

Referencia: NFJ053053

## AUDIENCIA NACIONAL

*Sentencia de 14 de noviembre de 2013 Sala de lo Contencioso-Administrativo*

*Rec. n.º 367/2010*

### SUMARIO:

**Aplicación e interpretación de las normas. Fraude de ley. IS. Base imponible. Gastos deducibles. Gastos financieros. Valoración de las operaciones vinculadas. Transmisión de acciones de una sociedad del grupo con endeudamiento intragrupo.** Concepto y características del fraude de ley. Empleo de formas jurídicas insólitas y desproporcionadas. Finalidad puramente fiscal y consecución de un efecto fiscal equivalente a la realización del hecho imponible cuya tributación se quiere evitar. Diferencia con negocio simulado, en el que no hay negocio jurídico querido por las partes que sí existe en el fraude de ley. El fraude de ley es una forma de ilícito atípico, en la que se quiere crear una apariencia (norma de cobertura) para hacer pasar desapercibida la colisión con otras normas defraudadas [Vid., STC, n.º 120/2005, de 10 de mayo de 2005 ([NFJ019865](#))]. En 2001 la matriz holandesa transfirió a la filial española el 100 por cien de la entidad holandesa operativa y recibe a través de un centro de coordinación belga del grupo un préstamo para hacer frente a la compra de las acciones. En la operativa realizada no existe motivación económica distinta de la meramente fiscal. Se trata de una recolocación formal de carteras en el seno del grupo sin eficacia patrimonial y el endeudamiento intragrupo no es sino la colocación de activos y pasivos den la entidad española con el fin de reducir la tributación en España. La normativa de cobertura está constituida por los arts. 10.3 y 20 de la Ley IS. Las normas defraudadas son los arts. 4 y 10.3 de la misma Ley. Posibilidad de coincidencia de norma de cobertura y eludida. Concorre el resultado equivalente pues la situación del grupo antes y después de las operaciones es la misma. No se trata de un problema de precios de transferencia, por lo que no es de aplicación el art. 16 Ley IS. Tampoco se trata de una cuestión sobre la aplicación del art. 20 Ley IS, pues la subcapitalización parte del supuesto de que las necesidades de financiación son reales. La actuación no puede ampararse en la economía de opción, pues ésta tiene como límite la artificiosidad que se crea en el negocio jurídico cuando tuene por exclusiva finalidad la reducción de la tributación en detrimento de la finalidad de la norma cuya aplicación se invoca. No son atendibles las alegaciones de desviación de poder ni de vulneración del derecho comunitario y los Convenios, así como la infracción a la libertad de establecimiento.

**Regímenes especiales. Fusiones, escisiones, aportaciones de activos y canje de valores. Limitación de la compensación de bases negativas en el supuesto de que fueran generadas antes del 1-1-1996. Compensación de bases negativas. Acreditación de bases de ejercicios prescritos.** La acreditación de las bases negativas de ejercicios prescritos exige la conservación de los soportes documentales para que la Administración compruebe si el crédito existe y la correlación con la cuantía compensada. El deber de acreditación no ha sido cumplido porque la entidad no atendió la solicitud de la Inspección alegando que no procedía. No procede la sanción por no concurrir el elemento subjetivo de la culpabilidad y la Administración en ocasiones similares ha estimado precedente no sancionar.

### PRECEPTOS:

Código Civil, arts. 6, 7, 1.255 y 1.276.  
Ley 230/1963 (LGT), arts. 24, 77 y 79.  
Ley 58/2003 (LGT), arts. 15, 70 y 106.  
Ley 44/1978 (Ley IRPF), arts. 3, 12 y 20.  
RD 2384/1981 (Rgto. IRPF), arts. 5, 28, 34, 83, 84 y 109.  
RD 2631/1982 (Rgto. IS), arts. 14, 28 y 74.  
Ley 61/1978 (Ley IS), arts. 18 y 23.  
Ley 43/1995 (Ley IS), arts. 4, 10, 16, 20, 23 y 104.  
Ley 1/1998 (LDGC), art. 33.

### PONENTE:

*Doña Esperanza Córdoba Castroverde.*

Magistrados:

Doña FELISA ATIENZA RODRIGUEZ  
Don FRANCISCO JOSE NAVARRO SANCHIS  
Don JESUS CUDERO BLAS  
Don JESUS NICOLAS GARCIA PAREDES  
Don JOSE GUERRERO ZAPLANA  
Doña MARIA DE LA ESPERANZA CORDOBA CASTROVERDE

## **SENTENCIA**

Madrid, a catorce de noviembre de dos mil trece.

Visto el recurso contencioso-administrativo que ante esta Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional y bajo el número 367/2010, se tramita a instancia de la entidad SABIC INNOVATIVE PLASTICS ESPAÑA S.C.P.A., representada por la Procuradora D<sup>a</sup> BLANCA MARIA GRANDE PESQUERO, contra resolución del Tribunal Económico Administrativo Central, de fecha 14 de julio de 2010, relativo al IMPUESTO SOBRE SOCIEDADES , ejercicios 1998 a 2001, en el que la Administración demandada ha estado representada y defendida por el Sr. Abogado del Estado, siendo la cuantía del recurso la de 36.622.727,00 euros, por lo que supera la suma de 600.000 euros a efectos casacionales.

## **ANTECEDENTES DE HECHO**

### **Primero.**

La parte indicada interpuso en fecha 5 de noviembre de 2010 este recurso respecto de los actos antes aludidos. Admitido a trámite y reclamado el expediente administrativo, se entregó éste a la parte actora para que formalizara la demanda, lo que hizo en tiempo, en la que realizó una exposición fáctica y la alegación de los preceptos que estimó aplicables, concretando su petición en el Súplico de la misma, en el que literalmente dijo:

«Que, teniendo por presentado este escrito con la documentación que se acompaña y por devuelto el expediente administrativo, se sirva admitirlo, tenga por formulada la presente demanda y, previos los trámites oportunos, la estime, anulando tanto la Resolución del TEAC de 14 de julio de 2010 impugnada, como (i) Resolución que declara la existencia de fraude de Ley de 27 de marzo de 2007, (ii) el Acuerdo de liquidación del Impuesto sobre Sociedades, tributación consolidada del Grupo número 73/96, correspondiente a los ejercicios 1998 a 2001, ambos inclusive y (iii) el Acuerdo de Imposición de Sanción, dictado el 31 de julio de 2008, confirmados por aquélla, procediendo a anular igualmente el "Acuerdo de Ejecución de la Resolución del TEAC de 14 de julio de 2010 (CF 426/10)", que han sido identificados en el cuerpo de este escrito, declarando ajustadas a derecho las autoliquidaciones de los mencionados ejercicios practicadas en su día por la demandante, sin imposición de sanción alguna».

### **Segundo.**

De la demanda se dio traslado al Sr. Abogado del Estado, quien en nombre de la Administración demandada contestó en un relato fáctico y una argumentación jurídica que sirvió al mismo para concretar su oposición al recurso en el suplico de la misma, en el cual solicitó:

«Que, teniendo por presentado este escrito con sus copias y por devuelto el expediente entregado, previos los trámites oportunos, dicte sentencia en cuya virtud desestime el recurso formulado de contrario, con expresa imposición de costas a la parte recurrente».

### **Tercero.**

Solicitado el recibimiento a prueba del recurso, fue acordada por Auto de fecha 28/12/2011. Siendo el

siguiente trámite el de conclusiones, a través del cual, las partes, por su orden, han concretado sus posiciones y reiterado sus respectivas pretensiones. Por providencia de fecha 17/10/2013 se hizo señalamiento para votación y fallo el día 7 de noviembre de 2013, en que efectivamente se deliberó y votó.

#### **Cuarto.**

En el presente recurso contencioso-administrativo no se han quebrantado las formas legales exigidas por la Ley que Regula la Jurisdicción. Ha sido Ponente la Ilma. Sra. D<sup>a</sup>. ESPERANZA CORDOBA CASTROVERDE, Magistrada de esta Sección.

### **FUNDAMENTOS JURÍDICOS**

#### **Primero.**

En el presente recurso contencioso administrativo interpuesto por la representación procesal de la Entidad SABIC INNOVATIVE PLASTICS ESPAÑA S.C.P.A (anteriormente GE PLASTICS DE ESPAÑA SOCIEDAD COMANDITARIA POR ACCIONES) se impugna la resolución del Tribunal Económico Administrativo Central, de 14 de julio de 2010, por la que resolviendo las reclamaciones económico-administrativas acumuladas, núms. RG 1557/2007, 3077/2008 y 6336/2008, deducidas en única instancia, de una parte, contra el acuerdo de la Delegada Central de Grandes Contribuyentes de la Agencia Estatal de Administración Tributaria, de 27 de marzo de 2007, por el que se declaraba la existencia de Fraude de Ley, en relación con el Impuesto sobre Sociedades, ejercicio 2001; de otra parte, contra el acuerdo de liquidación del Impuesto sobre Sociedades, correspondiente a los periodos 1998 a 2001, dictado por la Dependencia de Control Tributario y Aduanero de la Delegación Central de Grandes Contribuyentes de la Agencia Estatal de la Administración Tributaria, de fecha 27 de diciembre de 2007, de cuantía 0 euros; y por último, contra el acuerdo de imposición de sanción de 31 de julio de 2008, expediente sancionador A5174840492, cuya cuantía asciende a la suma de 176.856,12 euros, acuerda: "Desestimar la reclamación nº RG 1557/07, confirmando el Acuerdo declarativo del fraude de ley; 2º) Estimar en parte la reclamación nº RG 3077/08, disponiendo que se anule la liquidación y se practique otra, teniendo en cuenta lo dispuesto en los Fundamentos de Derecho Quinto y Decimoséptimo; 3º) Desestimar la reclamación nº RG 6336/08, confirmando la sanción impugnada".

El recurso fue ampliado, en virtud de Auto de la Sala de 4 de marzo de 2011, al Acuerdo de ejecución de la resolución del TEAC de 14 de julio de 2010, dictado el 10 de diciembre de 2010 por la Adjunta Jefe de la Oficina Técnica de la Dependencia de Control Tributario y Aduanero de la Delegación Central de Grandes Contribuyentes, por el que se practica nueva liquidación correspondiente al Impuesto sobre Sociedades, régimen de tributación consolidada, ejercicio 2001, único afectado por la estimación parcial acordada por el TEAC, que sustituye a la liquidación anulada por el mencionado concepto y ejercicio.

#### **Segundo.**

La adecuada solución del recurso exige partir de los datos que, a renglón seguido, se relacionan y que resultan del expediente remitido a la Sala.

Mediante comunicación notificada el 21 de julio de 2003, se iniciaron las actuaciones de comprobación del Grupo 73/96, como sujeto pasivo del Impuesto sobre Sociedades, ejercicios 1998 a 2001. Dicha comunicación se dirigió a la sociedad GE PLASTICS DE ESPAÑA, SCPA, como sociedad dominante del Grupo citado que tributa en régimen de tributación consolidada.

Por la Delegada Central de Grandes Contribuyentes se adoptó acuerdo, en fecha 29 de diciembre de 2006, notificado el 23 de enero siguiente, relativo al inicio de un expediente de fraude de ley por el Impuesto sobre Sociedades, ejercicio 2001. En dicho acuerdo se nombraba al Instructor del expediente.

Puesto de manifiesto el expediente, el sujeto pasivo presentó alegaciones el 16 de febrero de 2007.

El 9 de marzo de 2007 se procedió por parte del Instructor a elevar la correspondiente propuesta de resolución a la Delegada Central de Grandes Contribuyentes.

La Delegada Central de Grandes Contribuyentes, con fecha 27 de marzo de 2007, dictó acuerdo por el que declaraba la existencia de fraude de ley, en relación con la sociedad GE PLASTICS DE ESPAÑA, SCPA, por el Impuesto sobre Sociedades, ejercicio 2001.

Con fecha 22 de junio de 2007 se incoó un acta A02, de disconformidad, nº 71324304, en relación con el Impuesto sobre Sociedades, periodos impositivos 1998, 1999, 2000 y 2001.

Con fecha 17 de diciembre de 2007, se dictó acuerdo de liquidación, modificando en algún aspecto la propuesta inspectora.

Del acta, informe y liquidación se desprenden básicamente los siguientes datos de relevancia:

1. La entidad GE PLASTICS DE ESPAÑA SCPA es la sociedad dominante del grupo fiscal 73/96. Entidades dominadas en el ejercicio de comprobación son:

- GE Plastics Iberia S.L.
- GE Lighting-Appliances España S.A.
- GE Medical System España S.A.
- Internacional School of Cartagena S.A.
- GE Plastics S.L.

Con la excepción de GE Lighting-Appliances España, S.A., que se incorporó al grupo en 2001, las demás entidades formaron parte del mismo de 1998 a 2001.

2. En todos los ejercicios 1998 a 2001, la base imponible del grupo fue negativa, resultando importes a devolver.

3. A efectos del plazo máximo de duración de las actuaciones establecido en el artículo 150 de la Ley 58/2003, General Tributaria, deben descontarse las interrupciones justificadas, por solicitud de información a la Comunidad Autónoma de Murcia y a Estados Miembros de la UE (Holanda y Bélgica) y las dilaciones no imputables a la Administración Tributaria, con el detalle recogido en el acta y que hasta la fecha del acta suponen un total de 1044 días.

En fecha 15 de junio de 2004, se notificó a la entidad el acuerdo de ampliación del plazo máximo de duración de las actuaciones inspectoras.

4. En síntesis, los aspectos objeto de regularización en el ejercicio 2001 son:

-Reducción del importe compensable por GE Medical Systems España, SA de bases imponibles negativas de ejercicios anteriores, en los importes desglosados en el acta y en el acuerdo de liquidación, en virtud de lo dispuesto en el artículo 104.3 de la Ley 43/95.

-No deducción en la entidad dominante, GE PLASTICS DE ESPAÑA Scpa (en adelante GEPESA), del importe de los gastos financieros, por importe de 111.273.150,69 euros, incurridos, como consecuencia de la financiación de la compra del 100% de la entidad holandesa GE Energy según lo concluido en la resolución de la Delegada Central de Grandes Contribuyentes, de 28 de marzo de 2007, declarativa de fraude de ley.

-Incremento de la base imponible de la dominante, por importe de 26.982.000 euros, por la parte de dotación a la provisión de cartera de valores de GE Energy, correspondiente a la depreciación de la participación de esta en GE Plastics, habida cuenta que aquella no reflejó en sus cuentas la citada depreciación.

-Imprudencia de computar como bases negativas pendientes de compensar a efectos de la presente declaración y de los ejercicios siguientes por la entidad GE Lighting-Appliances España, SA, procedentes de los ejercicios 1993, 1994 y 1997.

5. En la liquidación se modifican las bases negativas resultantes en cada ejercicio, así como el inventario de bases imponibles negativas compensables en futuros ejercicios. No resulta cuota alguna a ingresar.

Notificado el acuerdo declarativo del fraude de ley el 28 de marzo de 2007, la interesada presentó contra el mismo, el 25 de abril de 2007, reclamación económico-administrativa para ante el Tribunal Económico-Administrativo Central, que fue registrada con el nº de RG 1557/07.

Puesto de manifiesto el expediente, la interesada presentó escrito de alegaciones con fecha 28 de junio de 2007, formulando, en síntesis, las siguientes:

1. Sobre las imprecisiones contenidas en el relato de hechos que sirve de base a la resolución.
2. Existe toda una serie de indicios reveladores de la sustancia económica de la transacción.
3. Los indicios con los que la resolución construye la ausencia de sustancia económica no están siendo correctamente ponderados.
4. Sobre la errónea consideración de que la declaración de fraude de ley constituye una norma de carácter general de uso preferente a cualquier otra, concretamente a los Convenios de Doble Imposición así como en relación con los principios y libertades fundamentales del derecho comunitario, citando diversas sentencias del TJE.
5. Aplicación preferente de las reglas de subcapitalización y sobre todo de la norma relativa a las operaciones vinculadas.
6. Sobre la limitación del uso del expediente de fraude de ley a discusiones relativas al hecho imponible, sin que pueda extenderse a otros ámbitos relativos a la cuantificación de la deuda tributaria, tales

como el cálculo de la base imponible.

7. Sobre la falta de concurrencia de los requisitos legales para la aplicación de la figura del fraude de ley al supuesto contemplado.

8. El expediente de fraude de ley está siendo usado en desviación de poder.

9. Infracción del Derecho Comunitario: la no admisión de los gastos financieros satisfechos como consecuencia de una operación de financiación lícita de la inversión en otro Estado para la compra de una participación significativa en otra sociedad es contraria a la libertad de establecimiento, a la libertad de circulación de capitales y al principio de confianza legítima.

10. Infracción de los Convenios de Doble Imposición suscritos con Holanda, Luxemburgo y los Estados Unidos.

En el mismo escrito de alegaciones solicitaba la práctica de prueba consistente en que por el TEAC se oficie al Director de la AEAT para que emita informe sobre los siguientes extremos: si la AEAT ha acordado en algún caso la declaración de fraude de ley en relación con la venta de participaciones en el seno de un grupo de empresas de matriz española, rechazando la deducción de los gastos financieros satisfechos a otras sociedades del grupo, sin aplicar las normas sobre operaciones vinculadas; si la AEAT ha acordado en algún caso, en relación con alguna ETVE integrada en un grupo de empresas de matriz española la declaración de fraude de ley en relación con alguna adquisición por la ETVE de participaciones en el capital de otras sociedades, resolviendo que dichas adquisiciones y su financiación deben ser ignoradas a efectos fiscales; y, en caso de que la respuesta a cualquiera de los puntos anteriores fuera positiva, indicar el número de expediente, la fecha del acuerdo y el órgano autor del acuerdo declarando el fraude de ley, así como los presupuestos de hecho genéricos que lo motivaron, preservando el secreto de la identidad de las entidades afectadas.

Notificado el acuerdo de liquidación referido, se interpuso contra el mismo reclamación económico-administrativa para ante el Tribunal Económico-Administrativo Central, que fue registrada con el num. de R.G. 3077-08.

En el mismo escrito de interposición efectuaba, en síntesis, las siguientes alegaciones:

a) En relación con la corrección de las bases imponibles negativas acreditadas por GE Medycal Systems España, S.A. que dichas bases proceden en su gran mayoría de ejercicios previos a la entrada en vigor de la Ley 43/1995 y, en consecuencia, no les resultan de aplicación las restricciones posteriormente introducidas por la Ley 43/1995, ni en el artículo 23.2 ni tampoco en el artículo 104, citando en su apoyo la resolución del TEAC de 27 de octubre de 2006.

b) En relación con la deducibilidad de la parte de provisión de cartera dotada por GEPESA en 2001, señala que ya en el escrito de alegaciones al acta aportó consultas del ICAC relativas a si habría de considerarse por fondos propios los de la sociedad individual o el de los consolidados del subgrupo dependiente y en relación a que la valoración de la sociedad participada de otro país deben prevalecer los principios y normas de valoración vigentes en España; añade la cita de dos consultas de la Dirección General de Tributos relativas a como una sociedad española debería calcular la provisión de cartera correspondiente a una sociedad brasileña, destacando lo que señala respecto a que el límite del artículo 12.3 del TRLIS se calcula con criterios contables equivalentes a los que rigen en la entidad participante. Manifiesta asimismo que dichas consultas han sido a su vez recogidas en resolución del TEAC de 15 de marzo de 2007, que lleva a cabo un análisis que no ha realizado el actuario.

c) En relación con la deducibilidad de los gastos financieros soportados en 2001 para la adquisición de las acciones de GE Energy, da por reproducidas las alegaciones formuladas en el expediente de reclamación contra el fraude de ley, añadiendo que el órgano competente para dictar las liquidaciones debería haberse abstenido de aplicar la declaración de fraude de ley, en la medida en que la ejecución de ella resulta contraria al Derecho comunitario y a los Tratados Internacionales.

d) En relación con las bases imponibles negativas de GE Lighting Appliances, destaca que es doctrina de los Tribunales la de que los créditos fiscales (tanto bases negativas como deducciones) deben ser objeto de comprobación por la Inspección en el ejercicio en el que se acreditan por primera vez en la declaración del IS, de forma que si dicho ejercicio gana firmeza debido a la inactividad de la Administración no podrá ésta pretender volver luego sobre sus actos para intentar corregir el saldo de dichos créditos con ocasión de declaraciones correspondientes a ejercicios posteriores. Es especialmente contundente la forma en la que este asunto ha sido tratado por la Audiencia Nacional, que puede resumirse en su sentencia de 3 de febrero de 2005. En términos parecidos se ha pronunciado el Tribunal Supremo en sentencia de 30 de enero de 2004.

Puesto de manifiesto el expediente, la entidad presenta, con fecha 19 de marzo de 2008, escrito en el que expone que en el escrito de interposición de la reclamación se incorporaron las alegaciones en las que fundamentaba su reclamación, por lo que se dan por reproducidas. Añade, además, la de error material padecido en el acuerdo de liquidación en relación con las deducciones del grupo pendientes a 31 de diciembre de 2001, así como, en relación a la no deducibilidad de los gastos financieros consecuencia de la

declaración de fraude de ley, una referencia a recientes pronunciamientos judiciales nacionales y comunitarios.

Por acuerdo del Abogado del Estado-Secretario, de 25 de diciembre de 2008, fue decretada la acumulación de esta reclamación con la interpuesta contra el acuerdo declarativo de fraude de ley.

Con fecha 7 de marzo de 2008 se iniciaron dos expedientes sancionadores: Uno, A5174839975, en el que se recogía la propuesta de sanción a la que el obligado tributario manifiesta su conformidad y que afecta a los hechos regularizados en el acuerdo de liquidación a los que el obligado tributario igualmente prestó su conformidad. Otro, A5174840492, en el que se recoge la propuesta de sanción respecto a la que el obligado tributario formuló su disconformidad. En este, el único hecho que determina la incoación del mismo se circunscribe a la acreditación indebida de bases imponibles negativas por parte de GE Medycal Systems.

Tramitado el correspondiente expediente abreviado, con fecha 31 de julio de 2008 recayó acuerdo sancionador, en el que, previa realización de la pertinente comparación entre normativas, resultando más favorable la Ley 230/1963, se impuso la sanción por la infracción tributaria relativa a acreditar improcedentemente partidas a compensar en la base imponible de declaraciones futuras, consistente en el 10%, resultando un importe de sanción de 176.856,12 euros.

Notificado el acuerdo el 1 de agosto de 2008, con fecha 6 de agosto de 2008 se presentó reclamación económico-administrativa, registrada con el núm. RG. 6336/08, solicitando en el escrito de interposición su acumulación a la núm. 3077/2008 interpuesta frente a la liquidación.

Puesto de manifiesto el expediente, la interesada formuló, en 23 de octubre de 2008, escrito de alegaciones, en el que, en síntesis aducía la improcedencia de la liquidación subyacente y la ausencia de culpabilidad, ante la existencia de interpretación razonable.

El Tribunal Económico Administrativo Central, en resolución de 14 de julio de 2010, ahora combatida, acordó, en relación con las reclamaciones económico-administrativas acumuladas, "Desestimar la reclamación nº RG 1557/07, confirmando el Acuerdo declarativo del fraude de ley; 2º) Estimar en parte la reclamación nº RG 3077/08, disponiendo que se anule la liquidación y se practique otra, teniendo en cuenta lo dispuesto en los Fundamentos de Derecho Quinto y Decimoséptimo; 3º) Desestimar la reclamación nº RG 6336/08, confirmando la sanción impugnada".

