

BASE DE DATOS DE [NORMACEF](#)

Referencia: NFJ062124

TRIBUNAL SUPREMO

Sentencia de 24 de febrero de 2016

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Rec. n.º 948/2014

SUMARIO:

Procedimiento contencioso-administrativo. Órganos y competencias. *Causas de abstención/recusación. Amistad íntima o enemistad manifiesta con cualquiera de las partes.* El hecho de haber coincidido el presidente de la Sección del Tribunal, sin conocimiento previo por su parte -podría decirse «sorpresivamente»-, en un acto privado con el socio de uno de los demandantes -también demandante en otro proceso sobre las mismas operaciones aquí enjuiciadas-, al que fue presentado por un amigo común, en fechas cercanas a las señaladas para la decisión del litigio, no aparece expresamente como causa de abstención en el art. 219 LO 6/1985 (LOPJ), pero, habida cuenta del valor superior de la justicia y de su imparcial prestación, nada impedía por analogía considerarle incurso en la causa 9º de dicho precepto. La decisión de la Sala de instancia no sólo no merece reproche alguno de legalidad, sino que debe ser calificada de «encomiable».

Aplicación e interpretación de las normas. Simulación relativa. IRPF. Rendimientos del capital mobiliario. Participación en fondos propios. *Operaciones de compra apalancada (LBO) y recapitalización del dividendo (recap). Transmisión de participaciones de un grupo dedicado a la explotación de campeonatos deportivos realizada con apalancamiento y sin que haya cambios en la titularidad de las participaciones.* La sentencia se refiere a «operaciones usuales en el mercado de capital riesgo», pero predica tal condición de las operaciones como categoría o clase que tienen una determinada finalidad o causa y aprecia la simulación, precisamente, porque la recurrente utiliza dichas operaciones para encubrir una finalidad distinta. La simulación no se aprecia sobre la base de la consideración aislada del precio de una compraventa de participaciones sociales, ni tampoco porque no se acredite una específica motivación económica en la compraventa, sino en contemplación del conjunto de negocios -de compraventa, financiación y fusiones-, cuyos resultados, en apreciación del Tribunal *a quo*, no se corresponden con la causa de auténticas enajenaciones de participaciones sociales a las que se pueda anudar, a efectos fiscales, un incremento patrimonial, regularizando la situación tributaria conforme al concepto de utilidad o rendimiento de capital mobiliario. Y no es contrario al razonamiento lógico extraer tal conclusión de un conjunto de hechos probados que revela el mantenimiento por los socios de similares porcentajes de participación después de las formales y reiteradas enajenaciones de las participaciones; inexistencia de modificación en la composición de los órganos de administración; rentabilidad obtenida por los socios sin referencia en criterios de mercado, que puede explicarse como una distribución de rentas de capital, financiada mediante un incremento del endeudamiento de la entidad, utilizando, al efecto, la intermediación de sociedades ad hoc creadas por los propios socios; o no distribución de dividendos, habiendo utilizado mecanismos encubiertos de retribución de fondos propios. Todo ello no contradice ni la libertad de establecimiento ni la libre circulación de capitales. Votos particulares.

Procedimiento sancionador. Clases de infracciones. Infracciones de la Ley 58/2003. Dejar de ingresar la deuda tributaria que debiera resultar de una autoliquidación. *Graduación.* La sentencia de instancia considera acreditado que la conducta seguida tiene carácter doloso; por otro lado, es clara la existencia de ocultación, que va ínsita, para todos los casos y sin excepción alguna, en la simulación de la causa negocial; finalmente, en el caso de simulación no resulta posible hablar de interpretación razonable de la norma, porque lo que se pretende con ella es eludir la aplicación de la norma, no interpretarla. Pues bien, la conclusión no puede ser otra que la de que en el presente caso debe apreciarse la existencia de ocultación y calificar la conducta como infracción tributaria grave, pues también es patente que la base de la sanción excede de 3.000 euros. Voto particular.

[Vid., en el mismo sentido, SSTs, de 24 de febrero de 2016, recursos nº 4134/2014 (NFJ062110) y 3819/2013 (NFJ062032)].

PRECEPTOS:

Ley Orgánica 6/1985 (LOPJ), arts. 219 y 221.

Ley 29/1998 (LJCA), arts. 8 y 33.

Ley 58/2003 (LGT), arts. 7, 12, 13, 14, 16, 66, 68, 108, 150, 179, 180, 189.3, 191, 219 y 235.

Ley 1/2000 (LEC), arts. 215.2, 218, 335, 348, 385 y 386.

Constitución Española, art. 9.3, 24, 25, 33, 103 y 117.
RDLeg. 3/2004 (TR Ley IRPF), art. 14, 23, 24, 31 y 45.
Ley 30/1992 (LRJAP y PAC), arts. 3.2 y 28.1.d).
Ley Orgánica 10/1995 (CP), art. 132.
Código Civil, arts. 4 y 1276.
RDLeg. 4/2004 (TR Ley IS), arts. 14 y 16.8.
Tratado de 25 de marzo de 1957 (Funcionamiento de la UE), art. 13 y 66.
Directiva 90/435/CEE del Consejo (Régimen fiscal común aplicable a sociedades matrices y filiales de Estados miembros diferentes), arts. 1, 4 y 5.

PONENTE:

Don Joaquín Huelin Martínez de Velasco.

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
Don RAFAEL FERNANDEZ MONTALVO

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veinticuatro de Febrero de dos mil dieciséis.

La Sección Segunda de la Sala Tercera del Tribunal Supremo ha visto ha visto los recursos de casación que, tramitados con el número 948/2014, han sido interpuestos por DOÑA Candida y DON Octavio representados por el procurador don Manuel Sánchez Puelles González Carvajal, y por la ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO contra la sentencia dictada el 22 de enero de 2014 por la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional en el recurso 3366/2012, relativo a liquidación y sanción por el impuesto sobre la renta de las personas físicas del ejercicio 2004.

ANTECEDENTES DE HECHO**Primero.**

La sentencia impugnada estimó en parte el recurso contencioso-administrativo promovido por doña Candida y don Octavio contra la resolución dictada por el Tribunal Económico-Administrativo Central el 30 de marzo de 2012. Esta resolución administrativa de revisión desestimó las reclamaciones acumuladas NUM000 y NUM001, instadas respectivamente por el mencionado matrimonio contra la liquidación provisional del impuesto sobre la renta de las personas físicas del ejercicio 2004, practicada con un importe de 2.774.440,64 euros, y contra el correspondiente acuerdo sancionador, por el que se les impuso una multa de 1.262.373,81 euros.

La sentencia recurrida (i) anuló la liquidación en cuanto fue calificada de provisional, debiendo entenderse como definitiva, y (ii) revocó la sanción impuesta, por no ser conforme a Derecho la agravación por ocultación y empleo de medios fraudulentos, considerándola leve.

Segundo.

Doña Candida y don Octavio, así como la Administración General del Estado, prepararon sendos recursos de casación.

Previo emplazamiento, los dos primeros lo interpusieron mediante escrito presentado el 11 de abril de 2014, en el que invocaron treinta y cinco motivos de casación, los tres primeros al amparo del artículo 88.1.c) de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de esta jurisdicción (BOE de 14 de julio), y el resto con fundamento en la letra d) del mismo precepto.

Solicitan el dictado de sentencia que case la recurrida y que, en su lugar declare lo siguiente:

« 1.º) Casar la sentencia aquí recurrida modificando el pronunciamiento y fallo de la misma, declarando que la anulación de la liquidación provisional indebidamente girada por la Administración con tal carácter, aunque sea parcial, conlleva necesariamente la anulación de la liquidación de la cuota y de la sanción basada en la misma, sin perjuicio de que la Administración pudiera, en su caso, girar una nueva liquidación en sustitución de la anulada o incoar un nuevo procedimiento sancionador.

2.º) Casar la sentencia aquí recurrida con el pronunciamiento 1º) y declarando, en su caso, con arreglo a los motivos de casación invocados en el presente recurso, que, a todos los efectos tributarios, la contraprestación percibida por el valor de mercado de las participaciones percibidas debe tener la consideración de incremento de patrimonio a título oneroso y no de utilidad percibida por la mera condición de socio, dada la equivalencia de prestaciones para ambas partes.

3.º) Casar la sentencia aquí recurrida con el pronunciamiento 1º) y declarando, en su caso, con arreglo a los motivos de casación invocados en el presente recurso, que, a todos los efectos tributarios, la contraprestación percibida por las personas físicas transmitentes no puede ser una utilidad percibida por la mera condición de socio de la entidad pagadora, dado que ello exigiría prescindir del velo societario tanto de la entidad adquirente de las participaciones (Miralita, S.L.) como del velo societario de las entidades socios de la entidad adquirente de las participaciones (Honoris Gratia, S.L. en el caso de los aquí recurrentes), sin que los actos recurridos hayan nunca invocado siquiera, como fundamento de los mismos, la confusión de esferas jurídicas y patrimoniales entre dichas sociedades y sus socios.

4.º) Casar la sentencia aquí recurrida con el pronunciamiento 1º) y declarando, en su caso, con arreglo a los motivos de casación invocados en el presente recurso, que, a todos los efectos tributarios, debe considerarse improcedentes tanto la cuota y la sanción anuladas por la sentencia como la calificación de la infracción como leve, así como también que debe considerarse : a) prescrito el derecho de la Administración a liquidar y sancionar cualquier posible infracción tributaria; b) nulo el procedimiento sancionador incoado y la sanción resultante del mismo por haber sido propuesta por el mismo actuario que elaboró el Informe de delito; c) vulnerado el "non bis in ídem" por haberse incoado el procedimiento sancionador por los mismos hechos que dieron lugar al Auto de sobreseimiento firme de 19 de febrero de 2010; d) que cualquier sanción de un negocio mercantil de compra apalancada considerada válida y usual resulta incompatible con el artículo 179.2.d) de la LGT ; e) que no existe dolo sancionable y que se ha equiparado indebidamente "simulación" e "infracción tributaria"; f) que la anulación parcial de la liquidación determina la falta de validez del procedimiento sancionador incoado con arreglo a la misma; h) que como consecuencia de la anulación, aunque sea parcial, de la liquidación, debe considerarse legalmente concluido o caducado el procedimiento sancionador que concluyó con la sanción anulada sin que resulte legalmente posible imponer una nueva.

Subsidiariamente, para el caso de que se desestime el recurso y los pronunciamientos anteriores, case y anule la Sentencia recurrida y resuelva lo siguiente:

1.º) Casar la sentencia aquí recurrida con reposición de las actuaciones al estado y momento previo al Auto de 19 de junio de 2013, que acordó indebidamente la abstención del Presidente de la Sala sentenciadora, y resolviendo lo procedente en cuanto a un nuevo conocimiento y fallo del recurso por una Sección que cumpla con el requisito de un Tribunal independiente e imparcial.

2.º) Casar la sentencia aquí recurrida con reposición de las actuaciones al estado y momento previo a la votación y fallo del recurso con objeto de que se dicte una nueva sentencia que no omita total e indebidamente la consideración de las pruebas periciales aportadas, admitidas y practicadas»

Mediante un primer otrosí, interesan el planteamiento de cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

Tercero.

La Administración General del Estado se opuso al anterior recurso en escrito presentado el 16 de febrero de 2015.

Cuarto.

La Administración General del Estado interpuso su recurso de casación mediante escrito presentado el 6 de mayo de 2014, en el que esgrimió un único motivo con arreglo al artículo 88.1.d) de la Ley 29/1998 .

Solicita el dictado de sentencia que case la recurrida en el punto relativo a la anulación de la sanción impuesta por una infracción muy grave y su sustitución por otra calificada de leve.

Quinto.

Doña Candida y don Octavio se opusieron al anterior recurso en escrito fechado el 18 de marzo de 2015, mediante el que pidieron su inadmisión y, subsidiariamente, la desestimación.

Sexto.

- Las actuaciones quedaron pendientes de señalamiento para votación y fallo, circunstancia que se hizo constar en diligencia de ordenación de 20 de marzo de 2015, fijándose al efecto el día 2 de febrero de 2016, en cuya fecha tuvo lugar el referido acto, continuando deliberándose hasta el día 23 de febrero.

Siendo Ponente el Excmo. Sr. D. Joaquin Huelin Martinez de Velasco, Magistrado de la Sala

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.

Los hechos sobre los que descansa el pronunciamiento jurisdiccional impugnado son descritos en sus fundamentos jurídicos 1.º y 2.º, y pueden resumirse como sigue:

1) Dorna Sports, S.L., fue la sociedad dominante del grupo fiscal 170/01 hasta el 30 de junio de 2003. En junio de 2003 el 100% de sus participaciones sociales fueron adquiridas por 2WP Events, S.L., adquisición en virtud de la que esta compañía se convirtió en la sociedad dominante del grupo fiscal 182/04. Posteriormente, Dorna Sports, S.L., fue absorbida por 2WP Events, S.L., fusión impropia que fue inscrita en el Registro Mercantil el 30 de diciembre de 2003. A raíz de esta operación 2WP Events, S.L., cambió su razón social y pasó a denominarse Dorna Sports, S.L.

En el mes de diciembre de 2004, Miralita, S.L., adquirió el 99,815% del capital social de Dorna Sports, S.L., pasando a ser la sociedad dominante del grupo fiscal 134/05 en los periodos impositivos 2005 y 2006.

Por su parte, Tinagen Grupo de Inversiones, S.L., adquirió en el segundo semestre de 2006 el 80,40% de las participaciones de Miralita, S.L., absorbiendo en 2007, entre otras entidades a Dorna Sports, S.L., y a Miralita, S.L. Tras la fusión, Tinagen Grupo de Inversiones, S.L., pasó a denominarse Dorna Sports, S.L.

Don Esteban, recurrente en el recurso de casación 3819/2013, y don Octavio, recurrente en éste, ambos residentes en España, fueron socios de las entidades mencionadas, formando parte de sus consejos de administración.

2) En enero de 2003, el capital social se Dorna Sports, S.L., presentaba la siguiente composición:

Una participación mayoritaria del 75% correspondía, directa o indirectamente, a CVC Capital Partners, compañía residente en Luxemburgo.

Don Esteban y don Octavio, residentes en España, poseían el 12 y el 6,5%, respectivamente.

El restante 6,5% pertenecía a la compañía holandesa Ballota, BV

3) El 26 de junio de 2003, 2WP Events, S.L., adquirió el 100% de las participaciones de Dorna Sports, S.L., por un precio de 50.102.655,16 euros. Hasta entonces, la adquirente había permanecido inactiva y tenía un capital de 72.000 euros, que pertenecían a los socios de Dorna Sports, S.L., en porcentajes similares a los que tenían en ésta. Tras la operación, el porcentaje de las participaciones en 2WP Events, S.L., que poseía el 100% de Dorna Sports, S.L., quedó como sigue:

Dorna Holding, S.à.r.l., residente en Luxemburgo y perteneciente a CVC Capital Partners, el 73,5%

Don Esteban y don Octavio, el 11,76 y el 6,73%, respectivamente

Ballota BV, el 6,37%.

Otros socios residentes en España, el 2%.

La adquisición por 2WP Events, S.L., del 100 de Dorna Sports, S.L., no supuso ningún cambio en el control del Grupo Dorna.

4) En dicha operación, don Octavio transmitió las 20.718 participaciones que tenía en Dorna Sports, S.L., por 3.451.764,22 euros, que recibió en las siguientes fases:

Componente fijo (26 de junio de 2003): 2.881.252,26 euros.

Variable deuda (31 de julio de 2003): 289.799,72 euros.

Variable caja (5 de abril de 2004): 280.712,24 euros.

El Sr. Octavio calificó estos ingresos en sus autoliquidaciones del impuesto sobre la renta de las personas físicas como ganancia patrimonial generada en un periodo superior a un año. Imputó al ejercicio 2003 una ganancia de 3.831.259,62 euros, derivada de la parte recibida en dicho ejercicio por la venta de las 20.718 participaciones de Dorna Sports, S.L. [sin que en la autoliquidación del ejercicio 2004 incluyese la variable de caja

por importe de 280.712,24 euros], y de la cantidad percibida en su condición de socio de esa compañía por la previa reducción de su capital social mediante adquisición derivativa por Dorna Sports, S.L., de sus propias participaciones sociales: 5.723 participaciones adquiridas al Sr. Octavio al precio de 139,07 euros cada una.

5) La compra del 100% de las participaciones de Dorna Sports, S.L., por 2WP Events, S.L., se financió con un préstamo sindicado formalizado el 26 de junio de 2003, en el que aparecían como prestamistas varias entidades bancarias coordinadas por Société Générale, S.A., y como prestatarias Dorna Sports, S.L., y Elendur, S.L.

Esta segunda compa a fue constituida el 16 de diciembre de 2002 y en el momento de formalizarse el préstamo estaba controlada en su totalidad por la sociedad luxemburguesa Dorna Holding, S. .r.l.

El 26 de junio de 2003, Elendur, S.L., prest  a 2WP Events, S.L., la suma de 53.246.917,17 euros, que se destin  a financiar la operación descrita en el anterior punto 3) y a sufragar los gastos de la operación. En el momento de la operación, Elendur, S.L., tenía un capital social de 3.500 euros y carecía de activos con los que responder de las obligaciones derivadas del préstamo frente a las entidades crediticias, siendo en última instancia responsable ante las mismas 2WP Events S.L.

6) El 21 de julio de 2004, los socios minoritarios de Dorna Sports, S.L. (empleados y directivos que poseían el 2% del capital) transmitieron al resto de los socios 7.200 participaciones de la sociedad de manera proporcional a las participaciones que ostentaban con anterioridad. Como consecuencia de esta transmisión, los socios minoritarios se quedaron con el 1% del capital social de la compa a.

7) El 1 de diciembre de 2004, se produjo otra transmisión de las participaciones de Dorna Sports, S.L. Los socios de 2WP Events S.L. (denominada tras la fusión impropia Dorna Sports. S.L.), vendieron a Miralita, S.L., el 99,815% de sus participaciones sociales por un importe de 105.802.302,96 euros El precio por participación se fijó en 147,22 euros. Sobre el 0,185% restante, perteneciente a don Esteban y don Octavio, se acordó una opción de compra que, finalmente, fue ejercitada en el año 2005.

Miralita, S.L., se había constituido en junio de 2004 con un capital social de 72.000 euros, siendo participada y controlada por los socios de Dorna Sports, S.L., en los siguientes porcentajes:

DH 2004, S. .r.l., sociedad luxemburguesa controlada por CVC Capital Partners: 74,25%

Modus Faciendi, S.L., sociedad de nueva creación propiedad de don Esteban /80%) y su esposa (20%): 11,88%

Honoris Gratia, S.L., sociedad de nueva creación propiedad de los aquí recurrentes don Octavio (80%) y su esposa doña Candida (20%): 6,435%.

Ballota, BV, residente en los Países Bajos: 6,435%.

Otros socios residentes en España: 1%.

8) El 24 de noviembre de 2004, el Consejo de Administración de Mitalita, S.L., acordó aprobar la suscripción de uno o más contratos de compraventa para adquirir la totalidad de las participaciones sociales de Dorna Sports, S.L., debiéndose realizar las operaciones, a más tardar, el 1 de diciembre de dicho año. En ejecución de lo acordado, don Octavio transmitió a Miralita, S.L., 45.864 participaciones sociales de Dorna Sports, S.L., por un precio de 6.752.098,08 euros. En su autoliquidación calificó las rentas obtenidas como ganancia patrimonial generada en un periodo superior a un año.

Esta operación de compraventa se financió con otro préstamo sindicado formalizado el 24 de noviembre de 2004, en el que como prestamistas figuraban un grupo de entidades bancarias coordinadas de nuevo por Société Générale, S.A., y como prestataria la entidad luxemburguesa Motof n, S. .r.l. (el 100% de esta entidad pertenecía a SH 2004 SARL y ésta, a su vez, a DH 2004 S. .r.l., controlada por CVC Capital Partners).

EL 1 de diciembre de 2004, Motof n, S. .r.l., transformó el préstamo bancario recibido en un préstamo participativo a favor de Miralita, S.L., destinado a financiar la compra de las referidas participaciones (105.802.302,96  ), a cancelar el anterior préstamo participativo que Dorna Sports, S.L., mantenía con Elendur, S.L., y a cancelar otro préstamo de Dorna Sports, S.L., con Société Générale, S.A.

Para obtener esta financiación, Miralita, S.L., Dorna Sports, S.L., y las demás empresas del grupo asumieron la posición de garantes, si bien la responsabilidad de cada una de ellas quedó limitada al importe de la financiación recibida. Además se estableció una prenda sobre el 100% de las participaciones de Motof n, S. .r.l., Miralita, S.L. y Dorna Sports, S.L.

9) El 6 de octubre de 2005, don Esteban y don Octavio vendieron a Miralita, S.L., el total de las participaciones de Dorna Sports, S.L., que aún les pertenecían (el 0,185%), completándose de esta forma la transmisión del total de las participaciones sociales de la primera compa a a la segunda. El precio quedó fijado en la cantidad de 147,22 euros por participación, cuyo pago se hizo efectivo el 6 de octubre de 2005. Los importes recibidos fueron: 127.198,08 euros (don Esteban) y 68.898,96 euros (don Octavio).

10) De las indicadas operaciones no se derivó cambio alguno en el control del Grupo Dorna, ya que los socios mantuvieron similares porcentajes de participación en el capital social de Miralita, S.L., y no se produjeron variaciones en los órganos de administración de la entidad.

11) La Inspección de los Tributos elaboró informe sobre la existencia de un posible delito contra la Hacienda Pública cometido en la relación con las operaciones societarias llevadas a cabo por el Grupo Dorna en los ejercicios 2003, 2004, 2005 y 2006. Con base en el mismo, la Delegada Central de Grandes Contribuyentes formuló denuncia ante el Juzgado de Instrucción, quedando las actuaciones correspondientes a dichos periodos suspendidas en vía administrativa.

Por escrito de 22 de diciembre de 2009, el Fiscal Jefe de la Fiscalía Provincial de Madrid comunicó al Delegado Especial Adjunto Ejecutivo de la Agencia Estatal de la Administración Tributaria que se procedía al archivo de la denuncia al no considerarse que existiese delito. Con fecha 19 de febrero de 2010, el Juzgado de Instrucción n.º 51 de Madrid acordó el sobreseimiento provisional y el archivo de la causa incoada.

12) Tramitado el correspondiente procedimiento de inspección, concluyó con la liquidación provisional que, por importe de 2.774.440,64 euros, aprobó el 9 de julio de 2010 la Dependencia de Control Tributario y Aduanero de la Delegación Central de Grandes Contribuyentes de la Agencia Estatal de Administración Tributaria por el concepto de impuesto sobre la renta de las personas físicas de 2004. La Inspección de los Tributos consideró que la sumas satisfechas a los socios, entre ellos al Sr. Octavio, en abril y en diciembre de 2004 [véanse los anteriores apartados 3), 4) y 8)] por Dorna Sports, S.L., y Miralita, S.L., en concepto de venta de las participaciones sociales de dichas compañías no eran incrementos patrimoniales sino rendimientos del capital mobiliario y como tales debían tributar.

13) La compraventa de junio de 2003 [véase el anterior apartado 3)] dio lugar al acta NUM002, relativa al impuesto sobre sociedades de Dorna Sports, S.L., correspondiente al ejercicio 2003/2004, en la que se calificó la operación como simulada.

Igual calificación recibió la operación de 1 de diciembre de 2004 [véase el anterior apartado 8)] en el acta NUM003, relativa al impuesto sobre sociedades de Miralita, S.L. (si bien se incoó a Dorna Sports, S.L., como sucesora).

14) En acuerdo de 28 de febrero de 2011, se impuso al Sr. Octavio, en relación con el impuesto sobre la renta de las personas físicas de 2004, una sanción de 1.262.373,81 euros, como autor de una infracción del artículo 191.1 de la Ley General Tributaria, por dejar de ingresar parte de la deuda tributaria, que, de acuerdo con el apartado 4 del mismo precepto, se calificó de muy grave, por mediar ocultación y haberse utilizado medios fraudulentos.

15) La liquidación y la sanción fueron confirmadas por el Tribunal Económico-Administrativo Central en resolución de 30 de marzo de 2012.

Segundo.

La sentencia impugnada estima en parte el recurso contencioso-administrativo interpuesto por Doña Candida y don Octavio y (i) anula la liquidación en cuanto fue calificada de provisional, debiendo entenderse como definitiva, (ii) revocando también la sanción impuesta, a la que considera leve, por no ser conforme a Derecho la agravación por ocultación y empleo de medios fraudulentos.

La Administración General del Estado y los dos citados contribuyentes se alzan contra la misma a través de sendos recursos de casación.

La primera la ataca, a través de un único motivo, en cuanto califica la infracción de leve, en lugar de muy grave.

Los segundos, en un abigarrado y reiterativo escrito, desgranar treinta y cinco motivos, planteando las siguientes cuestiones:

- 1ª) La sentencia y su regularidad formal (motivos 1.º y 2.º) .
- 2ª) La prescripción y el cómputo de su plazo (motivo 8.º).
- 3ª) La anulación de la liquidación provisional y su calificación en sentencia como definitiva (motivos 9.º y 10.º).
- 4ª) La prueba y su valoración (motivos 4.º a 7.º).
- 5ª) El análisis de las operaciones y contratos y su calificación (motivos 13.º a 23.º).
- 6ª) La incidencia del Derecho de la Unión Europea sobre las operaciones y su calificación (motivo 24.º).
- 7ª) La imputación temporal de los rendimientos (motivo 12.º).
- 8ª) El cálculo de los intereses de demora (motivo 11.º).
- 9ª) La infracción y su sanción (motivos 3.º y 25.º a 35.º).

I- RECURSO DE DOÑA Candida Y DON Octavio

Tercero.

La sentencia y su regularidad formal (motivos 1.º y 2.º)

1- A) En el motivo 1.º, que significativamente aducen a título subsidiario, los recurrentes denuncian la infracción del artículo 24 de la Constitución Española, de los artículos 219 y 221 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (BOE de 2 de julio) y del artículo 99.2 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (BOE de 8 de enero), por dictarse la sentencia recurrida con la abstención del Presidente de la Sección y haberse acordado dicha abstención sin citar ni aplicar ninguna causa concreta.

