

BASE DE DATOS NORMACEF FISCAL Y CONTABLE

Referencia: NFJ055048

TRIBUNAL SUPREMO*Sentencia de 25 de junio de 2014**Sala de lo Contencioso-Administrativo**Rec. n.º 3709/2012***SUMARIO:**

IS. Base imponible. Incrementos y disminuciones de patrimonio. Reglas especiales. *Permuta de activos por acciones propias.* De acuerdo con lo señalado por la sentencia de instancia, en la permuta de acciones propias por inmueble se aplica la norma especial del art. 15.10 Ley 43/1995 (Ley IS) y no la relativa a la de la permuta, por lo que no procederá la tributación sobre las plusvalías puestas de manifiesto por la transmisión del terreno. Voto particular. [Vid., en el mismo sentido, SAN, de 11 de octubre de 2012, recurso nº 427/2009 (NFJ049208), que se recurre en esta sentencia].

PRECEPTOS:

Ley 43/1995 (Ley IS), arts. 15.2, 15.3 y 15.10.

PONENTE:*Don José Antonio Montero Fernández.*

Magistrados:

Don EMILIO FRIAS PONCE

Don JOAQUIN HUELIN MARTINEZ DE VELASCO

Don JOSE ANTONIO MONTERO FERNANDEZ

Don JUAN GONZALO MARTINEZ MICO

Don MANUEL MARTIN TIMON

Don MANUEL VICENTE GARZON HERRERO

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veinticinco de Junio de dos mil catorce.

Visto por la Sala Tercera del Tribunal Supremo, constituida en su Sección Segunda por los Sres. Magistrados relacionados al margen, el presente recurso de casación núm. 3709/2012 promovido por la ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO, y en su representación y defensa por el Abogado del Estado, contra la sentencia dictada, con fecha 11 de octubre de 2012, por la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Segunda, de la Audiencia Nacional en el recurso del citado orden jurisdiccional seguido ante la misma bajo el núm. 427/2009 en materia de Impuesto sobre Sociedades, ejercicio 2002, siendo la cuantía del recurso la de 2.543.795,51 euros.

Ha comparecido como parte recurrida la entidad INVESTASOL COSTA S.A., SOCIEDAD EN LIQUIDACIÓN, representada por Procuradora y dirigida por Letrado.

ANTECEDENTES DE HECHO**Primero.**

La adecuada resolución del recurso exige partir de los datos que relaciona la sentencia de instancia y que resultan del expediente elevado a esta Sala.

Con fecha 17 de septiembre de 2004 los servicios de la Dependencia Regional de Inspección de la Delegación Especial de Andalucía incoaron a la entidad INVESTASOL COSTA S.A. el Acta de disconformidad (A.02) número NUM000 por el Impuesto sobre Sociedades y período de referencia, en la que se hace constar lo siguiente:

1º) En relación con la situación contable se indica que la sociedad lleva libros de contabilidad y libros de facturas emitidas y recibidas a efectos de IVA.

2º) La fecha de inicio de las actuaciones fue el día 30 de abril de 2004 y a los efectos del plazo máximo de 12 meses de duración de las actuaciones establecido en el artículo 29 de la Ley 1/98, del tiempo total transcurrido hasta la fecha del acta no se deben computar 24 días.

3º) Con anterioridad al inicio de las actuaciones inspectoras la entidad había presentado declaración-liquidación por este Impuesto consignando una base imponible de -5.786,68 euros.

4º) El objeto social de la entidad es la "promoción inmobiliaria en todas sus formas y, en general, en cualquier actividad relacionada con inmuebles". No figura dada de alta en ningún epígrafe del IAE.

5º) De las actuaciones realizadas por la Inspección se obtienen los siguientes datos:

a) La sociedad INVESTASOL COSTA S.A. se constituyó mediante escritura pública otorgada el 26 de diciembre de 1979. El capital social quedó constituido por 5.200 acciones de 10.000 pesetas de valor nominal mediante la aportación de la finca antes mencionada y la otra mitad en dinero. Como accionistas figuran en la escritura de constitución D. Eugenio, que suscribe las acciones 1 a 2.600, D. Gervasio, que suscribe las acciones 2.601 a 4.000, D. Julián, que suscribe las acciones a 4.001 a 4.400, D. Maximo, que suscribe las acciones 4.401 a 4.800 y D. Rogelio, que suscribe las acciones 4.801 a 5.200.

El 24 de marzo de 2000 se inscribe en el Registro de la Propiedad de Marbella el dominio de la finca aportada en la constitución por los socios como parte del desembolso del capital social.

Aunque la sociedad se constituye en el año 1979, desde esa fecha hasta el año 2002 la única actividad que ha realizado ha sido el pago de diversas facturas por gastos jurídicos societarios y de administración referentes a una finca de su propiedad, que constituye el único activo de la empresa.

b) Entre los años 2000 y 2002, INVESTASOL cambia de accionistas: el 15 de septiembre de 2000 la entidad PROMOCIONES LOS JARDINES DE SAN PEDRO DE ALCÁNTARA S.L. compra el 50% de las acciones de INVESTASOL COSTA S.A. Esta mitad de los títulos, del 2.601 al 5.200, pertenecía a D. Gervasio, D. Maximo y D. Rogelio y fueron adquiridos por los jardines de San Pedro mediante documento de la fecha indicada --15 de septiembre de 2000-- intervenido por el corredor colegiado de comercio D. Rafael Requena Cabo. El precio estipulado por este lote es de 135.000.000 pesetas y se paga mediante cheque nominativo extendido a D. Julián nº 9.489.114.5 de la Caja de Ahorros del Monte. El 8 de febrero de 2002 PROMOCIONES LOS JARDINES DE LA PLAYA S.L. adquiere por 1.071.360.000 pesetas el otro 50% de las acciones de INVESTASOL. El importe total satisfecho por la compra de las acciones asciende a 1.206.360.000 pesetas siendo así que su valor nominal -como se ha indicado- era de 52.000.000 pesetas. Este resto de las acciones, del número 1 al 2.600, pertenecían a D. Juan Ramón, Dª Rosalia, Dª Marí Trini, Dª Rosalia, Dª Celsa y Dª Eugenia.

