributaria, que exige que deban tributar todas las manifestaciones de riqueza que el legislador ha querido que tributen, y que están en el resultado obtenido, aunque se llegue a él a través de actos y negocios jurídicos no incluidos en la configuración estricta del hecho imponible.

Así, para el tratamiento de la utilización de creaciones jurídicas que permiten conseguir los resultados deseados con una menor tributación que la de los actos o negocios jurídicos usuales que son los específicamente contemplados por las normas tributarias, se utilizan tres categorías dogmáticas: la elusión fiscal que no infringe la ley tributaria pero soslaya su aplicación; la evasión fiscal que vulnera directamente dicha ley; y la economía de opción que supone la elección lícita entre diversas alternativas jurídicas la que representa una menor carga fiscal.

De esta manera, puede señalarse que en la elusión, a diferencia de lo que sucede en la economía de opción, el ordenamiento jurídico quiere que la tributación tenga lugar aunque se utilicen actos o negocios jurídicos válidos no contemplados formalmente en la norma como presupuestos de la imposición.

Así, el derecho comparado, para evitar la elusión fiscal (tax avoidance), utiliza diversas categorías jurídicas que pueden agruparse en torno a dos tradiciones diversas: la que responde a la figura del fraude de ley, en su configuración clásica privativista o en su formulación específicamente tributaria; y la que utiliza cláusulas antielusión, generales o específicas. Con carácter complementario se utiliza también la doctrina del "levantamiento del velo" y la de la transparencia fiscal.

B) En nuestro ordenamiento jurídico, la legitimidad constitucional de la lucha contra la elusión fiscal, entendida como violación indirecta de la norma tributaria, se ha encontrado en la "solidaridad de todos en el sostenimiento de los gastos públicos" o "justa distribución de la carga fiscal (Sts 76/1990, de 26 de abril) y, sobre todo, en el principio de capacidad económica como presupuesto del deber de contribuir y en la exigencia de un sistema tributario justo, inspirado en los principios de igualdad y generalidad (*art. 31 CE*). En este sentido se ha pronunciado reiteradamente el Tribunal Constitucional (TC):

a) STC 50/1995, de 13 de febrero : "la solidaridad de todos a la hora de levantar las cargas públicas de acuerdo con la capacidad económica y dentro de un sistema tributario justo, aparece proclamado en la Constitución y conlleva, con la generalidad de la imposición, la proscripción del fraude fiscal, como una de las modalidades más perniciosas y reprochables de la insolidaridad en un sistema democrático (FJ 6º).

b) STS 182/1997, de 28 de octubre cualquier alteración en el régimen del tributo "repercute inmediatamente sobre la cuantía o el modo de reparto de la carga tributaria que debe levantar la generalidad de los contribuyentes (FJ 9º).

c) STC 46/2000, de 17 de febrero reconoce expresamente la necesidad de evitar que se produzcan posibles actuaciones elusivas de los sujetos, en detrimento de la solidaridad de todos en el sostenimiento de los gastos públicos (FJ 6ª).

C) La LGT/1963 reguló de forma específica el fraude de ley en materia tributaria. Ello no ha sido obstáculo, de una parte, para que la legislación contemplara también otras medidas específicas antielusivas para garantizar la transparencia (ad exemplum, regulación de operaciones vinculadas); y, de otra, para que la jurisprudencia haya aplicado, con el mismo propósito, distintas figuras o categorías jurídicas provenientes de la teoría general del Derecho o del Derecho civil, como, entre otras, el negocio anómalo, simulado e indirecto.

Además, debe tenerse en cuenta que, a pesar de la diferencia teórica que existe, en el plano

conceptual, entre fraude de ley y simulación, se ha producido en su vertiente práctica, en su aplicación por la jurisprudencia una superposición y compatibilidad entre ambas figuras.

En puridad de principios el fraude de ley parte de la existencia de actos o negocios jurídicos válidos, que reúnen todos los elementos exigidos por el ordenamiento jurídico para desplegar sus efectos jurídicos. Pero se trata de actos o de negocios jurídicos realizados al amparo de una determinada normativa (norma de cobertura) que no les protege, al no perseguir sus resultados habituales, por lo que debe aplicarse la norma tributaria (norma defraudada) que resulta de aplicación a los actos o negocios jurídicos que debieran haberse utilizado con normalidad a la vista de los efectos producidos y circunstancias concurrentes.

La simulación, por el contrario, supone la creación de una realidad jurídica aparente (simulada) que oculta una realidad jurídica distinta (subyacente) o que oculta la inexistencia de acto o de negocio jurídico. Esta simulación puede alcanzar a cualquiera de los elementos del negocio o del contrato; en nuestro ordenamiento, por tanto, tratándose del contrato, puede afectar a los sujetos, al objeto y a la *causa* (art. 1261 CC).

Ahora bien, el problema surge especialmente en la simulación de la causa por su estrecha vinculación con la finalidad o propósito que las partes persiguen al celebrar un contrato. Así se considera que un contrato realizado no con el fin habitual o normal, sino para el logro de un resultado singular adolece de vicio en la causa, y al apartarse de la "causa típica" o carecer de ella merece la calificación de simulado, con simulación relativa o absoluta. Y es entonces cuando se produce la confluencia y posible superposición entre fraude de ley y simulación, que dificulta extraordinariamente su distinción, haciendo depender la consideración de una u otra figura, en cada caso concreto, de la labor de interpretación y de calificación que corresponde, primero, a la Administración tributaria y, luego, a los Tribunales.

Las dificultades del deslinde y el riesgo de confusión tenían que enfrentarse con las diferentes consecuencias prácticas de una y otra figura. En el caso del fraude de ley, la consecuencia prevista por el ordenamiento jurídico era la exigencia de la carga tributaria que correspondía al hecho imponible soslayado, mientras que en la simulación procedía, además, la imposición de la correspondiente sanción. Por otra parte, la simulación era más fácil de declarar puesto que correspondía al órgano administrativo efectuar la oportuna regularización sin necesidad de acudir al expediente específico y declaración singular contemplada, en la literalidad de la ley, para el fraude.

La utilización indistinta por la Administración tributaria y por jurisprudencia de las figuras o categorías antielusivas llevó a que, ante las dificultades de la prueba de la simulación, se acudiera a la categoría genérica del "negocio jurídico indirecto" y a que se aplicara la precisión legal sobre calificación establecida en el *artículo 25 o 28.2 LGT/1963*.

Con esos precedentes no puede extrañar que la figura del fraude de ley fuera objeto de intensos debates en la elaboración de la *LGT/2003*. Y que, en la redacción final, el *artículo 15* sustituyera la figura del fraude de ley por una cláusula general antielusión denominada "conflicto en la aplicación de la norma tributaria", explicada por la Exposición de Motivos de la Ley en los siguientes términos: "se revisa en profundidad la regulación del fraude de ley que se sustituye por la nueva figura del <<conflicto en la aplicación de la norma tributaria>>, que pretende configurarse como un instrumento efectivo de lucha contra el fraude sofisticado, con superación de los tradicionalmente problemas de aplicación que ha presentado el fraude de ley en materia tributaria".

Esta cláusula genérica "antiabuso" o antielusión comprende los supuestos tradicionalmente considerados como fraude de ley y los denominados negocios indirectos, quedando, por el contrario, separada la previsión legal de la simulación en el *artículo 16 LGT/2003*.

En definitiva, conforme a este tratamiento unitario, la aplicación del *artículo 15 LGT/2003* exige, en la actualidad la utilización de dos parámetros avanzados por la jurisprudencia anterior al tratar de las facultades de la Administración para calificar los negocios y aplicar, en su caso, el fraude de Ley: el de la normalidad o anormalidad del resultado obtenido con el negocio jurídico o contrato celebrado, y el de la existencia o no de efectos jurídicos o económicos específicos que sean relevantes al margen del elemento fiscal.

En cualquier caso, la norma vigente exige un informe preceptivo para la declaración del conflicto en la aplicación de la norma tributaria.