En fecha 10 de diciembre de 2010 se dictó por la Adjunta Jefe de la Oficina Técnica de la Dependencia de Control Tributario y Aduanero de la Delegación Central de Grandes Contribuyentes, acuerdo de ejecución de la resolución del TEAC de 14 de julio de 2010, por el que se practica nueva liquidación correspondiente al Impuesto sobre Sociedades, régimen de tributación consolidada, ejercicio 2001, único afectado por la estimación parcial acordada por el TEAC, que sustituye a la liquidación anulada por el mencionado concepto, Impuesto sobre Sociedades, y únicamente respecto del ejercicio 2001.

Por Auto de la Sala de fecha 4 de marzo de 2011, se acordó la ampliación del recurso contencioso-administrativo interpuesto al referido acuerdo de ejecución de 10 de diciembre de 2010.

### **Tercero.**

Aduce la parte recurrente los siguientes motivos de impugnación:

1. Regularidad de las operaciones que motivaron la declaración de fraude de ley. Aduce que los tres peritos cuyos dictámenes se adjuntan a la demanda, concluyen, sin excepción, que las operaciones controvertidas resultan empresarialmente racionales, tanto desde el punto de vista de su sustancia económica y estratégica como financiera, más allá de cualesquiera efectos fiscales que puedan producir, respondiendo íntegramente a una motivación empresarial innegable.

2. Utilización del procedimiento de declaración de fraude de Ley para una finalidad distinta de las que le atribuye el artículo 24 de la Ley General Tributaria y la consiguiente desviación de poder.

3. Deducibilidad de los gastos financieros soportados por GEPESA en 2001 para la adquisición de las acciones de GEEE. La declaración de fraude de ley comporta incrementar la base imponible declarada en el ejercicio 2001 por GEPESA en 111.273.150,69 euros, por no considerar deducibles los gastos financieros soportados para la adquisición de las acciones representativas del 70% del capital social de la entidad vinculada GEEE por GEPESA. Sostiene que el acto de liquidación adolece de los mismos vicios legales que el acto administrativo del que trae causa.

4. Corrección de las bases imponibles negativas acreditadas por GE MEDICAL SYSTEMS ESPAÑA SA.

5. Derecho de la actora a utilizar las bases imponibles negativas de la entidad GE LIGHTING APPLIANCES ESPAÑA S.A. que fueron objeto de compensación en el grupo consolidado en el ejercicio 2001.

6. Acuerdo de imposición de sanción. La única cuestión objeto de sanción fue la relativa a la indebida acreditación de bases imponibles negativas por parte de GE MEDICAL SYSTEMS ESPAÑA SA, procedentes de la adquisición, por dicha entidad, de las acciones de SONOTRON HOLDING SA y de

ECOTRON HOLDING SA. Sostiene la nulidad del acuerdo sancionador por falta de motivación y por no concurrir en la conducta de la actora el elemento subjetivo de la culpabilidad que constituye su presupuesto ineludible.

#### **Cuarto.**

Procede, en primer término, examinar la conformidad a Derecho de la resolución de 27 de marzo de 2007 impugnada, que declara la existencia de fraude de ley por el concepto de Impuesto sobre Sociedades, ejercicio 2001.

Hay que partir de que el acuerdo de declaración de Fraude de Ley impugnado declara realizada en fraude de ley la operativa por virtud de la cual se transfiere en el ejercicio 2001 a la filial española del Grupo, GEPESA, la entidad holandesa del mismo grupo, GEEE, al constituir una mera recolocación formal de carteras en el interior del Grupo sin eficacia patrimonial real y que el endeudamiento asimismo intragrupo, afecto a la compra de las acciones, no es en último término sino la colocación de los activos y pasivos en la entidad española, con la única finalidad de la significativa reducción de tributación conseguida en España.

A su vez, la liquidación practicada es consecuencia, en este punto, de no considerar deducibles los gastos financieros derivados de los pasivos contraídos por GEPESA.

Señala el TEAC en la resolución, ahora recurrida, que del conjunto de pruebas analizado se desprende "la finalidad de elusión fiscal de la operación y que se ha creado artificiosamente una estructura en la que se llevan a cabo unas recolocaciones de cartera intragrupo carentes de contenido patrimonial real, y que, por el contrario, están destinadas a propiciar una aparente necesidad de endeudamiento, cuyos intereses vacía de contenido la base imponible del grupo fiscal en España. Aparente, no en el sentido de falso o simulado y tampoco porque no sea perfectamente lícito endeudarse para adquirir algo, sino porque la relación causa-efecto se ha invertido: en realidad la finalidad no es adquirir y para ello se busca el endeudamiento, sino que, al revés, la finalidad es endeudar a la filial española del Grupo, para provocar el pago, asimismo intragrupo, de unos intereses que reduzcan la carga tributaria del grupo fiscal español, y para aparentar la necesidad de dicho endeudamiento se montan los trasvases realizados".

Alega la recurrente la regularidad de las operaciones que motivaron la declaración de fraude de ley.

Sostiene que, con carácter previo a la adquisición de GEEE por parte de GEPESA, existían dos subcabeceras europeas del negocio del sector del plástico, dependientes de GEIB, tanto la propia GEPESA como GE Plastics BV, participada a través de GEEE. Sin embargo como consecuencia de la citada adquisición, GEPESA se configura como la única subcabecera europea del Grupo General Electric, centralizando en ella la titularidad de todas las participaciones en sociedades dedicadas al sector de plásticos y a actividades conexas y asociadas.

En el mismo año de la adquisición por GEPESA de GEEE -(2001)- GEPESA también adquiere de su socio único GEIB, el 21 de diciembre de 2001, el 99,999% del capital social de GE Capital Largo Plazo SL, sociedad española dedicada al arrendamiento de vehículos. Esta operación también fue financiada por GEIB, por un importe de 89.991.000 euros, si bien el gasto financiero incurrido por GEPESA como consecuencia de este préstamo sí fue admitido por la Delegación Central y se consideró plenamente deducible a efectos fiscales, no siendo objeto de regularización alguna. Sostiene la actora que el único elemento cualitativo diferencial entre ambas transacciones reside en que una de las sociedades adquiridas por GEPESA es holandesa (GEEE) mientras que la otra es española (GE Capital Largo Plazo SL). De esta forma se prima la inversión en sociedades españolas en detrimento de la inversión en otras sociedades comunitarias, que resultan proscritas.

Afirma que la aplicación de la normativa tributaria realizada por la Delegación Central, y refrendada por el TEAC, constituye una abierta vulneración del Derecho de la Unión Europea, al representar una restricción injustificable, -y patentemente injustificada- a la libertad comunitaria de establecimiento y generar una discriminación inadmisibles. Por otro lado resulta tal actuación administrativa contraria a los principios constitucionales de igualdad y capacidad económica y constituye una actuación manifiestamente arbitraria.

Sobre la financiación obtenida por GEPESA para la adquisición de GEEE, sostiene que es habitual que las entidades holding del Grupo GE acudan a la financiación intragrupo y se endeuden de acuerdo con ratios muy similares o superiores a los ratios de endeudamiento de GEPESA, por considerarse ésta la estructura óptima de recursos y la que asegura una mayor rentabilidad. Dicho préstamo fue posteriormente cedido, en abril de 2002, con efectos del 1 de enero de 2002, por GEIB a la compañía del grupo GE Holdings Luxembourg & Co Sarl (GHLEL), que es una sociedad luxemburguesa no sujeta a ningún régimen tributario especial.

Posteriormente, en 30 de junio de 2003, se produjo la transformación de dos tramos del préstamo original en préstamos participativos, lo que vino motivado por la crisis del sector plástico en los ejercicios 2003 y 2004.

Recuerda que la valoración de la sociedad GEEE, adquirida en 2001 por GEPESA, viene refrendada por informes de expertos independientes, tanto de KPMG Holanda, como de Jose Víctor, éste último designado por el Registrador Mercantil de Murcia como experto independiente, y si la Delegación Central

consideraba que existió una valoración incorrecta, debió haber acometido el oportuno esfuerzo probatorio para demostrar que la valoración debió ser otra. Es más, los informes periciales aportados concluyen que los informes de valoración realizados por KPMG y Jose Victor son técnicamente irreprochables y que los resultados que arrojan representan el valor de mercado de la sociedad GEEE.

Sostiene que los tres peritos cuyos dictámenes se adjuntan a la demanda, concluyen, sin excepción, que las operaciones controvertidas resultan empresarialmente racionales, tanto desde el punto de vista de su sustancia económica, estratégica como financiera, más allá de cualesquiera efectos fiscales que puedan producir, respondiendo íntegramente a una motivación empresarial innegable.

Afirma que es innegable que los negocios jurídicos utilizados -compraventa de acciones de GEEE y financiación del precio- son adecuados a sus fines y provocan sus efectos ordinarios, los asignados por el ordenamiento jurídico, no encontrándose atisbo alguno de anormalidad, anomalía o utilización impropia.

Sostiene que es procedente aplicar con carácter preferente las normas especiales que regulan las operaciones vinculadas, cosa que la Administración no ha hecho; que no se cumplen en el presente caso -necesaria elusión de la realización del hecho imponible, existencia de normas de cobertura, normas defraudadas o eludidas, propósito de elusión del tributo y necesidad de que exista un resultado equivalente a la realización del hecho imponible- los requisitos que debe cumplir una declaración de fraude de ley, a lo que añade la utilización de dicho procedimiento para una finalidad distinta de la que le atribuye el artículo 24 de la LGT , con la consiguiente desviación de poder.

Reitera la infracción en que incurre la resolución impugnada de los convenios en materia de doble imposición suscritos con Holanda, Luxemburgo y los Estados Unidos y la incorrecta aplicación de las normas reguladoras de la prueba por parte del TEAC. Alega la vulneración del derecho de libertad de establecimiento, del principio de confianza legítima y de los principios constitucionales de no discriminación, interdicción de la arbitrariedad, igualdad y libertad de empresa. Cita una resolución del TEAC de 1 de junio de 2010.

Asimismo, reitera la aplicación preferente de las normas especiales que regulan las operaciones vinculadas y la financiación intragrupo.

#### **Quinto.**

Sobre la figura jurídica del fraude de ley tributaria, su finalidad institucional, su fundamento estructural en la institución del fraude de ley como categoría específica de los negocios anómalos, a la que se refiere el art. 6.4 del Código Civil , sus requisitos necesarios, contruidos legal, jurisprudencial y doctrinalmente y su diferenciación con otras figuras afines, así como los efectos que provoca su declaración, se ha pronunciado esta Sala reiteradamente. A título meramente ejemplificativo, dado el gran número de sentencias que abordan la naturaleza de la institución y sus perfiles constitutivos, cabe mencionar las afirmaciones contenidas en la Sentencia de esta Sala de 18 de diciembre de 2007 (dictada en el recurso 864/04 ), en la que se menciona otra anterior de 6 de julio de 2005 (recurso 780/03), sustanciado ante la Sección 4ª de esta Audiencia Nacional:

"IV. Sobre la existencia del fraude de ley y la eventual infracción del artículo 20, apartado 8, letra c), de la Ley 44/1978 .

#### **Sexto.**

Los motivos cuarto y quinto constituyen el núcleo sustancial del recurso, que también han recibido adecuada respuesta en la repetida sentencia de 6 de julio de 2005 ; al motivo cuarto se destinan sus fundamentos jurídicos 5º a 8º:

«QUINTO.- El estudio del cuarto de los motivos que invoca el actor, la inexistencia de fraude de ley, requiere que nos detengamos en el análisis de tal institución, primero en el ámbito civil y después tributario.

En el ámbito civil el art. 6.4 del Código Civil tras la reforma del Título Preliminar por Decreto de 31.5.1974 dispone 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".

"Doctrina y Jurisprudencia civil han reconocido que la aplicación de tal figura presupone la concurrencia de dos normas: una de cobertura y otra de elusión, que es aquella cuyo contenido ético se infringe, y que es la tenida por fundamental en la regulación de la materia. Mas es comúnmente aceptado que tal norma de cobertura no puede proporcionar tal amparo de forma suficiente, pues en ese caso se produciría un conflicto de normas, sin que se eleve a requisito general el que se refiere a la existencia de un ánimo o intención especial de burlar la ley. Así se ha recogido en la doctrina del Tribunal Supremo de la Sala 1ª (STS de 14.2.1986 , 30.3.1988 , 12.11.1988 , 20.6.1991 , 3.11.1992 , 30.6.1993 , 23.2.1993 , 5.4.1994 por todas)".

"En el ámbito del negocio jurídico en fraude de ley, la doctrina civilista mayoritariamente lo incluye en el capítulo de los negocios jurídicos anómalos, como una modalidad de los denominados negocios indirectos -en virtud de los cuales se pretende indirectamente el resultado propio de otro negocio distinto del realizado-, si bien esta categoría se presenta con carácter general embebiendo diversas figuras jurídicas entre las que se encuentra el negocio simulado (en el que existe una apariencia negocial sin voluntad negocial alguna, como es el caso de la simulación absoluta, o por el contrario se quiere otro negocio jurídico distinto del verdaderamente manifestado), siendo preciso que concurren los requisitos de validez exigidos por el ordenamiento jurídico para que el negocio simulado o más bien debe decirse, disimulado produzca sus efectos jurídicos conforme al art.1276 del CC . Es el caso de la simulación relativa. Así STS de 7.2.1994 , 8.2.1996 , 26.3.1997 , 22.3.2001 . Y respecto al negocio en fraude de ley éste es verdaderamente querido por las partes, sin que exista apariencia negocial alguna, al margen de lo que luego expongamos y siempre concurriendo una norma de cobertura y otra de elusión".

"Por consiguiente, aunque pueda existir una finalidad de engaño en el negocio o contrato simulado al igual que en el negocio o contrato en fraude de ley no son figuras semejantes, aunque en no pocas ocasiones se solapen una y otra, contemplándose en una ocasiones por la jurisprudencia desde el punto de vista de los vicios de consentimiento y en otros, más acertadamente desde el punto de vista de la causa negocial, siendo así que en abstracto se admite doctrinalmente que el negocio en fraude de ley a diferencia del simulado, es verdaderamente querido, sin apariencia negocial, con la finalidad de dañar o perjudicar a un tercero, no siendo necesario la existencia de acuerdo simulatorio. Se acepta también en la doctrina civilista de forma mayoritaria que el negocio formulado por persona interpuesta con finalidad ilícita o de engaño es un supuesto de acto realizado en fraude de ley".

"SEXTO.- En el ámbito tributario, la figura del fraude de ley se encuentra recogida en el art. 24 de la LGT , que tras la Ley 20/1995 de 20 de julio dispone que: 1. Para evitar el fraude de ley se entenderá que no existe extensión del hecho imponible cuando se graven hechos, con el propósito de eludir el pago del tributo, amparándose en el texto de normas jurídicas con distinta finalidad, siempre que se produzca un resultado equivalente al derivado del hecho imponible. El fraude de ley tributaria deberá ser declarado en expediente especial en el que se dé audiencia al interesado. 2. Los hechos, actos o negocios jurídicos ejecutados 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 ellos. 3. En las liquidaciones que se realicen como resultado del expediente especial de fraude de ley se aplicará la norma tributaria eludida y se liquidarán los intereses de demora que correspondan, sin que a estos solos efectos proceda la imposición de las sanciones".

"De la citada redacción, como la anterior del art. 24.2 en la que se decía que "Para evitar el fraude de ley se entenderán a los efectos del número anterior, que no existe extensión del hecho imponible cuando se graven hechos realizados con el propósito probado de eludir el impuesto, siempre que se produzca 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", se deduce una serie de notas que caracterizan al fraude de ley tributaria, tal como aceptan doctrina y jurisprudencia mayoritariamente:

- 1.- Supone una modalidad del fraude de ley civil ( SAN de 20.4.2002 ).
- 2.- La norma eludida ha de ser necesariamente tributaria, pero la de cobertura no tiene por qué serlo aunque tampoco exige que no lo sea el art. 24 de la LGT .
- 3.- Se configura legalmente como una no extensión del hecho imponible, pero se discute si así debe entenderse por voluntad del legislador existiendo tal extensión del hecho imponible o por el contrario verdaderamente no existe tal extensión del hecho imponible.
- 4.- Se diferencia de la simulación regulada en el art. 25 de la LGT , aunque en alguna sentencia se aplique indistintamente el régimen de uno u otra ( STS de 2.11.2002 ), o se relacione con el negocio indirecto ( SAN de 20.4.2002 ), no obstante la jurisprudencia y doctrina mayoritaria diferencian una y otra figura ( SAN de 3.10.1997 , 14.2.2002 , 14.3.2002 , 20.12.2001 , 4.3.2004 ), no obstante se acusa una tendencia progresiva en evitar acudir a la utilización de la figura de los negocios jurídicos anómalos ( SAN de 3.10.1997 , 20.12.2001 , 24.1.2002 , 14.2.2002 , 14.3.2002 , 20.4.2002 , 6.2.2003 , 27.5.2004 , 16.10.2003 )".

"Por otro lado, son requisitos para que concorra el fraude de ley tributaria:

- 1.- La doble presencia de una norma de cobertura, pero no de forma suficiente como hemos indicado, y otra eludida de carácter esencialmente tributaria.
- 2.- El empleo de formas jurídicas insólitas y desproporcionadas para evitar el efecto exigido por el ordenamiento jurídico tributario, lo que le diferencia de la economía de opción.
- 3.- La finalidad puramente fiscal de los negocios jurídicos realizados de modo que la causa de los mismos responde a la realidad de evitar la tributación o que ésta se realice en cuantía inferior a la

ordinariamente exigida, pero como tales, dichos negocios jurídicos son verdaderamente queridos.

4.- La consecución de un efecto fiscal equivalente a la realización del hecho imponible, cuya tributación se quiere evitar, pero el ordenamiento la impone".

"La nueva regulación del fraude de ley previsto en la vigente LGT bajo la denominación de conflicto en la aplicación de las normas tributarias, art.15 de la LGT , 58/2003 de 17 de diciembre, aún con perfiles nuevos, no se presenta como una institución esencialmente distinta a la manera en que fue configurada jurisprudencial y doctrinalmente, siguiendo claramente la regulación prevista en la Ordenanza Tributaria alemana, art. 10".

"Todo lo expuesto nos permite diferenciar tal figura del negocio simulado, pues en este último no hay negocio jurídico efectivamente querido por las partes que sí existe en el fraude de ley. Y aun cuando la Jurisprudencia haya traído a colación la figura del negocio indirecto ( STS de 2.10.1999 , 25.4.2000 ) una y otra categoría jurídica no son fácilmente deslindables, partiendo de la base de que los negocios jurídicos indirectos también pueden ser admisibles en Derecho".

"SÉPTIMO.- Presupuesto todo lo anterior habremos de reconocer que los actos y negocios jurídicos examinados en autos y en las resoluciones impugnadas han constituido una actuación en fraude de ley cuya declaración es conforme a Derecho. Para realizar dicho examen partiremos de la afirmación de que la operación realizada debe ser tratada y considerada de forma unitaria, tal como ha reconocido la doctrina de esta Sala cuando ha examinado supuestos análogos al de autos ( SAN de 6.2.2003 , 27.5.2004 , 8.7.2004 , 23.9.2004 ). Y es así que en efecto, podremos apreciar la concurrencia de todos y cada uno de los elementos que configuran el fraude de ley:

A/ En primer lugar, habremos de reconocer que la causa que ha guiado la realización de todas las operaciones y negocios realizados ha sido exclusivamente de índole fiscal, al objeto de obtener un crédito de tal clase que permitiese obtener una tributación notoriamente más baja que la legal y ordinariamente previsible. En este sentido, hemos de reconocer que la actora no ha alegado causa alguna que justifique el conjunto de las operaciones realizadas, con excepción de la referida a la adquisición de las acciones de C..., en la que se indicaba que se trataba de adquirir una posición dominante en dicha empresa en relación con B... Sin embargo, tal finalidad expuesta en el F.3 de la demanda es más aparente que real, pues contrasta con la rápida y posterior venta de un elevado paquete de acciones de dicha sociedad. Por consiguiente, a los efectos del art.1276 del CC la verdadera causa negocial ha sido la de conseguir un crédito fiscal para obtener una tributación notoriamente rebajada para un incremento de patrimonio (49.436.575,81 euros) mediante la técnica de adquisición de sociedades con bases impositivas negativas y de sociedades de inversión mobiliaria sujetas a un tipo impositivo notoriamente bajo para compensar el incremento producido, declarando decrementos en vez de incrementos de patrimonio".

"B/ En segundo lugar, hemos de reconocer que las formas jurídicas utilizadas cabe calificarlas de insólitas o inusuales, y así se deduce del conjunto de las operaciones realizadas: compra de acciones de C...-venta de acciones de dicha sociedad- adquisición de sociedades que permiten obtener créditos fiscales (con bases impositivas negativas o de inversión mobiliaria para tributar al 1%), participadas directamente por la familia S... a través de sociedades interpuestas-venta de acciones de D..., de la que el recurrente es socio, antes de que finalice el ejercicio a las cuatro sociedades con pérdidas y a las siete SIM-financiación de la operación a través de sociedades prestamistas que a su vez son prestatarias de D... por estar participadas por sociedades pertenecientes a la familia S..., y todo ello en un corto espacio de tiempo, antes de que finalice el ejercicio fiscal, lo que permite dar a entrever que el conjunto de las operaciones realizadas escapa de lo normalmente considerado como ejercicio ordinario de las libres facultades de contratación".

"C/ Todo lo expuesto nos obliga a introducir en el examen de las normas de cobertura y eludidas que justificarían la existencia de fraude de ley.

Así podemos afirmar que la norma de cobertura viene representada por el art. 3.2 de la ley 44/1978 del IRPF en relación con el art.5.1 del Reglamento del IRPF (RD 2384/1981 de 3 de agosto) y 14.2 del RD 2631/1982 de 15 de octubre, que contiene el Reglamento del Impuesto de Sociedades, los cuales permiten imputar las bases impositivas de las sociedades transparentes a los socios que lo sean al final del ejercicio, 31.12.1990 ( art. 28 y 109.3 del RIRPF citado). Por consiguiente, no siendo las personas físicas de la familia Serratoso socios al final del ejercicio no han de declarar las bases impositivas en las que se recoge el mencionado incremento sobre el patrimonio que luego examinaremos".

"La norma eludida viene representada por el art. 12.2 de la ley 44/1978 del IRPF según redacción dada por la ley 44/1978 que permite imputar a los socios y se integrarán en la base imponible del Impuesto sobre la Renta o en su caso, en el de Sociedades, las bases impositivas positivas obtenidas por las sociedades de mera tenencia de bienes".

"D/ Por último, también debe decirse que la producción del efecto equivalente al hecho imponible también ha tenido lugar al final del cierre del ejercicio, pues sin perjuicio de que analicemos este extremo con posterioridad, resulta claro que el incremento de patrimonio obtenido no ha escapado del círculo de intereses de la familia S..., pues a la postre los adquirentes de las acciones de D... han sido las propias

sociedades participadas por dicha familia, con lo cual se ha alcanzado el mismo efecto que si no hubiese tenido lugar la venta de acciones de D...: éstas siguen quedando en poder de los socios, personas físicas, de D... a fecha 31.12.1990, aunque en ese momento lo sea de forma indirecta a través de sociedades instrumentadas".

"OCTAVO.- Examinado lo anterior rebatiremos los argumentos opuestos de contrario por el actor frente a la construcción del fraude de ley hecha por el AEAT y ratificada por el TEAR, el TEAC y ahora por esta Sala.