La compra se llevó a cabo mediante dos escrituras públicas de esa fecha --8 de febrero de 2002-- otorgadas ante el notario de Marbella Dª Laura, núms. NUM001 y NUM002 de su protocolo. En una de ellas aparece como vendedora Dª Rosalia, viuda de D. Eugenio, y por medio de la misma transmite la mitad indivisa de las acciones núms. 1 a 2.600, que le pertenecen por extinción de la sociedad de gananciales al fallecimiento de marido, a PROMOCIONES LOS JARDINES DE LA PLAYA S.L. en el precio de 832.000.000 pesetas. En la otra escritura figuran como transmitentes Dª Rosalia y sus hijos Juan Ramón, Eugenia, Marí Trini y Vanesa, siendo lo transmitido la propiedad de la otra mitad indivisa de las acciones y el tercio de usufructo vitalicio sobre las mismas. El precio es 239.360.000 pesetas, siendo el adquirente también Los Jardines de la Playa S.L.

c) El 13 de febrero de 2002 INVESTASOL COSTA S.A. y las sociedades PROMOCIONES LOS JARDINES DE SAN PEDRO DE ALCÁNTARA, S.L. y PROMOCIONES LOS JARDINES DE LA PLAYA, S.L., otorgan escritura pública de permuta.

La entidad INVESTASOL COSTA, S.A. entrega la finca rústica de su propiedad y las sociedades PROMOCIONES LOS JARDINES DE SAN PEDRO DE ALCÁNTARA S.L. y PROMOCIONES LOS JARDINES DE LA PLAYA S.L., las acciones que tienen de INVESTASOL COSTA S.A. que adquiere, de esta forma, sus propias acciones.

La operación de permuta se valora en 58.516.065 pesetas en la escritura donde se documenta, cantidad igual al valor contable de la finca permutada.

Esta finca rústica es vendida el 20 de febrero de 2002 por los adquirentes a Inmobiliaria Osuna S.L. por 1.702.308.544 pesetas.

La entidad no tributa por la renta generada en estas operaciones pues entiende que le es aplicable el artículo 15.10 de la LIS.

6º) La Inspección entiende que, efectivamente, la renta que se ha podido generar en la adquisición y amortización de las acciones propias no es gravable; sin embargo, la renta generada en la entrega del terreno sí es gravable; cree que se produce una alteración patrimonial derivada de la entrega del terreno, que genera una plusvalía sometida a gravamen, que se debe valorar atendiendo a lo dispuesto en los artículos 15.2 y 15.3 de la LIS.

Considera que el valor de mercado del terreno es 1.206.360.000 pesetas, valor que consta en escritura pública.

En consecuencia, la deuda tributaria propuesta ascendió a 2.543.795,51 €, de las cuales 2.390.108,27 € corresponden a la cuota y 153.687,24 € a los intereses de demora.

Segundo.

Emitido por el actuario el preceptivo informe ampliatorio, fundamentando la propuesta de liquidación contenida en el acta, y transcurrido el plazo para presentar alegaciones, el Inspector Regional dictó acuerdo de liquidación tributaria, el 23 de diciembre de 2004, confirmando íntegramente la propuesta contenida en el acta. Se notifica el 14 de enero de 2005.

Tercero.

Disconforme con el mismo INVESTASOL COSTA S.A. interpuso, con fecha 8 de febrero de 2005, reclamación económico-administrativa ante el Tribunal Económico-Administrativo Regional de Andalucía, tramitándose bajo el número de registro NUM003.

El Tribunal Regional, en sesión celebrada el 26 de febrero de 2008, acuerda desestimar la reclamación y confirmar el acto impugnado. Se notifica el 31 de marzo de 2008.

Cuarto.

Disconforme con esta resolución, se interpuso con fecha 21 de abril de 2008 recurso de alzada ante el Tribunal Económico-Administrativo Central que, en resolución de 28 de septiembre de 2009 (R.G. 5530-2008), acordó desestimar el recurso interpuesto, confirmando la resolución impugnada.

Quinto.

Contra la resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central de fecha 28 de septiembre de 2009 se tramitó a instancia de la entidad INVESTASOL COSTA S.A. SOCIEDAD EN LIQUIDACIÓN recurso contencioso-administrativo ante la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional bajo el núm. 427/2009 el cual fue resuelto en sentencia de 11 de octubre de 2012, cuya parte dispositiva era del siguiente tenor literal: "FALLO: Estimar el recurso contencioso administrativo interpuesto por la representación procesal de la Entidad INVESTASOL COSTA S.A. SOCIEDAD EN LIQUIDACIÓN contra la resolución del Tribunal Económico Administrativo Central de fecha 28 de septiembre de 2009, a que las presentes actuaciones se contraen y, en su virtud, anular la resolución impugnada y el acuerdo de liquidación de que trae causa por su disconformidad a Derecho, con las consecuencias legales inherentes a esta declaración. Sin imposición de costas".

Sexto.

Contra la referida sentencia el Abogado del Estado, en la representación que le es propia preparó ante el Tribunal a quo el presente recurso de casación que, una vez tenido por preparado, fue interpuesto en plazo ante esa Sala. El recurso de casación interpuesto por el Abogado del Estado fue admitido a trámite por auto de 21 de febrero de 2013 de la Sección Primera de esta Sala. Y formalizado por la representación procesal de la parte recurrida -INVESTASOL COSTA S.A. SOCIEDAD EN LIQUIDACIÓN- su oportuno escrito de oposición al recurso, se señaló la audiencia del día 11 de junio de 2014 para la votación y fallo de este recurso, día en el que, efectivamente, se deliberó, votó y falló, lo que se llevó a cabo con el resultado que ahora se expresa.