Entiende que, al haber procedido así, la Sala de instancia decidió el recurso mediante una sentencia que desconoció las normas reguladoras de la abstención, vulnerando el derecho al juez ordinario predeterminado por la Ley. Invoca la sentencia dictada por esta Sala el 13 de julio de 1991 (apelación 28/1989).

B) El motivo 2.º tiene por objeto la infracción de las normas reguladoras de la sentencia por incongruencia omisiva, al dejar de contestar "pretensiones" sometidas a consideración de la Sala de instancia en cuanto a la indebida equiparación automática que realizan los actos recurridos entre calificación como simulación tributaria y comisión de una infracción tributaria, con fundamento exclusivo en la prueba de indicios, cuestión planteada en el fundamento 24.º de la demanda.

Precisan que el 6 de febrero de 2014 solicitaron la subsanación de tal omisión, solicitud rechazada en auto del día 18 del mismo mes, y que los razonamientos contenidos en el fundamento jurídico 25.º de la sentencia no pueden considerarse como una respuesta tácita a tal cuestión, pues en dicho apartado del pronunciamiento sólo se trata de la existencia de "dolo": decir que la apreciación de simulación implica, lógicamente y jurídicamente, que "difícilmente podemos eludir el dolo" constituye, en su opinión, un pronunciamiento sobre la existencia del elemento subjetivo de la infracción tributaria, pero no se refiere, ni puede referirse, a la posible e invocada atipicidad desde el punto de vista sancionador de la simulación declarada por la Administración.

Invoca las sentencias de esta Sala de 2 de octubre de 2009 (casación 1139/2004 ; ES:TS:2009:6924), 7 de julio de 2011 (casación 260/2008; ES:TS:2011:4973) y 14 de marzo de 2013 (casación 1528/2012; ES:TS:2013:1384).

2- A) Se ha de tener presente que la renuncia del Presidente de la Sección sentenciadora, acordada en auto de 19 de junio de 2013, se explicó porque coincidió en un acto privado, organizado por un amigo común, con el socio de los aquí recurrentes (don Esteban), demandante en otro recurso contencioso- administrativo relativo a liquidaciones tributarias derivadas de la operación económica que también se analiza en el actual asunto.

En estas circunstancias, la decisión de abstenerse, para salvaguardar la imparcialidad objetiva del Tribunal llamado a resolver, no puede ser calificada de arbitraria e injustificada. Ciertamente, el hecho de haber coincidido, sin conocimiento previo por su parte (podría decirse "sorpresivamente"), en un acto privado con uno de los demandantes, al que fue presentado por un amigo común, en fechas cercanas a las señaladas para la decisión del litigio no aparece expresamente como causa de abstención en el artículo el artículo 219 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, pero, habida cuenta del valor superior de la justicia y de su imparcial prestación (artículos 1 y 24 de la Constitución Española), nada impedía por analogía considerar incurso al Presidente de la Sección en la causa 9.º de dicho precepto. La decisión de la Sala de instancia no sólo no merece reproche alguno de legalidad, sino que debe ser calificada de "encomiable".

El hecho de que la abstención haya sido acordada en otro pleito sin intervención de los aquí recurrentes constituye sin duda un defecto formal, cuya presencia nadie discute. No obstante, carece de toda trascendencia anulatoria en la medida en que no les ha causado indefensión real y efectiva, como lo demuestra que hayan podido en esta casación discutir la procedencia de la abstención, aunque sin éxito, debido a que no les asiste la razón.

La veterana sentencia de esta Sala que invocan los recurrentes no puede conducir a solución distinta y, menos aún, a la pretendida por ellos. Es un pronunciamiento aislado, que resuelve un caso bien distinto. Allí se contemplaba la intervención de varios miembros del Tribunal Supremo en la decisión de recursos anteriores instados por el mismo recurrente y aquí se trata de que el Presidente de la Sección llamada a decidir se ve sorprendido en su buena fe y es invitado, en fechas próximas a la señalada para deliberar el asunto, a un acto social en el que, "casualmente", se encontraba el socio del aquí recurrente, don Esteban, demandante en un pleito "gemelo", persona a la que fue presentado por un amigo común.

B) Con el segundo motivo los recurrentes achacan a la sentencia que combaten ser incongruente por omisión, al no suministrar respuesta a su argumento sobre la indebida equiparación automática que realizan los actos recurridos entre calificación de los negocios jurídicos realizados como simulados y comisión de una infracción tributaria, con fundamento exclusivo en la prueba de indicios.

Con independencia de que, en principio, la exigencia de congruencia no opera respecto de las alegaciones de las partes, sino para las pretensiones, condición que no cabe reconocer al planteamiento cuya contestación echan en falta los recurrentes, lo cierto es que está ausente la premisa mayor que sustenta este motivo de casación, pues la sentencia impugnada explica suficientemente en sus fundamentos jurídicos vigesimoquinto y vigesimosexto por qué de la operación simulada deriva la comisión de una infracción tributaria. Véase en este punto las reflexiones que se contienen en el fundamento jurídico undécimo, apartado 2, in fine, de esta sentencia, en respuesta a los motivos 32.º y 33.º del recurso.

Cuarto.

La prescripción y el cómputo de su plazo (motivo 8.º)

1- En este motivo, amparado en el artículo 88.1.d) de la Ley de esta jurisdicción y en el artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, considera el matrimonio recurrente que, por la prescripción del derecho de la Administración a liquidar la cuota objeto de sanción (artículo 66 de la Ley General Tributaria), la sentencia impugnada infringe el artículo 25 de la Constitución Española, desconociendo que los artículos 68.6 y 150.4 de la mencionada Ley General Tributaria son inconstitucionales por considerar como un supuesto de interrupción y/o suspensión justificada del cómputo del plazo de las actuaciones inspectoras, sin límite temporal alguno, la remisión del tanto de culpa a la jurisdicción penal que dictó auto de sobreseimiento firme.

Señalan que las actuaciones de comprobación se iniciaron el 3 de abril de 2009 y concluyeron con la notificación de la liquidación el 13 de julio de 2010 (12 meses y 100 días después) y que, según la Administración, estuvieron interrumpidas justificadamente por las diligencias penales practicadas entre el 26 de junio de 2009 (presentación de la denuncia) y el 19 de febrero de 2010 (auto de sobreseimiento).

Exponen que la sentencia recurrida (fundamento jurídico 5.º) rechaza el planteamiento de la demanda en este punto: las reglas de los artículos 150.4.a) y 68.6 de la Ley General Tributaria desconocen lo establecido a efectos sancionadores por el artículo 132.2 del Código Penal en relación con la ausencia de efectos prescriptivos de las actuaciones penales concluidas con el auto de sobreseimiento firme. Entienden que la interpretación defendida por la sentencia les coloca en una posición menos favorable que aquella que les correspondería si la Administración no hubiera formulado la denuncia archivada después mediante auto de sobreseimiento, consecuencia que sólo puede ser considerada arbitraria y contraria tanto al principio constitucional de igualdad como al de presunción de inocencia.

Por lo que se refiere a la sanción, aun conociendo el contenido del artículo 189.3.a) de la Ley General Tributaria, dicen que no puede desconocerse que la liquidación provisional dictada correspondiente a la cuota ha sido anulada por la sentencia recurrida atendiendo a razones formales, por lo que tampoco la misma pudo producir ningún efecto interruptivo de la prescripción para imponer sanciones administrativas.

Opinan que, de mantenerse el criterio de la sentencia recurrida en cuanto a la atribución de esos efectos interruptivos de la prescripción en materia sancionadora a unos actuaciones penales concluidas con auto de sobreseimiento firme, con desconocimiento de lo establecido en el artículo 132.2 del Código Penal, dicho resultado sólo podría considerarse en sí mismo sancionador, a pesar de no estar establecido en norma alguna, e incompatible con el artículo 25 de la Constitución .

Añaden que, aunque el artículo 68.6 de la Ley General Tributaria se refiere a los supuestos de interrupción de la prescripción tributaria que se produzcan como consecuencia de la remisión de las actuaciones a la jurisdicción competente, parece lógico considerar que ese reenvío o remisión sea completo. Es decir, que si las actuaciones se remiten a la jurisdicción penal y se considera producida una interrupción, cuando las actuaciones penales concluyan con un auto de sobreseimiento firme, se apliquen a efectos de cualquier posible interrupción prescriptiva las propias normas penales que se refieren a dichas actuaciones. En otro caso, se verían perjudicados por una regla que establece la interrupción por motivos penales, pero no se verían beneficiados por las normas de cómputo sobre la interrupción que establecen las propias normas penales, lo que, en su opinión, no es coherente ni resulta compatible con la aplicación de la norma concurrente sobre prescripción contenida en el Código Penal.

2- Hemos desestimado un planteamiento idéntico al anterior en las sentencias dictadas con esta misma fecha en los recursos de casación 4044/2014 y 4134/2014, interpuestos por Dorna Sports, S.L. En la primera de ellas [FJ 7.º.2.A)], hemos razonado en los siguientes términos:

«Los artículos 68.6 y 150.4 LGT no suscitan dudas de inconstitucionalidad, que justifiquen el planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad. [...]

El artículo 68.6 LGT, citado por la recurrente en su sexto motivo, antes de la remuneración efectuada por la disposición final 1.1.10 del Real Decreto Ley 20/2011, de 30 de diciembre, establecía que cuando el plazo de prescripción se hubiera interrumpido por la interposición del recurso ante la jurisdicción contencioso-administrativa, por el ejercicio de acciones civiles o penales, por la remisión del tanto de culpa a la jurisdicción competente o la presentación de denuncia ante el Ministerio Fiscal o por la recepción de una comunicación judicial de paralización del procedimiento, el cómputo del plazo de prescripción se iniciará de nuevo cuando la Administración tributaria reciba la notificación de la resolución firme que ponga fin al proceso judicial o que levante la paralización, o cuando se reciba la notificación del Ministerio Fiscal devolviendo el expediente. (Esta misma previsión figura en el actual apartado 7 del artículo 68 LGT).

El 150.4 LGT que cita la parte recurrente, en su motivo sexto [8.º en este caso], en la redacción aplicable, anterior a la modificación introducida por la Ley 34/2015, establecía que cuando se pasara el tanto de culpa a la jurisdicción competente o se remitiera el expediente al Ministerio Fiscal de acuerdo con lo establecido en el

artículo 180 de la Ley, dicho traslado producía los siguientes efectos respecto del plazo de duración de las actuaciones inspectoras:

a) Se considerara como un supuesto de interrupción justificada del cómputo del plazo de dichas actuaciones.

b) Se considerará como causa que posibilita la ampliación del plazo, de acuerdo con lo dispuesto en el apartado 1 de este artículo, en el supuesto de que el procedimiento administrativo debiera continuar por haberse producido alguno de los motivos a los que se refiere el apartado 1 del artículo 180 de esta Ley.

Después de la referida ley de modificación de la LGT, la remisión del expediente al Ministerio Fiscal o la jurisdicción competente sin practicar liquidación de acuerdo con lo señalado en el artículo 251 de la Ley, sigue siendo causa de suspensión del cómputo del plazo del procedimiento inspector [artículo 150.3.a) LGT]. Y la suspensión del cómputo del plazo finaliza cuando tenga entrada en el registro de la correspondiente Administración el documento del que derive que ha cesado la causa de suspensión [artículo 150.3, penúltimo párrafo, LGT].

La sentencia de instancia, en su fundamento jurídico octavo [FJ 5.º de la aquí recurrida], hace una interpretación correcta de los referidos preceptos cuando señala: " El significado de los preceptos transcritos, no es el que pretende hacer valer la parte demandante. La norma general es que el plazo de duración de las actuaciones es 12 meses desde la notificación de inicio hasta la notificación de la liquidación, o cuando se entienda producida (artículo 150.1 LGT).

Existen además supuestos de interrupción, en los que el plazo queda paralizado, y de ampliación de plazo, por doce meses más, en los supuestos previstos legalmente (artículo 150.1 tercero LGT). La interrupción justificada comprende, entre otros, el caso en que se pasa el tanto de culpa a la jurisdicción penal. En tal supuesto, las actuaciones quedan suspendidas - artículos 180.1 LGT - considerándose una interrupción justificada, que una vez que se alza la suspensión permite la ampliación del plazo.

A su vez, en tal caso, cuando se reanudan las actuaciones, se aplica el párrafo segundo del apartado quinto del artículo 150 LGT, que indica que la duración del procedimiento será, o bien el plazo que reste (desde la interrupción justificada) o bien seis meses (plazo mínimo), sin perjuicio de que quepa la ampliación de plazo (artículo 150.4 LGT).

Este es el sentido que ha de darse al precepto, que encaja con el tenor literal, frente al que no puede prevalecer la interpretación que ofrece el demandante (artículo 3.1 CC).

Por consiguiente si las actuaciones se iniciaron el día 3 de abril de 2009, y se interrumpen de forma justificada entre el 26 de junio de 2009 (fecha de la denuncia) y el 1 de marzo de 2010, fecha en que la Administración conoce el archivo, y reanuda las actuaciones mediante notificación de 5 de marzo, resulta que durante todo ese periodo el plazo quedó paralizado; y como la liquidación se notifica 13 de julio de 2010, resulta que el procedimiento se prolongó durante 2 meses y 23 días (en una primera fase) y durante 4 meses y 13 días (segunda fase), lo que hace un total de 7 meses y 5 días (s.e.u.o.). Quiere ello decir que el plazo fue observado y que el motivo debe rechazarse".

El Tribunal de instancia no podía dejar de aplicar dichos preceptos legales, sino en virtud de unas dudas de inconstitucionalidad que justificasen el planteamiento de la correspondiente cuestión ante el Tribunal Constitucional.

Y, desde luego, tales dudas no las suscita la recurrente con su argumentación.

a) No se trata de una sanción, sino de previsiones razonables que excluyen del cómputo del plazo de las actuaciones inspectoras aquel periodo de tiempo en el que la Administración no puede actuar como consecuencia de la remisión a la jurisdicción penal durante toda la pendencia de la causa ante esta jurisdicción.

b) De ser una sanción (que no lo es, en modo alguno) estaría, precisa y expresamente, prevista en la ley, en la redacción de los preceptos mencionados, con lo que, en todo caso, se respetaría el principio de legalidad».

El octavo motivo de casación debe ser, por tanto, desestimado.

Quinto.

La anulación de la liquidación provisional y su calificación en sentencia como definitiva (motivos 9.º y 10.º)

1- Estos dos motivos se aducen al abrigo de los artículos 88.1.d) de la Ley de esta jurisdicción y 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial .

A) El motivo 9.º denuncia la infracción de los artículos 117.4 de la Constitución Española, 71.1.a) de la Ley de esta jurisdicción y 26.5, 101 y 148.3 de la Ley General Tributaria, al anular la sentencia recurrida (fundamento jurídico 16.º) la liquidación provisional recurrida y subsanar dicha anulación en el fallo en el sentido de entender que la liquidación es definitiva.

Los recurrentes consideran legalmente imposible anular la resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central, que confirmó la indebida liquidación provisional, pero no anular esta última. Señalan que, aunque la anulación del acto o liquidación sea parcial por razones formales y la sentencia recurrida declare (fundamento jurídico 6.º) que los conceptos (cuota e intereses de demora) serían conformes a Derecho si se hubieran liquidado previamente o se liquidaran con posterioridad a la sentencia con carácter definitivo, los mismos sólo podrían exigirse si concurrieran en su momento todos los requisitos legales para ello, mediante la práctica de una nueva liquidación definitiva girada por la Administración en ejecución de sentencia.

Sostienen que no cabe confirmar algo que previamente se ha anulado, ni el órgano judicial puede asumir una competencia administrativa que le está constitucionalmente vedada (artículo 117.4 de la Constitución). Invocan la sentencia del Tribunal Supremo de 8 de marzo de 2012 (casación 540/2008 ; ES:TS:2012:1704) y reputan contrario a los principios de buena fe y de confianza legítima, que deben presidir la actuación administrativa y la revisión judicial de la misma, que un acto de revisión judicial anulado sólo produzca efectos en perjuicio del recurrente, considerando que la liquidación es definitiva en lugar de provisional.

Concluyen este motivo afirmando que la sentencia recurrida desconoce el efecto de preclusión de las actuaciones derivado de una liquidación indebidamente girada como provisional por la Administración, lo que infringe los artículos 71.1.a) de la Ley de esta jurisdicción y 26.5, 101 y 148.3 de la Ley General Tributaria .

B) El motivo 10.º consiste en la infracción del artículo 117.4 de la Constitución y de los artículos 33.1, 70.2, 100.7 y 103 de la Ley de esta jurisdicción, porque el fallo de la sentencia parcialmente estimatoria recurrida resulta incompatible con la anulación de la liquidación por un vicio formal y con todas las consecuencias legales derivadas de la misma, al incluir un pronunciamiento contradictorio con el de anulación que pretende corregir en la propia sentencia el vicio formal determinante de la anulación de la liquidación y hacerlo directamente y con sustitución de cualquier actuación administrativa.

Recuerdan que la posibilidad legal de que la Administración reitere con posterioridad actos de liquidación tributaria una vez anulados por sentencia, bien por razones formales o por sustantivas, ha sido reconocida por el Tribunal Supremo con base en la normativa vigente, pero entienden que dicha posibilidad en modo alguno admite que sea el propio órgano judicial el que "reitere" el acto de liquidación anulado por un vicio formal corrigiéndolo directamente en la sentencia. Señalan que la doctrina establecida en la sentencia de 19 de noviembre de 2012 (casación en interés de la ley 1215/2011; ES:TS:2012:7933) es directamente contraria a dicha posibilidad.

A la vista de lo dispuesto en el artículo 235.3 de la Ley General Tributaria, sostienen que ni la Administración autora del acto recurrido ni el órgano judicial que conoce del recurso interpuesto contra él pueden, con posterioridad y antes de la sentencia, o con ocasión de ella, sustituir el acto dictado con infracción del ordenamiento jurídico por otro que no incurra en la infracción formal declarada en la propia sentencia.

A efectos de un eventual recurso de amparo, invocan en este motivo el artículo 24 de la Constitución por incongruencia de la sentencia, al omitir en su fallo la anulación expresa del acto que declara incurre en una infracción del ordenamiento jurídico.

2- Estos dos motivos suscitan una misma cuestión: la de si le cabía a la Sala de instancia anular la liquidación tributaria en cuanto la Inspección la calificó de provisional, reputándola en la sentencia definitiva. Estos dos argumentos del recurso de casación suscitan respecto de la liquidación el mismo debate al que, en relación con la sanción, plantea el motivo 26.º, que recibe oportuna respuesta en el fundamento jurídico decimotercero, al que nos remitimos.

A lo que allí exponemos, debemos añadir que la sentencia anula la liquidación únicamente en cuanto es calificada como provisional, en lugar de como definitiva. El pronunciamiento anulatorio no afecta, por tanto, al contenido sustantivo de la liquidación tributaria ni al curso procedimental seguido para su aprobación. Por consiguiente, la Sala de instancia no se ha colocado en el lugar de la Administración tributaria, usurpando sus potestades, porque no ha practicado diligencias procedimentales enderezadas a obtener los datos precisos para liquidar ni ha realizado operaciones materialmente liquidatorias. Tan sólo, en el uso de la potestad jurisdiccional que le atribuye la Constitución (véanse los artículos 117 y 106.1), ha revisado en Derecho la decisión administrativa, previa fijación de los hechos determinantes para llevar a cabo el control, concluyendo que, a la vista de las normas aplicables, la Administración se equivocó al calificar la liquidación como provisional, en lugar de como definitiva. Ciertamente esta calificación lleva unas consecuencias jurídicas (véanse los artículos 101 y 148.3 de la Ley General Tributaria), pero son inherentes al ejercicio de aquella potestad, que los jueces de la instancia han ejercitado dando respuesta a lo solicitado por los propios demandantes, quienes pedían la calificación como definitiva, sin perjuicio de que también pretendiesen que de tal defecto derivase la nulidad de la liquidación, consecuencia que, como razonan con tino los jueces de la instancia, no se deriva de nuestro ordenamiento jurídico ni de la jurisprudencia.

La indebida calificación, como se dice en la sentencia, constituye una irregularidad no invalidante y su corrección no tiene más efecto que, al reputarse definitiva, ya no puedan iniciarse en ningún caso actuaciones en relación con los hechos inspeccionados y las obligaciones regularizadas.

Estos dos motivos, los números 9.º y 10.º, deben también ser desestimados.

Sexto.

La prueba y su valoración (motivos 4.º a 7.º)

1- En estos cuatro motivos, amparados en el artículo 88.1.d) de la Ley de esta jurisdicción, en relación con el apartado 3 del mismo precepto y el artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, el matrimonio Octavio Candida denuncia las siguientes infracciones.

A) En el motivo 4.º, infracción de los artículos 24 de la Constitución Española y 105.1 de la Ley General Tributaria, y de la jurisprudencia que los interpreta, como consecuencia de la falta de consideración y valoración de la prueba pericial practicada.

Señalan que propusieron y se admitieron las siguientes pruebas periciales, sin que la resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central contuviera pronunciamiento alguno sobre las mismas:

Del catedrático y experto en capital riesgo, don Jaime .

De la entidad KPMG Asesores, S.L.

Del catedrático de economía financiera y contabilidad, don Segundo

De Deloitte, S.L., auditor de cuentas de la compañía.

Se quejan con este motivo de que la sentencia impugnada, en el fundamento jurídico 4.º, se limite a afirmar que «no puede considerarse que estemos en presencia de un auténtico informe pericial, desde el momento en que las conclusiones del mismo se asientan en el terreno jurídico». Con ello -entienden- se rechaza la totalidad de la prueba pericial propuesta, practicada y ratificada ante la Sala, que no estaba integrada por dictámenes ni conclusiones jurídicas, sin admitir aquellos elementos o conclusiones propios de los conocimientos técnicos de los peritos, ni incluir valoración alguna referida al examen conjunto de las pruebas periciales practicadas, limitando de forma infundada su derecho a la prueba.

La sentencia habría ignorado, por tanto, indebidamente la prueba pericial de determinados hechos no jurídicos con trascendencia en el recurso (características y regularidad financiera y contable de las compras apalancadas; inexistencia financiera y contable de utilidades o dividendos percibidos por la mera condición de socio; coincidencia con el valor de mercado del precio satisfecho por las participaciones y adecuado valor y registro contable de la operación)

Invocan la sentencia de esta Sala de 20 de septiembre de 2010 (casación 3971/2005; ES:TS :2010:5185).

B) En el 5.º motivo, infracción de los artículos 24 de la Constitución Española, 106.1 de la Ley General Tributaria y 348 de la Ley de Enjuiciamiento civil, por concluir la sentencia (fundamento jurídico 11.º, apartado 5), pese al resultado de las pruebas periciales, que, desde un punto de vista fáctico, los importes fueron satisfechos a los socios ("por su mera condición" de tales) como utilidad o rendimiento de capital mobiliario sin otra contraprestación, y/o sin contraprestación coetánea consistente en la transmisión de participaciones sociales.

En su opinión, resulta irrazonable arbitrario e inverosímil considerar, pese a la ratificación de los informes periciales que constan en los autos, que los importes satisfechos en las operaciones regularizadas puedan corresponder -desde un punto de vista meramente fáctico- a una utilidad o rendimiento percibido por el hecho de su condición de socio y sin transmisión alguna de las participaciones, cuando el importe percibido se ha considerado, desde el punto de vista fáctico, financiero y contable, como consecuencia de la prueba pericial practicada, coincidente con el valor real de mercado de las participaciones transmitidas y registrado correctamente con arreglo a las normas contables como un inmovilizado financiero y no como una utilidad o rendimiento satisfecho, sino contraprestación coetánea y/o contrapartida contable.

Añaden que la utilidad o el fruto civil derivado de una participación social no puede equipararse fácticamente, sin arbitrariedad y con desconocimiento total de la prueba pericial practicada, al bien o participación social del que deriva y que constituye una parte alícuota, indivisible y acumulable del capital social y que atribuye la condición de socio y los derechos reconocidos a los mismos. Citan los artículos 354 y 355 del Código civil y los artículos 90, 91 y 127 del texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital, aprobado por Real Decreto legislativo 1/2010, de 2 de julio (BOE de 3 de julio).

Traen a colación la sentencia dictada por esta Sala el 13 de mayo de 2011 (casación 3408/2007; ES:TS :2011:2779).

C) Con el 6.º motivo, infracción de los artículos 24 de la Constitución, 106.1 de la Ley General Tributaria y 376 de la Ley de Enjuiciamiento civil, así como de la jurisprudencia que los interpreta, por haber valorado las declaraciones de los actuarios según criterios irrazonables o arbitrarios, incompatibles con la sana crítica y que conducen a resultados inverosímiles.

Con este motivo combaten los razonamientos del fundamento jurídico 17.º de la sentencia, conforme a los que no resulta un obstáculo para considerar la existencia de simulación en las compraventas de 2003 y 2004, el hecho de que en relación con las operaciones del ejercicio 2006 se levantara acta de "liquidado y conforme" sin cuota, habida cuenta de las diferencias habidas entre unos y otros contratos.

Consideran que la valoración de la prueba realizada por los jueces a quo ignora la circunstancia capital de que en todos ellos el adquirente (Miralita, S.L.) de las participaciones sociales era un tercero respecto de los transmitentes, único dato que debe ser apreciado para comprobar si hubo o no una transmisión de las participaciones sociales respecto de los socios minoritarios residentes y recurrentes. Dicen que en el ejercicio 2006, a diferencia de en los 2003 y 2004, la circunstancia de que los transmitentes personas físicas (los socios minoritarios españoles), participaran, directa o indirectamente y en idéntico o similar porcentaje, en la sociedad adquirente no sólo no fue tomada en consideración como elemento determinante de la percepción de una utilidad y no de un precio, sino que no impidió que la operación se considerara ajustada a Derecho.

Añaden que la circunstancia fáctica consistente en el cambio del socio mayoritario del Grupo no fue reputada determinante por los acuerdos de liquidación para regularizar a los transmitentes personas físicas.

D) Con el 7.º motivo, infracción del artículo 108 de la Ley General Tributaria y de la jurisprudencia en cuanto a la prueba de presunciones.

