

InDret

Autonomía privada, fraude de ley e interpretación de los negocios jurídicos

Pablo Salvador Coderch

Facultad de Derecho
Universitat Pompeu Fabra

Albert Azagra Malo

Facultad de Derecho
Universitat Pompeu Fabra

Antonio Fernández Crende

Facultad de Derecho
Universitat Pompeu Fabra

Working Paper n°: 229

Barcelona, julio de 2004

www.indret.com

Sumario

1. La dimensión individual de la autonomía privada y su dimensión social y normativa
 - 1.1. Ámbito de la autonomía privada individual: de la elección del ordenamiento aplicable al contrato de adhesión
 - 1.2. La dimensión social y normativa de la autonomía privada: del negocio jurídico individual al código civil
2. Características diferenciales del derecho privado frente al derecho público, en general, y al tributario, en particular:
 - 2.1. Autonomía privada y atipicidad frente a legalidad y tipicidad
 - 2.2. Heteronomía y autonomía
 - 2.3. Regulación de arriba hacia abajo y de abajo hacia arriba
 - 2.4. Aplicación del derecho de acuerdo con normas sociales en derecho público y en derecho privado
3. La concepción dominante del fraude de ley en derecho privado: interpretación finalista de las leyes civiles y falta de autonomía dogmática del fraude de ley
4. Dinámica del derecho privado y aplicación de la doctrina del fraude de ley civil por interpretación y por analogía. La prohibición de la analogía en los casos de las leyes sancionadoras y del derecho excepcional
5. La propensión a evitar el pago de un impuesto y su explicación económica. Evitación de impuestos y doctrinas antievitación en el Common Law
6. Fraude de ley y caracterización económica de los supuestos de hecho legales. § 42 de la Abgabenordnung alemana de 1977
7. Conflicto entre la aplicación de la ley tributaria, fraude de ley y dinámica del derecho privado
8. El principio de autonomía de los efectos jurídicos
9. Bibliografía

1. La dimensión individual de la autonomía privada y su dimensión social y normativa

El principio de autonomía privada tiene una **dimensión individual** y otra **social** –y más señaladamente normativa–, según fijemos la atención en la **autorregulación de intereses** perseguida por los particulares que realizan un acto o celebran un negocio jurídicos o ampliemos el campo de visión hasta abarcar los **efectos para los terceros**, ajenos al acto o negocio mismo, que éste puede producir. De entre estos efectos, interesa destacar en este trabajo la contribución de la autonomía privada al desarrollo del derecho privado.

1.1. Ámbito de la autonomía privada individual: de la elección del ordenamiento aplicable al contrato de adhesión

Individualmente considerada, la autonomía privada (*Freedom of Contract, Privatautonomie*) permite a los particulares **establecer, modificar o extinguir relaciones jurídicas** entre ellos.

El concepto de relación jurídica, acuñado históricamente por Friedrich Karl VON SAVIGNY (1779-1861) suele definirse como **relación de la vida regulada por el derecho** (“*rechtlich geregeltes Lebensverhältnis*”, MEDICUS (2002)¹). Dieter MEDICUS destaca, en el concepto de relación jurídica, la doble idea de “fragmento o corte de la realidad que queda sujeto a una regulación jurídica”: primero, no toda la realidad, sino sólo una de sus parcelas, artificialmente acotada, se quiere considerar jurídicamente relevante; y, en segundo lugar, la voluntad de sujetar tal fragmento de la realidad a una regulación jurídica implica la posibilidad de que, en los casos previstos por la ley y por las partes mismas de la relación, éstas puedan acudir a un tribunal, que tras un proceso judicial, ordene poner en acto alguno de los remedios establecidos por la regla a que está sujeta la relación².

El ámbito de la autonomía individual es muy vasto, pues abarca la elección de:

- **Ordenamiento** aplicable³.
- **Jurisdicción** competente para dirimir los conflictos que puedan llegar a plantearse en las vicisitudes de la relación⁴.
- **Tipo** negocial que las partes juzgan más apropiado para conseguir los efectos que pretenden, así como objeto del mismo, es decir, los tradicionalmente denominados elementos **esenciales** (*essentialia negotii*).
- Elementos **naturales** (*naturalia negotii*) -desplazando las normas dispositivas- y **accidentales** (*accidentalia negotii*) -poniendo una condición, un término o un modo-⁵.
- Por último y por lo menos, la mera posibilidad legal de **decidir** si celebrar o no un negocio ⁶.

¹ MEDICUS, *Allgemeiner Teil* (2002), n. 54, p. 26.

² MEDICUS, *Ibidem*.

³ Por ejemplo, artículo 3 del Convenio sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales, hecho en Roma el 19 de junio de 1980.

⁴ Por ejemplo, artículo 4.a) de la Ley 60/2003 de la Ley de Arbitraje, de 23 de diciembre.

⁵ Para una aproximación a los conceptos de *essentialia negotii*, *naturalia negotii* y *accidentalia negotii*, así como a la distinción entre ellos, véase FLUME, *Rechtsgeschäft* (1992), 611.

⁶ La doctrina dominante no exige que a la posibilidad formal se sume la real: muchos negocios de la vida

1.2. La dimensión social y normativa de la autonomía privada: del negocio jurídico individual al código civil

Junto a la dimensión individual de los actos y negocios de autonomía privada, que afectan sólo a las partes que los celebran y que son titulares de los intereses que se regulan, está su dimensión social, alguna de cuyas manifestaciones es potencialmente normativa y beneficiosa (genera externalidades positivas): a la larga y con su actuar repetido, los agentes económicos –empresas y consumidores- contribuyen al **desarrollo del derecho privado**, pues modifican continuamente los tipos negociales, recrean los históricos o inventan otros nuevos que, acaso y con el correr del tiempo, cristalizan en los códigos civiles y de comercio: el ingenio del asesor que incluye una cláusula singular en un negocio es enseguida imitado por sus colegas, luego la cláusula deviene de estilo, entra a formar parte de los nuevos formularios contractuales, se imbrica a continuación como uno más de los usos o prácticas del sector de actividad de que se trate y, finalmente, pasa a integrar el derecho dispositivo de un tipo contractual regulado por un código civil o la regulación de los elementos esenciales de un tipo radicalmente distinto a los históricos. La anterior es una diferencia sustancial entre el derecho privado y el público y conviene detenerse en ella antes de entrar en la temática de la interpretación de las leyes imperativas o prohibitivas y, en particular, del fraude de ley.

Así, los tipos sociales suelen preceder a los legales y, ambos, son a su vez anticipados en negocios atípicos inventados por genuinos empresarios legales. En el origen de la evolución está siempre presente el ingenio, es decir, el **artificio**, de quien tiene la habilidad de concebir una solución original, distinta a las cristalizadas en la ley o a las consagradas por las prácticas y usos del sector del tráfico de que se trate.

2. Características diferenciales del derecho privado frente al derecho público, en general, y al tributario, en particular

2.1. Autonomía privada y atipicidad frente a legalidad y tipicidad

A diferencia de los particulares, los cargos públicos y los funcionarios al servicio de las Administraciones Públicas están sujetos al **principio de legalidad** y, por consiguiente, a una **fuerte exigencia de tipicidad**.

Como señala el art. 3, Principios de organización y funcionamiento, de la Ley 6/1997, de 14 de abril, de organización y funcionamiento de la Administración General de Estado:

“La Administración General del Estado se organiza y actúa, con pleno respeto al **principio de legalidad** (...).”

cotidiana son imprescindibles en cuanto no es posible la existencia social sin realizarlos (contratos con los servicios públicos prestados en régimen de monopolio). Véase, por todos, ECKERT *Schuldrecht* (2003), n. 40., p. 42.

En materia tributaria, el art. 133.1 de la Constitución Española de 1978, establece que:

“La potestad originaria para establecer los tributos corresponde exclusivamente al Estado, **mediante ley**”.

El art. 4, Potestad tributaria, de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, reitera ahora, en su apartado 1:

“La potestad tributaria originaria para establecer tributos corresponde exclusivamente al Estado, **mediante ley**”.

La reiteración es técnicamente opinable, pero es acertado insistir en la preeminencia del principio de legalidad en un Estado de derecho: el fraude de ley encuentra en la ley misma un límite infranqueable. No está de más recordar el caso del céntimo de marco: un trabajador soltero, obligado por las disposiciones familiaristas del *III Reich* a pagar una contribución de soltería, pactó un sueldo de 499,99 *Reichsmark (RM)* en lugar de otro de 500 *RM* para así reducir su carga tributaria del 5% al 4% del salario. Un infame *Reichsfinanzhof* resolvió que procedía pagar la cuota más elevada “dados los fundamentos y el marco de la concepción del mundo nacionalsocialista”⁷.

Y en el mismo sentido, los arts. 7, Fuentes del ordenamiento tributario, y 8, Reserva de ley tributaria, el último de los cuales delimita el alcance del principio de **tipicidad** en el derecho tributario:

“Se regularán en todo caso por ley:

- a) La delimitación del hecho imponible, del devengo, de la base imponible y liquidable, la fijación del tipo de gravamen y de los demás elementos directamente determinantes de la cuantía de la deuda tributaria, así como el establecimiento de presunciones que no admitan prueba en contrario.
- b) Los supuestos que dan lugar al nacimiento de las obligaciones tributarias de realizar pagos a cuenta y su importe máximo.
- c) La determinación de los obligados tributarios previstos en el apartado 2 del artículo 35 de esta ley y de los responsables.
- d) El establecimiento, modificación, supresión y prórroga de las exenciones, reducciones, bonificaciones, deducciones y demás beneficios o incentivos fiscales.
- e) El establecimiento y modificación de los recargos y de la obligación de abonar intereses de demora.
- f) El establecimiento y modificación de los plazos de prescripción y caducidad, así como de las causas de interrupción del cómputo de los plazos de prescripción.
- g) El establecimiento y modificación de las infracciones y sanciones tributarias.
- h) La obligación de presentar declaraciones y autoliquidaciones referidas al cumplimiento de la obligación tributaria principal y la de pagos a cuenta.
- i) Las consecuencias del incumplimiento de las obligaciones tributarias respecto de la eficacia de los actos o negocios jurídicos.
- j) Las obligaciones entre particulares resultantes de los tributos.
- k) La condonación de deudas y sanciones tributarias y la concesión de moratorias y quitas.
- l) La determinación de los actos susceptibles de reclamación en vía económico-administrativa.
- m) Los supuestos en que proceda el establecimiento de las intervenciones tributarias de carácter permanente.”

⁷ RFHE 38, 44: RStBl. 1935, 899.

En cambio, el derecho privado regula una serie de contratos y negocios jurídicos, que, por tal razón, se denominan típicos. Tal es, paradigmáticamente, el caso de la compraventa⁸. Sin embargo y como hemos señalado, el legislador no establece un número cerrado, *numerus clausus*, de tipos contractuales, sino que permite la **combinación** de tipos (donación mixta, *leasing*, contrato de prestación de servicios médicos con garantía de resultado –cirugía estética–, contrato de prestación de servicios bancarios generales, de *consulting*, de *joint venture*, de gestión hotelera, *Poolvertrag* o contrato de derecho de voto, contrato de hospedaje, contrato de atención y residencia de duración indefinida para personas de avanzada edad) o la creación de **tipos nuevos** (*franchising*, *renting*, contratos de licencias o de *know-how*, *factoring*, contrato de mecenazgo, *contrato de tarjeta de crédito*, *Bühnenaufführungsvertrag* o *contrato de espectáculo público*, etc.), que, en ocasiones, gozan de un alto grado de desarrollo de su tipicidad económica y social sin haber alcanzado tipicidad legal (caso de las distintas y muy elaboradas variantes del contrato de reaseguro, por ej.). Por último, en los **contratos coligados**, dos o más tipos contractuales son objeto de pacto en una sola operación económica querida como tal por las partes.

Desde el punto de vista de la interpretación o aplicación judicial del derecho, los contratos atípicos plantean las cuestiones de qué regulación legal preexistente o qué derecho judicial les resultan aplicables. La respuesta es que el contrato mixto o el nuevo tipo deben ser evaluados de acuerdo con las reglas más adecuadas a su **finalidad** y, en particular, a las **prestaciones características queridas por las partes**. Al efecto, la doctrina⁹ se refiere a los principios de:

- **Absorción**, en virtud del cual, los contratos mixtos se regulan por las normas del tipo predominante
- **Combinación**, según el cual, se aplican las reglas de los tipos que contribuyen a la formación del nuevo y mixto.
- **Analogía**, conforme al cual, el nuevo tipo se regula por las reglas del típico más similar.
- **Creación**, en virtud del cual, la jurisprudencia acoge nuevas reglas, más apropiadas al nuevo tipo que las preestablecidas por el derecho legislado o judicial.
- **Superposición**, por el que las regulaciones de los distintos tipos de contratos coligados se aplican conjunta e íntegramente a los pactos de las partes.

