

BASE DE DATOS DE Norma FEF.-

Referencia:NFJ065563

AUDIENCIA NACIONAL

Sentencia 503/2016, de 10 de noviembre de 2016

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Rec. n.º 574/2014

SUMARIO:

IS. Deducción por reinversión de beneficios extraordinarios. *Solicitud en el procedimiento inspector.* La entidad no incluyó en su declaración la deducción por reinversión, sino que lo solicita en el escrito de alegaciones al acta incoada. Aunque las exigencias formales en el caso de la deducción son menos intensas que en el sistema de diferimiento y la falta de mención en la memoria y la aprobación de la junta de accionistas puede suplirse en la declaración de un ejercicio posterior, en este caso no ha habido inclusión en declaración alguna, por lo que no procede aplicar la deducción.

Base imponible. Exención de rentas obtenidas en el extranjero. *Bonos brasileños.* La entidad adquirió derechos al cobro de cupones y opciones de incumplimiento del cupón de bonos brasileños. No registró ingreso alguno por el cobro de los cupones amparándose en la exención del art. 11 del Convenio. El que registre como gasto la baja del activo y efectúe un ajuste negativo por los intereses produce como resultado una renta negativa elevada que no se corresponde con el resultado económico obtenido por la inversión. El TEAC negó la exención de los intereses porque el generador del importe cobrado no es el Estado brasileño sino la entidad que cede el cupón, criterio confirmado por el TS. El uso legítimo de la economía de opción tiene como límite la artificiosidad del negocio jurídico. Las operaciones se realizaron con una finalidad fiscal al margen de otra consideración que permitiera incluirlas en el ámbito de la economía de opción.

PRECEPTOS:

Convenio de 14 de noviembre de 1974 (Convenio con Brasil), art. 11.

RDLeg. 4/2004 (TR Ley IS), art. 42.

Ley 58/2003 (LGT), arts. 15, 121 y 150.

RD 537/1997 (Rgto. IS), art. 38.

Ley 43/1995 (Ley IS), arts. 21 y 36 ter.

Ley 24/2001 (Ley de medidas fiscales, administrativas y de orden social), disp. trans. tercera.

RDLeg 1564/1989 (TR LSA), art. 287.

Ley 230/1963 (LGT), arts. 23 y 25.

Código Civil, arts. 3 y 1.255.

PONENTE:

Don Jesús María Calderón González.

Magistrados:

Don CONCEPCION MONICA MONTERO ELENA

Don FERNANDO ROMAN GARCIA

Don JESUS MARIA CALDERON GONZALEZ

Don MANUEL FERNANDEZ-LOMANA GARCIA

Don TRINIDAD CABRERA LIDUEÑA

AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Contencioso-Administrativo

SECCIÓN SEGUNDA

Núm. de Recurso: 0000574 / 2014

Tipo de Recurso: PROCEDIMIENTO ORDINARIO

Núm. Registro General: 06709/2014

Demandante: LOSADA 97, SL

Procurador: GUSTAVO GARCIA ESQUILAS

Demandado: TRIBUNAL ECONOMICO ADMINISTRATIVO CENTRAL

Abogado Del Estado

Ponente Ilmo. Sr.: D. JESÚS MARÍA CALDERÓN GONZALEZ

SENTENCIA Nº:

Ilmo. Sr. Presidente:

D. JESÚS MARÍA CALDERÓN GONZALEZ

Ilmos. Sres. Magistrados:

D. MANUEL FERNÁNDEZ LOMANA GARCÍA

D^a. CONCEPCIÓN MÓNICA MONTERO ELENA

D. FERNANDO ROMÁN GARCÍA

D^a. TRINIDAD CABRERA LIDUEÑA

Madrid, a diez de noviembre de dos mil dieciséis.

Visto el recurso contencioso-administrativo que ante esta Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional y bajo el número 574/2014 , se tramita a instancia de LOSADA 97, S.L., entidad representada por el Procurador don Gustavo García Esquilas, contra resolución del Tribunal Económico Administrativo Central de fecha 11 de septiembre de 2014, relativa a Impuesto sobre Sociedades, ejercicio 2006 ; y en el que la Administración demandada ha estado representada y defendida por el Sr. Abogado del Estado, siendo la cuantía del mismo de 4.352.848,05 euros.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.

- La parte indicada interpuso, en fecha, 23 de diciembre de 2014, este recurso respecto de los actos antes aludidos, admitido a trámite y reclamado el expediente administrativo, se entregó éste a la parte actora para que formalizara la demanda, lo que hizo en tiempo; y en ella realizó una exposición fáctica y la alegación de los preceptos legales que estimó aplicables, concretando su petición en el suplico de la misma, en el que literalmente dijo:

"A LA SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCION 002 DE LA AUDIENCIA NACIONAL SUPLICA: Que teniendo por presentado este escrito con sus copias, se sirva admitirlo y por formalizada la demanda, de conformidad a lo dispuesto en la Diligencia de Ordenación de 30 de marzo de 2015 y tras los trámites oportunos, se dicte Sentencia por la que dejen sin efecto el acto administrativo impugnado por alguno de los motivos expuestos en los Fundamentos de Derecho formulados en la demanda, así como la liquidación derivada del referido acto."

Segundo.

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

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

Tercero.

Solicitado el recibimiento a prueba del recurso, la Sala dictó auto de fecha 26 de junio de 2015, acordando el recibimiento a prueba, con el resultado obrante en autos.

Siguió el trámite de Conclusiones, a través del cual las partes por su orden, han concretado posiciones y reiterado sus respectivas pretensiones, tras lo cual, quedaron los autos pendientes de señalamiento, lo que se hizo constar por medio de diligencia de ordenación de 6 de julio de 2016, y finalmente, mediante providencia de 27 de octubre de 2016 se señaló para votación y fallo el 3 de noviembre de 2016, fecha en la que efectivamente se deliberó y votó.

Cuarto.

En la tramitación del presente recurso contencioso-administrativo se han observado las prescripciones legales exigidas por la Ley reguladora de esta Jurisdicción, incluida la del plazo para dictar sentencia. Y ha sido Ponente el Ilmo. Sr. D. JESÚS MARÍA CALDERÓN GONZALEZ, Presidente de la Sección, quien expresa el criterio de la Sala.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

Primero.

El presente recurso contencioso-administrativo se interpone por la representación de la entidad LOSADA 97 S.L, contra resolución del Tribunal Económico Administrativo Central, de fecha 11 de septiembre de 2014, desestimatoria de la reclamación económico-administrativa formulada contra acto administrativo de liquidación nº A23- NUM000 dictado por la Jefe de la Oficina Técnica de la Dependencia Regional de Inspección de la Delegación Especial de Madrid de la Agencia Estatal de Administración Tributaria, de fecha 8-2-2012 referente al concepto tributario de Impuesto sobre Sociedades de los ejercicios 2006, derivado del acta A02, número de referencia NUM000 , y cuantía de 4.352.848,05 euros.

Son antecedentes a tener en cuenta en la presente resolución y así derivan del expediente administrativo los siguientes:

Primero.

Con fecha 09-02-2012 se notificó al interesado Acuerdo de liquidación de fecha 8 de febrero de 2012 relativo a Impuesto sobre Sociedades de los ejercicios 2006/2007 derivado del acta de disconformidad A02 y número de

referencia: NUM000 , complementada por Informe ampliatorio, suscritos en fecha 3 de noviembre de 2011, documentos en los que se hace constar, de forma sucinta, lo siguiente:

1°.- Con fecha 17 de febrero 2011, se iniciaron las actuaciones inspectoras mediante comunicación recogida por Da. Elena con DNI número NUM001 en calidad de empleada.

La extensión de las actuaciones inspectoras se ha concretado en la comprobación de los ejercicios 2006 y 2007 por el concepto Impuesto sobre Sociedades y por el periodo comprendido entre el primer al cuarto trimestre del ejercicio 2007 por el concepto Impuesto sobre el Valor Añadido con alcance general, conforme a lo establecido en el artículo 148 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre , y el artículo 178.2 del Reglamento General de las Actuaciones y los Procedimientos de Gestión e Inspección Tributaria y Desarrollo de las normas Comunes de los Procedimientos de Aplicación de los Tributos, aprobado por RD 1065/2007, de 27 de julio (RGAT).

En el cómputo del plazo de duración de las mismas debe atenderse a las siguientes circunstancias:

no se deben computar 4 días, de 21/11/2011 a 25/11/2011 por razón de solicitud de ampliación del plazo de alegaciones tal y como establece el artículo 104.2 de la Ley 58/2003 , y los artículos 102 y 103 del Reglamento General de las actuaciones y los procedimientos de aplicación de los tributos, RGAT.

Considerando las circunstancias anteriores el plazo máximo de duración de las actuaciones inspectoras concluiría el día 20/02/2012.

2°.- El obligado tributario declara como actividad principal la Promoción Inmobiliaria si bien no está dado de alta en el Impuesto sobre Actividades Económicas.

3°.- La Inspección tributaria, respecto de la situación de la contabilidad y registros obligatorios del sujeto pasivo señala que: Se han exhibido los libros y registros exigidos por las normas del régimen de estimación aplicable al sujeto pasivo. No se han apreciado anomalías sustanciales para la exacción del tributo.