CUARTO.- En el primero de los motivos de casación, se alega la infracción del *artículo 28.2 de la ley*

230/1963, de 28 de Diciembre, General Tributaria (LGT/1963), por no resultar procedente alterar la calificación jurídica de los negocios jurídicos realizados por la entidad, consistentes en la reducción de capital con devolución de aportaciones y posterior ampliación de capital con cargo a reservas.

El motivo así formulado suscita el alcance de la calificación de los actos y negocios jurídicos desde la perspectiva de los hechos impositivos y previsiones de las normas fiscales de acuerdo con las previsiones de la LGT/1963, inicialmente contenidas en su *artículo 25* y posteriormente, a partir de la Ley 25/1995 , en su *artículo 28.2* .

A.- La primera redacción aludía expresamente a una posible calificación que atendiera a la realidad económica subyacente en los negocios jurídicos; de manera que los actos y negocios que produjeran los mismos efectos económicos, aun cuando revistieran formas jurídicas diversas, debían tener un mismo tratamiento tributario. Asumía el texto legal las consecuencias del llamado método económico y de la teoría funcional que contemplaban como eje central de la tributación la capacidad económica, de manera que si la finalidad de toda norma tributaria se identifica con el gravamen de una determinada manifestación de la referida capacidad económica su interpretación y aplicación había de hacerse en consideración a la realidad económica implícita en cada supuesto de tributación, quedando en un segundo plano la forma o procedimiento jurídico adoptado por las partes.

Este criterio interpretativo fue acogido por una antigua jurisprudencia de esta Sala (ad exemplum, STS 5 de marzo de 1988), formulada al amparo del *artículo 25.3 LGT/1963* sobre la base de la distinción entre "hechos impositivos de naturaleza jurídica" y "hechos impositivos de naturaleza económica" y que permitía interpretar en este último supuesto que lo determinante eran las situaciones y relaciones económicas que efectivamente existieran o se establecieran por los interesados con independencia de las formas jurídicas utilizadas.

El criterio de la realidad social, como canon interpretativo, se traducía en el Derecho tributario por el principio de que para aplicar correctamente el precepto legal de acuerdo con el fin que le es propio, era necesario proceder a la exacta valoración de la función económica de los hechos sociales a que se referían las normas impositivas. De este modo se consideró como exigencia del derecho impositivo que los impuestos fueran aplicados a las relaciones económicas, teniendo como base no tanto la forma jurídica dada por los sujetos como la efectiva realidad económica subyacente. Por consiguiente, la comentada previsión normativa hacía, en la práctica, innecesaria la regulación específica del fraude de *ley tributaria en los términos del originario artículo 24.2 LGT*. Era suficiente el uso de la interpretación funcional o económica, puesto que bastaba la calificación para afirmar que la verdadera naturaleza económica del negocio realizado era la prevista en la norma eludida y que ésta fuera, en definitiva, la aplicada.

Ahora bien, como pone de relieve la representación procesal de la parte recurrente, la prevalencia a ultranza del criterio de la realidad económica podía resultar contraria a la seguridad jurídica, en cuanto podía suponer una quiebra en la garantía de la certeza en la interpretación de las normas. Y, además, tal criterio interpretativo olvidaba dos importantes datos: de una parte, que el juicio sobre la idoneidad de un hecho imponible como manifestación de la capacidad económica no corresponde al interprete de la norma sino que está reservado al legislador; y, de otra, que incluso, para definir los conceptos económicos el propio legislador hace constante referencia a conceptos jurídicos.

B.- La redacción dada por la *Ley 25/1995 del artículo 28.2 LGT* eliminó la duplicidad de la calificación en función de la naturaleza jurídica o económica del hecho imponible y recondujo dicha operación de calificación o subsunción normativa a los métodos jurídicos. Pero ello no supuso que se prescindiera de la perspectiva económica del hecho imponible o de la trascendencia económica que subyace en las categorías objeto de consideración por las normas tributarias.

Al contrario, en la aplicación de las normas tributarias, la jurisprudencia ha seguido y sigue teniendo en cuenta el significado económico de las realidades creadas por los negocios jurídicos atendiendo: al objeto económico del tributo y a la finalidad de éste, a la virtualidad del principio de capacidad económica y a la llamada "interpretación principalista" de las normas y de la calificación de los hechos y negocios jurídicos.

Así la STS de 3 de febrero de 2011 (rec. de cas. 2848/2007) señala que debe evitarse una interpretación de las normas tributarias basada en la naturaleza económica del hecho imponible. Pero ello no es óbice para que sea necesario examinar la realidad económica de las operaciones contempladas.

En definitiva, la doctrina de esta Sala, después de la reforma de la LGT/1963 efectuada por la *Ley 25/1995* , ha aceptado la consideración económica en las calificaciones tributarias utilizando diversas

técnicas.

a) En primer lugar, el criterio teleológico como método jurídico de interpretación de las normas del Derecho impositivo. No se trata de dar preferencia al significado económico sobre la configuración jurídica del hecho imponible sino de atender al verdadero sentido que el legislador ha atribuido a los caracteres conformadores del tributo.

Desde esta perspectiva, la configuración económica de las situaciones creadas a través de los negocios jurídicos ha seguido desempeñando una importante función para determinar el alcance del fin concreto de la norma tributaria, aunque sin prescindir de su sentido literal y de la utilización de los restantes criterios de interpretación (lógico, sistemático e histórico), y sin desconocer, en todo caso, los límites que a una calificación económica del hecho imponible imponen los criterios de la hermenéutica jurídica.

B.- En segundo término, la jurisprudencia atiende a los principios constitucionales para superar las consecuencias derivadas de una mera interpretación literalista de las normas tributarias. Y, así, el aspecto económico de la imposición adquiere una significación propia en cuanto reflejo del principio de capacidad económica o contributiva como fuente de imposición que opera como condición de impositibilidad no solo en el plano legislativo, al configurar el presupuesto del tributo, sino también en la efectiva actuación de la norma. Desde este punto de vista, esta Sala atiende tanto a los resultados que produce el tributo como a los que, objetivamente, puedan derivarse de su aplicación. Calificación que, en puridad de principios, no supone otra cosa que dentro de los límites de la ley, entre diversas consideraciones posibles de las realidades contempladas, se prefiera aquella que sea más acorde con dicho principio constitucional, aunque, sin ignorar las exigencias, también constitucionales, de la reserva de ley y del principio de seguridad jurídica.

En definitiva, según la jurisprudencia de esta Sala posterior a la reforma de la LGT/1963 de 1995, se puede explicar una reacción de la Administración tributaria contra eventuales conductas elusivas, en garantía de una aplicación de las normas acorde con la efectiva igualdad de hecho, mediante la individualización de los presupuestos contemplados en cada caso que sean económicamente equiparables a los contemplados en la norma tributaria, siempre que ello no suponga la vulneración de la reserva de ley y de la seguridad jurídica.

C.- Por último, la doctrina de este Alto Tribunal, también después de dicha modificación, si bien no ampara que se prescinda de las formas jurídicas reales adoptadas por las partes para aplicar las normas tributarias, utiliza, con normalidad distintas figuras elaboradas por la teoría general del Derecho o el derecho privado, como el abuso del derecho, "el levantamiento del velo" o los negocios anómalos (indirectos, simulados).

