

Régimen fiscal de las rentas generadas por los derechos de imagen de los futbolistas profesionales en España

Tax regime of professional football players in Spain: with particular reference to the commercial exploitation of the image rights

Ignacio ZAMORA SANTA BRÍGIDA*

RESUMEN: El presente artículo pretende ofrecer una explicación sistemática y concisa acerca del tratamiento jurídico-tributario recibido por las retribuciones de los futbolistas en España y, en particular, por la explotación comercial de los derechos sobre su propia imagen. Asimismo, serán analizadas las estructuras financieras empleadas por este tipo de deportistas y las causas por las que éstas pueden llegar a situarse en el ámbito de la ilegalidad.

PALABRAS CLAVE: Fiscalidad; retribuciones; futbolistas; explotación comercial; derechos de imagen.

* Personal docente e investigador de la Universidad Complutense de Madrid (UCM). Contacto: <ignazamo@ucm.es>. Fecha de recepción: 30/04/2018. Fecha de aprobación: 22/08/2018.

ABSTRACT: This article aims to offer a systematic and concise explanation of the legal tax treatment received by the remuneration of professional footballers in Spain. In particular, this paper wants to assess the commercial exploitation of the image rights. Likewise, the financial structures used by this type of athletes and the causes for which they can be placed in the area of illegality will be studied.

KEYWORDS: Taxation; remunerations; professional footballers; commercial exploitation; image rights.

I. INTRODUCCIÓN

Es práctica habitual que, en el mundo del deporte (y del fútbol en particular), se obtengan cuantiosos ingresos; no sólo a causa del salario, sino también como consecuencia de la explotación comercial de su propia imagen.

Resulta de tal relevancia esta fuente de ingresos, los derechos de imagen, que en la actualidad algunos clubes asumen el elevado sueldo de las grandes estrellas porque estiman que parcialmente llegarán a amortizarlo vía ingresos por publicidad. Este éxito económico no es extraño, pues responde de modo directo al grado de popularidad del deportista, unido al asentamiento global de la sociedad de consumo y el desarrollo cada vez mayor del *merchandising* deportivo.

En definitiva, la trascendencia alcanzada por esta fuente de ingresos en el marco de las retribuciones de los deportistas justifica que el presente artículo trate de exponer, con la brevedad que su naturaleza exige, el régimen jurídico-tributario de la explotación comercial de los derechos de imagen de los futbolistas profesionales en España.

Para ello, con carácter previo al tratamiento fiscal del derecho sobre la propia imagen, serán expuestas sus bases conceptuales. De este modo, se realizará una primera aproximación jurídico-constitucional a fin de facilitar la correcta comprensión del tratamiento tributario que, para su explotación comercial, prevé el ordenamiento jurídico español.

II. CONSIDERACIONES PREVIAS SOBRE EL DERECHO A LA PROPIA IMAGEN

A) NATURALEZA, CONCEPTO Y CARACTERÍSTICAS

Cuando se hace referencia al derecho sobre la propia imagen debe saberse que se está ante un derecho fundamental, pues así lo reconoce el artículo 18.1 de la Constitución española; el cual queda regulado mediante la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la Propia Imagen.

Reiterada jurisprudencia constitucional¹ ha calificado la imagen como «el instrumento básico de identificación y proyección exterior y factor imprescindible para su propio reconocimiento como individuo». Asimismo, para Díez-Picazo², el derecho a la propia imagen consiste, en última esencia, en el poder de decidir la reproducción de la imagen de nuestra persona por cualquier medio (fotografía, dibujo, etc.), así como de consentir o impedir su divulgación sin nuestro consentimiento.

Dada su condición tanto de derecho fundamental como de derecho de la personalidad, sus notas características³ son; la inalienabilidad, la irrenunciabilidad y la imprescriptibilidad. Sin embargo, el derecho a la propia imagen presenta un contenido económico, ya que su titular puede explotar comercialmente su imagen, o bien, ceder o consentir su explotación económica por terceros. Por esa misma razón, las notas que le caracterizan han de entenderse *lato sensu*; es decir, sin perjuicio de que el titular se

¹ Sentencias del Tribunal Constitucional: 231/1988, de 2 de diciembre; 99/1994, de 11 de abril; y 81/2001, de 26 de marzo.

² RELEA SARABIA, A., *El régimen jurídico-tributario de las retribuciones de los futbolistas*, Navarra, Aranzadi, 2007, p. 211.

³ Se recogen en el artículo 1.3 de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la Propia Imagen.

desprenda de algunas de las facultades integrantes del derecho de imagen.