4°.- El sujeto pasivo había presentado autoliquidación por el Impuesto Sobre Sociedades ejercicios 2006, consignado los siguientes datos básicos:

Resultado contable (casilla 500) 10.842.278,99

Ajustes

Disminuciones- Otras correcciones (casilla 544) -9.896.8979,94

Aumentos-Otros gastos contabilizados no deducibles fiscalmente (casilla 511) 96.235,73

Base imponible (casilla 552) 1.735.973,91

Cuota Íntegra 607.590,87

Reten. ingr. y pag a cuen. 86.154,06

Cuota del ejercicio 521.386,37

Deduc. doble imposición 50,44

Cuota liquida positiva 607.540,43

Pag frac. y cuot. imput 23.786,67

Cuota diferencial 497.599,70

Líquido a ingresar o dev 497.599,70

El resultado contable declarado tiene su origen fundamental en el beneficio obtenido por la Entidad por importe de 10.977.618,30 €, procedente de la venta de una finca rústica según siguiente detalle:

«2.1 Venta finca rústica

El 16 de enero de 2006 mediante escritura pública de igual fecha y nº de protocolo 123 del Notario de Madrid D. Antonio de la Esperanza Rodríguez, la sociedad Losada 97 SL transmite a la también sociedad Landscape Vertix SL (B219446) la finca registra! nº 331-N sita en Boadilla del Monte (Madrid), Partido de Valenoso, en la parte de la misma incluida en el ámbito S-11 VALENOSO del Plan General de Ordenación Urbana de Boadilla del Monte.

La finca pertenece a la sociedad por adquisición mediante escritura otorgada el 22 de abril de 1997.

Parte de la finca se encuentra incluida en el ámbito S-11 VALENOSO del Plan General de Ordenación Urbana de Boadilla del Monte, que clasifica los terrenos como Suelo Urbanizable, estando prevista su ejecución

mediante el Sistema de Actuación de Expropiación, en cuanto a una superficie de 45.989,82 m2. Según Convenio Compensatorio de Liberación de Expropiación suscrito con fecha 22 de abril de 2005 entre el Excmo. Ayuntamiento de Boadilla del Monte y Losada 97 SL se liberó a la finca de la aplicación de la expropiación establecida en el Plan General de Ordenación Urbana como sistema de gestión, sin perjuicio de mantener el carácter público de la iniciativa de ejecución.

El representante del obligado tributario aporta a requerimiento de la inspección escrito de la Junta de Compensación Sur 11 Valenoso de Boadilla del Monte en que el Secretario de la misma certifica lo siguiente:

PRIMERO:- Que en escritura pública de fecha 4 de octubre de 2006 ante el notario de Boadilla del Monte D. Gonzalo Sauca Polanco y con nº de protocolo 4.829 se constituyó la Junta de Compensación del sector Sur-11 Valenoso.

SEGUNDO:- Que el 16 de noviembre de 2006 por resolución de la Alcaldía-Presidencia del Ayuntamiento de Boadilla del Monte se aprobó definitivamente el Proyecto de Urbanización del sector Sur-11 Valenoso.

TERCERO:- Que con fecha 9 de julio de 2007 se iniciaron las obras de urbanización del sector Sur-11 Valenoso, de Boadilla del Monte tras la firma de la correspondiente Acta de Replanteo e Inicio de Obras

El precio de la transmisión asciende a 12.438.198€, que con el IVA al 16% de 1.990.111,68€ supone un valor de 14.428.309,68€ que Losada 97 SL recibe en el momento de la escritura mediante cheque bancario, igualmente recibe cheque bancario por importe de 23.296,61€ (incluido IVA al 16%) en concepto de todos los gastos abonados hasta dicha fecha a la Junta de Compensación o Comisión Gestora.

El beneficio obtenido en la transmisión asciende a 10.977.618,30€, el detalle es el siguiente:

+Precio de venta-----	12.438.198,00€
+Gastos Comisión Gestora que reintegra Landscape Vertex SL-----	20.083,28€
+Aplicación coste de venta-----	228,98€
+ Valor Finca a 01/01/2006-----	802.499,61€
- IBI-----	7.527,92€
- Comisión Venta-----	48.725,55€

La Entidad no consignó en su declaración de IS 2006 presentada deducción por reinversión de beneficios extraordinarios.

La Entidad practicó un ajuste, corrección negativa del resultado contable para determinar la Base imponible por importe de - 9.896.8979,94 €, la cual tiene su origen en las siguientes operaciones con bonos brasileños, por entender aplicable la exención del artículo 11.4.b) del Convenio entre el Estado Español y la República Federativa del Brasil para evitar la doble imposición y prevenir la evasión fiscal en materia de impuestos sobre la Renta de 14 de noviembre de 1974, según siguiente detalle:

«2.2 Operaciones sobre bonos brasileños.

Según testimonio del notario inglés Teodosio de fecha 27 de junio de 2006, en dicha fecha la entidad Losada 97 SL adquiere:

- 100,000 derechos al cobro del cupón el 4 de agosto de 2006 de bonos de la República Federal de Brasil, amortización 4 de febrero de 2025, cupón semianual 8.750% ISIN US105756BF62 y referencia STC116 por importe de 2.912.628,56€.

- 85,935 derechos al cobro del cupón el 4 de agosto de 2006 de bonos de la República Federal de Brasil, amortización 4 de febrero de 2025, cupón semianual 8.750% ISIN US105756BF62 y referencia STC118 por importe de 2.502.967, 35€.

- 100,000 derechos al cobro del cupón el 4 de agosto de 2006 de bonos de la República Federal de Brasil, amortización 4 de febrero de 2025, cupón semianual 8.750% ISIN US105756BF62 y referencia STC114 por importe de de 2.912.628,56€.

La compra se contabiliza en la cuenta 54090000 Otras inversiones financieras temporales por el importe conjunto de 8.328.224,47€ desembolsándose exclusivamente 333.128,98€, quedando el resto (7.995.095,49€) como desembolsos pendientes sobre acciones.

A estos efectos aporta extracto de movimientos de la cuenta NUM002 de la que el obligado tributario es titular en el Banco de Santander de la que se desprende que con fecha valor 23 de junio de 2006 se realiza una transferencia por importe de 391.916,45€ a favor de Hypovereinsbank London (este importe se corresponde con la suma de los desembolsados por la adquisición de los derechos al cobro del cupón y a las opciones de incumplimiento del cupón).

En igual fecha y según testimonio del mismo notario inglés adquiere:

- 100,000 opciones de incumplimiento del cupón el 4 de agosto de 2006 de bonos de la República Federal de Brasil, amortización 4 de febrero de 2025, cupón semianual 8.750% ISIN US105756BF62 y referencia STC115 por importe de 513.993,28€.

- 85,935 opciones de incumplimiento del cupón el 4 de agosto de 2006 de bonos de la República Federal de Brasil, amortización 4 de febrero de 2025, cupón semianual 8.750% ISIN US105756BF62 y referencia STC117 por importe de 441.700,12€.

- 100,000 opciones de incumplimiento del cupón el 4 de agosto de 2006 de bonos de la República Federal de Brasil, amortización 4 de febrero de 2025, cupón semianual 8.750% ISIN US105756BF62 y referencia STC113 por importe de 513.993,28€.

La compra se contabiliza en la cuenta 5590000 Obligaciones de pago por incumplimiento por el importe conjunto de 1.469.686,67€ desembolsándose exclusivamente 58.787,47€, quedando el resto (1.410.899,20€) como desembolsos pendientes sobre obligaciones de pago.

A estos efectos aporta extracto de movimientos de la cuenta NUM002 de la que el obligado tributario es titular en el Banco de Santander de la que se desprende que con fecha valor 23 de junio de 2006 se realiza una transferencia por importe de 391.916,45€ a favor de Hypovereinsbank London (como ya se ha indicado este importe se corresponde con la suma de lo desembolsado por la adquisición de los derechos al cobro del cupón y a las opciones de incumplimiento del cupón).

Tanto las obligaciones como los derechos se adquirieron a la sociedad Bayerische Hypo-undVereinsbank, A.G.

El 4 de agosto de 2006 con el cobro del cupón contabilizan un "Ingreso valores de renta fija" (Cuenta 76100000) por importe de 9.896.879,94€ a la vez que contabilizan Perdidas en valores mobiliarios por importes de 8.328.224,47€ (Cuenta 66690000) y 1.469.686,67€ (Cuenta 66910001) por la amortización del derecho y la cancelación de la opción respectivamente.

Aporta a la inspección extracto de movimientos de la cuenta NUM002 de la que el obligado tributario es titular en el Banco de Santander de la que se deduce que con fecha valor 4 de agosto de 2006 se recibe una transferencia por importe de 490.885,25€ a favor de Losada 97 SL que se corresponde con la diferencia entre el importe del cupón y los desembolsos pendientes de pago sobre las inversiones y sobre las obligaciones.»

5º.- En el curso de las actuaciones de comprobación e investigación se han puesto de manifiesto los siguientes hechos con trascendencia tributaria respecto de cuya regularización el obligado tributario no prestó su conformidad en el acta incoada, presentando en fecha 25 de noviembre de 2011, tras solicitar y obtener un plazo de ampliación para su presentación, escrito de alegaciones:

a) Operaciones con bonos brasileños : La Inspección niega la procedencia de aplicar la exención del artículo 11.4.b) del Convenio entre el Estado Español y la República Federativa del Brasil para evitar la doble imposición y prevenir la evasión fiscal en materia de impuestos sobre la Renta de 14 de noviembre de 1974.

b) Deducción por reinversión de beneficios extraordinarios : La Inspección niega la procedencia de aplicar la deducción por reinversión de beneficios extraordinarios del Art. 42 el TRLIS, solicitada por la Entidad por primera vez en el escrito de alegaciones posterior al Acta.

6º.- Como consecuencia de lo anterior se practica liquidación nº A23- NUM000 con cuota de 3.463.907,98 € e intereses de demora de 888.940,07 € lo que determina una deuda tributaria de 4.352.848,05 €.

Segundo.