Así pues, es cierto que debe evitarse una interpretación de las normas tributarias basada exclusivamente en la naturaleza económica del hecho imponible. El *artículo 25.3 LGT/1963*, tras la redacción dada por la *Ley 25/1995, de 20 de julio*, suprimió tal interpretación para, entre otras razones evitar el menoscabo del principio de seguridad jurídica, pero ello no impide que deba averiguarse la verdadera significación de los negocios y situaciones examinados en los procesos a la luz del *artículo 3.1 del Código Civil* y de la jurisprudencia de este Tribunal Supremo sobre la interpretación de las normas jurídicas (SSTS 17 de diciembre de 2007 , 4 de febrero y 18 de julio de 2008 , entre otras muchas), que ha utilizado las diversas figuras o categorías jurídicas a que se ha hecho referencia.

a) El abuso del derecho se considera un mecanismo adecuado para el control de la autonomía negocial de los particulares, reconduciendo al ámbito del hecho imponible los presupuestos concretos que resultarían indebidamente eludidos por el empleo, por parte de los contribuyentes, de formas jurídicas que no se corresponden con los objetivos económicos que les son propias, y con las que se pretende conseguir el mismo resultado económico que producen los negocios contemplados en la norma configuradora del hecho imponible.

b) La doctrina del "levantamiento del velo", elaborada por la jurisprudencia civil, resulta aplicable al ámbito tributario para corregir cualquier interposición de la forma social que sea cauce para eludir la aplicación de impuestos o de cualquier tipo de responsabilidad fiscal, a través de transmisiones patrimoniales de personas físicas a personas jurídicas o dando apariencia de rendimientos sociales a los que son de personas físicas, ocultando la verdadera identidad del perceptor.

c) La figura del negocio indirecto se utiliza para calificar las situaciones y relaciones económicas que, efectivamente, existan o se establezcan por los interesados, con independencia de las formas jurídicas que utilicen. Negocio indirecto que esta Sala define como aquél en que las partes celebran un contrato típico y

regulado en el ordenamiento jurídico con un fin distinto del que le es propio y específico, y que caracteriza por las siguientes notas: a) yuxtaposición de diversas operaciones o negocios jurídicos; b) una finalidad distinta de la que es característica de cada uno de los contratos típicos celebrados; c) efectos directos propios del contrato celebrado; y d) efectos indirectos queridos por las partes, que podrían haberse obtenido mediante un negocio o contrato típico distinto. Así, en el negocio indirecto se distinguen entre los efectos directos, que son los que corresponden a la causa típica del contrato celebrado, y los efectos indirectos, que son los realmente queridos por las partes y que obedecen a una intención final o resultado.

La STS de 6 de marzo de 2009 (rec. de cas. 2824/2003) señala que con esta interpretación, conciliable con las consecuencias que respecto de las causas establece el *artículo 1275 del Código Civil* , "se pretende exclusivamente salvaguardar los intereses de la Administración tributaria, sin tener que recurrir a la figura del fraude de ley, en la que hay una causa típica, si bien el motivo, la intencionalidad es ir contra el espíritu y la finalidad de la ley. El negocio indirecto y el negocio en fraude de ley son conceptualmente distintos, si bien, puede un negocio indirecto, al igual que un negocio típico, ser realizado en fraude de ley (STS de 9 de octubre de 2010, re. cas. 6612/2003). Esta distinción conceptual permite que en un negocio indirecto pueda la Hacienda aplicar la norma fiscal sobre los efectos o resultados del negocio indirecto al margen y con independencia del concepto de fraude de ley. La viabilidad instrumental del negocio indirecto como figura apta para autorizar una calificación autónoma en el ámbito tributario, permite la correcta calificación del negocio jurídico y sus anomalías-con toda la relevancia que se quiera dar a la función económica perseguida-y, en consecuencia, el análisis técnico jurídico de la causa de los contratos y de las anomalías que en su configuración o exteriorización pudiera existir. En el negocio indirecto, la finalidad puramente fiscal de los negocios jurídicos realizados evidencia que la causa de los mismos responde a la realidad de evitar la tributación o que ésta se realice en cuantía inferior a la ordinariamente exigido, pero como tales, dichos negocios jurídicos son verdaderamente queridos".

Es más, cuando esta Sala ha contemplado una indebida por aparente utilización de un negocio o contrato considera que es casi innecesario tratar de subsumir el conjunto operativo llevado a cabo en la categoría de negocio simulado o disimulado, negocio en fraude de Ley, negocio indirecto, negocio fiduciario y/o demás especialidades de los negocios jurídicos anómalos, pues en la realidad lo único que se produce es un intento de obtener un tratamiento fiscal impropio al reparto de dividendos (Cfr. STS de 25 de octubre de 2005, rec. De cas. 3794/1999).

d) ***El artículo 24 LGT/1963 , tanto en su redacción originaria como en la derivada de la Ley 25/1995 , consideraba que no existe extensión del hecho imponible, cuando se gravan acontecimientos, actos o negocios jurídicos realizados con el acreditado propósito de eludir el pago del tributo, siempre que produjesen un resultado equivalente al derivado del hecho imponible (STS 5 de julio de 2010, rec. cas. 373/2007).***

D.- Por consiguiente, sobre la base de la doctrina jurisprudencial expuesta en orden a la calificación de los negocios jurídicos, el motivo de casación analizado no puede ser acogido.

La sentencia de instancia, en consideración al conjunto de operaciones y negocios desarrollados, entiende (fundamento cuarto,^{7ª}) que se pretendió indirectamente el resultado propio de otro negocio distinto del realizado, categoría que, con carácter general, incluye "diversas figuras jurídicas entre las que se encuentra el negocio simulado (en el que existe una apariencia negocial sin voluntad alguna, como es el caso de la simulación absoluta, o por el contrario se quiere otro negocio jurídico distinto del verdaderamente manifestado) [...]". Así, la sentencia de instancia confirma la calificación de la Administración entendiendo que "aunque han existido dos operaciones sucesivas realizadas, la primera de reducción de capital con devolución de aportaciones y la segunda de ampliación de capital con cargo a reservas, la finalidad perseguida ha sido la de distribuir reservas a los socios, ya que ni existió voluntad de reducir el capital que quedaba tras la operación fijado en la misma cuantía inicial, ni se cumple tampoco la finalidad propia del aumento de capital con cargo a reservas para dar mayor estabilidad a la sociedad y mayor solvencia frente a terceros ya que se han mantenido las mismas garantías desde el principio. Y por tanto la operación debe tributar como lo que realmente se ha producido, una distribución de beneficios a los socios, trasladando las reservas desde la sociedad al patrimonio de los dos socios, y tiene la consideración de rendimiento de capital mobiliario en virtud de la normativa aplicable [...]".

En definitiva, lo que contempla la sentencia de instancia recurrida es una calificación jurídico tributaria, efectuada por la Administración, de una operación doble de reducción de capital con devolución de aportaciones y ampliación de capital con devolución de aportaciones y ampliación de capital con cargo a reservas efectuadas por la entidad "Construcciones Sánchez Domínguez, S.A."

" [...] El supuesto de hecho objeto de la consulta es el siguiente: la entidad citada, en la junta general de accionistas de 20 de junio de 1999, adopta dos acuerdos. Por un lado adopta un acuerdo que denominan de reducción de capital en un importe de 600 millones de pesetas con devolución de aportaciones a los socios y, por otro, un acuerdo que denominan de ampliación de capital con cargo a reservas en exactamente la misma cuantía. Los socios de la entidad citada con un matrimonio en cual D. Narciso ostenta el 95.87% y su cónyuge, D^a Matilde ostenta el restante 4.13 %.

[...] Como consecuencia de los acuerdos adoptados el capital de la entidad permanece en exactamente la misma cuantía que antes de la operación. Por su parte las reservas disminuyen en los citados 600 millones que es exactamente la cuantía que perciben los socios de la sociedad por su condición de tales. Según se recoge en el escrito de consulta, el citado matrimonio y la entidad que componen entienden que resulta de aplicación el Art. 31.1.a) de la Ley 40/1998, reguladora del IRPF, por lo que, en cuanto devolución de aportaciones en virtud de una reducción de capital, no existe renta gravable en la operación. La Inspección actuaria entiende que la operación podrá ser calificada de un reparto de reservas de la entidad y, en consecuencia, resultar aplicable el art. 23.1 de la citada Ley (rendimientos de capital mobiliario derivados de la participación en los fondos propios de cualquier tipo de entidad) generándose así una renta gravable por el importe obtenido. Además, tal calificación determinaría la obligación de la entidad de practicar una retención a cuenta del IRPF sobre el importe repartido de conformidad con el art. 82 de la antedicha Ley y los arts. 70, 83 y 86 del Real Decreto 214/1999, de 5 de febrero por el que se aprueba el Reglamento del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas.