Señalan que la sentencia que discuten considera (fundamento jurídico 17.º) que la Administración habría acreditado presuntivamente que la compraventa llevada a cabo por los socios minoritarios el 1 de diciembre de 2004 disimuló en realidad el pago de una utilidad o rendimiento de capital mobiliario satisfecho por la mera condición de socio de los transmitentes y sin contraprestación coetánea alguna. Distinguen a estos efectos las siguientes presunciones:

a) Presunciones con base en circunstancias financieras y contables incompatibles con la prueba practicada en cuanto al valor de las participaciones y a su registro contable. Señalan que la realidad económico-financiera y contable de las operaciones cuestionadas resulta, según la prueba practicada, incompatible con la presunción tanto de que las mismas constituyen íntegramente una mera utilidad o fruto civil derivados de la condición de socio y percibidos sin contraprestación alguna distinta de la previa participación en el capital, como la de que no se han acreditado otros motivos económicos -distintos de la percepción de un dividendo o utilidad- que justifiquen su realidad. Señalan que la financiación de la adquisición por un sindicato bancario y el desplazamiento del riesgo asociado a la misma (los transmitentes no responden en modo alguno en caso de falta de pago del préstamo) son, en su opinión, prueba inequívoca de la motivación y de la justificación económica de la operación.

b) Presunciones con base en circunstancias que son propias de toda operación lícita entre partes vinculadas. Sostienen que las circunstancias consideradas por la sentencia prueba indiciaria de la supuesta simulación constituyen, muy al contrario, evidencia inequívoca de la validez de la transacción, siempre que como es el caso responda al valor de mercado de las participaciones transmitidas.

c) Presunciones con base en supuestas ventajas tributarias indebidas. Razonan que tanto la deducción de intereses como la tributación como incrementos de patrimonio de los socios residentes en relación con el precio percibido por la transmisión de las participaciones constituyen efectos tributarios ajustados a la legalidad interna y del Derecho de la Unión, sin que su aprovechamiento pueda invocarse como supuesto indicio acreditativo de una simulación tributaria. Señalan, que según ya denunciaron en la demanda, la liquidación practicada, invocando una supuesta simulación con la finalidad de deducir de forma indebida gastos financieros, descansa, como indicio probatorio, en una premisa errónea e incompatible con los ordenamientos interno y comunitario, es decir, en la supuesta no deducibilidad de los intereses de mercado satisfechos a Elendur, S.L. (y que Elendur, S.L., pagó a su vez, por medición de la entidad prestamista residente en Luxemburgo, a los bancos financiadores de la operación) y a Morofín, S.à.r.l. Subrayan que la resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central omitió cualquier consideración al respecto y que la Audiencia Nacional desestima la incompatibilidad de la prueba por indicios pretendida con los ordenamientos interno y de la Unión Europea sin pronunciarse sobre esta relevante cuestión.

2- Quejas idénticas hemos rechazado en las dos sentencias, ya citadas, de esta misma fecha, en los recursos de casación 4044/2014 y 4134/2014, interpuestos por Dorna Sports, S.L. En la primera de ellas (FJ 6.º.2), hemos explicado:

«Corresponde al Tribunal de instancia la valoración de la prueba. Solo tienen acceso a la casación limitados motivos concernientes a la prueba: vulneración de las reglas sobre la carga de la prueba; infracción de normas sobre pruebas tasadas o valoración irracional o arbitraria de la prueba. En el presente caso, la valoración de la prueba obrante en las actuaciones no incurre en ninguno de dichos defectos. Los reproches a la sentencia de instancia, en este apartado de las pruebas, se refieren, de una parte, a dos concretos medios de prueba (pericial y de presunciones) y, de otra, a la valoración conjunta de la prueba.

Con carácter general, parece procedente recordar que es doctrina reiterada de esta Sala que la formación de la convicción sobre los hechos en presencia para resolver las cuestiones objeto del debate procesal está atribuida al órgano judicial que con inmediatez se encuentra en condiciones de examinar los medios probatorios, sin que pueda ser sustituido en tal cometido por este Tribunal de casación, puesto que la errónea valoración probatoria ha sido excluida del recurso de casación en la jurisdicción civil por la Ley de Medidas Urgentes de Reforma Procesal, y no ha sido incluida como motivo de casación en el orden contencioso-administrativo, regulado por primera vez en dicha ley. Ello se coherente con la naturaleza de la casación como recurso especial,

cuya finalidad es la de corregir errores en la interpretación y aplicación del ordenamiento jurídico, y no someter a revisión la valoración de la prueba realizada por el tribunal de instancia.

Ello no es obstáculo para que puedan ser objeto de revisión en sede casacional los siguientes temas probatorios o relacionados con la prueba: a) la infracción del artículo 217 LEC, que puede traducirse en una vulneración de las reglas que rigen el reparto de la carga de la prueba, invocable a través del artículo 88.1.d) LJCA; b) quebrantamiento de las formas esenciales del juicio con indefensión de la parte cuando, indebidamente, no se ha recibido el proceso a prueba o se ha inadmitido o declarado impertinente o dejado de practicar algún medio probatorio en concreto que tenga relevancia para la resolución definitiva del proceso; c) infracción o vulneración de las normas del ordenamiento jurídico relativas a la prueba tasada o a la llamada prueba de presunciones; d) infracción de las reglas de la sana crítica cuando la apreciación de la prueba se haya realizado de modo arbitrario o irrazonable o conduzca a resultados inverosímiles, que puede hacerse valer por el mismo cauce de infracción del ordenamiento jurídico o de la jurisprudencia, pues el principio de tutela judicial efectiva de los derechos e intereses legítimos que consagra el artículo 24 de la Constitución comporta que estos errores constituyan vulneraciones del citado derecho y por ende infracciones del ordenamiento jurídico susceptibles de fiscalización por el Tribunal Supremo; e) infracción cometida cuando, al socaire de la valoración de la prueba, se realizan valoraciones o apreciaciones erróneas de tipo jurídico, como puede ser la aplicación a los hechos que se consideran probados de conceptos jurídicos indeterminados que incorporan las normas aplicables; f) errores de tipo jurídico cometidos en las valoraciones llevadas a cabo en los dictámenes periciales, documentos o informes, que, al ser aceptados por la sentencia recurrida, se convierten en infracciones del ordenamiento jurídico imputables directamente a ésta; y, por último, g) cabe también integrar la relación de hechos efectuada por la sala de instancia cuando, respetando la apreciación de la prueba realizada por ésta, sea posible tomar en consideración algún extremo que figure en las actuaciones omitido por aquélla, el cual sea relevante para apreciar si se ha cometido o no la vulneración del ordenamiento jurídico o de la jurisprudencia denunciada.

A) La sentencia tiene en cuenta la prueba pericial practicada y hace de ella una valoración que no puede considerarse irracional o arbitraria. El planteamiento y la argumentación que hace la recurrente [aquí los recurrentes] en el cuarto motivo, relativo a la prueba pericial, induce a la confusión, puede querer decir que se ha prescindido de ese medio de prueba- que no ha sido tenido en cuenta- o que no ha sido debidamente valorada. En el primer caso, debería haberse utilizado el cauce del artículo 88.1.c), y, en ambos casos, no podemos compartir las razones que aduce la recurrente.

a) La sentencia de instancia, en su fundamento octavo, recogiendo el cuarto de la sentencia precedente que la sirve de referencia [que es la sentencia aquí recurrida], hace expresa y extensa referencia a la prueba pericial.

Dice el Tribunal "a quo", a este respecto: " El primer motivo que invoca la demandante se refiere a la falta de consideración de las pruebas documentales y periciales (financiera y contable) solicitadas y aportadas ante el TEAC, obviada sin pronunciamiento en las resoluciones recurridas. Considera que con ello se vulnera el derecho a la prueba y a la tutela judicial efectiva (artículo 24 CE), y subsidiariamente invoca indefensión (artículo 63.2 Ley 30/1992 y 7.2 LGT).

A través de tales pruebas la ahora demandante pretendía justificar la regularidad financiera de las operaciones cuestionadas en la liquidación y sanción, por lo que aportó Informe emitido por Don Jaime, catedrático acreditado y experto en capital riesgo (Doc. 2 del escrito de alegaciones presentado ante el TEAC), cuyas conclusiones evidencian que las operaciones de adquisición apalancada (LBO) y recapitalizaciones apalancadas (leveraged recapitalizations) son operaciones normales y propias de las entidades de capital riesgo (ECR), cuya finalidad es invertir los fondos que gestionan en un periodo de tiempo acotado (5-8 años), para desinvertir y obtener las plusvalías generadas durante ese periodo, con traslado del riesgo a las entidades financieras que proporcionan fondos para una nueva adquisición por parte de una nueva compañía. Asimismo aportó prueba pericial contable (Informe de Don Segundo, Catedrático de Economía Financiera y Contabilidad), y prueba pericial mercantil a cargo de Don Cosme, catedrático de Derecho Mercantil, todas ellas con el mismo fin, ya que pretenden poner de relieve la regularidad de las operaciones con apalancamiento y del tratamiento jurídico y contable que se les ha otorgado.

Sostiene que el TEAC ha vulnerado el artículo 236.4 LGT, que establece que "Las pruebas testificales, periciales y las consistentes en declaración de parte se realizarán mediante acta notarial o ante el secretario del tribunal o el funcionario en quien el mismo delegue que extenderá el acta correspondiente. No cabrá denegar la práctica de pruebas relativas a hechos relevantes, pero la resolución que concluya la reclamación no entrará a examinar las que no sean pertinentes para el conocimiento de las cuestiones debatidas, en cuyo caso bastará con que dicha resolución incluya una mera enumeración de las mismas, y decidirá sobre las no practicadas".

Al examinar este mismo motivo en el recurso 1043/2011 expresamos que es cierto que la parte actora aportó la citada prueba ante el TEAC en defensa de sus alegaciones, referentes a la calificación que había efectuado la Inspección de las operaciones llevadas a cabo entre 2003 y 2004; si bien ha de apuntarse que las referidas pruebas aparecen incorporadas a las actuaciones y admitidas, no fueron consideradas, porque el TEAC, en línea con lo argumentado por la Inspección, calificó los hechos comprobados como simulación. A través de las

consideraciones que fundamentan su decisión, el TEAC desestima las conclusiones del informe emitido por Don Jaime, en su condición de catedrático acreditado y experto en capital riesgo (y los que se aportaron a mayor abundamiento).

Dicho Informe contiene una explicación pormenorizada del contenido y alcance de las operaciones de capital riesgo en sus diversas modalidades, destacando que se trata de actuaciones normales en el mercado europeo y americano. A la luz de esta operativa, analiza las adquisiciones de participaciones llevadas a cabo en 2004 por la entidad MIRALITA SL para hacerse con la totalidad del paquete de acciones de DORNA SPORTS SL, y llega a conclusiones diversas de las planteadas por la Inspección. La discrepancia tiene lugar en el terreno jurídico (significado y finalidad de las operaciones de LBO -leveraged by- out- y MBO - management by-out-), y en la calificación fiscal de las mismas. Por lo tanto, sin perjuicio del interés que ofrece la documentación aportada, no puede considerarse que estemos en presencia de un auténtico informe pericial, desde el momento en que las conclusiones del mismo se asientan en el terreno jurídico.

Los informes periciales son precisos a fin de aportar un "conocimiento técnico, científico, artístico o práctico" al Tribunal "para valorar hechos o circunstancias relevantes en el asunto o adquirir certeza sobre ellos" (artículo 335 LEC). El informe aludido no solo se limita a exponer determinados hechos (la normalidad de las operaciones de capital riesgo), sino que se adentra en el ámbito de las valoraciones jurídicas, constituyendo lo que es propio de la fundamentación de la demanda; razón por la que ni el TEAC ni la Sala puede admitir y valorar tales pruebas -tras su estudio en profundidad- como auténticas pruebas periciales.

Esta postura ya ha sido puesta de relieve por la Sala en sendas ocasiones, a fin de excluir de la valoración probatoria que es propia de la labor de enjuiciamiento del Tribunal, las puras opiniones jurídicas: "A lo expuesto se añade que si bien formalmente resulta admisible, no puede aceptarse en su contenido, porque en realidad encubre una pericial jurídica articulada prescindiendo total y absolutamente de las garantías procesales que rodean su proposición y práctica, al margen de la consideración, que es tan evidente que huelga insistir en ello, de que no cabe la pericial de opinión jurídica, no sólo porque la materia de interpretación de las normas es atribución exclusiva del tribunal sentenciador, que no precisa de auxilio alguno en esa tarea esencial, sino porque tales dictámenes de encargo llegan de ordinario a conclusiones favorables a los intereses de quien los encomienda.

Abundando en lo expuesto, conviene recordar que la prueba pericial, en su valoración, debe ser objeto de una doble reducción: a) la primera de ellas, que afecta a los hechos; b) la segunda restricción es de mayor calado y obliga a prescindir de las opiniones de los peritos en que se dictamine sobre cualquier cuestión de interpretación jurídica, respecto de cuya materia está rigurosamente excluida la prueba pericial, no sólo porque en materia de interpretación de las normas el órgano jurisdiccional no precisa de auxilio alguno de las partes, sino por la más poderosa razón de que admitir una "pericial jurídica" es tanto como quebrantar el equilibrio entre las partes procesales y, por ende, el derecho constitucional a un proceso con todas las garantías, en la medida en que se trata de imponer una determinada solución jurídica o desacreditar otra.

Afirmado lo anterior, el dictamen acompañado emitido por un profesional de la elección de la entidad actora, es impropio en su valor probatorio, siendo necesario dejar constancia de que la admisión como prueba de cualquiera que pudiera proponerse y, por tanto, las dificultades que presenta el examen previo y su inadmisión preliminar, son directa consecuencia de la aplicación a nuestro proceso del nuevo régimen de la prueba establecido en la Ley de Enjuiciamiento Civil, que rige en nuestro proceso contencioso-administrativo por razón de la supletoriedad de aquella (disposición final primera de la Ley de esta Jurisdicción) (SAN, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2ª, de 4 de julio de 2013, rec. 258/2010).

Por tanto, no puede decirse que el tribunal de instancia no haya tenido en cuenta la prueba pericial.

b) Las consideraciones y, en definitiva, la valoración que de la prueba pericial se hace en la sentencia coinciden con su naturaleza y con la doctrina de esta Sala.

Según la jurisprudencia, corresponde al Tribunal de instancia la valoración de la prueba de peritos, conforme a las reglas de la sana crítica (artículo 348 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), sin olvidar, además, que pese a la amplitud de materias sobre la que puede indudablemente versar (artículo 335 de la Ley de Enjuiciamiento Civil) no se extiende, desde luego, al terreno de las valoraciones jurídicas.

Además, como se deduce de su lectura, la sentencia recurrida da suficiente cuenta de las razones que justifican su decisión sobre la consideración que merece a la Sala de instancia los informes periciales emitidos. Por ello se ha de entender adecuadamente motivada, ya que, como bien es sabido, la exigencia de explicitar en los pronunciamientos jurisdiccionales las razones que los sustentan, como garantía del justiciable integrada en su derecho fundamental a obtener la tutela judicial efectiva y factor de racionalidad en el ejercicio del poder, se satisface cuando los jueces dan a conocer, las razones que cimientan su fallo (sentencias del Tribunal Constitucional 70/1991, FJ 2.º, y 154/1995, FJ 3.º, entre otras muchas).

B) Las presunciones judiciales son medios idóneos para obtener el convencimiento del Tribunal sobre hechos relevantes para el fallo. Y son especialmente idóneas en la calificación de los negocios jurídicos como simulados relativos. En el presente caso se cumplen los requisitos legales para la validez de las presunciones judiciales. Las presunciones, cuando son legales dispensan de la prueba del hecho presunto a la parte a la que este hecho favorezca (artículo 385 LEC). Y constituyen un válido medio de prueba indirecto cuando se trata de

presunciones judiciales, mediante las que a partir de un hecho probado, el tribunal puede presumir la certeza, a los efectos del proceso, de otro hecho, si entre el admitido o demostrado y el presunto existe un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano (artículo 386.1 LEC). En este caso, la sentencia debe incluir el razonamiento en virtud del cual el tribunal ha establecido la presunción (artículo 386.2 LEC).

En definitiva, como advierte nuestra jurisprudencia, para la válida utilización de la prueba de presunciones judiciales es necesario que concurren los siguientes requisitos: que aparezcan acreditados los hechos constitutivos del indicio o hecho base; que exista una relación lógica precisa entre tales hechos y la consecuencia extraída; y que esté presente, aunque sea de manera implícita, el razonamiento deductivo que lleva al resultado de considerar probado o no el presupuesto fáctico contemplado en la norma para la aplicación de su consecuencia jurídica. O, en otros términos, como señalan tanto la jurisprudencia de esta Sala como la doctrina del Tribunal Constitucional, en la prueba de presunciones hay un elemento o dato objetivo, que es el constituido por el hecho base en cuanto que éste ha de estar suficientemente acreditado. De él parte la inferencia, la operación lógica que lleva al hecho consecuencia, que será tanto más rectamente entendida cuanto más coherente y razonable aparezca el camino de la inferencia. Se habla, en este sentido, de rechazo de la incoherencia, de la irrazonabilidad, de la arbitrariedad y del capricho subjetivo, como límite a la admisibilidad de la presunción como prueba.

Pues bien, en el presente caso, la sentencia incluye el razonamiento preciso para entender cumplido el requisito de motivación de la prueba de presunciones.

En el fundamento jurídico séptimo (FJ 2.º de la aquí recurrida), después de la descripción del conjunto de las operaciones financieras que constituye el hecho probado, base de la inferencia, explica el razonamiento por el que se establece la presunción.

" 1.º) La entidad adquirente 2WP Events SL está controlada por los socios de la transmitente, Dorna Sports SL, que mantiene en aquellas similares participaciones.

2.º) 2WP Events se constituye con un capital mínimo de 72.000, y no realiza actividad alguna, siendo una entidad instrumental con el fin de llevar a cabo la retribución de los fondos propios. Así se deduce de las cuentas anuales, de acuerdo con las cuales adquiere a TWP la explotación de los derechos organizativos de las pruebas de motos GP, cuya explicación no es posible porque tiene un único empleado, Octavio . La titularidad de los derechos organizativos corresponde formalmente a la filial británica TWP aunque la actividad se diseña y ejecuta desde Dorna Sports.

3.º) Los porcentajes de participación no producen variación en la distribución del capital social.

4.º) Después de la venta de participaciones no se produce modificación en el Consejo de Administración de la entidad adquirida. El Consejo de la adquirente reproduce la composición del Consejo de la adquirida.

5.º) Desde el punto de vista de los socios, la cuestionada compraventa ha supuesto una elevada rentabilidad que no encuentra referencia alguna en criterios de mercado, y que solo puede justificarse como distribución encubierta de rentas de capital, a costa de incrementar el endeudamiento de la entidad que los satisface.

Debe resaltarse la entrada de algunos empleados con una participación conjunta del 2% que no justifica la compleja operativa seguida.

Esta divergencia entre realidad jurídica y realidad subyacente se pone de manifiesto también en las cuentas anuales -individuales y consolidadas-. Refiere el acuerdo que "en las cuentas anuales se valoran las participaciones adquiridas a su valor neto contable, lo que significa una excepción al principio general de valoración a precio de adquisición, motivada porque no se trate de una transmisión real de activos entre personas jurídicas diferentes; y por otro lado, que en las cuentas anuales consolidadas la mención al "sentido económico de la operación " justifica el hecho de no reconocer un fondo de comercio de consolidación y, siguiendo los criterios del ICAC, de prevalencia del fondo económico sobre la denominación jurídica empleada. La indicada referencia en las cuentas consolidadas al "sentido económico de la operación" viene a constatar que hay una discrepancia entre la forma jurídica empleada y la realidad comercial existente, y que esta divergencia es notoria y conocida por los socios y administradores".

Por otra parte, no es contrario al razonamiento lógico extraer la conclusión a la que llega el Tribunal de instancia de un conjunto de hechos probados que revela:

1.º) Mantenimiento por los socios de similares porcentajes de participación después de las formales y reiteradas enajenaciones de las participaciones.

2.º) Inexistencia de modificación en la composición de los órganos de administración.

3.º) Rentabilidad obtenida por los socios sin referencia en criterios de mercado, que puede explicarse como una distribución de rentas de capital, financiada mediante un incremento del endeudamiento de la entidad, utilizando, al efecto, la intermediación de sociedades ad hoc creadas por los propios socios.

4.º) No distribución de dividendos, habiendo utilizado mecanismos encubiertos de retribución de fondos propios.

C) La simulación relativa es una figura jurídica especialmente compleja, más, incluso, que la simulación absoluta.

En este caso la simulación, por sí misma, no califica peyorativamente a lo simulado, pero resulta ser un procedimiento contrario al ordenamiento jurídico que suprime la presunción de existencia y licitud de la causa (artículo 1276 CC).

El Tribunal Constitucional y este mismo Tribunal ha afirmado con reiteración la validez de la prueba indiciaria, incluso para desvirtuar la presunción de inocencia. Y este medio de probatorio cobra singular relevancia en los supuestos en que se trata de descubrir la verdadera naturaleza de la causa de los negocios realizados, en cuanto requiere averiguar el elemento interno de las relaciones humanas, mantenido, de forma deliberada, oculto o disimulado.

En el presente caso, ya hemos señalado que el Tribunal de instancia utilizó válidamente las presunciones judiciales, de acuerdo con las exigencias del artículo 386 LEC .

Pero, además, dicho órgano judicial acudió, sin reparo alguno desde la perspectiva de la lógica y la razonabilidad, a otros medios de prueba y otras presunciones.

Así, continúa la sentencia [FJ 2.º de la aquí recurrida]: " En el mismo sentido procede mencionar el informe emitido por el despacho Uría & Menéndez, a petición del obligado tributario, en el que se alude a las salvedades formuladas por el auditor (p.21 y ss. del informe ampliatorio), en virtud de las cuales no se considera correcto que se reconozca contablemente un fondo de comercio como consecuencia de la fusión ente 2WP EVENTS SL y DORNA SPORTS SL (B82043753), ya que la operación previa no puede considerarse como una transmisión jurídica real.

Asimismo, en apoyo de la expresada divergencia, se han de tomar en consideración los informes emitidos por varias agencias de calificación de riesgo crediticio, cuyos extractos aparecen recogidos en las páginas 31 y siguientes del informe ampliatorio al acta, y de cuyo análisis se desprende que en ellos no existe referencia que permita sustentar la realidad de las operaciones de compraventa, tanto la llevada a cabo en junio de 2003, objeto del presente expediente, como la que tuvo lugar en diciembre de 2004, ya que en todos ellos se concluye que ambas operaciones tienen por objeto "el pago de un dividendo extraordinario a los socios del grupo DORNA" y refinanciar la deuda generada por operaciones anteriores de la misma naturaleza.

El proceso de búsqueda de financiación tampoco es el propio de una operación de compraventa, ya que en ningún caso existe mención al comprador y vendedor como sujetos diferentes con intereses contrapuestos, de donde se deduce que no se trata de que el comprador acuda a las entidades de crédito para financiar la adquisición de participaciones de DORNA SPORTS, sino que son los socios de esta entidad, los que piden financiación para una operación que les permita seguir manteniendo la titularidad de esas participaciones.

También corrobora el carácter simulado de la operación, la estructura de financiación empleada consistente en que Events S.L. no recibe directamente los préstamos de las entidades crediticias sino a través de la entidad Elendur SL, que transforma el crédito bancario recibido a favor de Events con el fin de proporcionar a la entidad fondos propios suficientes para no incurrir en causa de disolución, como consecuencia de las pérdidas que afloran al reconocer las participaciones adquiridas por su valor teórico".

En cuanto a la supuesta compraventa de participaciones sociales el 1 de diciembre de 2004 (Acta NUM003) relativa al impuesto de sociedades de Miralita SL (si bien fue incoada a DORNA como sucesora), la liquidación se pronuncia en términos semejantes, de los que destaca que:

- La operación de compraventa de participaciones es una réplica de la llevada a cabo en junio de 2003.
- La entidad adquirente Miralita está controlada por los socios de la adquirida (Dorna Sports SL (B83497461), antes 2WP Events SL), que en aquella mantiene idénticos porcentajes de participación. Miralita no ha realizado ninguna actividad comercial al margen de la relativa a su participación en los préstamos para financiar la operación.
- La transmisión de participaciones no produce variación en la distribución de capital social del grupo (no se altera el control del grupo no se produce entrada efectiva de nuevos socios).
- Después de la venta de participaciones no se produce modificación alguna en el Consejo de Administración de la entidad adquirida; por su parte el Consejo de Administración de la adquirente va a estar formado por personas que ya formaban parte del órgano de gobierno de la adquirida.
- Desde el punto de vista de los socios la compraventa de participaciones ha supuesto una elevada rentabilidad que no encuentra referencia alguna en criterios de mercado y que solo puede justificarse como distribución encubierta de rentas de capital a costa de incrementar el endeudamiento de la entidad que los satisface" ».

En consecuencia, también procede desestimar este grupo de motivos.

Séptimo.

El análisis de las operaciones y contratos y su calificación (motivos 13.º a 23.º y 25.º, primera parte)

1- Estos once motivos, aducidos con arreglo al artículo 88.1.d) de la Ley de esta jurisdicción, en relación todos, salvo el 20.º y el 21.º, con el apartado 3 del mismo precepto, denuncian las siguientes infracciones:

A) El motivo 13.º denuncia la infracción de los artículos 12 y 13 de la Ley General Tributaria por confirmar la sentencia recurrida la exigibilidad del impuesto en concepto de utilidad o rendimiento de capital mobiliario a pesar de que dicha calificación es incompatible con la naturaleza jurídica del negocio realizado.

A juicio de los recurrentes, no puede calificarse como utilidad percibida por la mera condición de socio la percepción de un importe que tiene otra causa jurídica distinta de dicha condición, como es la transmisión de las participaciones.