Sin entrar en esta sede en la cuestión de cuál o cuáles de estos principios resulta más apropiado para la integración normativa de tales o cuales contratos mixtos, atípicos o coligados, conviene destacar la ardua labor de **interpretación**, de **integración** -de acuerdo con los pactos concretos y

⁸ La compraventa se regula en numerosos textos legales: arts. 325 a 345 del Código de Comercio de 1885, arts. 1445 a 1537 del Código Civil de 1889; arts. 25 a 88 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías, hecha en Viena el 11 de abril de 1980; Ley 28/1998, de 13 de julio, de ventas a plazos de bienes muebles que deroga la anterior Ley 50/1965, de 17 de julio.

⁹ En España, véase Luis Díez PICAZO, *Fundamentos*, I (1996), 385-392 y en las obras de VICENT CHULIÁ, *Aspectos Jurídicos de los Contratos Atípicos* (1999) e *Introducción* (2003), 779 y ss. En Alemania, MARTINEK, *Neue Vertragstypen* (1991-1993), MEDICUS, *Schuldrecht*, I y II (2003-2004) y SCHÜTZE *et alii* (Hrsg.), *Münchener Vertragshandbuch* (2000-2004).

con las prácticas y los usos del sector de actividad de que se trate, así como con la buena fe- y de **analogía** que el tribunal judicial o arbitral debe llevar a cabo en derecho privado.

Los ejemplos anteriores se refieren al derecho privado patrimonial y, más concretamente, al derecho contractual. Sin embargo, más allá del derecho de contratos, pero todavía dentro del de obligaciones, el principio de legalidad no opera en responsabilidad civil, donde la norma indeterminada del art. 1902 CC es integrada continuamente con nuevos tipos jurisprudenciales de responsabilidad (*mobbing*, acoso sexual, supuestos desencadenantes de una pretensión indemnizatoria por causación de daños morales, responsabilidad de magistrados del Tribunal Constitucional, etc.). Menor -y discutido- alcance le corresponde al principio de autonomía en la creación de nuevos tipos en materia de propiedad y derechos reales¹⁰ pero, incluso en derecho de familia y relaciones personales, la práctica de nuevos modos y estilos de vida a los que las partes atribuyen relevancia jurídica resulta innegable: al matrimonio tradicional y a los intentos de los legisladores de regular las relaciones extramatrimoniales responde la práctica social con figuras convivenciales parciales como el denominado *A.L.T.* (*Alone, Living Together*: relación estable de pareja entre personas que continúan residiendo en sus domicilios respectivos). Así, los particulares actúan sin sujeción a un principio de tipicidad: pueden organizarse la vida de mil maneras distintas y decidir, por ej., si se casan o no por las razones más diversas y hasta caprichosas o disparatadas, incluyendo las cargas económicas de toda índole -privadas y públicas- que se asocian legalmente al matrimonio.

2.2. Heteronomía y autonomía

En segundo término, los Estados regulan las relaciones de derecho público, coactivamente, es decir, con técnicas predominantes de *command & control*: un Estado, escribió Max WEBER (1864-1920) se caracteriza por detentar el monopolio de la violencia legítima¹¹. A partir de la legalidad, su herramienta primordial es el acto administrativo, no el contrato. El consenso no pertenece al derecho administrativo, en general, ni al fiscal, en particular, sino al derecho político y constitucional.

El monopolio estatal de la violencia supera la anarquía, pues permite la división del trabajo, pero los monopolios discriminan en precio y en cantidad: si el Estado detenta efectivamente el monopolio de la violencia, la venderá demasiado cara a sus súbditos y tenderá a la subregulación.

Los particulares, en cambio, han de atraer, persuadir, convencer. Su instrumento básico de regulación de relaciones jurídico-privadas es el **contrato**, un instrumento -el mejor que los humanos hemos inventado- para llevar los recursos de manos de quienes los valoran menos a las de quienes, como los valoran más, están dispuestos a pagar más por ellos. El ingenio humano no tiene límites: a la larga, si se trata de maximizar el beneficio, la utilidad, el bienestar individual, de las familias o de las empresas, el contrato concreto se adaptará a ese objetivo de la mejor manera posible.

¹⁰ Luis Díez PICAZO, *Fundamentos*, III (1993), 93 y ss.

¹¹ WEBER, *Wirtschaft und Gesellschaft* (1921), 824: "Für unsere Betrachtung ist also das rein Begriffliche festzustellen: dass der moderne Staat ein anstaltsmässiger Herrschaftsverband ist, der innerhalb eines Gebietes die legitime physische Gewaltsamkeit als Mittel der Herrschaft zu monopolisieren mit Erfolg getrachtet hat".

El derecho tributario concibe la relación jurídico-tributaria de forma harto diferente, arts. 17 y 18 LGT:

Artículo 17. *La relación jurídico-tributaria.*

“1. Se entiende por relación jurídico-tributaria el conjunto de obligaciones y deberes, derechos y potestades originados por la aplicación de los tributos.

2. De la relación jurídico-tributaria pueden derivarse obligaciones materiales y formales para el obligado tributario y para la Administración, así como la imposición de sanciones tributarias en caso de su incumplimiento.

3. Son obligaciones tributarias materiales las de carácter principal, las de realizar pagos a cuenta, las establecidas entre particulares resultantes del tributo y las accesorias. Son obligaciones tributarias formales las definidas en el apartado 1 del artículo 29 de esta ley.

4. Los elementos de la obligación tributaria no podrán ser alterados por actos o convenios de los particulares, que no producirán efectos ante la Administración, sin perjuicio de sus consecuencias jurídico-privadas.”

Artículo 18. *Indisponibilidad del crédito tributario.*

“El crédito tributario es indisponible salvo que la ley establezca otra cosa.”

2.3. Regulación de arriba hacia abajo y de abajo hacia arriba

En tercer lugar, el derecho público se desarrolla de arriba hacia abajo, *top-down*. Esta circunstancia, sumada al principio de legalidad, lleva a unas formas de comportarse rígidas y ritualizadas más bien típicas: fuera de los márgenes que permite la discrecionalidad administrativa, el servidor público no puede fácilmente inventar. Lo anterior, además, se ve reforzado por la exigencia de trato igual a los administrados.

Pero el derecho privado se crea y se recrea, de abajo hacia arriba, *bottom-up*, de fuera hacia dentro del derecho legislado y jurisprudencial. Dicho en términos claros: que se sepa, jamás ningún Estado inventó nunca tipo contractual alguno. Todos surgieron del ingenio y, luego, de las prácticas usuales de súbditos, administrados, realizadores de hechos imponibles, ciudadanos -campesinos, contrayentes, comerciantes, clubs y asociaciones de todo tipo, empresas e industrias-. El papel del Estado es otro: fijar esas prácticas y modularlas, creando estándares y poniendo límites para impedir daños a terceros o estableciendo cargas y gravámenes para redistribuir recursos.

Además, dentro de los límites de los derechos fundamentales (*Drittwirkung*), los particulares pueden introducir **diferencias de trato** en sus relaciones privadas, tratar desigualmente a otros particulares: una madre trata mejor a su hijo que al de su vecina e incluso que a algún otro de sus restantes hijos; un hombre soltero puede resolver no casarse nunca con una mujer católica y una asociación de mujeres separadas y divorciadas excluye de su seno a las solteras, casadas y viudas, así como a todos los hombres. En cambio, nunca, jamás, podría un probo funcionario ordenar la cola que se forma ante su ventanilla con arreglo a prioridades semejantes. En medio de ambos, el empresario no podrá discriminar en la selección de los empleados que contrata, pero podrá priorizar a aquellos candidatos que presenten mayores habilidades específicas de su sector de actividad siempre que sus decisiones no perjudiquen gravemente a un grupo específico de personas (*disparate impact*).

2.4. Aplicación del derecho de acuerdo con normas sociales en derecho público y en derecho privado

Por último, una cuarta diferencia específica define al derecho privado como sustancialmente distinto al derecho público: el derecho público precisa del consenso político, articulado en una mayoría parlamentaria, pero, por lo demás, se aplica coactivamente de acuerdo con principios de **autotutela** y de **revisión judicial ex post** de actos administrativos inmediatamente ejecutivos. Nada de eso caracteriza las relaciones privadas. Ciertamente, una relación es jurídica si las pretensiones a que su válida constitución da lugar son ejercitables judicialmente, pero la mayor parte de las relaciones jurídicas privadas dependen de la vigencia y aplicación efectiva de **normas sociales** (*social norms*), es decir, de normas no creadas por el Estado o, por lo menos, no aplicadas por el aparato estatal. Para poner el más sencillo de los ejemplos, los operadores económicos cuentan básicamente con el cumplimiento voluntario de las obligaciones privadas, con los costes sociales y personales que su incumplimiento acarrea para el incumplidor y con los mecanismos de autodefensa (*self-help*) que el derecho permite, antes que con el ejercicio de una pretensión jurídica ante los tribunales.

Es innegable que, en ocasiones, el derecho público recurre a las normas sociales para reforzar los incentivos de los ciudadanos a cumplir sus reglas (p.ej. Ley de las Cortes de Castilla-La Mancha 5/2001, de 17 de mayo, de Prevención de Malos Tratos y de Protección a las Mujeres Maltratadas)

3. La concepción dominante del fraude de ley en derecho privado: interpretación finalista de las leyes civiles y falta de autonomía dogmática del fraude de ley

El largo *excursus* que antecede permite centrar la especificidad del concepto de fraude de ley en derecho privado a efectos de relacionarlo y diferenciarlo de figuras similares en derecho público y, en particular, en el tributario.

En derecho privado, el problema de la distinción entre ejercicio válido de la autonomía privada y el acto o negocio en fraude de ley surge cuando los particulares hacen uso de aquélla para sortear la aplicación de las **leyes imperativas y prohibitivas** de un ordenamiento dado que regulan la relación jurídica objeto del acto o negocio que celebran y se suscita porque las diferencias entre **ingenio, artificio y fraude** son difíciles de establecer. Como toda cuestión antigua –ésta lleva planteada dos milenios–, parece prudente abordarla con modestia.

El acto en fraude de ley fue definido por el jurista romano PAULO en D. 1,3,29: “Contra legem facit, qui id facit quod lex prohibet, in fraudem vero, qui salvus verbis legis sententiam eius circumvenit”, esto es, “*Obra contra la ley el que hace lo que la ley prohíbe; en fraude de ella el que, respetando las palabras de la ley, elude su sentido*”¹². Recogiendo esta tradición romanista, Heinrich HONSELL¹³ se refiere al fraude de ley como “*un rodeo del sentido que no violenta las*

¹² D’ORS *et alii*, *Digesto de Justiniano*, I (1968), 1,3,29, p.57.

¹³ HONSELL, *In fraudem legis agere*, (1976), 119.

palabras” (“eine Umgehung des Sinnes, die die Worte nicht verletzt”). En la doctrina española es clásica la definición de DE CASTRO: “uno o varios actos que originan un resultado contrario a una norma jurídica y al o a los que se han amparado en otra norma dictada con esta finalidad”¹⁴.

Así, en los actos o negocios jurídicos en fraude de ley, la libertad de configuración propia de la autonomía privada se ejercita para alcanzar un resultado incompatible con el establecido por las leyes o al que las leyes asocian imperativamente consecuencias que las partes pretenden rehuir. Son, dice el art. 6.4 CC, los realizados “al amparo de una norma que persigan un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico, o contrario a él” y “no impedirán la debida aplicación de la norma que se hubiere tratado de eludir”.

En España y por razones históricas, la definición del fraude de ley del Código Civil ha devenido parte de la doctrina general del derecho¹⁵. Sin embargo, en el ordenamiento jurídico privado, el fraude tiene un sentido propio que deriva de la naturaleza misma de los actos y negocios jurídicos, es decir, de la incidencia que el principio de autonomía privada tiene en el derecho privado mismo.

El art. 6.4 del CC forma parte del Capítulo III, titulado “Eficacia General de las normas jurídicas”, del Título Preliminar del Código Civil, aprobado por Decreto 1836/1974, de 31 de mayo, por el que se sanciona con fuerza de ley el texto articulado del Título Preliminar (véase Ley 3/1973, de 17 de marzo, de Bases para la modificación del Título Preliminar).

El Título Preliminar del Código español, inspirado en las Disposiciones sobre la Ley en General, del Código Civil Italiano de 1942 (*Disposizioni sulla Legge in Generale, arts. 1 a 31, Codice Civile, Regio Decreto 16 marzo 1942 - XX, n. 262*), constituye la aportación más notable del régimen franquista tardío a la doctrina general del derecho, un *Ersatz* de Constitución en cuanto a las fuentes del derecho y a los límites de su aplicación. Mas, al igual que sucedió en el caso del Código fascista italiano, las disposiciones del Título Preliminar español han sobrevivido al régimen dictatorial que las alumbró y han sido recibidas por el Estado social y democrático de derecho instaurado por la Constitución Española de 1978.