[...] La determinación del régimen tributario aplicable a la operación objeto de este informe exige la previa calificación de los negocios jurídicos realizados, lo cual se llevará a cabo "... con arreglo a la verdadera naturaleza jurídica del presupuesto de hecho definido por la Ley cualquiera que sea la denominación o forma que los interesados le hayan dado, y prescindiendo de los defectos que pudieran afectar a su validez" (Art. 28.2 LGT). En el presente caso, las partes han dado a la operación la denominación de reducción de capital con devolución de aportaciones y ampliación con cargo a reservas. No obstante lo anterior, no parece ser esa la finalidad perseguida por las partes en los negocios jurídicos planteados si se examinan los hechos en su conjunto. La reducción y la ampliación de capital responden a un único propósito, pues se acuerdan en un mismo acto por unanimidad de unos socios compuestos exclusivamente por un matrimonio (o prácticamente por uno de los cónyuges). Tal finalidad no es otra que la alcanzada, minorar el importe de las reservas disponibles ha haciendo entrega de su importe a los socios (es decir, de la sociedad a la unidad familiar a la que pertenece). No existe voluntad de aumentar o reducir el capital social, sino precisamente de dejarlo exactamente en la cuantía en la que se hallaba. Si la función económica de la reducción de capital con devolución es restituir a los socios parte de sus aportaciones ante un exceso de recursos fijos (BROSETA PONTO, URÍA), tal presupuesto se ve contradicho inmediatamente por la ampliación de capital con cargo a reservas cuya función económica es, a su vez, mejorar la estructura financiera de la sociedad aumentando la cifra de garantía (capital) en detrimento de los recursos disponibles y que tampoco se cumple en este caso. Tal como señala la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 21º de febrero de 2002 en un supuesto similar "... la función típica del aumento de capital, es la de allegar recursos o proporcionar estabilidad a la sociedad mercantil de que se trate, lo cual a pesar de la denominación que pueda utilizar el interesado, socio mayoritario en la sociedad prestamista, no se produce en realidad, pues al ser el aumento de capital simultáneo a una reducción de igual cuantía, devuelta al socio demandante, aparece la verdadera operación social, como es la de que no tributen los dividendos repartidos". Esta última referencia es la que explica también en este caso las denominaciones utilizadas en el acuerdo social y la artificiosidad del planteamiento seguido, se trataba simplemente de eludir la tributación. No obstante, si la operación realmente realizada es la de reparto de reservas a los socios no cabe otro tratamiento tributario que el correspondiente a los rendimientos de capital mobiliario derivados de la partición en los fondos propios de cualquier tipo de entidad, es decir, de los dividendos".

QUINTO .- Por el mismo cauce del artículo 88.1 .d), la parte recurrente aduce un segundo motivo de casación, en el que mantiene la infracción de la Jurisprudencia existente sobre la economía de opción, dado que las operaciones realizadas pueden encuadrarse en la denominada economía fiscal, por cuanto el contribuyente es libre de elegir, a la hora de configurar sus operaciones, la alternativa de menor gravamen, sin que pueda la Administración calificar libremente dicho supuesto de distinta forma, ya que supondría una extensión analógica del hecho imponible que atentaría al principio de legalidad.

A.- El intento de acuñar un concepto de "economía de opción" no es reciente en nuestra doctrina. El primer intento serio se sitúa, al menos, en los años cincuenta del pasado siglo cuando se propone la utilización del término para designar conductas de los contribuyentes en las que se da concordancia entre lo formalizado y la realidad, no existe simulación, no resultan contrarias ni a la letra ni al espíritu de la Ley y se procura con ellas un ahorro financiero. Sin embargo, es forzoso reconocer que el tiempo transcurrido no ha

disipado las dificultades que presenta determinar la formulación negativa de sus límites, en constante tensión con los del fraude de ley tributaria y las diversas modalidades de negocios anómalos, y, más aún, la precisión, en positivo, de su contenido y alcance.

B.- Algunos textos legislativos utilizan, sin la necesaria precisión, la expresión economía de opción. Así, "ad exemplum", la Memoria del Proyecto *Ley del Impuesto de Sociedades de 1978*, *Ley 61/1978, de 27 de diciembre, que justificaba la regulación, en el artículo 16*, de los ajustes de precios entre sociedades vinculadas con el objetivo de "evitar que mediante precios de transferencia, se produjeran posibles economías de opción que abrieran una puerta a la evasión fiscal", el reiterado *Real Decreto 1919/1979, de 29 de junio (derogado por el RD 803/1993, de 28 de mayo)*, que reguló el procedimiento para la declaración de fraude de ley tributaria, señalaba que los preceptos tributarios se eluden en muchas ocasiones empleando instrumentos jurídicos o realizando actos que exceden de lo que sería la legítima "economía de opción", y la Exposición de Motivos de la *Ley 14/1985, de 29 de mayo*, de régimen fiscal, consideraba la "economía de opción" como equivalente a reducción de la carga tributaria. También utilizan, con falta de precisión y a veces de manera impropia, el término "economía de opción" la doctrina del Tribunal Constitucional (TC) y la jurisprudencia de este Alto Tribunal.

a) El TC, en sentencia 46/2000 de 17 de febrero, utiliza el término economía de opción como la posibilidad de elegir entre varias alternativas legalmente válidas dirigidas a la consecución de un mismo fin, pero generadoras de alguna ventaja adicional respecto a las otras, aunque advierte que tales situaciones derivadas de la Ley no resultan deseables a la luz del principio de capacidad económica, cuya existencia, de generarse desigualdades entre los contribuyentes, podría, incluso justificar, como hace la sentencia, la tacha de inconstitucionalidad de la norma originaria del problema.

b) Por su parte, en la jurisprudencia de este Alto Tribunal pueden señalarse, como punto de partida, dos posiciones diferentes representadas por sentencias de 27 de noviembre de 1999 y de 30 de marzo de 1999.

En la de 27 de noviembre de 1999, parece atribuirse una cierta reprochabilidad a la "economía de opción" cuando el TS señala que " [...] la búsqueda de "economía de opción" en el pago de los impuestos, complementada por el dinamismo del mercado financiero y su capacidad de innovación, ha generado la aparición de un conjunto de nuevos activos financieros, característica común de muchos de ellos ha sido el quedar al margen de los sistemas de control existentes en el sistema tributario".

La de 30 de marzo de 1999, por el contrario, participa de la idea que considera la "economía de opción" como una actuación plenamente ajustada a Derecho. En efecto, al pronunciarse sobre el correspondiente motivo de casación, declara que no se trataba de un fraude de ley, sino de una simple economía de opción, porque el Código Civil dejaba absoluta libertad a sujetos pasivos para adoptar la decisión tomada y porque no hicieron sino aprovechar una exención ejercitable ope legis.

Las SSTS de 3 de febrero de 2011 (rec. cas. 2848/2007) y 9 de mayo de 2011 (rec. cas. 771/2007) señalan que la admisibilidad de la "economía de opción" o la estrategia de minoración de coste fiscal puede ser admitida, en cuanto no afecte al principio de capacidad económica ni a la justicia tributaria. Aparece fundada en el principio de autonomía de la voluntad, en la libertad de contratación establecida en el *artículo 1255 del Código Civil* y produce un ahorro fiscal que no es contrario al ordenamiento jurídico".

Ahora bien, aunque la precisión conceptual de la "economía de opción" no es fácil y tampoco son nítidos sus límites, ha de entenderse que en ningún caso incluye las actuaciones que incidan en cualquier tipo de negocio jurídico anómalo, fraude de Ley o abuso de derecho.

En este sentido, la "economía de opción" **que comporta una discrepancia interpretativa no alcanza a comprender el intento de una minoración de la base o de la deuda tributaria mediante actos o negocios jurídicos que, individualmente o en su conjunto, sean notoriamente artificiosos o impropios para la consecución del resultado obtenido y que de su utilización no resulten efectos jurídicos o económicos relevantes distintos del ahorro fiscal. Previsión hoy explícita en el artículo 15 de la actual LGT en lo que denomina "conflicto en la aplicación de la norma tributaria" y que aunque la vigencia de la norma sea posterior a los actos administrativos que se revisan, viene a confirmar una conclusión a la que ha llegado la jurisprudencia de esta Sala mediante una interpretación teleológica de las normas tributarias, eliminando la ventaja fiscal que se trata de obtener como único y exclusivo objetivo de las operaciones realizadas.**

En la "economía de opción" los actos o negocios jurídicos realizados son los habituales o

propios del resultado obtenido.