Disconforme con la anterior liquidación, el interesado interpuso frente a la misma recurso de reposición en fecha 5 de marzo de 2012, desistiendo del mismo en fecha 6 de marzo de 2012 por razón de haber sido interpuesto por error cuando lo querido era interponer la reclamación económico-administrativa que nos ocupa (RG NUM003) y, previa puesta de manifiesto del expediente, el interesado presenta ante el Tribunal Económico Administrativo Central escrito de alegaciones en el que expone, de forma sucinta y por lo que aquí interesa, los siguientes motivos de oposición frente a la liquidación recurrida:

1. Operaciones con bonos brasileños : la Entidad considera aplicable la exención del artículo 11.4.b) del Convenio entre el Estado Español y la República Federativa del Brasil para evitar la doble imposición y prevenir la

evasión fiscal en materia de Impuestos sobre la Renta de 14 de noviembre de 1974, por entender que ésta ampara a los importes percibidos que lo son en virtud de un derecho de usufructo .

2. Deducción por reinversión de beneficios extraordinarios: la Entidad considera aplicable la deducción por reinversión de beneficios extraordinarios del Art. 42 el TRLIS por haber sido solicitada en momento procesal oportuno y cumplirse requisitos exigidos tanto respecto de los bienes transmitidos como de los bienes en los que se materializa la reinversión.

Tercero.

En fecha 11 de septiembre de 2014 el Tribunal Económico Administrativo Central (en adelante TEAC) desestimó la reclamación, desestimación contra la que se interpone el presente recurso.

Segundo.

La recurrente aduce los siguientes motivos de impugnación, reiterando los aducidos en vía económico-administrativa:

Deducción por Reinversión:

1) La solicitud realizada por la parte para que la Inspección reconociera los beneficios de la reinversión, se formuló dentro del período de desarrollo del procedimiento de Inspección.

2) Los terrenos vendidos por la actora tienen la naturaleza jurídica, económica y contable de bienes pertenecientes al inmovilizado material.

A) Expediente de inspección del ejercicio 1998.

B) Situación de los requisitos contables.

C) Consideraciones apreciables en las contradicciones del expediente sancionador.

D) Precisiones sobre el objeto social o el IAE de la entidad demandante.

E) Ejercicio efectivo de la actividad económica.

F) Ejercicio de actividad, bienes afectos y planteamientos urbanísticos mediante Juntas de Compensación.

G) Deducción por reinversión.

1º Momento procesal válido para aplicar la deducción por reinversión por la Inspección Tributaria.

2º Requisitos legales.

3º Elementos transmitidos.

4º Elementos objeto de inversión.

5º Condición de inmovilizado de la finca vendida

-Activos financieros brasileños.

A) Actuación predeterminada.

B) Determinación de la base imponible respecto de la operación enjuiciada.

C) Supremacía del Convenio hispano brasileño sobre la legislación interna.

D) Naturaleza jurídica de la operación. Concepto de usufructo.

E) Intereses de deuda pública brasileña. Delimitaciones conceptuales del Convenio.

F) Intereses considerados exentos.

Tercero.

En cuanto al primer motivo del recurso, debemos comenzar por reproducir el Fundamento de Derecho Tercero de la resolución recurrida, en la que se aborda, para desestimarla, dicha cuestión en los siguientes términos:

"TERCERO.- En cuanto a procedencia o no de la deducción por reinversión de beneficios extraordinarios debe recordarse tal y como consta en los hechos anteriores, que la Entidad no consignó en su declaración de IS 2006 presentada la citada deducción y que la solicitud para la pretendida aplicación de la misma se realiza por primera vez en el escrito de alegaciones de fecha 25/11/2012 posterior al Acta incoada, y donde la Entidad se limita a reclamar una especie de obligación de la Inspección de computar tal deducción simplemente por ser conocedora

de la ganancia patrimonial declarada por la venta de una finca, así como una manifestación genérica, sin aportación de prueba o documento alguno, referida a los bienes en que se reinvertió señalando textualmente:

"Tenemos que hacer constar que la reinversión se produjo en elementos aptos para la aplicación de la deducción comentada, como la inversión mediante la adquisición de acciones de una sociedad lo que supuso la titularidad de un porcentaje superior al 5%, así como la aportación de financiación para la obtención de inversiones inmobiliarias"

En el Acuerdo de liquidación recurrido el Jefe de la Oficina Técnica, tras recordar el deber probatorio que pesa sobre la Entidad (artículo 105 y 106 de la LGT 58/2003) realiza un exhaustivo examen tanto del bien transmitido, del que niega el carácter de inmovilizado y al que califica como existencia, como de los bienes reinvertidos desconocidos por no acreditados, señalando que:

" Como queda patente de los datos expuestos si realmente el obligado hubiera creído que tenía derecho a esa deducción tenía saldo suficiente en su cuota íntegra suficiente para declarar y practicar en su momento la deducción o al menos una parte importante de la misma y no lo hizo."

Y añadiendo:

"Es decir si el obligado en el momento de presentar su autoliquidación en el periodo voluntario cree que cuenta con el derecho a la deducción por reinversión, tiene la facultad u opción de decidir en ese preciso momento, si aplicarla o no; pero si en ese momento no ejerció esa facultad no puede en este momento del procedimiento y una vez finalizado el periodo voluntario de presentación de la declaración, reclamar para sí un derecho que no ejercitó cuando tenía derecho a ello."

En su posterior escrito de alegaciones en el seno de esta reclamación la Entidad argumenta tanto sobre la idoneidad del momento procesal en que solicitó la aplicación de la deducción por reinversión de beneficios extraordinarios, pues a su entender el artículo 150 de la LGT delimita el inicio y el fin del procedimiento inspector y apela, asimismo, a una reiterada jurisprudencia, de la que no cita Sentencia alguna, que admite la aplicación de oficio por la Inspección de los beneficios reconocidos por la ley, como sobre que la finca rustica vendida es calificable a su entender de inmovilizado material afecto a la actividad, y como sobre que los bienes reinvertidos, que en dicha reclamación concreta en adquisición de acciones de la Entidad denominada "Portas de Lisboa III" en porcentaje superior al 50% y en aportación a la misma Entidad de financiación, adjuntando 3 documentos consistentes en la Declaración modelo D-5A de " Inversión Española en Sociedades extranjeras no cotizadas sucursales y otras formas de inversión" (no consta sello de presentación en Registro de Inversiones) y 2 justificantes con sendas ordenes de transferencia bancarias cursadas al BSCH .

El artículo 42 del TRLIS regulador de la Deducción por reinversión de beneficios extraordinarios, señala en su apartado 1, entre otras circunstancias, que dicha deducción se efectuará " en los términos y requisitos de este artículo".

Pues bien, en cuanto a los requisitos formales de la deducción por reinversión dispone el apartado 8 del artículo 42 del TRLIS:

"Los sujetos pasivos harán constar en la Memoria de las cuentas anuales el importe de la renta acogida a la deducción prevista en este artículo y la fecha de la reinversión.

Dicha mención deberá realizarse mientras no se cumple el plazo de mantenimiento a que se refiere el apartado 6 de este artículo".

Disponiendo el apartado 6 al que remite el 8:

"Mantenimiento de la inversión.

a) Los elementos patrimoniales objeto de la reinversión deberán permanecer en el patrimonio del sujeto pasivo, salvo pérdida justificada, hasta que se cumpla el plazo de cinco años, o de tres años si se trata de bienes muebles, excepto si su vida útil conforme al método de amortización de los admitidos en el artículo 11 de esta ley, que se aplique, fuere inferior.

b) La transmisión de los elementos patrimoniales objeto de la reinversión antes de la finalización del plazo mencionado en el apartado anterior determinará la pérdida de la deducción, excepto si el importe obtenido o el valor

neto contable, si fuera menor, es objeto de reinversión en los términos establecidos en este artículo. En tal caso, la pérdida del derecho de esta deducción se regularizará en la forma establecida en el artículo 137.3 de esta ley".

Son numerosas las resoluciones de este Tribunal Central denegando la posibilidad de acogerse a los distintos beneficios fiscales por reinversión (exención, diferimiento o deducción) en fase de inspección tributaria por el hecho de estar reservada a la Junta General de accionistas o socios la aprobación de las cuentas anuales, entre las que se encuentra la Memoria, Memoria que ha de reflejar tanto el importe de la renta acogida a la deducción como la fecha de reinversión, así como el compromiso de mantenimiento en el patrimonio del elemento en que se ha materializado la reinversión y el compromiso de nueva reinversión en los términos del referido precepto en el caso de transmisión del elemento en que inicialmente se había materializado la reinversión dentro del referido plazo de mantenimiento. En definitiva, corresponde la decisión a la Junta General en cuanto que el acogimiento a los referidos beneficios fiscales suponen un compromiso de obligaciones futuras para la entidad. Así, por todas, la resolución de 20-4-06 (R.G.1476/04) refrendada en este punto por la Sentencia de la Audiencia Nacional de 21-4-08 (rec. 600/2006) la cual señala al respecto:

"Tampoco cabe acoger la pretensión de la actora de que se aplique, tras la regularización, el régimen de diferimiento de las plusvalías por reinversión previsto en el art. 21 de la LIS , que constituye un beneficio fiscal al cual no se acogió la interesada en su declaración-liquidación.

Dispone dicho precepto:

(...)

Es evidente que se trata de un incentivo fiscal al que puede acogerse el sujeto pasivo en su declaración-liquidación del Impuesto sobre Sociedades, debiendo para ello cumplir con los requisitos establecidos en el precepto legal y con las formalidades exigidas en art. 38 RIS , pero no habiendo optado por ello el sujeto pasivo, en la forma legal y reglamentariamente establecida, no puede exigir de la Administración tributaria su aplicación como consecuencia de las actuaciones inspectoras y de la correspondiente regularización del Impuesto, como si se tratase de un incentivo de aplicación preceptiva y automática".

Con el mismo fundamento este TEAC, en resolución de 17-3-10 (R.G. 464/09), denegó la posibilidad de alterar en fase inspectora el porcentaje del beneficio total que inicialmente acogió el sujeto pasivo al diferimiento por reinversión. Resolución que ha sido confirmada en este punto por SAN de 31-01-2013 (rec. nº. 152/2010).