La Sentencia del Tribunal Constitucional 37/1987, de 26 de marzo (BOE 89, 14 de abril), sobre la Ley 8/1984, de 3 de julio, de Reforma Agraria, de la Comunidad Autónoma de Andalucía, rechazó, en su FJ 8º y entre otras, la alegación de los recurrentes según la cual la DA de la Ley recurrida, que regulaba un supuesto de fraude de ley, era inconstitucional. Sostuvo el Tribunal Constitucional que, aunque la definición de la figura del fraude de ley y la regulación de sus efectos es competencia exclusiva del Estado, no lo es la regulación de los supuestos concretos de fraude. En el mencionado F.D. se lee el siguiente *obiter dictum*:

“[E]l fraude de ley, como institución jurídica que asegura la eficacia de las normas frente a los actos que persiguen fines prohibidos por el ordenamiento jurídico o contrarios al mismo, es una figura que despliega idénticos efectos invalidantes en todos los sectores del Derecho, y sólo por tradición histórica, sin duda respetable, conserva en el artículo 6.4. del CC, su encaje normativo, precepto que, como la mayor parte de los que integran el Título Preliminar, es aplicable a todo el ordenamiento y ni siquiera podría sostenerse hoy que sea una norma exclusiva de la legislación civil”.

¹⁴ DE CASTRO, *Derecho Civil, I* (1949), 544.

¹⁵ Véanse los arts. 11.2 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial; art. 247.2 Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil; art. 12.4 del CC

Para la mayor parte de la civilística contemporánea, la figura del fraude de ley **carece de autonomía**, pues se disuelve en la doctrina de la interpretación de las leyes desde que se acepta que éstas deben entenderse conforme a su finalidad (**interpretación teleológica**) y no sólo conforme a su tenor literal (**interpretación gramatical**)¹⁶.

El problema surgía en derecho romano porque los juristas republicanos aplicaban predominantemente un canon de estricta interpretación **literal**¹⁷. Pero mengua primero¹⁸ y desaparece en derecho moderno o, mejor dicho, se reduce a una cuestión de interpretación desde el momento en que ésta se lleva a cabo según la *sententia legum*¹⁹ (sentido de la ley). En el derecho común, se acomunaron las reglas del fraude de ley y las de la simulación: "*Tot modis fit fraus, quot modis fit simulatio*" ("tantas son las formas del fraude cuantas son las de la simulación"), rezaba un aforismo medieval²⁰: SAVIGNY hizo arrancar de esta orientación su doctrina de la simulación, pero en la segunda mitad del siglo XIX se llevó el problema del fraude de ley a la interpretación²¹.

¹⁶ Esta tesis puede encontrarse en la civilística alemana expuesta de modo paradigmático en FLUME, *Rechtsgeschäft* (1992), 350 y 351. Véanse también KRAMER, *Münchener Kommentar* (2001), § 117 BGB, n. 17, p. 1086; MEDICUS, *Allgemeiner Teil* (2002), n. 660, p. 256 y en la *Dissertation* de SIEKER, *Umgebungsgeschäfte* (2001), 7-10. En sentido contrario al de la doctrina dominante: HEEDER, *Fraus legis* (1998), 78-84; KÖNGDEN, en *AcP* 184 (1984), 606 y MAYER-MALY, *Münchener Kommentar* (2001), § 134, n. 17, p. 1297. En España, esta doctrina puede verse recogida, primero, en la obra de DE CASTRO (1903-1983) el civilista español más autorizado de la segunda mitad del siglo pasado, *Derecho Civil de España* (1949 y 1952), 540 a 549 y *Negocio Jurídico* (1971), 369 a 377. Y, más recientemente, RODRÍGUEZ MORATA en *Comentarios BERCOVITZ* (2001), art. 6, pp. 45 y 46, y GULLÓN BALLESTEROS, en *Comentario MINISTERIO DE JUSTICIA* (1993), art. 6, pp. 36 y 37.

¹⁷ HONSELL, *In fraudem legis agere* (1976), 118. Para una síntesis de la evolución histórica de la figura del fraude de ley, véase BEHRENDTS, *Die Fraus Legis* (1982), TEICHMANN, *Gesetzesumgehung* (1962), págs. 6 y ss. y ZIMMERMANN, *The Law of Obligations* (1990), 702-705. De éste último recogemos la crítica de CICERÓN al jurisconsulto republicano, a quien considera "leguleius quidam cautus et acutus, praeco actionum, cantor formularum, auceps syllabarum", *De oratore*, 1, LV-236 ("leguyelo cauto y agudo, pregonero de procedimientos legales, salmodiador de fórmulas jurídicas, cazador al vuelo de sílabas", traducción de ISO (2002), 186-187), a sus argumentos que califica de "res (...) parvae, prope in singulis litteris atque interpunctionibus verborum occupatae", *Pro L. Murena oratio*, 23 y ss. ("asuntos menudos, consistentes casi exclusivamente en distinciones de letras y de la puntuación que separa las palabras", traducción de MARÍN (1982), 52) y a su interpretación de las leyes, "nimis callida sed maliciosa iuris interpretatio", *De officiis*, 1, X-33 ("interpretación demasiado sutil y maliciosa al propio tiempo del derecho", traducción de GUILLÉN (1989), 19).

¹⁸ HONSELL, *In fraudem legis agere* (1976), 112 y ss.; en la p. 121, cita a JULIANO -D. 1,3,12 ("Non possunt omnes articuli singillatim aut legibus aut senatus consultus comprehendere: sed cum in aliqua sententia eorum manifesta est, is qui iurisdictioni praeest ad similia procedere atque ita ius dicere debet"- "Todos los extremos no pueden prevenirse uno a uno en las leyes o los senadoconsultos, pero cuando en alguna causa resulte manifiesto su sentido, el que tiene la jurisdicción debe proceder por analogía y declarar el derecho en congruencia", traducción de D'ORS et alii, *Digesto de Justiniano*, I (1968), p.56) y a Celso -D. 1,3,17 ("Scire leges non hoc est verba earum tenere, sed vim ac potestatem"- "No consiste el entender las leyes en retener sus palabras, sino en comprender su fin y sus efectos", *ibidem*).

¹⁹ HONSELL, *ibidem*, explica que la limitación romana les forzó a identificar el *agere in fraudem legis* con el *contra legem agere*.

²⁰ Sin que, en la práctica, se ofrecieran criterios objetivos de distinción por más que, en teoría se sostenía que, en la simulación no había ningún *actus verus*, y que, en cambio, en la actuación en fraude había un acto que era *iniustus*. COING, *Simulatio und fraus*, (1939), 402 y ss. TEICHMANN, *Gesetzesumgehung* (1962) 5 y ss.

²¹ La distinción dogmática entre fraude de ley (falsa interpretación de la regla de derecho, apegada a su letra pero infiel a su contenido -*Inhalt*-) y simulación (enmascaramiento del verdadero supuesto de hecho bajo otro que es sólo aparente) la apuntaba ya THÖL, *Einleitung in das Deutsche Privatrecht* (1851), 159 y ss.

Para la doctrina hoy dominante, la interpretación teleológica según la *sententia legum* y no conforme a los *verba legum* (palabras de la ley: interpretación literal) hace innecesaria la categorización de un tipo de negocio en fraude de ley²².

En el negocio en fraude de ley, las partes pretenden, explica FLUME, rodear la aplicación de una regulación legal o negocial mediante una determinada configuración del negocio que celebran. Mas no lo consiguen porque el sentido y finalidad del supuesto de hecho de la ley imperativa, interpretada teleológicamente, abarca o incluye el resultado perseguido por las partes.

En derecho civil –a diferencia de la tesis que todavía sostiene un sector de la doctrina tributarista– la intención de engañar no forma parte del tipo del negocio en fraude²³. Además y de forma distinta al negocio simulado, el negocio en fraude es realmente querido por las partes, pues de otro modo no se conseguiría dar el rodeo previsto: éste es efectivo, sólo que no consigue impedir la aplicación de la regulación de que se trata²⁴.

La corrección de la distinción entre negocio simulado y negocio en fraude de ley resulta claramente de las diferencias entre ambos supuestos de hecho, pues, como hemos señalado, en el segundo, los efectos declarados son realmente queridos²⁵. La consecuencia es que **la regla de la nulidad del negocio simulado debe interpretarse estrictamente y limitarse a aquellos casos en los cuales las partes sólo hayan querido crear la apariencia de un negocio y hayan pretendido claramente evitar la producción de los efectos jurídicos**. Naturalmente, el fraude de ley puede tratar de conseguirse mediante un negocio simulado (y, por tanto, en fraude de ley²⁶).

²² De nuevo hay que estar a la exposición clásica de FLUME, *Rechtsgeschäft*, (1992), 350-351, a quien sigue la mayor parte de la doctrina. Por todos, véase KRAMER, *Münchener Kommentar* (2001), § 117 BGB, núm. 17, p. 1087.

²³ RODRÍGUEZ MORATA en *Comentarios BERCOVITZ* (2001), art. 6 CC, p. 45, quien señala que “[e]l fraude se basa en el concepto de infracción (quebranto), no en el de engaño, por lo que no es necesario que la persona que realice el acto tenga, ni menos que se demuestre su intención de infringir la ley”. También GULLÓN BALLESTEROS en *Comentario MINISTERIO DE JUSTICIA* (1993), art. 6 CC, p. 37, quien, apoyándose en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, indica que: “[E]l fraude a la ley no requiere en modo alguno una intención dirigida a tal fin, que sería además muy difícil probarla cumplidamente, ‘porque el fin último de la doctrina del fraude es la defensa del cumplimiento de las leyes, no la represión del concierto o intención maliciosa’ (STS 13-VI-59 y 20-V-88, entre otras)”. Sin embargo, MEZQUITA GARCÍA-GRANERO, *Fraude de ley en la jurisprudencia* (2003), 103 y ss. señala que: “Es obligado reconocer la práctica imposibilidad, fuera del laboratorio, de llevar a cabo un fraude de ley involuntario”. En Alemania, MAYER-MALY, en contra de parte de la doctrina de su país, no considera imprescindible la intención de defraudar para que opere la figura del fraude de ley (MAYER-MALY, *Münchener Kommentar* (2001), § 134 n. 18, p. 1298).

²⁴ FLUME, *Rechtsgeschäft*, cit., 20 2 cc) (1992), 408 y 409. La posibilidad de la consecución de la finalidad pretendida por las partes depende del tenor de la ley que pretenden defraudar: es una cuestión que se decide después de haber interpretado ésta última. Por ej.: pago de la mayor parte del precio de los servicios a un tercero (mujer, hijo del prestador) cuando el resto, hasta el límite de la inembargabilidad, se paga al prestador.

²⁵ STAUDINGER-DILCHER, *Kommentar* (1980), § 117 BGB, n. 5, p. 240.

²⁶ KRAMER, *Münchener Kommentar* (2001), § 117 BGB, n. 17, p. 1086-1087, cita un ejemplo, tomado de la jurisprudencia alemana en el cual y para evitar cargas fiscales, parte del precio de venta de las participaciones de una sociedad de responsabilidad limitada se justificó como contraprestación de trabajos ficticios de asesoramiento. En la jurisprudencia española véanse las sentencias citadas por MEZQUITA GARCÍA-GRANERO, *El fraude de ley en la jurisprudencia* (2003), 55-73.

La consecuencia de la declaración de la existencia del fraude es la aplicación de la ley imperativa o prohibitiva defraudada (“la debida aplicación de la norma que se hubiera tratado de eludir”, art. 6.4. CC, inciso final). La regla de defecto del CC ordena la declaración de nulidad del acto en fraude (“Los actos contrarios a las normas imperativas y a las prohibitivas son nulos de pleno derecho, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención”, art. 6.3. CC).

4. Dinámica del derecho privado y aplicación de la doctrina del fraude de ley civil por interpretación y por analogía. La prohibición de la analogía en los casos de las leyes sancionadoras y del derecho excepcional

Es importante destacar, escribe MEDICUS²⁷, que la falta de autonomía de la figura del fraude de ley deriva de la extensión de la doctrina de la interpretación e integración de las leyes civiles, así como de la misma naturaleza y evolución del derecho privado que bosquejábamos en las páginas iniciales de este trabajo: “hoy”, escribe, “**en la interpretación** de las leyes civiles según su sentido, **llegamos muy lejos**: todo lo que entendemos como sentido de la ley, lo incluimos en ella gracias a la interpretación”²⁸; en cambio, añade, “en otras ramas del derecho, la interpretación no es tan amplia”²⁹ como particularmente, “en derecho penal, el art. 103 II de la Ley Fundamental³⁰ no permite una interpretación de la ley que vaya más allá de las palabras de la ley”³¹. Por supuesto, concluye, tal límite no puede ser rodeado mediante el subterfugio de una doctrina del fraude de ley, pues “quien, de acuerdo con las palabras de la ley, no ha de ser castigado, tampoco puede serlo por haberlas rodeado”. Dicho sea con cierta simplificación: los civilistas interpretan; los penalistas leen.

La acotación anterior resulta esencial para comprender la diferencia que media entre la interpretación de las leyes civiles -en particular, de las reglas imperativas que disciplinan los actos y negocios de autonomía privada- y la interpretación de las leyes penales o, más generalmente, de las leyes y normas sancionadoras.

En efecto, en la doctrina civilista, es frecuente leer que la apreciación del fraude de ley prohibitiva, que lleva a la nulidad del acto que, indirectamente y gracias al rodeo que no alcanza a permitir la ley de cobertura, la contraviene, puede llevarse a cabo *por analogía* y no sólo por interpretación. Así, Karl LARENZ (1903-1993)³², civilista alemán contemporáneo de DE CASTRO y tan influyente en su país como este último lo fue en el nuestro, escribió:

²⁷ MEDICUS, *Allgemeiner Teil* (2002), n. 660, p. 256.

