

ÍNDICE

	<u>Pág.</u>
NOTA DEL AUTOR	9
ABREVIATURAS	11
CAPÍTULO PRIMERO. PROPÓSITO	13
CAPÍTULO SEGUNDO. LA ECONOMÍA DE OPCIÓN: ¿ACCIDENTE, VICIO O VIRTUD?	17
CAPÍTULO TERCERO. EL VÍA CRUCIS DE LA ECONOMÍA DE OPCIÓN	39
I. ACEPTACIÓN, NO EXENTA DE DIFICULTADES, DE LA ECONOMÍA DE OPCIÓN	39
II. AZAROSA CONFIRMACIÓN DE LA ECONOMÍA DE OPCIÓN: EL CASO DEL <i>LEASE-BACK</i>	54
III. RECTIFICACIÓN DEL RÉGIMEN TRIBUTARIO ESCOGIDO POR LA VÍA DEL FRAUDE DE LEY	66
IV. CRIMINALIZACIÓN DE LA ECONOMÍA DE OPCIÓN	75
CAPÍTULO CUARTO. CONTRADICCIONES Y PARADOJAS DEL CONCEPTO DE ECONOMÍA DE OPCIÓN	95
I. LA ECONOMÍA DE OPCIÓN NO ES UNA FORMA DE RESISTENCIA FISCAL NI DE DESOBEDIENCIA CIVIL	95
II. LA ECONOMÍA DE OPCIÓN NO ES ANTIJURÍDICA NI EN GRADO MÍNIMO	100

	<u>Pág.</u>
III. EL TEOREMA DEL <i>IMPUESTO SOBRE LOS TONTOS</i>	102
IV. EL <i>OFICIO TRIBUTARIO</i>	108
CAPÍTULO QUINTO. ECONOMÍA DE OPCIÓN Y AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD	115
I. ECONOMÍA DE OPCIÓN Y LIBERTAD DE ACTUACIÓN EN EL TRÁFICO JURÍDICO.....	115
II. ECONOMÍA DE OPCIÓN Y DERECHO A DISCREPAR.....	118
III. ECONOMÍA DE OPCIÓN Y TOMA DE DECISIONES EMPRESARIALES	128
IV. AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD Y ORDEN PÚBLICO	131
CAPÍTULO SEXTO. EL <i>IUS SUUM</i> COMO LÍMITE DE LA ECONOMÍA DE OPCIÓN	137
I. LA BÚSQUEDA DE LA JUSTICIA EN EL CASO CONCRETO	137
II. <i>NULLA IUSTITIA SINE IURE</i>	140
III. LO JUSTO COMO EQUILIBRIO ENTRE VALORES CONTRAPUESTOS.....	147
IV. ÉTICA DE LA ECONOMÍA DE OPCIÓN	150
CAPÍTULO SÉPTIMO. ECONOMÍA DE OPCIÓN Y MEDIDAS ANTI-ELUSIVAS	155
I. ECONOMÍA DE OPCIÓN Y PLANIFICACIÓN FISCAL.....	155
II. EL CONFLICTO EN LA APLICACIÓN DE LA NORMA TRIBUTARIA	158
III. EL PROBLEMA DEL PROCEDIMIENTO	172
IV. POR UNA NUEVA CULTURA TRIBUTARIA	174
CAPÍTULO OCTAVO. CONCLUSIONES	177