Este es también el criterio que refleja la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (STJUE de 21 de febrero de 2006 , Hlifax, Ar. C 255/02 y University of Huddersfield Ar. C 223/03) que aprecia abuso de derecho cuando se aprecian acumulativamente dos requisitos: 1º) que la ventaja fiscal que se pretenda sea contraria al objetivo y finalidad de las normas aplicables; y 2º) que del conjunto de elementos objetivos concurrentes resulte que la finalidad esencial de las operaciones por las que se reclama una exención o minoración de la carga tributaria consista precisamente en obtener tal ventaja fiscal.

El uso legítimo de la "economía de opción" tiene como límite la artificiosidad que se crea en el negocio jurídico cuando tiene por exclusiva finalidad la reducción tributaria en detrimento de la finalidad de la norma cuya aplicación se invoca. Cuando el contribuyente traspasa el límite que representa la aplicación común de la norma para utilizarla contrariando su finalidad y espíritu no puede invocarse el principio de seguridad jurídica.

c) En cualquier caso, en la más reciente jurisprudencia de esta Sala se encuentran aportaciones para la determinación en positivo del concepto de "economía de opción". Y, sobre todo, existen decisiones fundamentadas sobre la consideración fiscal que merecen determinados supuestos de especial dificultad, que pueden servir para la delimitación externa, en negativo, del concepto debatido.

1º) Esta Sala se refiere a la noción de la "economía de opción" en dos sentencias. La primera, de 14 de marzo de 2005, dictada en el rec. de cas. 3147/00 señala que " *La «economía de opción», fundada en el principio de autonomía de voluntad, en la libertad de contratación establecida en el artículo 1255 del CC , produce un ahorro fiscal a las partes que no resulta contrario al ordenamiento jurídico. No atenta a lo querido por la Ley, en tanto que sí es contrario a ella el «fraus legis». La diferencia resulta clara si se considera que en el fraude, a que se refería el artículo 24 LGT/1963 (Ley General Tributaria de 1963), se busca eludir el pago del tributo u obtener ventajas económicas por medio de una anomalía en relación con el fin perseguido por las partes, y utilizando normalmente la técnica de un negocio simulado -el que se presenta a la tributación-, que encubre otro disimulado, técnica que no tiene que ver con los supuestos en que se busca asegurar un tratamiento fiscal más favorable a través de una vía que resulta acorde con las previsiones de la legislación tributaria.*

Los contribuyentes pueden elegir entre varias posibilidades que ofrece la Ley, la más ventajosa a sus intereses, siempre que no vulnere la normativa aplicable (Cfr. SSTS, 2 de noviembre de 2002, rec. cas. 9712/1997 y 11 de mayo de 2004, rec. cas. 1402/1999 , entre otras)".

2º) La segunda, STS de 28 de junio de 2006 , considera que " *El fraude de Ley puede resultar difícil distinguirlo de la "economía de opción". Esta es expresión de la libertad privada de elegir los negocios y formas jurídicas adecuadas, buscando la menor incidencia del ordenamiento tributario, generando un ahorro tributario, y ello incluso con fundamento último en la intangibilidad de la esfera personal y patrimonial del individuo con apoyo en el respeto a los derechos de la personalidad (artículo 10 de la Constitución Española). Sin embargo, en el fraude, aparentemente análogo a aquélla en su aspecto externo, frente la "economía de opción", existe un abuso de derecho, ya no amparado por el ordenamiento jurídico, por cuanto el elemento subjetivo motivador de la realización de los negocios jurídicos que ha guiado al sujeto es la exclusiva finalidad de eludir el impuesto mediante el uso de formas jurídicas. El único motivo que ha guiado al sujeto al realizar los actos tributarios es minorar la carga tributaria que hubiera soportado de no realizar tales actos o negocios jurídicos".*

3º) Estas consideraciones iniciales extraídas de las jurisprudencia se completan con ulteriores formulaciones de esta Sala que contribuyen a integrar la noción de la "economía de opción", tanto en su contenido positivo como en los límites que constituyen su delimitación negativa.

-) La "economía de opción" tiene diversos contenidos. El que configura su noción clásica, entendida como "ofrecimiento explícito por el ordenamiento de fórmulas jurídicas igualmente válidas" y que comprende los supuestos en los que la norma ofrece expresamente al sujeto pasivo diversas alternativas para la elección de la de menor coste tributario, sin que ello suponga la realización de maniobras de elusión o abuso de la posibilidad de configuración jurídica. El que se identifica con las llamadas "opciones fiscales" que suponen un derecho concedido por la ley al contribuyente, colocado en una determinada situación jurídica en relación con el impuesto, para ejercer libremente una opción que influye en la configuración del régimen tributario aplicable. Y, por último, el contenido integrado por los supuestos en los que las alternativas aparecen de modo implícito en la norma.

En la economía de opción se elige lícitamente entre diversas alternativas jurídicas en función de su

menor carga fiscal, pero no solo en función de esta consideración fiscal, ya que ha de concurrir otro efecto jurídico o económico relevante.

Pero, en ningún caso, ni en su acepción más amplia, puede entenderse que "la economía de opción" atribuya al obligado tributario la facultad de configurar negocios o situaciones económicas con incidencia fiscal "sin motivos económicos válidos" y con la única finalidad de obtener una ventaja tributaria.

-) La economía de opción termina donde empieza la elusión tributaria. De modo que si la economía de opción se basa en las posibilidades derivadas de la libre configuración negocial, que abarca la facultad de celebrar de celebrar negocios con la finalidad de obtener una ventaja o ahorro fiscal, es necesario, como señala la jurisprudencia, evitar que esa libertad de configuración suponga desvirtuar la correcta y natural aplicación de las normas tributarias. Y ello ocurre cuando se acude a fórmulas negociales que se resumen en la categoría de los "negocios jurídicos anómalos" que incluye los negocios en fraude de ley, el negocio indirecto, el negocio fiduciario y el negocio simulado. Se trata, en suma, de la utilización de negocio no gravado o gravado en menor medida que supone la "deformación" de otro negocio, gravado o más gravado, con la idea de sustraerse a la regulación tributaria normal.

El "motivo económico válido" se convierte en test para la apreciación de la economía de opción. Y su ausencia engloba diversas técnicas que conducen a negar la protección jurídica, desde el punto de vista tributario, a aquellos actos o negocios que carecer de dicho motivo y responden de manera exclusiva a la obtención de una ventaja tributaria que no está directamente contemplada en la norma para tales actos o negocios.

.) El negocio indirecto es un negocio real, en cuanto es querido por las partes, pero a través del cual se pretenden alcanzar unos efectos que no se identifican con la causa del negocio o con su razón típica. Esto es, se pretende conseguir unos fines que normalmente se obtienen con otro negocio.

La apreciación de existencia de negocio indirecto o de negocio fiduciario corresponde a la Administración tributaria en el ejercicio de la función calificadoras a que hacía referencia el *artículo 28. 2 LGT/1963*. En el dicho ejercicio de dicha facultad debe precisar la verdadera categoría o naturaleza jurídica del negocio celebrado a los efectos estrictamente tributarios.

.) El fraude de ley parte de la existencia de actos o negocios jurídicos válidos, ya que reúnen todos los elementos exigidos por el ordenamiento para desplegar efectos jurídicos. Si bien se trata de actos o de negocios jurídicos realizados al amparo de una norma legal dictada con una finalidad distinta (norma de cobertura) que pueden producir un resultado equivalente al del hecho o negocio constitutivo del hecho imponible, sin estar aquellos directamente gravados o gravados en menor medida. Si bien, no es absolutamente preciso que exista dicha norma de cobertura, ya que también es posible apreciar un fraude de ley intrínseco que se produce cuando el contribuyente se ampara en la letra de la ley para incumplir su finalidad.

.) La simulación supone la creación de una realidad jurídica aparente (simulada) que oculta una realidad jurídica distinta (subyacente) o que oculta la inexistencia del acto o del negocio jurídico. La simulación conlleva la ocultación de la realidad, un engaño que por su propia naturaleza ha de ser intencionado y que merece el consecuente reproche, administrativo o penal, cuando se ha realizado con la finalidad de evitar o disminuir el pago del impuesto. Se oculta bajo la apariencia de un negocio jurídico norma otro propósito negocial, ya sea éste contrario a la existencia misma del negocio (simulación absoluta), ya sea el propio de otro tipo de negocio (simulación relativa).