Siendo Ponente el Excmo. Sr. D. Jose Antonio Montero Fernandez, Magistrado de la Sala

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.

Por el Abogado del Estado, en la representación que le es propia, se ha interpuesto recurso de casación contra la sentencia de 11 de octubre de 2012 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección Segunda) de la Audiencia Nacional, dictada en el recurso núm. 427/2009, relativo al Impuesto sobre Sociedades.

La sentencia impugnada estima el recurso contencioso administrativo interpuesto por la representación procesal de Investasol Costa S.A., Sociedad en liquidación, contra la Resolución del TEAC de 28 de septiembre

de 2009, que desestimó el recurso de alzada deducido contra la resolución del TEAR de Andalucía de 26 de febrero de 2008, que confirmó la liquidación practicada el 23 de diciembre de 2004 en concepto de Impuesto sobre Sociedades, ejercicio 2002, por un importe total de 2.543.795,51 euros.

Segundo.

Argumenta la sentencia recurrida que

... la operación realizada consistió en la adquisición de parte de sus acciones para su amortización y consecuente reducción de capital social, lo que se realizó mediante el negocio jurídico de permuta, acogiendo a la sociedad actora a lo dispuesto en el artículo 15.10 de la Ley 43/1995, que dispone que "la adquisición y amortización de acciones o participaciones propias no determinará, para la entidad adquirente, rentas positivas o negativas".

Partiendo de esa perspectiva, la aplicación del artículo 15.10 LIS, en tanto dota a la adquisición de cartera propia de una norma especial, se impone necesariamente a la valoración de los bienes permutados que se regula en los apartados 2 y 3 del propio artículo 15 de la LIS y que la Inspección aplica para determinar la existencia de una ganancia patrimonial y gravarla consecuentemente, sobre la base de escindir artificiosamente la permuta llevada a cabo y encontrar en ella no un solo negocio jurídico, sino dos diferentes: la adquisición de las acciones percibidas, que no sería objeto de gravamen, por razón de lo establecido en el artículo 15.10 LIS, y la entrega de la finca o terreno, que se debería valorar con arreglo a las disposiciones que determinan el valor en la permuta.

Con ello se desconoce qué es el contrato de permuta. En él no hay dos compraventas, o dos transmisiones, o dos negocios jurídicos, sino uno sólo, mediante el cual se intercambian las partes contratantes cosa a cambio de cosa y, en el asunto que nos ocupa, un terreno por unas acciones. En los términos del artículo 1538 del Código Civil "la permuta es un contrato por el cual cada uno de los contratantes se obliga a dar una cosa para recibir otra". Es, pues, un contrato traslativo de dominio, idóneo como modo de adquirir y transmitir la propiedad mediante la tradición o entrega de la cosa, en que la prestación de cada parte es la causa negocial para la otra. No se limita, pues, la permuta al intercambio de una cosa por otra, sino que la entrega se verifica para recibir otra, asociando causalmente prestación con contraprestación, lo que convierte la permuta en un contrato bilateral, oneroso, sinalagmático y conmutativo, puesto que la causa es recíproca en las partes.

Siendo ello así, la permuta constituye una unidad negocial inescindible y, por tanto, si recae sobre las acciones o participaciones propias, es un medio jurídicamente idóneo para adquirirlas, dando entrada con ello al artículo 15.10 LIS y, por tanto, a la improcedencia absoluta de someter a gravamen dicha adquisición. Ello significa también que, en aquéllos supuestos en que tal adquisición de acciones o participaciones propias se instrumenta a través de permuta, como ha sido el caso, esto es, retribuyendo a los socios, a cambio de la entrega de tales títulos representativos del capital de la sociedad, con la entrega de bienes o derechos, el artículo 15.10 LIS constituye norma especial de prevalente aplicación sobre las reglas de la permuta, que en ningún caso entrarían en juego, como indebidamente pretende la Administración, para valorar activos que de suyo quedan excluidos de toda posibilidad de avalúo.

En la permuta rige el principio de equivalencia de valor de los bienes intercambiados, como lo refleja la escritura notarial, de suerte que las partes conciertan o convienen en cambiar los bienes o derechos atribuyéndoles el mismo valor o, en caso distinto, compensando la diferencia en metálico, lo que aquí no ha sucedido. Ello significa que en la permuta la diferencia de valor sólo regiría, a efectos fiscales, y en los términos del artículo 15.3 de la LIS, por la diferencia entre el valor normal de mercado de los bienes transmitidos y su valor contable, pues es tal diferencia la que permitiría aflorar un valor real de los bienes en el caso de que estuvieran contabilizados por debajo de su valor real.

Ahora bien, en el caso presente, todo el sistema tributario, en su aplicación práctica, para ser respetuoso con los principios constitucionales de la imposición, debe huir del gravamen puramente virtual o artificial de las operaciones o, expresado de otro modo, debe someter a tributación únicamente manifestaciones reales y efectivas de capacidad económica, no las puramente ideales o abstractas, como la que nos ocupa. En este caso, el ajuste practicado se fundamenta en la diferencia entre el valor contable del inmueble transmitido y reseñado como tal en la escritura de permuta (51.022.000 pesetas) y el de mercado (1.800.000.000 pesetas), de donde, a juicio de la Inspección, resultaría una ganancia patrimonial susceptible de ser gravada, conclusión que desdeña significativamente que el valor de mercado de ese terreno, por el importe expresado, aun cuando fuera posible su gravamen --soslayando para ello la regla excluyente del artículo 15.10 LIS-- es determinante del valor de las acciones recibidas a cambio, puesto que, según las propias manifestaciones de la Inspección, la sociedad ... había estado inactiva y sólo contaba con un activo valioso, precisamente el terreno objeto de la permuta. Siendo ello así, si la adquisición en que se manifiesta la permuta es la de acciones propias que, en su valor, necesariamente deben incorporar como elemento esencial el valor de ese inmueble, no se comprende bien dónde se encontraría, para la empresa regularizada, el espectacular incremento de patrimonio que se grava, pues no sólo la adquisición de acciones propias --luego amortizadas-- queda fuera del esquema de las correcciones de valor sino que, aun

aceptando que ello no fuera imperiosamente así, no parece que haya diferencia alguna de valor económico entre lo que la sociedad entrega en la permuta --un inmueble con un determinado valor de mercado-- y lo que recibe a cambio --las acciones propias que necesariamente deben incorporar a su valor el de dicho inmueble, que es su único activo, según se acepta por la propia Administración--.