	<u>Pág.</u>
JURISPRUDENCIA	183
RESOLUCIONES Y PRECEDENTES ADMINISTRATIVOS	187
BIBLIOGRAFÍA	191

NOTA DEL AUTOR

La economía de opción es un concepto tradicionalmente utilizado por los tributaristas españoles al que, sin embargo, se le ha prestado muy poca atención, laguna que, no sin un cierto atrevimiento, pretendo contribuir a esclarecer en la medida de lo posible. Publiqué unas primeras notas en *Temas tributarios de actualidad* de la Asociación Española de Asesores Fiscales (AEDAF) en febrero de 2002 y volví a incidir en la cuestión en el artículo preparado para *De computis et scripturis: estudios en homenaje a Mario Pifarré Riera*, obra publicada por la Real Academia de Ciencias Económicas y Financieras en el año 2003. Y, desde luego, el tema se convirtió en uno de los ejes centrales de discusión en el dictamen sobre *La responsabilidad penal del asesor fiscal*, que me encargó el presidente de la AEDAF, Antonio Durán-Sindreu, aparecido en la *Revista Técnica Tributaria* núm. 63, de octubre-diciembre de 2004. He tenido ocasión luego de pronunciar sendas conferencias sobre el tema en la Cámara de Comercio de Girona el 19 de mayo de 2003, en el Colegio de Abogados de Castellón el 9 de diciembre del mismo año y en el Instituto de Estudios Fiscales en Madrid el 21 de octubre de 2004. Por supuesto, además, mis alumnos del *Máster en Asesoría Fiscal* de la Universidad de Barcelona han sido testigos *receptivos* y *activos* de mis avances y reflexiones año tras año.

Aunque, como he dicho, la idea de la economía de opción aparece con frecuencia en la literatura tributaria, normalmente no se siente la necesidad de profundizar en ella. Mi acercamiento a la cuestión ha ido de la mano del protagonismo que la economía de opción asumía para la investigación en diversos proyectos. Así en los denominados *The lease-back operations under Spanish Tax Law* (Amsterdam, enero-febrero de 1996), en cuya revisión posterior conté con la colaboración de Miren Edurne

BARANDA DE MIGUEL, *Abuse of legal forms and sham in two different stock operations and transfers* (Mónaco, noviembre-diciembre de 1998) y, muy, especialmente, en *La economía de opción* (Universidad de Barcelona, agosto de 2001, julio-diciembre de 2002, enero-marzo de 2003 —incluidas cinco semanas de *encierro* en el Mas Lilou con mi hija Astrid, que preparaba sus exámenes semestrales, y con nuestro perro, *Baloo*— y agosto-octubre de 2004), cuyo resultado final —que proviene de una lenta decantación de los conceptos en un trabajo tras otro— tiene ahora el lector en sus manos.

Las primeras versiones de esta obra han sido leídas por José Juan FERREIRO LAPATZA, Ana PITA GRANDAL, José Antonio SÁNCHEZ GALIANA, Gaspar DE LA PEÑA VELASCO, Magín PONT MESTRES, Pablo MOLINS AMAT, Alejandro PEDRÓS ABELLÓ, Tulio ROSEMBUJ, Fulgencio MUÑOZ ESPÍN, Álvaro MAGASICH (que ha empezado a trabajar el tema con entusiasmo en el ordenamiento chileno) y Maria Dolors TORREGROSA CARNÉ. De todos ellos he recibido indicaciones y sugerencias que agradezco sinceramente. Como lo hago con la permanente disponibilidad para el diálogo sobre la ética empresarial que muestra Vicenç MOLINA OLIVER y con el trabajo paciente de reconstrucción —siempre inacabado por mi parte— del manuscrito, cuidadosamente realizado por Rosa María VALVERDE CASTEL. Y con la fraternidad de Ramon ALEMANY, Elena LAUROBA y Jordi MATAS en el equipo rectoral de la UB, presidido entre los años 2001 y 2005 por Juan TUGORES, quien ha hecho suya la frase de Séneca *avida est periculi virtus* y a quien, por encima de los avatares políticos de cada momento, reitero mi agradecimiento y mi lealtad. Y, en fin, ¿por qué no decirlo?, ni este libro ni muchas otras cosas serían posibles sin la complicidad y el dinamismo en todos los órdenes de Magín PONT CLEMENTE.

J. F. P.

Mas Lilou, Corçà, 10 de agosto de 2005

CAPÍTULO PRIMERO

PROPÓSITO

«*Infinita aestimatio est libertatis*».
(Digesto, 50.º, 17, 176).