I- En cuanto al fin perseguido ha de afirmarse que partiendo de la base de la existencia de un indubitado fin fiscal de elusión que inspiró la actuación de la familia S... huelga cualquier consideración sobre lo que hubiera sido más conveniente para los intereses de D...en C... (...), rechazándose con ello el argumento de que los medios utilizados no eran los idóneos para el fin imputado por la Administración Tributaria.

II- En relación con la inexistencia de verdadero beneficio, o de beneficio real y su consideración como plusvalía meramente contable, que el actor pretende justificar con el dictamen pericial contable de dos profesores de dicha disciplina en modo alguno puede ser aceptada por esta Sala, apreciada dicha prueba con arreglo a las reglas de la sana crítica. En primer lugar, porque la propia entidad D... contabilizó y declaró el incremento patrimonial de la venta de las acciones de C...en el documento de ingreso y de devolución por declaración anual sobre la base del cómputo del coste medio de adquisición ( art. 83 del RD 2384/1981 ). En segundo lugar, porque la alegación de que las 1.776.828 acciones vendidas han de imputarse al paquete de 1.756.334 adquirido en 1990 y las otras 20.494 acciones restantes al paquete histórico carece de una mínima lógica y consistencia jurídica, pues no existe constancia alguna en autos de que el denominado paquete histórico (que la actora considera como inmovilizado) y el paquete adquirido (que lo concibe como activo circulante con destino a la inversión en corto plazo) tengan una naturaleza diferente en cuanto al valor nominal o derechos inherentes, pues ambos paquetes están constituidos por acciones homogéneas en el sentido del art.74 del RD 2631/1982 de 15 de octubre o art.84.4 de RD 2384/81 , por tener el mismo valor nominal y derechos inherentes, siendo así que tal afectación al fin inversor que alegan los peritos contables y la consiguiente vulneración de los principios contables de prudencia y precio de adquisición invocados no se apoya en dato alguno que lo avale que no sea la mera y subjetiva apreciación pericial. A este respecto no puede olvidarse que conforme al art.17.1 del Real Decreto 116/1992 de 14 de febrero a efectos de valoración de las acciones éstas tienen carácter fungible, lo cual justificaría la regla del prorrateo utilizado por la Administración demandada. En consecuencia, queda acreditado que el beneficio real de las operaciones no fue de 2.096,23 millones de ptas como alega el actor, sino de 8.225 millones de ptas una vez descontados los gastos financieros".

"Por consiguiente, el incremento patrimonial producido por la venta de las acciones de C...es una verdadera realidad; así fue contabilizado por D...y su determinación deriva por un lado, la aplicación del coste medio de adquisición e importe real efectivamente percibido ( art. 20.8.13 de la Ley 44/78 del IRPF ); y respecto de la enajenación de las acciones de D... el citado valor no se ajustaba al de mercado como era exigible. Y aún cuando se ajustase al mayor valor de cualquiera de los dos alegados (teórico resultante del último balance aprobado o el que resulte de la capitalización al tipo del 8% del promedio de los beneficios de los tres ejercicios sociales cerrados con anterioridad a la fecha de devengo del impuesto conforme a lo dispuesto en el art.20.8.b de la ley 44/78 citada) lo cierto es que no tenía en cuenta la plusvalía adquirida por D... por la venta de acciones de C...".

"III- La actuación del actor no puede ampararse por otro lado, en la denominada economía de opción, en virtud de cual los contribuyentes pueden utilizar las vías jurídicas amparadas por la ley para conseguir un resultado efectivamente querido y buscado con el menor coste fiscal posible, basándose por tanto, en la autonomía de la voluntad y en la libertad de contratación ( STS 2.11.2002 ). Y en este sentido mal puede hablarse de economía de opción cuando para perseguir un fin fiscal se utilizan formas jurídicas insólitas en detrimento de la Hacienda Pública. Y esa así que para realizar tal operación no contrató el actor ni su familia con terceros, sino que utilizando sociedades interpuestas participadas por la familia S...previamente adquiridas con fines fiscales -que además financiaba a los compradores de las acciones vendidas pertenecientes a D...- la operación no salía de su círculo o esfera jurídica de intereses obteniendo con las sociedades adquiridas un beneficio mayor que el coste de las inversiones. En consecuencia, era obligado el levantamiento del velo del conjunto de las sociedades interpuestas que han participado en la operación, pues fácilmente se comprueba que ha existido un abuso de la citada personalidad jurídica. Y es así que, en aplicación de dicha doctrina, y penetrando en el sustrato personal de dichas entidades, como exige una clara jurisprudencia tanto de la Sala 1ª como 3ª del Tribunal Supremo ( STS de 28.5.1984 , 24.12.1988 , 2.4.1990 , 5.6.1990 , 26.5.1994 , 31.10.1996 , 24.9.1999 )- cuya doctrina responde a la idea de considerar que en la fase de liquidación se pueden imputar los rendimientos producidos al verdadero sujeto pasivo- se trata de evitar un abuso de derecho o ejercicio antisocial del mismo, debiéndose comprobar quienes son los adquirentes de las acciones a fecha 31.12.1991: la familia S... a través de S... Y S'..., estando detrás de

éstas dos últimas, las sociedades DI... y L..., participadas también por dicha familia, siendo todos ellos datos que la actora no ha desvirtuado frente a lo que se deduce de los anexos que constan en el expediente administrativo".

"Por tanto, mal puede hablarse de economía de opción cuando la opción o alternativa a contratar con personas jurídicas interpuestas era hacerlo precisamente con personas físicas o jurídicas reales, independientes de la familia S..., no con sociedades vinculadas a dicha familia que actuaban sin realizar actividad empresarial alguna y de forma instrumental a los fines de dicha familia. De haber actuado así, se hubiese justificado la legitimidad de la opción de comprar y vender acciones de una sociedad dentro del mismo ejercicio fiscal. Y no se olvide que como ha tenido ocasión de proclamar esta Sala el reconocimiento legal de ventajas fiscales responde a la idea de incentivar la actividad empresarial, no de perseguir fines especulativos carentes de rendimiento productivo alguno ( SAN de 16.10.2003 , por todas)".

"En cualquier caso, el citado levantamiento del velo, efectuado con prudencia, como exige la Jurisprudencia ( STS de 31.10.1996 ), no es incompatible con el recurso al fraude de ley, o al empleo de la figura de los negocios jurídicos anómalos, habiéndose manifestado aquélla por su compatibilidad ( STS de 19.4.2003 ), considerándose en esta sentencia incluso que el levantamiento del velo no requiere un acto específico de derivación de la deuda".

"IV- En cuanto a las objeciones impuestas a la aplicación de la norma de cobertura y de elusión, han de ser igualmente rechazadas. Ni puede admitirse que la norma de cobertura no puede ser tributaria -pues ello no lo exige el art. 24 LGT - ni puede objetarse que la norma de cobertura y de elusión sean las mismas, toda vez que entre las tenidas en cuenta por la resolución impugnada, aunque se hallan íntimamente relacionadas existe una diferencia: conforme a lo dispuesto en el art. 34 del RD 2384/81 los socios de D..., personas físicas, pretendían no serlo formalmente a fecha 31-12-90, lo que se ha conseguido mediante el ejercicio de la facultad de libre contratación que prevé el art. 1255 C.C . Y ello se ha pretendido realizar con la finalidad de ponerse a cubierto de lo dispuesto en el art. 12.2 ley 44/78 , norma de elusión, la cual establece la obligación de imputación de las bases imponibles positivas obtenidas, sin indicar el momento concreto, a los socios de las sociedades en régimen de transparencia fiscal. Mas ello no quiere decir que dichos preceptos indicados sean contradictorios ni que un precepto reglamentario pretenda eludir el contenido de un precepto de carácter legal, pues el citado art. 34 del RD 2384/81 se encarga de fijar el momento concreto en que tiene lugar la imputación de las citadas bases imponibles positivas conforme al citado precepto legal: el cierre del ejercicio".

"Y en cuanto a las normas de valoración invocadas por la Administración ( art. 28.2.b) de la ley 44/78 ) aunque admitamos que las mismas no pueden actuar como normas de cobertura de un fraude de ley, lo cierto es que la omisión de un incremento patrimonial declarado como activo de dicha sociedad en la venta de sus acciones sí revela una intención fraudulenta cuando se hace con el propósito de ocultarlo a la Hacienda Pública al socaire de una valoración que no se ajusta a la realidad económica y contable de dicha sociedad".

"No obstante, puede aceptarse que los arts. 18 y 23.2 de la ley 61/78 del Impuesto de la Renta de Sociedades -con independencia de si se le aplica o no a sociedades con actividad real-, en cuanto regulan la compensación de las bases imponibles positivas y la aplicación de los tipos reducidos del 1% para las sociedades de inversión mobiliaria, si bien no pueden entenderse estrictamente como normas de cobertura es evidente que han formado parte de la técnica operativa llevada a cabo para conseguir la captación del crédito fiscal ejercitable frente a la Administración tributaria".

"Sin embargo, debe quedar constancia en autos de que la mencionada técnica descrita en el fundamento jurídico segundo ha respondido a la idea clara de colocar a los socios de la familia S... al final del ejercicio fiscal 31-12-90 , y conforme al art. 34,1 del RD 2384/81 fuera del concepto de socios de D..., a los cuales ha de imputarse las bases imponibles positivas obtenidas por la venta de las acciones de C..., conforme al art. 12.2 de la ley 44/78 , para lo cual se han obtenido los créditos fiscales correspondientes (adquisición de sociedades instrumentales con bases imponibles negativas y de tributación mínima), mediante la financiación y dominio jurídico de la operación por parte de la familia Serratoso, y eludiendo con ello una tributación que hubiese alcanzado el 56% de la base imponible".

"V.- Por otro lado, el equivalente al hecho imponible conseguido a través de la técnica defraudatoria no viene dado por la mera imputación de las bases imponibles de sociedad transparentes, que a la fecha de tales operaciones y bajo el contexto de la Ley 44/78 y a diferencia del art. 5.4.e) de la ley 18/91 de 6 de junio del IRPF , no formaba parte del hecho imponible, sino por la percepción de una renta por parte de los socios de D... que a través de sociedades participadas por la familia S... ha quedado bajo la titularidad de aquéllas formalmente, pero bajo el dominio y disponibilidad de dichos socios, y ello a los efectos del art.3 de la ley 44/1978 ".

"En consecuencia, no obstante el notable y elogiado esfuerzo intelectual de la defensa del actor en acreditar la inexistencia de fraude de ley, hemos de reconocer que ha existido fraude de ley y no simulación, aún cuando admitamos que en casos semejantes, la doctrina de esta Sala ha sido más proclive a predicar la existencia de un negocio simulado cuando se ha utilizado una entidad interpuesta para dar cabida a

operaciones jurídicas que perseguían un detrimento para la Hacienda Pública y un beneficio para los contribuyentes (Así SAN de 19.2.2004 , 4.3.2004 , 1.4.2004 , 8.7.2004 , 23.9.2004 , 20.1.2005 ); aunque tampoco puede obviarse que la doctrina civilista y tributarista han venido admitiendo que las fronteras entre el negocio simulado, fraudulento e indirecto son difusas, debiéndose estar a las circunstancias del caso concreto. Y es así que en el presente caso, no puede obviarse que la pluralidad de los negocios jurídicos realizados, concebidos unitariamente han sido directamente queridos por los socios del grupo familiar sin crear apariencia negocial alguna en virtud de un acuerdo simulatorio".

"Por otro lado, no aceptamos que el fraude de ley declarado produce los efectos de la inexistencia del negocio de cobertura: la norma de cobertura permite conseguir que quien no sea socio a 31 de diciembre no tenga que declarar un incremento de patrimonio. Pero levantando el velo de la persona jurídica interpuesta apreciamos que quien vendió las acciones de D... a fecha 24-12-90 lo sigue siendo de forma material, aunque indirecta, a fecha 31-12-90, por lo que debe declarar ese incremento de patrimonio, que es el objeto y efecto pretendido por la norma jurídica eludida. Y en este sentido tampoco puede aceptarse que no exista un eslabón o línea de continuidad en la resolución impugnada a la hora de considerar quién es socio a fecha 24-12-90, 31-12-90 o 1-1-91, pues la Administración Tributaria parte de la base, y esto no se ha desvirtuado en autos, que más allá de la titularidad formal de dichas acciones- y no estamos hablando de negocios simulados- en fecha 24-12-90 la Familia S... contrató consigo misma, por lo que no ha perdido la titularidad de dichas acciones ni a fecha 31-12-90 ni a fecha 1-1-91. Y a este respecto no puede invocarse que la compraventa de acciones no es contraria a derecho, pues ello constituye una afirmación orientada a desconocer que lo que sí repudia el Ordenamiento jurídico tributario es el abuso de la personalidad jurídica para encubrir un enriquecimiento patrimonial a través del uso de técnicas jurídicas insólitas o inusuales".

"Tampoco puede decirse que haya habido extensión analógica del hecho imponible. El recurso al expediente del fraude de ley, acreditada la concurrencia de los requisitos de aplicación, no supone extensión del hecho imponible, tal como lo indica el propio art. 24 de la LGT , siendo claro y diáfano el mandato previsto en el art.12.2 de la ley 44/78 en el sentido de que quien es verdadero socio, desentrañando los entresijos de las personas jurídicas interpuestas, debe declarar el incremento patrimonial producido".

"Y tampoco cabe hablar de incongruencia en la actuación de la Administración: la venta de las acciones de D... ha sido reconocida como tal porque existía voluntad de enajenar. Otra cosa es que no se acepte la liquidación porque no se haya computado la plusvalía producida por la venta del paquete de acciones de C... En consecuencia, no existe contradicción en admitir la validez del negocio traslativo y considerar al actor socio a los efectos de imputar la base imponible al momento del cierre del ejercicio, pues ello responde a la realidad material existente y que subyace en las personas jurídicas dominadas y participadas por el grupo S... que adquirieron las acciones de D...".

"Lo expuesto además, no significa que se haya vulnerado el art. 31 de la CE que consagra el principio de capacidad económica. Lo cierto es que este principio no se respetaría si manifestada una capacidad económica por la obtención de una renta la utilización de formas jurídicas insólitas para evitar su declaración que impidiesen la generación de la deuda tributaria a favor de la Administración tributaria. Y ello en línea con la doctrina del Tribunal Constitucional ( STC 46/2000 de 17 de febrero ), de la que se deduce que las economías de opción que escapan del deber de contribuir del art. 31 de la CE no son deseadas y por tanto amparables en Derecho".

A su vez, el Tribunal Supremo se ha pronunciado sobre el fraude de ley en Sentencia de fecha 22 de marzo de 2012 -rec. casa num. 2293/2008 -, entre otras, en los siguientes términos:

«El art. 6.4 del Código Civil define el fraude de ley como «los actos realizados al amparo del texto de una norma que persigan un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico o contrario a él», añadiendo el art. 7.2 que «la Ley no ampara el abuso del derecho o el ejercicio antisocial del mismo».

La Sentencia de 24 de noviembre de 2011 (rec. cas. núm. 1231/2008 ), señala que «...la Sentencia de esta Sala de 29 de enero de 2004 (recurso 1160/01 ha declarado: "el fraude de ley es una forma de "ilícito atípico", en la que asimismo se busca crear una apariencia, que aquí es la de conformidad del acto con una norma ("de cobertura"), para hacer que pueda pasar desapercibida la colisión del mismo con otra u otras normas defraudadas que, por su carácter imperativo, tendrían que haber sido observadas. "El negocio fraudulento --como señaló la Sala en la SAN de 20 de abril de 2002 --, como concreción de la doctrina de Ley a que alude el artículo 6.4 del Código Civil , supone la existencia de un negocio jurídico utilizado por las partes buscando la cobertura o amparándose en la norma que regula tal negocio y protege el resultado normal del mismo (ley de cobertura) con el propósito de conseguir, no tanto ese fin normal del negocio jurídico elegido, como oblicuamente un resultado o fin ulterior distinto que persigue una norma imperativa (ley defraudada)» (FD Tercero).

El fraude de Ley es una forma de «ilícito atípico», en la que se busca crear una apariencia, que aquí es la de conformidad del acto con una norma (de cobertura), para hacer que pueda pasar desapercibida la colisión del mismo con otra u otras normas defraudadas que, por su carácter imperativo, tendrían que haber

sido observadas. Así lo establece la STC 120/2005, de 10 de mayo , que dice:

«La premisa principal de la que arranca todo el razonamiento esgrimido por el demandante de amparo al efecto de fundamentar este motivo es la siguiente: del art. 24 de la Ley 230/1963 , general tributaria (LGT), se desprende que el fraude de ley tributaria es un hecho que no da lugar a la imposición de una sanción administrativa, sino que, una vez declarado, sus efectos se ciñen a imponer la aplicación de la norma eludida y, en consecuencia, el pago del tributo que, a través de la llamada norma de cobertura, se pretendía evitar, con sus correspondientes intereses por mora. De ello deduce, como consecuencia inmediata, que no siendo sancionable dicho comportamiento en vía administrativa, tampoco podría serlo en vía penal como delito contra la hacienda pública, por lo que la Sentencia dictada en apelación habría incurrido en una aplicación extensiva de dicho tipo penal que resultaría contraria a las exigencias derivadas del derecho reconocido en el art. 25.1 CE . - Ha de convenirse con el recurrente en la primera parte de su razonamiento, a la vista de que el art. 24.3 LGT , en la versión vigente tras las modificaciones introducidas en dicha normativa por la Ley 25/1995, de 20 de julio, disponía que "en las liquidaciones que se realicen como resultado del expediente especial de fraude de ley se aplicará la norma tributaria eludida y se liquidarán los intereses de demora que correspondan, sin que a estos solos efectos proceda la imposición de sanciones". Es cierto que, en el momento en que tuvieron lugar los hechos (1990-1991), aún no estaba en vigor el referido texto introducido por la Ley 25/1995, pero ello no obsta para que pueda considerarse de aplicación en este caso, dada su naturaleza de ley posterior más favorable en materia sancionadora. Conviene además señalar que en dicho precepto se exigía que "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", lo que no consta que sucediera en el supuesto de autos habida cuenta de que la acusación formulada por la Administración tributaria lo fue en todo momento por negocio simulado y no por fraude de ley. - Más discutible resulta la segunda parte del razonamiento esgrimido por el actor, en el sentido de que la falta de configuración legal del fraude de ley tributaria como ilícito administrativo- tributario impediría su consideración como ilícito penal. Según señalan tanto el Abogado del Estado como el Ministerio Fiscal esa atipicidad administrativa del indicado comportamiento obviamente significaba -y todavía significa puesto que el art. 15.3 de la nueva Ley 58/2003, de 17 de diciembre, general tributaria , excluye asimismo la posibilidad de imponer sanciones en los supuestos ahora calificados como conflictos en la aplicación de la norma tributaria-, que la Administración no estaba autorizada a sancionar en tales casos, pero no que no lo estuvieran los órganos de la jurisdicción penal cuando pudieran estimarse concurrentes todos y cada uno de los elementos típicos que configuran la conducta punible a título de delito fiscal» (FD 3). - «Una vez concluido que, en contra de lo que sostiene el demandante de amparo, no existe una relación de consecuencia necesaria entre la atipicidad administrativa del fraude de ley tributaria y su atipicidad penal, lo que a continuación se ha de determinar es si la propia figura del fraude de ley excluye, como también se sugiere en la demanda, la posibilidad de apreciar la concurrencia de determinados elementos típicos integrantes del delito contra la hacienda pública actualmente penado en el art. 305.1 CP .- (...) Sentado lo anterior, procede asimismo señalar que el concepto de fraude de ley (tributaria o de otra naturaleza) nada tiene que ver con los conceptos de fraude o de defraudación propios del Derecho penal ni, en consecuencia, con los de simulación o engaño que les son característicos. La utilización del término "fraude" como acompañante a la expresión "de Ley" acaso pueda inducir al error de confundirlos, pero en puridad de términos se trata de nociones esencialmente diversas. En el fraude de Ley (tributaria o no) no hay ocultación fáctica sino aprovechamiento de la existencia de un medio jurídico más favorable (norma de cobertura) previsto para el logro de un fin diverso, al efecto de evitar la aplicación de otro menos favorable (norma principal). Por lo que se refiere en concreto al fraude de Ley tributaria, semejante "rodeo" o "contorneo" legal se traduce en la realización de un comportamiento que persigue alcanzar el objetivo de disminuir la carga fiscal del contribuyente aprovechando las vías ofrecidas por las propias normas tributarias, si bien utilizadas de una forma que no se corresponde con su espíritu. De manera que no existe simulación o falseamiento alguno de la base imponible, sino que, muy al contrario, la actuación llevada a cabo es transparente, por más que pueda calificarse de estratagema tendente a la reducción de la carga fiscal; y tampoco puede hablarse de una actuación que suponga una violación directa del ordenamiento jurídico que, por ello mismo, hubiera que calificar per se de infracción tributaria o de delito fiscal. Por ello mismo, la consecuencia que el art. 6.4 del Código civil contempla para el supuesto de actos realizados en fraude de Ley es, simplemente, la aplicación a los mismos de la norma indebidamente relegada por medio de la creación artificiosa de una situación que encaja en la llamada "norma de cobertura"; o, dicho de otra manera, la vuelta a la normalidad jurídica, sin las ulteriores consecuencias sancionadoras que generalmente habrían de derivarse de una actuación ilegal.- (...)» (FD 4).- «(...) Ni en una ni en otra Sentencia se consideró, por consiguiente, acreditada la existencia, pretendida en todo momento por las acusaciones, de negocio simulado alguno, ni, por lo tanto, de engaño u ocultación maliciosa de cualquier género por parte de los acusados. Ello no obstante la Sentencia de apelación apreció que "la entrada de Pinyer en la sociedad Cajun podía suponer un fraude de ley por aplicación de la normativa referente a la transparencia fiscal y de compensación de pérdidas en la base imponible del impuesto de sociedades", al haberse derivado la mayor parte de la cuota

tributaria por razón de plusvalías, que correspondía satisfacer a los anteriores socios de Cajun, a ese nuevo socio, representado por el demandante de amparo que, al tener una importante cantidad de pérdidas reconocidas, hizo prácticamente desaparecer dicha cuota tributaria reduciéndola significativamente. - (...)-La evidente merma de los ingresos a la hacienda pública que determinó la actuación conjuntamente emprendida por el recurrente y por sus socios y coencausados no era, sin embargo, como parece latir en el fondo de la Sentencia recurrida, requisito suficiente para considerar cometido el delito descrito en el art. 349 del Código penal de 1973 . Junto a ese resultado perjudicial para los legítimos intereses recaudatorios del Estado había de darse el elemento subjetivo característico de toda defraudación, esto es, un ánimo específico de ocasionar el perjuicio típico mediante una acción u omisión dolosa directamente encaminada a ello, elementos ambos que, si bien encajan perfectamente con la presencia de un negocio simulado dirigido a ocultar el hecho imponible, no se acompasan sin embargo con la figura del fraude de ley tributaria como medio comisivo del referido delito, lo que parece reconocerse en la propia Sentencia recurrida al tener que acompañar a dicho fundamento de la afirmación, desmentida por la Sentencia de instancia y contradictoria con la confirmación por la Sentencia de apelación de la inexistencia de simulación u ocultación alguna, de que el recurrente había procedido a una "ocultación maliciosa de la auténtica base imponible". La utilización de dicha figura para fundamentar la condena del demandante de amparo como autor responsable de un delito contra la hacienda pública ha de considerarse en consecuencia -como ya afirmamos en la precitada STC 75/1984, de 27 de junio - una aplicación analógica del tipo penal contemplado en el art. 349 del Código penal de 1973 que, como tal, resulta lesiva del derecho a la legalidad penal reconocido en el art. 25.1 CE » (FD 5).