En cuanto al consentimiento para que sea explotado por terceros, cabe decir que éste deberá ser expreso y que, precisamente por su naturaleza de derecho fundamental, será revocable en cualquier momento. No obstante, en caso de revocar la autorización concedida cabrá indemnización, siempre y cuando se identifiquen los daños y perjuicios causados, incluyendo las expectativas justificadas. Quiere decirse, pues, que se reconocen tanto el daño emergente como el lucro cesante en caso de revocar el consentimiento prestado.

Conviene recordar, finalmente, que la explotación del derecho de imagen es una práctica habitual en el deporte profesional, pues se prevé *ex lege* la participación de los deportistas en los beneficios de la explotación comercial de su imagen por los clubes con los que mantienen una relación laboral; incluyendo ésta como un concepto retributivo más⁴.

B) DISTINCIÓN ENTRE LA DIMENSIÓN CONSTITUCIONAL Y LA PATRIMONIAL

A este respecto resulta esencial diferenciar entre la doble vertiente que presenta el derecho sobre la propia imagen.

En primer lugar, se configura como un derecho de carácter personal que opera en el ámbito de la esfera individual. Es decir, se trata del derecho a impedir⁵ la captación, reproducción o publicación de la imagen de una persona, a fin de preservar de intromisiones ajenas el ámbito privado de la vida del individuo. De

⁴ Dicha previsión se recoge en los artículos 7.3 y 8.2 del Real Decreto 1006/1985, de 26 de junio, por el que se regula la relación laboral especial de los deportistas profesionales.

⁵ Tales facultades quedan garantizadas a través del artículo 7.5 de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la Propia Imagen.

modo que, en su dimensión constitucional, el derecho a la propia imagen, el cual se consagra en el artículo 18.1 del texto constitucional, queda configurado como un derecho de la personalidad derivado de la dignidad humana y con el propósito de proteger la moral de las personas.

El titular de la imagen, a su vez, dispone de facultades bien diversas, como es la de impedir la utilización de su nombre, de su voz o de su imagen para fines publicitarios, comerciales o de naturaleza análoga. En este sentido, el derecho a la propia imagen guarda, no sólo una proyección constitucional inherente a la persona, sino también otra de contenido patrimonial. Ergo, el derecho a la propia imagen, en todo lo relativo a su carácter patrimonial, carecerá de la protección propia de los derechos fundamentales, las intromisiones a las que se pueda ver sometido seguirán el cauce del juicio civil ordinario.

C) ALCANCE EN MATERIA LABORAL

Resulta necesario tratar este aspecto, aunque de manera sucinta, ya que la relación laboral vinculada a los derechos sobre la propia imagen del trabajador se ha presentado tradicionalmente como una cuestión conflictiva.

El Tribunal Constitucional ha expuesto su criterio al respecto. Para ello, plantea dos situaciones que servirán para baremar cuándo prevalecerá el mencionado derecho fundamental sobre la legislación laboral⁶.

Por una parte, existen profesiones que, debido a su propia naturaleza, requieren la restricción del derecho a la propia imagen del trabajador, pues son actividades que conllevan una exposición al público constante, sin la cual, éstas devendrían irrealizables. Motivo por el cual, el trabajador que preste tales servicios no po-

6 Sentencia del Tribunal Constitucional 99/1994, de 11 de abril.

drá alegar la intromisión en su derecho fundamental, siempre y cuando no se menoscabe su dignidad o intimidad.

Por el contrario, en otros oficios (la mayor parte), no existe la necesidad de mantener una relación directa y constante con el público. De modo que, en tales supuestos, la relación laboral ha de respetar el derecho fundamental que sobre su imagen posee el trabajador.

En cuanto a los futbolistas profesionales, consideramos que su estatus laboral encaja en el supuesto de relación laboral que, con base en la necesidad de exposición al público, reduce el contenido de su derecho sobre la propia imagen. Ello trae causa de la naturaleza que guardan los servicios prestados y de lo previamente pactado; dado que, por medio de contrato laboral, los futbolistas ceden las imágenes que de ellos se producen en cada evento deportivo a cambio de los conceptos retributivos acordados.

Cesión que no sólo se trata de un pacto inter partes, pues al mismo tiempo se prevé en convenio colectivo⁷, por lo que también es deber.

III. TRATAMIENTO FISCAL DE SU EXPLOTACIÓN COMERCIAL: UN ANÁLISIS CRÍTICO

A continuación, expondremos qué tratamiento fiscal recibirá la explotación de los derechos de imagen, en función de si ésta se realiza de forma directa por el futbolista o, por el contrario, a través de una sociedad⁸.