Por otra parte, el ajuste practicado tampoco se ha basado en una valoración seria y objetiva de los bienes objeto de la permuta, en la que el notario declara su equivalencia económica, sino que se funda exclusivamente en la disociación artificiosa entre las distintas prestaciones recíprocas del contrato de permuta y, partiendo de ese error conceptual, en la pura y mecánica toma de consideración de un valor contable del inmueble alejado absolutamente de la propia realidad de la que la Inspección parte.

Tercero.

El Abogado del Estado formula su recurso de casación al amparo del artículo 88.1.d) de la vigente Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, por infracción de los artículos 15.2 y 3 y 15.10 de la LIS 43/95.

Del cambio de accionariado de la sociedad INVESTASOL COSTA y de la operación de permuta realizada en las circunstancias indicadas en los Antecedentes de Hecho, el Abogado del Estado hace las siguientes observaciones:

-- INVESTASOL COSTA S.A. permuta un solar y cambia o altera su patrimonio --un solar de 58.516.065 de ptas.-- por sus propias acciones que un año y medio antes de la permuta habían sido compradas a los accionistas, no a Investasol, por los propios permutantes por 1.206.360.000 de pesetas.

-- Constituyó esta última --la compra de acciones-- una operación entre partes independientes, los antiguos accionistas y los nuevos accionistas (PROMOCIONES LOS JARDINES DE SAN PEDRO ALCÁNTARA Y DE LA PLAYA), a quienes aquéllos vendieron las acciones en 1.206.360.000 de pesetas.

-- Al escriturarse la permuta y valorarse el solar en 58.516.000 de pesetas, se pone de relieve que la sociedad que adquiere en 13 de febrero de 2002 sus propias acciones, que habían sido transmitidas antes, en septiembre de 2000, por 1.206.360.000 de pesetas y ahora las readquiere por permuta de 58.516.000 de pesetas, ha generado una plusvalía por la diferencia entre el valor del solar y el valor de las acciones, de tal modo que en su patrimonio desaparece el solar de 58.516.000 de pesetas y, en su lugar, aparecen acciones valoradas entre partes independientes en 1.206.360.000 de pesetas.

-- Resulta así que, puesto que la sociedad ni había realizado actividad, ni la iba a realizar, sino que se iba a disolver mediante la adquisición y amortización de las propias acciones, en rigor lo que se hizo fue permitir a sus dos únicos accionistas, PROMOCIONES SAN PEDRO y PROMOCIONES LA PLAYA, la adquisición del solar para su posterior venta, como se hizo el 20 de febrero de 2002 a INMOBILIARIA OSUNA S.L. por precio de 1.702.308.544 de pesetas.

Hechas las observaciones que anteceden, el Abogado del Estado plantea el núcleo de la cuestión, que no es otro que el de definir si aquella plusvalía producida en el seno de INVESTASOL debe resultar sujeta o no sujeta a tributación.

Para la sentencia recurrida el artículo 15.10 de la LIS, al declarar que la adquisición de las propias acciones para su amortización no determinará para la adquirente rentas positivas o negativas, comprende la adquisición de las propias acciones por cualquier título o negocio jurídico, ya sea compraventa, permuta o donación y, por ello, se aplicaría al supuesto que se examina, en el que la adquisición se hace en virtud de permuta y por ello no sería de aplicación la regla del artículo 15.2.e y 3 que, para el caso de elementos patrimoniales adquiridos por permuta, sí ordena la integración en la base imponible de la diferencia entre el valor nominal de mercado de los elementos transmitidos y su valor contable. Dice la sentencia que la regla del artículo 15.10 constituye *lex specialis*, que primaría sobre la del artículo 15.2.e) y 3.

El Abogado del Estado discrepa de la tesis de la sentencia de instancia porque no acierta a descubrir en qué se fundamenta, más allá de las consideraciones que hace sobre si la operación de adquisición de acciones para amortizar (ex. art. 15.10) constituye una única operación o, si, como entendió la Inspección, es menester su disección y considerar el negocio realmente producido, (ex. art. 28.2 de la LGT).

A juicio del Abogado del Estado, el artículo 15.10, regula una muy específica operación, que es la que contempla la L.S.A., que, al no permitir la tenencia de acciones propias (arts. 74 y ss y 168 y 170), impone forzosamente, o bien su venta, o bien su amortización mediante la reducción del capital. En cumplimiento de tal mandato, INVESTASOL, tras adquirir sus propias acciones y amortizarlas y haber operado aquella adquisición mediante permuta, es claro que alteró la composición de su patrimonio, generando la plusvalía señalada. Esta genuina y particular operación, según indica el artículo 15.10, no genera renta positiva o negativa en el seno de la sociedad que adquiere sus acciones propias y las amortiza; no en vano, al tener que destinar (salvo que la amortización se haga con cargo a beneficios) el patrimonio vinculado al capital a la retribución a los accionistas de sus aportaciones, aquel patrimonio vinculado, al no haber desarrollado actividad alguna la sociedad, no puede ser

superior al que figura como tal y que, en este caso, fue el de 58.516.000 de pesetas que figuraba como valor del solar en el activo del balance. Determina ello que no se haya producido --en virtud de esta operación-- renta alguna en la sociedad y en los socios cuyas aportaciones se restituyeron (ex. art. 15.10). Ello será así aun cuando, como indica la sentencia, la adquisición de las propias acciones se hubiera producido por compraventa, permuta, donación...