²⁸ MEDICUS, *ibidem*: “Wir gehen heute mit der Auslegung zivilrechtlicher Gesetze nach ihrem Sinn sehr weit: Was wir als Sinn des Gesetzes verstehen, legen wir auch durch Auslegung in das Gesetz hinein.”

²⁹ MEDICUS, *ibidem*: “In anderen Rechtsgebieten geht die Auslegung nicht so weit”.

³⁰ “Eine Tat kann nur bestraft werden, wenn die Strafbarkeit gesetzlich bestimmt war, bevor die Tat begangen wurde.” (“Un acto solo podrá ser sancionado si su punibilidad estaba legalmente determinada antes de cometerse el acto”).

³¹ MEDICUS, *Allgemeiner Teil* (2002), n. 660, p. 256: “So ist vor allem im Strafrecht wegen Art. 103 II GG eine über den Wortlaut hinausgehende Auslegung zum Nachteil des Täters unzulässig”.

³² LARENZ/ WOLF (1997), *Allgemeiner Teil*, n. 30, pp. 292-293.

“[H]ay negocio en fraude cuando las partes pretenden alcanzar la finalidad de un negocio prohibido por la ley con la ayuda de otro que no está expresamente prohibido: el negocio es entonces nulo si la norma prohibitiva no sólo veta la celebración de un negocio de un tipo determinado, sino que también pretende evitar la consecución de un resultado jurídico o económico, con independencia de la forma con que se pretenda conseguir (...) La nulidad del negocio en fraude resulta de una interpretación finalista o también de la analogía (...), la cuestión carece de relevancia práctica”³³.

Aunque no es pacífico, la doctrina civil de la interpretación de las leyes suele considerar que la interpretación (extensiva) de la ley acaba donde alcanza el sentido posible de las palabras de la ley. Más allá puede llegar la analogía. Como se lee en el art. 4 CC:

“1º: Procederá la aplicación analógica de las normas cuando éstas no contemplen un supuesto específico, pero regulen otro semejante entre los que se aprecie identidad de razón.

2º: Las leyes penales, las excepcionales y las de ámbito temporal no se aplicarán a supuestos ni en momentos distintos de los comprendidos expresamente.”

Al efecto, escribe GULLÓN BALLESTEROS, catedrático de derecho civil y magistrado del Tribunal Supremo³⁴:

“ [El artículo 4.1 CC] admite el procedimiento analógico para la aplicación de las normas jurídicas. Por tanto, se reconoce por el legislador la existencia de lagunas en la norma jurídica cuando ‘éstas no contemplan un supuesto específico’. (...) La analogía descansa en la ‘semejanza’ entre el supuesto no regulado y el regulado. (...) El elemento de identidad no debe ser uno cualquiera, sino el que el legislador tomó en consideración para establecer determinada norma concerniente a la relación prevista, con la que se quiere parangonar la no considerada.

(...)

La exclusión de las leyes penales la explica la Exposición de Motivos del Decreto 1836/1974, de 31 de mayo, que sancionó con fuerza de ley el texto articulado del nuevo Título Preliminar del CC: es la normal consecuencia del estricto principio de legalidad que ha de primar exento de incertidumbre o fisuras. El mismo criterio debe regir para el derecho administrativo sancionador, por la identidad sustancial entre el ilícito penal y el administrativo (STS, 3ª, 20-I-87).

(...)

Tampoco permite el art. 4.2 la aplicación analógica de las leyes excepcionales. La Exposición de Motivos del Decreto de 1974 las iguala con el ‘ius singulare que, por constituir una derogación del derecho general para determinadas materias, impide la existencia de lagunas en cuanto lo no expresamente integrado en la norma excepcional queda atendido en la norma general’. Se trata, pues, de preceptos derogatorios del derecho general de una materia pero no se explica la razón de esa derogación. No puede ser otra que la de desarrollar unos principios contrarios u opuestos al de esa ordenación general. Por tanto, norma excepcional no es equiparable sin más a norma especial. Derecho especial es el que

³³ Parecidamente, otros autores; por todos: STAUDINGER/ DILCHER, *Kommentar* (1980), § 117, n. 36, p. 249, recogía la posibilidad de apreciar el fraude por analogía.

³⁴ Véase también PENA LÓPEZ en *Comentarios BERCOVITZ* (2001), art. 4.1. CC, pp. 33-36.

regula una determinada materia con arreglo a sus propios principios, que pueden ser adaptación de los del derecho general u otros nuevos.”³⁵

El Código excluye así la aplicación combinada del fraude de ley y la analogía en los casos de las leyes penales, excepcionales y temporales, referencias que, por mandato del art. 25 CE y como indica GULLÓN, hay que extender a todas las disposiciones sancionadoras. La aplicación simultánea de la analogía y del fraude de ley implicaría la voladura del principio de legalidad, propio del derecho sancionador aunque no lo sea del derecho civil.

Sin embargo, la aplicación del fraude de ley no sólo no está en manera alguna excluida de la interpretación de las **normas imperativas y prohibitivas** sino que encuentra en ellas su sede natural: el párrafo 4º del art. 6 CC está, como acabamos de recordar, en el capítulo del Título Preliminar sobre eficacia general de las normas jurídicas, a continuación precisamente del párrafo 3º, que establece la nulidad de los actos contrarios a las normas imperativas. Además, cabe apreciarlo por analogía, salvo en los casos del derecho sancionador y excepcional (así como del temporal, pero esta exclusión no viene al caso), que no la admiten. Naturalmente, no debe descartarse que, en otras ramas del ordenamiento jurídico, se especifique de manera distinta el ámbito de aplicación de la figura, con la única limitación, constitucionalmente obligada, de su uso por analogía en el caso del derecho sancionador. La analogía juega un papel fundamental para encontrar el derecho aplicable a los nuevos tipos contractuales, de forma tal que, sin el recurso al argumento analógico, resultaría punto menos que imposible resolver las cuestiones que plantean los contratos atípicos.

Resumiendo ahora el hilo de la argumentación anterior, hay que concluir a favor de:

- 1) La aplicabilidad de la doctrina del fraude de ley dentro de los límites de la **interpretación teleológica** de las leyes civiles imperativas o prohibitivas.
- 2) La aplicabilidad de la doctrina en cuestión, no sólo por interpretación (incluida la extensiva), sino también **por analogía**, es decir, en presencia de una laguna legal, a las leyes civiles imperativas. Dada la dinámica del derecho privado, la extensión analógica del fraude de ley resulta connatural al desarrollo del derecho privado mismo.
- 3) La **exclusión** de la aplicabilidad de la doctrina del fraude de ley por **analogía** a las **leyes sancionadoras y excepcionales**, así como a las de **ámbito temporal**, fuera de los supuestos de hecho o en momentos distintos –en el caso de estas últimas– de los comprendidos expresamente en ellas.

Los matices anteriores no han escapado a una influyente corriente minoritaria de la doctrina civilista, según la cual el fraude de ley no se deja disolver íntegramente en la doctrina de la interpretación de las leyes y que, en todo caso, las leyes prohibitivas no permiten una **interpretación sin límites** (“*unbegrenzte Auslegung*”): específico del fraude de ley sería el que, sin la existencia de una disposición que lo proscibiera, podría frustrarse la intención del legislador. De ahí que muchas disposiciones legales concretas prevean la posibilidad del fraude y lo

³⁵ Comentario MINISTERIO DE JUSTICIA (1993), art. 4, p. 29 y 30

repriman, por ejemplo y en el derecho español³⁶, el artículo 2 de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la defensa de los consumidores y usuarios o el artículo 17.1.a) de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros y su integración social. Otras, como el art. 11.2 LOPJ³⁷ o el artículo 12.4 del CC³⁸, resaltan la aplicabilidad de la doctrina del fraude sin redefinirlo de forma específica ni, en particular, de modo distinto a cómo lo hace el CC.

5. La propensión a evitar el pago de un impuesto y su explicación económica. Evitación de impuestos y doctrinas antievitación en el Common Law

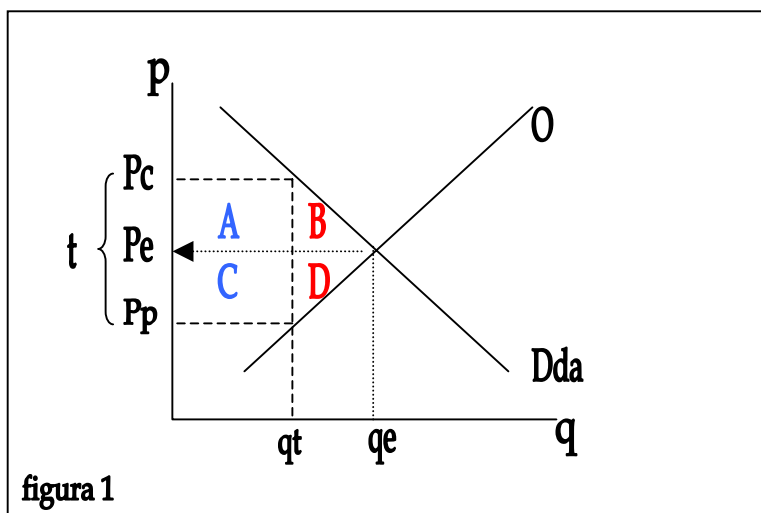
El rodeo -fraudulento o no- de las leyes tributarias es consustancial a su propia existencia y aplicación. En efecto, como se puede leer en cualquier buen manual de microeconomía³⁹, *los impuestos comportan siempre una pérdida neta -un peso muerto (deadweight loss)-* para consumidores y productores, pues un impuesto además de reducir el bienestar de ambos en la medida del gravamen que establece (disminución compensada con la renta obtenida por el gobierno que cobra el impuesto), reduce adicionalmente los excedentes del productor y del consumidor. Nótese que, entonces, el impuesto genera un incentivo claro tendente a evitar su pago: consumidores y productores estarán dispuestos a incurrir en gastos que pueden llegar a igualar la suma que deberían pagar *más* el peso muerto que resultaría de su pago efectivo: en la práctica, el rodeo jurídico en que incurrirán para evitar o evadir el impuesto podrá superar la cuota tributaria a pagar.

³⁶ En derecho alemán se prevé el fraude de ley en numerosas disposiciones específicas, la mayoría integradas en el BGB tras las últimas reformas. Así, por ejemplo, en las siguientes: en materia de condiciones generales de la contratación, el § 306 a. BGB (anterior 7 AGBG - Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen); en materia de protección de consumidores el § 475 I 2.; en materia de ventas a domicilio, el § 312 f. BGB (anterior § 5 Abs. 1 HTWG - Gesetz über den Widerruf von Haustürgeschäften und ähnlichen Geschäften); en materia de aprovechamiento por turnos de viviendas o disfrute de viviendas a tiempo compartido, el § 487 S.2 BGB (anterior § 9 Abs. 2 TzWrG - Teilzeit-Wohnrechtgesetz: Gesetz über die Veräußerung von Teilzeitnutzungsrechten an Wohngebäuden); en materia de préstamo al consumidor, el § 506 S.2 (anterior § 18 Satz 2 VerbrKrG - Verbraucherkreditgesetz).

³⁷ "Los Juzgados y Tribunales rechazarán fundamentalmente las peticiones, incidentes y excepciones que se formulen con manifiesto abuso de derecho o entrañen fraude de ley o procesal".

³⁸ "Se considerará como fraude de ley la utilización de una norma de conflicto con el fin de eludir una norma imperativa española".

³⁹ Por todos, véase VARIAN, *Intermediate Microeconomics* (2003), 294 y ss.



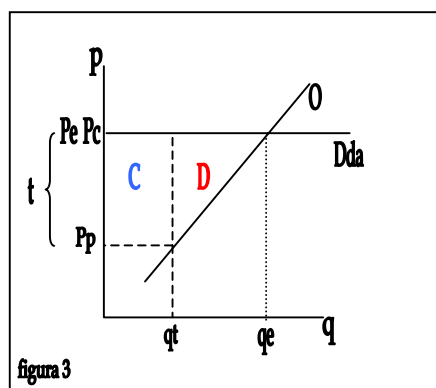
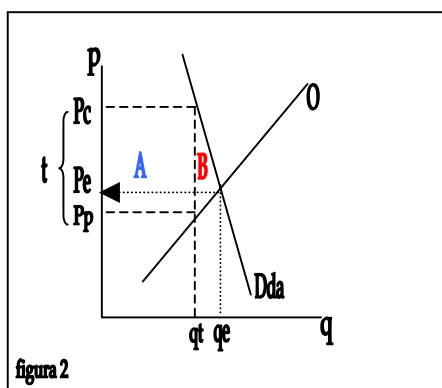
Antes de la fijación de un impuesto, en una economía competitiva e ideal –esto es, sin excesivos fallos de mercado- las fuerzas de mercado empujan precios y cantidades a un equilibrio (p_e , q_e) en el que la oferta y la demanda son iguales. Los consumidores obtienen un excedente que viene definido por la diferencia entre lo que están dispuestos a pagar (función de demanda) y lo que pagan realmente (p_e). Paralelamente, los productores se benefician de un excedente igual a la diferencia entre el precio que reciben (p_e) y el precio al cual estarían dispuestos a vender ese bien (función de oferta). El neto social es la suma del excedente del consumidor y el del productor.