También analiza la cuestión la Sentencia de 6 de mayo de 2010 (rec. cas. núm. 7524/2005 ), que expone la nueva regulación del art. 15 de la Ley General Tributaria de 2003 :

«5. Podemos también traer a colación la nueva regulación de la LGT de 2003 sobre la figura del fraude de ley, actualmente denominada "conflicto en la aplicación de la norma", en la medida en que la misma recoge la doctrina jurisprudencial anteriormente existente sobre la materia, centrada en el abuso de las formas jurídicas, así como la realidad social del momento, de interés a efectos de interpretación de la norma anterior ( art. 3.1 CC ) ».

Y la Sentencia de 29 de abril de 2010 (rec. cas. núm. 100/2005 ) examina la intencionalidad recogiendo que «no es necesario que la persona o personas que realicen el acto o actos en fraude de ley tengan la intención o conciencia de burlar la ley, ni consiguientemente prueba de la misma, porque el fin último de la doctrina del fraude de ley es la defensa del cumplimiento de las leyes, no la represión del concierto o intención maliciosa» ( Sentencia de 13 de junio de 1959 ). Por consiguiente, «debe probarse la intención de eludir el impuesto, pero nada exige que se haga un juicio de intenciones del actor, tratando de penetrar en la conciencia de quien, en su proceder, se ajusta formalmente a una conducta de impecable textura legal. Se puede y se debe pretender probar que el camino elegido para alcanzar el resultado económico que se obtiene es, pese a su legalidad, artificioso, y de ahí deducir que se pretendía eludir el impuesto». En fin, «la intencionalidad no debe considerarse requisito necesario del fraude puesto que ésta deberá exigirse y probarse para la imposición de sanciones, pero no para conseguir que se aplique la norma eludida que es la finalidad de la regulación del fraude de ley, y a esa finalidad debe llegarse con independencia de la intencionalidad o propósito del agente». De lo expuesto «se deduce la existencia del propósito de eludir el impuesto por parte de los obligados tributarios obteniendo un ahorro fiscal como consecuencia de las operaciones realizadas en fraude de ley» (FD Quinto).

Por su parte, la Sentencia de 25 de marzo de 2010 (rec. cas. núm. 2559/2006 ) señala que «[s]e considera probada la intención elusiva, esto es, que "la causa que ha guiado la realización de todas las operaciones y negocios realizados ha sido exclusivamente de índole fiscal, al objeto de obtener un crédito de tal clase que permitiese obtener una tributación notoriamente más baja que la legal y ordinariamente previsible", poniéndose de relieve que no se ha alegado causa suficiente que justifique el conjunto de operaciones, calificadas de "insólitas e inusuales" en muy corto espacio de tiempo y "antes de que finalice el ejercicio fiscal» (FD Quinto).

En igual sentido cabe destacar las Sentencias de 25 de febrero de 2010 (rec. cas. núm. 4820/2006 ) y 1 de octubre de 2009 (rec. cas. núm. 2535/2003 ), exponiendo esta última:

«El fraude de Ley es una forma de "ilícito atípico", en la que asimismo se busca crear una apariencia, que aquí es la de conformidad del acto con una norma ("de cobertura"), para hacer que pueda pasar desapercibida la colisión del mismo con otra u otras normas defraudadas que, por su carácter imperativo, tendrían que haber sido observadas. El negocio fraudulento, como señaló la Sala en la sentencia de 20 de abril de 2002 , como concreción del artículo 6.4 del Código Civil , supone la existencia de un negocio jurídico utilizado por las partes buscando la cobertura o amparándose en la norma que regula tal negocio y protege el resultado normal del mismo (Ley de cobertura) con el propósito de conseguir, no tanto ese fin normal del

negocio jurídico elegido, como oblicuamente un resultado o fin ulterior distinto y contrario a una norma imperativa (Ley defraudada)» (FD Sexto).

A lo expuesto se añade lo expuesto por el Alto Tribunal, en Sentencia de 20 de septiembre de 2012 -rec. cas. 6231/2009 -, en la que se declara:

"Como ha puesto de relieve la doctrina actual más autorizada, en muchas ocasiones, las posibilidades de actuación (planificación fiscal) tienen origen en ciertas lagunas legales, que son aprovechadas de forma sibilina por el contribuyente "eludiendo" o "reduciendo" considerablemente la carga tributaria. Estas operaciones ciertamente complejas de "ingeniería fiscal" que aprovechan el "resquicio" que deja la Ley presentan contornos ciertamente confusos por la dificultad de distinguir en la práctica entre negocios jurídicos "válidos", a través de las que se conocen comúnmente como "economías de opción", de otro tipo de negocios jurídicos que podríamos llamar "anómalos", o con abuso de derecho (tax avoidance empleando la terminología anglosajona). Estos últimos a su vez podrían ser de dos tipos:

A.- El conflicto en la aplicación de la norma tributaria (fraude de ley bajo la vigencia de la Ley anterior) caracterizado porque a través de una conducta artificiosa pero con apariencia de legalidad se "elude" la realización del hecho imponible; la esencia de la elusión fiscal es que no se produce vulneración directa de norma alguna y tiene sus límites con la planificación fiscal lícita.

Lo que integra el fraude es una conducta que en apariencia es conforme a una norma ("norma de cobertura") pero que produce un resultado contrario a otra u otras o al orden jurídico en su conjunto (norma defraudada). Y ambas conductas (en fraude de ley o en simulación) quedan claramente delimitadas de las denominadas economías de opción. En el fraude de ley no hay ocultación fáctica sino aprovechamiento de la existencia de un medio jurídico más favorable (norma de cobertura) previsto para el logro de un fin diverso, al efecto de evitar la aplicación de otro menos favorable (norma principal) y ello con el objeto de disminuir la carga tributaria.

B.- La simulación o conducta engañosa que de forma indirecta "evade" la norma tributaria. La simulación a diferencia del "conflicto" se caracteriza porque las partes quieren un fin distinto de la causa típica del negocio. En la simulación se "evade" la norma, mientras que en el "conflicto", no existe "evasión" sino "elusión" del precepto aplicable. En efecto, en el fraude a la ley tributaria, se intenta "eludir" la realización del presupuesto de hecho de la imposición, poniendo en práctica otros hechos que permiten la consecución de análogo resultado económico.

Vendría a suponer "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, que no están gravados o lo están en medida más reducida que aquellos medios normales o usuales".

La evasión, frente a la elusión fiscal, se caracteriza por concurrir una violación de la obligación tributaria, caracterizada por una particular intensidad del dolo, mientras que la elusión ha sido identificada "como aquel proceder que sin infringir el texto de la ley, procura el alivio tributario mediante la utilización de estructuras jurídicas atípicas o anómalas". Este Tribunal Supremo ha declarado fraude de ley determinadas conductas realizadas con un motivo propia mente fiscal, v.gr. en relación con la aplicación forzada del régimen ya derogado de sociedades transparentes ( SSTS de 25 de marzo de 2010 ).

En la elusión fiscal no se infringe la ley tributaria sino que se soslaya su aplicación; en la evasión fiscal se vulnera directamente, normalmente mediante ocultación, dicha opción; y en la economía de opción se elige lícitamente entre diversas alternativas jurídicas en función de su menor carga fiscal.

En el fraude de ley nada se oculta a la Administración; las relaciones o las situaciones que se crean son artificiosas pero están a la vista. En la evasión fiscal, por el contrario, lo esencial es precisamente el engaño consistente en mantener oculta para el Fisco la riqueza imponible (el hecho imponible o la base), para, de esta manera, escapar al pago del tributo".

## **Sexto.**

La adecuada solución de la cuestión controvertida hace necesario recordar los hechos fácticos a partir de los cuales la AEAT considera producido el fraude de ley, que aparecen recogidos tanto en la resolución de 27 de marzo de 2007 que declara la existencia de fraude de ley en relación con el obligado tributario GE PLASTICS DE ESPAÑA SOCIEDAD COMANDITARIA POR ACCIONES, por el concepto de Impuesto sobre Sociedades, ejercicio 2001, como en la resolución del Tribunal Económico Administrativo Central ahora recurrida.

### **A. Entidades intervinientes .**

1. GE PLASTICS DE ESPAÑA Sociedad Comanditaria por Acciones (GEPESA ): Es la sociedad

dominante del grupo fiscal nº 73/96, cuyas sociedades dominadas en el ejercicio 2001 son las siguientes:

- GE Plastics Iberia S.L.
- GE Lighting-Appliances España S.A.
- GE Medical System España S.A.
- Internacional School of Cartagena S.A.
- GE Plastics S.L.

La entidad y todas sus dominadas pertenecen al grupo multinacional GENERAL ELECTRIC (GE), cuya matriz es la sociedad norteamericana GE COMPANY.

Según sus Memorias, el objeto social fundamental de la entidad consiste en la fabricación y comercialización de plásticos de ingeniería y en la construcción de un complejo industrial dentro del sector químico. A tal efecto, la entidad dispone durante los ejercicios comprobados, de dos plantas ubicadas en Cartagena (Murcia) que generan la práctica totalidad de sus ventas:

- Planta de Compounding (Cycology).
- Planta de Resinas de Policarbonato (Lexan). Se puso en marcha a primeros de 2000.

Además de las anteriores plantas, durante el periodo de comprobación se hallaba en construcción una segunda planta de Resinas de Policarbonato (Lexan II) cuya titularidad corresponde a la sociedad GE Plastics S.L., filial de la entidad y que fue absorbida por ésta mediante una fusión impropia, con efectos contables de 1 de enero de 2003.

GEPESA tenía a 31 de diciembre de 2001 carácter unipersonal, siendo su socio único GE Internacional Benelux BV (GEIB), filial de la matriz del Grupo Internacional General Electric Company, residente en los EEUU.

2. GE Internacional Benelux BV (GEIB): Sociedad holandesa que ostentaba el 100% de participación en la entidad española, GE Plastics de España ScpA, y también en la sociedad holandesa GE Energy Europe BV, siendo pues la matriz de ambas.

La sociedad matriz GEIB opera respecto a la matriz del Grupo Multinacional GE Company, como una holding intermedia en Europa.

Interesa también destacar su relación con la también holandesa GE Plastics BV (GEP): Señala la resolución del TEAC recurrida que, según se desprende de los estados financieros en inglés aportados por las autoridades fiscales holandesas, GEIB era la propietaria directa de GEP hasta que en 1999 la aportó, en ampliación de capital, a GE Energy Holanda (GEEE), si bien GEP ha seguido bajo el control de dirección ("management control") de GEIB, lo que impedía que GEP consolidara con GEEE.

Como sociedad holding que es, el activo de GEIB es casi en su totalidad financiero (4.837 de los 4.840 M €) y los resultados financieros son el 99,99% del total.

3. Sociedad GE Energy Europa (GEEE): Es una sociedad holding que se constituyó en Holanda (con el nombre de GE Netherlands Holding BV) en 21 de junio de 1999, con un capital de 500.000 N.L.G., siendo el socio propietario la sociedad matriz de la entidad española, la también sociedad holding holandesa GEIB.

Se halla integrada por las siguientes entidades no residentes en España:

a) Entidades con las que consolida resultados:

- GE Energy Holding SNC (Francia).....	99%
- GE Energy Products France SNC (Francia).....	99,99%
- GE Germany Investments Gmbh (Alemania).....	100%
- GE Energy Holding Gmbh (Alemania).....	99%
- GE Energy Products Germany Gmbh (Alemania).....	99%
- Small World UK.LP. (UK).....	99,9%
- Gaz Turbine Technology S.A.S. (Francia).....	100%

b) Entidades con las que no consolida resultados:

- GE Plastics BV (Holanda).....100%

Entre las entidades de las que es titular destaca el subgrupo de negocios plásticos, cuya cabecera en Europa era la entidad holandesa GE Plastics BV (GEP), dedicada a la fabricación de plásticos de alta tecnología. Ahora bien, no obstante ser GEP 100% de GEEE, no consolidaba cuentas toda vez que, como se ha expuesto, el control de dirección sobre GEP lo ejercía GEIB.

También debe hacerse constar que GEP, por su parte, consolidaba cuentas con las dominadas por ella sobre las que ejercía el "management control"; entre las compañías sobre las que ejercía dicho control hasta el ejercicio 2000, inclusive, destaca la entidad española GEPESA que, con posterioridad a la operación llevada a cabo en el ejercicio 2001, pasará a ser su matriz directa.

B. Operaciones realizadas .

1. En el ejercicio 2001 GE Internacional Benelux BV (GEIB) transfiere a su filial española, GE Plastics de España Sociedad Comanditaria por Acciones (GEPESA), el 100% de las acciones de la entidad holandesa, GE Energy Europe (GEEE), de la que era igualmente titular al 100%, tal y como se ha expuesto.

Se desprende del contrato de compraventa de acciones, de fecha 27 de abril de 2001, aportado como anexo 5 a la diligencia de 19 de enero de 2005, que esta transmisión del 100% de las acciones de GEEE por parte de la matriz GEIB a su filial española GEPESA, se llevó a cabo en dos fases:

a) Primera fase: En esta fase se adquirió el 70% del capital de GEEE mediante una operación de compraventa de acciones, el 27 de abril de 2001, por un importe de 2.380 millones de euros.

Para poder efectuar el pago de los 2.380 millones de euros a su matriz, la filial española recibió un préstamo del mismo importe, 2.380 millones de euros, de la propia matriz -Memoria del ejercicio 2001-.

Dicho préstamo se formalizó en contrato fechado en el mismo día de la compraventa, 27 de abril de 2001, estableciéndose el reintegro del principal y el tipo de interés a satisfacer por la filial española en la forma que figura en el expediente:

Fecha de reintegro	Importe	Tipo de interés
27 abril 2006 (5 años)	476 M€	5,22%
27 abril 2011 (10 años)	476 M€	6,24%
27 abril 2021 (20 años)	476 M€	7,17%
27 abril 2031 (30 años)	952 M€	7,75%

Debe hacerse constar que el préstamo lo efectúa la matriz pero no directamente desde su sede en Holanda, sino a través de un centro de coordinación belga que goza de un régimen fiscal privilegiado, que supone que los ingresos financieros obtenidos por estos centros no tributan o lo hacen en un porcentaje mínimo.

Asimismo, según la documentación bancaria aportada, la entidad española recibió los 2.380 M€ en concepto de préstamo, el día 26 de abril de 2001 y los volvió a remitir a su matriz, en concepto de pago del precio del 70% de las acciones de GEEE, el mismo día 26 de abril de 2001, esto es un día antes de formalizarse contractualmente tanto la operación de préstamo como de compraventa.

b) Segunda fase: En esta fase se adquirió el 30% restante por aportación no dineraria de GEIB a su filial española, GEPESA, valorada en 1.020 millones de euros, el 29 de junio de 2001. El aumento de capital ascendió a 204 millones de euros y hubo una prima de emisión de 816 millones de euros.

Como consecuencia de dicha adquisición, la inversión de GEPESA en GEEE se contabilizó en libros por 3.400 millones de euros.

C. Valoración de las acciones de GEEE adquiridas .

La recurrente aportó un informe de valoración, emitido por KPMG Holanda, en fecha 24 de mayo de 2001, a solicitud de la matriz holandesa GEIB.

Según dicho informe la totalidad de los títulos de la sociedad transferida, GEEE, se valoraron en

3.405 M €. Destaca de dicha valoración que, hallándose constituido la mayor parte del patrimonio de GEEE por las carteras de valores de diversas sociedades, la valoración, según se desprende del informe, asigna un valor de 3.000 M € a la parte de la cartera que corresponde a la línea de negocios "plásticos" de la entidad, también holandesa, GE Plastics BV (GEP) y sus filiales de dicho sector, distribuyendo los otros 405 M € entre algunas otras de las empresas participadas por dicha sociedad (líneas de negocio de: electricidad, electrodomésticos, equipos médicos, arrendamiento financiero, etc.) y asignando valor cero a otras diversas empresas, entre ellas las del sector energía, incluidas en la cartera de GEEE.

Asimismo, obra en el expediente el informe de experto independiente, preceptivo a los efectos de la aportación no dineraria, emitido por Jose Victor en el que se expresa que se ha dispuesto, entre otro material, del Informe de valoración al 31 de diciembre de 2000 realizado por KPMG, recogiendo en el punto 5 lo siguiente: "Una parte sustancial de la valoración de la aportación no dineraria asumida por el Socio Administrador de GE Plastics de España, S.Com por A., está basado en proyecciones financieras de las sociedades pertenecientes a la línea de negocio "Plásticos", que asumen hipótesis sobre variables básicas que recogen la mejor estimación del socio administrador acerca de la actividad y resultados futuros de la sociedad para los próximos ejercicios. Dada la incertidumbre inherente a cualquier información prospectiva, algunas de las hipótesis asumidas podrían no materializarse en el futuro tal y como se han definido y podrían ocurrir acontecimientos no previstos que afectasen a los resultados estimados".

Hay que destacar también que la valoración de GEP se basa en unas expectativas de incremento de beneficio sobre las ventas, en la línea de negocio de plásticos, que lo sitúan entre el 17,7% en el 2001 y el 26,1% para el 2010, muy por encima del promedio de otras empresas del sector, que era del 7,4% en 1999 y del propio margen obtenido por las entidades valoradas en 2000, que fue del 14,5% y del promedio de éstas entre 1997-2000, que fue del 11,81%

#### D. Incidencias del préstamo .

1. A 31 de diciembre de 2001 los intereses devengados y no vencidos, generados por el préstamo de 2.380 M € y cargados a gastos financieros del ejercicio ascendía a 111.273.150,69 euros.

2. Al llegar el primer vencimiento, 27 de abril de 2002 los intereses ascendían a 162.458.800 euros. La sociedad española no efectuó el pago de los intereses, con lo que el pasivo con su matriz holandesa se incrementó en los intereses referidos.

3. Según la Memoria de GEPESA del 2002, en este ejercicio su matriz holandesa GEIB cedió a su matriz, la entidad residente en Luxemburgo GE Holdings Luxembourg & Co., Sarl (GE Holdings L), la titularidad de todos los préstamos a largo plazo y líneas de crédito debidos por la filial española y residenciados en el centro de coordinación belga.

4. Según la Memoria del 2003, en fecha 30 de junio de 2003 las partes acuerdan transformar parcialmente el préstamo concertado en abril de 2001 en préstamos participativos, concretamente los dos primeros importes de 476 M €, quedando ambos con fecha de vencimiento el 27 de abril de 2011. De esta forma quedan un total de préstamos participativos de 952.000.000 € y un total de préstamos ordinarios de 1.428.000.000. Los préstamos participativos únicamente devengan interés si se obtienen beneficios netos consolidados de la sociedad y sociedades dependientes a un tipo de interés referenciado al Euribor.

5. En el ejercicio 2004 destaca que las dos primeras disposiciones de 476 M € cada una, transformadas en el ejercicio 2003 en préstamos participativos, no devengaron intereses.

Asimismo destaca en este ejercicio que GEPESA adquirió, el 13 de noviembre de 2004, la totalidad de las acciones de la sociedad holandesa GE Smallworld Benelux BV, cambiando su nombre posteriormente por el de GE Energy Netherlands BV, y con fecha 28 de diciembre de 2004 la participación que GEPESA mantenía en GEEE fue aportada como contrapartida de la ampliación de capital social realizada por GE Energy Netherlands BV.

#### Séptimo.

Es preciso trasladar a los hechos que nos ocupan, anteriormente referidos, la aplicación de los principios dogmáticos que configuran el fraude de ley, en vistas a la constatación sobre su concurrencia en el presente caso. A tal fin, la Sala acepta la conclusión establecida en los acuerdos impugnados, tanto los gestados en la vía de inspección como el dictado en el ejercicio de la función revisora, que en este caso ha conocido una única instancia. Las razones que avalan esta coincidencia en el criterio, determinante de la desestimación del recurso en este punto, son las siguientes.

Se comparte plenamente la afirmación de que en la operativa realizada por virtud de la cual se transfiere en el ejercicio 2001 a la filial española del Grupo, GEPESA, la entidad holandesa del mismo Grupo, GEEE, no existe una motivación económica distinta de la meramente fiscal. En efecto, con la operativa realizada se lleva a cabo una mera recolocación formal de carteras en el interior del Grupo sin

eficacia patrimonial real y el endeudamiento intragrupo, afecto a la compra de las acciones, no es en último término sino la colocación de los activos y pasivos en la entidad española con la única finalidad de la reducción de tributación conseguida en España.

En efecto, el motivo por el que no se admiten como deducibles en el ejercicio 2001 los gastos financieros derivados del endeudamiento radica, con fundamento en las operaciones analizadas, en que dichas operaciones no tienen ningún sentido económico o empresarial para el Grupo, fuera de las ventajas fiscales que se analizan, siendo así que se trata de operaciones de desplazamiento patrimonial de acciones que "se revelan como una mera reordenación formal sin trascendencia patrimonial ni económica".

No se cuestiona por la Inspección las razones en que pueda basarse el grupo multinacional GENERAL ELECTRIC (GE) para organizarse de la forma que estime más conveniente, sino las operaciones de endeudamiento intragrupo realizadas amparándose en operaciones de reorganización empresarial, pero que carecen de fundamento económico o empresarial y cuya motivación no es otra que la meramente fiscal.

Para llegar a dicha conclusión basta con tener en cuenta los siguientes elementos obrantes en las resoluciones recurridas:

1. Con las operaciones realizadas la participación al 100% que la matriz holandesa GEIB tenía, de forma directa, sobre las otras dos sociedades, GEPESA y GEEE, sigue siendo directa sobre la filial española, GEPESA, y pasa a ser indirecta, a través de dicha filial, sobre la otra sociedad GEEE.

Sin embargo, dicho cambio de titularidad directa por indirecta en las participaciones ostentadas por la matriz holandesa GEIB, ha supuesto para la filial española un extraordinario incremento de su pasivo a largo plazo con su propio grupo, si además se compara con el endeudamiento a largo plazo necesario para financiar en parte, el resto lo ha sido con subvenciones del Estado, la construcción de sus dos plantas productivas. En efecto, el endeudamiento afecto a la compra de las acciones de GEEE a su sociedad matriz, la entidad holandesa GEIB, viene a suponer para la empresa española, a lo largo de los ejercicios posteriores, más de cinco veces el nivel de endeudamiento a largo plazo que ha sido necesario para la construcción de las plantas productivas, tanto de la propia sociedad como de su filial.

2. No se ha producido variación alguna en el control, dirección ni funcionamiento de la entidad adquirida, GEEE, pues el control de la gestión y dirección efectiva sigue estando, al igual que antes de las operaciones examinadas, en poder de la matriz GE Company, a través de la holding holandesa GEIB, sin que tampoco se haya producido ninguna variación en la organización y funcionamiento de las sociedades.