Y es que lo que la Ley (art. 15.10) no grava es la específica operación única de adquisición y amortización de acciones propias.

Lo que se grava, por imperativo del artículo 15.2.e), y 3, es la renta generada por la entrega de un inmueble, que contabilizado en 58.516.000 de pesetas y al haberse producido en virtud de permuta con otro bien -las acciones propias con valor de mercado de 1.206.360.000 de ptas.-- la diferencia debería integrarse en la base imponible de la transmitente.

Con esta argumentación el Abogado del Estado quiere poner de manifiesto el error cometido por la Audiencia Nacional en la interpretación del artículo 15.10 LIS. Este apartado no contiene ninguna regla especial en materia fiscal, sino que se limita a reiterar la norma contable: en las operaciones de amortización de acciones propias no existirá ningún resultado contable ya que la diferencia entre el valor nominal de las acciones y el precio de adquisición se cargará o abonará (en su caso) a una cuenta de reservas (no a resultados). El artículo 15.10 LIS se limitó a recoger la misma regla que existía en materia contable.

Por otro lado, como regla general, la simple operación de adquisición de unas acciones (propias o ajenas) tampoco debería suponer un resultado contable ni fiscal en la medida en que es simplemente la contabilización de la adquisición de un activo que se valora por el coste de adquisición. En este tema hay que partir de que normalmente la adquisición de las acciones se hace mediante compraventa en que el precio de adquisición coincidirá con el valor de mercado.

Por el contrario, la regla de permutas contenida en los apartados 2 y 3 del artículo 15 de la LIS sí que contiene una auténtica regla especial que obligaba a ajustar el resultado positivo obtenido por diferencia entre el valor de mercado y el coste de adquisición del activo. Esta regla fiscal es norma especial y es la que procede aplicar en este caso, como ha concluido tanto la Inspección de los Tributos como el propio TEAC.

La tesis de la Audiencia Nacional significaría admitir un esquema de operaciones en el que en ningún caso se tributaría por la plusvalía generada en las transmisiones de activos, efecto claramente contrario a los principios inspiradores del artículo 15 LIS. Para ello bastaría con hacer una permuta de activos por acciones propias y, posteriormente, una reducción de capital.

Por otro lado, hay que insistir en que la sentencia recurrida no ha comprendido correctamente las sentencias del Tribunal Supremo (4 de febrero de 2003, casa. nº 1096/1098, y 31 de enero de 2007 (casa. nº 2049/2002)) que cita en apoyo de su particular interpretación. En dichas sentencias lo que se sienta es que la amortización de acciones propias no puede dar lugar a ningún resultado contable ni fiscal, efecto que coincide con lo dispuesto en la normativa contable y fiscal. En estas operaciones la adquisición se hacía por compraventa, por lo que no había que aplicar la regla fiscal especial de permutas. Pero en ningún caso se dice que cualquier negocio jurídico por el que se adquiriera la propiedad de las acciones propias impida la existencia de un resultado fiscal.

Cuarto.

La discrepancia suscitada entre las partes se centra no tanto en que resulte no gravable la renta generada por la adquisición y amortización de las acciones propias, sino si es gravable la renta generada por la entrega de la permuta que para la Administración recurrente resulta una operación separable de aquellas, mientras que conforme se recoge en la Sentencia de instancia no es posible separar de lo que es dicha adquisición y amortización de las acciones.

No se hace cuestión que haya mediado simulación en las operaciones llevadas a cabo, ni siquiera fraude de ley, o un abuso de las formas jurídicas o vulneración del espíritu de las normas, estamos, pues, ante negocios jurídicos válidos que deben desplegar los efectos que le son propios, también, en el ámbito fiscal; tal y como fue planteado por la Administración Tributaria, esto es, si procede la aplicación del artº 15.10 ó 15, 2,c) y 3 de la LIS.

Por tanto, no es posible partir de que la real operación querida por las partes interesadas y finalmente materializada, indirectamente, ha sido la transmisión de la finca a la adquirente final evitando el coste fiscal que para los vendedores --los socios de la entidad recurrente-- hubiera supuesto la transmisión, es decir, la venta directa de las acciones por sus propietarios; puesto que partir de este postulado, como parece postular el Sr. Abogado del Estado significa descontextualizar el problema en debate.

No se discute que según el apartado 10 del artículo 15 de la LIS "La adquisición y amortización de acciones o participaciones propias no determinará para la entidad adquirente, rentas positivas o negativas" y ello es igualmente cierto desde la perspectiva contable. En efecto, desde un punto de vista contable, de esta operación no se deriva ningún resultado en la medida en que el valor de lo percibido sea igual o superior al valor contable de lo entregado. Contablemente el único efecto es que se da de baja el elemento entregado y se registra el elemento

percibido por el mismo valor contable del primero, de acuerdo con la resolución del ICAC de 30 julio 1991. Digamos, de paso, que la Ley 16/2007, de 4 de julio, de reforma y adaptación de la legislación mercantil en materia contable para su armonización internacional con base en la normativa de la Unión Europea, suprime, con efectos para los periodos impositivos iniciados a partir de 1 de enero de 2008, la regulación fiscal de la adquisición de acciones o participaciones propias. El motivo de dicha supresión radica en que la nueva regulación contable establece que no se reconocerán pérdidas y ganancias como consecuencia de la venta, compra, emisión o amortización de acciones propias, lo que hace innecesario que la norma fiscal reitere la aplicación del mismo criterio.