Tras reproducir los pasajes de su demanda sobre el particular, señalan que no cabe considerar, como hace la sentencia que combaten (fundamentos jurídicos 11.º, apartado 3, y 12.º), que una compraventa de participaciones sociales realizada por su valor de mercado pueda equipararse, desde el punto de vista jurídico y tributario, a una utilidad o fruto civil de las participaciones transmitidas que habría sido percibido sin contraprestación alguna como consecuencia de la participación de los transmitentes en el capital de la sociedad adquirente. Indican que los propios hechos admitidos por la sentencia impiden considerar que el negocio realizado haya sido, exclusivamente, el pago de una utilidad o beneficio derivado de la mera condición de socio y sin contraprestación alguna por parte de su perceptor. La propia sentencia -añaden- admite que los negocios realizados son compraventas válidas desde el punto de vista jurídico y mercantil. Sostienen que la naturaleza jurídica de los contratos de compraventa realizados no depende, ni puede depender, de los motivos o efectos pretendidos por los contratantes, sino exclusivamente de que concurren las características propias de toda compraventa y, en especial, la onerosidad, la bilateralidad y la conmutatividad, con intercambio de participaciones sociales por un precio en dinero de las mismas.

B) El motivo 14.º consiste en la infracción del artículo 45 del texto refundido de la Ley del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y del artículo 16 del texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades, aprobado por el Real Decreto legislativo 4/2004, de 5 de marzo (BOE de 11 de marzo), y de la jurisprudencia que los interpreta, por haberse inaplicado las reglas de valoración de operaciones vinculadas.

Sostienen los recurrentes que la declaración de inaplicabilidad del artículo 16 del texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades (fundamento jurídico 16.º de la sentencia recurrida) en el supuesto de negocios simulados (absoluta o relativamente) resulta infundada, tanto por inexistencia de excepción alguna en dicho precepto, como lo declarado en otros supuestos de simulación entre parte vinculadas por el Tribunal Supremo [sentencia de 30 de marzo de 2007 (casación 7125/2001); ES:TS:2007:5070].

Entienden que la calificación de la renta como utilidad o fruto civil es incompatible con la valoración según mercado de la operación de compraventa entre partes vinculadas.

C) El motivo 15.º se centra en la infracción de los artículos 31 y 45 del texto refundido de la Ley del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, y de la jurisprudencia sobre los mismos, por considerar que no existió ganancia patrimonial en la transmisión por compraventa de participaciones sociales y exigir una específica justificación económica de dichas compraventas no establecida legalmente.

Exponen los actores que una compraventa vinculada y apalancada de participaciones sociales por su valor normal de mercado no puede calificarse desde el punto de vista tributario como simulación relativa de una utilidad o rendimiento percibidos por la mera condición de socio y sin contraprestación coetánea alguna, invocando además como una de las principales justificaciones de dicha calificación la ausencia de una específica motivación económica de la compraventa, que sólo es exigible, en su caso, en relación con la aplicación de beneficios fiscales a la fusión posterior entre la entidad adquirente y la adquirida.

Al no entenderlo así, la sentencia de instancia (fundamento jurídico 11.º) habría incurrido en las infracciones que se denuncian, desconociendo la doctrina sentada en la sentencia del Tribunal Supremo de 12 de noviembre de 2012 (casación 4299/2010; ES:TS :2012:7264).

Con independencia de lo anterior, sostienen que la prueba pericial justificó la motivación económica de las compraventas con arreglo a su finalidad típica en el mercado de capital riesgo, así como su adecuación, desde un punto de vista económico, a las condiciones de mercado, tanto en el precio satisfecho como en las condiciones de la financiación recibida de terceros para llevar a cabo la operación.

D) El motivo 16.º denuncia la infracción del artículo 16 de la Ley General Tributaria .

Argumentan los recurrentes que no pueden constituir un supuesto de simulación tributaria aquellas operaciones que la citada sentencia del Tribunal Supremo de 12 de noviembre de 2012 reconoce que son compraventas apalancadas usuales y válidas en el ámbito mercantil y tributario, dado que no existe ninguna definición a efectos tributarios de la simulación negocial y que cualquier simulación (relativa) a efectos tributarios

de contratos y negocios debe corresponder también a una simulación negocial (relativa) con arreglo a las normas civiles y mercantiles.

Exponen que los actos y la sentencia recurridos consideran que el precio percibido por la transmisión de las participaciones sociales no fue tal, sino un dividendo o utilidad procedente de la mera condición de socio de los transmitentes, que no habrían realmente transmitido por precio bien o derecho alguno a la entidad adquirente. Entienden que esta conclusión exige, como hecho base, la inexistencia de transmisión patrimonial y de valor a la entidad adquirente pagadora como causa del pago del precio, sin embargo, carecen de toda argumentación en relación con la ausencia total o parcial de valor de las participaciones sociales que fueron objeto de compraventa mediante precio y, pese a ello, la sentencia atribuye íntegramente al precio percibido por las mismas la consideración de dividendo o utilidad obtenido sin ninguna atribución patrimonial coetánea distinta de la originaria aportación al capital social requerida para adquirir la condición de socio. Es decir, la atribución de la condición de dividendo o utilidad a la totalidad del precio percibido implica necesariamente que las participaciones sociales no fueron transmitidas mediante contraprestación y/o carecían de todo valor a efectos fiscales y que, como consecuencia de la ausencia de efectiva contraprestación, cualquier importe percibido sólo podía tener como causa la consideración de rendimiento derivado de la mera condición de socio y no la atribución patrimonial -por título de compraventa- de las participaciones sociales transmitidas.

Teniendo en cuenta que la entidad adquirente de las participaciones (Miralita, S.L.) estaba vinculada con los transmitentes, recuerdan que el artículo 45 del texto refundido de la Ley del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas remite a las reglas de valoración de las operaciones vinculadas contenidas en el artículo 16 del texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades. Como consecuencia de ello, y puesto que el dividendo o utilidad tiene la consideración legal y fiscal de negocio unilateral sin contraprestación causal coetánea por parte de quien lo recibe, entienden que resulta de aplicación al caso no sólo la normativa invocada y la inexistencia de prestación por parte del transmitente, sino también la jurisprudencia del Tribunal Supremo contenida en las sentencias de 14 y 21 de marzo de 2005, que citan sin mayor datos de identificación, referidas a un supuesto de transmisión onerosa o lucrativa de participaciones sociales y a la imposibilidad de considerar como causa onerosa coetánea (artículo 1274 del Código Civil) un negocio con prestaciones equivalentes para ambas partes. Sin embargo, la sentencia impugnada (fundamento jurídico 7.º) niega, a efectos fiscales, la naturaleza de transmisión patrimonial onerosa a las operaciones objeto del recurso a pesar de la equivalencia de prestaciones expresamente reconocida. Subrayan que el pago por el adquirente de la totalidad del valor intrínseco de las participaciones no puede ser una utilidad porque tiene una causa distinta de la mera condición de socio (indirecto) del preceptor. Por la misma razón, una utilidad percibida por la mera condición de socio (indirecto) no puede ser equivalente a la totalidad del valor intrínseco de la participación a la que se atribuye la contraprestación satisfecha.

Denuncian que, por tanto, la sentencia impugnada (fundamento jurídico 11.º) se fundamenta explícitamente en una doctrina incorrecta consistente en considerar que, a pesar de la equivalencia de prestaciones reconocida y/o no desvirtuada, resulta ajustado a Derecho calificar como simulada relativamente una operación de compraventa apalancada y el precio de la misma (cuya coincidencia con el de mercado no se ha cuestionado) como una utilidad percibida atribuible exclusivamente a la mera condición de socio (indirecto) y no a la transmisión coetánea de los títulos a la adquirente, invocando a tal efecto que la entidad adquirente estaba indirectamente participada por el mismo socio transmitente de las participaciones.

Desde el punto de vista de la infracción legal que imputan a la sentencia recurrida, consideran relevante y reconocido por la propia sentencia que la financiación obtenida de terceros por la entidad adquirente y vinculada sólo podía destinarse, según los contratos de financiación, a la adquisición de las participaciones. Como consecuencia de ello y de la equivalencia de prestaciones entre adquirente y transmitentes, entienden que la contraprestación recibida por estos últimos sólo puede tener como causa la transmisión onerosa de las participaciones y de ningún modo la mera condición de socio y que el recurso a la financiación ajena en modo alguno altera o condiciona lo anterior.

E) El motivo 17.º tiene por objeto la infracción de los artículos 15 . 43.1, letras g) y h), y 159 de la Ley General Tributaria, y de la jurisprudencia sobre los mismos, al reiterar la sentencia recurrida el contenido de la liquidación anulada y la existencia de ilicitud prescindiendo del velo societario sin que exista confusión de esferas jurídicas y patrimoniales y considerando que los negocios regularizados (compraventas) son artificiosos o impropios para la consecución del resultado obtenido y aplicando en su lugar la norma que hubiera correspondido a los negocios usuales o propios (utilidades o dividendos satisfechos a los socios), sin haber seguido el procedimiento legalmente establecido para ello e imponiendo una sanción excluida por el artículo 15.

Achacan los recurrentes a la sentencia de instancia que haya sido dictada desconociendo la plena separación e independencia jurídica de la entidad adquirente, Miralita, S.L., a efectos de la compraventa, así como la plena separación e independencia jurídica de las entidades Modus Faciendi, S.L., y Honoris S.L., participadas por las personas físicas transmitentes en relación con las que se exige la tributación como utilidad o rendimiento de capital y no como incremento de patrimonio, lo que, en su opinión, no sólo contradice los citados preceptos, por no haber invocado ni declarado los actos recurridos la existencia de fraude o conflicto alguno en la personificación societaria de dichas tres entidades, sino también la doctrina contenida en la sentencia del Tribunal Supremo de 19

de abril de 2003 (casación 5327/1998; ES:TS :2003:2736), que exige que la falta de separación y los efectos del "levantamiento del velo societario" se deriven de una acreditada confusión de las esferas jurídicas y patrimoniales de la persona física y de la sociedad.

Concluyen que la sentencia recurrida se fundamenta en una doctrina sin apoyo legal consistente en considerar que puede prescindirse a efectos tributarios del velo societario cuando la falta de separación socio/sociedad no ha sido invocada siquiera por la Administración, ni puede considerarse que concurra en el caso enjuiciado porque el desconocimiento total de la personificación jurídica de las mencionadas compañías significaría a efectos tributarios lo mismo que si se integrara su patrimonio respectivo en el patrimonio de sus socios.

Pensando en un eventual recurso de amparo constitucional, denuncian la infracción de los artículos 31.3 y 33.3 de la Constitución Española .

F) El motivo 18.º pone en debate la infracción del artículo 23.1 del texto refundido de la Ley del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas sobre rendimientos del capital mobiliario, al gravarse como tal una contraprestación que tiene una causa distinta de la percepción por la mera condición de socio.

G) El motivo 19.º se centra en la infracción del artículo 23.1 del texto refundido de la Ley del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y de los artículos 8 y 36 de la Ley General Tributaria, al gravarse como rendimiento del capital mobiliario una contraprestación obtenida por quien no es socio de la entidad ni sujeto pasivo del mismo.

Señalan los actores que los rendimientos de capital mobiliario sujetos a gravamen se han considerado percibidos por las personas físicas transmitentes de las participaciones cuando los socios de las sociedades pagadoras no eran dichas personas físicas sino otras sociedades con personalidad jurídica propia participadas por las personas físicas (Honoris Gratia, S.L., en el caso de los recurrentes), sin que los actos recurridos cuestionaran la personalidad jurídica propia de las sociedades socios.

Exponen que la sentencia prescinde, para atribuir el rendimiento o utilidad a las personas físicas socios indirectamente de Miralita, S.L., del velo societario de las personas jurídicas socios minoritarios de la misma, es decir, rasga en un segundo nivel el velo societario de Honoris Gratia, S.L., y de Modus Faciendi, S.L., por lo que el rendimiento se atribuye, con infracción de los indicados preceptos, a personas físicas que no tienen la condición de socio, accionista, asociado o partícipe de la pagadora ni son, por tanto, legalmente, sujetos pasivos del impuesto como contribuyentes.

H) El motivo 20.º denuncia la infracción del artículo 14 de la Ley General Tributaria, sobre prohibición de la analogía, al considerar sujeta a gravamen como rendimiento de capital mobiliario una contraprestación que tiene una causa distinta de la percepción por la mera condición de socio de la pagadora.

Consideran los recurrentes que no puede haber gravamen de una utilidad o rendimiento percibidos por la mera condición de socio cuando existe una contraprestación por parte del receptor, por ello la sentencia infringe la prohibición de analogía. La aplicación analógica afectaría de lleno, en su opinión, al hecho imponible y a su valoración, porque lo altera y aplica a una regla que no tiene nada que ver con el mismo.

I) El motivo 21.º contiene la queja de infracción de los artículos 8, 14 y 36 de la Ley General Tributaria, sobre prohibición de la analogía, al gravar como rendimientos de capital mobiliario una contraprestación obtenida por quien no es socio de la entidad ni puede ser sujeto pasivo por la obtención de la misma.

Se sostiene que el gravamen como rendimiento de capital mobiliario en los recurrentes que no son socios de la sociedad pagadora (participada por Honoris Gratia, S.L., y no por ellos directamente) tan sólo puede producirse como consecuencia de una analogía prohibida en cuanto a la condición de sujeto pasivo del impuesto liquidado.

J) El motivo 22.º denuncia la infracción de los artículos 15.1 y 24.1 del texto refundido de la Ley del Impuesto sobre la Renta de las Persona Físicas y del artículo 14 de la Constitución Española, al gravar como rendimiento de capital mobiliario el importe del rendimiento bruto sin deducción de coste de adquisición de las participaciones a las que se atribuye el mismo y no el rendimiento neto o renta disponible del contribuyente.

Expresan los actores que la sentencia impugnada (fundamento jurídico 18.º) justifica que la liquidación no deduzca el coste de adquisición de las participaciones para someter a gravamen el rendimiento supuestamente obtenido, lo que resulta incompatible con el rendimiento neto y/o la renta disponible realmente obtenida y determina que se hayan desconocido los mencionados preceptos legales.

K) El motivo 23.º tiene por objeto la infracción del principio de buena fe, del artículo 24.3 del texto refundido de la Ley del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y del artículo 14 de la Constitución, al gravar como rendimiento de capital mobiliario sin reducción del 40% un rendimiento al que los acuerdos asignan un periodo de generación superior a dos años.

Relatan los actores que la sentencia discutida (fundamento jurídico 19.º) considera que el periodo de generación de la renta debe computarse con arreglo a las fechas de adquisición y transmisión de las participaciones, a pesar de que tanto la propia sentencia como los actos recurridos consideran que dichas transmisiones son simuladas y que las actuaciones asignan a los rendimientos obtenidos un periodo de generación superior a dos años.

A su juicio, no cabe sostener ambas premisas a la vez: o la operación es simulada y no hay transmisión de los títulos, en cuyo caso la renta sólo puede considerarse obtenida en un periodo que no coincide con el de transmisión o adquisición de los títulos y que debería abarcar el considerado por los indicios invocados por los acuerdos recurridos, o hay transmisión de los títulos. No cabe sostener a la vez que no hay transmisión para calificar la renta de 2003 y 2004 como utilidad y que sí la hay para negar los beneficios que se derivan de la consideración del periodo de generación invocado por los propios acuerdos.

L) El motivo 25.º, primera parte, denuncia la infracción de los artículos 24, 25 y 31.3 de la Constitución Española, de los artículos 17 y 49 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y del artículo 1 del Protocolo 1 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, por exigirse un tributo e imponerse una sanción que no pueden considerarse previsibles ni preestablecidos en la Ley, sino que derivan exclusivamente de un acto administrativo cuyo contenido no es reconducible a una determinación legal y que además fue anulado por razones formales.

Dicen los recurrentes que, a pesar de considerar la liquidación anulable por razones formales, la sentencia recurrida confirma su contenido, que atribuye un rendimiento de capital mobiliario derivado de su condición de socios, a pesar de que el único socio de la entidad pagadora (Miralita, S.L.) era Honoris Gratia, S.L., participada por ellos. Consideran que la exigencia del impuesto en tales condiciones infringe el equilibrio derivado del principio de legalidad en el establecimiento y la aplicación de los tributos. Afirman que no puede exigirse legalmente ningún tributo a quien no tiene la condición legalmente necesaria para recibir la renta que se le atribuye, por no reunir una cualidad que sólo se da en otra persona jurídica independiente, aunque tenga la condición de vinculada desde el punto de vista fiscal. Recuerdan que sobre este particular la sentencia recurrida (fundamento jurídico 21.º) se limita a afirmar que no se trata de extender más allá de sus estrictos términos el hecho imponible sino de calificar de forma adecuada el conjunto de operaciones llevadas a cabo, una vez verificada la existencia de simulación, con el objeto de proceder a un reparto de utilidades, pero subrayan que la sentencia omite que en ningún momento el acto de liquidación consideró simulada la sociedad Honoris Gratia.

2- Este grupo de motivos (salvo el decimoséptimo, el vigesimosegundo, el vigesimotercero y el vigesimoquinto, primera parte), que discute la calificación como utilidad o rendimiento, en lugar de ganancia patrimonial, de los beneficios obtenidos con las operaciones societarias descritas en el primer fundamento jurídico de esta sentencia, calificadas de negocio relativamente simulado, ha recibido respuesta, directa o indirectamente, en las repetidas sentencias de esta misma fecha, dictadas en los recursos de casación 4044/2014 y 4134/2014 interpuestos por Dorna Sports, S.L. En la segunda de ellas [FJ 7.º.2.B) y C), letras a) a e)], hemos razonado:

«B) La interpretación y calificación de los contratos es tarea que corresponde, en principio, a los tribunales de instancia. Ha reiterado nuestra jurisprudencia hasta la saciedad que su criterio ha de prevalecer, a menos que se acredite ser ilógica, contradictoria o vulneradora de algún precepto legal, pues constituye facultad privativa de la Sala de instancia (por todas, Sentencias de la Sala Primera de lo Civil de 17 de febrero de 2003, 6 de octubre de 2005, 7 de junio de 2006, 29 de marzo y 5 de mayo de 2007, 14 y 27 de febrero y 26 de junio de 2008). También esta misma Sección, en las Sentencias de 8 de febrero, 12 de julio de 2006, 6 y 20 de junio de 2011 tiene afirmado que la interpretación del alcance de un contrato singular suscrito entre las partes, y de los negocios jurídicos en general que unas y otras acuerden, corresponde a los tribunales de instancia y no a los de casación. Debe prevalecer en esta sede la apreciación que aquéllos hagan, pues son los órganos jurisdiccionales a quienes compete la función propia de interpretar los contratos «salvo en los supuestos excepcionales de que dicha interpretación contravenga manifiestamente la legalidad o resulte errónea, disparatada, arbitraria, contraria al buen sentido, pugne abiertamente con realidades suficientemente probadas o contenga conclusiones erróneas decisivas, sean irracionales o incluso adolezcan de una desproporcionalidad no encajable en un normal raciocinio», según recordamos en sentencias de 10 de mayo de 2004 y 18 de enero de 2005 ."

En la misma línea, en las más recientes sentencias de 12 de diciembre de 2011 (rec. de cas.6509/2009), 23 de julio de 2012 (rec. de cas. 599/2010) y de 2 de noviembre de 2015 (rec. de cas. 3778/2013, dijimos: se ha de recordar que la interpretación y la calificación de los contratos es tarea que corresponde a los tribunales de instancia, sin que este Tribunal deba intervenir, salvo que, al desarrollarla incurran en arbitrariedad, ofreciendo un resultado ilógico, contradictorio o contrario a algún precepto legal, proceder que está ausente en este caso. Así lo hemos venido sosteniendo, haciendo nuestro un criterio jurisprudencial de la Sala Primera de este Tribunal Supremo [sentencias de 17 de febrero de 2003 (casación 2018/97, FJ 1.º), 7 de julio de 2006 (casación 4131/99, FJ 2.º), y 26 de junio de 2008 (casación 2227/01, FJ 2.º)], seguido por la nuestra, entre otras, en las sentencias de 18 de enero de 2005 (casación 7321/01, FJ 5.º), 12 de julio de 2006 (casación 5609/01, FJ 2.º), 13 de noviembre de 2008 (casación 5442/04, FJ 10.º), 6 de marzo de 2009 (casación 2824/03, FJ 3.º), 8 de octubre de 2009 (casación para la unificación de doctrina 234/04, FJ 4.º) y 29 de marzo de 2010 (casación 11318/2004, FJ 22.º).

En otras palabras, sólo podemos adentrarnos en ese terreno vedado cuando la calificación que se discute contravenga manifiestamente la legalidad o resulte errónea, disparatada, arbitraria, contraria al buen sentido,

pugne abiertamente con realidades suficientemente probadas o contenga conclusiones erróneas decisivas, sean irracionales o incluso adolezcan de una desproporción no encajable en un normal raciocinio.

La consideración de un negocio jurídico o conjunto de negocios jurídicos como anómalos, a cuya categoría pertenecen los que incurren en una simulación relativa, pertenece, sin duda, al ámbito de su calificación.

Y, en el presente caso, la proyección que hace el tribunal de instancia de la referida categoría de negocio incurso en simulación relativa al conjunto de operaciones que describe no es, en modo alguno, encuadrable en alguno de los citados supuestos en que cabe la revisión casacional.

Por el contrario, el criterio de la Sala de la Audiencia Nacional se acomoda a lo establecido por la doctrina de la Sala, expresada, entre otras muchas, en sentencias de 20 de septiembre de 2005 (rec. de cas. 6683/2000), 30 de mayo de 2011 (rec. de cas.1061/2007), 10 de marzo de 2014 (rec. de cas. 1265/2011), 24 de febrero de 2014 (rec. de cas. 1347/2011) y 27 de noviembre de 2015 (rec. de cas. 3346/2014).

La propia sentencia de instancia hace expresa y literal referencia a dicha jurisprudencia cuando señala (fundamento jurídico noveno) [FJ 10.º de la aquí recurrida]:

" La doctrina del Tribunal Supremo sobre la simulación puede sintetizarse en las siguientes consideraciones:

1- La esencia de la simulación radica en la divergencia entre la causa real y la declarada», y puede ser absoluta, lo que sucede cuando «tras la apariencia creada no existe causa alguna», o relativa, que se da cuando «tras la voluntad declarada existe una causa real de contenido o carácter diverso», esto es, cuando «[t]ras el negocio simulado existe otro que es el que se corresponde con la verdadera intención de las partes» [Sentencia de 20 de septiembre de 2005 de la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo (rec. cas. núm. 6683/2000, FD Quinto), supuesto al que se refiere el art. 1276 del Código Civil .

2- En el ámbito tributario, la simulación se recoge en la actualidad en el art. 16 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, que establece que «en los actos o negocios en los que exista simulación, el hecho imponible gravado será el efectivamente realizado por las partes» (apartado 1), que «La existencia de simulación será declarada por la Administración tributaria en el correspondiente acto de liquidación, sin que dicha calificación produzca otros efectos que los exclusivamente tributarios» (apartado 2), y que «en la regularización que proceda como consecuencia de la existencia de simulación se exigirán los intereses de demora y, en su caso, la sanción pertinente» (apartado 3).

3- La calificación, en el caso concreto, de la convención celebrada por las partes habrá de tener en cuenta no sólo las estipulaciones formalmente establecidas sino también la real intención de los contratantes puesta de manifiesto a través de las reglas de hermenéutica contractual de los arts. 1281 a 1289 del Código Civil, pues «la calificación de los contratos ha de descansar en el contenido obligacional convenido, abstracción hecha de la denominación que las partes asignen a aquéllos», verdadera voluntad de los contratantes que hay que deducir de «los actos de las partes, coetáneos y posteriores a la celebración del contrato» [Sentencia de la Sala Primera de 28 de mayo de 1990 [RJ 1990, 4092], FD Tercero].

4- En este sentido la STS de 29 de octubre de 2012 (Rec. 6460/2010) y 7 de junio de 2012 (Rec. 3959/2009), consideran que existe simulación cuando se realizan "una serie de negocios, que no respondían a la realidad típica que les justifica". O cuando no existe la "causa que nominalmente expresa el contrato, por responder éste a otra finalidad jurídica distinta" - STS de 26 de septiembre de 2012 (Rec. 5861/2009)-. No siendo óbice para su apreciación la "realidad de cada una de las múltiples operaciones realizadas, y que desde la normativa mercantil no ofrecían tacha alguna" - STS de 28 de marzo de 2012 (Rec. (Rec. 3797/2008)-.Y, además y en todo caso, "las operaciones han de tratarse, en la perspectiva fiscal, sinópticamente, es decir, contemplando la repercusión que en el patrimonio del sujeto pasivo se ha producido, evitando que el tratamiento parcial de las fases de dicha operación (que aparecen como negocios jurídicos independientes) distorsione la finalidad perseguida por el interesado, y, consiguientemente, la dicotomía normativa en su tratamiento tributario" - STS de 15 y 24 de noviembre de 2011 (Rec. 153 y 1231/2008)-. Añadiendo la sentencia que "no siempre es fácil identificar plenamente el mecanismo elusivo que se utiliza -no puede obviarse que su delimitación es fruto de construcciones dogmáticas de fácil identificación teórica, pero de, a veces, sinuosos perfiles en la realidad -, las diferencias pueden llegar a ser extremadamente sutiles, el denominador común suele ser el engaño, la ocultación, en definitiva una simulación...[siendo] lo relevante es descubrir el mecanismo elusivo, la verdadera intención o móvil de los intervinientes, el negocio subyacente, que dote de la real entidad al fenómeno económico que se pretendía ocultar o encubrir para subsumirlo en la normativa fiscal a propósito".

Siendo posible que el negocio simulado se presente como "un negocio ficticio (esto es no real" -aunque puede ocultar en algunas ocasiones un negocio verdadero-, como un negocio simple -aunque una importante modalidad del mismo es el negocio múltiple o combinado- y, en fin, como un negocio nulo, por cuanto no lleva consigo, ni implica transferencia alguna de derechos - STS de 26 de septiembre de 2012 (Rec. 5861/2009)-. Así, la STS de 8 de marzo de 2012 (Rec. 4789/2008)) razona que no cabe apreciar una operación o negocio jurídico aisladamente, sino que debe analizar el "conjunto destinado" a la obtención de la ventaja fiscal.