Y con el mismo fundamento este TEAC, en resoluciones de 19-01-2012 (RG 4965/10) y de 30/05/2012 (R.G.: 00/05347/2010/00/00), denegó la posibilidad de alterar en fase de inspección o en fase de reclamación económica -administrativa los elementos objeto de reinversión.

En este mismo sentido se ha pronunciado el Tribunal Supremo en sendas Sentencias de fecha 6-2-2012 (rec. nº 1928/20089) y de fecha 5-11-2012 (rec 3973/2009) al señalar en relación con el diferimiento que:

"Tales exigencias, de índole formal, no resultan excesivas ni superfluas; tampoco limitan o restringen las previsiones legales, simplemente puntualizan los requerimientos contables necesarios para que la Administración pueda efectuar el oportuno control y que el sujeto pasivo no exceda de los límites previstos en el artículo 21 de la Ley".

Pues bien, en idéntico fundamento se ha de basar la imposibilidad de acogerse a los distintos beneficios fiscales por reinversión (exención, diferimiento o deducción) en fase de inspección tributaria o en fase de reclamación económica -administrativa, máxime cuando la Entidad ni siquiera cumple al tiempo de solicitarlo (por primera vez en el escrito de alegaciones al Acta de disconformidad de fecha 25 de noviembre de 2011), el deber probatorio que pesa sobre la misma, haciendo simplemente menciones genéricas o aportando en fase de reclamación económica -administrativa determinados documentos que pudiéndose haber aportado en fase inspectora no fueron aportados y que, por otro lado, tampoco acreditan el cumplimiento de los requisitos exigidos por el artículo 42 TRLIS a efectos de la deducción que nos ocupa según lo hasta ahora expuesto en el presente Fundamento Jurídico.

Deben por tanto también desestimarse también en este punto las pretensiones actoras."

Expuesto lo anterior, debemos indicar que la Jurisprudencia, STS de 3 de noviembre de 2014, RC 4496/2012 , ha señalado que si bien en el diferimiento la inclusión en la Memoria y su aprobación, junto a las cuentas anuales de la Sociedad por la Junta General constituye una exigencia indeclinable para que resulte aplicable dicho régimen fiscal, resultando insubsanables dichos requisitos a posteriori, no ocurre lo mismo con la deducción en cuota en la que dicho requisito, el de la falta en la Memoria Anual, en este caso del año 2006, de los datos a qué hace referencia

el artículo 42, apartado 8 del TRLIS, aquí aplicable, resulta subsanable con ocasión de la presentación de la correspondiente declaración o de la aprobación de las cuentas anuales del referido ejercicio, lo que aquí, en ambos casos, no ha sucedido.

Así, la STS declara "

" SEGUNDO .- La resolución del debate que suscita esta casación aconseja que nos detengamos en el análisis de la evolución seguida en nuestro ordenamiento por los beneficios fiscales establecidos para la reinversión de beneficios extraordinarios, tal y como hace la recurrente en su escrito de interposición del recurso.

La Ley 61/1978, en el artículo 15.8 , excluyó de gravamen los incrementos de patrimonio puestos de manifiesto por la transmisión de elementos materiales del activo fijo, necesarios para la realización de la actividad empresarial, siempre que el importe total de la enajenación se reinvirtiera en bienes de análoga naturaleza y destino en un determinado periodo.

La Ley 43/1995, que entró en vigor el 1 de enero de 1996, sustituyó la exención de esta clase de beneficios por el sistema de diferimiento. Así, en el artículo 21 dispuso que las rentas obtenidas en la transmisión de elementos del inmovilizado (una vez corregidas en el importe de la depreciación monetaria), si se reinvertían en la misma clase de bienes en el plazo dispuesto en la norma, no se integrarían en la base imponible del ejercicio en el que fueron obtenidas, sino que se sumarían a la misma por partes iguales en los periodos impositivos concluidos en los siete años siguientes al cierre de aquel en el que venció el plazo para la reinversión (apartados 1 y 3). El Reglamento del Impuesto, aprobado en 1997, exigió para que el beneficio fuera operativo que en la Memoria de las cuentas anuales de la sociedad se incluyeran determinados datos relativos a las sumas acogidas al régimen de diferimiento, menciones que deberían realizarse mientras quedase renta por incorporar a la base imponible.

La Ley 24/2001, con efectos desde el 1 de enero de 2002 e incorporando a la Ley 43/1995 un nuevo artículo 36 ter, reemplazó el régimen de diferimiento por el de deducción en la cuota íntegra del 17 por 100 (u otros porcentajes, según los casos) del importe de las rentas obtenidas en la transmisión onerosa de los elementos patrimoniales de la clase citada, siempre que fueran reinvertidas en determinados plazos (apartados 1 a 4). En el apartado 8, bajo la denominación de "requisitos formales" condicionó la ventaja a que los sujetos pasivos hicieran constar en la Memoria de las cuentas anuales el importe de la renta acogida a la deducción y la fecha de la reinversión, indicaciones que deberían realizarse mientras no se cumpliera el plazo de mantenimiento de la reinversión. En congruencia con el nuevo sistema, la Ley 24/2001 derogó el artículo 21 de la Ley 43/1995 con efectos desde el 1 de enero de 2002 (disposición derogatoria única, apartado 5).

La disposición transitoria tercera de la propia Ley 24/2001 dispuso que las rentas acogidas al régimen previsto en el artículo 21 de la Ley 43/1995 se regularían por lo en él establecido y en sus normas de desarrollo, aun cuando la reinversión y demás requisitos se produjeran en periodos impositivos iniciados a partir del 1 de enero de 2002 (apartado 1); no obstante, si la reinversión se efectuaba en un periodo iniciado después de tal fecha, el sujeto pasivo podía aplicar la deducción del nuevo artículo 36 ter siempre que la totalidad de la renta diferida se integrase en la base imponible de dicho periodo impositivo (apartado 2). Los sujetos pasivos que en el primer periodo impositivo iniciado a partir del 1 de enero de 2002 tuviesen rentas pendientes de integrar en la base imponible, por haberse acogido al régimen de diferimiento del artículo 21, podían incluir en la base imponible de la primera declaración por el impuesto que se presentase a partir del 1 de enero de 2002, total o parcialmente, dichas rentas, aplicando asimismo la deducción prevista en el artículo 36 ter (apartado 3).

El vigente texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades, aprobado en el año 2004, mantiene en el artículo 42 el mismo régimen de la deducción en la cuota íntegra, con matices que ahora no vienen al caso.

Pues bien, habiendo obtenido Sacyr Vallehermoso, S.A., las rentas litigiosas durante el ejercicio 2001, resulta evidente que, en principio, el régimen aplicable, por el juego conjunto de la disposición derogatoria única, apartado 5, y de la tercera transitoria, apartado 1, de la Ley 24/2001, era el del diferimiento por reinversión del artículo 21 de la Ley 43/1995 , quedando sometida la reinversión al mencionado precepto y a la norma reglamentaria que lo desarrollaba (artículo 38 del Reglamento de 1997). No obstante, en la declaración-liquidación del impuesto sobre sociedades de dicho periodo impositivo dijo acogerse a la deducción en la cuota íntegra del artículo 36 ter, en virtud del apartado 3 de la mencionada disposición transitoria tercera, por lo que, «en la base imponible de la primera declaración por este impuesto que se presente a partir de 1 de enero de 2002» (la del ejercicio 2001), incluyó las rentas pendientes de integrar en la misma, que cifró en la totalidad del importe de los beneficios obtenidos con la venta del inmueble del PASEO000 NUM004 - NUM005 (17.168.102,75 euros -en realidad, según consta en la diligencia de 3 de julio de 2007 y salvo error u omisión, durante el ejercicio 2001 la reinversión ascendió a 16.123.676,20 euros-). Es decir, acogiendo a las normas de derecho transitorio de la Ley 24/2001, optó por el

nuevo régimen, el de deducción en la cuota, y, por ello, decidió someterse al marco jurídico que lo preside, es decir, al artículo 36 ter de la repetida Ley 24/2001.

Ahora bien, para poder realizar esa opción previamente tuvo que someterse a las exigencias propias del régimen de diferimiento. Así se obtiene del tenor del apartado 3 de la disposición transitoria que venimos examinando, que se refiere a los sujetos pasivos que tuviesen rentas pendientes de integrar en la base imponible «por haberse acogido a la reinversión de los beneficios extraordinarios prevista en el artículo 21 de la Ley 43/1995». Es decir, debió, en la Memoria de las cuentas anuales de 2001, incluir las menciones a que se refería el artículo 38 del Reglamento del Impuesto sobre Sociedades de 1997, y no lo hizo.

No podemos acoger el argumento de que, es este caso, ello resultaba imposible, porque las cuentas anuales de 2001 se debían formular, a lo más tardar, tres meses después del cierre del ejercicio, esto es, antes de que expirase el mes de marzo de 2002 (no hay ninguna mención en los autos a la existencia de un ejercicio económico distinto del que coincide con el año natural), conforme dispone el artículo 171.1 del texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas, aprobado por Real Decreto legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre (BOE de 27 de diciembre), mientras que la declaración-liquidación del impuesto sobre sociedades de dicho ejercicio 2001, y por lo tanto, la opción por el beneficio fiscal podía realizarse hasta el día 25 de julio de 2002, según se obtiene del artículo 142.1 de la Ley 43/1995. En otras palabras, Sacyr Vallehermoso, S.A., que reinvertió en el propio 2001 los beneficios obtenidos por la venta de su sede, debió acogerse, por decisión del órgano competente, al régimen de diferimiento al aprobar la Memoria de las cuentas anuales, haciéndolo así constar en la declaración del impuesto sobre sociedades de 2001, sin perjuicio de que, en virtud de la opción que le permitía el apartado 3 de la disposición transitoria tercera de la Ley 24/2001, a las sumas pendientes de integrar en la base imponible se les aplicara el régimen de deducción de la cuota íntegra previsto en el nuevo artículo 36 ter.