En efecto, la sociedad que vende a GEPESA el 100% de la holandesa GEEE, la también holandesa GEIB, opera respecto a la matriz del Grupo multinacional, GE Company, como una holding intermediaria en Europa. Cuando GEIB vende y aporta en el 2001 el 100% de GEEE a GEPESA, lo único que varía es que en vez de depender directamente GEEE de GEIB, pasa a depender indirectamente a través de la sociedad hoy actora GEPESA. Ahora bien, posteriormente en el 2004, GEEE vuelve a cambiar de titular directo, pues la española GEPESA deshace su inversión, transfiriéndola a otra entidad holandesa, GE Energy Netherlands BV, a su vez adquirida previamente a su matriz GEIB, de la que sigue dependiendo GEEE. Destaca la Administración que pese a transferirse los activos -acciones de GEEE- sólo tres años después de la tremenda inversión descrita, sin embargo no se transfiere correlativamente el endeudamiento vinculado a dicha adquisición, pudiendo haberlo hecho utilizando un mecanismo similar al que se utilizó en el ejercicio 2001, lo que hubiera determinado unos ingresos financieros compensadores de la carga financiera asumida al adquirir GEEE, y sin embargo se acude a la ampliación de capital, con lo que la cartera de GEEE se deslocaliza pero no la carga financiera asociada a la misma, que sigue recayendo sobre la sociedad española.

Además, hay que destacar que en los estados financieros de los años 1998 a 2000 de GEP -entidad cabecera del subgrupo de plásticos de GEEE a la que se atribuye mayoritariamente la elevada valoración atribuida a GEEE en la transmisión a GEPESA- que fueron aportados por la Hacienda holandesa, se expone que los estados financieros consolidados de GEP incluyen a aquellas sociedades sobre las que GEP tiene el "management control", con independencia de que se posea o no el control vía participación social, incluyéndose entre las sociedades controladas a la española GEPESA sobre la que GEP no ostentaba participación accionarial. Expone el TEAC en la resolución que se enjuicia, que evidentemente en el ejercicio 2001 y dado que la cartera de GEEE, cuyo componente principal son las acciones de GEP, se transfirió a GEPESA, la sociedad española tiene a partir de entonces la participación accionarial indirecta (a través de la adquirida GEEE); ahora bien "este dato no puede considerarse determinante de que la entidad española ejerza el control de GEP y sus filiales del subgrupo de plásticos, dado que de acuerdo con la normativa contable española, a diferencia de la holandesa que impide consolidar si no se ejerce el "management control", en atención a esa circunstancia consolida las cuentas de GEP, pero ello no significa que la filial española GEPESA controle a GEP", sino que, antes al contrario, es GEIB la que sigue "manteniendo el "management control" que tuvo antes y después de que GEEE pasara a depender directamente de GEPESA".

3. Tampoco puede considerarse que la entidad española haya asumido un papel más destacado en la política comercial del Grupo, convirtiéndose en centro de decisión comercial, pues de los datos obrantes

en el expediente se desprende, en línea con lo expuesto por la Administración, que sigue siendo la matriz norteamericana la que adopta dichas decisiones, a través de un responsable por cada línea de producto, y que sigue siendo Holanda el país cuya oficina comercial se encarga de controlar a nivel comercial, administrativo y logístico la totalidad de los pedidos, sin liderazgo alguno por la filial española.

4. En cuanto a la valoración de las acciones adquiridas, si bien la Inspección no rechazó dicha valoración, sin embargo sí deben destacarse una serie de "datos" que resultan significativos.

a) El patrimonio de la sociedad GEEE transmitida, que a finales del ejercicio 2000 tenía un valor contable de 850.370.000 €, fue valorado a la misma fecha, según el informe emitido por la compañía KPMG Corporate Finance Holanda, tal y como se afirma en el punto 3.1 del "informe de experto independiente", en 3.400 M €, esto es en cuatro veces más.

b) Esta valoración se basa en unas expectativas de incremento del beneficio que, como se ha expuesto anteriormente, resultaban muy superiores al promedio de otras empresas del sector.

c) Además, la sociedad GEEE había tenido pérdidas en los ejercicios 1999, 2000 y 2001 y había visto reducido su patrimonio, a 31 de diciembre de 2001, a casi la mitad del fundacional.

d) En los ejercicios 2003 y 2004 se producen las siguientes incidencias: en el ejercicio 2003 se redujo, vía dotación de la provisión por depreciación de la cartera de valores, el valor de la cartera de GEEE en 935.234.000.000. En la Memoria del ejercicio de GEPESA se expuso lo siguiente: "durante 2003 la Sociedad ha registrado una dotación a la provisión por depreciación de la participación en el capital social de GE Energy Europe BV, por importe de 935.234.000 euros correspondiente a las pérdidas del ejercicio 2003 de dicha sociedad y, principalmente, a las plusvalías tácitas adquiridas que se estima que no subsisten al 31 de diciembre de 2003". Si bien es cierto que esta dotación no tuvo efectos fiscales, debido al ajuste extracontable positivo realizado, sin embargo lo importante es resaltar el dato de que dos años después de la valoración realizada en el momento de la adquisición de GEEE y cuya valoración marcó el montante del endeudamiento de la filial española, se admite que "las plusvalías tácitas adquiridas...se estima que no subsisten al 31 de diciembre de 2003", añadiéndose en el Informe de Gestión del mismo ejercicio que "Durante el ejercicio 2003 la Sociedad ha revisado las proyecciones que se realizaron en su momento para la adquisición de GE Energy Europe BV, resultando en una depreciación extraordinaria de 618 millones de euros".

e) De conformidad con la información suministrada por las autoridades fiscales holandesas, la matriz GEIB tenía valorada la cartera de GEEE en el momento de su transmisión a la española en 1.061 M€, lo que comporta que, teniendo en cuenta que GEIB percibió por la transmisión de GEE a GEPESA 2.380 M€ en metálico por la venta del 70% y 1.020 M€ en acciones de la filial española en la ampliación de capital de ésta (30%), ha obtenido una plusvalía de 3.339 M€, lo que confirma esa "valoración agresiva" a que alude la Administración, dado que no se justifica ese extraordinario aumento de valor en dos años, y que partir de dicha fecha empieza a depreciarse.

5. Un dato más a valorar, por constituir un "plus" que aumenta la eficacia de la estrategia, es que la plusvalía obtenida está exenta de tributación en Holanda. Otro dato, que el endeudamiento afecto a la compra de las acciones de GEEE a su sociedad matriz, supuso para la entidad española más de cinco veces el nivel de endeudamiento a largo plazo necesario para la construcción de las plantas productivas. Otro más, que la entidad española en los ejercicios siguientes a haber contraído el préstamo, no hizo frente al pago de los intereses, de forma total en el ejercicio 2002 y parcial en el 2003, los que se capitalizaron, aumentando el pasivo, sin perjuicio de su deducción en la base imponible, transformándose en préstamo participativo un 40% del total pasivo en 2003.

Asimismo, apreció la Inspección que los intereses percibidos por el préstamo concedido por GEIB a través del centro de coordinación belga, no han tributado en Bélgica, ni en Holanda, ni en España por el concepto de IRNR.

Es cierto, tal como reconoce el TEAC, que la circunstancia de que la tributación efectiva de los intereses obtenidos por otra entidad del Grupo residente en otro país sea nula o mínima no es razón que justifique por sí misma la regularización de los correlativos gastos financieros, si bien no es menos cierto que supone "un elemento más de convicción acerca del propósito elusivo, pues que duda cabe que contribuye a perfeccionar el esquema diseñado, constituyendo un plus que aumenta la eficacia de la estrategia, el que, además de erosionar la base imponible española, sustrayendo a la tributación en España los beneficios del grupo fiscal español, se consiga colocar esos beneficios por la vía de plusvalía en la transmisión e intereses satisfechos en un país de reducida o nula tributación".

Además, a partir del 2003 GEIB ya no percibió los intereses toda vez que en enero de ese año satisfizo a su matriz, GE Holdings Luxembourg & Co, Sarl (GE Holding) un dividendo en especie por valor de 3.981 M€, señalando que una parte del dividendo son los préstamos otorgados a la sociedad española. Si bien es cierto que las autoridades de Luxemburgo informaron, tal y como se desprende del escrito aportado por la actora, que aquella entidad es residente en Luxemburgo y que no es una sociedad holding que disfrute de ventajas particulares, no es menos cierto que a partir de ese ejercicio 2003 una parte

importante se transformó en préstamo participativo, que únicamente devenga interés si se obtienen beneficios, siendo buena prueba de ello que, tal y como anteriormente se ha expuesto, en el ejercicio 2004 las dos primeras disposiciones de 476 M € cada una, transformadas en el ejercicio 2003 en préstamos participativos, no devengaron intereses.

Otro dato más a resaltar es que GEEE que, como se ha expuesto, declaró pérdidas en los ejercicios 1999, 2000 y 2001 y vio reducido su patrimonio (a 31 de diciembre de 2001) a prácticamente la mitad del fundacional, distribuyó en el ejercicio 2001 una parte de sus reservas por prima de emisión por importe de 56 M€, que la actora calificó en su Memoria del 2001 como dividendos, pero que no tuvo incidencia en su cuenta de Pérdidas y Ganancias al ir acompañado su cómputo como ingreso por la dotación, como gasto, de la provisión por depreciación de la cartera de valores motivada por la disminución de su neto patrimonial. En suma, se efectuaron dos ajustes extracontable iguales y de signo contrario, señalando el TEAC en la resolución que se revisa, sin que haya sido desvirtuado de contrario, que "aún cuando se pretenda justificar con ello la idoneidad de la adquisición de una cartera de valores, ello es relativo pues en ese mismo ejercicio en el que se han distribuido los 56 M€ (que no han computado como ingreso en la entidad española), le ha supuesto a ésta un gasto financiero (éste sí computado como tal) de 111,27 M€".

En último término, un dato que resulta relevante para la Sala es que en las operaciones realizadas no existe la intervención de ningún tercero, sino que todas las operaciones se llevan a cabo dentro del propio Grupo, pues por una sociedad del grupo se compra otra sociedad del mismo grupo y esa operación se financia con fondos procedentes de otra empresa del propio grupo, su matriz, generando importantes gastos financieros.

#### **Octavo.**

Ninguna dificultad tiene la Sala en compartir la fundamentación de los actos impugnados en cuanto a la normativa de cobertura y defraudada.

La normativa de cobertura esta representada por la normativa mercantil, en concreto normas reguladoras de los negocios jurídicos utilizados por el sujeto pasivo para conseguir su propósito elusorio y normativa fiscal, en concreto los artículos 10.3 y 20 de la Ley 43/1995, en cuanto que el primero de tales preceptos se remite para la determinación de la base imponible del Impuesto al resultado contable que, en principio, considera como gastos los gastos financieros derivados de deudas, sin que se establezcan más restricciones a los intereses devengados que la contenida en el artículo 20 de la Ley del Impuesto, que admite la deducibilidad de los intereses correspondientes a deudas con entidades no residentes vinculadas siempre y cuando el importe de la financiación no sea superior a tres veces el capital fiscal. La norma de subcapitalización prevista en el indicado precepto intenta evitar que las sociedades españolas puedan reducir la base imponible del Impuesto sobre Sociedades a través de deudas con entidades vinculadas no residentes que no se correspondan con las que obtendrían en condiciones normales de mercado. Por tanto, el artículo 20 de la Ley del Impuesto responde a esta finalidad y niega el carácter de gasto deducible a los intereses correspondientes al endeudamiento, directo o indirecto, con entidades vinculadas no residentes en la parte que exceda del resultado de aplicar el coeficiente tres al capital fiscal (recursos propios), pasando el exceso a considerarse retribución de capitales propios que no es deducible por aplicación del art. 14 de la Ley.

Consecuentemente, la finalidad de la norma es la de evitar la manipulación de la financiación de sociedades del grupo mediante la elección de capitalización o endeudamiento en función de motivos fiscales.

Ahora bien, la norma de subcapitalización parte del supuesto, tal y como se expresa en la resolución que declara el fraude de ley, de que las necesidades de financiación sean reales, pues de ser así, la financiación obtenida por una sociedad española de otra sociedad del grupo no residente generará unos gastos financieros que serán deducibles sin más límite que los que impone el referido art. 20 LIS.

Sin embargo, esto no es lo sucedido en el supuesto que se examina puesto que las operaciones de financiación entre empresas del grupo que originan los gastos financieros que minoran la base imponible del Impuesto sobre Sociedades, no surgen de la necesidad de financiar las actividades corrientes o las inversiones productivas de la sociedad prestataria, sino como consecuencia de operaciones de reordenación societaria realizadas con la única finalidad de generar dichos gastos y obtener con ello una menor tributación.

Tal y como declara la resolución que se revisa "...es cierto que el principio de libertad de empresa y el de autonomía de la voluntad para elegir los negocios jurídicos (compra, préstamo, ampliación de capital etc.) parecen abocar a concluir que eran deducibles los intereses devengados excepto si excediesen del límite impuesto por la norma de subcapitalización, que en el presente caso se respetaba, lo que refrendaría que las operaciones en cuestión no incurrieran en ninguna ilegalidad. Ahora bien, precisamente esta irreprochabilidad formal es lo que, atendido todo lo anteriormente expuesto, corrobora la existencia del fraude de ley. Las operaciones llevadas a cabo, en términos utilizados por el Tribunal Constitucional, no violan directamente el ordenamiento jurídico pero utilizan las vías ofrecidas por las propias normas

tributarias de una forma que no se corresponde con su espíritu para alcanzar el objetivo de disminuir la carga fiscal."

La Sala comparte el razonamiento de la resolución que se revisa, en cuanto declara:

"Es por ello que en el presente supuesto no se trata de encajar la actuación de la sociedad en el artículo 20 de la LIS , pues, de haber sido el caso, la regularización no hubiera procedido por fraude de ley sino por aplicación directa del precepto, sino de cuestionar los motivos reales de las transmisiones de participaciones que tienen lugar entre las empresas del grupo y los correlativos préstamos. A este respecto, obsérvese que la operación de adquisición de las acciones de GEEE se ha diseñado en dos fases, así expuesto en el mismo contrato: una primera compra del 70% y en una segunda fase, ampliación de capital con aportación del 30%, de manera que con esta última operación se evitaba incurrir en la subcapitalización que, de lo contrario, se produciría con el previo endeudamiento generado para la adquisición del 70%.

Como puede apreciarse, la ampliación de capital por el 30% por el que se ha valorado GEEE, resultaba necesaria para reducir hasta niveles cercanos al valor límite 3 el coeficiente de subcapitalización previsto en el artículo 20 LIS , que de lo contrario, contraído el endeudamiento de la compra en 2.380 M€ se hubiera incrementado un 673% respecto del ejercicio anterior. De este modo, respetando el tenor del artículo 20, que no se incumple, simultáneamente se ha creado en la entidad española un ingente pasivo a favor de la propia matriz vendedora, cuyos intereses reducen notablemente los beneficios tributables".

Entramos, pues, a examinar las normas defraudadas que no son otras que el art. 4.1 de la Ley 43/1995 e igualmente del Texto Refundido, que define el hecho imponible como "la obtención de renta, cualquiera que fuera su fuente u origen por el sujeto pasivo" y el artículo 10.3 que concibe la base imponible como constituida por el importe de la renta en el periodo impositivo minorada por la compensación de bases imponible negativas de periodos impositivos anteriores, señalando que en el régimen de estimación directa la base imponible se calculará corrigiendo, mediante la aplicación de los preceptos establecidos en esta ley, el resultado contable.

En este sentido, tal y como declara la Administración, se pone de manifiesto que la sociedad española y el grupo fiscal que constituye con sus filiales también residentes en España, grupo 73/96, ve drásticamente minorados sus resultados con los gastos financieros derivados de la adquisición de las participaciones de la entidad no residente del grupo. Comparte la Sala la conclusión alcanzada en la resolución que se revisa, consistente en que "Así, la conducta del sujeto pasivo cumple con el literal del artículo 10.3 y 20 de la LIS , pero con ello defrauda precisamente el mandato del artículo 4, toda vez que el grupo español no ha tributado por los beneficios reales obtenidos en España. Por ello, si la base imponible ha de ser fiel reflejo de la obtención de la renta por el sujeto pasivo, ello exige la corrección de la misma cuando las operaciones del sujeto pasivo se han efectuado en fraude de ley precisamente con el fin de desvirtuar la renta real obtenida".

A lo expuesto no obsta el carácter "amplio" de los preceptos citados, pues el fraude de ley se refiere al hecho imponible, en cualquiera de sus elementos integrantes, y por tanto, también, de la base imponible. Ya expuso esta Sala con anterioridad que:

"...el hecho imponible sólo se trae a colación en la definición de fraude de ley ...para poner de manifiesto que no se incurre en una prohibida analogía cuando se califican los hechos actos o negocios conforme a su verdadera naturaleza real, al margen de las apariencias, lo que no significa que la norma de cobertura haya de venir referida, únicamente, a la existencia o no del hecho imponible, de forma que lo que se busque sea una no sujeción (pues ni siquiera la exención, que presupone el acaecimiento del hecho imponible, quedaría bajo el ámbito objetivo del fraude, en la muy restrictiva visión de la demanda), sino que caben otras posibilidades, como la utilización de una norma de valoración diferente que afecte a la base imponible, la desviación del beneficio a terceros que tributen a un tipo de gravamen inferior y, en suma, a cualquier maquinación destinada a cumplir el propósito de eludir la contribución, o, en otras palabras, a aparentar una capacidad contributiva inferior a la que realmente derive de los actos o negocios traslativos contemplados.

El fraude de ley no consiste sólo en no pagar ningún impuesto, esto es, en eludir por completo el cumplimiento del deber fiscal, sino que, sin ningún género de dudas, puede igualmente consistir en la utilización de artificios para reducir cuantitativamente el importe de la deuda que se ingresa, como ya hemos visto".

Por otra parte, tampoco cabe aducir la coincidencia entre norma de cobertura y norma defraudada, pues dicha posibilidad ha sido admitida por el Tribunal Supremo en Sentencia de fecha 18 de abril de 2010 -rec. casación 96/2007 -, entre otras, en la que se declara:

«Sin embargo, la alegación no puede ser estimada, entre otras razones porque como bien apunta la sentencia de instancia, existe la posibilidad de que coincidan norma de cobertura y norma defraudada.

Siempre se pone de ejemplo de la coincidencia de norma de cobertura y norma eludida el llamado

fraude intrínseco, que tiene lugar cuando se trata de amparar la actuación en la letra de la Ley desconectando totalmente de su espíritu, sancionado ya en el Derecho Romano (Digesto 1.3.29), al margen de que hoy se entienda fácilmente detectable como acto "contra legem" a partir de una interpretación que tenga en cuenta el sentido lógico de la norma y, por tanto, también su espíritu.

Otro caso de coincidencia de norma de cobertura y norma aludida, aún cuando tenga cierta similitud con el antes indicado, es el de conductas que pretenden ampararse en lo que las leyes no dicen a fin de evitar un mandato imperativo de la misma, poniéndose como ejemplo la aportación a sociedad de una finca urbana sujeta a arrendamiento cuando la ley concede un derecho de preferente adquisición al arrendatario en caso de venta.

En fin, la posibilidad de coincidencia ha de admitirse siempre a partir de una concepción moderna del fraude como es la que se establece en el Código Civil, cuyo artículo 6.4 no coloca frente a la norma de cobertura otra concreta y distinta, sino el ordenamiento jurídico en su conjunto, al señalar 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 hubiera tratado de eludir". Y no puede olvidarse que la Sentencia del Tribunal Constitucional 120/2005, de 10 de mayo, señala que "el concepto de fraude de ley tributaria no difiere el concepto de fraude de ley ofrecido por el art. 6.4 del Código Civil "».

### **Noveno.**

Concorre igualmente el elemento del resultado equivalente, toda vez que, como se ha expuesto anteriormente, el grupo mantiene los mismos porcentajes de participación en las sociedades afectadas, no ha existido variación significativa en la gestión y administración de las sociedades afectadas y tampoco se han alterado los recursos del grupo, pues se financia la adquisición con recursos del grupo, un préstamo y una ampliación de capital, por lo que la situación del grupo antes y después de las operaciones enjuiciadas es exactamente la misma.

En definitiva, tal y como declara la resolución de fraude de ley, "la situación del grupo antes y después de las operaciones descritas...es exactamente la misma. Lo que no se puede negar tampoco es que estas operaciones sí han tenido un claro efecto para la Hacienda española que ha visto reducir las bases imponibles declaradas GE Plastics España con motivo de la deducción de unos intereses vinculados a estas operaciones que tienen como único objeto precisamente éste, pagar menos impuestos".

Asimismo, resulta acreditada la artificiosidad que, como indicio o característica del fraude, lo diferencia de la economía de opción. En efecto, el sujeto pasivo crea artificiosamente las condiciones que determinan el resultado pretendido, lo que se desprende de la operativa desarrollada.

En resumen, cuando todas estas operaciones, en su conjunto consideradas, no responden a una lógica empresarial pues la compleja operativa se revela innecesaria y contraria a la eficiencia económica, de modo que no se habría llevado a cabo de no ser por la ventaja fiscal, la finalidad elusoria resulta evidente, pudiendo tenerse por probada la existencia de un propósito elusorio del impuesto que es otro de los requisitos constitutivos del fraude de ley en el art. 24 LGT : "...cuando se graven hechos, actos o negocios jurídicos realizados con el propósito de eludir el pago del tributo...", que queda acreditado cuando, conforme a lo expuesto, los motivos invocados en la demanda no son en absoluto convincentes.

Frente a ello no cabe oponer las conclusiones alcanzadas por los peritos en los tres informes acompañados por la actora con su escrito de demanda que, a su juicio, "acreditan" que las operaciones realizadas son "empresarialmente racionales, tanto desde el punto de vista económico, estratégico como financiero, más allá de cualesquiera efectos fiscales que puedan producir, respondiendo íntegramente a una motivación empresarial innegable". En efecto, la controversia examinada, conformidad o no a Derecho de la declaración de fraude de Ley, no puede resultar alterada por los referidos informes que la actora acompaña, al tratarse de una cuestión jurídica cuya apreciación corresponde a este Tribunal. Las opiniones contenidas en los citados informes, que si bien formalmente resultan admisibles, no pueden aceptarse en su contenido como base de la controversia jurídica, toda vez que, como bien conoce la parte actora, la materia de interpretación de las normas es atribución exclusiva del tribunal sentenciador, que no precisa de auxilio alguno en esa tarea esencial. En resumen, aceptar que fuesen los peritos en los informes emitidos y que la parte acompañó a su escrito de demanda, quienes interpretando las mismas normas que son objeto de debate procesal, ofreciesen una solución, señalando si resultaba o no procedente la declaración de fraude de Ley examinada, sería tanto como deferir a la decisión de éstos el proceso mismo.

### **Décimo.**

Reitera la recurrente, al igual que hiciera en la vía económico-administrativa previa, la preferente aplicación de las normas sobre subcapitalización y operaciones vinculadas, señalando que el art. 16 de la Ley del Impuesto sobre Sociedades resulta aplicable "no sólo porque es una norma especial, que excluye la general del art. 24 de la LGT, sino también porque, como acertadamente aprecia el TJUE, la aplicación de

criterios de mercado a las transacciones realizadas es el único baremo que puede utilizarse para enjuiciar si el motivo de la transacción intragrupo era la elusión fiscal", añadiendo que "no hay ninguna norma que permita desconocer una operación real en el seno de un grupo empresarial desarrollada en el marco de la libertad de empresa garantizada por el artículo 38 de la Constitución . Sólo las normas especiales sobre operaciones vinculadas permiten atribuir determinados efectos fiscales a ciertas operaciones para situarlas en pie de igualdad con los operadores económicos independientes".