⁷ Artículos 20 y 28 del Convenio Colectivo para la Actividad de Fútbol Profesional suscrito por la Liga Nacional de Fútbol Profesional y la Asociación de Futbolistas Españoles el 31 de julio de 2008.

⁸ Puede encontrarse un estudio sobre la vertiente jurídico-administrativa de la cuestión en AGIRREAZKUENAGA, I., “La transformación del Derecho deportivo por influencia de la Unión Europea”, *Revista de Administración Pública*, núm. 200, pp. 385-408, 2016. Para un análisis centrado en el tratamiento de los derechos de imagen, véase PALOMAR OLMEDA, A. Y DESCALZO GONZÁLEZ, A.,

Como es lógico, cada opción presenta ventajas e inconvenientes y, por supuesto, la tributación soportada por el contribuyente variará en relación con la opción fiscal por la que éste finalmente se decante.

A) EXPLOTACIÓN DIRECTA POR EL FUTBOLISTA

Como no podía ser de otro modo, el *animus lucrandi* se configura como el elemento esencial en las operaciones vinculadas a la cesión de los derechos de imagen. Ahora bien, la trascendencia radica en la calificación que se dará a los ingresos percibidos por el titular de la misma (en el caso que ahora nos ocupa, el futbolista), a efectos de interpretar la posterior tributación de los mismos a través del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas (en adelante, el IRPF).

En este sentido, la calificación fiscal de la contraprestación obedecerá, como es lógico, a la naturaleza de la relación jurídica que la genere. De llevarse a cabo la explotación por medio del propio futbolista, sin intermediación de sociedad alguna, podrán encuadrarse los ingresos obtenidos por éste en tres categorías de rendimientos diferentes: a) la calificación tributaria será la de rendimientos del trabajo⁹ cuando la utilización de la imagen sea inherente al desempeño del trabajo del futbolista, circunstancia que siempre se incluye en el contrato laboral que vincula a éste con el club al que pertenece; b) la calificación tributaria será la de rendimientos del capital mobiliario¹⁰ cuando tales rentas sean percibidas por el futbolista sin que su causa derive de la relación

Los derechos de imagen en el ámbito del deporte profesional: especial referencia al fútbol, Madrid, Dykinson, 2001.

⁹ Sirva de ejemplo la imagen del jugador que se expone a quienes acuden al estadio o a quienes ven el partido a través de la retransmisión televisiva.

¹⁰ Dicha calificación corresponde cuando no se está en el ámbito de una relación laboral, sino que, mediante un contrato de naturaleza civil o mercantil, el futbolista presta su consentimiento para que el club, u otra entidad cesionaria, comercialice todo tipo de objetos con el nombre o la imagen de éste.

Régimen fiscal de las rentas generadas por los derechos...

Ignacio ZAMORA SANTA BRÍGIDA

laboral antes mencionada y, al mismo tiempo, sin que se produzca en el ámbito de una actividad económica c) la calificación tributaria será la de rendimientos de actividades económicas cuando el futbolista desempeñe su actividad por cuenta propia como cualquier otro profesional existiendo, por tanto, una ordenación por cuenta propia de recursos materiales y humanos.

Cualquiera que fuera la calificación fiscal recibida, en este sentido, los rendimientos generados tributarán conforme a la escala progresiva prevista para el IRPF; siendo éste el mayor perjuicio respecto a la tributación mediante sociedad.

Todo lo anterior hace referencia, claro está, a las rentas obtenidas por la cesión voluntaria de la imagen, dado que, ante una indemnización consecuencia de una intromisión ilegítima, la calificación fiscal adecuada sería la de incremento patrimonial.

Por último, nos gustaría hacer alusión al Impuesto sobre el Patrimonio, puesto que. Al carecer el derecho sobre la propia imagen de un contenido originariamente patrimonial, en cuanto derecho fundamental de carácter personal, no aparece recogido en la relación de bienes y derechos de contenido económico que contempla la Ley 19/1991, de 6 de junio, del Impuesto sobre el Patrimonio.

No obstante, pese a ser *prima facie* un derecho de la personalidad y, por ello, no incluirse en el hecho imponible del Impuesto sobre el Patrimonio, nada impide que, al presentar también una faceta económica, sea susceptible de producir rentas gravables en el IRPF.

B) EXPLOTACIÓN MEDIANTE UNA SOCIEDAD

La explotación de los derechos sobre la propia imagen a través de sociedades es un mecanismo al que se recurre con frecuencia en el deporte profesional.

Esta planificación responde, normalmente, a la intención por parte del futbolista de reducir la carga tributaria que, como con-

tribuyente, ha de soportar. De este modo, al ceder el derecho a la explotación de su imagen a una sociedad (en la mayoría de casos no residente en España), era la propia sociedad la que posteriormente contrataba con el club a efectos de poder explotar la imagen del jugador.