Alcanzan así todo su sentido los razonamientos de la sentencia impugnada, que no incide en contradicción alguna, pues no reconoce, pese a lo que se arguye en el primer motivo de casación, que la compañía recurrente se acogiera a un régimen (el de deducción) para someter acto seguido su opción al sistema propio de un beneficio distinto (el de diferimiento). La sentencia se limita a aplicar e interpretar el derecho transitorio de la Ley 24/2001, que, ante el cambio de paradigma, pretende a través de su disposición transitoria tercera no perjudicar a quienes se acogieron a un régimen (el de diferimiento), permitiéndoles seguir sometidos a la disciplina del mismo (apartado primero) u optar por el nuevo sistema (el de deducción) a través de dos modalidades (las de los apartados segundo y tercero de dicha disposición, respectivamente). No se ha producido, por tanto, ninguna de las infracciones que se denunciaban en el primer motivo de casación.

Tampoco, y por la misma razón, cabe hablar de incongruencia (que de haber existido habría sido por error y no por omisión), por lo que el último motivo de casación también debe ser desestimado.

Tercero.

Así pues, si quería aplicar el diferimiento por reinversión a los beneficios obtenidos con la venta del inmueble sito en los números NUM004 y NUM005 del PASEO000 de Madrid, Sacyr Vallehermoso, S.A., debió incluir en la Memoria de las cuentas anuales de 2001 las menciones precisas y, después, al autoliquidar el impuesto de dicho ejercicio, optar, como hizo, por la deducción en la cuota íntegra del artículo 36 ter de la Ley 43/1995, incorporado por la Ley 24/2001.

En este punto, no compartimos la tesis de la recurrente de que esa manifestación de voluntad se encontraba implícita en la declaración-liquidación del ejercicio 2001 del mencionado impuesto, con el argumento de que siendo los administradores los competentes para presentar ante la Hacienda Pública ese documento de liquidación, en la opción que realizaron en el mismo se encontraba implícita la voluntad societaria de acogerse al beneficio, que es la finalidad de las menciones en la Memoria que exige el repetido artículo 38 del Reglamento de 1997. Y no compartimos su tesis por la sencilla razón de que el órgano social competente para aprobar las cuentas anuales de 2001 y, por lo tanto, para expresar la voluntad societaria en este punto no es el de administración, sino la Junta General de accionistas, según disponía a la sazón el artículo 212.1 del citado texto refundido de 1989.

Las anteriores reflexiones conducen a la desestimación del segundo motivo de casación.

Cuarto.

Distinto alcance hemos de dar, sin embargo, al tercer motivo del recurso, en el que Sacyr Vallehermoso, S.A., se lamenta de que, tratándose la mención en la Memoria de un requisito formal, la Sala de instancia no considere subsanada la falta con la opción que se realizó al aprobar las cuentas anuales del ejercicio 2002.

Vaya por delante que la compañía recurrente lleva razón al afirmar que, tanto el artículo 38 del Reglamento de 1997, para el diferimiento por inversión, como el artículo 36 ter, apartado 8, de la Ley 43/1995, para la deducción en la cuota íntegra, cuando se refieren a la necesidad de hacer las oportunas menciones en la Memoria de las cuentas anuales hablan de "requisitos formales", mención literal que no deja de ser un indicio de la voluntad del legislador.

No obstante, en relación con el diferimiento nuestra jurisprudencia ha sostenido el carácter sustancial y, por tanto, no subsanable del requisito en cuestión. Como nos recuerda la Administración General del Estado al oponerse al recurso, en las sentencias de 5 de julio de 2011 (casación 3217/07) y 20 de marzo de 2012 (casación 636/08) se ha afirmado ese carácter sustancial. En la primera de las sentencias citadas, hemos razonado que «no cabe desconocer que el goce del beneficio necesitaba de un acto de voluntad del sujeto pasivo, en cuanto tenía que expresar cómo quería aplicarlo, bien por el sistema de los siete años, o bien por el método de amortización (artículo 21.3 de la Ley y 34 del Real Decreto 537/1997). La elección de una u otra opción se debía realizar en el primer periodo impositivo en que procediera la integración de la renta en la base imponible, y elegida una opción, ésta no podía cambiarse en periodos impositivos posteriores. Si el sujeto pasivo no había optado, la renta diferida debía integrarse en la base imponible de acuerdo con la opción de los siete años. Siendo todo ello así, queda justificada la obligación formal de los sujetos pasivos que hubieran optado por la aplicación del régimen de reinversión de beneficios extraordinarios [...] de mencionar en la memoria de sus cuentas anuales, en tanto quede renta pendiente de integrar en la base imponible, los datos relativos al importe de la renta acogida a la reinversión, el método de integración por el que se haya optado, descripción de los elementos materiales en los que se materializó la reinversión, importe de la renta positiva incorporada en la base imponible e importe de la renta positiva que quede por incorporar a la base imponible, precepto que no resulta novedoso, pues viene a concordar con la normativa contable» (fundamento jurídico quinto). En el mismo sentido se pronuncia la segunda sentencia mencionada, en el fundamento jurídico segundo.

Ahora bien, como reconoce el abogado del Estado en el escrito de oposición al recurso, las cosas son bien distintas tratándose de la deducción en la cuota íntegra por reinversión de beneficios extraordinarios del artículo 36 ter de la Ley 43/1995, que se traduce en descontar de ese parámetro el 17 por 100 (u otros porcentajes según los casos) del importe de las rentas positivas obtenidas en la transmisión onerosa de los elementos del inmovilizado que se hubiese poseído al menos un año antes de la enajenación y en el que la deducción se practica en la cuota íntegra correspondiente al periodo impositivo en que se efectúe la reinversión, debiendo mantenerse la inversión durante cinco años (tres años si se trataba de bienes muebles). Por ello, el apartado 8 del precepto exige que los sujetos pasivos hagan constar en la Memoria de las cuentas anuales el importe de la renta acogida a la reducción y la fecha de la reinversión, repitiéndose esta mención en las memoria sucesivas mientras no se cumpla el plazo de mantenimiento.

Como puede apreciarse, las exigencias formales en el caso de la deducción son menos intensas que en el sistema de diferimiento, por la sencilla razón de que ambos beneficios se articulan de forma diversa. En la deducción sólo hay que comprobar la renta beneficiada, que se incorpora a la base imponible en un solo acto, y la fecha de la reinversión, menciones que deben estar presentes durante todo el tiempo en que resulta obligado el mantenimiento de la reinversión. El diferimiento, por su parte, reclamaba conocer, además, la renta diferida, esto es, que queda por incorporar a la base imponible, y el método de su integración en la misma. Pues bien, mientras estos datos, los de diferimiento, pedían necesariamente su análisis en la Memoria de las cuentas anuales, único documento en el que podían asomar, las menciones que exige el artículo 36 ter, apartado 8, se encuentran necesariamente en la declaración-liquidación anual del impuesto (la renta y la fecha de la reinversión).

La consecuencia parece obligada: mientras que la mención en la Memoria y su aprobación junto con las cuentas anuales por la Junta General constituye una exigencia indeclinable para el régimen de diferimiento que, dada su naturaleza y alcance, sólo puede hacerse mediante esa aprobación, resultando insubsanable a posteriori, la falta de los datos relativos a la deducción en la cuota íntegra, que ya aparecen en la declaración del impuesto, y por lo tanto de la voluntad expresa de acogerse al beneficio puede subsanarse mediante una ulterior decisión de la Junta General de accionistas. Recuérdese la doctrina de este Tribunal Supremo con arreglo a la que los defectos formales, en sí mismos considerados, no pueden traer como consecuencia la pérdida de un beneficio fiscal o de un derecho inserto en la relación jurídico-tributaria si, en cualquier caso, mediante su subsanación o por otro expediente

se comprueba la realidad a cuya acreditación o reflejo se enderezan aquellas exigencias adjetivas [véase la sentencia de 5 de enero de 2010 (casación 217/04 , FJ 5º), en relación con gastos amortizable y su correcta contabilización; también puede consultarse la de 10 de mayo de 2010 (casación 1432/05, FJ 3º), respecto al derecho a deducir las cuotas soportadas en el impuesto sobre el valor añadido]. Si se cumplen los requisitos materiales a que se condiciona un beneficio fiscal, debe reconocerse el mismo aun cuando los sujetos pasivos hayan omitido determinadas exigencias formales, pues en tales tesituras la finalidad perseguida ha quedado, al fin y al cabo, satisfecha.

En conclusión, las exigencias formales en orden a la mención en la Memoria de las cuentas anuales tienen distinto alcance en el sistema de diferimiento por reinversión que en la deducción en la cuota íntegra. Así lo reconoce la Administración recurrida al oponerse al recurso, si bien subraya que en el caso debatido se trata del primero y no de la segunda.

La Administración, y la Sala de instancia en cuanto ratifica su criterio en este punto, yerran, pues, si bien Sacyr Vallehemoso, S.A., utilizó el cauce del artículo 21 de la Ley 43/1995 (diferimiento), materialmente se acogió al artículo 36 ter (deducción en la cuota íntegra), por lo que para comprobar si ha cumplido con los requisitos a que se condiciona la ventaja fiscal ha de estarse al régimen jurídico de esta última. Así las cosas, hemos de concluir que el defecto de falta de mención en la Memoria anual de las cuentas del ejercicio 2001 de los datos a que se refiere el artículo 36 ter, apartado 8, de la Ley 43/1995 resultaba subsanable, siendo reparado con ocasión de la aprobación de las cuentas anuales de 2002 (por cierto, cuatro años antes de que la Inspección iniciara el procedimiento de comprobación). Por consiguiente, Sacyr Vallehemoso, S.A., satisfizo las exigencias a que el marco normativo vigente condicionaba la aplicación del beneficio fiscal, procediendo la deducción en la cuota por la que optó en la declaración-liquidación del impuesto sobre sociedades de 2001 y resultando disconforme a derecho la regularización practicada en la liquidación que se encuentra en el origen de este litigio.