Es muy insatisfactoria la doble remisión que solía hacerse, al menos hasta que el segundo concepto ha desaparecido nominalmente de la Ley General Tributaria (LGT), para deslindar los conceptos de economía de opción¹ y de fraude de ley: esto no es fraude de ley porque es una legítima economía de opción y aquello es una economía de opción indeseada o ilegítima —o simplemente no es una economía de opción— porque es un fraude de ley. Hasta ahora, la doctrina, con pocas excepciones, y la jurisprudencia han parecido vivir felices, con este juego de palabras en el

¹ Nacido en un ambiente en el que resultaba natural hablar del hecho imponible a la hora del almuerzo, el comportamiento recatado que entonces se exigía a los niños impedía a menudo preguntar todo lo que hubiera sido conveniente, por lo que fueron quedando en mi mente algunas ideas erróneas —sólo corregidas años después—, como que el *tancament de caixes* había consistido en 1899 en que los comerciantes barceloneses y de algunas otras ciudades catalanas no vendieran o no cobraran sus productos, cuando en realidad lo único que dejaron de hacer muchos de ellos fue pagar sus impuestos, o que la *economía-de-opción-de-LARRAZ*, así, como una sola palabra, era un talismán con marca registrada para uso de contribuyentes despiertos. Sólo después indagué sobre la personalidad de don José LARRAZ LÓPEZ, aragonés, nacido en 1904 y fallecido en 1973, abogado del Estado con primer destino en Barcelona en 1926, efímero ministro de Hacienda del general Franco entre 1939 y 1941, pero autor de la reforma fiscal reflejada en la Ley de 16 de diciembre de 1940 que se conoce por su apellido y padre del concepto *economía de opción*, de tamaña vitalidad que le ha permitido subsistir hasta nuestros días.

En la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas se le otorgó la medalla núm. 11, en la que sucedió a Julián Besteiro y cuya vacante fue ocupada por Enrique Fuentes Quintana. Su discurso de ingreso en otra Academia, la de Jurisprudencia y Legislación, fue leído el 10 de diciembre de 1951, bajo el título *Metodología aplicativa del Derecho tributario*, y fue publicado por la editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1952.

que A es no B y B es no A, en donde la paz de la aparente lógica formal sólo se ve turbada por una amenazadora C travestida de simulación, a la que en algún lugar he llamado *caballo de Troya* de la seguridad jurídica.

En 1952, José LARRAZ propone acuñar el concepto *economía de opción* para referirse a aquellas conductas de los contribuyentes en las que se da concordancia entre lo formalizado y la realidad, no existe de ningún modo simulación, no se contraría ni la letra ni el espíritu de la Ley y se procura un ahorro tributario². Aunque dedica al tema unas pocas líneas, el concepto pasará a engrosar nuestro acervo jurídico como la expresión de la libertad de actuación de los contribuyentes para buscar lícitamente las vías negociales fiscalmente menos onerosas.

Entiendo que se hagan, pero me aterran, los informes, dictámenes y artículos en los que un experto considera que cierto supuesto de hecho puede ser economía de opción, fraude de ley o alguna modalidad de negocio anómalo. Es como si el diagnóstico de un médico fuera que una persona puede estar sana, ligeramente constipada, gravemente enferma o penosamente cerca de la muerte. La fiscalidad no puede ser un asunto tan incierto y, lo que es peor, tan peligroso.