Como puede verse en la figura 1, el establecimiento de un impuesto (t) provoca que el precio que debe pagar el consumidor sea igual al precio que recibe el productor más el impuesto ($p_c = p_p + t$). Lo anterior tiene tres efectos: (i) aumenta el precio que debe pagar el consumidor ($p_c > p_e$), (ii) disminuye el que recibe el productor ($p_p < p_e$) y (iii) disminuye también la cantidad demandada-ofrecida ($q_t < q_e$). Las consecuencias más importantes que la imposición tiene para la economía son: en primer lugar, **la Hacienda Pública ingresa una cantidad igual al impuesto multiplicado por la cantidad después de la imposición ($t \cdot q_t = A+C$)**; una parte a costa del consumidor (A) y otra a costa del productor (C). En segundo lugar, **el neto social disminuye con una consiguiente pérdida de eficiencia (B+D, Triángulo de Harberger)**; igualmente una parte a costa del consumidor (B) y otra a costa del productor (D). Por lo tanto, para evitar la imposición del impuesto los consumidores están dispuestos a pagar una cantidad igual a (A+B) y los productores una cantidad igual a (C+D). En conjunto, consumidores y productores llegarán a incurrir en unos gastos (A+B+C+D) que serán superiores a la cantidad que efectivamente ingresa la Hacienda Pública (A+C).

El modelo pone de manifiesto una paradoja muy poco intuitiva. Pongamos un ejemplo: una empresa dedicada a la intermediación comercial está dividida en dos departamentos, uno de compras y uno de ventas. El departamento de compras dispone de 3.000 € para comprar 3.000 unidades de un producto a un precio de 1 €, que venderá posteriormente a 2 €. Los beneficios seguros del negocio son de 3.000 €. Supóngase entonces que el Estado grava la intermediación comercial de estos productos con un impues-

to del 50%. La empresa podrá comprar únicamente 2.000 unidades del producto a un precio de 1,5 € (nótese como la cantidad disminuye tras la imposición) que le reportarán unos beneficios de 1.000 €. A su vez las arcas públicas también ingresarán 1.000 €. ¿Cuántos gastos estará dispuesta a asumir la empresa para configurar sus transacciones de forma que no queden sujetas al impuesto? La imposición no sólo le obliga a pagar 1.000 € a la Hacienda Pública, sino que le comporta una pérdida adicional de beneficios netos de otros 1.000 €; por ello, los costes máximos en asesoramiento jurídico, gestión y nueva configuración de sus transacciones que estará dispuesta a soportar para no quedar sujeta al impuesto serán de 2.000 €.

Este reparto de la carga tributaria y de la pérdida de eficiencia entre consumidores y productores tiene lugar bajo determinadas circunstancias. Una intuición bastante razonable nos lleva a pensar que un consumidor estará dispuesto a incurrir en más gastos para evitar el pago del impuesto en el caso de que éste grave bienes necesarios, pero no si grava bienes que tengan sustitutivos perfectos. Si un bien es necesario, el consumidor no dejará de consumirlo por el hecho de que esté gravado por un impuesto o, en todo caso, lo consumirá en una cantidad algo menor. Sin embargo, si el bien es fácilmente sustituible en el mercado, es obvio que el consumidor comprará el bien sustitutivo no gravado a menos que sea el productor quien asuma toda la carga del impuesto.



Si la demanda es muy inelástica (curva de demanda muy vertical), como sucede en los bienes necesarios, la cantidad demandada varía poco en función del precio y la mayor carga irá de parte del consumidor (A+B; en la figura 2). En cambio, si la demanda es muy elástica (curva de demanda muy horizontal), como sucede en los bienes fácilmente sustituibles, entonces la cantidad demandada es muy sensible a las variaciones de precio y la mayor carga irá a cargo del productor (C+D; en la figura 3). El mismo ejercicio se puede hacer con la elasticidad de la oferta.

De hecho, la propensión a evitar el pago del impuesto dependerá de variables tales como el tipo impositivo aplicado, la probabilidad de ser inspeccionado, la magnitud de la sanción, la aversión al riesgo de la empresa o del consumidor, así como de otras consideraciones de carácter moral. Es evidente que el sujeto pasivo del impuesto puede optar por cumplir con su obligación tributaria por motivos morales o porque crea que es lo más beneficioso socialmente. Ahora bien, lo más habitual será que individualmente el obligado tributario perciba el impuesto como un coste y, en consecuencia, será más propenso a rodear el impuesto cuanto más elevado sea el tipo impositivo marginal o más bajas resulten la probabilidad de la inspección o la magnitud de la sanción. Así, en función de las variables anteriores, hay un amplio abanico de actitudes frente al impuesto: el

cumplimiento sin más de la obligación tributaria; la mitigación del impuesto mediante economías de opción -the choice doctrine-, que permite ordenar nuestros asuntos de la forma más beneficiosa posible, de entre todas las posibilidades de configuración jurídica que permite el ordenamiento jurídico; **la evitación del pago del impuesto -tax avoidance-**, un intento -lícito- de rodear el impuesto, pero que no siempre consigue evitar la aplicación de la norma tributaria; y **la evasión fiscal -tax evasion-**, que supone, al contrario, una actividad u omisión ilícitas sujetas a la posible imposición de sanciones penales o administrativas.

En adelante nos centraremos en la evitación fiscal, pues, dada su licitud, es la que más nos interesa para tratar de delimitar los confines de la institución del fraude de ley. Más ampliamente, la evitación fiscal consiste en aprovechar las lagunas (*loopholes*) de la legislación tributaria para reducir al máximo las obligaciones fiscales. Desde el punto de vista macroeconómico de las finanzas públicas, Joseph E. STIGLITZ⁴⁰ distingue tres **métodos básicos de evitar el pago de impuestos**:

(i) la **transferencia de renta entre individuos**, que implica fraccionar la base impositiva con el objeto de evitar el impacto de la progresividad de los tipos, es decir, un contribuyente que tenga un tipo marginal más elevado tenderá a transferir renta a otro como, por ejemplo y típicamente, un padre a su hijo.

Este mecanismo tiene tres características: en primer lugar, exige una transferencia de activos como acciones, bonos, propiedad inmobiliaria o una parte de los negocios del padre; en segundo lugar, esta transferencia permite evitar la progresividad de la escala tributaria, de tal forma que el mecanismo carecería de sentido si no existiese tal progresividad; y, finalmente, la cantidad de impuestos ahorrada es limitada, ya que responde a la diferencia entre el tipo más alto (el que pretendemos evitar) y el tipo más bajo (el que pretendemos que se nos aplique).

Desde un punto de vista legal, si la transferencia de activos es real, y no sólo simulada o fiduciaria, el mecanismo resultará efectivo.

(ii) la **postergación del pago del impuesto**, que se basa en el concepto de que un euro de hoy vale más -en términos reales y debido a la inflación- que uno de mañana. Por lo tanto, es más barato pagar el impuesto en el futuro. Al efecto, los particulares tienen incentivos para posponer en el tiempo la fecha en que se produce la realización del activo (compraventa al contado, aplazada o a plazos).

(iii) el **arbitraje impositivo**, que consiste en beneficiarse de los diferentes tipos a que están sujetas las diferentes clases de renta o las distintas personas.

En EEUU, un claro ejemplo de arbitraje impositivo consiste en pedir un préstamo bancario garantizado mediante hipoteca para, posteriormente, comprar bonos estatales o locales exentos de impuestos. Supongamos que el tipo de interés del préstamo está en un 12%, que los bonos exentos rinden un 10% y que el individuo tributa a un tipo del 33,3%. A simple vista, este negocio no resultaría rentable. Sin em-

⁴⁰ Véanse Joseph E. STIGLITZ, "The General Theory of Tax Avoidance" (1986), National Bureau of Economic Research, *working paper* núm. 1868 y Joseph E. STIGLITZ, *La economía del sector público* (1995), 671-681.

bargo, existe una laguna en el hecho de que la ley permite la deducción tributaria de los intereses del préstamo garantizado mediante hipoteca. Entonces el coste real de estos intereses será aproximadamente del 8%, mientras que los bonos exentos rendirán al 10%, lo que reportará al individuo un beneficio asegurado cercano al 2%.

Pero, ¿a quién beneficia realmente este tipo de arbitraje? El aumento de la demanda y la competencia entre inversores para adquirir bonos exentos hace que su rendimiento sea inferior al de los bonos ordinarios. Supongamos que los bonos exentos rinden un 8%, los ordinarios un 12% y el tipo impositivo del individuo está en un 33,3%. Los rendimientos netos en uno y otro caso son prácticamente idénticos, por lo que las ventajas fiscales quedan muy difuminadas. De hecho, la verdadera beneficiada será la entidad que emita los bonos exentos ya que deberá hacer frente a unos retornos del capital menores.

Una vez hemos visto la propensión de los individuos a evitar el pago del impuesto y los métodos básicos de que disponen para hacerlo, se hace necesario examinar por qué y cómo el Estado va a intentar minimizar la evitación fiscal.

¿Por qué el Estado debe minimizar la evitación fiscal? La intervención del Estado en esta materia topa con la autonomía privada, es decir, con la posibilidad, jurídicamente garantizada, que tiene el contribuyente de autorreglamentar sus intereses de la forma fiscalmente más beneficiosa. No obstante, asumiendo que el Estado establece el **nivel óptimo social** de impuestos que le permite obtener los ingresos necesarios para realizar sus funciones como prestador de servicios públicos al tiempo que provoca la pérdida de eficiencia más baja posible, la evitación del impuesto provoca una disminución de esta eficiencia (*free riding problem*).

¿Cómo puede el Estado combatir la evitación fiscal? La contestación a la pregunta anterior exige distinguir dos fases bien diferenciadas:

(i) el legislador debe configurar el sistema tributario de forma que minimice las posibilidades de evitación fiscal. En este sentido, el legislador debe **especificar lo mejor posible el hecho imponible** para intentar reducir al máximo las lagunas del sistema. No obstante, esta tarea es costosa y, en última instancia, inalcanzable al cien por cien debido a la vaguedad de conceptos tales como "ingreso", "consumo", "salario" o "propiedad".

Al mismo tiempo, la **reducción de las distancias entre los diferentes tramos impositivos y también de las que median entre las diferentes clases de rentas y personas** resta su sentido a muchos mecanismos elusivos. Sin embargo, tal reducción presenta un grave inconveniente, pues puede resultar contraria a los principios tributarios de equidad y de contribución según la capacidad económica de cada individuo. Es entonces tarea del Estado encontrar el equilibrio entre estos principios, que cualquier sistema tributario moderno debe cumplir, y la minimización de los incentivos a la evitación fiscal.

(ii) En una segunda fase, admitida por tanto la inevitabilidad de lagunas fiscales y, paralelamente, de los incentivos individuales a aprovecharlas, el Estado puede actuar de dos formas para luchar contra la evitación fiscal. En primer lugar, puede optar por establecer principios legales **antievitación** -*General Anti-Avoidance Rules, GAAR's*- que deberán hacer constar una definición

de evitación fiscal y limiten los beneficios fiscales obtenidos. Más adelante, analizaremos en detalle el § 42 de la *Abgabenordnung* -Ordenanza Tributaria- de 1977- y el art. 15 de la nueva Ley General Tributaria española.

En segundo lugar, la evitación fiscal se puede atajar por medio de **precedentes judiciales -Anti-Avoidance Doctrines-**, que conllevarán la aplicación efectiva del tipo impositivo que se pretendía rodear. La cultura del *Common Law* distingue diferentes doctrinas judiciales:

(a) **Simulación -Sham Transaction Doctrine-**: la transacción que permitiría alcanzar los beneficios fiscales perseguidos es pura ficción, una apariencia creada por el obligado tributario. La simulación descansa en el intento de engaño que supone tratar de hacer creer a la Hacienda Pública que ha tenido lugar una operación que realmente no existe.

(b) **Substancia económica -Economic Substance Doctrine-**, según la cual la transacción que provoca el ahorro fiscal debe tener una causa económica independiente y distinta del ahorro fiscal puro y simple.

El caso fundacional de esta doctrina es *Gregory v. Helvering, Commissioner of Internal Revenue*, 293 US 465 (1935), *aff'g* 69 F 2nd 809 (2nd Cir 1934). En 1928, La Sra. *Gregory*, propietaria de la empresa *United Mortgage Corporation (UMC)*, que a su vez lo era de 1000 acciones de *Monitor Securities Corporation (MSC)*, pretendía vender estas últimas de la forma fiscalmente más beneficiosa posible. A fin de evitar la doble imposición -como beneficios de la sociedad *UMC* y como rentas procedentes de dividendos-, *Gregory* constituyó una sociedad, *Averill Corporation (AC)* a la que aportó las acciones de *MSC* acogiéndose al Plan de Reorganización del capital libre de impuestos previsto por el art. 112 de la *Revenue Act* de 1928. Pocos días después y sin haber realizado ninguna otra actividad empresarial, *Gregory* extinguió y liquidó *AC* y se adjudicó las acciones de *MSC*, que finalmente vendió tributando únicamente por ganancias del capital.