5- En todo caso, «para apreciar la existencia de un negocio simulado debe probarse suficientemente la simulación; esto es, los elementos integrantes de su concepto: declaración deliberadamente disconforme con la auténtica voluntad de las partes y finalidad de ocultación a terceros, en este caso a la Administración tributaria» [Sentencia de 20 de septiembre de 2005 de la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo (rec. cas. núm. 6683/2000, FD Quinto); y que «la simulación es un hecho cuya carga de la prueba corresponde a quien lo afirma», de modo que «la "causa simulandi" debe acreditarla la Administración que la alega» (Sentencia antes cit., FD Octavo), en virtud de los arts. 1.214 CC y 114 y ss. L.G.T. (actuales 105 y ss. de la Ley 58/2003).

6- Por ello, considera el Tribunal Supremo que la simulación o el negocio jurídico simulado tiene «un componente fáctico sometido a la apreciación o valoración de los tribunales de instancia», y, el resultado de esa valoración es «una cuestión de hecho, y su constatación es facultad de los Tribunales de instancia y no es revisable en casación salvo que se demuestre que es ilógica» [Sentencia de 20 de septiembre de 2005 de la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso- Administrativo del Tribunal Supremo (rec. cas. núm. 6683/2000), FD Sexto]. En la medida en que la simulación supone ocultación y la existencia de un negocio jurídico aparente, para llegar a la convicción de su existencia suele acudir a la llamadas prueba indirectas (indiciaria y de presunciones) - STS de 13 de septiembre de 2012 (Rec. 2879/2010) y 22 de marzo de 2012 (Rec. 3786/2008), entre otras muchas-".

7- Por lo que se refiere a la simulación relativa, ya afecte a la causa del contrato..., ya a los sujetos o al contenido del mismo, sería preciso para que exista que el negocio creado externamente por las partes (negocio jurídico aparente) no sea realmente querido por aquéllas, que buscan otro negocio jurídico distinto (o negocio simulado). O, como tiene declarado la Sala Primera del Tribunal Supremo en sus sentencias de 23 de septiembre de 1990, 16 de septiembre de 1991 (RJ 1991, 6274), 8 febrero de 1996 (RJ 1996, 952), la "simulación contractual se produce cuando no existe la causa que nominalmente expresa el contrato, por responder éste a otra finalidad jurídica distinta", añadiéndose en la última de las referidas sentencias que 'el concepto jurisprudencial y científico de simulación contractual, que es un vicio de declaración de voluntad de los negocios jurídicos por el cual, ambas partes, de común acuerdo, y con el fin de obtener un resultado frente a terceros, que puede ser lícito o ilícito, dan a entender una manifestación de voluntad distinta de su interno querer'».

Como regla general el negocio simulado se presenta como un negocio ficticio (esto es, no real) -aunque puede ocultar en algunas ocasiones un negocio verdadero-, como un negocio simple -aunque una importante modalidad del mismo es el negocio múltiple o combinado-, y, en fin, como un negocio nulo, por cuanto no lleva consigo, ni implica, transferencia alguna de derechos.

8- «La simulación (relativa) es una suerte de ocultación que se produce generando la apariencia de un negocio ficticio, realmente no querido, que sirve de pantalla para encubrir el efectivamente realizado en violación de Ley. De este modo lo que distingue a la simulación es la voluntad compartida por quienes contratan de encubrir una determinada realidad (anti)jurídica. Por eso frente a la simulación, la reacción del ordenamiento sólo puede consistir en traer a primer plano la realidad jurídica ciertamente operativa en el tráfico, para que produzca los efectos legales correspondientes a su perfil real y que los contratantes trataron de eludir» (STS 15 de julio de 2002).

«Simulación, pues, y no mero fraude de Ley, ya que, en el caso de éste, el negocio o negocio realizados son reales. No se trata de ocultar un acto bajo la apariencia de otro, sino, simplemente, de buscar amparo para un acto en una norma que no es la que propiamente le corresponde. 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').

9- Y en cuanto a la economía de opción basada en motivos económicos válidos, se ha sostenido (como recuerda la Sentencia de 18 de marzo de 2013 -rec. 392/2011 -) que si bien es legítima la llamada economía de opción, porque no afecta al principio de capacidad económica ni al de justicia tributaria [sentencia de 4 de julio de 2007 (recurso 274/03, FJ 4.º, letra d)], cuestión diferente es que, bajo la apariencia de esa legítima opción, en realidad se pacten negocios jurídicos anómalos [sentencias de 15 de diciembre de 2008 (casación 5985 /05, FJ 4 .º) y 9 de marzo de 2009 (casación 6866 / 05, FJ 6.º), entre otras], esto es, acuerdos con los que se persigue la obtención de resultados o de fines distintos a los previstos por la ley para la fórmula utilizada. De lo anterior se colige que la existencia de un negocio jurídico simulado o de un complejo negocial de esa índole impide defender la presencia de una opción económica legítima.

La misma sentencia toma en cuenta las operaciones realizadas a partir de la compraventa de las participaciones sociales de la entidad DORNA SPORTS, S.L. por la entidad MIRALITA S.L., que se produce el 1 de diciembre de 2004. Después de su descripción advierte que su causa se corresponde en el ámbito mercantil con las que se denominan "compra apalancada" o "Leveraged Buy-Out" (LBO), pero, atendiendo a las pruebas de que dispone el Tribunal de instancia, en el presente caso apreció la existencia de simulación en la operación al considerar acreditado que los socios, de manera consciente, de común acuerdo, y con la finalidad de procurar un considerable ahorro fiscal, han creado la apariencia de un negocio jurídico, compra venta de participaciones, que es distinto de aquel que realmente se ha llevado a cabo, y que no es otro que el de obtención de una retribución

por la participación en los fondos propios. Esta ilícita minoración de la carga tributaria se obtuvo al permitir, de un lado, que los rendimientos de capital tributarán como ganancias patrimoniales de los socios; y por otro, mediante la disminución de la carga tributaria de las sociedades operativas a través de la deducción fiscal de los gastos financieros devengados por los préstamos obtenidos. Igualmente, con la simulación se persiguió eludir las normas societarias sobre reparto de beneficios y sobre disolución de sociedades.

C) Los demás motivos que se analizan deben ser también desestimados porque la recurrente, en ellos, haciendo supuesto de la cuestión, parte de una calificación distinta de la realizada por el Tribunal "a quo", que, como hemos dicho, ha de entenderse válida, y a la que no son aplicables los artículo y jurisprudencia que se dicen infringidos.

a) Los artículos 12 y 13 LGT que se refieren a la interpretación de las normas tributarias y al principio de calificación, no pueden ser vulnerados cuando se entienden que la calificación efectuada por la sentencia recurrida es la razonable, y, por ende, se adecúa a la verdadera naturaleza jurídica de las operaciones realizadas a la confirmación de la regularización tributaria efectuada conforme al concepto de utilidad o rendimiento de capital mobiliario.

b) La sentencia se refiere a "operaciones usuales en el mercado de capital riesgo". Pero predica tal condición de las operaciones como categoría o clase que tienen una determinada finalidad o causa. Pero aprecia la simulación, precisamente, porque la recurrente utiliza dichas operaciones para encubrir una finalidad distinta.

Así dice [FJ 9.º, apartados 2 y 3, de la sentencia aquí recurrida]: La operación descrita se corresponde, en principio, con lo que en el ámbito mercantil se denominaría "compra apalancada" o "Leveraged Buy-Out" (LBO).

Sobre este tipo de operaciones se ha pronunciado el Tribunal Supremo en dos recientes sentencias de 12 de noviembre de 2012 (Rec. 4299/2010) y 25 de abril de 2013 (Rec. 5431/2010). Dichas sentencias sostienen que la "fusión apalancada" es una operación consistente en que una sociedad existente o creada al efecto - "sociedad vehículo", "holding company", "venture capital" o "newco"- se endeuda para adquirir el control de otra realizando una "compra apalancada" o "leverage Buy Out (LBO)". Posteriormente la adquirente absorbe a la controlada -"sociedad objetivo" o "target company"-, dando lugar a una fusión hacia delante o "forward leveraged buy-out" o es absorbida por ella, produciéndose la fusión inversa o "reverse leveraged buy-out". El coste financiero de la adquisición termina recayendo en todo caso sobre el patrimonio de la sociedad adquirida.

Señalan dichas sentencias que esta clase de operaciones, usuales en el mercado de capital riesgo - "private equity"- son "frecuentes en España" y planteaban la duda, desde el punto de vista mercantil de si podían entenderse prohibidas por lo establecido en el artículo 81 del Real Decreto Legislativo 1564/1989, Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas y la Ley 2/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada, en la medida en que podían ser entendidas como un supuesto de asistencia financiera para la adquisición de acciones propias o de las emitidas por una sociedad del grupo. Pues bien, de la Segunda Directiva del Consejo 77/91/CEE, de 13 de diciembre de 1976, en relación con la Directiva 2006/68/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo de 6 de septiembre de 2006, optó por la necesidad de eliminar estas prohibiciones para sustituirlas por garantías en protección de los accionistas y terceros. En consonancia con la misma en nuestro ordenamiento jurídico la Ley 3/2009, de 3 de abril, de modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles regula la posibilidad de este tipo de fusiones con las debidas garantías en su artículo 35 .

Ponen de manifiesto estas sentencias que las ventajas que presentan este tipo de fusiones frente a la adquisición ordinaria de la "sociedad objetivo" son múltiples: a- el apalancamiento permite con una inversión reducida tomar el control de una empresa de gran dimensión; b- la compañía de capital riesgo o "private equity" incrementa muy notablemente los beneficios que obtiene del capital invertido; c- las entidades financiadoras de la compra apalancada consiguen garantizar el cobro de la deuda con los activos de la empresa comprada; d- la confusión de patrimonios permite que el pago de la deuda se haga por la propia compañía adquirida, evitándose a la adquirente, que no carga con el coste fiscal de los repartos de dividendo por la prima que hubiera necesitado la segunda para hacer frente a la deuda contraída por la operación, y, en fin, e- la compañía comprada asume el coste financiero, pero rebaja significativamente su carga fiscal, al deducir como gasto los intereses satisfechos por los préstamos y la amortización del fondo de comercio que con la fusión se pone de manifiesto".

Concluyen las sentencias que las "fusiones apalancadas pueden perseguir objetivos diversos, no solamente fiscales, como, por ejemplo, facilitar la reorganización empresarial; mejorar la gestión del capital empresarial, evitando la sobrecapitalización, o armonizar los intereses de la propiedad y de la gestión". Debiendo examinarse "caso por caso, cuales son los objetivos o designios perseguidos por la operación para determinar si los fiscales son los preponderantes, puesto que sólo si se llega a esa convicción podrá concluirse que la fusión apalancada no se realizó por motivos económicos válidos". Careciendo de relevancia que "la Dirección General de Tributos haya admitido la existencia de motivos económicos válidos en operaciones similares".

[...] Se comparte con la parte recurrente, y ello no lo cuestiona la Inspección, que este tipo de operaciones son frecuentes y válidas desde el punto de vista mercantil, lo que es objeto de discrepancia en este recurso son los efectos fiscales de la operación concreta que estamos analizado para los socios residentes de DORNA

SPORTS, S.L ("sociedad objetivo" o "target company"), por la venta de sus participaciones a MIRALITA, S.L ("sociedad vehículo" o "newco").

No obstante, hay que señalar que si bien estas operaciones apalancadas estaban dirigidas a la adquisición de una sociedad, facilitando la financiación de la adquisición, con alguno de los objetivos mencionados en las Sentencias reseñadas, según resulta de los estudios e información recogida en el expediente, se vienen también utilizando en últimos tiempos con otra finalidad, cual es la de financiar grandes pagos de rentabilidades mediante el mecanismo de la "recapitalización de dividendos" o "recaps", que consiste en que una entidad de capital riesgo obtiene una rentabilidad a su inversión sin necesidad de desprenderse de ella. Así, la empresa adquirida por una entidad de capital riesgo obtiene un préstamo, asumiendo una deuda adicional, que destina a pagar al fondo de capital riesgo una rentabilidad, manteniendo éste la propiedad de la compañía.

[...] estas operaciones se instrumentan sobre la base de complejas estructuras de financiación y negocios jurídicos simulados con los que se persigue crear la apariencia de que existe una transmisión real de participaciones, con el fin de obtener una ilícita reducción de la carga fiscal, tanto en sede de la sociedad como en la tributación de los socios y accionistas, así como proceder al reparto de rentas a los socios/accionistas eludiendo las normas mercantiles que limitan la distribución de beneficios y la exigencia de una capitalización mínima.

Y, en el presente caso, la sentencia justifica la simulación porque considera acreditado que los socios, de manera consciente, de común acuerdo, y con la finalidad de procurar un considerable ahorro fiscal, han creado la apariencia de un negocio jurídico, compra venta de participaciones, que es distinto de aquel que realmente se ha llevado a cabo, y que no es otro que el de obtención de una retribución por la participación en los fondos propios. Esta ilícita minoración de la carga tributaria se obtuvo al permitir, de un lado, que los rendimientos de capital tributaran como ganancias patrimoniales de los socios; y por otro, mediante la disminución de la carga tributaria de las sociedades operativas a través de la deducción fiscal de los gastos financieros devengados por los préstamos obtenidos. Igualmente, con la simulación se persiguió eludir las normas societarias sobre reparto de beneficios y sobre disolución de sociedades.

c) La simulación no se aprecia sobre la base de la consideración aislada del precio de una compraventa de participaciones sociales, ni tampoco porque no se acredite una específica motivación económica en la compraventa. La calificación que hace la sentencia es en contemplación del conjunto de negocios, de compraventa, financiación y fusiones, cuyos resultados, en apreciación del Tribunal "a quo", no se corresponden con la causa de auténticas enajenaciones de participaciones sociales a las que se pueda anudar, a efectos fiscales, un incremento patrimonial.

Por lo demás, en el motivo décimo [motivo 15.º de este recurso], se vuelve a discutir la valoración de la prueba y la calificación de los contratos efectuadas por la sentencia de instancia, citándose unos preceptos (artículos 23.1, 31 y 45 TRLIS, 8 y 36 LGT), que no tienen virtualidad alguna respecto de unos negocios que se consideran simulados.

d) El artículo 16 TRLIS se refiere a las reglas de valoración de operaciones vinculadas, pero naturalmente son aplicables a las verdaderas enajenaciones de participaciones sociales, no a las simuladas que responden a la causa de otro negocio jurídico. Entonces, lo procedente, como resulta del artículo 16.1 LGT, es gravar las operaciones efectivamente realizadas por las partes, de acuerdo con su auténtica naturaleza. En este caso, no la de las enajenaciones aparentes, sino la de las remuneraciones subyacentes de las participaciones sociales.

e) Es cierto, como reconoce la sentencia de instancia, que los préstamos participativos permitían la deducción de la carga financiera en sede del Impuesto de Sociedades (RD 7/1996, de 7 de junio y Ley 10/1996 de 18 de diciembre), de acuerdo con la redacción originaria del artículo 14.2 de la LIS (Real Decreto Legislativo 4/2004 de 5 Marzo, Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades). Dicho precepto establecía que "2. Serán deducibles los intereses devengados, tanto fijos como variables, de un préstamo participativo que cumpla los requisitos señalados en el apartado uno del artículo 20 del Real Decreto Ley 7/1996, de 7 de junio, sobre medidas urgentes de carácter fiscal y de fomento y liberalización de la actividad económica". El precepto ha sido posteriormente reformado, en el marco de las medidas antifraude, para evitar con carácter general la deducción de intereses de préstamos entre entidades vinculadas, destinadas a la adquisición, a otras entidades del grupo, de participaciones en el capital o fondos propios de cualquier tipo de entidades, o a la realización de aportaciones en el capital o fondos propios de otras entidades del grupo, salvo que el sujeto pasivo acredite que existen motivos económicos válidos para la realización de dichas operaciones (Letra h) del número 1 del artículo 14 introducida, con efectos 1 de enero de 2012, por el apartado segundo.uno del artículo 1 del R.D-ley 12/2012, de 30 de marzo, por el que se introducen diversas medidas tributarias y administrativas dirigidas a la reducción del déficit público). En efecto, es en esta norma en la, para los periodos impositivos iniciados a partir del 1 de enero del 2012, se establece, de una parte, el carácter no deducible de aquellos gastos financieros generados en el seno de un grupo mercantil, y destinados a la realización de determinadas operaciones entre entidades que pertenecen al mismo grupo. Y, de otra, en el artículo 20 del TRLIS, la limitación de la deducibilidad de los gastos financieros que sustituye a la anterior regla antisubcapitalización.

Pero, en todo caso, la referida normativa a la que se acoge la recurrente, no puede invocarse cuando, en el conjunto de operaciones realizadas, se aprecia la figura del negocio simulado, porque, precisamente, entonces,

aparece una realidad jurídica diferente de la aparentada que se sustrae a las previsiones normativas establecidas para la deducibilidad de auténticos gastos financieros. Dicho de otro modo, la sentencia de instancia no aplica limitaciones inexistentes a la deducibilidad de gastos financieros derivados de préstamos entre entidades del grupo, sino que niega la condición de verdaderos gastos financieros a los que pretende deducirse la recurrente porque los concretos préstamos y compraventas responden a una causa distinta: la remuneración u obtención de utilidades del capital mobiliario de los socios».

3- Esta última reflexión, la de que, apreciándose la existencia de simulación, los recurrentes no pueden invocar la normativa relativa al negocio aparentado sirve para rechazar el planteamiento que subyace en los motivos 18.º a 21.º, en la medida en que discuten el gravamen como rendimiento de capital mobiliario de una contraprestación que tiene, según ellos, una causa distinta de la percepción por la mera condición de socio de la pagadora (motivo 18.º), recibida por quien no es socio de la entidad (motivos 19.º y 21.º) o por la mera condición de socio de la pagadora (motivo 20.º). Con independencia de lo anterior, todos ellos hacen supuesto de la cuestión, pues presuponen la inexistencia de simulación y, por consiguiente, que las sumas percibidas por los socios no constituirían rendimiento del capital mobiliario.

4- El motivo 17.º también hace supuesto de la cuestión, en cuanto defiende que no hubo simulación, sino a lo sumo un conflicto en la aplicación de la norma tributaria, por lo que debió haberse seguido el procedimiento previsto en el artículo 15 de la Ley General Tributario. Habiendo concluido la Sala de instancia - correctamente, según se ha visto- que la operativa contractual descrita integra un caso de simulación relativa, el planteamiento de este motivo queda fuera de lugar.

5- Los recurrentes se quejan en el motivo 22.º de que se considere correcto por la sentencia impugnada, en el fundamento jurídico decimotercero, que el supuesto rendimiento de capital mobiliario haya sido gravado en bruto, sin deducción del coste de adquisición de las participaciones a las que se atribuye el mismo. Afirman que plantearon tal cuestión en la demanda y que, sin embargo, la sentencia no da respuesta a la misma. Siendo así, lo que es cierto en cuanto a la falta de respuesta en la sentencia, la queja se suscita por cauce inadecuado. Si la sentencia no ha contestado a la cuestión, mal puede haber afirmado ser correcto el gravamen bruto de las utilidades y, por ello, resulta imposible que haya vulnerado los preceptos que sustentan esta queja (los artículos 14 de la Constitución y 15,1 y 24.1 del texto refundido de la Ley del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas). Debieron los recurrentes denunciar, al amparo del artículo 88.1.c) de la Ley de esta jurisdicción, la incongruencia ex silentio de la sentencia en este punto, lo que no han hecho.

En el 23.º se lamentan de que, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 24.3 del texto refundido de la Ley del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas [en realidad, el artículo 24.2.a)], no se haya reducido el rendimiento obtenido en un 40%. Dicen que o la operación es simulada y no hay transmisión de los títulos, en cuyo caso la renta sólo puede considerarse obtenida en un periodo que no coincide con el de transmisión o adquisición de los títulos y que debería abarcar el considerado por los indicios invocados por los acuerdos recurridos, o hay transmisión de los títulos. No cabe sostener a la vez que no hay transmisión para calificar la renta de 2003 y 2004 como utilidad y que sí la hay para negar los beneficios que se derivan de la consideración del periodo de generación considerado por los propios acuerdos. Los recurrentes ponen en el texto de la sentencia algo que no afirma: cuando la sentencia habla de "transmisiones" de "adquisición de participaciones" se refiere a las operaciones que, bajo la apariencia de tales, implican un reparto encubierto de rendimientos de capital mobiliario, para concluir que el periodo de generación de esos rendimientos no fue superior a dos años. El planteamiento de los recurrentes acude a una argucia lingüística que no consigue desfigurar la verdadera razón de decidir de la sentencia en este punto.

La primera parte del motivo 25.º se lamenta de que se exija el tributo a quienes, como el Sr. Octavio y la Sra. Candida, no tenían la condición de socios de la entidad pagadora, Miralita, S.L., y, por lo tanto, a quienes carecían legalmente de la condición necesaria para recibir la renta que se les atribuye, condición que reunía Honoris Gratia, S.L. Con este planteamiento vuelven a hacer supuesto de la cuestión, olvidando que, precisamente, la tarea inspectora, ratificada en la vía administrativa de revisión y en la jurisdiccional, consistió en "levantar el velo" para poner de manifiesto que la operativa analizada tenía por designio repartir beneficios mobiliarios entre los socios personas físicas que poseían en su totalidad las participaciones de las compañías propietarias de Mitalita, S.L. No se producen las infracciones que se denuncian en este motivo por la sencilla razón de que se trataba de gravar a quienes, al fin y a la postre, eran los destinatarios reales de las rentas mobiliarias gravadas.

En definitiva, este grupo de motivos también está abocado al fracaso.

Octavo.

La incidencia del Derecho de la Unión Europea sobre las operaciones y su calificación (motivo 24.º)

1- El motivo 24.º, articulado con arreglo a los artículos 88.1.d) de la Ley de esta jurisdicción y 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, denuncia la infracción de la libre circulación de capitales [artículo 66 del Tratado de

Funcionamiento de la Unión Europea (versión consolidada en el DOUE, Serie C, número 326, de 26 de octubre de 2012, p. 47)], de los artículos 1.2, 4 y 5 de la Directiva 90/435/CEE, del Consejo, de 23 de julio de 1990, relativa al régimen fiscal común aplicable a las sociedades matrices y filiales de Estados miembros (DOUE, serie L, número 225, de 20 de agosto de 1990, p. 6), del derecho a la igualdad y a la no discriminación por razón de la nacionalidad [artículos 20 y 2.2 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (DOUE, serie C, número 326, de 26 de octubre de 2012, p. 391)] y del derecho a la aplicación del Derecho de la Unión (artículo 51 de la mencionada Carta), al calificar como utilidad equivalente a un dividendo el precio de una transmisión de participaciones realizadas tanto por entidades residentes en otro Estado miembro de la Unión Europea como por personas físicas residentes en España.

Constatan los actores que la sentencia recurrida negó la existencia de vulneración del ordenamiento jurídico de la Unión Europea (fundamento jurídico 16.º) y rechazó el planteamiento de cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión (fundamento jurídico 27.º).

Sostienen que la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha considerado aplicable el artículo 5.1 de la Directiva 90/435/CEE a aquellas entidades con participación en el capital social menor al 25% siempre y cuando pudieran beneficiarse del régimen más favorable establecido en el ordenamiento interno para las sociedades con un porcentaje inferior al indicado. Invocan en este sentido la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 3 de junio de 2010, Comisión/España (C-487/08).

Opinan que la sociedad residente (Honoris Gratia, S.L.), socio de la pagadora Miralita, S.L., también debe poder beneficiarse, en relación con cualquier posible utilidad calificada como beneficio o rendimiento de capital mobiliario, del régimen de ausencia de gravamen o retención en España, establecido también por la normativa interna [artículo 59.c) del Reglamento del Impuesto sobre Sociedades, aprobado por Real Decreto 1777/2004, de 30 de julio (BOE de 6 de agosto)] y aplicable a cualquier socio residente en la Unión Europea de la entidad Miralita, S.L., tanto si dicho gravamen hipotético tiene por finalidad gravar a la sociedad socio como si, por cualquier motivo, pretendiera hacerlo a los socios personas físicas de la entidad Honoris Gratia, S.L.

Opinan que cualquier resultado que pretenda desconocer dicha obligación impuesta por la Directiva 90/435/CEE y los Tratados de la Unión en materia de discriminación por razón de la nacionalidad no puede, en su caso, invocar una cláusula de fraude o abuso distinta de la referida a la falta de personalidad o independencia de la sociedad socio, es decir, en el caso del presente recurso de la entidad Honoris Gratia, S.L., cuya independencia jurídica y patrimonial como socio de Miralita, S.L., no ha sido en ningún momento cuestionada.

Por lo tanto -continúan-, la invocación por la sentencia recurrida del artículo 1.2 de la mencionada Directiva para justificar la procedencia de un gravamen sobre los socios personas físicas de Honoris Gratia, S.L., por rentas supuestamente atribuibles a esta compañía como socio de Miralita, S.L., sólo puede considerarse como injustificada, incompatible con el artículo 5.1 de la Directiva y con el Derecho de la Unión.

Resulta así, en su opinión, porque de acuerdo con la citada normativa y con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, cualquier pago que tenga la consideración de dividendo por una entidad residente en la Unión, matriz de entidades residentes en España, está exento de tributación en nuestro país al objeto de cumplir con las finalidades declaradas por la Directiva 90/435/CEE. Sin embargo, la liquidación impugnada, con el aval de la sentencia discutida, da un tratamiento distinto y menos beneficioso del que resulta de la Directiva y del artículo 14.1.h) del texto refundido de la Ley del Impuesto sobre la Renta de no Residentes, aprobado por Real Decreto legislativo 5/2004, de 5 de marzo (BOE de 12 de marzo), aprobado precisamente para dar cumplimiento a lo establecido en la mencionada Directiva y a lo declarado por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en la sentencia citada.

Se lamentan también en este motivo de que no fueran planteadas por la Audiencia Nacional ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea las cuestiones prejudiciales que propusieron en la instancia.