Así, pues, si un futbolista explota personalmente sus derechos de imagen, las rentas que perciba tributarán en sede del IRPF a una escala progresiva, cualquiera que fuera la calificación fiscal que finalmente recibiera. Mientras que, de realizar la explotación a través de una sociedad, el gravamen soportado por el futbolista siempre será menor; ya sea porque las rentas tributan al tipo fijo del Impuesto sobre Sociedades, o bien, porque de ser una sociedad radicada en un paraíso fiscal, la tributación efectiva sería ínfima o incluso nula.

A continuación, nos gustaría hacer dos precisiones: una, referida a la explotación realizada mediante sociedad residente en España y, otra, en caso de efectuarse a través de sociedad no residente.

La primera es sobre el régimen de transparencia fiscal. Pese a haber sido suprimido en enero del año 2003, conviene explicar en qué consistía, pues con él se pretendía evitar la elusión fiscal llevada a cabo por medio de la interposición de sociedades. Básicamente, se articulaba del siguiente modo; imputando al impuesto personal sobre los socios los beneficios societarios para, posteriormente, permitirles que se deduzcan la parte correspondiente del Impuesto sobre Sociedades pagado por la sociedad.

En la actualidad, pese a estar derogado dicho régimen, las maniobras descritas son perfectamente perseguibles a través de dos instrumentos. Uno es el régimen especial de imputación de rentas por cesión de derechos de imagen, y otro es la valoración de las operaciones entre personas o entidades vinculadas por su valor normal de mercado (es decir, las denominadas operaciones vinculadas¹¹).

¹¹ Este mecanismo se recoge en el artículo 41 de la Ley del IRPF, el cual remite a efectos del cálculo de la valoración al artículo 16 del texto refundido

En cuanto a la segunda, habría de emplearse el artículo 17 del Modelo de Convenio OCDE, dando por sentado que, de no mediar convenio para evitar la doble imposición (en adelante, CDI) entre el país de la fuente y el país de la residencia, las rentas satisfechas por la cesión de la imagen quedarán gravadas en España en aplicación del Impuesto sobre la Renta de no Residentes (en adelante, el IRNR).

De existir CDI entre ambos países son varias las categorías de renta en las que se podrían encuadrar los ingresos percibidos en concepto de cesión de derechos de imagen¹². De tal forma que: de subsumirse en la categoría relativa a rendimientos de una actividad empresarial, el gravamen de las rentas únicamente correspondería al Estado de la residencia; de optar por encuadrarlas en la categoría de cánones, la soberanía tributaria sería compartida entre ambos Estados, de forma que las rentas también fueran gravadas en la fuente hasta un determinado límite; de calificarse como rentas de una actuación deportiva, éstas serían gravadas sólo por el Estado de la fuente; finalmente, de entenderse que se trata de rentas no especificadas¹³ en el CDI, únicamente podría gravarlas el Estado de la residencia.

Al existir disparidad de criterios doctrinales al respecto y a causa de la concreción que la finalidad del presente trabajo requiere, únicamente nos centraremos en la posible calificación de las rentas como procedentes de una actividad deportiva, pues son las que más interés generan en relación con el fútbol profesional.

Con el propósito de ilustrar la cuestión a tratar, véase a continuación el contenido del artículo 17:

«1. No obstante lo dispuesto en los artículos 7 y 15, las rentas que un residente de un Estado contratante obtenga del ejercicio de sus

de la Ley del Impuesto sobre Sociedades.

¹² Véase una brillante explicación sobre la problemática de la doble imposición en LANG, M., *Introduction to the Law of Double Taxation Conventions*, Linde Lehrbuch, Viena, 2010.

¹³ Este tipo de rentas se recogen en el artículo 21 del Modelo de Convenio OCDE sobre la renta y sobre el patrimonio.

actividades personales en el otro Estado contratante en calidad de artista del espectáculo, tal como actor de teatro, cine, radio o televisión o músico o como deportista, pueden someterse a imposición en ese otro Estado.

2. No obstante lo dispuesto en los artículos 7 y 15, cuando las rentas derivadas de las actividades personales de los artistas del espectáculo o los deportistas, en esa calidad, se atribuyan no ya al propio artista del espectáculo o deportista sino a otra persona, dichas rentas pueden someterse a imposición en el Estado contratante donde se realicen las actividades del artista del espectáculo o del deportista.»

Lo dispuesto por el primer apartado no afecta a la explotación mediante una sociedad, pues únicamente indica que los artistas y deportistas que obtengan ingresos en el extranjero sin mediación de establecimiento permanente tributarán de forma ilimitada en el país de la fuente.