La Sala ratifica el criterio de la Administración en cuanto recuerda que no estamos ante un problema de precios de transferencia, por lo que no resulta de aplicación el artículo 16 de la Ley del Impuesto sobre Sociedades . En efecto, que el expediente no versa sobre precios de transferencia queda claro desde el momento en que el objeto de la discusión es la validez o licitud del conjunto de las operaciones realizadas, y no si su valoración es adecuada o no, razón por la cual no se entiende aplicable el artículo 16 que regula qué normas deben seguirse para valorar las operaciones vinculadas. Así, como recuerda la Inspección, lo que se discute no es una cuestión de valoración de operaciones, sino la cuestión previa de determinación de la renta cuya obtención constituye el hecho imponible, de forma que nos encontramos ante un supuesto en que se pretende hacer valer la obtención de una renta negativa, "artificialmente" generada a través del complejo entramado que se enjuicia, a fin de que la obtención de una renta positiva obtenida por la entidad operativa del grupo en España quede sin tributar en contra del espíritu de las normas que, en palabras del TC, constituyen las vías ofrecidas por las propias normas tributarias.

Así, pues, no se trata de la aplicación directa de un precepto, artículo 16 LIS y normas sobre precios de transferencia, sino "de destacar cómo los datos acreditados en el expediente conjuntamente valorados coadyuvan a la artificiosidad y «rodeos» característicos del fraude de ley".

Por lo que respecta a la norma prevista en el artículo 20 de la LIS , ya se ha expuesto en esta resolución que la referida norma de subcapitalización intenta evitar que las sociedades españolas puedan reducir la base imponible del Impuesto sobre Sociedades a través de deudas con entidades vinculadas no residentes que no se correspondan con las que obtendrían en condiciones normales de mercado. Por tanto, el artículo 20 de la Ley del Impuesto responde a esta finalidad y niega el carácter de gasto deducible a los intereses correspondientes al endeudamiento, directo o indirecto, con entidades vinculadas no residentes en la parte que exceda del resultado de aplicar el coeficiente tres al capital fiscal (recursos propios), pasando el exceso a considerarse retribución de capitales propios que no es deducible por aplicación del art. 14 de la Ley. Consecuentemente, tal y como se ha expuesto, la finalidad de la norma es la de evitar la manipulación de la financiación de sociedades del grupo mediante la elección de capitalización o endeudamiento en función de motivos fiscales.

Ahora bien, la norma de subcapitalización parte del supuesto, tal y como se expresa en la resolución que declara el fraude de ley, de que las necesidades de financiación sean reales , pues de ser así, la financiación obtenida por una sociedad española de otra sociedad del grupo no residente generará unos gastos financieros que serán deducibles sin más límite que los que impone el referido art. 20 LIS .

Sin embargo, esto no es lo sucedido en el supuesto que se examina puesto que las operaciones de financiación entre empresas del grupo que originan los gastos financieros que minoran la base imponible del Impuesto sobre Sociedades, "no responden, en estos casos, a las necesidades de financiación de las operaciones corrientes o de inversiones productivas de las sociedades españolas, sino a reajustes de participaciones del grupo sin otra motivación que la fiscal".

En efecto, en el supuesto enjuiciado, no se cuestiona la validez o legalidad de cada una de las operaciones realizadas, sino todo el conjunto de operaciones, sobre la base de considerar que las transmisiones de participaciones entre empresas del grupo y con financiación de empresas del grupo no presentan un contenido económico real sino que tienen como motivo único el fiscal de reducción de la base imponible, por lo que las necesidades de financiación no son reales, sino que se han articulado las operaciones de trasvases de participaciones intragrupo para provocar una aparente necesidad de financiación. En este sentido, tal y como se recoge en la resolución que se revisa, "se evita el incurrir en una vulneración flagrante del artículo 20, merced a una adecuada combinación de ampliación de capital y de endeudamiento con el grupo, parte del cual acaba transformándose en préstamo participativo. Precisamente en ese cuidado detalle con que se traza la delimitación y combinación entre ampliación de capital con prima de emisión y endeudamiento directo, con posterior conversión en préstamo participativo, a fin de evitar incidir en un supuesto de subcapitalización, y a la vez contraer el máximo de pasivos financieros, minorando el resultado contable en los intereses, se revela con mayor nitidez la figura del fraude de ley, al resaltar tanto la artificiosidad del montaje como la exclusiva finalidad fiscal".

Por este mismo motivo se entiende que las sentencias y resoluciones que trajo a colación el contribuyente en sus alegaciones no eran aplicables al caso pues se refieren a supuestos de hecho distintos a los que aquí se enjuician; debiendo, no obstante, destacar, en relación con las conclusiones que extrae el contribuyente de la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas que cita y de las Directrices de la OCDE sobre precios de transferencia, que, en ningún caso, se puede deducir que un elemento sustancial sea la pertenencia de las sociedades intervinientes a un Grupo multinacional, como tampoco que sea relevante el que dichas sociedades estén domiciliadas en una u otra jurisdicción fiscal, y

por tanto no se puede sostener que el tratamiento de las mismas "artificiosas" operaciones efectuadas por sociedades independientes, residentes o no en España, hubiera sido diferente al que aquí se examina.

Tampoco pueden ser acogidas las alegaciones de la actora relacionadas con la normativa española y perfil de los E.T.V.E.s, pues amén de que la entidad no se acoge al régimen fiscal de los E.T.V.E.s hasta el ejercicio 2003, por lo que no resulta de aplicación al ejercicio 2001 en el que se declara realizada en fraude de ley la operativa que se enjuicia, es que además no se cuestiona en este recurso el citado régimen fiscal de los E.T.V.E.s, sino la utilización "interesada" de las normas nacionales para generar unos gastos financieros deducibles en esta jurisdicción, con una tributación privilegiada, en otra, de los correlativos ingresos financieros. En efecto, el objeto que se ha perseguido con los negocios examinados, el principal de la compraventa con préstamo y el subsidiario de la ampliación de capital, ha sido la creación de un importante pasivo en la filial española, a favor de la matriz, ajeno a la financiación vinculada a su actividad ordinaria, que permitirá a la sociedad vía intereses del préstamo y, por tanto, deducibles como gasto en la filial española, una importante reducción de los beneficios tributables, bien en el mismo ejercicio de contabilización del gasto, bien mediante la creación de bases imponibles negativas con extensos periodos para compensar beneficios futuros. De otro lado, el ingreso financiero correlativo al gasto en España, no tributa ni en Bélgica ni en Holanda, tal y como ya se ha expuesto. Es cierto que la opción por un régimen fiscal beneficioso no supone, necesariamente, la existencia de prácticas fiscales abusivas, no pudiendo tampoco cuestionarse el que las empresas en general y los grupos multinacionales en particular, procuren planificar su fiscalidad al objeto de reducir en lo posible su carga tributaria. Ahora bien, ello es distinto a que la ventaja fiscal sea el componente decisivo, como ocurre en el supuesto que se enjuicia, en la realización de los negocios jurídicos examinados que, como ya se ha expuesto, no tienen otro objeto que el de generar una reducción sustancial de los resultados derivados de la actividad de la sociedad española.

En suma, considera la Sala, ratificando la conclusión alcanzada por la Administración, que la sociedad matriz tenía mecanismos alternativos utilizados en ejercicios posteriores (utilización del préstamo participativo con devengo restringido de intereses, utilización en exclusiva o en gran porcentaje de la vía de la aportación no dineraria) para transferir la cartera de GEEE a la sociedad española sin gravar por ello, o al menos de la forma tan "agresiva" en que se ha hecho a la sociedad española, mecanismos que no han sido utilizados en dicha adquisición y ello aún cuando, uno de ellos, el de la aportación no dineraria, sí ha sido utilizado de forma exclusiva para la posterior transferencia de la cartera referida a otra sociedad del grupo, lo que, tal y como se recoge en la resolución que declara el fraude de ley, "ha determinado un tratamiento totalmente asimétrico de la carga financiera generada por la cartera de GE Energy, que sigue recayendo sobre la entidad española sin compensación alguna por la posterior transmisión, lo que no es sino otro indicio de cual ha sido la motivación fiscal de los negocios jurídicos debatidos".

### **Undécimo.**

Asimismo, la actuación de la recurrente no puede ampararse en la economía de opción, como pretende. Respecto de la económica de opción ha declarado el Tribunal Supremo en Sentencia de 20 de septiembre de 2012 -rec. cas. num 631/2009-, lo siguiente:

«Tampoco cabe, finalmente, presentar el fraude de ley cometido como ejercicio de la economía de opción.

Como hemos dicho en la sentencia de 22 de marzo de 2012 (rec. cas. 2293/2008 ), la llamada economía de opción sólo puede concurrir en aquellos casos en los que el ordenamiento jurídico abre al sujeto distintas posibilidades de actuación, a las que podría acomodar la suya propia en función de sus particulares intereses y expectativas. Se trata, así, de un supuesto, en el que resulta indiferente, desde la perspectiva del ordenamiento, que el particular se decante por una u otra de las alternativas posibles, todas igualmente legítimas ( STS de 27 de enero de 2010 rec. cas. 5670/2004 ).

En esta línea, el Tribunal Constitucional, STC 46/2000 , rechaza las que califica de "economías de opción indeseadas", considerando como tales "la posibilidad de elegir entre varias alternativas legalmente válidas dirigidas a la consecución de un mismo fin, pero generadoras las unas de alguna ventaja adicional respecto de las otras", y que tienen como límite "el efectivo cumplimiento del deber de contribuir que impone el artículo 31.1 de la Constitución " y de una más plena realización de la justicia tributaria (pues "lo que unos no paguen debiendo pagar, lo tendrán que pagar otros con más espíritu cívico o con menos posibilidades de defraudar" como se dijo en la sentencia 110/1984, de 26 de noviembre ). En consecuencia, "si bien el respeto al expresado principio plasmado en el artículo 31.1 CE no exige que el legislador deba tomar en consideración cada una de las posibles conductas que los de su autonomía patrimonial" (en sentido similar, STC 214/1994, de 14 de julio ), no es menos cierto que del mismo puede deducirse que la Ley debe necesariamente arbitrar los medios oportunos o las técnicas adecuadas que permitan reflejar la totalidad de los rendimientos obtenidos por cada sujeto pasivo en la base imponible del ejercicio" (FD Tercero).

La sentencia de 29 de marzo de 2010 (rec. cas. núm. 7552/2005 ) proscribía esta posibilidad en determinados supuestos:

"La admisibilidad de la "economía de opción" o "estrategia de minoración de coste fiscal" puede ser admitida en cuanto no afecta ni al principio de capacidad económica ni al de justicia tributaria. En este sentido, aparece fundada en el principio de autonomía de la voluntad, en la libertad de contratación establecida en el artículo 1255 del Código Civil y produce un ahorro fiscal que no es contrario al ordenamiento jurídico. Ahora bien, aunque la precisión conceptual de la "economía de opción" no es fácil y tampoco son nítidos sus límites, ha de entenderse que, en cualquier caso, no incluye las actuaciones que incidan en cualquier tipo de negocio jurídico anómalo, fraude de Ley, abuso de derecho, ni, en general, aquellos criterios que comporten una exención de la norma al amparo de una interpretación errónea o improcedente, por extensiva, para incluir supuestos no contemplados por la Ley al ser contrarias a su finalidad. En este sentido, la "economía de opción" que comporta una discrepancia interpretativa no alcanza a comprender el intento de una minoración de la base o de la deuda tributaria mediante actos o negocios que, individualmente o en su conjunto, sean notoriamente artificiosos o impropios para la consecución del resultado obtenido y que de su utilización no resulten efectos jurídicos o económicos relevantes distintos del ahorro fiscal. Previsión hoy explícita en el artículo 15 de la actual Ley General Tributaria en lo que denomina "conflicto en la aplicación de la norma tributaria", y que, aunque la vigencia de la norma sea posterior a los actos administrativos que se revisan, viene a confirmar una conclusión a la que se debía llegar mediante una interpretación teleológica de las normas tributarias entonces vigentes, conforme al artículo 23.1 LGT/1963 , eliminando la ventaja fiscal que se trata de obtener como único y exclusivo objetivo de las operaciones realizadas.

Este es también el criterio que refleja la doctrina del TJCE (Cfr. STJCE de 21 de febrero de 2006 , Halifax, Ar. C 255/02 y University of Huddersfield, Ar. C 223/03) que aprecia abuso de derecho cuando se aprecien cumulativamente dos requisitos:

- a) que la ventaja fiscal que se pretende sea contraria al objetivo y finalidad de las normas aplicables;
- b) que del conjunto de elementos objetivos concurrentes resulte que la finalidad esencial de las operaciones por las que se reclama una exención o minoración de la carga tributaria consista precisamente en obtener tal ventaja fiscal.

Dicho en otros términos, la doctrina del abuso del derecho se inscribe en el ámbito de la correcta exégesis de las normas que han de aplicarse al supuesto concreto, teniendo en cuenta el criterio de la interpretación teleológica debe prevalecer frente a la interpretación estrictamente literal.

El uso legítimo de la economía de opción tiene como límite la artificiosidad que se crea en el negocio jurídico cuando tiene por exclusiva finalidad la reducción tributaria en detrimento de la finalidad de la norma cuya aplicación se invoca. Cuando el contribuyente traspasa el límite que representa la aplicación común de la norma para utilizarla contrariando su finalidad y espíritu no puede invocarse el principio de seguridad jurídica, pues es lógico pensar que el legislador es contrario a admitir el fraude a los intereses recaudatorios.

En los supuestos de abuso de derecho lo procedente es restablecer la situación que se ha pretendido evitar con el uso indebido de las formas jurídicas y hacer tributar de acuerdo con la naturaleza de la esencia o naturaleza del negocio jurídico realizado" (FD Tercero).

En igual sentido se pronuncian las Sentencias de esta Sala y Sección de 24 de mayo de 2010 (rec. cas. núm. 2053/2005), FD Tercero ; de 29 de marzo de 2010 (rec. cas. núm. 7552/2005), FD Tercero; de 1 de marzo de 2010 (rec. cas. núm. 9645/2004), FD Sexto; de 16 de noviembre de 2009 (rec. cas. núm. 3862/2007), FD Tercero; y de 20 de octubre de 2008 (rec. cas. núm. 2825/2006 ), FD Tercero».

En el presente supuesto, la actuación de la recurrente no puede ampararse en la economía de opción, como pretende, pues mal puede hablarse de economía de opción cuando para perseguir un fin fiscal se utilizan formas jurídicas insólitas en detrimento de la Hacienda Pública. Así, el empleo de formas jurídicas insólitas y desproporcionadas para evitar el efecto exigido por el ordenamiento jurídico tributario diferencia a los actos y negocios anómalos, indirectos, fraudulentos o simulados, de los actos lícitos, desde el punto de vista fiscal, que pueden ampararse en la denominada economía de opción, sin perjuicio de recordar que el Tribunal Constitucional, en su Sentencia 46/2000 , ha rechazado las que califica de "economías de opción indeseadas", considerando como tales "la posibilidad de elegir entre varias alternativas legalmente válidas dirigidas a la consecución de un mismo fin, pero generadoras las unas de alguna ventaja adicional respecto de las otras", y que tienen como límite "el efectivo cumplimiento del deber de contribuir que impone el artículo 31.1 de la Constitución y de una más plena realización de la justicia tributaria (pues «lo que unos no paguen debiendo pagar, lo tendrán que pagar otros con más espíritu cívico o con menos posibilidades de defraudar» como se dijo igualmente en la Sentencia del Tribunal Constitucional 110/1984, de 26 de noviembre , en su fundamento jurídico tercero, a propósito de las citadas "economías de opción".

#### **Duodécimo.**

Por lo que respecta a la denunciada desviación de poder, más allá de las conjeturas que expresa la recurrente, en cuanto plantea de forma genérica la hipótesis de un uso desviado o torticero de las potestades tributarias, sus alegaciones únicamente discurren en el campo de las suposiciones, pues tal alegato no se acompaña, como sería exigible, de una exposición de los objetivos que, diferentes de los legalmente previstos para los actos administrativos aquí revisados, habría perseguido la Administración recurrida ( art. 70.2 de la LJCA ), pues ésta se ha limitado a ejercitar precisamente las potestades tributarias encaminadas al adecuado cumplimiento de las competencias que la Ley define, sin perjuicio de que, en el desarrollo de tal actividad, se hubiera incumplido la ley, lo que no sería en rigor desviación de poder, sino eventual causa de nulidad por infracción del concreto deber de que se tratase.

Es jurisprudencia reiterada y constante, surgida al amparo de la vieja Ley de Procedimiento Administrativo pero que conserva toda su vigencia, que la desviación de poder requiere una prueba, al menos indiciaria o semiplena, acerca del uso por parte de la Administración de sus potestades para fines distintos a los previstos por el ordenamiento jurídico en cada caso, sin que baste para acreditar su concurrencia con las meras sospechas o indicios infundados. Además, la imputación que al respecto se efectúa en la demanda no se completa con la definición de la finalidad realmente perseguida -y con desviación del fin natural del acto-, por lo que se trata de una alegación inconcreta, inhábil de suyo para sustentar el supuesto carácter desviado del acto.

En suma, las alegaciones de la demanda no han sido completadas con la prueba pertinente dirigida a la demostración de la finalidad desviada de la actividad administrativa puesta en tela de juicio y, menos aún, de que supongan un uso de la potestad ejercitada para fines distintos de los propios de ese acto, pues del acuerdo que declara la existencia de Fraude de Ley y del acto de liquidación subsiguiente no se extrae, ni subjetiva ni objetivamente, otra intención que la de regularizar la situación tributaria de la sociedad comprobada.

### **Decimotercero.**

Asimismo aduce la vulneración del derecho comunitario y de los Convenios para evitar la doble imposición suscritos con Holanda, Luxemburgo y Estados Unidos, así como infracción de la libertad de establecimiento, de la libre circulación de capitales y del principio de confianza legítima.

Sostiene que la discriminación surge cuando en lugar de aplicar las normas sobre operaciones vinculadas para valorar con criterios de mercado las operaciones realizadas se acude a un mecanismo excepcional como el fraude de Ley, en virtud del cual se ignoran las operaciones realizadas y los gastos fiscales asociados a ellas en razón exclusivamente del ámbito internacional del grupo y de las sociedades intervinientes.

La Sala ratifica en este punto la decisión de la Administración en el sentido de que ha de rechazarse la discusión en términos de conculcación de normas internacionales (Convenios de Doble Imposición, normativa comunitaria europea) o discriminación de entidades pertenecientes a un grupo multinacional en circunstancias que permitirían la consolidación a un grupo de matriz nacional. En efecto, no se cuestiona la deducibilidad de unos gastos o la consolidación entre dos entidades residentes porque estén insertas en un grupo multinacional sino porque se demuestre que no responde a una finalidad económica empresarial auténtica y fundada, de forma que se hubiera cuestionado igual y se hubiera concluido en el mismo sentido de tratarse de un grupo de matriz nacional con idéntica actuación. En efecto, si la operativa examinada y su "abusiva" utilización de las normas sobre consolidación y composición de la base imponible hubiese sido desplegada por un Grupo totalmente nacional, la conclusión hubiera sido la misma y la aplicación de la figura del fraude de ley y la reacción del ordenamiento jurídico ante ella idéntica "porque ni las normas ni la aplicación que de ellas ha hecho la Inspección autoriza a concluir el supuesto trato de diferencia que la reclamante trata de presentar". Tal y como recoge la resolución que se revisa "...el fundamento de la calificación de fraude de ley, como ya se ha resaltado, tampoco radica en la minimización de tributación o, en su caso, no tributación efectiva de los intereses obtenidos por la no residente del Grupo, aunque ello sea un elemento más de convicción; si esta circunstancia hubiera podido darse en un centro financiero localizado en España, de un grupo autóctono y concurren los mismos elementos configuradores del fraude de ley, la conclusión hubiera sido la misma. Se reitera que el fundamento de la regularización no radica, ni comporta un juicio peyorativo de los grupos multinacionales ni en que en las transacciones y préstamos intervengan sociedades residentes en diversos estados...La reprobación no se produce por tratarse de empresas multinacionales sino porque se han utilizado unos instrumentos, unas vías ofrecidas por las normas tributarias, en palabras del Tribunal Constitucional, contrariando el espíritu de las mismas. No subyace, por tanto, como se pretende hacer aparecer, ninguna discriminación a no residentes, ni el Acuerdo declarativo del fraude supone vulneración alguna del Derecho Comunitario; la regularización propuesta se hace a una residente, no se modifican valores que puedan afectar a no residentes ni determinan para las mismas obligaciones tributarias en España; y la circunstancia de que haya implicadas entidades no residentes no es en modo alguno lo determinante de la tacha; como ya se ha dicho, sería igual si la operativa se hubiera llevado a cabo sólo entre entidades residentes".

En definitiva, no se puede hablar de trato discriminatorio puesto que los fundamentos de la resolución que declara el fraude de ley no se basan en la residencia de las entidades intervinientes ni en su pertenencia a grupos multinacionales, sino que lo que se enjuicia es la licitud de unas operaciones en función de las circunstancias objetivas que concurren en las mismas, en las que se aprecia el abuso de derecho en su realización, dándose la circunstancia de la participación en dichas operaciones de entidades que pertenecen a grupos multinacionales, pero sin que la residencia fiscal de ninguna de dichas entidades ni el régimen fiscal que les resulta aplicable en sus países de residencia sea un elemento decisivo a la hora de calificar dichas operaciones, pues tal y como declara la Administración "la misma calificación se hubiera propuesto si hubieran intervenido entidades con otra residencia y hubieran concurrido los mismos elementos fácticos".

Debe reiterarse que los gastos financieros que en este caso se discuten no fueron satisfechos por una entidad española para realizar adquisiciones a terceros (en este caso de acciones), de forma que la titularidad de las mismas fuera incorporada por primera vez al grupo económico, sino que dichas acciones ya eran del Grupo y las operaciones de reestructuración realizadas no se han efectuado para financiar inversiones o gastos corrientes, sino únicamente para "remansar" gastos que redujeran las bases imponibles de la entidad española.

Por ello, los argumentos alegados en relación con las sentencias del TJCE no resultan de aplicación, pues ni la condición de no residente de la matriz ni de las entidades del grupo intervinientes, ni la deducibilidad de los gastos financieros de grupos multinacionales, se pone en cuestión, y ni siquiera se alude a ella como fundamento alguno, únicamente se cuestiona la artificiosa forma en que se sitúa una carga financiera en España, siendo irrelevante a estos efectos donde se encuentre el domicilio de la matriz o de otras entidades intervinientes y su condición de sociedades no españolas o pertenecientes a un grupo español. La regularización que se propone se basa en la concurrencia de los elementos que configuran el fraude de ley, sin que se valore ninguna otra circunstancia.

En consecuencia, no se está aplicando una norma a entidades no residentes que no deba aplicarse a entidades residentes, ni se está dispensando trato distinto a unas y otras, por lo que no hay discriminación alguna ni se está contraviniendo la doctrina del TJCE, ni infringiendo el principio de libertad de establecimiento.

Igual conclusión desestimatoria se alcanza respecto de la supuesta vulneración de los Convenios de Doble Imposición pues, nuevamente se reitera, que ni el acuerdo declarativo de fraude de Ley, ni la regularización lleva a cabo, tienen su fundamento en la aplicación de las normas sobre operaciones vinculadas, ni en la vulneración de la norma sobre subcapitalización, por lo que no resultan de aplicación los preceptos de los Convenios de Doble Imposición que regulan la materia.