Procede, por tanto, estimar el tercer motivo del recurso y casar la sentencia impugnada, sin que llegados a este punto resulte menester examinar y dar respuesta a los motivos que aún no han sido analizados (cuarto a séptimo)."

En el mismo sentido, Sentencia 513/2015, de 14 de septiembre, del TSJ de Aragón, Sección 2ª, en la que se destaca para acreditar la deducción ,que esta figuraba incorporada a la declaración correspondiente, lo que reiteramos, no ha sucedido en el caso enjuiciado.

Esta Sala, ha declarado como recoge la resolución recurrida, en Sentencia de 21 de abril de 2008, recurso 600/2006 , que no cabe aplicar el beneficio discutido, cuando la parte no se acogió a la misma en su declaración de liquidación. Las SSTs de 20 de junio de 2012, RC3421/2010 y de 17 de octubre de 2014, RC 1596/2012 , nada tienen que ver con la cuestión enjuiciada.

Luego ya, de acuerdo con la doctrina jurisprudencial debería desestimarse el motivo, al no haber cumplido esos requisitos la parte, incumplimiento no discutido por la actora.

Pero además, como señala el Abogado del Estado en su contestación a la demanda, existen otras circunstancias para llegar a idéntica conclusión desestimatoria.

a) En lo que hace referencia a la manifestación contenida en el escrito rector de que en el Acta de Disconformidad A02 de fecha 25 de mayo de 2000, con el número NUM006 , por el Impuesto sobre Sociedades del ejercicio 1998, se hablaba de corrección de la contabilidad examinada sin que se hiciera referencia a ninguno de los elementos del inmovilizado, teniendo en cuenta que en aquel período vendió otro inmueble de las mismas características que los transmitidos en el ejercicio enjuiciado, y que conforme al principio de unidad de criterio y contabilización debería aplicarse el mismo criterio al año 2008, procede señalar:

1) Que los ejercicios 1998 y 2006, son dos períodos distintos por lo que pueden existir circunstancias distintas en ambos, especialmente en cuanto a los bienes transmitidos en uno y otro ejercicio.

2) En cuanto a la alegación de la parte, respecto a la situación de los registros contables, tanto en aquel año 1998 como en 2008 y que no presenta anomalías contables; esta Sala y Sección en Sentencia de fecha 3 de diciembre de 2015, recurso 381/2013 , FJ 3, ha señalado respecto de esta cuestión lo siguiente:

"Pues bien, en lo que respecta a la contradicción interna, imposibilidad lógica, o anulabilidad alegadas, radica la contradicción, según el recurrente, en que en los Acuerdos se afirma al tiempo que la contabilidad es correcta y, sin embargo, se considera inapropiada la aplicación del Régimen de Sociedades Patrimoniales.

En relación a este aspecto podemos determinar que, en el presente caso no puede apreciarse esa contradicción interna, contenido imposible o anulabilidad alegados puesto que la referencia que hacen los Acuerdos a la situación de la contabilidad y de los libros registros obligatorios es, exclusivamente, que no se han examinado en su totalidad, habiendo permitido la parte examinada fijar la base imponible en régimen de estimación directa, ya que de lo contrario, la ausencia de contabilidad o la existencia de anomalías sustanciales hubieran determinado, en su caso, la necesidad de acudir subsidiariamente a otro método de estimación. En ningún momento se dice que todos y cada uno de los libros, cuentas y asientos examinados reflejen la realidad, por lo que, en consecuencia, resulta coherente no señalar la existencia de anomalías sustanciales y, al mismo tiempo, hacer constar que no procede la aplicación del Régimen de Sociedades Patrimoniales.

Cabe citar en este sentido la Sentencia de la Audiencia Nacional de 25 de marzo de 2002 , que determina respecto a lo que aquí nos interesa, lo siguiente:

"El hecho de que por la Inspección, al inicio del acta haga constar que «el obligado tributario lleva y conserva los libros y registros contables conforme a la legislación mercantil y fiscal, sin que se haya observado anomalías sustanciales en los mismos», no supone, como pretende la entidad recurrente, que la Inspección quede vinculada, de forma que no pueda disentir de los registros o anotaciones contables practicadas por la sociedad, pues la constatación de ese hecho es a los efectos de la improcedencia de sanción alguna por defectos o anomalías en la contabilidad, no que la contabilidad sea reflejo fiel de la actividad económica de la sociedad y de su repercusión en la correspondiente liquidación del IS, pues, como dispone el artículo 121.1, de la LGT , "la Administración tributaria obligada a ajustar las liquidaciones a los datos consignados en sus declaraciones por los sujetos pasivos".

b) Y el que no se haya impuesto sanción a la recurrente, algo que le beneficia, no significa, que la actuación de la actora sea , en este punto, conforme a Derecho, ni que se tuviera que incoar el Expediente de Conflicto, pues de los hechos enjuiciados ni la Inspección ni esta Sala aprecia los requisitos que dicha institución jurídica precisa.

c) Aunque se advirtiera, y lo decimos a efectos meramente dialécticos, pues ya hemos indicado anteriormente que no procede la deducción, que el terreno constituyese un inmovilizado, y ha sido objeto de urbanización, a la vista de los propios hechos recogidos en la resolución recurrida, Antecedente de Hecho Primero. Punto 4. págs 4 y 5, así como que la transmisión se ha producido en los elementos indicados en el escrito rector, págs. 15 y 16, debe tenerse en cuenta la manifestación obrante en el folio 29 de 32 del Acuerdo de Liquidación en la que se indica: "No obstante, analizadas las autoliquidaciones por el Impuesto sobre Sociedades de los ejercicios 2005 y 2006, se ha comprobado que el saldo de las cuentas de activo de la entidad, en los que se debería haber materializado la inversión que alega, es insuficiente para ser susceptible con deducción sobre las mismas, de cubrir la cuota del Impuesto que se liquida en el presente acuerdo", alegación sobre la que no se pronuncia en ningún momento la recurrente.

Por todo lo expuesto, debe desestimarse el motivo.

Cuarto.

En el segundo, se defiende la exención del artículo 11.4.b) del Convenio entre el Estado Español y la República Federativa de Brasil para evitar la doble imposición y prevenir la evasión fiscal en materia de Impuestos sobre la Renta de 14 de noviembre de 1974, considerando que dicha exención sería aplicable a los importes recibidos en virtud de un derecho de usufructo.

La resolución recurrida, desestima también, dicho motivo, declarando lo siguiente:

" SEGUNDO.- En cuanto a procedencia de la exención prevista en el artículo 11 del Convenio para evitar la Doble Imposición suscrito entre España y Brasil, tal y como detalladamente se expone, el obligado tributario no adquirió directamente los bonos emitidos por el Estado brasileño, sino que la operatoria se llevó a cabo adquiriendo exclusivamente, en fechas cercanas a su vencimiento, el derecho a la percepción de cupones.

Además del derecho al cobro de cupones se adquirieron simultáneamente otros derechos denominados "opciones de incumplimiento del cupón".

En estas operaciones se desembolsa en la fecha de la compra sólo un importe mínimo del precio de compra convenido (tanto del derecho al cobro del cupón como de la obligación de pago para caso de incumplimiento), abonando el resto cuando se cobra el cupón.

Contablemente tales operaciones se registran en las correspondientes cuentas de ingreso y gasto determinando un resultado positivo de 98.968,80 €.

Frente al tratamiento contable de la operación, en el momento de practicar su autoliquidación la entidad no incorporó a la base imponible importe alguno en concepto de ingreso financiero correspondiente al cobro de los cupones, amparándose en la interpretación que realiza del artículo 11.4.b) del Convenio hispano-brasileño, en aplicación del cual practicó un ajuste extracontable negativo de carácter permanente sobre el resultado contable por importe de - 9.896.8979,94 €, produciendo con ello el efecto de excluir de la base imponible el ingreso financiero previamente contabilizado por el importe total del cupón; al tiempo que registra como gasto la totalidad del coste del derecho adquirido más las obligaciones de pago por todo ello una vez percibido el cupón.

Frente al resultado que registra la contabilidad, el juego de computar como gasto la baja del activo y practicar un ajuste negativo por importe de los intereses percibidos, traslada a la base imponible una renta negativa por un importe sumamente elevado, que no se corresponde en absoluto con el resultado económico de las operaciones de bonos brasileños, provocando con ello que deje de tributar por su importe total el beneficio obtenido por la Entidad por importe de 10.977.618,30 €, procedente de la venta de una finca rústica.

Se debe analizar por tanto si el importe percibido por el interesado al vencer los cupones tiene o no la consideración tributaria de intereses a los efectos previstos en el artículo 11.4 b) del CDI, resultando preciso para ello traer a colación la reciente Resolución del TEAC de fecha 5/3/2014, R.G.: 967/12, en la que resolviendo un supuesto idéntico al aquí planteado se reitera la doctrina de este Tribunal (Resolución de 27 de octubre de 2006, RG: 685/05), doctrina confirmada como así se señalará por diversas Sentencias del Tribunal Supremo.

Dice así la Resolución del TEAC de fecha 5/3/2014 R.G.: 967/12 :

«QUINTO.-

Pues bien, la cuestión planteada consiste en determinar la conformidad o no a Derecho de las regularizaciones realizadas por la Inspección relativas a la exención prevista en el artículo 11.4.b) del Convenio Hispano Brasileño para evitar la doble imposición suscrito en Brasilia el 14-11-1974 (BOE de 31-12-1975), si el importe percibido por el interesado al vencer los cupones tiene o no la consideración tributaria de intereses a los efectos previstos en el artículo 11.4 b) del CDI,.