Cojamos el toro por los cuernos y empecemos por el supuesto límite histórico a la economía de opción, el fraude de ley, y las polémicas que lo acompañan. Para mí, el fraude de ley tributario es una huida de las vías negociales ordinarias tan teñida de ánimo elusivo que deforma la realidad hasta lo grotesco. Esta anomalía en la conducta, que no es una anomalía del negocio, porque no estamos ante el *fraude a la ley civil*, es la que hallaba hasta el 30 de junio de 2004 en la LGT un remedio consistente en la aplicación del régimen tributario que se pretendía evitar. No más (porque no se imponen ni sanciones ni penas, aunque algunos jueces y fiscales discrepan sobre este último extremo) ni menos (porque debe pagarse el tributo cuyo devengo se evitó con los correspondientes intereses de demora). El fraude de ley tributario tiene, sin duda, un notable interés para el jurista, como demuestran los estudios sobre el tema y la pervivencia del propio instituto, a pesar del menosprecio evidente de la praxis administrativa, pero su lugar se halla entre las enfermedades del sistema tributario y corresponde a los especialistas en los problemas de la salud fiscal. Lo mismo acontece con el llamado *conflicto en la aplicación de la norma tributaria*, regulado en el art. 15 de la vigente LGT, y al que tendré ocasión de referirme. Por el contrario, la economía de opción pretendo demostrar que no es ni un defecto del sistema, ni una situación residual o anecdótica³ —aunque en ocasiones

² Cfr. J. LARRAZ, *op. cit.*, pp. 61-62.

³ J. CROS GARRIDO («El fraude de ley en el ámbito tributario», en *Impuestos*, t. I, 1998, p. 492) se lamenta de que a la economía de opción «se le viene dando un carácter meramente residual,

pueda provenir de aquél o asociarse a ésta—, sino una virtud del buen contribuyente o del buen ciudadano, que es lo mismo⁴. Al querer superar la estéril doble remisión a la que me refería al principio, no ganamos nada conformándonos con otorgar a la economía de opción un significado simplemente tautológico, decepcionantemente accidental o temporalmente resultado de un error de técnica legislativa. La economía de opción, como todo actuar humano, tiene fronteras, pero voy a ensayar la formulación de una definición positiva que penetre en el significado profundo del concepto y una delimitación de sus límites por referencia al valor superior de la justicia, que reduzca la importancia de los límites considerados tradicionalmente hasta ahora (fraude de ley, anomalías negociales), sin perjuicio de que la dogmática tradicional siga siendo más o menos útil en la búsqueda de remedios para las situaciones patológicas.

PALAO señaló ya en 1966 que la única opción que se ofrece al contribuyente «*es la de realizar o no el presupuesto de hecho de la norma tributaria o realizar uno o más de entre diversos presupuestos, posibilidad que ni es privativa del Derecho tributario ni necesita ser designada con un término especial*»⁵. En esta línea, ROSEMBUJ dialoga intelectualmente con la teoría del espacio jurídico vacío de BOBBIO y concluye, de forma provocativamente didáctica, que la *economía de opción* pertenece a ese espacio, lo que, en consecuencia, la convierte en una *materia jurídicamente irrelevante*, entiendo que en el sentido que le da BOBBIO a este concepto como sinónimo de aquellos comportamientos humanos en los que el sujeto no está vinculado por normas imperativas, sino que es perfectamente libre⁶. Estoy, en principio, de acuerdo con lo que ambos autores quieren decir: la economía de opción es el término que ha venido a defi-

a lo que ha contribuido en gran medida la postura de algunos sectores de la Administración que de forma casi generalizada vienen aplicando el principio in dubio pro fisco, con lo cual la interpretación más "correcta" acaba siendo la más gravosa para el contribuyente».

⁴ Creo que el esfuerzo merece la pena, aunque GONZÁLEZ GARCÍA advierta, como antes había hecho ROSEMBUJ, *vid. nota 6*, que «*la denominada por LARRAZ "economía de opción" es tan legítima que carece de interés tratar de precisar con mayor nitidez sus contornos jurídicos*» (*El Fraude a la Ley Tributaria en la Jurisprudencia*, Pamplona, Aranzadi, 2001, p. 18).

⁵ C. PALAO TABOADA, «El fraude a la ley en Derecho tributario (notas para un estudio)», en *RDFHP*, 1966, núm. 63, p. 680.