A lo expuesto se añade que la liquidación impugnada no implica tampoco obligación tributaria alguna para entidades no residentes en España y residentes en países convenidos, que pudiera determinar la aplicación de un Convenio de Doble Imposición, ni se niega a éstas la deducibilidad de un gasto, pues es al grupo fiscal español al que se examina, ni tampoco aplica valoración alguna de transacciones entre entidades vinculadas que pudiera circunscribirse al ámbito de los precios de transferencia del art. 9 del Modelo de Convenio para evitar la doble imposición. No se trata de distribuir potestades tributarias a la hora de gravar rentas ni de evitar una doble imposición que en el presente caso, como se ha razonado, no concurre.

#### **Decimocuarto.**

Alega, seguidamente, que no existe la más mínima justificación en el expediente de porqué el gasto financiero incurrido por GEPESA como consecuencia de las adquisiciones de la sociedad holandesa GEEE es rechazado por la Delegación Central y, en cambio, el incurrido por la misma sociedad GEPESA y en el mismo ejercicio como consecuencia del préstamo obtenido para financiar la adquisición de la sociedad española GE Capital Largo Plazo SL, dedicada al arrendamiento de vehículos, sí es admitido por la Delegación Central y se considera deducible a efectos fiscales, no habiendo sido objeto de regularización, lo que a juicio de la actora vulnera la libertad de establecimiento y de circulación de capitales tanto de GEPESA como de GEIB.

La alegación de la parte no puede ser aceptada por la Sala, pues ni existe identidad entre ambos supuestos, pues haya datos que diferencian ambas compraventas (rama de la actividad en la que actúan las sociedades compradas), ni el hecho de que no haya sido objeto de regularización la compraventa de acciones de la sociedad GE Capital Largo Plazo SL puede comportar, en forma alguna, la existencia de un acto propio de la Administración, máxime teniendo en cuenta que, como esgrime el Abogado del Estado en su escrito de contestación a la demanda, no puede pretenderse la aplicación del principio de igualdad para extenderlo a situaciones antijurídicas.

En último término, aduce la nulidad de la resolución del TEAC por la vulneración de las normas en materia de prueba.

Igual suerte desestimatoria que los anteriores debe correr dicho motivo bastando para ello con

recordar la doctrina constitucional sobre la materia de la que es un ejemplo la STC 1/1996 . La tesis que se infiere de dicha sentencia, que en este punto ratifica una consolidada doctrina anterior del Tribunal Constitucional que también ha sido posteriormente confirmada, es la de que para que una denegación de prueba, aún indebida, tenga como consecuencia la anulación del acto administrativo, es preciso que la citada infracción procesal haya causado en el recurrente una indefensión material, siendo por lo tanto determinante del fallo. Efectivamente, como subyace en las alegaciones de la recurrente, es conveniente que los órganos inspectores y revisores aprecien con flexibilidad los requisitos de procedencia para la admisión y práctica de las pruebas con las que se pretende hacer valer los hechos que les favorecen, pero ello no significa que toda denegación o incluso una indebida denegación de prueba tengan relevancia constitucional y como consecuencia la nulidad de la liquidación, pues ello sólo acontece en aquellos supuestos en que se haya producido una indefensión material, que en ningún caso resulta concurrente en el supuesto examinado; máxime teniendo en cuenta que la prueba rechazada por el Tribunal Económico Administrativo Central fue admitida y practicada por esta Sala en el recurso num. 47/2010, siendo así que el informe emitido por el Director del Departamento de Inspección Financiera y Tributaria en fecha 14 de junio de 2011 ha sido incorporado al presente recurso a solicitud del Abogado del Estado, por lo que debe concluirse, sin dificultad, que no ha existido la indefensión material necesaria para provocar la nulidad pretendida.

Conforme a cuanto antecede procede confirmar la adecuación a Derecho del acuerdo declarativo de fraude de ley, lo que, asimismo, comporta la conformidad de la regularización practicada en el acuerdo de liquidación tributaria en relación a la no deducibilidad de los gastos financieros correspondientes al ejercicio 2001.

#### **Decimoquinto.**

Finalizado el examen de los motivos de impugnación relativos a la resolución declarativa del fraude de ley, y la consecuencia que comporta en relación con los gastos financieros correspondientes al ejercicio 2001, procede, seguidamente, analizar el ajuste practicado en el acto de liquidación, relativo a la cuantificación de las bases imponibles negativas compensables de la entidad GE Medycal Systems España.

La adecuada solución de dicha cuestión aconseja partir de los siguientes datos relevantes recogidos por el TEAC en la resolución que se enjuicia.

La entidad GE Medycal Systems España, en su declaración individual del Impuesto sobre Sociedades del ejercicio 1998, consignó unos saldos de bases imponibles negativas de ejercicios anteriores pendientes de compensar. Las bases imponibles cuya acreditación se discute proceden de la adquisición por GE Medycal Systems España SA, el 23 de noviembre de 1998, de las acciones de SONOTRON HOLDING SA y de ECOTRON HOLDING SA a la dominante del grupo GEPESA, la cual, a su vez, las había adquirido el 20 de abril de 1998 por el mismo importe por el que más tarde las transmitió a GE Medycal Systems España.

A su vez, el 28 de diciembre de 1998, GE Medycal Systems España absorbió a SONOTRON HOLDING SA y ECOTRON HOLDING SA, mediante la disolución sin liquidación de las mismas, acogándose ambas operaciones al régimen especial del Capítulo VIII, del Título VIII de la LIS, incorporando GE Medycal Systems España como propias las bases negativas generadas por aquellas dos sociedades en ejercicios anteriores (de 1991 a 1996). Asimismo, resulta constatado que en los ejercicios y por los importes especificados en el acuerdo de liquidación, se produjeron aportaciones de los socios.

La regularización se funda en la aplicación de lo previsto en el artículo 104.3 de la Ley 43/1995 , al comparar el importe de aquellas aportaciones con el coste de adquisición de tales acciones.

Frente a ello reitera la recurrente en el presente recurso, en términos similares a lo alegado en la vía económico-administrativa previa, que las bases negativas generadas proceden en su mayoría de ejercicios previos a la entrada en vigor de la Ley 43/1995, por lo que no le son aplicables ninguna de las restricciones introducidas por dicha Ley, ni en el artículo 23.2 ni tampoco en el artículo 104.3 .

La cuestión, pues, aquí controvertida versa sobre la aplicación de la restricción prevista en el artículo 104.3 de la Ley 43/1995 a supuestos de bases imponibles negativas generadas con anterioridad a la entrada en vigor de dicha Ley -1 de enero de 1996-.

El artículo 104.3 de la Ley del Impuesto , en la redacción dada por la Ley 66/1997, de 30 de diciembre, (que entró en vigor el 1 de enero de 1998), disponía -en relación con las operaciones mencionadas en el art. 97 determinantes de una sucesión a título universal- que:

"Las bases imponibles negativas pendientes de compensación en la entidad transmitente podrán ser compensadas por la entidad adquirente.

Cuando la entidad adquirente participe en el capital de la entidad transmitente, o bien ambas formen parte de un grupo de sociedades al que se refiere el artículo 42 del Código de Comercio , la base imponible negativa susceptible de compensación se reducirá en el importe de la diferencia positiva entre el valor de las aportaciones de los socios, realizadas por cualquier título, correspondientes a dicha participación o a las

participaciones que las entidades del grupo tengan sobre la entidad transmitente y su valor contable".

En el supuesto que nos ocupa, las circunstancias fácticas descritas acreditan que se produjo la situación que habilita la aplicación del precepto impugnado.

Hay que partir del devenir histórico del precepto invocado, que tiene su antecedente en la Ley 29/1991, dictada en desarrollo de la Directiva 90/434, y que, en este punto, excluía la posibilidad de asunción de las citadas pérdidas sin excepción alguna. De este modo, la exclusión de la asunción de pérdidas que nuestro derecho rechaza sólo en los supuestos en que se producen las circunstancias fácticas que el precepto del artículo 104.3 de la Ley 43/1995 recoge, mejora la situación anterior pues sólo deniega la asunción de pérdidas cuando concorra la hipótesis que la ley regula.

Dos consideraciones apoyan la regularización practicada por la Inspección en este punto. De un lado que, tal y como se ha expuesto, la regulación del artículo 104.3 de la Ley 43/1995 es más favorable que la existente con anterioridad en la Ley 29/1991 sobre la asunción de pérdidas por la entidad adquirente procedentes de la sociedad transmitida. En segundo lugar, que el hecho determinante de la aplicación de la restricción prevista no es la fecha en que se han generado las bases imponibles negativas, en concreto, que se trate de ejercicios previos a la entrada en vigor de la Ley 43/1995, sino la asunción de pérdidas por la entidad adquirente cuando se produce la absorción, y esta absorción y la aplicación de las bases imponibles negativas tiene lugar cuando está en vigor la Ley 43/1995, razón por la que procede la aplicación de la restricción prevista en el artículo 104.3 de la LIS .

Procede, pues, la desestimación del motivo de impugnación esgrimido.

#### **Decimosexto.**

Debe examinarse, seguidamente, la cuestión relativa a la eliminación de la compensación de las bases imponibles negativas de la entidad dominada LIGHTING APPLIANCES ESPAÑA S.A.

Afirma la recurrente su derecho a utilizar las bases imponibles negativas de la entidad GE LIGHTING APPLIANCES ESPAÑA S.A. que fueron objeto de compensación en el grupo consolidado en el ejercicio 2001.

Debe partirse de que la entidad LIGHTING APPLIANCES ESPAÑA S.A. consignó en la declaración correspondiente al ejercicio 2001, determinadas bases imponibles negativas pendientes de compensación, procedentes de los ejercicios 1993, 1994 y 1997. Solicitada por la Inspección la acreditación de la procedencia y cuantía de dichas bases imponibles negativas, la entidad manifestó en diligencia nº 6 que, respecto a la justificación en los términos del artículo 23.5 de la LIS , entiende que no procede dicha solicitud dado que los ejercicios 1993, 1994 y 1997 se hallan prescritos.

El actuario hizo constar que la entidad no ha aportado la contabilidad oficial a que se refiere el artículo 27 del Código de Comercio y, ante la falta de la debida justificación, consideró que dichas bases imponibles negativas no podían considerarse compensables, lo que fue confirmado en el acuerdo de liquidación tributaria.

Frente a ello, la recurrente esgrime, reiterando lo expuesto en la vía económico administrativa previa, que la Inspección había tenido a su alcance las declaraciones del IS y la información adicional contable que en las mismas se incorpora, y que se opone a que se requiera dicha justificación por no poder aceptar la interpretación dada por la Inspección y por el TEAC al art. 23.5 de la Ley 43/1995 , en el sentido de introducir una nueva obligación a cargo del sujeto pasivo en relación a la acreditación de las bases imponibles negativas, citando a tal fin sentencias de la Audiencia Nacional y del Tribunal Supremo.

Debe, pues, partirse de la Disposición Final Segunda de la Ley 40/1998, de 9 de diciembre , que modificó la ley 43/1995 del Impuesto de Sociedades para los ejercicios impositivos iniciados a partir del 1 de enero de 1999, y que, por lo que aquí interesa, dio nueva redacción a los apartados 1 , 3 y 5 del artículo 23 de la ley del impuesto sobre sociedades , cuyo texto es el siguiente:

"1. Las bases imponibles negativas podrán ser compensadas con las rentas positivas de los períodos impositivos que concluyan en los diez años inmediatos y sucesivos.

3. Las entidades de nueva creación podrán computar el plazo de compensación a que se refiere el apartado 1 a partir del primer periodo impositivo cuya renta sea positiva.

5. El sujeto pasivo deberá acreditar, en su caso, mediante la exhibición de la contabilidad y los oportunos soportes documentales, la procedencia y cuantía de las bases imponibles negativas cuya compensación pretenda, cualquiera que sea el ejercicio en que se originaron ".

Esta Sala, siguiendo al respecto el reiteradísimo criterio del Tribunal Supremo sobre la materia, ha venido considerando que declarada la prescripción con relación a la declaración-liquidación de un determinado ejercicio, ésta ha ganado firmeza y, por ende, los datos que en ella se declararon, de tal forma

que no cabe su modificación por parte de la Administración tributaria ni en ese ejercicio ni en otro posterior sobre el que pudiese, eventualmente, proyectar sus efectos, tal como sucede en el supuesto de compensación de bases imponibles negativas procedentes de ejercicios prescritos ( sentencias del Tribunal Supremo de 25 de enero de 2010 - recurso de casación núm. 995/2005-, de 8 de julio de 2010 - recurso de casación núm. 4427/2005-, de 2 de febrero de 2012 - recurso núm. 441/2008 - o de 29 de marzo de 2012 - recurso de casación para unificación de doctrina núm. 16/2009 -).

Esta misma doctrina debe aplicarse aunque los ejercicios anteriores no estuvieran prescritos, en aquellos casos en que la entidad, habiendo presentado las correspondientes autoliquidaciones con bases imponibles negativas pendientes de compensar, no haya sido objeto de comprobación, ante la presunción de certeza de las declaraciones tributarias que establecía el art. 116 de la ley General Tributaria , lo que obligaba a la Administración, para modificar el resultado de las mismas, a realizar la oportuna comprobación de acuerdo con lo dispuesto en el art. 120 y siguientes de la misma Ley .

Es cierto que los pronunciamientos del Tribunal Supremo producidos hasta la fecha venían referidos, en todos los casos, a supuestos en los que, por razón de los ejercicios impositivos concernidos, no resultaba aún de aplicación el precepto contenido en el artículo 23.5 de la ley 43/1995 en la redacción dada por la Ley 40/1998, de 9 de diciembre. Asimismo, por razones temporales obvias, tampoco estaban vigentes cuando se dictaron aquellas sentencias las previsiones contenidas en los artículos 70.3 y 106.5 de la Ley General Tributaria de 2003 que, ya con carácter general, disponen: a) Que la obligación de justificar la procedencia de los datos que tengan su origen en operaciones realizadas en períodos impositivos prescritos se mantendrá durante el plazo de prescripción del derecho para determinar las deudas tributarias afectadas por la operación correspondiente; b) Que en aquellos supuestos en que las bases o cuotas compensadas o pendientes de compensación o las deducciones aplicadas o pendientes de aplicación tuviesen su origen en ejercicios prescritos, la procedencia y cuantía de las mismas deberá acreditarse mediante la exhibición de las liquidaciones o autoliquidaciones en que se incluyeron la contabilidad y los oportunos soportes documentales.

El propio Tribunal Supremo, consciente de que las modificaciones legislativas citadas no resultaban aplicables a los ejercicios objeto de los correspondientes recursos, aclaraba que el criterio sostenido (la imposibilidad de revisar, corregir o modificar las bases imponibles negativas provenientes de ejercicios prescritos) debe ir referido a los concretos supuestos analizados, todos ellos anteriores a la vigencia del nuevo artículo 23.5 de la ley 43/1995 y de la actual Ley General Tributaria, normas inaplicables "ratione temporis" en todos aquellos casos (v. sentencias del Tribunal Supremo de 8 de julio de 2010 , 8 de marzo de 2012 ó 29 de marzo de 2012 ).

El Alto Tribunal, por tanto, no ha tenido ocasión de pronunciarse sobre el alcance y significación que haya de darse, a los efectos que nos ocupan, a la nueva regulación legal y, más concretamente, a cuál deba ser la recta interpretación de la exigencia al contribuyente de acreditar la procedencia y cuantía de las bases imponibles negativas cuya compensación pretenda, cualquiera que sea el ejercicio en que se originaron .

Ahora bien, este pronunciamiento sí ha sido realizado por esta Sala. En efecto, ante determinadas posturas mantenidas por la Administración respecto a la regulación contenida en los artículos 23.5 de la ley del impuesto sobre sociedades y 106.4 de la Ley General Tributaria , consistentes en que la obligación de "acreditar" la procedencia y cuantía de las bases imponibles negativas con independencia de su ejercicio de origen solo tenía una finalidad: "posibilitar la efectiva comprobación de dichas bases por la Inspección cuando éstas proceden de un ejercicio prescrito y se compensan en el ejercicio inspeccionado", este Tribunal ha declarado de forma contundente, entre otras en Sentencias de 24 de mayo de 2012 -rec. núm. 249/2009 -, 18 de julio de 2013 -rec. núm. 288/2010 -, lo siguiente:

«Debe adelantarse que la Sala no comparte la conclusión expresada por el TEAC en la decisión que constituye el objeto del presente proceso. Por de pronto, debe convenirse que dicha tesis altera absoluta y sustancialmente el régimen jurídico de la prescripción, institución vinculada -sobre todo- a un principio esencial que debe presidir las relaciones jurídicas (incluidas, obvio es decirlo, las que se desenvuelven entre la Administración y sus ciudadanos): el de seguridad jurídica, que reclama evitar la incertidumbre en el desenvolvimiento temporal de aquellas relaciones, penalizando el abandono que del ejercicio de su derecho realiza su titular con la pérdida del derecho mismo, que ya no podrá ejercitarse en modo alguno. Dicho de otra forma, la prescripción consolida definitivamente la situación jurídica correspondiente, impidiendo -por el transcurso del tiempo unido a la falta de ejercicio de la acción- que tal situación pueda alterarse en el futuro.

No es necesario efectuar especiales esfuerzos hermenéuticos para colegir que la interpretación propuesta por la Administración supone una verdadera quiebra de la finalidad del instituto prescriptorio: si el transcurso del plazo legal no permite a la Inspección revisar los datos consignados por el contribuyente en la declaración-liquidación de un determinado ejercicio, tal prohibición solo puede significar que aquellos datos han ganado firmeza y que, por tanto, devienen intangibles. Entender que las facultades de comprobación desplegadas en relación con un ejercicio posterior (no prescrito) pueden extenderse a la legalidad o conformidad a derecho de unos datos anteriores no revisables sería tanto como decir que el

instituto de la prescripción no ha producido el efecto que le es propio, el de la firmeza de una declaración que ya no puede ser en modo alguno comprobada.

Tal interpretación (que rompe, insistimos, con la eficacia del instituto prescriptorio tal y como se ha venido entendiendo de manera indubitada) solo podría tener lugar si el legislador hubiera efectivamente decidido alterar dicho régimen cuando de la compensación de bases impositivas negativas se trata. Pero es que el artículo 23.5 de la Ley 43/1995, inserto en el Título relativo a "la base imponible", no podía operar dicha modificación, ni la misma se deriva tampoco de la Ley 40/1998 que dio nueva redacción al precepto, ni, en fin, se desprende un designio de tal naturaleza de la Exposición de Motivos de esta última ley (que no dedica ni una sola línea al régimen de la compensación de bases impositivas negativas).

Ni siquiera la previsión contenida en la nueva Ley General Tributaria (que en el presente proceso no resulta de aplicación) permite afirmar que el titular del poder legislativo ha querido alterar la eficacia de la prescripción en estos casos. Por más que el artículo 70.3 de aquella ley se incluya dentro de la Sección relativa a "la prescripción", su redacción no permite considerar que se pretenda efectuar una modificación de tan altísima trascendencia, pues se limita el precepto a señalar que "la obligación de justificar la procedencia de los datos que tengan su origen en operaciones realizadas en períodos impositivos prescritos se mantendrá durante el plazo de prescripción del derecho para determinar las deudas tributarias afectadas por la operación correspondiente", expresión que -a juicio de la Sala- no habilita a entender que la Administración está facultada para comprobar y, en su caso, revisar los resultados de una declaración que ya ha adquirido firmeza.

Pero es que, además, la Sala no comparte la afirmación según la cual los preceptos interpretados (esencialmente el que aquí resulta aplicable, artículo 23.5 de la ley del impuesto) "carecerían de sentido" si no se consideraran en los términos propuestos por la Administración.

Recordemos que tal disposición obliga al contribuyente a "acreditar" la "procedencia y cuantía" de las bases impositivas que pretende compensarse. A pesar del empeño de la Administración y su representante procesal por convencer a la Sala de que con tales expresiones se impone al sujeto pasivo la carga de demostrar que sus bases impositivas negativas son (o eran) ajustadas a las previsiones legales, entendemos que dichas exigencias son muchísimo más limitadas: el interesado solo debe conservar los soportes documentales o contables correspondientes para que la Administración (en la comprobación de los ejercicios no prescritos) pueda constatar la existencia misma del crédito (su "procedencia", en el sentido de la primera acepción del vocablo: su "origen" o "principio del que procede") y la correlación entre la "cuantía" o suma compensada en el ejercicio no prescrito y la que se generó en el período (prescrito) correspondiente.

A tales aspectos (y solo a estos) puede extenderse la facultad inspectora, cuyo ejercicio -por lo demás- no puede reputarse baladí o, en palabras del TEAC, "carente de sentido". Es obvio que si, a tenor de los datos que debe suministrar el contribuyente, la base imponible cuya compensación se pretende no existe (porque no deriva de la declaración del ejercicio prescrito) o la suma compensada resulta superior a la efectivamente generada con anterioridad, la Inspección podrá regularizar el ejercicio (no prescrito) comprobado. Pero no porque esté revisando un acto que ha ganado firmeza, sino porque lo que pretende el contribuyente se aparta (cualitativa o cuantitativamente) de lo consignado en un período que ya no puede ser objeto de comprobación.

Habría, en tercer lugar, otro argumento que impide acoger la tesis sostenida por la Administración. Si, efectivamente, las facultades de comprobación pudieran soslayar el plazo de prescripción, se colocaría a la Administración en una clara situación de privilegio respecto del contribuyente. La Inspección podría, en efecto, comprobar la legalidad de una operación, dato o declaración más allá del plazo prescriptorio (concretamente, hasta que transcurra el lapso temporal en el que puede efectuarse la compensación); el sujeto pasivo, sin embargo, no estaría habilitado para corregir los errores detectados en las declaraciones correspondientes a ejercicios prescritos, aunque dichos errores pudieran proyectarse a los créditos compensables en el futuro.

En resumen, la Sala entiende que la cantidad consignada como base imponible negativa en el ejercicio 99/00 (derivada de la dotación a la provisión por depreciación de cartera efectuada por ...) ha adquirido firmeza, en virtud de la prescripción, por lo que no cabe su modificación, sin que tal conclusión pueda enervarse por lo dispuesto en el artículo 23.5 de la ley del impuesto sobre sociedades tras la reforma operada por la Ley 40/1998, al no derivarse del tenor de dicho precepto la alteración del régimen de la prescripción en los términos pretendidos por las resoluciones impugnadas... ».

Consecuentemente, el criterio que se establece en las sentencias transcritas puede sintetizarse en que, a partir de la vigencia de la Ley 40/1998, el nuevo art. 23.5 obliga al contribuyente a "acreditar" la "procedencia y cuantía" de las bases impositivas que pretende compensarse, debiendo a tal fin conservar los soportes documentales o contables correspondientes a los ejercicios prescritos para que la Administración, en la comprobación de los ejercicios no prescritos, pueda constatar la existencia del crédito (su procedencia, su origen y principio del que procede) y la correlación entre la cuantía o suma compensada en el ejercicio no prescrito y la que se generó en el período prescrito, de forma que sólo en el caso de que la

base imponible cuya compensación se pretende, no exista (porque no deriva de la declaración del ejercicio prescrito) o si la suma compensada resulta superior a la efectivamente generada con anterioridad, pueda la Inspección regularizar el ejercicio no prescrito comprobado y ello no porque se esté comprobando un acto que ha ganado firmeza, sino porque lo que pretende el contribuyente se aparta (cualitativa o cuantitativamente) de lo consignado en un periodo que ya no puede ser objeto de comprobación.