-) La distinción conceptual expuesta de las distintas categorías jurídicas que delimitan externamente, en negativo, la "economía de opción", no evita las dificultades que presenta su aplicación práctica. La propia jurisprudencia de esta Sala admite que el negocio indirecto y la simulación relativa puedan ser el medio de actuar en fraude de ley, y como tal resultar aplicables las previsiones del *artículo 24 LGT/1963*.

C.- En el proceso examinado, la cuestión esencial es discernir si el conjunto de operaciones contempladas es constitutivo de una auténtica alteración del capital social o si a través de su sucesiva disminución y aumento, con el consecuente reparto a los socios, o supone un instrumento para conseguir una distribución de beneficios a los socios con la exclusión indebida de la tributación legalmente aplicable. Determinación para la que es suficiente el ejercicio de la pertinente calificación, conforme al *artículo 28.2 LGT*.

Caracterización, exclusivamente a efectos fiscales, que se proyecta sobre un mecanismo conocido

como de "acordeón" en la jurisprudencia de esta Sala, que le ha considerado reiteradamente en múltiples ocasiones y desde la perspectiva de distintos impuestos, como negocio indirecto, utilizado para conseguir indebidamente una determinada ventaja fiscal (SSTS de 19 de junio de 2007 , 30 de noviembre de 2009 , 17 de febrero , 18 de junio y 20 de octubre de 2010 y 17 de febrero de 2011 , entre otras).

Así en la mencionada STS de 17 de febrero de 2011 se señala que "efectivamente se dan todas las notas que definen el negocio indirecto; una yuxtaposición de diversas operaciones o negocios jurídicos, ampliación de capital [...]y sin solución de continuidad una reducción de capital [...]; una finalidad distinta de la que es característica de cada uno de los contratos típicos celebrados, [con lo que] se pretende ocultar una realidad subyacente [...]; unos efectos directos propios del contrato celebrado, y unos efectos indirectos queridos por las partes [...] Como consecuencia de estas notas relevantes en la configuración del negocio indirecto, este puede definirse como aquél en que las partes celebran un contrato típico y regulado en el ordenamiento jurídico con un fin distinto del que le es propio y específico. [...] En el negocio indirecto el complejo negocial celebrado resulta ser una simple pantalla jurídica o medio en la consecución de los fines buscados por las partes. Este Tribunal se ha pronunciado en numerosas ocasiones sobre supuestos similares al que nos ocupa. A través de la figura del negocio indirecto se trata de establecer un principio de libertad absoluta en la calificación, basada en el hallazgo de las intenciones últimas de quienes intervienen en el negocio jurídico y prescindiendo en gran medida del referente de la causa[...]. No se trata de desconocer los efectos jurídico-civiles pensados y queridos por las partes, mientras no perjudiquen a terceros, sino más bien de evitar, con un sentido práctico, que esa absoluta libertad de configuración, al menos formal y aparente, del contenido de los negocios jurídicos, pueda, de hecho, desvirtuar la correcta y natural aplicación de la norma tributaria. Con esta interpretación, conciliable con las consecuencias que respecto de la *causa establece el art. 1275 del Código civil* , se pretende exclusivamente salvaguardar los intereses generales de la Administración Tributaria, sin tener que recurrir a la figura del fraude de ley, en la que hay una causa típica, si bien el motivo, la intencionalidad, es ir contra el espíritu y finalidad de la ley. El negocio indirecto y el negocio en fraude de ley son negocios conceptualmente distintos, si bien, puede un negocio indirecto, al igual que un negocio típico, ser realizado en fraude de ley. Esta distinción conceptual permite que en un negocio indirecto pueda [la] Hacienda aplicar la norma fiscal sobre los efectos o resultados del negocio indirecto al margen y con completa independencia del concepto de fraude de ley [...]"

En definitiva, como advierte, en este caso la Administración tributaria, no existe economía de opción porque no hay dos posibilidades de alcanzar un mismo fin amparadas y reconocidas por el legislador con una diferente carga tributaria. Si la operación pretendida y realizada es repartir reservas a los socios solo cabe la calificación fiscal de dividendos. No hay dos formas de repartir dividendos, una que tribute y otra que no, ni cabe entender que la voluntad del legislador fuera esa.

SEXO .- El tercero de los motivos del recurso de casación se refiere a la indebida apreciación de fraude de *ley fiscal al no haberse seguido el procedimiento especial que imponía el artículo 24.1 LGT/1963* , en la redacción dada por la *Ley 25/1995, de 20 de julio* .

A.- En la regulación del invocado *precepto, el fraude de ley se caracterizaba por tener un doble componente, uno material o sustantivo y otro formal o procedimental, y por llevar consigo determinadas consecuencias o efectos.*

De las diferentes concepciones elaboradas por la doctrina, el *artículo 24 LGT/1963* optaba por considerar fraude de ley el comportamiento en que concurrían los siguientes requisitos:

a) Realización de actos o negocios que produzcan un resultado equivalente al derivado del hecho imponible. Elemento necesario de la equivalencia que ha de ser objeto de consideración en términos de valoración tributaria y de eficacia jurídica.

b) Propósito de eludir el pago del tributo. Para la construcción jurídica fraudulenta de negocios jurídicos no es solo necesaria la sustancial equivalencia de los efectos con los presupuestos que determinan la obligación del pago del tributo, sino que es necesario que el comportamiento esté dirigido a evitar dicho pago. Así, el *artículo 24 LGT/1963* no resultaba aplicable a cualquier ventaja fiscal, sino sólo a aquellos supuestos en que el propósito elusivo adquiere la condición de única finalidad del negocio realizado (Cfr. STS 7 de octubre de 2010, rec. cas. 421/2008).

c) Actuación al amparo de normas dictadas con distinta finalidad. El legislador tributario se inspiraba, en esta exigencia, en el *artículo 6.4 del Código Civil* que recoge el concepto moderno de fraude de ley, elaborado en torno a la concepción internacionalista o de la doble ley. Se trata de una referencia a la norma

de cobertura que incluye también los supuestos en que el amparo lo otorga simplemente una ley desde su consideración meramente textual pero que resulta contrario a su finalidad y espíritu (STS de 29 de abril de 2010, rec. de cas.100/2005).

B.- Desde el punto de vista formal, el *artículo 24.1 LGT/1963* exigía que el fraude de ley se declarase en procedimiento especial con audiencia del interesado. Y, para el análisis de este requisito, resulta necesario recordar que la jurisprudencia de esta Sala ha distinguido varios periodos o fases, aunque con el denominador común de ausencia de la eficacia que pretende la recurrente.

Inicialmente, desde la entrada en vigor de la LGT/1963 estuvo ausente el desarrollo reglamentario que resultaba implícito en el *precepto legal*. No fue sino hasta el RD 1919/1979, de 29 de junio, cuando se regula, por primera vez, el procedimiento para declarar el fraude de ley, aunque su desafortunada redacción mantuvo la inicial ineficacia de la exigencia. La referencia a la extensión analógica del hecho imponible y la configuración subjetiva del fraude de ley-exigiéndose la aportación por la Administración de la prueba directa del "propósito de eludir el impuesto"- hizo que la doctrina de esta Sala reconociera frecuentemente la adecuación al ordenamiento jurídico de la utilización por la Administración tributaria de las facultades de calificación que la reconocía, en su inicial redacción, el *artículo 25 LGT/1963*.

En cualquier caso, con la derogación del citado RD 1919/1979 por el RD 803/1993, de 28 de mayo, se confirman formalmente las dificultades que presentaba la aplicación del *artículo 24 LGT/1963*, y la frecuente aplicación del referido *artículo 25 LGT/1963* que permitía obtener los mismos efectos que se derivaban de la aplicación del fraude de ley, con la ventaja de evitar la tramitación del procedimiento especial.

C.- Las consecuencias de las conductas elusivas según la LGT/1963 eran: la aplicación de la norma tributaria eludida, sin que tenga lugar el nacimiento de las ventajas fiscales que se pretendía obtener con aquellas, la liquidación de los intereses de demora y la exclusión de sanciones.