La Sala de instancia, como resulta de la argumentación que desarrolla, acoge el criterio de que la adquisición y amortización de acciones o participaciones propias es presupuesto de hecho unitario, habla de " una unidad negocial inescindible". A pesar de ello, dado que dicho carácter no deriva de la legislación mercantil que no contempla la amortización como consecuencia de toda adquisición de acciones propias, no se salva la contradicción que representa la dicción de los arts 15, 2, e) y 3 con el artº 15.10 de la LIS ; sin embargo, el considerar que estamos ante un hecho unitario, resulta obligado la aplicación del artº 15.10 de la LIS , puesto que estamos ante una sola operación conjunta que merece una calificación fiscal unitaria.

Lo cierto, como queda plasmado en los hechos recogidos, es que el valor de los terrenos, 1.206.360.000 pesetas, que fueron adquiridos, es igual al valor de las acciones, puesto que como ha quedado dicho las entidades PROMOCIONES LOS JARDINES SAN PEDRO DE ALCANTARA y PROMOCIONES LOS JARDINES DE LA PLAYA, S.L., adquirieron la totalidad de las acciones de INVESTASOL COSTA, S.A., por la suma de 1.206.360.000 ptas, que es su precio de adquisición y representa, sin duda, el importe total satisfecho, por lo que su incorporación a la contabilidad de las sociedades adquirentes debió de hacerse por el valor neto contable de aquellos, que será su valor de adquisición por la misma. El valor de mercado de las acciones, pues, coincide con valor de mercado del terreno. Contablemente, por tanto, no hay resultado positivo o negativo alguno, pues el valor de adquisición de los terrenos coincide con el valor neto contable de las acciones cedidas a cambio. Si las acciones se adquirieron por el valor de mercado, 1.206.360.000 ptas, y siendo el valor del terreno de 1.206.360.000 ptas, no es posible identificar una renta positiva ni negativa, en principio, por lo que no ha lugar a que la operación tribute.

Al coincidir valor de mercado del terreno cedidos con el valor de las acciones a adquirir, INVESTASOL debió incorporar a su contabilidad el valor contable de aquellos, sin que diera lugar a resultado positivo o negativo, apareciendo la adquisición de sus propias acciones por el valor neto contable del terreno cedido a cambio. Desde el punto de vista fiscal, al producirse una permuta, en principio sería de aplicación el artº 15,2,c) y 3 de la LIS , con el consiguiente incremento patrimonial, pero dado que estamos ante un supuesto específico contemplado en el artº 15.10 su aplicación resulta preferente, por lo que no procede su tributación por la renta que se pone de manifiesto en la adquisición de sus propias acciones.

Ya hemos visto los términos en los que hace descansar el Sr. Abogado del Estado el único motivo de casación articulado, pone de relieve lo innecesario del artº 15.10, por venir a reproducir la regla contable, y la especialidad de los apartados 2 y 3 del artº 15, y como argumento de más autoridad afirma que la tesis de la Audiencia Nacional significaría admitir un esquema de operaciones en el que en ningún caso se tributaría por las plusvalía generada por la transmisión de activos, pues bastaría hacer una permuta de activos por acciones propias y, posteriormente, una reducción de capital. Mas este argumento no se sostiene, como bien se recoge en la Sentencia de instancia, " no parece que haya diferencia alguna de valor económico entre lo que la sociedad entrega en la permuta -un inmueble con un determinado valor de mercado- y lo que recibe a cambio -las acciones propias que necesariamente deben incorporar a su valor el de dicho inmueble, que es su único activo, según se acepta por la propia Administración-" , y viene a ser ratificado porque en todo caso las plusvalías sujetas a tributación se generaron en la venta de las acciones por los socios primitivos, sujetos a la tributación oportuna, excepto que fuera de aplicación la Disposición Transitoria Novena de la Ley 40/1998 del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas , según redacción dada por la Ley 55/1998.

Quinto.

Procede desestimar este recurso de casación por las razones que han sido desarrolladas ut supra, con imposición a la parte recurrente de las costas procesales causadas en este recurso, si bien la Sala, haciendo uso de la facultad que le otorga el artículo 139. 3 de la LRJCA , fija en 8.000 euros la cantidad máxima a reclamar por la parte recurrida por todos los conceptos.

En su virtud, en nombre de su Majestad el Rey y en el ejercicio de la potestad de juzgar que, emanada del pueblo español, nos confiere la Constitución

FALLAMOS

Que debemos desestimar y desestimamos el recurso de casación 3709/2012, interpuesto por la ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO, contra la Sentencia dictada el día 11 de octubre de 2012 por la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso- Administrativo de la Audiencia Nacional en el recurso del citado orden jurisdiccional núm. 427/2009, con expresa imposición de costas a la parte recurrente, con el límite cuantitativo expresado en el último de los fundamentos jurídicos.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección que edita el Consejo General del Poder Judicial, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos Manuel Vicente Garzon Herrero Emilio Frias Ponce Joaquin Huelin Martinez de Velasco Jose Antonio Montero Fernandez Manuel Martin Timon Juan Gonzalo Martinez Mico T R I B U N A L S U P R E M O Sala de lo Contencioso-Administrativo

VOTO PARTICULAR emitido por el Excmo. Sr. Magistrado de la Sala D. Juan Gonzalo Martinez Mico, como expresión de respetuosa discrepancia en relación con la sentencia dictada por la Sala el día 25 de junio, que resolvió el recurso núm. 3709/2012.

VOTO PARTICULAR

FECHA:25/06/2014

La cuestión fundamental que en este recurso se plantea es la calificación jurídica a efectos fiscales de la operación realizada, esto es, si se trata de la permuta de un solar por la entrega de acciones propias o si se trata, como sostiene INVESTASOL, de la adquisición y amortización de acciones propias.