Es el segundo apartado, sin embargo, el que sí puede tener incidencia en la explotación de los derechos de imagen a través de una sociedad. Con independencia de que en el caso concreto corresponda o no calificar las rentas como procedentes de una actividad deportiva, lo cierto es que en multitud de ocasiones el artista o deportista constituye una sociedad para que, al asignarle la titularidad de los derechos, pueda eludir la regla recogida en el artículo 17.1.

A fin de evitar esta técnica de *rule shopping*, el segundo apartado del artículo 17 prevé la posibilidad de gravar ilimitadamente en la fuente todas las rentas que deriven de la actividad de artistas y deportistas, con independencia de la persona o entidad que las perciba. No obstante, si la sociedad contratante presta servicios distintos a los artísticos o deportivos, la cláusula de *look-through approach* recogida en el artículo 17.2, no resulta aplicable.

Por ello, resultan criticables las resoluciones de la Audiencia Nacional¹⁴ y del Tribunal Supremo¹⁵ que aplicaron, sin existir precepto equivalente al artículo 17.2 en el CDI invocado, la cláusula de *look-through approach* antes citada. En síntesis, los tribunales interpretaron los CDI de forma dinámica, pues entendían que debían ser invocados bajo el prisma de los Comentarios al Modelo de Convenio de la OCDE¹⁶.

Los Comentarios no son vinculantes, pues lo que realmente obliga a las partes contratantes es la norma jurídica; es decir, el CDI concreto, y no por tanto el Modelo en el que éste se basó o sus Comentarios. De tal forma que, a nuestro juicio, los Comentarios deben guardar un papel meramente hermenéutico.

Máxime, cuando los Comentarios son posteriores a la redacción del CDI y la redacción del correspondiente artículo del Modelo ha variado, como así ocurre en las sentencias citadas. Además, no es cuestión baladí que los Comentarios se redacten por el Comité de Asuntos fiscales de la OCDE, organismo que probablemente no comparta (ni tenga por qué hacerlo), los criterios e intereses de los Estados contratantes.

Por último, cabe indicar que, la definición recogida en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados acerca del contexto de un tratado en absoluto equivale a las notas características que presentan los Comentarios.

¹⁴ Sentencia de la Audiencia Nacional, de 28 de enero de 2010.

¹⁵ Sentencias del Tribunal Supremo de 11 de junio de 2008 y de 13 de abril de 2011.

¹⁶ Véase un riguroso estudio sobre el caso concreto en BÁEZ MORENO, A., "El enfoque look-through en la tributación internacional de artistas y deportistas y el ámbito objetivo del artículo 17 del MCOCDE. Algunos apuntes a la Sentencia de la Audiencia Nacional de 28 de enero de 2010", *Revista Aranzadi de Derecho del Deporte y Entretenimiento*, núm. 29, 2010, pp. 311-327.

C) SUJECCIÓN AL IMPUESTO SOBRE EL VALOR AÑADIDO (IVA)

Cabe distinguir entre los dos tipos de relaciones jurídicas en las que puede darse la explotación de los derechos de imagen; pues, en función de la calificación de los rendimientos, la tributación que los mismos habrán de soportar variará sustancialmente. En este sentido, debe discernirse entre la cesión implícita en el contrato laboral del futbolista y la cesión realizada a través de la sociedad interpuesta por éste.

En el primer supuesto, la cesión de los derechos de imagen no quedaría sujeta al IVA, dado que se trata de servicios prestados por personas físicas en régimen de dependencia laboral.

Sin embargo, de encuadrarse el caso concreto en el segundo tipo de cesiones, la sujeción al IVA será ineludible. Ello deriva, en primer lugar, del perfecto encaje de este tipo de operaciones en el hecho imponible del impuesto¹⁷. Asimismo, resulta fundamental a efectos de determinar dicha sujeción lo dispuesto, en relación con los derechos sobre la propia imagen, el artículo 11.2.4 de la Ley del IVA, el cual establece que tendrán la consideración de prestación de servicios «las cesiones y concesiones de derechos de autor, licencias, patentes, marcas de fábrica y comerciales y demás derechos de propiedad intelectual e industrial».

Finalmente, cabe apuntar que, al tratarse de una prestación de tracto sucesivo, el impuesto se devengará en el momento en el que resulte exigible la parte del precio que comprenda cada prestación¹⁸.

¹⁷ Hecho imponible que recoge el artículo 4.1 de la Ley 37/1992, de 28 de diciembre, del Impuesto sobre el Valor Añadido.

¹⁸ Artículo 75.1.7 de la Ley 37/1992, de 28 de diciembre, del Impuesto sobre el Valor Añadido.