La aplicación de la doctrina expuesta al supuesto ahora enjuiciado conlleva la desestimación del motivo de impugnación esgrimido, toda vez que partiendo de que la acreditación de las bases imponibles negativas mediante la exhibición de la contabilidad y oportunos soportes documentales, resulta exigible en el ejercicio 2001 enjuiciado, y partiendo, igualmente, de que este deber de acreditación, según resulta del expediente, no ha sido cumplido por la entidad recurrente, toda vez que solicitada por la Inspección la acreditación de la procedencia y cuantía de dichas bases imponibles negativas, la entidad manifestó en diligencia nº 6 que, respecto a la justificación en los términos del artículo 23.5 de la LIS, entendía que no procedía dicha solicitud dado que los ejercicios 1993, 1994 y 1997 se hallaban prescritos, lo que motivó que el actuario hiciera constar que la entidad no había aportado la contabilidad oficial a que se refiere el artículo 27 del Código de Comercio y, ante la falta de la debida justificación, consideró que dichas bases imponibles negativas no podían considerarse compensables, lo que fue confirmado en el acuerdo de liquidación tributaria, la consecuencia que se alcanza no puede ser otra que la confirmación de la regularización practicada en este punto, y ello como consecuencia del incumplimiento de la actora de la obligación que le incumbía de acreditar la "procedencia y cuantía" de las bases imponibles que pretendía compensarse.

### **Decimoséptimo.**

Resta por examinar la cuestión relativa al acuerdo sancionador recurrido -expediente A5174840492- en el que el único hecho que ha sido objeto de sanción ha sido la indebida acreditación de bases imponibles negativas por parte de GE Medycal Systems.

Aduce la recurrente la falta de motivación del acuerdo sancionador y la falta de acreditación del elemento subjetivo de la culpabilidad.

En relación con el principio de culpabilidad resulta bien conocido que el artículo 77.1 de la Ley General Tributaria, en la redacción que le dio la Ley 10/1985, de 26 de abril, disponía que las infracciones tributarias eran sancionables "incluso a título de simple negligencia", norma ésta que, posteriormente, fue objeto de numerosas aclaraciones, todas ellas en un mismo sentido. En consecuencia, la apreciación de la culpabilidad en la conducta del sujeto infractor es una exigencia que surge directamente de los principios constitucionales de la seguridad jurídica y de legalidad, en cuanto al ejercicio de potestades sancionadoras de cualquier naturaleza. El principio de culpabilidad constituye un elemento básico a la hora de calificar la conducta de una persona como sancionable, es decir, es un elemento esencial en todo ilícito administrativo, y es un principio que opera no sólo a la hora de analizar la conducta determinante de la infracción, sino también sobre las circunstancias agravantes.

En la Sentencia de 10 de febrero de 1986, el Tribunal Supremo señaló que "el ejercicio de la potestad punitiva, en cualquiera de sus manifestaciones, debe acomodarse a los principios y preceptos constitucionales que presiden el ordenamiento jurídico penal en su conjunto, y, sea cual sea, el ámbito en el que se mueva la potestad punitiva del Estado, la Jurisdicción, o el campo en que se produzca, viene sujeta a unos mismos principios cuyo respeto legitima la imposición de las penas y sanciones, por lo que, las infracciones administrativas, para ser susceptibles de sanción o pena, deben ser típicas, es decir, previstas como tales por norma jurídica anterior, antijurídicas, esto es, lesivas de un bien jurídico previsto por el Ordenamiento, y culpable, atribuible a un autor a título de dolo o culpa, para asegurar en su valoración el equilibrio entre el interés público y la garantía de las personas, que es lo que constituye la clave del Estado de Derecho".

Por su parte, la Sala Especial de Revisión del Tribunal Supremo (del artículo 61 de la Ley Orgánica del Poder Judicial) en la Sentencia de 17 de octubre de 1989, unificando contradictorias posiciones mantenidas por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, tras recordar la doctrina del Tribunal Constitucional emanada de su Sentencia 18/1981, de 8 de junio, en el sentido de que los principios inspiradores del orden penal son de aplicación al Derecho Administrativo sancionador, señala que "uno de los principales componentes de la infracción administrativa es el elemento de culpabilidad junto a los de tipicidad y antijuridicidad, que presupone que la acción u omisión enjuiciadas han de ser en todo caso imputables a su autor, por dolo, imprudencia, negligencia o ignorancia inexcusable". Con posterioridad, se ha señalado "que con respecto a la culpabilidad, no hay duda que en el ámbito de lo punible, ya administrativo, ya jurídico-penal, el principio de la culpabilidad opera como un elemento esencial del reproche sancionatorio ( Sentencias del Tribunal Supremo de 20 de febrero de 1967, 11 de junio de 1976, concretándose en el aforismo latino `nulla poena sine culpa´ ( Sentencia de 14 de septiembre de 1990 ).

Especialmente paradigmática resultó la Sentencia de 9 de enero de 1991, que tras partir de "la negación de cualquier diferencia ontológica entre sanción y pena" expuso que "esta equiparación de la potestad sancionadora de la Administración y el `ius puniendi´ del Estado tiene su antecedente inmediato,

su origen y partida de nacimiento en la `doctrina legal` de la vieja Sala Tercera del Tribunal Supremo, cuya Sentencia de 9 de enero de 1972 inició una andadura muy progresiva y anticipó lúcidamente con los materiales legislativos de la época, planteamientos y soluciones ahora consolidadas". En la misma resolución se expresa que "en efecto, en esta decisión histórica, como así ha sido calificada, en este auténtico `leading case` se decía, con clara conciencia de su alcance que `las contravenciones administrativas no pueden ser aplicadas nunca de un modo mecánico, con arreglo a la simple enunciación literal, ya que se integran en el supra-concepto del ilícito, cuya unidad sustancial es compatible con la existencia de diversas manifestaciones fenoménicas, entre las cuales se encuentran tanto el ilícito administrativo como el penal'... Y el Tribunal Supremo añadía, ya entonces: `ambos ilícitos exigen un comportamiento humano, positivo o negativo, una antijuridicidad, la culpabilidad, el resultado potencial o actualmente dañoso y la relación causal entre este y la acción`".

La misma sentencia expone que "esta progresiva andadura jurisdiccional encontró eco en otros ámbitos supranacionales y así el Tribunal Europeo de Derechos Humanos del Consejo de Europa, con sede en Estrasburgo, se pronunció en el mismo sentido cuatro años después", citándose al efecto las Sentencias del mencionado Tribunal de 8 junio 1976 (Engel ), 21 de febrero de 1984 (Otzürk ), 2 de junio de 1984 (Campbell y Fell) y 22 de mayo de 1990 (Weber)".

Por su parte, el Tribunal Constitucional también ha afirmando que los principios inspiradores del orden penal son de aplicación, con ciertos matices, al derecho administrativo sancionador, dado que ambos son manifestaciones del ordenamiento punitivo del Estado, tal como refleja la propia Constitución ( Sentencia 76/1990, de 26 de abril ).

En el ámbito del Derecho tributario sancionador, el Tribunal Supremo ha venido construyendo en los últimos años una sólida doctrina en el sentido de vincular la culpabilidad del sujeto infractor a la circunstancia de que su conducta no se halle amparada por una interpretación jurídica razonable de las normas fiscales aplicables. Especialmente, cuando la Ley haya establecido la obligación a cargo de los particulares de practicar operaciones de liquidación tributaria, la culpabilidad del sujeto infractor exige que tales operaciones no estén respondiendo a una interpretación razonable de la norma tributaria, pues si bien esta interpretación puede ser negada por la Administración su apoyo razonable, sobre todo si va acompañada de una declaración correcta, aleja la posibilidad de considerar la conducta como infracción tributaria, aunque formalmente incida en las descripciones del artículo 79 de la misma Ley General Tributaria ( Sentencias, entre otras muchas, de 29 de enero , 5 de marzo , 7 de mayo y 9 de junio de 1993 ; y, 24 de enero y 28 de febrero de 1994 y 6 de julio de 1995 ). Por ello "cuando el contribuyente no sustrae el conocimiento de los elementos determinantes de la base impositiva, sino que la rectificación obedece a una laguna interpretativa o a una interpretación razonable y discrepante de la norma, que la Administración entiende vulnerada por el sujeto pasivo y obligado tributario, no procede la imposición de sanciones puesto que para ellos se exige el carácter doloso o culposo de aquella conducta y no una simple discrepancia de criterios" ( Sentencias de 5 de septiembre de 1991 y 8 de mayo de 1997 , entre otras muchas).

En consecuencia, la culpabilidad debe ser apreciada, en principio, en las infracciones administrativas en función de la voluntariedad del sujeto infractor en la acción u omisión antijurídica. Y, en tal sentido el Tribunal Supremo ha establecido el criterio (Sentencias, ente otras, de 28 de febrero de 1996 y 6 de julio de 1995 ) de estimar que la voluntariedad de la infracción concurre cuando el contribuyente conoce la existencia del hecho imponible y lo oculta a la Administración tributaria, a diferencia de los supuestos en que lo declara, aunque sea incorrectamente, en razón a algunas deficiencias u obscuridades de la norma tributaria que justifican una divergencia de criterio jurídico razonable y razonada, en cuyo caso nos encontraríamos ante el mero error, que no puede ser sancionable". Por ello el principio de culpabilidad constituye un elemento básico a la hora de calificar la conducta de una persona como sancionable, es decir, es un elemento esencial en todo ilícito administrativo, lo que supone analizar las razones expuestas por la recurrente como justificadoras del incumplimiento de sus obligaciones tributarias para descartar las que sean meros pretextos o se basen en criterio de interpretación absolutamente insostenibles.

#### **Decimoctavo.**

Ha de tenerse en cuenta, por tanto, la perspectiva de la culpabilidad y de la tipicidad, como elementos fundamentales de toda infracción administrativa y, también, por tanto, de toda infracción tributaria, que la modificación del concepto de esta última introducida en el art. 77 de la Ley General Tributaria por la Ley 10/ 1985, de 26 de abril ("son infracciones tributarias las acciones y omisiones tipificadas y sancionadas en las leyes. Las infracciones tributarias son sancionables incluso a título de simple negligencia"), no puede interpretarse como abdicación por el legislador del principio de responsabilidad subjetiva y adopción del opuesto de responsabilidad objetiva en el Derecho Tributario Sancionador, sino, antes al contrario, como modificación delimitadora del mínimo respecto del cual simple negligencia puede darse por existente una infracción sancionable.

Así se desprende de la Sentencia del Tribunal Constitucional 76/1990, de 26 de abril (Fundamento 4º, Apartado A) cuando textualmente declara que "no existe (...) un régimen de responsabilidad objetiva en

materia de infracciones tributarias ni nada ha cambiado al respecto la Ley 10/1985. Por el contrario, en el nuevo artículo 77.1 sigue rigiendo el principio de culpabilidad (por dolo, culpa o negligencia grave y culpa o negligencia leve o simple negligencia), principio que excluye la imposición de sanciones por el mero resultado y sin atender a la conducta diligente del contribuyente, no apreciándose en el citado precepto legal infracción de los principios de seguridad jurídica ( artículo 9.3 de la Constitución ) y de legalidad sancionadora ( art. 25.1 de la Constitución )".

Resulta también de la Jurisprudencia de la Sala 3ª del Tribunal Supremo en Sentencias de 13 de abril y 26 de septiembre de 1996 y 26 de julio y 9 de diciembre de 1997 .

En definitiva, puede afirmarse, como hizo la propia Dirección General de Inspección Tributaria en su Circular de 29 de febrero de 1988, que la tendencia jurisprudencial ha sido la de "vincular la culpabilidad del sujeto infractor a la circunstancia de que su conducta no se halle amparada por una interpretación jurídica razonable de las normas fiscales aplicables". Especialmente, sigue la Circular, cuando la Ley haya establecido la obligación a cargo de los particulares de practicar operaciones de liquidación tributaria, la culpabilidad del sujeto infractor exige que tales operaciones no estén respondiendo a una interpretación razonable de la norma tributaria, pues si bien esa interpretación puede ser negada por la Administración, su apoyo razonable, sobre todo si va acompañado de una declaración correcta, aleja la posibilidad de considerar la conducta como infracción tributaria aunque formalmente incida en las descripciones del art. 79 de la misma Ley General Tributaria .

De esta forma, la Jurisprudencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo ha sostenido desde antiguo que la comisión de errores de derecho en las liquidaciones tributarias no debe ser objeto de sanción en la medida en que el error sea razonable y la norma ofrezca dificultades de interpretación, siempre, claro está, que el sujeto pasivo hubiere declarado o manifestado la totalidad de las bases o elementos integrantes del hecho imponible ( Sentencias de 7 de mayo de 1993 y 8 de mayo de 1997 , entre otras).

En consecuencia, ausente el elemento subjetivo del tipo de la infracción tributaria, resultaría improcedente la imposición de sanción.

#### **Decimonoveno.**

Sobre esta cuestión la Sala considera aplicable el criterio jurisprudencial declarado por el Tribunal Supremo, Sala Tercera, Sección Segunda, en su Sentencia de fecha 27 de junio de 2008, dictada en el recurso de casación para unificación de doctrina núm. 396/2004 , entre otras, en cuyo Fundamento Jurídico sexto se declara:

"SEXTO.- En cambio, sí procede aceptar el segundo motivo del recurso, pues aunque los hechos son también distintos y la sentencia impugnada, razona correctamente sobre el principio de culpabilidad que rige en las infracciones administrativas, soslaya la exigencia de motivación específica de la culpabilidad, porque considera que la resolución sancionadora está debidamente fundada al indicar el precepto donde se define la infracción y la sanción que le corresponde.

La reciente sentencia de esta Sala de 3 de Junio de 2008 , recurso de casación para unificación de doctrina núm. 146/04 , recuerda la doctrina del Tribunal Constitucional que señala que el principio de presunción de inocencia garantiza el derecho a no sufrir sanción que no tenga fundamento en una previa actividad probatoria sobre la cual el órgano competente pueda fundamentar un juicio razonable de culpabilidad, y comporta, entre otras exigencias, la de que la Administración pruebe y, por ende, motive, no sólo los hechos constitutivos de la infracción, la participación en tales hechos y las circunstancias que constituyen un criterio de graduación, sino también la culpabilidad que justifique la imposición de sanción (entre otras, SSTC 76/1990, de 26 de Abril ; 14/1997, de 28 de Enero ; 209/1999, de 29 de Noviembre y 33/2000, de 14 de Febrero ); ausencia de motivación específica de la culpabilidad que, en el concreto ámbito tributario, determinó que en la STC 164/2005, de 20 de junio , se llegara a la conclusión de que la imposición de una sanción por la comisión de una infracción tributaria grave tipificada en el art. 79 a) de la Ley General Tributaria , sin motivación de la culpabilidad vulneraba el derecho de los recurrentes a la presunción de inocencia.

Por otra parte, la resolución administrativa alude a que por el representante de la entidad no se aducen argumentos de ninguna clase en las que apoyar eventuales dificultades en la interpretación de las normas aplicables ni se aporta prueba de que las irregularidades observadas sean debidas a ningún error material, por lo que no cabe apreciar ninguna de las causas de exclusión de responsabilidad recogidos en el art. 77.4 de la Ley General Tributaria .

Esta argumentación equivale a invertir la carga de la prueba, cuando no es el interesado quien ha de probar la falta de culpabilidad, sino que ha de ser la Administración la que demuestre la ausencia de diligencia, como señalábamos en la sentencia de 10 de Julio de 2007 (rec. para unificación de doctrina 306/2002 ), por lo que sólo cuando la Administración ha razonado, en términos precisos y suficientes, en qué extremos basa la existencia de culpabilidad, es cuando procede exigir al interesado que pruebe la existencia de una causa excluyente de la responsabilidad".

"La Sala entiende que este criterio, dadas las circunstancias y preceptos aplicados, es aplicable, sin que se haya acreditado la culpabilidad de la entidad en el sentido exigido por este criterio jurisprudencial, pues la entidad recurrente no ocultó ninguno de los importes regularizados, y declarándolos conforme a la normativa mercantil, fiscal y del Banco de España, de cuya interpretación se discrepó, sin que conste ánimo defraudatorio alguno".

"Por otra parte, se ha de recordar que, el art. 33, de la Ley 1/98, de Derechos y Garantías de los Contribuyentes, de rúbrica "Presunción de buena fe", dispone: "1. La actuación de los contribuyentes se presume realizada de buena fe. 2. Corresponde a la Administración tributaria la prueba de que concurren las circunstancias que determinan la culpabilidad del infractor en la comisión de infracciones tributarias".

"Correlativamente, la Ley exige la separación de procedimientos, el de comprobación y el sancionador. Ello supone que, si bien los datos constatados y recogidos por la Inspección sirven para la práctica de la correspondiente liquidación, su extensión a los efectos del expediente sancionador no puede ser total, en el sentido de que su incorporación a dicho expediente venga a suplir la actividad procedimental que marca el "iter" procedimental sancionador, y de forma categórica la motivación del acuerdo sancionador, pues lo definitivo a la hora de imputar una conducta infractora al contribuyente es que los hechos que se le atribuyen sean imputados, como mínimo a título de negligencia".

En el supuesto que se enjuicia, la sanción impuesta corresponde a la indebida acreditación de bases imponibles negativas por parte de GE Medycal Systems.

Considera la Sala que el elemento subjetivo de la culpabilidad no resulta concurrente, en el supuesto examinado, respecto del único concepto que se enjuicia, por las siguientes razones.

En primer término, ni la resolución sancionadora ni la dictada por el TEAC razonan de un modo suficiente y jurídicamente adecuado acerca de la concurrencia de la culpabilidad en la conducta que ha dado lugar a la imposición de sanción, más allá de las acostumbradas y genéricas apelaciones a la simple negligencia como factor de localización de la culpabilidad necesaria y de la falta de apoyo en interpretaciones razonables de las normas.

En segundo lugar, respecto de dicha cuestión, cuantificación de las bases imponibles negativas compensables de la entidad GE Medycal Systems España, considera la Sala que sí cabe entender la existencia de una racional interpretación de la norma, lo que excluye, con arreglo al criterio jurisprudencial reseñado, el elemento subjetivo del ilícito tributario en la conducta de la hoy actora. En efecto, sí se aprecia la existencia de discrepancias razonables que excluyen la culpabilidad de la recurrente o, cuando menos, falta de claridad absoluta de los preceptos aplicables, teniendo en cuenta que la posibilidad de encontrar una interpretación razonable de las normas tributarias aplicables no agota, en sí misma, todas las causas de exclusión del imprescindible elemento culpabilístico en la conducta del expedientado.

Pero es que, además, no puede aceptarse que la interpretación razonable de las normas sea la que ofrece la Administración, prescindiendo por completo de las resoluciones de los Tribunales de Justicia que, de una forma reiterada y constante, han descartado la presencia de culpabilidad, aun en su forma más liviana, en conductas como la examinada, pues no cabe aducir que la interpretación es clara, máxime teniendo en cuenta que existen numerosas resoluciones judiciales e incluso administrativas pronunciándose sobre dicho tema.

A mayor abundamiento, también ha declarado reiteradamente esta Sala que la interpretación razonable de la norma no es el único caso de exclusión de la culpabilidad, a modo de exención, sino que es un elemento que excluye el mero ejercicio de la potestad sancionadora, cuya función no consiste en dirimir cuestiones jurídico-interpretativas, sino sancionar conductas claramente antijurídicas.

En este sentido, ha considerado la Sala, en supuestos similares al ahora enjuiciado, que una cosa es que las restricciones introducidas por la Ley 43/1995 en su artículo 104.3 sí resulten aplicables en el supuesto enjuiciado y que, por ende, proceda la liquidación tributaria en ese punto, comprensiva de cuota e intereses de demora, y otra distinta que por tal concepto se imponga una sanción pues la presunción de buena fe juega a favor del administrado, tal como cabe deducir necesariamente de lo dispuesto en el artículo 33 de la Ley 1/98, de 26 de febrero, de Derechos y Garantías del Contribuyente, a cuyo tenor "1. La actuación de los contribuyentes se presume realizada de buena fe. 2. Corresponde a la Administración tributaria la prueba de que concurren las circunstancias que determinan la culpabilidad del infractor en la comisión de infracciones tributarias", presunción que hay que destruir mediante la justificación y acreditación de los hechos, circunstancias y razones por virtud de las cuales concurre la culpabilidad como elemento subjetivo de inexcusable presencia, culpabilidad que, en modo alguno, cabe presumir de la mera inobservancia de las normas de distinto rango que disciplinan los deberes tributarios.

En tercer lugar, debe tenerse en cuenta que la propia Administración respecto del concepto sancionado que ahora se enjuicia, en situaciones similares, no ha considerado procedente sancionar, lo que es índice suficiente de la falta de sustentación jurídica de la sanción impuesta por dicho concepto.

En cuarto lugar, tanto la resolución de imposición de la sanción como el acuerdo del TEAC que ahora se examina entremezclan cuestiones de hecho con otras relativas a interpretación jurídica, lo que pone de manifiesto que, a efectos de la determinación de la culpabilidad, la fórmula comprendida en el artículo 77.4.d) de la Ley General Tributaria de 1963, aplicable al caso presente, no es suficiente, pues la duda o

discrepancia puede ser fáctica, como la relativa a la carga o suficiencia de la prueba, sin que por ello pueda quedar desvanecida la presunción de buena fe que asiste al contribuyente.

Las consideraciones expuestas conducen a la anulación de la sanción impuesta.

### **Vigésimo.**

En virtud de lo expuesto, procede la estimación parcial del recurso, con las consecuencias legales inherentes a dicha declaración.

De conformidad con el art. 139.1 de la LRJCA de 13 de julio de 1998, en su redacción anterior a la Ley 37/2011, de 11 de octubre, de medidas de agilización procesal, no se aprecian circunstancias de mala fe o temeridad que determinen expresa imposición de las costas causadas en este proceso.

## **FALLO**

En atención a lo expuesto y en nombre de Su Majestad El Rey, la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional ha decidido:

ESTIMAR PARCIALMENTE el recurso contencioso administrativo interpuesto por la representación procesal de la Entidad SABIC INNOVATIVE PLASTICS ESPAÑA S.C.P.A (anteriormente GE PLASTICS DE ESPAÑA SOCIEDAD COMANDITARIA POR ACCIONES) contra la resolución del Tribunal Económico Administrativo Central de fecha 14 de julio de 2010 y el Acuerdo de ejecución dictado el 10 de diciembre de 2010, a que las presentes actuaciones se contraen, y en su consecuencia, ANULAR la resolución del TEAC impugnada y los actos de que trae causa única y exclusivamente en cuanto a la sanción impuesta, con las consecuencias legales inherentes a dicha declaración, CONFIRMANDO en todo lo demás las resoluciones recurridas.

Sin imposición de costas.

Al notificarse la presente sentencia se hará la indicación de recursos que previene el artículo 248.4 de la Ley Orgánica 6/1985 de 1 de julio, del Poder Judicial .

Así por esta nuestra sentencia, testimonio de la cual será remitido en su momento a la oficina de origen a los efectos legales, junto con el expediente administrativo, en su caso, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN. Leída y publicada ha sido la anterior Sentencia por la Magistrada Ponente en la misma, Ilma Sra. D<sup>a</sup> ESPERANZA CORDOBA CASTROVERDE, estando celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional; Certifico.