El *Commissioner of Internal Revenue*, alegando que la operación carecía de substancia, denunció el caso ante el *Board Tax of Appeals*, que desestimó sus pretensiones.

En apelación, el Juez Learned Hand (1872-1961), tras poner de manifiesto que la reorganización se había ajustado literalmente a las previsiones del art. 112 *Revenue Act* de 1928, apreció la falta de toda substancia económica en la operación realizada:

"[T]he purpose of the [reorganization] section is plain enough; men engaged in enterprises-industrial, commercial, financial, or any other- might wish to consolidate, or divide, to add to, or subtract from, their holdings. Such transactions were not to be considered as "realizing" any profit, because the collective interests still remained in solution. But the underlying presupposition is plain that the readjustment shall be undertaken for reasons germane to the conduct of the venture in hand, not as an ephemeral incident, egregious to its prosecution. To dodge the shareholders' taxes is not one of the transactions contemplated as corporate "reorganizations."

"[L]a finalidad de la sección [de reorganización] es suficientemente clara; quienes se dediquen a una actividad empresarial -industrial, comercial, financiera o cualquier otra- podrían pretender consolidar, di-

vidir, aportar o retirar sus carteras. Tales operaciones no podían ser consideradas como "generadoras" de un beneficio, porque no se afectaban intereses colectivos. Pero el presupuesto subyacente es que la reestructuración *debe realizarse por motivos relacionados con la actividad económica llevada a cabo, no como un evento efímero, flagrantemente inapropiado para su desarrollo*. Eludir los impuestos para accionistas no está entre las operaciones contempladas como "reorganizaciones" empresariales."

El Tribunal Supremo federal (*U.S. Supreme Court*) confirmó el fallo del Juez Hand al afirmar que se había tratado de:

"[A]n operation having no business or corporate purpose -a mere device which put on the form of a corporate reorganization as a disguise for concealing its real character, [...] which was the consummation of a preconceived plan, not to reorganize a business or any part of a business, but to transfer a parcel of corporate shares to the petitioner. "

"[U]na operación sin finalidad negocial o societaria -un mero mecanismo con forma de reorganización empresarial a modo de disfraz para ocultar su naturaleza real, [...] consistente en la consumación de un plan concebido, no para reorganizar un negocio o una parte del mismo, sino para transferir un paquete de acciones al recurrente."

(c) **Finalidad del negocio -*Business Purpose Doctrine***-, según la cual la actividad del obligado tributario debe responder a alguna finalidad económica distinta al mero ahorro fiscal.

Los límites entre las diferentes doctrinas, en particular entre la segunda y la tercera, no son claros y muchas veces se utilizan indiferenciadamente. Los problemas de estos mecanismos consisten en que, aunque en muchos casos la voluntad de las partes dirigida a la consecución de un efecto jurídico sustantivo es clara (por ej. la transmisión de la propiedad), una finalidad básica del acto o negocio suele ser el ahorro fiscal. En este trabajo se defiende que, en derecho privado, a veces, es relevante única y exclusivamente la voluntad de conseguir un efecto jurídico; en otras, en cambio, la ley incorpora al supuesto de hecho motivaciones o propósitos prácticos -económicos- determinados, de tal forma que, si éstos no concurren, puede haber fraude de ley. Un buen criterio de principio para distinguir entre unos y otros supuestos puede ser partir de la idea de que los agentes económicos, como por ej., las sociedades mercantiles, nunca actúan sin un propósito económico ("ningún empresario habla por hablar"), pero que los individuos pueden realizar actos o celebrar negocios cuyo supuesto de hecho no incluye ninguna referencia a la motivación o racionalidad económica de la actividad realizada. En estos últimos casos, las doctrinas de la falta de causa o substancia económica de la operación o de la finalidad del negocio no serían de aplicación.

6. Fraude de ley y caracterización económica de los supuestos de hecho legales. § 42 de la Ordenanza Tributaria alemana de 1977

Dados los incentivos que todo nuevo impuesto genera para intentar evitar tener que pagarlo, es importante en derecho distinguir entre aquellos rodeos que resultan lícitos y aquellos que configuran actos en fraude de ley. En España, el art. 24.2 de la Ley General Tributaria de 1963 abordó el problema partiendo de la exigencia de la intención o ánimo de defraudar:

“Para evitar el fraude de ley se entenderá, a los efectos del número anterior, que no existe extensión del hecho imponible cuando se gravan hechos realizados con el propósito probado de eludir el impuesto, siempre que produzcan un resultado equivalente al derivado del hecho imponible. Para declarar que existe fraude de ley será necesario un expediente especial en el que se aporte por la Administración la prueba correspondiente y se dé audiencia al interesado”.

En 1995 el texto fue modificado por la Ley 25/1995, de 20 de julio, de modificación parcial de la Ley General Tributaria (art. 24.2):

“Los hechos, actos o negocios jurídicos efectuados en fraude de ley tributaria no impedirán la aplicación de la norma tributaria eludida ni darán lugar al nacimiento de las ventajas fiscales que se pretendía obtener mediante ellas”.

En la doctrina tributarista sobre el fraude de ley, la definición clásica, *pendant* de la aportación civilista de DE CASTRO, es la formulada por el profesor Carlos PALAO TABOADA en un trabajo muy citado, publicado en 1966: *“La consecución de un resultado económico por medios jurídicos distintos a los normales, medios jurídicos que natural y primariamente tienden al logro de fines diversos y que no están gravados o lo están en medida más reducida que aquellos medios normales o usuales”*⁴¹.

A los ojos del privatista, la definición evoca un mundo dado, estático, troquelado e inmutable: a lo que es natural o que tiende primariamente a tal cosa; a lo que resulta normal o usual. Sobre esto, habremos de volver enseguida.

Como sucede en la doctrina civil sobre el fraude de ley, PALAO TABOADA y, más recientemente, los manuales tributaristas al uso tienen muy en cuenta la legislación fiscal y los comentarios doctrinales alemanes⁴². Al efecto, hay que partir del § 42 de la *Abgabenordnung* -Ordenanza Tributaria- de 1977⁴³, sobre uso indebido o abuso -*Missbrauch*- de las posibilidades de configuración jurídicas, que no afecta a las obligaciones tributarias:

“El abuso de las posibilidades de configuración jurídica no impide la aplicación de la ley tributaria. En caso de abuso, surge la obligación tributaria que correspondería a una configuración adecuada a las circunstancias económicas” (“Durch Missbrauch von Gestaltungsmöglichkeiten des Rechts kann das Steuergesetz nicht umgangen werden. Liegt ein Missbrauch vor, so entsteht der Steueranspruch so, wie, er bei einer den wirtschaftlichen Vorgängen angemessenen rechtliche Gestaltung entsteht”).

Aunque la caracterización es discutida, la tratadística de aquel país⁴⁴ entiende que el precepto regula un subcaso de fraude de ley: el destinatario de la norma tributaria configura un supuesto de hecho de manera que le permita evitar una consecuencia jurídica desfavorable que, según la finalidad de la ley (*“Zweck des Gesetzes”*), debería resultarle aplicable. El § 42 AO persigue hacer realidad la finalidad de la ley fiscal. Ésta, por supuesto, debe ser interpretada no sólo literal, sino

⁴¹ PALAO TABOADA, “El fraude a la ley en derecho tributario”, en *RDFHP* núm 63 (1966), 678.

⁴² MARTÍN QUERALT *et alii*, *Curso* (2002), 195; MENÉNDEZ MORENO (Dir.), *Derecho Financiero y Tributario* (2002), 144; BAYONA DE PEROGORDO y SOLER ROCH, *Materiales* (2002), 74.

⁴³ BGBl I 1976, 613, 16. März 1976.

⁴⁴ Por todos, TIPKE/ LANG, *Steuerrecht* (2002), n. 95 y ss., pp. 149 y ss.

también teleológicamente. Pero, más allá de lo anterior y consecuencia de la existencia misma del § 42 como norma jurídica autónoma, el precepto ofrece al intérprete un fundamento de derecho para resolver casos que no estarían cubiertos por las reglas de interpretación finalista o teleológica de las leyes fiscales, ni por el propio principio de legalidad⁴⁵. Para ello, el intérprete recurre a la ficción del supuesto de hecho apropiado o adecuado (*"Fiktion eines angemessenen Sachverhalt"*⁴⁶) a las circunstancias económicas.

El *juicio de inadecuación* puede formularse, según la jurisprudencia alemana, si concurren cumulativamente tres elementos: a) **inadecuación de la configuración** jurídica elegida; b) ésta ha de servir para **reducir la carga tributaria**; y c) **que no se encuentre justificada por razones económicas o de otro orden**⁴⁷.

Decisivo para la calificación del acto o negocio es la **fundamentación extratributaria** de la configuración adoptada, que, se insiste, **no tiene por qué ser económica**: quien, por su amor a Kenia emigra a aquel país, pero deja en Alemania sus inversiones financieras, no incurre en ningún tipo de fraude por el hecho de que los réditos e intereses no estén gravados ni en Alemania ni en Kenia⁴⁸.

La adecuación del acto se valora en función de su fundamentación extratributaria, pero, en ningún caso el fraude de ley fiscal resulta sancionable⁴⁹.

Así, el realizador de hechos impositivos no puede abusar del derecho privado con el único objetivo de rodear la aplicabilidad de las leyes fiscales, pero tampoco tiene por qué limitar el ámbito de su actuación en ejercicio de su autonomía privada a, precisamente, aquellas alternativas que le resultan fiscalmente más gravosas, es decir, si efectivamente hay varias soluciones posibles y el derecho privado le permite perseguir finalidades económicas *o de otra naturaleza* –“en el libre desarrollo de su personalidad” (art. 10.1 CE)- no está obligado a adoptar precisamente aquella que le resulte más cara. Así, por ejemplo, no hay por qué transferir al intermediario la propiedad del bien que se quiere enajenar si es posible apoderarle para que actúe en nombre del propietario poderdante: el hecho de que el primer procedimiento resulte -a corto plazo- más rentable para el Tesoro Público no convierte al apoderamiento en un negocio en fraude de ley ni, mucho menos, en un negocio simulado. Tampoco, aunque el ejemplo es

⁴⁵ Así lo indican polémicamente TIPKE/LANG, *Steuerrecht* (2002), n. 95, p. 150: “§ 42 AO liefert also eine Rechtsgrundlage für Fälle, wo die Rechtsfortbildung des Steuergesetzes durch den Gesetzesvorbehalt nicht mehr abgedeckt ist”.

⁴⁶ TIPKE/ LANG, *Steuerrecht* (2002), n. 96, p. 150.

⁴⁷ TIPKE/ LANG, *Steuerrecht* (2002), n. 99, p. 151: “[W]enn die gewählte rechtliche Gestaltung unangemessen ist, der Steuerminderung dienen soll und durch wirtschaftliche oder sonst beachtliche Gründe nicht zu rechtfertigen ist”. Con todo y tal como sucede en relación con la doctrina dominante sobre el fraude de ley en derecho privado, una corriente de opinión influyente en derecho tributario, discrepa de la anterior posición, pero sólo para poner de manifiesto que las palabras de la ley (fiscal), es decir, su tenor literal, imponen límites a la interpretación y que la analogía no es un procedimiento admisible para derivar la existencia de nuevas cargas tributarias (*"nullum tributum sine lege"*), circunstancia que justifica la existencia y autonomía dogmática del § 42 de la Ordenanza Tributaria. Klaus KOTTKE (1983), *Das unechte Tatbestandsmerkmal des ungewöhnlichen Weges in § 42 der AO*: “Indes verkennt diese Auffassung nach herrschender Lehre, dass der Auslegung einer Norm durch ihren Wortlaut Grenzen gezogen sind. Auch die höchstrichterliche Rechtsprechung ist von dem Grundsatz beherrscht, dass einen steuerverschärfende Analogie grundsätzlich kein zulässiges Auslegungsverfahren ist und dass eine Ausdehnung des Steuertatbestandes über den möglichen Wortsinn nicht statthaft ist, weil es allein dem Gesetzgeber vorbehalten ist, den Kreis der steuerbaren Tatbestände zu bestimmen.”

⁴⁸ TIPKE/ LANG, *Ibidem*.

⁴⁹ TIPKE/ LANG, *Steuerrecht* (2002), n. 102, p. 152

polémico, existe, en nuestra opinión, una cadena de donaciones (*Kettenschenkungen*) que deban considerarse como una única donación cuando se celebran periódica y consecutivamente con el mismo donatario por motivos relacionados con, por ej., los incentivos que generarán en éste último: la causa gratuita es el ánimo de liberalidad, es decir, la ausencia de correspectivo. Más allá, el derecho civil no exige que (el motivo que impulsa) la voluntad del donante de, por ej., ejercer influencia continuada en la conducta del donatario, se causalice ni, mucho menos, que deba explicitarse: basta la constancia formal de la voluntad de atribución gratuita (*Stat pro ratione voluntas*).