IV. ALGUNAS OBSERVACIONES EN TORNO A LA INTERPOSICIÓN DE SOCIEDADES

Tradicionalmente el sistema de retribución, en relación con los derechos de imagen, ha consistido en incluir tales rendimientos en el contrato laboral como una partida salarial más. No obstante, con el único ánimo de reducir la carga tributaria a soportar por el futbolista, éste ha sido sustituido por un esquema de contratación basado en la cesión de los derechos de imagen del futbolista a una sociedad, normalmente no residente en España, con la que *a posteriori* contrata el club con el que el futbolista mantiene una relación laboral.

Con este *modus operandi* lo que se pretende es operar con base en tres contratos¹⁹ en lugar de uno para, de ese modo, mediante la interposición de una sociedad, sustituir la escala progresiva del IRPF por el tipo fijo del Impuesto sobre Sociedades; o, en su caso, por un gravamen irrelevante derivado de la localización de la sociedad en países que hubieran suscrito un CDI o en paraísos fiscales.

A) DELIMITACIÓN DE ALGUNOS CONCEPTOS JURÍDICOS DE INTERÉS: ECONOMÍA DE OPCIÓN, FRAUDE DE LEY, NEGOCIO SIMULADO Y LEVANTAMIENTO DEL VELO

A continuación, expondremos brevemente el alcance jurídico de una serie de conceptos especialmente relevantes a efectos fiscales en el ámbito de la interposición de sociedades.

¹⁹ De interponer una sociedad, la estructura contractual sería la siguiente: un contrato laboral derivado de la prestación de servicios deportivos, suscrito entre el futbolista y el club; un contrato mercantil mediante el cual se ceden los derechos de imagen del futbolista a la sociedad; otro contrato mercantil entre el club y la sociedad cesionaria, a fin de que el primera logre explotar los derechos de imagen del futbolista.

La *economía de opción* tiene lugar cuando la norma tributaria ofrece distintas posibilidades y el contribuyente elige aquella que, en función de su situación particular, resulta más beneficiosa (la carga soportada fiscalmente será menor)²⁰.

En numerosas ocasiones se llega a confundir con el *fraude de ley*, pero, en abstracto, la distinción resulta clara; mientras que en la economía de opción no se desnaturaliza la causa del contrato, en el fraude de ley se aplica una norma jurídica sin que la finalidad del negocio se ajuste a la finalidad de la norma aplicada.

De manera que, a fin de evitar la aplicación de tributos más gravosos para el contribuyente, el orden tributario es uno de los más prolijos en cuestiones fraudulentas. Por esta razón, la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria (en adelante, LGT) previó un precepto en el que se adapta la definición de fraude de ley que da el Código Civil a la realidad jurídico-tributario.

Lo dispuesto por la legislación española, particularmente en el artículo 6.4 del Código Civil es que “los actos realizados al amparo del texto de una norma que persigan un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico, o contrario a él, se considerarán ejecutados en fraude de ley y no impedirán la debida aplicación de la norma que se hubiere tratado de eludir”.

Mientras, la LGT precisa en su artículo 15.1 que

(...) 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 concurren las siguientes

²⁰ Las *economías de opción* pueden ser: *explícitas*, en caso de que la norma posibilite expresamente la facultad de elegir entre distintas opciones (sirva de ejemplo la opción que ofrece la norma fiscal de tributar individualmente o de forma conjunta en el IRPF) o, por el contrario, *tácitas* si únicamente se encuentran en el ordenamiento jurídico de forma implícita, siendo el obligado tributario quien decide acogerse a la que más le beneficia. Son estas últimas las que plantean, en la práctica, una problemática mayor en relación con el *fraude de ley*.

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.

En definitiva, para que realmente se trate de un fraude de ley tributario, el sujeto defraudador habrá de emplear instrumentos jurídicos distintos de los que serían adecuados al fin perseguido, siendo el resultado una repercusión económica, equivalente al hecho imponible gravado por un determinado tributo cuya aplicación ha sido eludida.

En referencia al *negocio simulado*, debe notarse que se contempla tanto en la LGT como en el Código Civil.

La primera, en su artículo 16.1, recoge que «en los actos o negocios en los que exista simulación, el hecho imponible gravado será el efectivamente realizado por las partes».

A su vez, el artículo 1276 del Código Civil dispone que «*la expresión de una causa falsa en los contratos dará lugar a la nulidad, si no se probase que estaban fundados en otra verdadera y lícita*».

De tal forma que la pretensión en el negocio simulado es crear una apariencia, mientras que, en el fraude de ley, es crear una realidad.