⁶ Cfr. T. ROSEMBUJ, *El fraude de ley y el abuso de las formas en el Derecho tributario*, Madrid, Marcial Pons, 1994, pp. 53-54.

ROLDÁN PÉREZ, aunque también cree, con PALAO y ROSEMBUJ, que la economía de opción carece de relevancia jurídica propia en el Derecho tributario, entiendo, sin embargo, que esta categoría jurídica puede ser útil para caracterizar ciertos comportamientos productores de un ahorro fiscal como perfectamente legítimos. Se refiere también al espacio jurídico vacío de BOBBIO, que completa con una cita de SANTI ROMANO, para quien «*más allá del repertorio de hechos imponibles configurados por la Ley, existe el mundo infinito de comportamientos humanos posibles, la autonomía de la voluntad y la esfera de lo jurídicamente irrelevante*. Critica ROLDÁN a quienes repudian o tachan de inmoral cualquier intento de obtener un ahorro tributario, dado que la libertad de contratación otorga a los ciudadanos el derecho de decidir cuál es la vía por la cual quieren conducir su legítimo interés privado y [por ello es justo que los sujetos busquen articular sus

nir el espacio de libertad del contribuyente, por lo que, como esta libertad es obvia, o mejor dicho, es la simple capacidad de autodeterminación del ciudadano, sería perfectamente razonable la aceptación de su irrelevancia jurídica. Ahora bien, lo mismo ocurre, con mayor motivo, con la autonomía de la voluntad al contratar y, sin embargo, ésta ha hallado un histórico acomodo en el art. 1.255 del Código Civil. En cualquier caso, lo que convierte a la economía de opción en jurídicamente relevante, no en el sentido bobbiano, sino en el de institución merecedora de un análisis jurídico —¡que no de una regulación!, entiéndase bien— es su pertinaz presencia en la discusión doctrinal, administrativa y forense, que no permite, en mi sentir, seguir contentándonos con la más o menos ligera afirmación o con la superficial negación de su existencia⁷. Bandera que pretende autorizar cualquier conducta, para unos; fantasma pretendidamente justificador de defraudaciones, para otros⁸; y mil y una consideraciones de indiferencia, entusiasmo o desprecio, que irán apareciendo en estas páginas; que se hable tanto de la economía de opción fundamenta el interés de la presente obra, aunque no necesariamente —como es de rigor— el de sus conclusiones.

negocios de la forma menos costosa posible, pudiendo buscar las soluciones fiscales más ventajosas (D. R. ROLDÁN PÉREZ, «Fraude de Ley, negocios indirectos y economías de opción», en *Revista Técnica Tributaria*, 2000, núm. 48, pp. 80-82, *passim*. La cita corresponde a la p. 82].

⁷ Niega la existencia de la economía de opción J. I. RUIZ TOLEDANO (*El fraude de ley y otros supuestos de elusión fiscal*, Valencia, CISS, 1998, pp. 27 y ss.), para quien el concepto correcto es planificación fiscal, entendiéndolo por tal cualquier decisión del obligado tributario que permita minorar sus obligaciones tributarias y que no se oponga, ni siquiera indirectamente, a lo dispuesto en la normativa tributaria. Para este autor, el contribuyente tiene una libertad limitada que incluye sólo supuestos del tipo acogerse o no a la estimación objetiva en el IRPF, realizar inversiones o donativos para beneficiarse de su trato fiscal favorable o, incluso, preferir una retribución en especie en lugar de una monetaria.

⁸ Como en la tragedia financiera y tributaria greco-catalana *Edip, Inspector Regional*, escrita en Santander en agosto de 2004 por José ARIAS VELASCO, con los altos grados de brillantez, causticismo y humor que caracterizan sus expansiones literarias:

«... al menyspreable i vil contribuent cal defensar amb mesura i sense excessos, protegint-lo dels assessors malvats que l'inciten al frau, que ells, mentiders, economia d'opció anomenen ...».