Al respecto hay que comenzar señalando que el referido artículo 11 del Convenio suscrito entre España y la Republica de Brasil, por lo que aquí interesa, señala:

"1. Los intereses procedentes de un Estado contratante pagados a un residente del otro Estado contratante pueden someterse a imposición en este otro Estado.

2. Sin embargo, estos intereses pueden someterse a imposición en el Estado contratante del que proceden, y de acuerdo con la legislación de este Estado, pero el impuesto así exigido no puede exceder del 15 por 100 del importe bruto de los intereses.

(..)

4. No obstante las disposiciones de los párrafos 1 y 2:

(...)

b) Los intereses de la Deuda Pública, de los bonos u obligaciones emitidos por el Gobierno de un Estado contratante o cualquier agencia (inclusive una institución financiera) de propiedad de ese Gobierno solamente pueden someterse a imposición en ese Estado.

5. El término "intereses" empleado en este artículo, comprende los rendimientos de la deuda pública, de los bonos u obligaciones, con o sin garantía hipotecaria y con derecho o no a participar en beneficios, y de los créditos de cualquier clase, así como cualquier otra renta que la legislación fiscal del Estado de donde procedan los intereses asimile a los rendimientos de las cantidades dadas a préstamo."

En el caso que nos ocupa nos encontramos con que el obligado tributario no adquirió directamente los bonos emitidos por el Estado brasileño, sino que la operatoria se llevó a cabo adquiriendo exclusivamente el derecho a la percepción de cupones.

Además del derecho al cobro de cupones, se adquirieron simultáneamente otros derechos denominados "obligaciones de pago en mora vinculados a los derechos sobre el cupón", cuya finalidad era garantizar la percepción del importe íntegro del cupón correspondiente para el caso de incumplimiento por parte del Estado obligado a su pago, debiéndose analizar por tanto, si el importe percibido por el interesado al vencer los cupones tiene o no la consideración tributaria de intereses a los efectos previstos en el artículo 11.4 b) del CDI, resultando preciso para ello traer a colación la Resolución de este Tribunal de 27 de octubre de 2006 (RG: 685/05) en la que se determinó al respecto, lo siguiente:

"TERCERO.- En segundo lugar, se plantea la posible aplicación de la exención contenida en el artículo 11.4 b) del Convenio de Doble Imposición con Brasil a las adquisiciones de títulos (ejercicios 2000 y 2001) y de derechos al cobro de títulos (1998 y 1999) de deuda pública de Brasil. Los hechos expuestos de una forma abreviada son los siguientes:

Durante los ejercicios 1998 y 1999, la reclamante realizó operaciones de adquisición de derechos al cobro de cupones de bonos emitidos por Brasil en fechas próximas a su vencimiento, pagando por el derecho un importe superior al importe del cupón. Estas adquisiciones se contabilizan por la entidad como valores a corto plazo. Al cobro del cupón, contabiliza el cobro como ingreso, dando de baja el cupón con cargo a gastos. Como consecuencia de lo anterior obtiene una rentabilidad negativa (diferencia entre el importe pagado y el cupón cobrado). Igualmente practica en su declaración del Impuesto sobre Sociedades un ajuste negativo al considerar exento el cupón cobrado en virtud del artículo 11.4 b) del CDI. La Inspección elimina dicho ajuste al considerar que lo percibido no debe tener la calificación de interés a los efectos del citado precepto.

A juicio de este Tribunal Central, la cuestión que se debe dilucidar es si el importe percibido por el interesado al vencer los cupones tienen o no la consideración tributaria de intereses a los efectos previstos en el artículo 11.4 b) del CDI. Con carácter previo, es preciso realizar una previa delimitación jurídica y económica de la operación realizada. La emisión de obligaciones o bonos, supone la oferta de un contrato de préstamo que el futuro prestamista (obligacionista) acepta mediante la suscripción (artículo 287 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas); las obligaciones constituyen, así, valores que incorporan o reconocen la deuda que una sociedad contrae con la pluralidad de prestamistas que suscriben la emisión; siendo característica fundamental de las obligaciones su transmisibilidad. La obligación puede considerarse como parte alícuota del préstamo conferido a la entidad emisora, si se contempla en su globalidad, como crédito, en definitiva, que el obligacionista ostenta contra aquélla por el importe que suscribe. El obligacionista goza de una posición jurídica integrada por una diversidad de derechos y obligaciones que conforman el entramado sustancial de la relación jurídica que se entabla entre prestamista y prestatario, y que se define en las características de la emisión. Así, el obligacionista tiene, entre otros, como derecho fundamental el de la restitución del importe prestado. Hacer estas precisiones no es baladí pues la configuración de la posición jurídica del obligacionista va a permitir después diferenciarlo del adquirente del cupón. Siguiendo con los derechos del obligacionista, resalta inmediatamente el de percibir intereses en los términos pactados, por ser el pago de éstos la contraprestación normal a la cesión de un capital por el obligacionista, y la causa del contrato para éste.

El artículo 11 del CDI, referido a los intereses, establece (...)

Tal y como ha resuelto este Tribunal en numerosas ocasiones, hay que negar que el rendimiento obtenido pueda calificarse como intereses de la deuda pública en el sentido del citado artículo 11 del CDI, rebatiendo la argumentación del reclamante. En la emisión de obligaciones, es posible transmitir de forma independiente el derecho a percibir el cupón, si bien la condición de prestamista subsiste en el titular de la obligación. El obligacionista no transmite el título o bono sino uno de sus derechos, el del cobro del cupón, pero ello no implica que el cesionario se convierta en prestamista de la sociedad deudora de los intereses ni puede exigir el reembolso del capital prestado, porque tal posición es exclusiva del obligacionista. Tal independencia permite que las diferencias entre el coste y el importe del cupón a cobrar puedan generar una rentabilidad pero distinta de los intereses que se derivan de la obligación. Tal conclusión ha sido mantenida con anterioridad por este Tribunal Económico-Administrativo Central en un caso idéntico al planteado aquí en , donde se analizó la posición del obligacionista y del cesionario de los cupones y donde se indicó que el obligacionista es el titular de los intereses que le corresponden como acreedor aunque dichos intereses, cuyo derecho queda incorporado a los cupones, sean transmitidos por aquél. De ahí que el obligacionista percibe por una parte un rendimiento explícito generado por la obligación y otro implícito generado por la negociación de los cupones por la diferencia entre el nominal y el efectivamente obtenido del cesionario. El cesionario adquiere elementos patrimoniales que están constituidos por unos derechos segregados del título originario que es la obligación y obtiene el efectivo que se percibe al vencimiento del cupón. Si, como en el presente caso, existe una diferencia entre lo pagado por el cupón y lo obtenido, ello determina una renta negativa para el cesionario. Ello presupone que el adquirente del cupón percibe un valor distinto de la obligación generadora de intereses de la Deuda Pública.

Sentado lo anterior hay que indicar que además el generador del importe cobrado no es el Estado brasileño sino la entidad particular que cede el cupón. Por tanto ni tal rentabilidad tiene su causa en la cesión de capitales al Estado brasileño ni hay una subrogación de personas. Por tanto, el adquirente del cupón no puede gozar de la exención establecida para los intereses de la deuda pública brasileña porque lo percibido no son propiamente

intereses por la cesión de capitales del citado Estado. Otra razón que imposibilita el ajuste negativo practicado por el interesado y la consideración de intereses del artículo 11.4 b) del Convenio con Brasil para poder aplicar la exención es que la entidad recurrente no obtiene rendimiento alguno, sino que, por el contrario, la operación financiera le ha producido una pérdida.

(...)

En consecuencia, este Tribunal considera que no procede el ajuste negativo realizado por la Entidad en los ejercicios 1998 y 1999, y, por lo tanto, que resulta conforme a derecho la regularización realizada por la Administración Tributaria."

Criterio que se ha visto confirmado por el Tribunal Supremo en sentencias tales como las STS de 22-09-2011 (rec. n°. 2565/2010), STS de 10-11-2011 (rec. n°. 5949/2009) y STS de 24-04-2012 (rec. n°. 159/2008), por citar algunas de las más recientes, señalando textualmente la primera de las reseñadas:

«b) Los intereses a los que se refiere el artículo 11.4.b) del CDI con Brasil, atendido a su finalidad, son los que retribuyen la cesión de capital instrumentada, fundamentalmente, a través del contrato de préstamo que comporta la obligación de devolver el capital prestado, además de satisfacer los correspondientes intereses pactados. Dicho préstamo se instrumenta en obligaciones, como es el caso de la deuda pública, que confieren al obligacionista la condición de prestamista y la posibilidad de subrogar a otro en su posición mediante la transmisión del valor que incorpora la obligación. Pero la transmisión del derecho a percibir el cupón de forma independiente a la obligación, reteniendo la condición de prestatario, no transfiere para el cobro de los intereses por el nuevo adquirente del cupón el tratamiento fiscal que resulta de la norma del Convenio que se analiza, sino que los rendimientos que genera son susceptibles de integrarse en la base imponible del impuesto que grava la renta de dicho adquirente.

Dicho en otros términos, el obligacionista que transmite el cupón para el exclusivo cobro de unos determinados intereses devengados no convierte al cesionario en prestamista de la sociedad deudora ni puede exigir el reembolso del capital, produciéndose una diferenciación que explica en el presente caso la inaplicación del artículo 11.4.b) CDI con Brasil porque, además de la anomalía referida del negocio jurídico examinado, el adquirente sólo adquiere un derecho segregado del título originario que no comprende el tratamiento fiscal que corresponde al que con la cesión de capital se convirtió en obligación del Estado brasileño.