El concepto de declaración de voluntad como declaración dirigida a la producción de los efectos jurídicos básicos permite diferenciar correctamente las caracterizaciones jurídica y económica del negocio de que se trate y tomar en consideración finalidades no estrictamente económicas, pero jurídicamente atendibles. Ello resulta algo desdibujado en la doctrina española partidaria de concebir la declaración de voluntad como dirigida a los efectos prácticos o económico-sociales del negocio. Pero esta tesis –heredada de la doctrina italiana⁵⁰ es incorrecta: el negocio jurídico se dirige a establecer, modificar o extinguir relaciones precisamente jurídicas, es decir, jurídicamente relevantes. Las partes que lo celebran prevén algo más que la obtención de un resultado económico, pues predeterminan que su consecución podrá estar amparada por una sentencia judicial.

7. Conflicto entre la aplicación de la ley tributaria, fraude de ley y dinámica del derecho privado

En España, el actual art. 15 de la Ley General Tributaria establece ahora:

“1. Se entenderá que existe conflicto en la aplicación de la norma tributaria cuando se evite total o parcialmente la realización del hecho imponible o se minore la base o la deuda tributaria mediante actos o negocios en los que concurran las siguientes circunstancias:

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

b) Que de su utilización no resulten efectos jurídicos o económicos relevantes, distintos del ahorro fiscal y de los efectos que se hubieran obtenido con los actos o negocios usuales o propios.

2. Para que la Administración tributaria pueda declarar el conflicto en la aplicación de la norma tributaria será necesario el previo informe favorable de la Comisión consultiva a que se refiere el artículo 159 de esta ley.

3. En las liquidaciones que se realicen como resultado de lo dispuesto en este artículo se exigirá el tributo aplicando la norma que hubiera correspondido a los actos o negocios usuales o propios o eliminando las ventajas fiscales obtenidas, y se liquidarán intereses de demora, sin que proceda la imposición de sanciones”.

Sin ánimo de entrar en el análisis de la disposición citada, análisis que corresponde a la doctrina tributarista cabe apuntar que algunas de las cuestiones suscitadas en la civilística dominante alemana sobre la autonomía del fraude de ley y su extensión analógica parecen resueltas en derecho español.

⁵⁰ *Rectius*: de la concepción regimentada de la autonomía privada recogida en el *Codice Civile* fascista de 1942, que ejerció innegada influencia en la mejor doctrina española del segundo tercio del siglo pasado.

En efecto, en punto a la cuestión sobre la relación entre la doctrina del fraude de ley y las reglas sobre la interpretación de las leyes tributarias, el art. 12.1 LGT se remite a los cánones del Código Civil:

“Las normas tributarias se interpretarán con arreglo a lo dispuesto en el apartado 1 del artículo 3 del Código Civil.”

Por tanto, los argumentos de la civilística dominante, en derecho civil, sobre la apreciabilidad del fraude de ley en el marco de la interpretación teleológica o finalista de la ley tendrían cabida en el derecho tributario bajo la nueva Ley General Tributaria, esto es, la apreciación del fraude no estará ceñida por la interpretación literal, sino que podrá justificarse relacionando las palabras de la ley.

Se suscita entonces una segunda cuestión relativa a la autonomía del fraude de ley ante la regulación establecida por el art. 15 LGT. Sin necesidad de entrar ahora en un desarrollo detenido, cabe prever que una forma, acaso no fraudulenta, de eludir tanto la aplicación del art. 15 LGT como la consiguiente puesta en marcha de los mecanismos previstos por el art. 159 LGT, podría ser la simple interpretación finalista de las disposiciones tributarias presuntamente rodeadas por el contribuyente: si las palabras de la ley tributaria lo permiten, la represión de la actuación en su fraude siempre sería posible por simple aplicación del art. 3.1 CC y de la doctrina, como sabemos mayoritaria, que niega autonomía dogmática a la figura. Al no haber coincidencia de supuesto de hecho y consecuencia de derecho entre el artículo 6.4 del CC y el 15 LGT, el intérprete podrá apurar los recursos interpretativos del artículo 3.1 CC, para evitar la aplicación del art. 15 LGT.

Con todo, habrá que tener en cuenta algunas limitaciones a tal posibilidad, limitaciones que derivan de la propia parte general de la LGT.

Así, en primer lugar, la calificación de los elementos del supuesto de hecho negocial, presuntamente puesto en acto por los realizadores del hecho imponible con fraude de disposiciones tributarias, deberá realizarse de acuerdo con criterios genuinamente jurídicos, pues, según el art. 13 LGT⁵¹:

“Las obligaciones tributarias se exigirán con arreglo a la naturaleza jurídica del hecho, acto o negocio realizado, cualquiera que sea la forma o denominación que los interesados le hubieran dado, y prescindiendo de los defectos que pudieran afectar a su validez”.

Entonces, siempre que, de acuerdo con el derecho privado, la caracterización jurídica del supuesto de hecho y del régimen jurídico pretendido por las partes prime sobre su sentido económico, habrá que estar a la primera, salvo que la ley tributaria presuntamente defraudada haya tenido en cuenta supuestos de hecho pura o predominantemente económicos, caso en el

⁵¹ Confróntese con todo el art. 12.2 LGT, según el cual los términos no definidos por la norma tributaria “se entenderán conforme a su sentido jurídico, *técnico o usual*, según proceda”.

cual la apreciación del fraude resultaría más fácilmente admisible. Esto último sucederá con más frecuencia en los casos de actos o negocios respectivamente realizados o celebrados por agentes económicos que en el de individuos o personas físicas que lleven a cabo actos jurídicamente relevantes, pero cuyos supuestos de hecho no incluyan referencia alguna a motivaciones económicas.

En segundo lugar, el derecho tributario excluye con carácter general el recurso a la analogía para integrar lagunas legales:

“No se admitirá la analogía para extender más allá de sus términos estrictos el ámbito del hecho imponible, de las exenciones y demás beneficios o incentivos fiscales.”

La exclusión es, como acabamos de decir, general: no se limita, como en cambio sucede en derecho privado al derecho sancionador, al excepcional o a las normas temporales. En derecho privado, la aplicación de la regulación del fraude de ley por analogía es consubstancial a un sistema jurídico que se desarrolla de abajo hacia arriba, que desconoce el principio de tipicidad y que no está limitado por el de legalidad. De no ser por la posibilidad de recurrir a la analogía, los negocios atípicos podrían quedar al margen de las normas imperativas propias de los negocios típicos con el resto de cuya regulación, es decir, con el derecho dispositivo, se integrarían. En derecho tributario, la regla sobre el conflicto en la aplicación de la norma tributaria del art. 15 LGT cubre precisamente la laguna de regulación que dejaría la exclusión genérica de la analogía del art. 14 LGT. Así, la regla de la analogía funcionaría en derecho español de forma similar a como lo hace en Alemania el § 42 AO, es decir, como una norma específica que permite superar los límites de la interpretación teleológica, es decir, el sentido posible de las palabras de la ley. El precio de tal quiebra del principio de exclusión de la analogía -y, acaso también, del de legalidad- consistiría en que, en ningún supuesto, el conflicto en la aplicación de la norma tributaria puede comportar la imposición de sanciones (art. 15.3 LGT: “sin que proceda la imposición de sanciones”). Una solución normativa contraria difícilmente se compadecería con la doble exigencia de respeto del principio de legalidad y de proscripción de la analogía.

8. El principio de autonomía de los efectos jurídicos

Quisiéramos finalmente concluir este breve apunte con una referencia a algunas cuestiones de interpretación que podrían llegar a suscitarse bajo el citado art. 15 LGT. En efecto, como hemos visto el artículo que acabamos de mencionar establece que *se entenderá que existe el conflicto que regula cuando se evite total o parcialmente la realización del hecho imponible o se minore la base o la deuda tributaria mediante actos o negocios en los que concurren las dos circunstancias siguientes:*

Primera, que, individualmente considerados o en su conjunto, sean notoriamente artificiosos o impropios para la consecución del resultado obtenido.

“Artificioso” es una expresión **ambigua**, pues quiere decir tanto hecho con arte o falta de naturalidad o espontaneidad, artificial en suma, como hecho con simulación, disimulado⁵². Si lo primero, ¿por qué exigir espontaneidad o falta de arte a los contratantes?; si lo segundo, ¿por qué regular dos veces la simulación, una en el art. 15 y otra en el 16 LGT? Las consideraciones, realizadas al inicio de este trabajo, sobre la dinámica del derecho privado y sobre la natural coincidencia de la novedad inteligente con el artificio sugieren entender con cautela las expresiones usadas por el legislador: lo nuevo es, con harta frecuencia, artificioso, pero no por ello habrá de ser necesariamente conflictivo, cara a la aplicación de la regla del art. 15 LGT. En cuanto al calificativo “impropios”, nos remitimos a las consideraciones que se formulan a continuación.

Segunda, que de su utilización no resulten efectos jurídicos o económicos relevantes, distintos del ahorro fiscal y de los efectos que se hubieran obtenido con los actos o negocios usuales o propios.

La Ley habla de “efectos jurídicos o económicos relevantes” distintos al ahorro fiscal: como en el caso del derecho alemán del § 42 AO, cabe entender que la disyuntiva no es excluyente *-vel* y no *aut-*, por lo que bastará con la concurrencia de cualquiera de ellos para excluir el conflicto. Aunque, normalmente, las diferencias reales de efectos jurídicos, p.ej. la mayor o menor intensidad de la vinculación jurídica de uno u otro supuesto, la eficacia a terceros o la más fácil y económica ejecutabilidad judicial, tendrán claros efectos económicos, cuando ello no suceda así, bastará con la diferencia de consecuencias de derecho. Como en el caso del derecho alemán, el español ha acogido el *principio de autonomía de los efectos jurídicos* relevantes.

Sigue diciendo el art. 15 LGT que los efectos relevantes distintos al ahorro fiscal han de serlo además *-y-* de los “que se hubieran obtenido con los actos o negocios usuales o propios”. Impropios serían los no característicos o peculiares; e inusuales, los desacostumbrados. Hay, pues una exigencia de novedad, sea ésta jurídica o económica. Ya vimos que la definición clásica de fraude de ley en derecho tributario, de PALAO TABOADA, recogía esta misma noción de usualidad y lo propio se puede leer en la moderna manualística de derecho financiero, cuando trata de distinguir entre el rodeo lícito de la ley tributaria (economía de opción) y el fraude de ley:

“La economía de opción es lícita siempre que no entrañe un abuso de las formas jurídicas; siempre que no se recurra al empleo de fórmulas jurídicas atípicas -y no generalizadas en el ámbito económico, con manifiesta aquiescencia o pasividad por parte de la Administración- en relación con los fines que pretenden conseguirse”⁵³.

Otras acepciones de “propio” son “conveniente”, “adecuado”, “natural”, en la línea de la expresión utilizada por el § 42 de la AO, “*angemessen*”, “apropiado”, “adecuado”. En la jurisprudencia y en la doctrina de aquel país ya hemos visto qué había que entender por

⁵² MOLINER, *Diccionario de uso del español* (1998), 262. Reproducimos las diferentes entradas del término: “1. Hecho con arte. 2 Falto de naturalidad o espontaneidad. Artificial. Hecho con simulación”. Si acudimos a RAE, *Diccionario* (2001), 221, la primera entrada de “artificio”, es “hecho o elaborado con artificio, arte y habilidad”.

⁵³ MARTÍN QUERALT *et alii*, *Curso* (2002), 195. La referencia a los *medios usuales*, con cita obligada de la definición de PALAO, se encuentra también en el manual de referencia de FERREIRO LAPATZA, *Curso* (1997), p. 135.

“Unangemessenheit” y el sentir dominante es que la expresión es sinónima de “Ungewöhnlichkeit”, es decir, de naturaleza inusual o desacostumbrada. Pero es ya antigua la objeción que alega que la falta de usualidad, la novedad, el ingenio, el artificio en este sentido no tienen por qué ser inadecuados o inapropiados. Y es que, “unangemessen” -inadecuado, inapropiado- tiene una **connotación normativa**, mientras que “inusual” la tiene únicamente descriptiva: lo hecho por las partes ha de merecer un juicio normativo de desvalor que sólo cabrá formular si, en el acto o negocio presuntamente en fraude concurre un elemento adicional que justifica el reproche. La acepción de “propio” como “conveniente o adecuado”⁵⁴. Quizás habría sido preferible que el legislador tributario hubiera empleado estas últimas expresiones. En cualquier caso, debe resaltarse la autonomía conceptual del efecto jurídico relevante sobre el resultado o función económica del acto o negocio.

En particular *si la propia ley* -debidamente interpretada de acuerdo con su finalidad⁵⁵ y con exclusión de la analogía- *garantiza un ámbito de libertad a los ciudadanos en la configuración de sus relaciones jurídicas*⁵⁶, es decir, si el texto legal permite la libertad de acción y ésta puede concretarse en estos o aquellos efectos jurídicos, algunos de los cuales no estén contemplados por la ley fiscal, entonces no concurrirán los elementos del supuesto de hecho del art. 15.1.b): basta la diferencia en los efectos jurídicos y, salvo que la ley tributaria lo exija expresamente, no cabrá exigir que las motivaciones concretas de las partes se expresen en el acto o negocio. Será suficiente con la constancia de la voluntad del efecto jurídico distinto al del negocio usual o propio.