2- Esta queja también ha recibido respuesta en la sentencia de esta fecha, dictada en el recurso de casación 4134/2014, instado por Dorna Sports, S.L. [FJ 7.º.2.C), letras f) y g)]:

«f) En los motivos decimotercero y decimocuarto [24.º de este recurso de casación] se invocan normas del Derecho europeo y jurisprudencia del TJUE, pero se hace, una vez más, con olvido de lo que, en este caso, es premisa necesaria, que la causa de los negocios realizados no es la real financiación de las sociedades, sino el beneficio directo de los socios. Por ello, ha de confirmarse el criterio de la Sala de instancia cuando señala que [FJ 16.º.2 de la sentencia objeto de este recurso] " una vez que hemos decidido que existe simulación no cabe la referencia al régimen de operaciones vinculadas, pues "la regularización practicada se fundamenta en que a efectos tributarios no ha existido transmisión de las participaciones sociales,...y por lo tanto no se ha practicado corrección valorativa alguna del importe satisfecho en la operación". Por otra parte y como también sostiene la postulación de la Administración la normativa europea no ampara el uso abusivo o fraudulento del Derecho de la Unión y, volvemos a recordar, hemos apreciado la existencia de una operación simulada con el fin de eludir las consecuencias fiscales del negocio jurídico real.

En este sentido, como se razona por la Inspección "cuando se rechaza la deducibilidad fiscal de estos gastos financieros se hace en base al destino que han tenido los préstamos que generan los mismos y al margen

de la residencia del prestamista". De hecho el recurrente, invoca unas sentencias que no son realmente de aplicación al analizar supuestos distintos al que ahora enjuiciamos. Así, la STJUE de 12 de septiembre de 2006 (asunto C-196/04 . Cadbury Schweppes plc) analiza un supuesto en el que "la legislación sobre las SEC establece una diferencia de trato de las sociedades residentes en función del nivel de tributación de la sociedad en la que poseen una participación que les garantiza el control de ésta"; la 13 de marzo de 2007 (asunto C 524/2004, Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation) analiza si son lícitas las normas nacionales que imponen restricciones a la facultad de una sociedad residente en dicho Estado miembro de deducir a efectos fiscales los intereses de un préstamo financiero concedido por una sociedad matriz directa o indirecta residente en otro Estado miembro, en circunstancias en las que la sociedad prestataria no quedaría sujeta a tales restricciones si la sociedad matriz hubiera sido residente en el Estado de la sociedad prestataria"; y por último, la 17 de enero de 2008 (asunto C 105/07, Lammers & Van Cleeff NV) analiza un caso en el que la legislación nacional establece "una diferencia de trato entre sociedades residentes en función del lugar de establecimiento de la sociedad que, en condición de administradora, les haya concedido un préstamo".

En los supuestos enjuiciados por el TJUE no se analiza un supuesto de aplicación de una cláusula antiabuso de simulación. No obstante, como no podía ser de otro modo, el Tribunal sostiene que no son amparables las operaciones artificiales buscadas con el fin de eludir las consecuencias fiscales de una operación - "wholly artificial arrangement"-. Teniendo en cuenta la vertiente subjetiva del que lleva a cabo la operación, como la vertiente objetiva de la operación en sí, es decir, que entiende que una determinada operación es abusiva cuando se lleve a cabo por razones puramente fiscales, careciendo de todo motivo económico válido más allá del meramente fiscal. Así en el caso STJUE de 12 de septiembre de 2006 (asunto C-196/04 . Cadbury Schweppes plc) razona que "los nacionales de un Estado miembro no pueden, aprovechando las posibilidades creadas por el Tratado, intentar evitar abusivamente la aplicación de su legislación nacional. Tampoco pueden invocar las normas comunitarias de forma abusiva o fraudulenta". En todas las sentencias citadas por el recurrente y a la que podemos añadir la STJUE de 21 de febrero de 2008 (asunto C- 425/2006, Caso del Ministerio dell'Economia e delle Finanza contra Pat Service), el Tribunal insiste en que "una práctica abusiva puede ser definida como las transacciones llevadas a cabo por razones puramente fiscales, cuando no trascienda de la citada operación ningún motivo económico válido, exceptuando el mero aprovechamiento fiscal". Y conviene recordar que hemos llegado a la conclusión de que éste es el caso de autos, vista la existencia de simulación relativa con una finalidad fiscal".

g) Esta Sala ha tenido ocasión de examinar la aplicabilidad de las exigencias derivadas de las libertades de establecimiento y de circulación a supuestos en los que el Tribunal de instancia apreciaba la existencia de fraude de ley, de abuso de derecho o de negocio simulado.

Así, entre otras, en SSTs de 9 de febrero de 2015 (rec. de cas. 3971/2013) y de 12 de febrero de 2015 (rec. de cas. 184/2014), se alude a la STJUE de 21 de febrero de 2006 (asunto C-255/02), que « [94] [las] operaciones realizadas en el marco de una práctica abusiva deben ser redefinidas para restablecer la situación a cómo habría sido de no haber existido operaciones constitutivas de esta práctica abusiva. [...] »,

[72] Una medida nacional que restrinja la libertad de establecimiento puede estar justificada cuando tenga por objeto específico los montajes puramente artificiales cuyo objetivo sea eludir la aplicación de la legislación del Estado miembro de que se trate (véanse, en este sentido, las sentencias de 16 de julio de 1998, ICI, C-264/96, Rec. p. I-4695, apartado 26; Lakhorst-Hohorst, antes citada, apartado 37; Marks & Spencer, antes citada, apartado 57 y Cadbury Schweppes y Cadbury Schweppes Overseas, antes citada, apartado 51). (...)

74. Para que una restricción a la libertad de establecimiento pueda estar justificada por motivos de lucha contra prácticas abusivas, el objetivo específico de tal restricción debe ser oponerse a comportamientos consistentes en crear montajes puramente artificiales, carentes de realidad económica, con el objetivo de eludir el impuesto normalmente adeudado sobre los beneficios generados por actividades llevadas a cabo en el territorio nacional (sentencia Cadbury Schweppes y Cadbury Schweppes Overseas, antes citada, apartado 55)".

Ante esta doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, ha de rechazarse la infracción de la normativa europea que la recurrente cita pues la actuación de la Administración tributaria, confirmada por el Tribunal "a quo" cumple con los estándares de la Unión: razón imperiosa de interés general como es la lucha contra una conducta abusiva».

Una vez expuesto lo anterior, que es la respuesta suministrada en la sentencia parcialmente reproducida desde la perspectiva de la libertad de establecimiento, hemos de insistir en que la libertad de circulación de capitales en el mercado único tampoco ampara conductas abusivas, adjetivo que conviene a las que han de ser calificadas como incursas en simulación relativa. En la propia sentencia de 3 de junio de 2010, Comisión/España, el Tribunal de Justicia recordó que las diferencias de trato como la denunciada por los recurrentes, en lo que a la libertad de circulación de capitales se refiere, pueden estar justificadas por razones imperiosas de interés general (apartado 47). Pues bien, conforme a constante jurisprudencia del Tribunal de Justicia, una de esas razones es la lucha contra el fraude fiscal, es decir, la necesidad de hacer frente a montajes puramente artificiales destinados a eludir la norma fiscal [por todas, véanse las sentencias de 11 de octubre de 2007, ELISA (C-451/05, apartado 91),

y 5 de mayo de 2011, Comisión/Portugal (C-267/09, apartado 42)], esto es, a situaciones como la enjuiciada, en la que mediando simulación negocial (esto es, abusando de las formas jurídicas) se obtiene una indebida ventaja fiscal.

Por ello no resulta contrario al ordenamiento de la Unión la aplicación que la Sala de instancia hace del artículo 1.2 de la ya citada Directiva 90/435/CEE, conforme al que las disposiciones de la misma no impedirán la aplicación de las normas internas o convencionales que sean necesarias a fin de evitar fraudes y abusos.

En definitiva, no puede hacer valer las previsiones del Derecho de la Unión Europea quien, como ya hemos afirmado, esconde bajo una forma contractual (la financiación de las sociedades) la verdadera motivación del negocio (el beneficio directo de los socios).

Este motivo debe, por tanto, ser desestimado, sin que proceda el planteamiento de la cuestión prejudicial que sugieren los recurrentes.

Noveno.

La imputación temporal de los rendimientos (motivo 12.º)

1- El motivo 12.º, esgrimido al abrigo del artículo 88, apartados 1.d) y 3, de la Ley de esta jurisdicción, denuncia la infracción de los artículos 66 de la Ley General Tributaria y 14.1.c) del texto refundido de la Ley del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, por gravar en el ejercicio 2004 el importe percibido como consecuencia de la venta de participaciones sociales, que tuvo lugar el 26 de junio de 2003 (ejercicio no comprobado y prescrito).

Exponen que la liquidación confirmada en este aspecto por la sentencia recurrida (fundamento jurídico 8.º) incorpora al ejercicio 2004 el importe del "variable de caja" percibido el 5 de abril de 2004 como consecuencia del precio aplazado de la venta de participaciones sociales que tuvo lugar el 26 de junio de 2003, ejercicio que no fue objeto de comprobación y que se encontraba prescrito en la fecha de la liquidación.

Entienden que dicha suma (280.712,24 euros), conforme a lo dispuesto en el artículo 14.1.c) citado, debe imputarse al ejercicio 2003 y no al 2004, sin que resulte aplicable el artículo 14.2.d) porque entre la fecha de la venta y el cobro del pago aplazado transcurrió menos de un año.

Al no apreciarlo así, la sentencia discutida habría incurrido en la infracción denunciada.

2- El planteamiento fáctico de este motivo no responde a la realidad, ya que los recurrentes olvidan un dato presente en la sentencia impugnada (FJ 8.º), que determina la decisión de la Sala.

La expresada suma de 280.712,24 euros no fue devengada en 2003 ni se aplazó su pago al año 2004, pues el devengo se produjo en este segundo ejercicio. Los jueces a quo explican el pacto existente para que fuera exigible una vez transcurridos cinco días desde que se emitiera por el auditor de cuentas el informe de auditoría que determinase, de conformidad con el contrato de préstamo, el "excess flor flor" en el ejercicio social cerrado el 31 de diciembre de 2003. Pues bien, ese informe fue presentado el 15 de marzo de 2004, por lo que la suma era exigible a partir de cinco días desde esta última fecha. En otras palabras, el devengo se produjo en el año 2004, no pudiendo ser imputada dicha cantidad al ejercicio 2003.

Décimo.

El cálculo de los intereses de demora (motivo 11.º)

1- Se quejan los recurrentes en el motivo 11.º, aducido al amparo del artículo 88.1.d) de la Ley de esta jurisdicción, de que la sentencia de instancia infringe los artículos 26 y 150, apartados 3 y 5, de la Ley General Tributaria y la función compensatoria de los intereses de demora, por haberse exigido estos últimos por el tiempo transcurrido con posterioridad a la finalización del plazo máximo de duración de las actuaciones inspectoras y hasta la terminación del procedimiento y/o durante el lapso en el que las actuaciones estuvieron interrumpidas como consecuencia de su remisión a la jurisdicción penal.

Exponen que la liquidación tributaria computó 1.835 días de intereses para el ejercicio objeto de liquidación (desde el 30 de junio de 2005 hasta el 9 de julio de 2010). Consideran, sin embargo, que como el procedimiento inspector se prolongó más allá de los doce meses previstos legalmente, para el supuesto en que no hubieran ganado la prescripción que invocan, a partir del 3 de abril de 2010 (momento en el que expiró dicho plazo de doce meses) no puede exigírseles intereses moratorios, habiendo computando indebidamente la liquidación 97 días. Entienden que no deben soportar los intereses por el tiempo de exceso atribuible a la remisión del expediente a la jurisdicción penal, pues ese retraso sólo puede achacarse a la Administración.

Al no entenderlo así, la sentencia recurrida (fundamento jurídico 7.º) habría infringido los mencionados preceptos legales.

2- En las sentencias de esta misma fecha, dictadas en los recursos de casación 4044/2014 y 4134/2014, interpuestos por Dorna Sports, S.L., hemos desestimado un motivo idéntico. En la segunda (FJ 8.º.2), hemos explicado que:

«No se ha producido el incumplimiento del plazo del procedimiento inspector que impida el devengo de intereses. Efectivamente, el artículo 150.3 LGT prevé el efecto que, para el devengo de intereses, produce el incumplimiento del plazo de duración de las actuaciones inspectoras. Pero en el presente caso no se ha producido tal incumplimiento porque, precisamente, se produjo una interrupción justificada de su cómputo por la remisión efectuada al Ministerio Fiscal, según dispone el apartado 4 del propio artículo, como consecuencia de la obligación de abstenerse la Administración de seguir el procedimiento, virtualidad del principio non bis in ídem en su vertiente procedimental».

Undécimo.

La infracción y su sanción (motivos 3.º y 25.º a 35.º)

1- Salvo el 3.º, anclado en el artículo 88.1.c) de la Ley de esta jurisdicción, todos los demás se esgrimen por el cauce de la letra d) del mismo precepto y del artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, con la única excepción del 31.º, que sólo se encuentra amparado en dicho artículo 88.1.d). En los motivos 26.º, 29.º y 30.º se pide integración de hechos con arreglo al artículo 88.3 de la repetida Ley jurisdiccional .

Estas quejas pueden subdividirse en dos grupos: A) las que se refieren a las garantías del procedimiento sancionador y a la improcedencia de apreciar cualquier infracción tributaria y B) las que se relacionan específicamente con la posibilidad de minorar la gravedad de la infracción que incorpora la sentencia de la Audiencia Nacional.

A) Al primer grupo pertenecen los motivos 25.º (segunda parte), 28.º, 29.º, 30.º, 31.º, 32.º, 33.º y 34.º

a) El motivo 25.º denuncia la infracción de los artículos 24, 25 y 31.3 de la Constitución Española, de los artículos 17 y 49 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y del artículo 1 del Protocolo 1 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, por exigirse un tributo e imponerse una sanción que no pueden considerarse previsibles ni preestablecidos en la Ley, sino que derivan exclusivamente de un acto administrativo cuyo contenido no es reconducible a una determinación legal y que además fue anulado por razones formales.

Sostienen los recurrentes que la calificación de la conducta como infracción leve no supera el triple test exigido por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Invocan en este punto la sentencia de 9 de enero de 2007, Intersplav v. Ucrania (803/02).

b) El motivo 28.º consiste en la infracción del principio de legalidad en materia sancionadora (artículo 25 de la Constitución) y denuncia la inaplicación de las reglas del artículo 132.2 del Código Penal, en el cómputo a efectos de prescripción del plazo transcurrido entre la remisión del tanto de culpa a la jurisdicción penal y el auto de sobreseimiento y devolución del expediente.

Este motivo es complemento del octavo.

Sostienen que en el cómputo prescriptivo a efectos sancionadores de actuaciones contempladas en el artículo 132.2 del Código Penal deberían aplicarse las reglas contenidas en dicho precepto, sin que su aplicación suponga desconocer el artículo 4.2 del Código Civil .

c) El motivo 29.º se centra el incumplimiento del deber de abstención del artículo 28.2.d) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (BOE de 27 de noviembre), así como en la vulneración del derecho a un juez imparcial y a la presunción de inocencia (artículo 24 de la Constitución y artículo 6 del Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de la Libertades Fundamentales), al haber elaborado la propuesta de sanción impuesta el mismo funcionario que emitió el informe de delito remitido a la jurisdicción penal.

Sostienen que, pese a lo razonado en la sentencia (fundamento jurídico 23.º), las expresadas circunstancias evidencian la falta de imparcialidad del mencionado funcionario. Invocan el artículo 219.7ª y 16ª de la Ley Orgánica del Poder Judicial .

d) El motivo 30.º tiene por objeto la infracción del artículo 24 de la Constitución y del artículo 4 del Protocolo 7 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, así como de la sentencia del Tribunal de Estrasburgo de 16 de junio de 2009, Ruotsalainen v. Finlandia (13079/03).

Con este motivo, los recurrentes denuncian la vulneración del principio ne bis in ídem por la sentencia impugnada (fundamento jurídico 24.º), en la medida en que, según sostienen, una vez archivada la causa penal no puede incoarse un procedimiento sancionador por los mismos hechos. Afirmar que la jurisdicción penal acordó el sobreseimiento por inexistencia de indicios probatorios sobre la conducta en el informe emitido en su momento por la Inspección de los Tributos, siendo así que el acuerdo sancionador se basó en los mismos indicios probatorios.

Niegan operatividad en este punto a la sentencia del Tribunal Supremo de 7 de julio de 2011 (casación 5417/2009 ; ES:TS:2011:4956), cuya doctrina aplica la recurrida, e invocan la sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 1 de junio de 2012 (casación 1757/2011; ES:TS :2012:4201).

e) El motivo 31.º se centra en la infracción del artículo 179.2.d) de la Ley General Tributaria, dado que cualquier posible acción considerada tipificada como infracción no puede dar lugar a responsabilidad cuando la autoliquidación supuestamente omitida deriva de los términos y de la calificación del negocio mercantil considerado usual y válido.

Con este motivo sostienen que, de cualquier forma, su conducta no resulta sancionable, porque pusieron la debida diligencia en el cumplimiento de sus obligaciones tributarias. Desde el punto de vista sancionador, la autoliquidación de una transacción de compra apalancada que se considera por la propia sentencia recurrida como frecuente y válida desde el punto de vista mercantil, se ampara en una interpretación razonable de la norma.

f) El motivo 32.º consiste en la infracción del artículo 183.1 de la Ley General Tributaria y del artículo 25 de la Constitución, al haberse sancionado o calificado como una infracción dolosa una conducta que no reunía los requisitos para la apreciación de dolo típico sancionable.

Sostienen que la calificación como simulación no puede equipararse al dolo infractor. Por lo demás se remiten al segundo motivo de casación.

g) En el motivo 33.º se duelen los recurrentes de la infracción de los artículos 16 y 191 de la Ley General Tributaria, de los artículos 14 y 25 de la Constitución Española y de la jurisprudencia sobre los mismos, al haberse equiparado automáticamente a una infracción tributaria sancionable una válida actividad negocial de carácter mercantil calificada como simulación a los exclusivos efectos de la determinación de las cuotas tributarias derivadas de la misma.

Recuerdan que, como señalan en el segundo motivo de casación, la sentencia olvidó pronunciarse sobre la cuestión que plantean en éste, consistente en la improcedencia de equiparar automáticamente la simulación relativa a la infracción tributaria.

h) El motivo 34.º denuncia la infracción del artículo 24 de la Constitución y del artículo 209 de la Ley General Tributaria como consecuencia de que la obligada anulación de la liquidación que da lugar a la sanción determina que no pueda considerarse válidamente iniciado el procedimiento que concluyó con esta última.

Explican los actores que, una vez anulada la liquidación, por las razones expuestas en los motivos de casación noveno a undécimo, no cabe incoar un procedimiento sancionador.

B) El segundo grupo de las quejas que se dirigen contra la sentencia de instancia en lo que se refiere a la sanción se integra por los motivos 3.º, 26.º, 27.º y 35.º

a) El motivo 3.º tiene por objeto la infracción de los artículos 24 de la Constitución y 33 de la Ley de esta jurisdicción, en la medida en que la sentencia incluye en su fallo una condena por una infracción tributaria leve distinta a la correspondiente al acto recurrido y anulado, sin precisar el artículo en el que la misma está tipificada y sin haber sometido previamente la cuestión a las partes para que formularan alegaciones.

Por tanto, no sólo no pudieron defenderse con todas las garantías de una infracción distinta de aquella que fue objeto del procedimiento administrativo y del recurso contencioso, y que tampoco de debatió en la vía administrativa de comprobación y de reclamación, sino que resultaron sancionados por una infracción distinta no precisada, a pesar de que dicha sanción no fue solicitada como pretensión alternativa o subsidiaria por la Administración al contestar a la demanda. Entienden que la inexistencia de infracción muy grave sólo puede tener como consecuencia la anulación de la sanción.

Consideran que, además de infringir el artículo 33 de la Ley 29/1998, la sentencia desconoce los límites de las facultades de la Sala sentenciadora establecidos por el artículo 117.4 de la Constitución, así como su derecho a conocer la acusación y a ser oídos en relación con la misma. Invocan el artículo 6 del Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de la Libertades Fundamentales, firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950 [instrumento de ratificación de 26 de septiembre de 1979 (BOE de 10 de octubre)] y la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 4 de marzo de 2014, Stevens y otros c. Italia (18640/10, 18647/10, 18663/10, 18668/10 y 18698/10).

b) El motivo 26.º denuncia la infracción de los artículos 117.4 de la Constitución Española, 33 y 71.1.a) de la Ley de esta jurisdicción y 26.5, 101 y 148.3 de la Ley General Tributaria, al contener el fallo de la sentencia recurrida una anulación en parte de los actos recurridos y de la sanción impuesta cuando debería haber declarado la anulación total de los mismos por no existir ninguna parte de la liquidación provisional y sanción anuladas que pudiera mantenerse a pesar del pronunciamiento anulatorio y de los hechos omitidos suficientemente justificados según las actuaciones.

Con esta queja reproducen, en relación con la sanción, argumentos semejantes a los expuestos en el noveno motivo respecto de la liquidación.

Recuerdan que la sentencia anula la sanción infligida en la medida en que no cabe aplicar la agravación consistente en el empleo de medios fraudulentos, pues los documentos no eran falsos, pero la mantiene como infracción leve (fundamento jurídico 26.º). Sostienen, por el contrario, que el pronunciamiento anulatorio de la sanción, como el de la liquidación, sólo puede ser total, sin que le corresponda al Tribunal precisar la calificación

procedente de entre varias posibles cuando dicha cuestión no se planteó por los actos recurridos, no fue objeto de reclamación o de recurso, ni se solicitó alternativa o subsidiariamente por la Administración al contestar a la demanda. La sentencia recurrida no puede considerar que la sanción anulada contenga los elementos de otra infracción, porque para eso, además de exigirse la previa incoación del oportuno expediente sancionador y la calificación en el mismo de la conducta, se requiere precisar por qué esa conducta no es atípica y/o corresponde a otros ilícitos típicos.

En cualquier caso -añaden-, pusieron la diligencia necesaria en el cumplimiento de sus obligaciones fiscales, por lo que su conducta no es sancionable, con independencia de que la propia sentencia recurrida (fundamento jurídico 9.º, apartado 2) admite la validez de las compras apalancadas.

c) El motivo 27.º se centra en la infracción del artículo 24 de la Constitución Española, de la certeza en materia sancionadora y del principio acusatorio, por contener el fallo de la sentencia parcialmente estimatoria un pronunciamiento de condena por una infracción no precisada, que no fue objeto de imputación y distinta de la que lo fue.

Sostienen los recurrentes que la calificación por defecto de la conducta que realiza la sentencia discutida es incompatible con el principio acusatorio y con la relación de heterogeneidad de las infracciones tipificadas en los artículos 191 a 206 de la Ley General Tributaria. Se acusó y sancionó por una infracción muy grave del artículo 191.4, que ha sido anulada, sin que se pueda condenar en vía de recurso por una infracción supuestamente calificada como leve, que no fue objeto del procedimiento sancionador y que, en su caso, se halla tipificada heterogéneamente no sólo en el artículo 191.2, sino también en los artículos 198.1 y/o 199.1.

d) El motivo 35.º se centra en la infracción del artículo 24 de la Constitución y del artículo 211 de la Ley General Tributaria como consecuencia de que la anulación de la sanción determina que deba considerarse legalmente caducado el procedimiento sancionador que terminó con la sanción anulada, sin posibilidad de iniciar y/o concluir un nuevo procedimiento sancionador, ni siquiera en la forma pretendida por el fallo de la sentencia.

Dicen los recurrentes que, habiéndose declarado improcedente la sanción recurrida y anulado la misma por la sentencia recurrida, no es posible considerar que el procedimiento sancionador haya concluido válidamente en plazo, lo que legalmente determina la terminación o caducidad del procedimiento sancionador inicial, la imposibilidad de comenzar uno nuevo y de que se imponga por la sentencia una sanción distinta a la anulada.

Se remiten el trigésimo motivo, en el que denuncian la infracción del principio ne bis in idem.

2- Planteamientos prácticamente idénticos a los aquí suscitados por el matrimonio Octavio Candida han sido puestos en debate por Dorna Sports, S.L., en los recursos de casación 4044/2014 y 4134/2014, siendo desestimados en sendas sentencias dictadas en esta fecha. Reproduciremos a continuación la motivación contenida en la segunda de ellas (FJ 9.º.2):

«Los motivos de casación del segundo subgrupo de [doña Candida y don Octavio] y el único motivo del recurso de casación del Abogado del Estado coinciden en poner de relieve la improcedencia del pronunciamiento de la sentencia de instancia en cuanto a la infracción y correlativa sanción que impone, aunque, ciertamente, desde posiciones encontradas.

Para la representación procesal de la Administración, es improcedente porque debió mantenerse la sanción impuesta por el acuerdo administrativo sancionador, ya que era contraria al ordenamiento jurídico la rebaja de la gravedad con que había sido inicialmente calificada la conducta. Y, para la representación procesal de la entidad mercantil [aquí el matrimonio recurrente], también es improcedente la referida decisión del Tribunal, al entender que la anulación de la sanción debió ser total, sin que fuera posible una sanción rebajada.

Existe, pues, un mutuo condicionamiento entre los motivos de casación de la mercantil [en este caso, los aquí recurrentes] que integran el grupo de los que se relacionan con la concreta sanción impuesta por la Sala de instancia y el recurso de casación del Abogado del Estado, circunstancia que aconseja seguir el siguiente orden de análisis y decisión.

En primer lugar, procede el examen de los motivos de la mercantil [aquí, el matrimonio recurrente] que integran el primer subgrupo, cuya estimación supondría la improcedencia de cualquier sanción (por infracción leve o agravada), con lo que, necesariamente, decaería el recurso de casación del Abogado del Estado.

En segundo lugar, el tratamiento del recurso del Abogado del Estado, porque de estimarse que la sanción procedente era la de la gravedad con que fue apreciada por la Administración tributaria, no tendría ningún sentido examinar ya la procedencia de la sanción en su versión leve.

Y, solo para el supuesto de rechazar el recurso del Abogado del Estado, abordar si, por los motivos que aduce al respecto la entidad mercantil, ni siquiera procedía la sanción por infracción leve en los términos que decide la sentencia impugnada.