Justificaba INVESTASOL la forma en que se diseñó la operación por cuanto suponía, a su juicio, una clara economía de opción, porque si se hubiera vendido directamente la finca, contabilizada en 52.000.000 pesetas, que representaba el monto del capital social, hubiera tenido que tributar íntegramente por la ganancia de patrimonio, mientras que vendiendo los socios sus acciones, al resultar de aplicación la Disposición Transitoria Novena de la Ley 40/1998 del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, según redacción dada por la Ley 55/1998, no tributaba por su ganancia de patrimonio. Añadía que, en estos casos, la opción por la venta de acciones y posterior adquisición de las acciones propias para la aplicación del artículo 15.10 de la LIS constituye un negocio lícito y querido por ambas partes, no habiendo dos transmisiones sino un solo negocio jurídico de permuta de acciones.

Para la Inspección "el conjunto de la operación --adquisición de la totalidad de las acciones de INVESTASOL para su posterior permuta por el terreno, único activo de la sociedad-- tiene como objeto la adquisición del inmueble por las dos sociedades (Promociones Los Jardines de San Pedro Alcántara S.L. y Promociones Los Jardines de la Playa S.L.) para su inmediata enajenación", como así resultó de la dinámica seguida pues la operación de permuta tuvo lugar el 13 de febrero de 2002 y apenas una semana después --el 20 de febrero de 2002-- las sociedades que recibieron por la permuta la finca rústica propiedad de INVESTASOL, valorándola en 58.576.065 pesetas, la vendían a Inmobiliaria Osuna en 1.702.308.544 pesetas.

Al adquirir las dos sociedades de PROMOCIONES LOS JARDINES las acciones de INVESTASOL, lo que en realidad están adquiriendo es la finca que constituye su único patrimonio. En la permuta examinada el valor de las acciones no puede ser otro que el valor del solar, cuya final transmisión es lo que se persigue, aunque se emplee la fórmula de la previa transmisión del 100% de las acciones a efectos de que la plusvalía puesta de manifiesto no tribute en el Impuesto sobre la renta de los socios. La entrega de los títulos a INVESTASOL a cambio de la entrega de la finca pretende presentar la operación como una permuta de la finca por acciones propias, que no genera ganancia o pérdida patrimonial gravable y que está exenta de acuerdo con el artículo 15.10 de la LIS 43/1995. La salida de los terrenos también se pretende que no tribute al enlazarla con la adquisición de las acciones para su amortización. Digamos, de paso, que la Ley 16/2007, de 4 de julio, de reforma y adaptación de la legislación mercantil en materia contable para su armonización internacional con base en la normativa de la Unión Europea, suprime, con efectos para los periodos impositivos iniciados a partir de 1 de enero de 2008, la regulación fiscal de la adquisición de acciones o participaciones propias. El motivo de dicha supresión radica en que la nueva regulación contable establece que no se reconocerán pérdidas y ganancias como consecuencia de la venta, compra, emisión o amortización de acciones propias, lo que hace innecesario que la norma fiscal reitere la aplicación del mismo criterio.

Por todo ello, la Inspección entendió que como "la adquisición y amortización de acciones propias no determina, para la entidad adquirente, rentas positivas o negativas" (art. 15.10), no sería gravable, pero sin olvidar que en la adquisición de las acciones propias se produce otra alteración patrimonial como es la entrega del terreno y es esta entrega la que genera la plusvalía gravable en este caso. En las permutas existen dos operaciones que a efectos de la contraprestación correspondiente a cada una de ellas, se compensan en todo o en parte, en este

acaso en su totalidad, pero, a nuestro juicio, dada la unidad de acto y la compensación citada, constituyen una sola operación conjunta que merece una calificación fiscal unitaria.

El Tribunal Económico-Administrativo Central, en su resolución de 28 de septiembre de 2009, consideró también gravable la renta generada como consecuencia de la permuta de un terreno por acciones propias de la sociedad al considerar que se produce una alteración patrimonial derivada de una permuta que genera una plusvalía que se encuentra sometida a gravamen conforme a lo dispuesto en los artículos 15.2 y 15.3 de la LIS.

A tal respecto la resolución del TEAC distingue entre la renta generada en la adquisición y amortización de acciones propias, que no resulta gravable, de la renta generada por la transmisión del terreno, por permuta, que sí resulta gravable, al suponer una alteración patrimonial que genera una plusvalía y que se encuentra sometida a gravamen de acuerdo con lo dispuesto en la LIS.

La repercusión fiscal del hecho de que la adquisición de la acciones y la entrega del terreno se realice mediante permuta es que la Ley determina como debe valorarse la operación (art. 15.2 y 15.3 de la Ley 43/1995), pero no afecta a la existencia de la misma.

Teniendo en cuenta que las acciones se adquirieron en 1.206.360.000 pesetas, en una compraventa entre particulares, como consta en las correspondientes escrituras de 15 de septiembre de 2000 y de 8 febrero de 2002, hay que entender que éste es el valor de mercado de las mismas; y como el terreno estaba contabilizado en 58.516.065 pesetas, la plusvalía gravable es de 1.147.843.935 pesetas (6.898.681 ?).

El artículo 1538 del Código Civil define la permuta como el contrato por el cual cada uno de los contratantes se obliga a dar una cosa para recibir otra.

Si bien es cierto que en la operación llevada a cabo en el caso de autos se produce una adquisición de acciones propias para su amortización, no debe ser esta la calificación de la operación, puesto que ello supondría tener sólo en cuenta una parte de la operación y no la totalidad de la misma.

La operación configurada en la medida en que se realiza a través de un contrato por el que las partes se obligan al intercambio de un inmueble por acciones debe tener la calificación de permuta de acuerdo con el citado artículo 1538 del Código civil.

La existencia de una sola operación jurídica no implica que no existan dos entregas.

El hecho de que se haya utilizado la permuta para adquirir las acciones tiene su repercusión al determinar la LIS 43/1995 cómo debe valorarse la operación.

El apartado segundo y tercero del artículo 15 de la Ley 43/1995, de 27 de diciembre, del Impuesto sobre Sociedades, establece que:

"2. Se valorarán por su valor normal de mercado los si elementos patrimoniales:

e) Los adquiridos por permuta.