Finalmente, en relación con la doctrina del *levantamiento del velo*, puede señalarse que su aplicación consiste en la corrección del fraude de ley cuando éste se produce, especialmente, en el ámbito del indebido uso de la personalidad jurídica. De modo que, en terminología jurisprudencial, al levantar el velo social se comprueba si la personalidad jurídica de la sociedad está efectivamente diferenciada de la personalidad de los socios o no.

B) CONFIGURACIÓN DE LAS ESTRUCTURAS HABITUALES

Desde hace dos décadas las retribuciones de los futbolistas han experimentado un sustancial aumento, en gran parte favorecido por el dinero invertido desde los medios audiovisuales.

Por ello, con el fin de soportar menor carga fiscal, se comenzaron a desdoblar los rendimientos percibidos en salariales y en concepto de derechos de imagen. De este modo surgieron las denominadas *estructuras triangulares*, puesto que eran tres los agentes que intervenían en la operación; el futbolista cedía sus derechos de imagen a la sociedad interpuesta y ésta, a su vez, cedía tales derechos al club al cual el futbolista permanecía ligado por un contrato laboral. En consecuencia, cuanto menor fuera la retribución laboral y mayor la relativa a la explotación de los derechos de imagen, menor sería la tributación en sede del IRPF, más gravosa que la prevista por el Impuesto sobre Sociedades a un tipo fijo.

No obstante, por razón de los diversos mecanismos *antielusión* establecidos por el legislador (como la regla 85/15 o la norma sobre operaciones vinculadas), las estructuras mencionadas, en la mayoría de ocasiones, dejaron de resultar efectivas²¹.

Por lo tanto, a partir de ese momento comenzaron a variar tales estructuras, ubicando así la sociedad interpuesta fuera de España. De ese modo, si la primera sociedad cesionaria se localiza

²¹ La regla 85/15 se recoge en el 92.2 de la Ley del IRPF, según el cual “la imputación (...) no procederá cuando los rendimientos del trabajo obtenidos en el período impositivo por la persona física (...) en virtud de la relación laboral no sean inferiores al 85 por ciento de la suma de los citados rendimientos más la total contraprestación a cargo de la persona o entidad a que se refiere el párrafo c) del apartado anterior por los actos allí señalados», haciendo referencia el apartado c) a «que la persona o entidad con la que el contribuyente mantenga la relación laboral, o cualquier otra persona o entidad vinculada con ellas en los términos del artículo 16 del texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades, haya obtenido, mediante actos concertados con personas o entidades residentes o no residentes la cesión del derecho a la explotación o el consentimiento o autorización para la utilización de la imagen de la persona física”.

en un paraíso fiscal y la segunda (es decir, con la que contrata el club) se sitúa en un país que haya suscrito un CDI con España, el flujo monetario será difícilmente visible a ojos de la Administración Tributaria. En tal caso, ya no se tributará a un tipo fijo, sino que la fiscalidad soportada será mínima o incluso nula.

Asimismo, con el objeto de sofisticar más si cabe las estructuras mencionadas, en los últimos años se ha llegado a incluir en la operación hasta a un cuarto agente²². En este esquema se añade la participación de un medio audiovisual, puesto que, parte de la cantidad que debe pagar al club, es pagada directamente a la sociedad interpuesta por el futbolista en concepto de derechos de imagen.

Con este esquema el problema radica, de un lado, en que deben cuadrarse los pagos de tal manera que el club respete la regla 85/15 sin incurrir en el régimen de imputación de rentas y, de otro, en que, si se tiene presente la retribución percibida por parte del medio audiovisual, la cantidad recibida en concepto de derechos de imagen superaría normalmente el 15 por ciento.

El conflicto consiste esencialmente en cómo calificar las relaciones que coexisten en el esquema descrito, dado que no se trata de sociedades vinculadas, pero el medio audiovisual estaría actuando como mandante del club.

C) UTILIZACIÓN DE SOCIEDADES HÚNGARAS

De lo explicado en el apartado anterior, queda claro que es práctica habitual la interposición de sociedades entre el club y el futbolista, pues con ello se conseguía que, dando apariencia de formalidad a la cesión entre el futbolista y la sociedad, se rebajase e incluso eludiese la carga fiscal correspondiente a la retribución en concepto de derechos de imagen percibida por la sociedad interpuesta.

Ahora bien, en los esquemas antes descritos, de un tiempo a esta parte ha cobrado especial relevancia la interposición de so-

²² Sentencia del Tribunal Supremo, de 13 de marzo de 2012.

ciudades en Hungría²³. Ello trae causa del objetivo prioritario a la hora de llevar a efecto la planificación; que los rendimientos obtenidos por la sociedad ubicada en un tercer país no tributen en España. Tal propósito resulta factible gracias a la aplicación de determinados CDIs. Uno de ellos es el CDI suscrito entre España y Hungría.