A) El artículo 132.2 del Código Penal no es aplicable al procedimiento administrativo.

La norma penal no puede ser invocada en el marco del procedimiento administrativo sancionador. El artículo 132.2 del Código Penal es una norma penal de carácter sustantivo, referente a la prescripción, que no puede ser aplicada fuera del procedimiento penal, conforme establece el artículo 4.2 del Código Civil, que prohíbe que las normas penales y las excepcionales se apliquen a supuestos distintos de los contemplados expresamente

en ellos. Se ha de advertir, no obstante, que el ordenamiento tributario es un ordenamiento cerrado, sujeto al principio de legalidad (artículo 7.1 LGT), de ahí que no quepa la extensión analógica o la trasposición de normas de otros sectores del ordenamiento jurídico cuando ya existe una regulación propia y completa de la prescripción y de los mecanismos de interrupción.

En este caso, ha de aplicarse el artículo 189 de la LGT, que después de establecer que las infracciones tributarias se extinguen por fallecimiento, y prescripción, las somete a un plazo de prescripción de cuatro años, que comenzará a contarse desde el momento en que se cometieron las correspondientes infracciones.

El artículo 189.3 de la LGT regula la interrupción de la prescripción, en el siguiente sentido: " El plazo de prescripción para imponer sanciones tributarias se interrumpirá:

a) Por cualquier acción de la Administración tributaria, realizada con conocimiento formal del interesado, conducente a la imposición de la sanción tributaria. Las acciones administrativas conducentes a la regularización de la situación tributaria del obligado interrumpirán el plazo de prescripción para imponer las sanciones tributarias que puedan derivarse de dicha regularización.

b) Por la interposición de reclamaciones o recursos de cualquier clase, por la remisión del tanto de culpa a la jurisdicción penal, así como por las actuaciones realizadas con conocimiento formal del obligado en el curso de dichos procedimientos".

Quiere ello decir que si la infracción fue cometida cuando finalizó el plazo de declaración voluntaria, mediante la falta de ingreso de las sumas correspondientes, el 30 de junio de 2005, y si resulta que se iniciaron actuaciones de regularización (fecha 3 de abril de 2009), estas interrumpieron el plazo, así como las posteriores de remisión del tanto de culpa a la jurisdicción penal (denuncia de 26 de junio de 2009); interrupción que se prolonga hasta el auto de 19 de febrero de 2010 en el que se archivan provisionalmente las diligencias penales. En tal fecha se reanudan las actuaciones de regularización, con nueva interrupción del plazo; y finalmente se incoa procedimiento sancionador, con fecha 6 de octubre de 2010, que concluye mediante acuerdo de 28 de febrero de 2011. El motivo se desestima.

B) No hay vulneración de las reglas de imparcialidad exigible, al no concurrir causa prevista de abstención en la actuaria.

El Tribunal Constitucional, en una línea interrumpida de doctrina que se inicia desde sus primeras sentencias, considera que no son trasladables al procedimiento administrativo sancionador, respecto de los funcionarios que en él intervienen, las mismas exigencias de independencia e imparcialidad que son propias del juez, en cuanto titular de la potestad jurisdiccional.

La Administración debe actuar en el ejercicio de la potestad sancionadora con imparcialidad, no porque actúe en condición de juez o, ni siquiera, como tercero frente a las partes, sino porque está obligada a servir con objetividad los intereses generales, como impone el artículo 103 CE .

La Administración pública, actúa conforme a criterios de organización jerárquicos que no [son] predicables, en modo alguno, de la organización de los Tribunales. El funcionario que actúa en un procedimiento administrativo sancionador no es independiente en la concepción jurisdiccional del término, sino que la garantía que, en este aspecto, es exigible a los funcionarios que instruyen y deciden los procedimientos administrativos sancionadores es la adecuada observancia del sistema legal de las causas de abstención y recusación previsto, con carácter general, en el artículo 28 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común, al disponer que "Las autoridades y el personal al servicio de las Administraciones en quienes se den algunas de las circunstancias señaladas en el número siguiente de este artículo se abstendrán de intervenir en el procedimiento y lo comunicarán a su superior inmediato, quien resolverá lo procedente".

En el presente caso la recurrente argumenta que la misma funcionaria ha tenido intervención en la elaboración del informe-denuncia ante la jurisdicción penal y además, con posterioridad, en la elaboración de la propuesta que se formuló en el procedimiento sancionador.

Pero esta circunstancia no está prevista como causa específica de abstención o de recusación en el mencionado artículo 28 LRJ y PAC, ni es asimilable a la prevista en el apartado 2.c), ya que el funcionario no ha intervenido como perito o testigo en el mismo procedimiento administrativo, sino como funcionario de la Administración en el procedimiento penal y en el procedimiento sancionador como instructor, mediante la elaboración de una propuesta que posteriormente es aceptada y validada por el Jefe de la oficina, a quien correspondía imponer la sanción.

Además, el propio artículo 28 LRJ y PAC, en su apartado 3, señala que la actuación de autoridades y personal al servicio de las Administraciones Públicas en los que concurren motivos de abstención no implicará, necesariamente, la invalidez de los actos en que hayan intervenido (artículo 28.3); sin perjuicio de que los órganos superiores puedan ordenar a las personas en quienes se dé alguna de las circunstancias señaladas que se abstengan de toda intervención en el expediente (artículo 28.4), y de la responsabilidad en que pudiera incurrir el funcionario (artículo 28.5).

Como razona la sentencia de instancia [FJ 23.º]: " A través de estas normas se trata de garantizar el deber de imparcialidad y neutralidad que debe guiar la actuación de los servidores públicos en el ejercicio de sus funciones (artículo 52 Ley 7/2007 de 12 Abril (Estatuto Básico del Empleado Público)). No obstante, ese deber de

abstención, no comporta que en todo caso la consecuencia sea la declaración de nulidad de las actuaciones en las que haya intervenido el funcionario en cuestión; Tal consecuencia sucederá cuando la vulneración de las normas sobre abstención tenga un reflejo efectivo en los derechos que corresponden al reclamante, provocándole una situación de indefensión material por falta de imparcialidad del funcionario actuante. Fuera de tal supuesto no cabe entender que estemos ante un vicio invalidante.

C) No hay infracción del principio "non bis in idem" en su faceta o vertiente procedimental.

La Constitución y el Protocolo 7 al Convenio Europeo de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales consagran el derecho a no sufrir dos procesos penales por los mismos hechos, con independencia del sentido absolutorio o de condena del primer procedimiento. Esta prohibición constituye el llamado non bis in ídem procesal, que, sin embargo, ha de precisarse en su significado y alcance.

De acuerdo con la doctrina del TC y del TEDH puede decirse que tanto el artículo 14.7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos como el invocado artículo 4 del Protocolo 7 del Convenio Europeo de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, protegen al ciudadano no solo frente a la ulterior sanción - administrativa o penal-, sino frente a una nueva persecución punitiva por los mismos hechos una vez que haya recaído resolución firme en el primer procedimiento sancionador, con independencia del resultado -absolución o sanción- del mismo.

Ahora bien, en la actual regulación legal de nuestro procedimiento administrativo sancionador difícilmente se podrá efectuar la equiparación de ambos procedimientos, proceso penal y procedimiento administrativo sancionador, en orden a determinar el alcance de la prohibición constitucional de que se trata. En efecto, la interdicción constitucional de apertura o reanudación de un procedimiento sancionador cuando se ha dictado una resolución sancionadora firme, no se extiende a cualquier procedimiento sancionador, sino tan solo respecto de aquellos que, tanto en atención a las características del procedimiento -su grado de complejidad- como a las de la sanción que sea posible imponer en él -su naturaleza y magnitud- pueden equiparse a un proceso penal, a los efectos de entender que el sometido a un procedimiento sancionador de tales características se encuentra en una situación de sujeción al procedimiento tan gravosa como la de que se halla sometido a un proceso penal (Cfr. SSTC 2/2003 y 334/2005).

En definitiva, de acuerdo con esta doctrina, el "non bis ídem" procesal sólo prohíbe que exista un procedimiento administrativo sancionador posterior al proceso penal absolutorio por el mismo ilícito cuando aquél pueda equiparse por su complejidad y gravedad a un proceso penal.

La previsión del artículo 180 y la doctrina del TC sobre el non bis in ídem se orienta no sólo a impedir el resultado material de la doble incriminación y castigo por unos mismos hechos, sino también a evitar que recaigan pronunciamientos contradictorios en el sentido que señaló la STC 77/1983, de 3 de octubre, esto es, que unos mismos hechos, sucesiva o simultáneamente, existan y dejen de existir para los órganos del Estado.

Y, precisamente, para impedir la eventual existencia de pronunciamientos contradictorios en el indicado sentido, el artículo 180 LGT otorgaba preferencia a los órganos penales sobre la Administración tributaria. Por ello, expresamente, antes de la reforma introducida por la Ley 34/2015; disponía que si la Administración tributaria estuviera tramitando un procedimiento administrativo y apreciase la existencia de un posible delito contra la Hacienda Pública, previa audiencia del interesado, debía remitir tanto de culpa a la jurisdicción penal o al Ministerio Fiscal.

Se trata de una prejudicialidad penal no solo a efectos estrictamente punitivos, sino también a los efectos tributarios.

Dicha remisión producía la suspensión o interrupción de los plazos de prescripción del derecho de la Administración a imponer la sanción, sin que volviera a reabrirse dicho plazo hasta el sobreseimiento o archivo de las actuaciones penales o devolución del expediente por el Ministerio Fiscal.

Por consiguiente, puesto que la Administración ha de paralizar el procedimiento sancionador hasta la decisión del órgano de la jurisdicción penal, en el caso de que ésta sea absolutoria o no aprecie la existencia de delito, la Administración podrá continuar o incoar el procedimiento sancionador y, si procede, imponer la correspondiente sanción, conforme al ordenamiento administrativo o tributario, desde la perspectiva del ilícito administrativo, distinta del ilícito penal.

Esto es, concluido el proceso penal o devuelto el expediente por el Ministerio Fiscal, lo procedente era estar a lo que disponía el anterior artículo 180.1 y Disposición Adicional décima de la LGT : "de no haberse apreciado la existencia de delito, la Administración tributaria continuará el procedimiento de comprobación e iniciará o continuará el procedimiento sancionador de acuerdo con los hechos que los tribunales hubieran considerado probados" (en la actualidad artículo 250.2 de la misma Ley, según redacción dada por la Ley 34/2015, de 21 de septiembre).

Y es que la integración de normas penales y tributarias no está exenta de dificultades, pues aun cuando en ambos casos nos encontramos ante manifestaciones de potestades de los poderes públicos (el ejercicio del ius puniendi y el ejercicio de la potestad de exigir la contribución al gasto público), los principios y fundamentos de estos sectores del ordenamiento jurídico no coinciden plenamente. Y, en el Derecho español, a diferencia de lo que ocurre en otros ordenamientos, la normativa de los ilícitos tributarios aparece escindida, de manera que las

infracciones tributarias se regulan, tanto en sus aspectos sustantivos como procedimentales, en la LGT y disposiciones reglamentarias que la desarrollan (RD 2063/2004, de 15 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento del Régimen Sancionador Tributario), mientras que los delitos contra la Hacienda Pública aparecen regulados en el Código Penal.

D) La infracción que derivada de un conjunto de negocios que se consideran incursos en simulación relativa no puede ampararse en la exclusión de culpabilidad prevista en el artículo 179.2. d) LGT .

El artículo 179.2.d) LGT dispone que las acciones u omisiones tipificadas por la ley no dan lugar a responsabilidad tributaria, cuando se haya puesto la diligencia necesaria en el cumplimiento de las obligaciones tributarias. Entre otros supuestos, se entenderá que se ha puesto la diligencia necesaria cuando el obligado haya actuado amparándose en una interpretación razonable de la norma o cuando el obligado tributario haya ajustado su actuación a los criterios manifestados por la Administración tributaria competente en las publicaciones y comunicaciones escritas a las que se refieren los artículos 86 y 87 de esta ley . Tampoco se exigirá esta responsabilidad si el obligado tributario ajusta su actuación a los criterios manifestados por la Administración en la contestación a una consulta formulada por otro obligado, siempre que entre sus circunstancias y las mencionadas en la contestación a la consulta exista una igualdad sustancial que permita entender aplicables dichos criterios y éstos no hayan sido modificados.

Pero dicho precepto, que excluye la culpa en los supuestos que contempla no puede aplicarse, es más, es incompatible con aquellos en los que, como en el presente, el tribunal "a quo" aprecia una decidida conducta dolosa en la realización del entramado negocial simulado. Es decir, no se trata sólo de que la recurrente interviniera activamente en conductas típicas sino de que ésta, además, lo hizo con el propósito y decisión necesarios para disimular la realidad que describe la sentencia de instancia».

Debe añadirse a lo expuesto que, concluido por la Sala de instancia que hubo simulación, nada le impedía ratificar la existencia del "dolo típico sancionable" en la conducta de los recurrentes (motivo 32.º) para sancionarles por el tipo básico del artículo 191 de la Ley General Tributaria, esto es, por dejar de ingresar la deuda tributaria, aunque los jueces a quo discrepen de la calificación que la Administración tributaria otorgó a dicha infracción. La Sala de instancia explica de forma harto expresiva (FJ 25.º) que el Sr. Octavio intervino, en condición de gestor de Dorna Sports, S.L., y de Miralita, S.L., en los negocios que califica de simulados, por lo que difícilmente puede eludirse el dolo. Por otro lado, no hay una equiparación automática de una actividad negocial válida a una infracción tributaria sancionable (motivo 33.º), sino la obtención motivada de las consecuencias sancionadoras anudadas a una conducta consistente en aminorar la carga tributaria mediante la puesta en marcha en operaciones contractuales que encubren y ocultan la finalidad realmente querida por los intervinientes. Con este motivo, los recurrentes vuelven a hacer supuesto de la cuestión.

Por lo demás, la anulación de la liquidación por ser adjetivada como provisional, cambiándose ese calificativo en la sentencia por definitiva, no lleva de suyo que no fuera posible incoar un procedimiento sancionador o que el incoado no pudiera entenderse válidamente iniciado, según parece denunciarse en la segunda parte del motivo 25.º y se sostiene en el motivo 34.º. Téngase en cuenta lo que hemos razonado al desestimar los motivos 9.º y 10.º (véase el anterior fundamento jurídico quinto). Esa "recalificación" de la liquidación en sentencia no afecta a su contenido sustantivo ni a la materialidad de los hechos investigados y acreditados; en particular, no incide sobre el juicio de desvalor de la conducta de los aquí recurrentes y a la eventualidad de depurarla a través del procedimiento sancionador correspondiente.

Procede, por tanto, desestimar el primer subgrupo de los motivos del recurso de casación de doña Candida y don Octavio dirigidos contra la sentencia de instancia en cuanto se pronuncia sobre la sanción impuesta por infracción tributaria; esto es, las quejas referidas a las garantías del procedimiento sancionador y a la improcedencia de apreciar cualquier infracción tributaria: motivos 25.º (segunda parte), 28.º, 29.º, 30.º, 31.º, 32.º, 33.º y 34.º.

Antes de examinar el segundo subgrupo de tales motivos, que incluye las quejas relacionadas específicamente con la posibilidad de minorar la gravedad de la infracción que incorpora la sentencia de la Audiencia Nacional -motivos 3.º, 26.º, 27.º y 35.º-, se debe resolver previamente el único motivo del recurso de la Administración, que combate esa decisión, porque de ser admitido y estimado decaerían aquéllos.

II. RECURSO DE LA ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO

Duodécimo.

1- A) El recurso de casación de la Administración General del Estado se integra por un único motivo, amparado en el artículo 88.1.d) de la Ley reguladora de esta jurisdicción, en el que el abogado del Estado denuncia la infracción por la sentencia que combate de los artículos 184.2, 184.3.b) y 191, apartados 3 y 4, de la Ley General Tributaria .

Discrepa de la sentencia en cuanto (fundamento jurídico 26.º) califica la infracción impuesta a los demandantes en la instancia como leve en lugar de muy grave. Razona que en el caso debatido, y supuesto que

la infracción cometida ha sido tipificada en el artículo 191 (dejar de ingresar la deuda tributaria correspondiente), a dicho precepto y no a otro hay que atender para calificar la infracción en concreto.

Sostiene que de los preceptos invocados se infiere que la ocultación comporta en todo caso la calificación como grave de la infracción, contrariamente a lo que indica la sentencia impugnada. Lo propio indica en cuanto al agravamiento, como muy grave, por concurrir el fraude a que se refiere el artículo 191.4.

De estimarse el razonamiento de la sentencia, se llegaría a la conclusión, contraria a los preceptos señalados y a los hechos ocurridos, de que no medió ocultación, lo que no responde, en su opinión, a la realidad.

B) El matrimonio Octavio Candida piden la inadmisión del recurso por dos razones: en primer lugar, por su manifiesta falta de motivación, ya que no realiza una verdadera crítica a la sentencia recurrida, y, en segundo término, porque versa sobre cuestiones de hecho fijadas en el proceso de instancia, pues la Sala de instancia ha considerado que, en atención a las circunstancias concretas del caso, no puede apreciarse que concurrieran los elementos que autorizaran a calificar la infracción como muy grave.

Ya en cuanto al fondo, interesan la desestimación del recurso de casación de la Administración. Exponen que a la luz de lo dispuesto en los artículos 191, apartados 2, 3 y 4, y 184.2 de la Ley General Tributaria y de la fijación de los hechos contenida en la sentencia resulta evidente que no puede considerarse que existiera ocultación de datos a efectos tributarios. Señalan que la constatada por la Audiencia Nacional lo es de la voluntad contractual a los solos efectos de apreciar la existencia de simulación. Por otro lado, recuerdan que no cabe hablar de fraude, pues las operaciones fueron efectivamente realizadas y, como se reconoce en la sentencia impugnada, son frecuentes y válidas desde el punto de vista mercantil.

2- La inadmisión pretendida por los recurridos debe rechazarse pues la queja del abogado del Estado ofrece una motivación suficiente, analizando críticamente la sentencia, y en cuanto a la dimensión fáctica del motivo se ha de precisar que, de asistirles la razón, la consecuencia sería la desestimación del motivo y no su repudio liminar.

El único motivo del recurso de casación de la Administración ha sido acogido en las dos repetidas sentencias que, con la misma fecha que ésta, ha pronunciado esta Sección en los recursos de casación 4044/2014 y 4134/2014, interpuestos por Dorna Sports, S.L. En la segunda de ellas (FJ 10.º2), hemos explicado tal decisión estimatoria del siguiente modo:

«[...] no puede decirse que concurrieran medios fraudulentos, sino tan solo una simulación de la causa, por lo que solo cabe admitir la existencia de ocultación.

La sentencia no niega la existencia de ocultación, pero la elimina, en aplicación de la doctrina establecida en la STS de 7 de julio de 2011 (recurso de casación 260/2008), en la que dijimos que en un supuesto de simulación que llevaba implícita la ocultación no era de aplicación el criterio de graduación previsto en el artículo 82.1.d) LGT de 1963.

Ahora bien, la sentencia impugnada no tiene en cuenta que el caso que ahora se nos plantea ha de ser enjuiciado conforme a la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, en la que la ocultación no es criterio de graduación o si se quiere de agravante de la sanción -término que erróneamente emplea la sentencia, conforme a la nueva normativa-, sino que, por el contrario, es determinante de la calificación de la infracción, pues la Ley atribuye el carácter de leve, grave o muy grave a la infracción de dejar ingresar en función de las distintas circunstancias concurrentes.

En efecto, entre las infracciones que tipifica la LGT figura la prevista en el artículo 191.1 que indica que "constituye infracción tributaria dejar de ingresar dentro del plazo establecido en la normativa de cada tributo la totalidad o parte de la deuda tributaria que debiera resultar de la correcta autoliquidación del tributo, salvo que se regularice con arreglo al artículo 27 o proceda la aplicación del párrafo 1 del artículo 161, ambos de esta Ley.

Esta infracción, según el mismo precepto puede ser leve, grave o muy grave, por lo que las conductas que suponen una falta de ingreso de la deuda tributaria debida nacen ya desde el principio con uno de los caracteres expresados.

En particular, y por lo que ahora nos interesa, la infracción será leve cuando la base de la sanción sea inferior a 3.000 € o siendo superior a dicha cifra no exista ocultación. En cambio, será grave cuando la base de la sanción sea superior a 3.000 € y exista ocultación.

Así las cosas, con referencia al presente caso, lo primero que hay que señalar es que la sentencia considera acreditado que la conducta seguida tiene carácter doloso, con lo que queda cumplido el presupuesto del artículo 183.1 LGT vigente, en el que se establece que son infracciones tributarias las acciones u omisiones dolosas o culposas por cualquier grado de negligencia que estén tipificadas y sancionadas como tales en esta Ley".

Por otro lado, es clara la existencia de ocultación, que va ínsita, para todos los casos y sin excepción alguna, en la simulación de la causa negocial. Y es que, como dijo la sentencia de la Sala de lo Penal de este Tribunal Supremo, de 15 de julio de 2002, "en caso de simulación [...] se da un relevante componente de ocultación, mediante la puesta en escena de alguna apariencia de actividad negocial, solo dirigida a distraer la

atención de los eventuales observadores, para evitar que puedan tomar conocimiento de que lo efectivamente realizado bajo tal pantalla es un negocio que está en colisión con la Ley".

La conclusión no puede ser otra que la de que en el presente caso debe apreciarse la existencia de ocultación y calificar la conducta como infracción tributaria grave, pues también es patente que la base de la sanción excede de 3.000 €.

Por lo expuesto procede la estimación parcial del motivo y recurso de casación del Abogado del Estado».

Decimotercero.

La estimación, en los términos vistos, del recurso de casación de la Administración General del Estado, entendiéndose que lo precedente es apreciar una infracción tributaria grave, lleva consigo que decaigan los motivos de casación de doña Candida y don Octavio en los que se mantenía la improcedencia de la decisión de la sentencia de instancia de considerar la conducta examinada como una infracción leve, esto es, de los integrados en el subgrupo B) del fundamento jurídico undécimo de esta sentencia. La estimación parcial del recurso de la Administración comporta la anulación parcial de la sentencia de instancia en la parte combatida con dichos motivos por el matrimonio demandante en la instancia, pero no para aceptar su tesis, sino para entender que la sanción procedente es la que correspondía a una infracción grave.

No está de más, sin embargo, reproducir aquí las reflexiones contenidas en el fundamento jurídico undécimo de la sentencia pronunciada en el día de hoy en el recurso de casación 4134/2014, instado por Dorna Sports, S.L.:

«[...] cabe señalar que en los referidos motivos [...] el punto de partida o premisa que se utiliza debiera haber sido corregido, pues no se trata de que la sentencia de instancia impusiera una sanción que se correspondiese a una infracción nueva, distinta y heterogénea respecto de la contemplada en los actos administrativos impugnados, objeto de la pretensión deducida por la demandante en el proceso, sino que, simplemente, se limitaba a excluir "la aplicación indebida de circunstancias agravantes de las sanciones impuestas, en todos los ejercicios objeto de examen", conforme al criterio del tribunal de instancia que corrige la presente sentencia.

Este era el pronunciamiento del fallo que se correspondía con la propia fundamentación de la sentencia que se refiere: a las mismas operaciones sobre las que los actos administrativos impugnados y el debate procesal proyectan la pertinencia o no de apreciar una simulación negocial relativa -constitutivas del tipo sancionable y del elemento de la culpabilidad-; la misma motivación de dichos actos; y, en fin, unas mismas agravantes o elementos del tipo, respecto de las que, únicamente, el Tribunal de instancia difería de los actos administrativos impugnados, pura y simplemente, porque, a su entender, la apreciación cualificadora de la ocultación no podía ser a la vez elemento integrante del tipo y circunstancia agravante.

[...].

El planteamiento de la tesis solo está justificada cuando el Tribunal, al dictar sentencia, considera que la cuestión sometida a su conocimiento pudiera no haber sido apreciada debidamente por las partes por existir, en apariencia, otros motivos susceptibles de fundar el recurso o la oposición (art. 33.2 LJCA).

Este no era el caso de la sentencia recurrida, que no incorporaba como "ratio decidendi" un motivo no esgrimido por las partes- la ocultación es elemento y eje central debatido, tanto respecto la liquidación regularizada como en relación con la infracción que se sancionaba; y la sentencia no era incongruente, en este punto, porque otorgara menos de lo pedido, razonando por qué no se concedía la pretensión formulada en sus propios términos. La sentencia de instancia excluía la forma agravada del ilícito cuando se pedía la anulación de la sanción y razonaba porque efectuaba su estimación parcial sin apartarse del debate procesal desarrollado [Cfr. SSTs 3 de julio de 2007, rec. de cas. 1311/1993 ; 11 de octubre de 2011 (rec. 4848/2007) y 5 de mayo de 2014 (rec. de cas. 6071/2011), entre otras].

No puede considerarse que las infracciones tributarias sean siempre heterogéneas, como viene a sostener la recurrente en su argumentación, sino que algunas coinciden en los elementos subjetivos y objetivos de la conducta y de la previsión del tipo, aunque se diferencien en la respectiva gravedad como consecuencia de la diversa intensidad de sus respectivas antijuridicidad o culpabilidad.

En el presente caso se trata de la misma conducta sancionada y de tipos que contienen las mismas previsiones normativas, diferenciándose sólo, a criterio del Tribunal "a quo", que se corrige en esta sentencia al estimar parcialmente el recurso del Abogado del Estado, por la condición o no de agravante o elemento cualificador que se atribuye a la debatida ocultación.

El acto administrativo, al sancionar una infracción [muy] grave y la sentencia, cuando apreciaba la infracción leve, que ahora se sustituye, contemplaban la misma conducta y los mismos elementos del tipo, y solo se separaban en la virtualidad agravatoria que otorgaban a la ocultación y utilización de medios fraudulentos, al

entender el Tribunal "a quo" que no podían servir para apreciar una agravación duplicada o redundante; criterio que, como se reitera, es revisado y sustituido por el que se sostiene en la presente sentencia.

No había quiebra del principio acusatorio, en los términos en que principio se puede proyectar al recurso contencioso-administrativo sobre una infracción y sanción tributaria.