Se entenderá por valor normal del mercado el que hubiera sido acordado en condiciones normales de mercado entre partes independientes.

Para determinar dicho valor se aplicarán los métodos previstos en el artículo 16.3 de esta Ley.

3. (...)

En los supuestos previstos en las letras e) y f) las entidades integrarán en la base imponible la diferencia entre el valor normal de mercado de los elementos adquiridos y el valor contable de los entregados".

Debe tenerse en cuenta que la LIS es muy clara, pues al margen de algunas adquisiciones a título lucrativo, en todos los demás supuestos de aplicación del valor de mercado, incluida la permuta, al igual que ocurre en los supuestos de canje o conversión, no es este el que se integra en la base del impuesto sino la diferencia entre el valor de mercado de los bienes adquiridos y el valor de los entregados a cambio de manera que en la determinación de la base imponible de la sociedad que interviene en la permuta deberá hacerse un ajuste positivo al resultado contable del ejercicio por cuanto el mismo no contiene el importe de dicha renta, siempre que el valor de mercado de los elementos adquiridos fuera superior al valor contable de los entregados. Por tanto, como INVESTASOL COSTA es la entidad que entrega la finca, integra en la base imponible la diferencia entre el valor de mercado de las acciones propias y el valor contable de la finca.

De acuerdo con el precepto transcrito, en lo que aquí interesa, a la operación realizada le resultaría de aplicación desde el punto de vista fiscal, lo previsto en el artículo 15.2.c) de la LIS 43/1995 y no lo previsto en el artículo 15.10 de la misma Ley. A la operación sociedad-socio de permuta del solar, con la alteración patrimonial que entraña, no le es de aplicación la regla del artículo 15.10 de la LIS 43/1995 porque no se está solo, en el caso de adquisición de acciones para amortizarlas, reduciendo el capital, sea o no con cargo a beneficios o reservas, y ello con independencia de la validez o invalidez de la operación por cumplimiento de los requisitos del artículo 75 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas.

En este sentido habrá que aplicar el apartado 3 del mismo artículo 15 de la LIS 43/1995 que establece, como se ha dicho, para los supuestos de elementos patrimoniales adquiridos por permutas, que la entidad integrará en la base imponible la diferencia entre el valor normal del mercado de los elementos adquiridos y el valor contable de los entregados. Por lo tanto, de acuerdo con el citado precepto, cada una de las entidades que intervienen en la permuta deberá integrar en su base imponible la renta correspondiente a la diferencia entre el valor normal de mercado del elemento adquirido y el valor contable del elemento entregado. La aplicación de la

citada regla de valoración del artículo 15.3, en contraste con el tratamiento contable que debe darse a las permutas, comporta en aquellos casos en que el valor del mercado del elemento adquirido sea superior al valor registrado contablemente del elemento entregado, que es lo que ocurre en el supuesto de autos, la entidad deberá tributar por la diferencia mediante un ajuste extracontable positivo en su base imponible y contabilizando, en su caso, el correspondiente impuesto anticipado.

En consecuencia, debe estimarse el recurso del Abogado del Estado y aplicarse el artículo 15.3 de la LIS 43/1 995 que ordena y regula la sustitución del valor contable por el valor de mercado de los elementos en cuestión, aplicándose, en vez de los criterios contables basados en el principio del precio de adquisición y de prudencia valorativa, el principio fiscal de la capacidad contributiva, gravándose las plusvalías puestas de manifiesto en la transmisión del terreno a cambio de las acciones propias Como dice el Abogado del Estado en su recurso, la regla del artículo 15.2.e) y 3 de la LIS 43/1995 es una regla especial, no la del artículo 15.10.

Admitir la tesis de la Audiencia Nacional significaría admitir un esquema de operaciones en el que en ningún caso se tributaría por la plusvalía generada en la transmisión de activos, efecto claramente contrario a los principios inspiradores del artículo 15 LIS . Para ello bastaría con hacer una permuta de activos por acciones propias y, posteriormente, una reducción de capital.

En el caso que nos ocupa he llegado a la convicción de que la real operación querida por las partes interesadas y finalmente materializada no ha sido otra que la transmisión de la finca a la adquirente final evitando el coste fiscal que para los vendedores --los socios de la entidad recurrente--hubiera supuesto la forma correcta de efectuar tal transmisión es decir, la venta directa de las acciones por sus propietarios.

Aunque no se haya seguido el procedimiento especial de fraude de ley, se han realizado una serie de actos conexos con el propósito de eludir la tributación de la operación a través de un "rodeo" o "contorneo" legal realizado con el objetivo de aprovechar las vías ofrecidas por las propias normas tributarias, si bien utilizadas de una forma que no se corresponde con su espíritu.

Deben rechazarse, por último, las alegaciones realizadas por el obligado tributario en el sentido de que las operaciones realizadas responden a una economía de opción por cuanto que la opción sólo puede darse cuando la norma, explícitamente, ofrece a un hecho imponible dos fórmulas jurídicas igualmente válidas, pero con consecuencias tributarias distintas, no existiendo tal facultad de elegir cuando el sujeto pasivo toma un camino que implica abuso de las formas jurídicas o vulneración del espíritu de las normas.

Por todo lo que antecede entendemos que procedía estimar el recurso de casación interpuesto por el Abogado del Estado, casar la sentencia recurrida y confirmar el acuerdo del Tribunal Económico-Administrativo Central.

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado Ponente de la misma D. Jose Antonio Montero Fernandez, hallándose celebrando audiencia pública, ante mí, el Secretario. Certifico.

El contenido de la presente resolución respeta fielmente el suministrado de forma oficial por el Centro de Documentación Judicial (CENDOJ). La Editorial CEF, respetando lo anterior, introduce sus propios marcadores, traza vínculos a otros documentos y hace agregaciones análogas percibiéndose con claridad que estos elementos no forman parte de la información original remitida por el CENDOJ.