Contra lo que, bajo el régimen político anterior, predicara la mejor civilística española, conviene insistir en que el ejercicio legítimo de la libertad incluye muchas veces la de **no tener que dar explicaciones** sobre las razones de elección del camino o del destino final que se quiere alcanzar si consta la voluntad, jurídicamente relevante, de recorrerlo: uno puede contraer matrimonio, constituir una familia, donar una cantidad dada de dinero una sola vez o distribuirla en entregas espaciadas a lo largo de un período más o menos prolongado de tiempo, cambiar de lugar de residencia, de vecindad civil o administrativa o emigrar a otro país, así como establecer el centro de sus negocios donde lo crea más conveniente del mismo modo que cabe condicionar, aplazar o modalizar efectos jurídicos o, incluso, renunciar a un derecho si su titularidad resulta fiscalmente gravosa y sólo por tal razón. En derecho privado, la exigencia de causa y, en su caso, de prueba de su existencia, se ciñe exclusivamente a los contratos (arts. 1261 y 1274 CC): no se extiende a los actos o negocios jurídicos, ni, mucho menos, a las manifestaciones básicas de la libertad de actuar o de empresa, ni al ejercicio de cualesquiera derechos y libertades garantizados constitucionalmente. Así, por ejemplo, el derecho a elegir libremente residencia del artículo 19 CE

⁵⁴ RAE, *Diccionario* (2001), 1846.

⁵⁵ En la doctrina tributarista, la interpretación finalista o teleológica de la ley recibe en ocasiones el nombre de “interpretación funcional”, BAYONA, *Materiales* (2002), 74. Pero como observara PALAO TABOADA, “El fraude a la ley en derecho tributario” (1966), 678 el intérprete no puede, socapa de interpretar funcionalmente la ley, prescindir de su texto: en derecho, la interpretación finalista sólo resulta admisible si la finalidad de la ley tiene base textual. Más allá de ésta, entraremos en el ámbito de la analogía (identidad de razón).

⁵⁶ No es fraude de ley, sino economía de opción “la elección por parte del contribuyente de aquellas operaciones o vías jurídicas amparadas por la ley que determinan la consecución de un resultado efectivamente querido y buscado con el menor coste fiscal posible”, FERREIRO LAPATZA, *Curso* (1997), 137.

puede estar motivado exclusivamente por razones de orden fiscal y no por ello queda dentro del ámbito de aplicación del artículo 15 LGT. Desde un punto de vista legal, basta con que el cambio sea efectivo y sus causas sean absolutamente irrelevantes. Y, lo mismo cabe decir del derecho a contraer matrimonio del artículo 32.1 CE; basta con que la relación efectivamente establecida responda a los perfiles de la garantía institucional del matrimonio. Como se ha venido sosteniendo a lo largo de este trabajo, no cabe ampliar la lógica de la actividad necesariamente económica de los agentes precisamente económicos –como las empresas– a todos los ámbitos de la actividad humana: en muchos de ellos no es que falte una motivación económica, sino que ésta, de existir, es jurídicamente irrelevante, no se incluye como un elemento más en el supuesto de hecho de la válida y eficaz realización del acto o negocio.

¿Qué son entonces efectos jurídicos o económicos *relevantes*? Tal expresión significa “notable”, “significativo”, “importante”. Desde la modesta parcela del derecho privado de los negocios jurídicos, son siempre relevantes los denominados elementos **esenciales** del negocio de que se trate, pero también lo son los elementos **accidentales**, que específicamente causalizan los motivos de las partes o del autor del negocio. Distinto es el caso de los elementos **naturales**, del derecho dispositivo, cuyo desplazamiento no altera, en principio, la naturaleza del negocio ni, por tanto, sus efectos propios. En el ámbito de los contratos, los efectos económicos relevantes son los que permiten calificar la causa típica o, más exactamente, el tipo negocial como oneroso o gratuito (o mixto) y habrá que estar a la caracterización elegida por la ley tributaria para considerar su relevancia efectiva en cada caso. Fuera ya de este ámbito, es decir, en el de los actos jurídicos, sean actos debidos o actos en ejercicio de derechos y libertades, no tiene porqué haber otra causa o condición específica de su ejercicio que aquéllas expresamente tipificadas por la ley. Como hemos indicado en el párrafo anterior, no cabe ampliar la exigencia de causa desde el negocio jurídico patrimonial o, más concretamente, desde el contrato, hasta hacerla abarcar cualesquiera actos jurídicos.

Por último, quizá no está de más, finalizar esta incursión en territorio jurídico ajeno destacando la importancia de la posibilidad de calcular “ex ante” cuáles van a ser las consecuencias de la propia conducta: por hipótesis el contrato es un programa de conducta que habrá que realizar en el futuro sujeto a contingencias previstas por las partes o por las reglas de defecto dispuestas por el propio ordenamiento jurídico. Parece importante que los límites de la aplicación del nuevo artículo 15 LGT sean lo suficientemente estrictos como para permitir tal cálculo. A diferencia de las obligaciones contractuales, las tributarias no resultan de un cálculo “ex ante” realizado por los interesados, quienes ajustan así el programa contractual a tales o cuales contingencias. Para que tal cosa resulte posible en las obligaciones tributarias, fruto de un derecho que les viene dado a las partes y que no es puesto por éstas, resulta imprescindible que las consecuencias de su conducta puedan ser efectivamente anticipadas por los contribuyentes en cada caso.

9. Bibliografía

Juan José BAYONA DE PEROGORDO y María Teresa SOLER ROCH (2002), *Materiales de Derecho Financiero y Tributario*, 4ª ed., Compas, Alicante.

Okko BEHRENDTS (1982), *Die Fraus Legis. Zum Gegensatz von Wortlaut- und Sinngeltung in der römischen Gesetzinterpretation*, Otto Schwarz, Göttingen.

Marco Tulio CICERÓN (44 a.C.), *De Officiis* (Versión utilizada: *Sobre los deberes* (1989), Estudio Preeliminar, Traducción y notas de José GUILLÉN CABAÑERO, Tecnos, Madrid).

-- (55 a.C.), *De Oratore* (Versión utilizada: *Sobre el Orador, I*, (2002), Introducción, Traducción y Notas de Jose Javier ISO, Gredos, Madrid).

-- (63 a.C.), *Pro L. Murena* (Versión utilizada: *Discursos Vol. X, Pro L. Murena y Pro P. Sulla* (1982), Reimpresión del texto revisado y traducido por Manuel MARÍN PEÑA en 1956, Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Madrid).

Helmut COING (1939), "Simulatio und fraus in der Lehre des Bartolus und Baldus", *Festschrift für Koschaker, III*, Verlag Hermann Böhlaus Nachf., Weimar.

Federico DE CASTRO (1949 y 1952), *Derecho Civil de España. Tomo I. Parte General*, reproducción facsimilar en un solo volumen de los dos publicados por el Instituto de Estudios Políticos en 1949 y 1952, edición de 1984 y reimpresión de 1991, Civitas, Madrid.

-- (1967), *El Negocio Jurídico*, reproducción facsimilar de la reimpresión de 1971 de la edición original de 1967 publicada por el Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, edición de 1985 y reimpresión de 1991, Civitas, Madrid.

Luis Díez PICAZO (1996), *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial, I. Introducción. Teoría del Contrato*, 5ª ed., Civitas, Madrid.

-- (1993), *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial, III. Las Relaciones Jurídico-Reales. El Registro de la Propiedad. La Posesión*, 4ª ed., Civitas, Madrid.

Álvaro D'ORS, Francisco HERNÁNDEZ-TEJERO, Pablo FUENTESECA, Manuel GARCÍA GARRIDO y Jesús BURILLO (1968), *El Digesto de Justiniano, I*, Aranzadi, Pamplona.

Jörn ECKERT (2003), *Schuldrecht*, 3. Auflage, Nomos, Berlin.

José Juan FERREIRO LAPATZA (1997), *Curso de Derecho Financiero Español*, 19ª ed., Marcial Pons, Madrid.

Werner FLUME (1992), *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts. Zweiter Band. Das Rechtsgeschäft*, 4. Auflage, Springer, Berlin, Heidelberg, New York.

Oliver HEEDER (1998), *Fraus Legis*, Peter Lang, Frankfurt am Main/ Berlin/ Bern/ New York/ Paris/ Wien.

Antonio GULLÓN BALLESTEROS (1993), "Comentarios a los arts. 4 y 6 CC", en Cándido PAZ-ARES RODRÍGUEZ, Luis Díez PICAZO, Rodrigo BERCOVITZ y Pablo SALVADOR CODERCH (Dirs.), *Comentario al Código Civil*, Tomo I, Ministerio de Justicia, Madrid.

Heinrich HONSELL (1976), "In fraudem legis agere", *Festschrift für Max Kaser zum 70. Geburtstag*, München.

George KALLIMOPOULOS (1966), *Die Simulation im bürgerlichen Recht. Eine rechtsdogmatische Untersuchung*, Verlag Versicherungswirtschaft e. V. Karlsruhe.

Johannes KÖNGDEN (1984), "(Recensión a) Dieter Medicus, Allgemeiner Teil, 1982", *Archiv für die civilistische Praxis (AcP)* n. 184, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen.

Klaus KOTTKE (1983), "Das unechte Tatbestandsmerkmal des ungewöhnlichen Weges in § 42 der AO", *Betriebs Berater (BB)*, Heft 18, 30.6.1983.

Ernst A. KRAMER - MÜNCHENER KOMMENTAR (2001), *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, I, Allgemeiner Teil*, 4. Auflage, Beck, München.

Karl LARENZ/ Manfred WOLF (1997), *Allgemeiner Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts*, 8. Auflage, München, Beck, München.

Juan MARTÍN QUERALT *et alii* (2002), *Curso de Derecho Financiero y Tributario*, 13ª ed., Tecnos, Madrid.

Michael MARTINEK (1991-1993), *Neue Vertragstypen, I-III*, C.H. Beck, München.

Theo MAYER-MALY-MÜNCHENER KOMMENTAR (2001), *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, I, Allgemeiner Teil*, 4. Auflage, C.H. Beck, München.

Dieter MEDICUS (2002), *Allgemeiner Teil des BGB*, 8. Auflage, C.F. Müller Verlag, Heidelberg.
-- (2003-2004), *Schuldrecht, I y II*, 15. Auflage y 12. Auflage, C.H. Beck, München.

María MOLINER (1998), *Diccionario del uso del español*, 2ª ed., Gredos, Madrid.

Alejandro MENÉNDEZ MORENO (Dir.) (2002), *Derecho Financiero y Tributario. Parte General. Lecciones de Cátedra*, 3ª ed., Lex Nova, Valladolid.

Mª Dolores MEZQUITA GARCÍA-GRANERO (2003), *El fraude de ley en la jurisprudencia*, Aranzadi, Cizur Menor.

Carlos PALAO TABOADA (1966), "El fraude a la ley en derecho tributario", *Revista de Derecho Financiero y de Hacienda Pública*, núm. 63.

Jose María PENA LÓPEZ (2001), Comentario al art. 4 CC, en Rodrigo BERCOVITZ-CANO (Coord.), *Comentarios al Código Civil*, Aranzadi, Elcano (Navarra).

REAL ACADEMIA ESPAÑOLA DE LA LENGUA (RAE) (2001), *Diccionario de la Lengua Española*, 22ª ed., Espasa Calpe, Madrid.

Federico RODRÍGUEZ MORATA (2001), Comentario al art. 6 CC, en Rodrigo BERCOVITZ-CANO (Coord.), *Comentarios al Código Civil*, Aranzadi, Elcano (Navarra).

Rolf A. SCHÜTZE *et alii* (Hrsg.) (2000-2004), *Münchener Vertragshandbuch*, 5. Auflage, C.H.Beck, München.

Susanne SIEKER (2001), *Umgehungsgeschäfte: Typische Strukturen und Mechanismen ihrer Bekämpfung*, Mohr Siebeck, Tübingen.

J. VON STAUDINGER - Hermann DILCHER (1980), *Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen. I Band, Allgemeiner Teil.*, 12. Bearbeitung, Schweitzer, Berlin.

Joseph E. STIGLITZ (1986), "The General Theory of Tax Avoidance", National Bureau of Economic Research, *working paper* n° 1868.

-- (1995), *La economía del sector público*, 2ª ed., Antoni Bosch editor, Barcelona.

Arndt TEICHMANN (1962), *Die Gesetzesumgehung*, Verlag Otto Schwarz & CO, Göttingen.

Heinrich THÖL (1851), *Einleitung in das Deutsche Privatrecht*, Göttingen.

Klaus TIPKE - Joachim LANG (2002), *Steuerrecht*, 17. Auflage, Otto Schmidt, Köln.

Hal VARIAN (2003), *Intermediate Microeconomics. A Modern Approach*. 6th ed., Norton & Co. New York/ London.

Francisco VICENT CHULIÁ (1999), *Aspectos Jurídicos de los Contratos Atípicos*, 4ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia.

-- (2003), *Introducción al derecho mercantil*, 16ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia.

Max WEBER (1921-1922), *Wirtschaft und Gesellschaft: Grundriss der verstehenden Soziologie*, 5. Auflage - reimpression a cargo de Johannes Winckelmann, 1980, Mohr, Tübingen.

Reinhard ZIMMERMAN (1990), *The Law of Obligations*, Juta-Kluwer, South Africa-Deventer/
Boston.