En el procedimiento administrativo previo, en el que se dicta el acuerdo sancionador, debían respetarse, y se respetaron, las garantías constitucionales y legales para el válido ejercicio por la Administración de una de las manifestaciones del "ius puniendi" del Estado. En él debía propiciarse, y se propició, la defensa del sujeto al expediente sancionador, mediante el conocimiento de la acusación formulada y la audiencia previa a la decisión administrativa sancionadora.

Más tarde en el proceso judicial, al que ha de acudir el sancionado para revisar la legalidad de la resolución administrativa sancionadora han de observarse las garantías procesales propias. En este proceso no hay una parte que ejerza la acusación sino un demandante que somete al Tribunal una pretensión de anulación o de plena jurisdicción respecto del acto administrativo previo.

En este caso, la recurrente pretendía que se declarase la plena improcedencia de la sanción en los términos que venía impuesta por el acto administrativo. Y el Tribunal "a quo" dictó una sentencia que no era plenamente estimatoria de tal pretensión porque entendía que existía la infracción apreciada por la Administración, aunque en su forma leve, no agravada porque las circunstancias de ocultación y utilización de medios fraudulentos no podían tener efectos reduplicativos de agravación. Pronunciamiento que, sin embargo, queda corregido en esta sentencia al entenderse que la conducta contemplada merece la consideración de infracción grave.

En manera alguna puede sostenerse que sobre dicho particular hubiera merma del derecho de defensa de la demandante, ni en el procedimiento administrativo, ni en el proceso judicial, en el que aquélla se opuso a la tipificación como falta [muy] grave por el concurso de las referidas circunstancias (artículos 191.3 y 184.2 LGT (artículos 191.4 y 184.3). Y la sentencia de instancia, en su estimación parcial, acogía el argumento de que en un supuesto como el presente, la calificación que se hace de simulación lleva implícita la ocultación y no resulta de aplicación el tipo cualificado.

[...]

El procedimiento administrativo sancionador concluyó con la sanción impuesta. Y la estimación parcial que efectuaba la sentencia recurrida no comportaba ni la caducidad de aquél ni la iniciación de un procedimiento sancionador nuevo, sino tan solo, la adecuación de la sanción a la menor gravedad de la infracción, en los términos que consideraba procedente el Tribunal de instancia, y que son revisados por la presente sentencia como consecuencia de la estimación parcial del recurso del Abogado del Estado».

Decimocuarto.

Los razonamientos expuestos justifican:

1.º) La desestimación del recurso de casación interpuesto por Doña Candida y don Octavio, con la consiguiente imposición de las costas causadas en dicho recurso. Si bien, la Sala haciendo uso de la facultad que reconoce el artículo 139.3 de la Ley de esta jurisdicción, señala como cantidad máxima por dicho concepto la cifra de ocho mil euros, habida cuenta del alcance y la dificultad de las cuestiones suscitadas.

2.º) La estimación en parte del recurso de la Administración General del Estado, que supone la anulación del pronunciamiento de la sentencia de instancia en lo que se refiere a la infracción, y a la sanción anudada a la misma, que califica de leve, para su sustitución por un pronunciamiento en el que se consideren graves. No procede la imposición de costas por este recurso de casación.

FALLAMOS

1.º) Desestimar el recurso de casación interpuesto por DOÑA Candida y DON Octavio contra la sentencia dictada el 22 de enero de 2014 por la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional en el recurso 3366/2012, relativo a liquidación y sanción por el impuesto sobre la renta de las personas físicas del ejercicio 2004.

2.º) Estimar en parte el recurso de casación instado por la Administración General del Estado contra la misma sentencia, que anulamos solo en lo que se refiere a la aplicación indebida de las circunstancias agravantes, para declarar que la infracción ha de considerarse grave y la sanción procedente es la que corresponda a dicha calificación.

3.º) Imponer a doña Candida y don Octavio las costas causadas con su recurso, con el límite señalado en el último fundamento de derecho, sin hacer pronunciamiento alguno respecto de las provocadas por el recurso de la Administración del Estado.

Así por esta nuestra sentencia, 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 Rafael Fernandez Montalvo

VOTO PARTICULAR

VOTO PARTICULAR que, al amparo de lo establecido por los artículos 260 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (BOE de 2 de julio) y 205 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento civil (BOE de 8 de enero), formula el magistrado don Joaquin Huelin Martinez de Velasco, a la sentencia dictada el día de hoy en los recursos de casación que, tramitados con el número 948/2014, han sido interpuestos por doña Candida y don Octavio, de un lado, y la Administración General del Estado, de otro, contra la sentencia que la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso- Administrativo de la Audiencia Nacional pronunció el 26 de enero de 2014, en el recurso 3366/2012 .

ÚNICO - Mi disenso se limita a un extremo muy concreto, pero relevante, tan relevante que es la clave de bóveda que sustenta la estructura argumental de la Inspección de los Tributos, asumida por el Tribunal Económico-Administrativo Central y la Audiencia Nacional: la calificación del entramado contractual descrito en el primer fundamento jurídico de la sentencia como negocio afectado de simulación relativa.

Comparto plenamente los cimientos doctrinales y jurisprudenciales que, sin aparecer claramente expresados en la decisión mayoritaria, sirven para trazar los límites entre la llamada economía de opción, de un lado, y los conocidos como negocios anómalos, de otro, y, dentro de éstos, entre aquellos que integran auténticos casos de simulación, ya sea relativa o absoluta, y aquellos otros que constituyen conflictos en la aplicación de la norma tributaria (el viejo fraude de ley de la Ley General Tributaria de 1963).

Sin embargo, no puedo estar de acuerdo con el modo en que, tanto la mayoría de este Tribunal Supremo como los demás órganos administrativos y jurisdiccional que antes que él la han examinado, han calificado la operativa mercantil en cuestión. En lugar de abrir el objetivo y analizar las operaciones en su conjunto, no sólo desde las dimensiones temporal y objetiva, sino también desde la subjetiva, para disponer así de una panorámica completa, han optado por cerrarlo, concentrando su visión únicamente en determinados elementos personales presentes en la operación.

Este acercamiento, equivocado en mi opinión, permite calificar de simulada la operación porque una parte del accionariado de Dorna Sports, S.L., que representa escasamente el 20 por 100 de su capital social, obtuvo unos importantes rendimientos, concluyéndose que toda la operativa se instrumentó con la finalidad de que esos socios (los Sres. Octavio, Esteban y sus respectivas esposas) disfrutaran de relevantes plusvalías aparentando unas ventas que, en realidad, no eran tales, sino encubiertos repartos de "utilidades sociales". Pero a la hora de analizar los negocios jurídicos realizados se olvidan, o minusvaloran indebidamente, dos destacados datos:

1.º) La porción más importante de ese capital (por encima del 70 por 100) pertenecía a una compañía no residente (CVC Capital Partners) sin ninguna vinculación con esas cuatro personas, cuya posición ante el fisco español sería la misma cualquiera que fuera la calificación que se diera a la operación y a los rendimientos obtenidos a su través.

2.º) La operación se financió acudiendo a una modalidad contractual habitual por entonces y que este Tribunal Supremo ha admitido: las llamadas "recapitalizaciones apalancadas", " leveraged recapitalizations" o " re-caps", y se ha hecho (dato tampoco desdeñable) a través de entidades financieras totalmente ajenas a los prestatarios. Son ellas las que asumieron el riesgo inherente a las operaciones.

En estas circunstancias resulta harto difícil afirmar que, pese a que no hubo ocultación material o de hechos, se produjo una simulación ideológica porque de la operación unos accionistas, que no tenían capacidad de decidir por sí mismos, salían especialmente beneficiados. En otras palabras, quien podía imponer una solución, CVC Capital Partners, se plegó a los deseos de unos socios minoritarios. No siendo tal cosa imposible, aunque desde luego sí improbable, correspondía a la Administración tributaria acreditarlo, y no hay prueba alguna, ni directa ni indiciaria, de que dicha compañía en connivencia con sus socios minoritarios decidiera encubrir, bajo la apariencia de unas compraventas, un reparto de beneficios, mostrando hacia el exterior una causa (la transmisión de la titularidad de las participaciones) distinta de la real (el reparto de dividendos o "utilidades" entre los socios). Tampoco existe prueba alguna de la participación en ese eventual engaño de las entidades que financiaron la operación. Resulta imposible afirmar la existencia de simulación en una parte de los intereses que concurren a la formación del consenso negocial y en las otras no. La voluntad de un contratante, por más que éste esté integrado

por una multiplicidad de intereses, es única y no cabe compartimentarla, para llegar a concluir que el negocio puede ser simulado para alguno y no para otros.

Existe simulación cuando no hay causa (simulación absoluta) o cuando bajo una causa aparente o falsa nos encontramos con otra auténtica (simulación relativa). En otras palabras, hay simulación cuando se presenta a terceros un negocio que nunca se realizó (simulación absoluta) o que encubre al realmente querido (simulación relativa), pero para que sea así resulta menester acreditar suficientemente el designio simulador, que ha de ser único (porque única es la voluntad de un contratante) y total (no cabe dividir esa voluntad en "subvoluntades" independientes).

Si no se acredita la existencia de tal designio, la calificación adecuada de los hechos descritos en la sentencia no es la de simulación relativa, todo lo más se trataría de un conflicto en la aplicación de la norma tributaria del artículo 15 de la Ley General Tributaria de 2003. En sustancia, se ha utilizado un camino extravagante con el principal designio de obtener una ventaja fiscal, aunque aquí ese efecto se produjera solo para los socios minoritarios, dada la irrelevancia fiscal de una u otra calificación (dividendo o ganancia patrimonial) para el socio mayoritario. Podría defenderse, por tanto, la existencia de abuso de las formas jurídicas, de una elusión fiscal (conflicto), pero en modo alguno de una evasión fiscal mediante el engaño que comporta toda simulación.

Debió entenderse así, dando razón a los recurrentes en la queja que articulan en el motivo decimoséptimo, con los efectos inherentes a tal calificación: la necesidad de seguir el procedimiento previsto en la Ley (artículo 15.2), asumiéndose las consecuencias de no haberlo hecho, tanto en el orden liquidatorio como en el sancionador.

Frente a este planteamiento no vale decir que se propone una tarea inasumible por el Tribunal Supremo en el seno de un recurso de casación, porque algunos de los motivos piden la integración de hechos y otro denuncia infracciones legales en cuanto a la apreciación y el alcance de la prueba de presunciones. Por lo demás, nos movemos en la calificación de los contratos, terreno en el que la intervención del Tribunal de casación también se encuentra acotada, pero según nuestra constante jurisprudencia, que la decisión mayoritaria cita, es posible introducirse en el mismo cuando la calificación realizada por el juez de la instancia resulte claramente errónea, adjetivo que merece un acercamiento a la realidad contractual que hace abstracción de una parte importante (cuantitativamente, al menos, la más importante) de su componente subjetivo.

VOTO PARTICULAR

VOTO PARTICULAR que formula el Magistrado Excmo. Sr. Don. Rafael Fernandez Montalvo, al que se adhiere el Magistrado Excmo. Sr. Don Joaquin Huelin Martinez de Velasco, en relación con la Sentencia recaída en el recurso de casación núm. 948/2014.

Con el mayor respeto discrepo del criterio de la mayoría en lo que respecta a la estimación del recurso del Abogado del Estado, que, en mi opinión, debió ser desestimado confirmando, por el contrario, la sentencia de instancia, en cuanto consideró indebida la aplicación de circunstancias agravantes en las sanciones impuestas.

En primer lugar, entiendo que, a efectos sancionadores, no procedía calificar la conducta enjuiciada conforme a las previsiones de la Ley General Tributaria de 2003 (Ley 58/2003, de 17 de diciembre), porque, de acuerdo con su disposición adicional undécima, entró en vigor el 1 de julio de 2004 -salvo el apartado 2 de la disposición transitoria cuarta, que se refería a la duración de procedimientos sancionadores iniciados antes de dicha fecha-, después, por tanto, del 26 de junio de 2003, en que se habían ya producido actuaciones - compraventa de participaciones sociales y préstamo de financiación- especialmente relevantes en la conducta infractora.

En consecuencia, resultaba plenamente aplicable el criterio, común en el derecho sancionador, consistente en que un elemento del tipo cualificado no puede servir, al mismo tiempo, de circunstancia agravante. Y, en este caso, la ocultación ínsita en el negocio simulado formaba parte del tipo infractor, o, dicho en otros términos, sin la referida ocultación de la causa negocial no podría apreciarse infracción.

En segundo término, soy consciente del cambio que supuso la entrada en vigor de la LGT/2003 para el régimen sancionador, pero, aun así, entiendo que no debió estimarse el recurso del abogado del Estado para apreciar una circunstancia agravante por la ocultación que ya lleva consigo la infracción apreciada en la simulación negocial.

La LGT de 1963, después de reforma realizada por la Ley 10/1985, diferenció dos grandes tipos de infracciones tributarias, y, por tanto dos grandes grupos de conductas infractoras que, en legislación vigente entre 1985 y 2004 se denominaron infracciones simples e infracciones graves.

La distinción se basaba en el tipo de obligación infringida, puesto que, en definitiva, los ilícitos tributarios son incumplimientos de obligaciones tributarias.

Y, en definitiva, las infracciones graves suponían un perjuicio económico presente o futuro para la Hacienda Pública, mientras que las infracciones simples suponían, más bien la infracción de deberes de carácter formal.

La clásica dicotomía a que se ha hecho referencia, se abandona por la LGT de 2003 que distingue infracciones leves, graves y muy graves. Y, en términos muy simplificados, puede decirse que las infracciones se califican como graves en caso de ocultación y como muy graves en caso de empleo fraudulentos.

Ahora bien, tanto la doctrina del Tribunal Constitucional como la jurisprudencia de esta Sala han rechazado un sistema de responsabilidad objetiva y han exigido la culpabilidad como elemento constitutivo de cualquier infracción tributaria. En este sentido, es un referente obligado, aunque no único, la STC 76/1990, de 26 de abril que señala: "No existe, por tanto un régimen de responsabilidad objetiva en materia de infracciones tributarias ni nada ha cambiado al respecto la Ley 10/1985. Por el contrario, y con independencia del mayor o menor acierto técnico de su redacción, en el nuevo artículo 77 [se refería a la LGT de 1963, en la redacción dada por la Ley 10/1985] sigue rigiendo el principio de culpabilidad (por dolo, culpa o negligencia grave y culpa o negligencia leve y simple negligencia), principio que excluye la imposición de sanciones por el mero resultado y sin atender a la conducta diligente del contribuyente [...]".

Pues bien, frente al criterio mayoritario que expresa la sentencia, en el que, al parecer, el único dato relevante en las infracciones tipificadas en los artículos 191, 192 y 193 para pasar de la calificación de leve a la de grave está en la cuantía de la base de la sanción (3.000 €), entiendo que no es posible caer en el automatismo de aplicar la ocultación como criterio de graduación de la sanción. A mi entender, es necesario para apreciar dicha circunstancia un plus respecto de la definición de los tipos en los que la misma opera. En otros términos, la circunstancia que provoca una calificación más gravosa de las infracciones han de encontrar su justificación en el principio de culpabilidad, esto es, debe suponer la presencia de una culpabilidad superior a la normal -a la que justifica la infracción en grado leve- en el obligado tributario.

En definitiva, como puede apreciarse en pronunciamientos de nuestra jurisprudencia, ha de rechazarse, para agravar las sanciones, una aplicación automática o cuasi automática de la ocultación que supondría una reduplicación inadmisibles del tipo de la infracción tributaria convirtiendo cualquier infracción tributaria de omisión de ingreso en una conducta agravada.

VOTO PARTICULAR

Voto particular que formula el Magistrado Excelentísimo Señor Don Emilio Frias Ponce en relación con la sentencia recaída en el recurso de casación 948/2014.

Con todo el respeto que me merece el criterio de la mayoría, me veo obligado a discrepar de la calificación que se da a la operación de adquisición de las participaciones sociales de Dorna Sports, S.L, por Miralita, S.L, realizada el 1 de diciembre de 2004.

Antes de señalar las razones por las que, a mi parecer, la operación no puede calificarse como simulada, conviene recordar lo que constituye la simulación y su diferencia con el fraude de ley o conflicto en la aplicación de la norma del art. 15 de la Ley General Tributaria de 2003 .

Dicha Ley no define la simulación simplemente la regula, limitándose a indicar cuáles son sus efectos en materia tributaria en su artículo 16, al señalar que "En los actos o negocios en los que exista simulación, el hecho imponible gravado será el efectivamente realizado por las partes. 2. La existencia de simulación será declarada por la Administración tributaria en el correspondiente acto de liquidación, sin que dicha calificación produzca otros efectos que los exclusivamente tributarios. 3. En la regularización que proceda como consecuencia de la existencia de simulación se exigirán los intereses de demora y, en su caso, la sanción pertinente".

No obstante se vienen considerando, como elementos esenciales de la simulación los siguientes:

1) La existencia de un acuerdo o convenio simulatorio, que puede ser verbal, y que permanece oculto frente a terceros. En el ámbito tributario el engaño en perjuicio de la Hacienda Pública consiste en impedir que se produzca el hecho imponible del acuerdo simulatorio.

2) El motivo o causa del encubrimiento, es decir, la intención disimulada, únicamente conocida por las partes del convenio simulatorio, de crear la apariencia de un negocio, para ocultar que realmente es inexistente (simulación absoluta), o para encubrir otro negocio que se desea disimular (simulación relativa). Este motivo que ha conducido a la realización de las operaciones puede consistir en un ahorro fiscal.

3) El negocio simulado, aparente o ficticio, es decir, la declaración de voluntad simulada, cuyas estipulaciones no son las realmente queridas por las partes, y que se ha otorgado para dar la apariencia exterior frente a terceros de un negocio jurídico distinto del llevado a efecto o incluso que no existe.

4) El negocio disimulado en el caso de la simulación relativa, o negocio jurídico distinto del exteriorizado por las partes y que tratan de encubrir.

En definitiva, la simulación se presenta como una divergencia entre lo realizado y lo manifestado, conllevando una ocultación de la realidad que por su propia naturaleza ha de ser intencionada, siendo la simulación relativa una suerte de ocultación que se produce generando la apariencia de un negocio ficticio, realmente no querido, que sirve de pantalla para encubrir el efectivamente realizado en violación de la ley.

En cambio, y como el Tribunal Constitucional declaró en la sentencia 120/2005, de 10 de mayo "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 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, o 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".

Sentado lo anterior, se aprecia en cuanto a la calificación de la operación que la Sala de instancia se atuvo a lo declarado por la Sección Cuarta en las sentencias de 16 de octubre de 2013 (3 sentencias) y 22 de enero de 2014 (4 sentencias), en las que, además de reconocer que la operación controvertida se corresponde, en principio, con lo que en el ámbito mercantil se denominaría "compra apalancada o "Leveraged Buy-Out" (LBO), y que este tipo de operaciones son frecuentes y válidas desde el punto de vista mercantil, mantuvo que también se vienen utilizando con la finalidad de "financiar grandes pagos de rentabilidades mediante el mecanismo de la recapitalización de dividendos o "recaps", que consiste en que una entidad de capital riesgo obtiene una rentabilidad a su inversión sin necesidad de desprenderse de ella", confirmando, al final, el criterio de la Inspección de que estas operaciones se instrumentan sobre la base de complejas estructuras de financiación y negocios jurídicos simulados en los que se persigue crear la apariencia de que existe una transmisión real de participaciones con el fin de obtener una ilícita reducción de la carga fiscal, tanto en sede de la sociedad como en la tributación de los socios y accionistas, así como proceder al reparto de rentas a los socios/accionistas, eludiendo las normas mercantiles que limitan la distribución de beneficios y la existencia de una capitalización mínima.

Por su parte, la mayoría de esta Sala, al confirmar la sentencia de instancia, se atiene a que la calificación de los contratos es tarea que corresponde a los tribunales de instancia, sin que el Tribunal deba intervenir, salvo que, al desarrollarla incurran en arbitrariedad, ofreciendo un resultado ilógico, contradictorio o contrario a algún precepto legal, proceder que está ausente en el caso, a su parecer.

Sin embargo, no cabe olvidar que se articularon motivos suficientes que permitían adentrarse en el conjunto de la operación realizada, con solicitud de integración de hechos que debidamente considerados impedían apreciar la existencia de simulación, al no existir la ocultación fáctica propia de esta figura, pues el negocio de compraventa de las participaciones sociales se realizó, habiendo utilizado las partes formas jurídicas habituales en el sector de capital riesgo.

Así lo reconoció el Ministerio Fiscal en el informe que emitió para acordar el archivo, discrepando del criterio de la Agencia tributaria de entender delictivas las acciones por haber sido diseñadas con la finalidad de que los rendimientos de capital obtenido tributasen como ganancias patrimoniales en lugar de hacerlo como retribuciones por la participación de fondos propios, al señalar, en relación con la compañía no residente CVC Capital Partners, "que existe una verdadera voluntad por parte del fondo de capital riesgo (participe mayoritario al poseer el 75% del capital social de cada una de las sociedades implicadas) de obtener anticipadamente la rentabilidad correspondiente a la inversión efectuada con anterioridad y, por el contrario, no se aprecia intencionalidad defraudatoria mediante la elusión de tributos, sin que ello signifique que no fuera concedora de las ventajas fiscales que también proporcionaba el sistema diseñado>>".

También, el propio Tribunal de instancia aceptó la utilización por este tipo de compañías de las denominadas recapitalizaciones apalancadas como modo de anticipar el valor de una plusvalía futura y repartirla entre los socios, percibiendo unas rentabilidades distintas de los dividendos y al margen de la normativa que regula la distribución de los mismos.

En esta situación, no puedo compartir la calificación dada a la operación, máxime cuando los indicios de los que partió la Inspección eran manifiestamente insuficientes para poder deducir que se creó la apariencia de un negocio de compraventa para encubrir una retribución derivada de la condición de socio. Por el contrario parecen más propios para llevarnos, en su caso, a la figura de fraude de ley.

Por otra parte, a la hora de calificar el negocio jurídico es obvio que la Inspección no tuvo en cuenta circunstancias que impedirían negar la realidad de la operación realizada, y menos calificarla como simulada.

En primer lugar, que el socio mayoritario, tanto en la sociedad adquirente como en la sociedad adquirida, con un porcentaje de 74,25%, a través de una sociedad instrumental, era la entidad luxemburguesa de capital riesgo CVC Capital Partners, que tenía la posibilidad y capacidad de imponer a los demás socios la compraventa, que respondía a una práctica que era habitual en las entidades de capital riesgo.

En segundo lugar, que las rentas obtenidas por la adquisición de participaciones sociales efectuada, bien como ganancias patrimoniales, bien como retribuciones derivadas de la participación en fondos propios, no tenían relevancia tributaria alguna en España, para el socio mayoritario, al tener la residencia en Luxemburgo, ostentando una participación en la sociedad residente en España superior al 25 %, con la consiguiente aplicación de la Directiva 90/435/CEE, del Consejo, de 23 de julio de 1990, relativa al régimen fiscal común aplicable a las sociedades matrices y filiales de Estados Miembros diferentes.

Así, si se consideraba que eran dividendos, estaban exentos en aplicación del art. 14.1 h) del Real Decreto Legislativo 5/2004, de 5 de marzo, por el que se aprobó el Texto Refundido de la Ley del IRNR, y si eran ganancias patrimoniales también estaban exentas del Impuesto sobre la Renta de los no Residentes, por aplicación del art. 13.4 del Convenio entre el Reino de España y el Gran Ducado de Luxemburgo, para evitar la doble imposición en materia de impuestos sobre la renta y el patrimonio y para prevenir el fraude y la evasión fiscal y Protocolo anexo.

En tercer lugar, que en la operación intervinieron entidades financieras, que aceptaron el precio satisfecho y asumieron el riesgo, siendo terceros ajenos a las entidades implicadas.

Finalmente, tampoco la calificación de una operación puede basarse, en principio, en la finalidad perseguida por los socios, pues un móvil de ahorro fiscal no implica falsedad alguna ni permite concluir que la operación no se realizase.

En estas circunstancias resulta imposible asumir que los socios de manera consciente y de común acuerdo crearon la apariencia del negocio de compraventa que era distinto de aquel que realmente se llevó a cabo, todo ello para permitir que los socios personas físicas, que eran minoritarios, encubrieran repartos de utilidades sociales, ante la diferencia de tributación con respecto a las plusvalías; para que Ballota, VC, socio no residente en España, se beneficiase de la exención de tributación prevista para las ganancias patrimoniales, tanto en el Convenio de doble imposición entre España y los Países Bajos, como en la regulación del Impuesto sobre la Renta de los No Residentes; y para evitar que la sociedad adquirente realizara retenciones a cuenta del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y del Impuesto sobre la Renta de los No Residentes.

En definitiva, en mi opinión, no hubo, por todas las anteriores circunstancias, falseamiento o mera apariencia de compraventa de participaciones. Todo lo más una estratagema tendente a la reducción de la carga tributaria, utilizando la compraventa, que da lugar a ganancias patrimoniales, para retribuir a los socios por las plusvalías latentes, evitando así que tributasen como retribuciones derivadas de la participación en fondos propios.

Por tanto, a lo sumo, por los indicios apreciados por la Inspección, sólo podía realizarse, a través de un expediente de conflicto en la aplicación de la norma, art. 15 de la Ley General Tributaria, una recalificación de la operación, si se consideraba que la finalidad última de la operación fue aprovecharse del tratamiento fiscal que la ley prevé para las ganancias de capital o la obtención de beneficios fiscales para la sociedad adquirente por la deducción de gastos financieros derivados del préstamo concertado.

Por todo lo expuesto, a mi parecer, la Sala no debió confirmar la calificación de simulación y, por tanto, el recurso debió haberse estimado, con anulación de la liquidación y de la sanción.

PUBLICACIÓN- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado Ponente D. Joaquin Huelin Martinez de Velasco, junto con los votos particulares que formulan el magistrado ponente y los magistrados D. Rafael Fernandez Montalvo y D. Emilio Frias Ponce, estando la Sala celebrando audiencia pública en el mismo día de su fecha, de lo que, como Letrado de la Administración de Justicia, 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.