D.- Con la reforma efectuada por la Ley 25/1995, de 20 de julio, se produjo una importante modificación en la regulación de las conductas fraudulentas. Aunque, según nuestra jurisprudencia, los cambios realmente introducidos afectaban, más que al contenido material del fraude de ley, al aspecto procedimental (STS de 29 de abril de 2010, rec. de cas.100/2005).

La Exposición de Motivos de la Ley pone de manifiesto el propósito que inspira la nueva normativa: una orientación más garante en la lucha contra la elusión fiscal. Expresamente decía: "se hace necesaria la modificación de los artículos referentes a la interpretación de las normas tributarias, eliminándose aquellos aspectos que pudieran menoscabar el principio de seguridad jurídica, potenciando a la vez la lucha contra el fraude, al dotar a la Administración tributaria de instrumentos legales acordes con los principios constitucionales. Todo ello sin que suponga una limitación a la libertad de actuación de los individuos para adoptar sus decisiones teniendo en cuenta las consecuencias tributarias".

En esta línea de reforzar los derechos de los contribuyentes, se proyecta como objetivo de la reforma la necesidad de diferenciar de forma expresa entre las consecuencias del fraude de ley y las de la economía de opción. Y en esta línea, desde un punto de vista sistemático, se ubica el contenido del *artículo 25* en el capítulo del hecho imponible, como un segundo apartado del *artículo 28*, de acuerdo con el carácter propio de una norma sobre la calificación, además, se sitúan en artículos distintos las previsiones sobre la analogía (*art. 23.3*) y se mantiene el fraude de ley en el *artículo 24* con una previsión conceptual más precisa.

Pero lo más significativo de la reforma sobre el fraude es la desaparición a que hemos hecho referencia, de la distinción entre los hechos imposables de naturaleza jurídica y de naturaleza económica a los efectos de la calificación. Por consiguiente, la interpretación y calificación de los presupuestos de hechos sometidos a tributación debían hacerse tomando como punto de partida la configuración definida por la ley.

a) A pesar de la mencionada reforma, con la que el fraude de ley parecía asumir una posición propia y central en la lucha contra la elusión fiscal, la jurisprudencia de esta Sala ha seguido respaldando los criterios sobre la calificación fiscal de los negocios jurídicos utilizados por la Administración tributaria cuando concurrían las siguientes exigencias: 1º) que la apreciación de la realidad de las operaciones o negocios jurídicos se realice desde la perspectiva de las normas jurídicas que se consideran aplicables; y 2º) que el análisis que sustente la calificación atienda a la verdadera naturaleza de la operación considerando sus consecuencias jurídicas y económicas, con independencia del cauce formal adoptado por las partes.

b) El *artículo 24 LGT/1963* debía completarse con un procedimiento especial para la declaración del fraude. Pero desde la derogación del RD 1919/1979, de 29 de junio, efectuada por el RD 803/1993, de 28

de mayo, no existía desarrollo reglamentario ni norma que regulara expresamente dicho procedimiento. Por, consiguiente, ante tal ausencia solo cabía acudir a la aplicación supletoria de la *Ley 30/1992, de 26 de noviembre (LRJ y PAC)* no tanto para instrumentar un determinado expediente con una concreta y especial secuencia como para efectuar una especial declaración del fraude con observancia y respeto de los principios procedimentales de dicha ley, garantizando, sobre todo, el derecho de defensa mediante la pertinente audiencia en la que se pudieran efectuar, con plenitud de garantía, todas las alegaciones pertinentes como resulta del *artículo 84 LRJ y PAC*.

En este sentido, la STS de 4 de diciembre de 2008 (rec. cas.1854/2006) señala que el acto de declaración de fraude de ley, no obstante su peculiar naturaleza, una vez derogado el procedimiento especial por el *Real Decreto 803/93, de 28 de mayo* , aparece como todos los actos administrativos revestidos de una apariencia jurídica de legalidad "iuris tantum" que determina su ejecutividad", sin que su inejektividad hasta su confirmación por los Tribunales venga apoyada en precepto alguno.

E.- La aplicación de la expresada doctrina comporta la desestimación del tercero de los motivos del recurso de casación.

a) La sentencia de instancia, en su decisivo fundamento jurídico Cuarto.7ª, se refiere al "ámbito del negocio jurídico en fraude de ley" y al negocio simulado, pero lo hace para excluir la aplicabilidad de dichas categorías, puesto que, en palabras de la misma sentencia **"lo que la Administración y el TEAC han llevado a cabo es una operación de calificación jurídica de los negocios jurídicos en presencia, partiendo de su validez y eficacia, a los efectos de determinar su trascendencia fiscal, de conformidad con lo que, en orden a la determinación del hecho imponible y de su alcance establece el artículo 28.2 de la Ley General Tributaria , que apodera a la Administración para que valore y califique jurídicamente una relación jurídica dada, al margen de su apariencia o denominación, actividad susceptible de control, como es obvio, por los Tribunales"**.

Afirmación y criterio en un todo conforme con nuestra jurisprudencia en los términos que se ha expuesto sobre la calificación jurídica de los negocios a efectos fiscales, que discurre por las exigencias derivadas de los cánones de la interpretación de las normas tributarias que incluyen el principio de que la aplicación correcta del precepto legal, de acuerdo con el fin que le es propio, exige tener en cuenta la significación económica de los hechos sociales a los que se refiere la norma impositiva.

En este caso la realidad contemplada para la adecuada aplicación de la norma, según queda reflejada en la liquidación, era que "con fecha 30 de junio de 1999, se acuerda, por el Consejo de Administración de la entidad, la reducción del capital social, por un importe de 600.000.000 Pts., con devolución a metálico a sus socios. A continuación, en la misma Junta, se acuerda la ampliación de capital en la misma cuantía, mediante aplicación de las reservas existentes, en la entidad. Estos acuerdos se ejecutan el 24 de agosto siguiente". Los socios de la entidad son un matrimonio en el cual don Narciso ostenta el 95,87% y su cónyuge, doña Matilde ostenta el restante 4,13%".

Y la Administración tributaria, en el acto que confirma la sentencia recurrida, no considera ni declara que se trate de una actuación en fraude de ley amparada impropriamente por una norma de cobertura sino que simple y sencillamente determina el régimen tributario aplicable conforme a una calificación de los negocios jurídicos realizados que se lleva a cabo "con arreglo a la verdadera naturaleza jurídica del presupuesto de hecho definido por la ley, cualquiera que sea la denominación o forma que los interesados le hayan dado, y prescindiendo de los defectos que pudieran afectar a su validez (art. 28.2 LGT)" . Y, después de efectuar una interpretación teleológica y considerar la verdadera finalidad perseguida con el conjunto negocial contemplado, llega a la lógica conclusión, que esta Sala comparte, de que se trata de "un supuesto de rendimientos de capital mobiliario y, en consecuencia, no era aplicable el artículo 31.3.a) de la Ley 40/1998 , y sí por el contrario los preceptos que definían y sujetaba a tributación dichos rendimientos (arts. 19 y 23 de la Ley 40/1998 y 79, 86 del RD 214/1999).

En definitiva, se trataba de confirmar y se confirma en instancia una mera y simple calificación jurídica de unas operaciones o negocios, realizada sencillamente conforme a los criterios ordinarios de la interpretación jurídica-singularmente el criterio teleológico- sin que, por tanto, en manera alguna resultara exigible ningún procedimiento especial ni declaración singular sobre el fraude de ley, que no es el verdadero fundamento del acto administrativo inicialmente recurrido, ni la "ratio decidendi" de la sentencia de instancia que se impugna.

b) En la tramitación del procedimiento administrativo de inspección se respetaron todas las garantías y oportunidades de defensa, tanto propias de dicho procedimiento como las que pudieran resultar de la aplicación supletoria de la LRJ y PAC.

La entidad tuvo oportunidad de alegar y alegó cuanto consideró procedente sobre la referida calificación. Mantuvo que las operaciones realizadas eran jurídicamente diferentes y con efectos jurídicos distintos. Argumentó sobre el significado de la restitución de aportaciones y adujo que la simultaneidad era admitida por la Dirección General de los Registros y que había sido objeto de calificación jurídica por el Registrador. Y tales argumentos fueron considerados y obtuvieron adecuada respuesta por la propia Administración.