La Administración Tributaria española es partidaria de calificar las rentas procedentes de la cesión de derechos de imagen como cánones o regalías, es decir, de encuadrar tales rentas en la categoría recogida por el artículo 12 del Modelo de Convenio OCDE. Respecto a esta clase de rendimientos, la mayoría de los CDIs suscritos por España se desvían de la redacción propuesta por el Modelo. Mientras que éste propone atribuir el derecho a gravar los cánones o regalías en exclusiva al Estado de la residencia, España ha optado tradicionalmente por sujetarlos a gravamen, de manera limitada, en el Estado de la fuente.

No obstante, una de las excepciones es el CDI suscrito entre España y Hungría, dado que no permite a España gravar los cánones o regalías cuando actúa como Estado de la fuente. Por ello, dada la importancia que adquieren los derechos de imagen en la remuneración total de los futbolistas de élite, las posibilidades que ofrece dicho CDI resultan de verdadero interés para sus asesores fiscales.

Sin embargo, no debe olvidarse que en caso de utilizar el CDI sin que éste resulte aplicable, con el único ánimo de obtener las ventajas fiscales en él recogidas, se estaría ante una conducta típica de *treaty shopping*.

En este sentido, la Audiencia Nacional ha denegado, de forma reiterada²⁴, la aplicación del CDI celebrado con Hungría en

²³ Al respecto, véase VEGA BORREGUERO, F. A., “La utilización de sociedades húngaras para la cesión de derechos de imagen de futbolistas de equipos españoles y el concepto de beneficiario efectivo de los convenios para evitar la doble imposición”, *Revista Aranzadi de Derecho del Deporte y Entretenimiento*, núm. 21, 2007, pp. 185-204.

²⁴ Las sentencias más destacadas fueron: la SAN de 26 de marzo de 2007; la SAN de 20 de julio de 2006; y la SAN de 18 de julio de 2006.

relación con determinados pagos realizados por clubes españoles a sociedades húngaras, precisamente porque estimó que las sociedades radicadas en Hungría no eran las beneficiarias efectivas de dichas rentas. Con lo cual, y de conformidad con lo dispuesto por su legislación tributaria interna, España pudo finalmente someter a gravamen los rendimientos derivados de la explotación de los derechos de imagen de los futbolistas.

V. A MODO DE CONCLUSIÓN

La tributación de los derechos de imagen y su explotación a través de sociedades ha demostrado ser una de las cuestiones más controvertidas en materia de fiscalidad deportiva.

Asimismo, los nuevos modelos de comunicación audiovisual hacen de la imagen un valor siempre en alza, un nuevo elemento especulativo; realidad cuyo tratamiento jurídico-tributario ha ido experimentando, inevitablemente, por una creciente complejidad.

El ordenamiento jurídico español, tradicionalmente, ha ido unos pasos por detrás de las creativas soluciones que los asesores fiscales de los futbolistas han sabido trazar en un campo de juego transnacional. Sin embargo, durante los últimos años la Inspección de Hacienda ha insistido especialmente sus actuaciones frente a los clubes de fútbol y los deportistas profesionales, alterando criterios que hasta fechas recientes parecían consolidados.

Las últimas reformas fiscales realizadas en España no han modificado la regla 85/15 relativa a la imputación de rentas por la cesión de derechos de imagen, motivo por el cual debería contemplarse el uso de sociedades para la gestión de los mismos como una operación absolutamente acorde con la legalidad vigente; claro está, siempre que sean respetados los límites cuantitativos. Del mismo modo, la jurisprudencia recaída sobre la materia seguiría resultando aplicable.

Pese a ello, la Inspección de Hacienda ha comenzado a aplicar, en aquellos casos en los que no se aprecia simulación negocial entre el futbolista y la sociedad gestora de sus derechos, el régimen de operaciones vinculadas. Escenario que, además de atentar contra el principio de seguridad jurídica, vacía de contenido la regla 85/15. Siendo, además, que, a las elevadas cuantías movidas por la explotación comercial de los derechos de imagen, ha de añadirse el incremento que supone el importe de las correspondientes sanciones e intereses de demora.

Tierra fértil, en fin, para que se continúen incoando actas de inspección en tiempos de sequía recaudatoria. Situación que, a nuestro juicio, debería ser aclarada por la propia Administración Tributaria; puesto que, para sancionar aquello que antes no se discutía y la norma aún permite, primero habrán de modificarse las reglas del juego.