Por consiguiente, en manera alguna puede apreciarse infracción de procedimiento causante de indefensión, ni por la omisión de un expediente o declaración especial que no era exigible porque no se trataba de apreciar un fraude de ley, ni por la sustanciación del procedimiento efectivamente desarrollado que se adecuó a las exigencias legales.

SÉPTIMO .- En atención a los razonamientos expuestos, procede declarar la desestimación del recurso de casación interpuesto, lo que determina la imposición de las costas a la entidad recurrente en cumplimiento de lo dispuesto en el *art. 93.5*, en relación con el *art. 139, ambos de la LJCA*.

La Sala, haciendo uso de la facultad reconocida en el *artículo 139.3 de la LJCA*, señala 6.000 euros como cuantía máxima de los honorarios del Abogado del Estado, a los efectos de las referidas costas.

Por lo expuesto, en nombre del Rey y en el ejercicio de la potestad de juzgar que, emanada del Pueblo español, nos confiere la Constitución.

FALLAMOS

Que debemos desestimar y desestimamos el Recurso de Casación interpuesto por la representación procesal de la entidad "CONSTRUCCIONES SANCHEZ DOMINGUEZ-SANDO, S.A." contra la sentencia, de fecha 20 de DICIEMBRE de 2006, dictada por la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, en el recurso de dicho orden jurisdiccional núm. 757/2005, sentencia que confirmamos, con expresa, por obligada, imposición de costas a la parte recurrente que no podrán exceder de 6.000 euros.

Así por esta nuestra sentencia, que deberá insertarse en la Colección Legislativa, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos Rafael Fernandez Montalvo Juan Gonzalo Martinez Mico Emilio Frias Ponce Angel Aguillo Aviles Jose Antonio Montero Fernandez Ramon Trillo Torres

Voto Particular

VOTO PARTICULAR

FECHA:30/05/2011

VOTO PARTICULAR QUE FORMULA EL EXCMO. SR. DON Emilio Frias Ponce, EN EL RECURSO DE CASACION Nº 1061/2007

Con todo el respeto que me merece el criterio de la mayoría discrepo de que la Inspección, utilizando la vía a que se refería el *artículo 28.2 de la Ley General Tributaria*, tras la reforma de la ley 25/1995, de 20 de Julio (en la actualidad *artículo 13 de la ley de 2003*), pudiese alterar la calificación jurídica de los negocios jurídicos realizados por la entidad, presumiendo que, bajo la apariencia formal de una reducción de capital con devolución de las aportaciones y simultáneo aumento del mismo con cargo a reservas, lo que realmente se había producido era un reparto de dividendos a los socios con cargo a reservas, y todo ello sin mantener de forma expresa el carácter de simulados de los actos realizados ni acudir a la vía del fraude de ley.

La Sala, antes de analizar los motivos de casación articulados, sienta una doctrina general sobre las diversas categorías jurídicas relacionadas con la elusión fiscal, y sobre el alcance de la calificación de los hechos imponibles, que no tengo inconveniente en compartir, salvo en los apartados que hacen referencia a la figura del negocio indirecto y a la calificación.

La categoría del negocio indirecto, a mi parecer, carece de soporte normativo en nuestro ordenamiento tributario después de la derogación del *artículo 28.3 de la Ley General Tributaria por la reforma de 1995*.

Desde la perspectiva del Derecho Tributario, el negocio indirecto es decir aquel que se utiliza para conseguir un fin distinto del propio de su estructura, será un negocio en fraude de ley si la finalidad perseguida es eludir la norma fiscal. En este caso, la Administración tributaria podrá recalificar el negocio, a los solos efectos fiscales, pero para ello tendrá que incoar el correspondiente expediente. Si la finalidad del negocio indirecto es la de evasión fiscal, entonces debe apreciarse la existencia de simulación, en cuanto supone una declaración externa dirigida a crear una apariencia bajo la cual o bien no se oculta nada, por no corresponder los hechos a la realidad (simulación absoluta) o bien se encubre otro negocio distinto, realmente no querido (simulación relativa). Por eso, frente a la simulación, la reacción del ordenamiento consiste en traer a primer plano la realidad jurídica ciertamente operativa en el tráfico, para que produzca los efectos legales correspondientes a su perfil real y que los contratantes trataron de ocultar.

Por otra parte, no puede dejarse de reconocer que la calificación constituye la actividad administrativa de determinación de la verdadera y sustantiva naturaleza jurídica de un hecho, acto o negocio, dejando para ello al margen la forma o denominación que los interesados le hayan dado y prescindiendo de los defectos que pudieran afectar a su validez.

Se trata de una operación estrechamente relacionada con la interpretación de la Ley dirigida a determinar si un determinado supuesto se corresponde con la hipótesis normativa en la que consiste un hecho imponible.

Además, la nueva redacción del precepto sobre calificación insertado en el *artículo 28.2*, obliga a reconducir esta operación a sus justos límites, que no son otros que los del negocio jurídico efectivamente realizado, de acuerdo con la rama de Derecho correspondiente, al haberse eliminado la referencia a una verdadera naturaleza del hecho imponible situada más allá de la única naturaleza jurídica existente y, por tanto, la antigua duplicidad de la calificación en función de la naturaleza jurídica o económica del hecho imponible, lo que no excluye, en modo alguno, que en la calificación, al igual que en la interpretación de la ley, se tome en consideración el significado económico de los negocios o hechos realizados, pero siempre a la luz de los conceptos y criterios suministrados por la Ley, por lo que no cabe rebasar el sentido posible de los términos empleados por ésta.

Efectuadas estas matizaciones, si la Inspección llegó a la conclusión, en consideración al conjunto de operaciones y negocios desarrollados, que lo realmente pretendido fue esquivar la norma que considera rendimientos de capital mobiliario la obtención de rentas derivadas de la condición de socio, entre ellas, el reparto de reservas sociales, debió apreciar bien la existencia de simulación, para tomar en consideración a efectos fiscales la realidad efectiva de la situación creada por las partes, máxime cuando la reforma de 1995 había incorporado en el *artículo 25.2* la noción de simulación, precisando que <<en los actos o negocios en que se produzca la existencia de simulación, el hecho imponible gravado será el efectivamente realizado por las partes, con independencia de las formas o denominaciones jurídicas utilizadas por los interesados>>, o bien seguir el procedimiento que el antiguo *artículo 24.1*, tras la modificación introducida por la ley 25/1995, establecía para discernir la realidad de las cosas, más allá de las formas empleadas.

Sin embargo, no apreció, al menos formalmente, la existencia de simulación, y prescindió además del expediente de fraude de Ley, no obstante ser insuficiente la vía de la calificación, al haberse limitado su alcance después de la reforma de 1995.

La sentencia reproduce parte del informe C/6/63/02, de la Subdirección General de Ordenación Legal y Asistencia Jurídica, de fecha 5 de Junio de 2002, que recoge el criterio del Tribunal Económico Administrativo Regional de Cataluña de 25 de Septiembre de 1996, que fue confirmado por el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña en sentencia de 21 de Febrero de 2002, pero estas resoluciones parten de hechos realizados antes de la reforma de 1995, y se basan en la antigua normativa, concretamente, en lo que disponía el *artículo 25.3 de la Ley General Tributaria*, que otorgaba a la Administración Tributaria una libertad desmesurada en la calificación de los hechos imposables.

La situación factica controvertida considera, en cambio, el ejercicio de 1999, con una normativa muy distinta.

Por lo expuesto, entiendo que el recurso de casación debió haberse estimado con anulación de la resolución impugnada y de la liquidación que confirma, por no resultar procedente alterar la calificación jurídica de los negocios jurídicos por la vía del *artículo 28.2 de la Ley General Tributaria de 1963*.

Madrid, 30 de Mayo de 2011

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado Ponente D. Rafael Fernandez Montalvo, estando la Sala celebrando audiencia pública en el mismo día de su fecha, de lo que, como Secretario, certifico.