En definitiva, como señala la resolución del TEAC, ni la rentabilidad examinada tiene su causa en la cesión de capitales a la República Federativa de Brasil ni hay una plena subrogación subjetiva del cesionario de los bonos con respecto al obligacionista o prestamista».

En esta misma línea se pronuncian las Sentencias de 16 de noviembre de 2009 (PROV 2010, 17013) (rec. cas. núms. 3862/2007 y 5820/2007), FFDD Tercero y Sexto, respectivamente; de 18 de marzo de 2010 (rec. cas. para la unificación de doctrina núm. 154/2005), FD Quinto ; y de 3 de febrero de 2011 (RJ 2011, 523) (rec. cas. núm. 2848/2007), FD Tercero.»

Así las cosas, de acuerdo con lo anterior, no teniendo la consideración de intereses a efectos de la exención contenida en el artículo 11.4 b) del Convenio para evitar la doble imposición suscrito entre España y la República Federal de Brasil los intereses de valores de deuda pública emitidos por el Estado brasileño y satisfechos por quien no es titular del bono sino un mero cesionario del derecho a la percepción del cupón, tal y como sucede en el caso que nos ocupa, no podemos sino desestimar las pretensiones actoras al respecto y confirmar en este punto la liquidación inspectora."

Pues bien, a pesar del esfuerzo argumental del escrito rector, procede asumir íntegramente los razonamientos de la resolución recurrida, recalcando, que ese criterio es el de la Jurisprudencia en estos casos, donde el recurrente adquiere el derecho a la percepción de cupones o las denominadas "opciones del incumplimiento del cupón", pero no los bonos brasileños propiamente dichos, pues ello no implica que el cesionario se convierta en prestamista de la sociedad deudora de los intereses, ni puede exigir el reembolso del capital prestado, ya que tal posición es exclusiva del obligacionista.

Así, respecto del tratamiento tributario de la operación consistente en la adquisición del derecho de usufructo sobre los títulos de Deuda Pública de la República de Brasil y opciones por incumplimiento, la STS de 10 de noviembre de 2011, RC 5949/2009 , que cita, en su apoyo, otras varias, declara en su Fundamento de Derecho Cuarto, lo siguiente:

"CUARTO.- La cuestión de fondo planteada por la entidad mercantil recurrente -esto es, el tratamiento tributario de la operación consistente en la adquisición del derecho de usufructo sobre los títulos de Deuda Pública de la República de Brasil y opciones por incumplimiento- ha sido ya resuelta por esta Sala y Sección en las Sentencias de 20 de octubre de 2008 (rec. cas. núm. 2825/2006); de 16 de noviembre de 2009 (rec. cas. núm. 3862/2007); de 29 de marzo de 2010 (rec. cas. núm. 7552 / 2005); de 3 de febrero de 2011 (rec. cas. núm. 2848 / 2007); de 3 de marzo de 2011 (rec. cas. núm. 4699/2006); de 10 de marzo de 2011 (rec. cas. núm. 5326/2008); de 24 de marzo de 2011 (rec. cas. núm. 4953/2008); 9 de mayo de 2011 (rec. cas. núm. 771/2007); y de 22 de septiembre de 2011 (rec. cas. núm. 2565 / 2010). Sentencias todas ellas en las que hemos establecido la siguiente doctrina:

« QUINTO .- El valor y rango normativo de los Tratados internacionales, conforme al artículo 96 de la Constitución , y su condición de fuente del Derecho tributario no puede cuestionarse, pero tampoco son negadas por la Administración recurrida, ya que de lo que se trata es precisamente de determinar la interpretación correcta del artículo 11 CDI hispano brasileño que, al establecer la exención debatida para los intereses disponía que "el término intereses empleado en este artículo, comprende los rendimientos de la Deuda Pública, de los bonos u obligaciones, con o sin garantía hipotecaria y con derecho o no a participar en beneficios, y de los créditos de cualquier clase, así como cualquier otra renta que la legislación fiscal del Estado de donde procedan los intereses asimile a los rendimientos de las cantidades dadas en préstamo".

Los criterios de interpretación a seguir eran, conforme al artículo 23 LGT/1963 , los reconocidos en Derecho, sin admisión de la analogía para extender más allá de sus términos estrictos el ámbito del hecho imponible o de las exenciones y bonificaciones, y con las siguientes precisiones extraídas de la jurisprudencia de esta Sala, especialmente relevantes al decidir la cuestión suscitada.

a) Debe evitarse una interpretación de las normas tributarias basada en la naturaleza económica del hecho imponible, tal como pone de manifiesto el recurrente. Pero ello no es óbice para que sea necesario examinar la realidad económica de las operaciones contempladas de adquisición de cupones procedentes de bonos emitidos por la República Federativa de Brasil y opciones de incumplimiento y la percepción de los correspondientes intereses, en los concretos términos y circunstancias en que se produjeron. El art. 25.3 de la Ley General Tributaria , tras la redacción dada por la Ley 25/1995, de 20 de julio, suprimió la interpretación económica de las normas tributarias para, entre otras razones, evitar menoscabar el principio de seguridad jurídica; de lo que se trata es de averiguar la verdadera significación jurídica de las instituciones en juego a la luz de los criterios deducidos del art. 3.1 del Código Civil y de la Jurisprudencia de este Tribunal Supremo sobre la interpretación de las normas jurídicas.

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

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

a) que la ventaja fiscal que se pretende sea contraria al objetivo y finalidad de las normas aplicables;

b) que del conjunto de elementos objetivos concurrentes resulte que la finalidad esencial de las operaciones por las que se reclama una exención o minoración de la carga tributaria consista precisamente en obtener tal ventaja fiscal.

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

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

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

Sexto.

Sobre las indicadas premisas, adquiere relevancia el análisis de la realidad económica que efectúa la Administración cuando advierte que las operaciones contempladas tenían una rentabilidad negativa conocida antes de formalizarla con la entidad intermediaria y "nadie acepta razonablemente incurrir voluntariamente en unas pérdidas que [se] sabe va a ser el resultado necesario de la operación, si no se obtiene algo a cambio, que es lo que realmente pretende y le interesa que es un beneficio fiscal. [...]"

Séptimo.

En un plano estrictamente jurídico, nos llevan a rechazar la pretensión de la recurrente las siguientes argumentaciones:

a) Los intereses pueden tener la consideración de frutos civiles, pero no puede compartirse con la entidad recurrente que el negocio jurídico examinado tenga como verdadera causa la constitución de un pretendido usufructo cuando el plazo de duración y el vencimiento de los intereses son de las características contempladas [...]"

b) Los intereses a los que se refiere el artículo 11.4.b) del CDI con Brasil, atendido a su finalidad, son los que retribuyen la cesión de capital instrumentada, fundamentalmente, a través del contrato de préstamo que comporta la obligación de devolver el capital prestado, además de satisfacer los correspondientes intereses pactados. Dicho préstamo se instrumenta en obligaciones, como es el caso de la deuda pública, que confieren al obligacionista la condición de prestamista y la posibilidad de subrogar a otro en su posición mediante la transmisión del valor que incorpora la obligación. Pero la transmisión del derecho a percibir el cupón de forma independiente a la obligación, reteniendo la condición de prestatario, no transfiere para el cobro de los intereses por el nuevo adquirente del cupón el tratamiento fiscal que resulta de la norma del Convenio que se analiza, sino que los rendimientos que genera son susceptibles de integrarse en la base imponible del impuesto que grava la renta de dicho adquirente.

Dicho en otros términos, el obligacionista que transmite el cupón para el exclusivo cobro de unos determinados intereses devengados no convierte al cesionario en prestamista de la sociedad deudora ni puede exigir el reembolso del capital, produciéndose una diferenciación que explica en el presente caso la inaplicación del artículo 11.4.b) CDI con Brasil porque, además de la anomalía referida del negocio jurídico examinado, el adquirente sólo adquiere un derecho segregado del título originario que no comprende el tratamiento fiscal que corresponde al que con la cesión de capital se convirtió en obligación del Estado brasileño". En definitiva, no hay una plena subrogación subjetiva del cesionario de los bonos con respecto al obligacionista o prestamista».

Por lo que se refiere al asunto objeto de este recurso, y con relación al ejercicio 1999, la operación realizada consistió en la adquisición en fecha próxima a su vencimiento, de derechos al cobro del cupón de bonos de la República Federativa de Brasil y opciones de incumplimiento del cupón. Tanto los cupones como las opciones de incumplimiento se adquirieron por cesión de otra entidad y para su financiación se suscribió una póliza de crédito en cuenta bancaria.

Y, como hemos señalado en anteriores ocasiones, es razonable considerar que las operaciones descritas se realizan exclusivamente con una finalidad fiscal, al margen de otra consideración que permitiera incluirlas dentro del ámbito de la "economía de opción".

En consecuencia, la aplicación de la citada doctrina al caso que nos ocupa conduce a la desestimación del segundo motivo de casación."

Y dado que la actora invoca la regularización practicada a la recurrente en el ejercicio 1998, se hace necesario recordar que la misma, y por este mismo motivo, fue confirmada por esta Sala y Sección en sentencia de fecha 21 de enero de 2010, resolución, a su vez, confirmada en STS de 15 de septiembre de 2011, RC 1136/2010.

Procede, ahora, para finalizar el examen del motivo, examinar la petición subsidiaria contenida en las páginas 22 y 23 de la demanda y no con sustantividad propia al igual que sucede con el suplico de la demanda y conclusiones, relativa a que debe aplicarse, como mínimo, la exención al importe neto de la operación (diferencia entre intereses derivados del préstamo y los gastos de la operación) por un importe de 98.968,80 euros, no a los ingresos totales derivados de la operación.

Se cita el Acta A02 NUM007 por el Impuesto sobre Sociedades, ejercicio 2004 de 25 de mayo de 2011 y el Informe que lo acompaña y la resolución del TEAC de 15 /9/2010(R.00/6132/2008).

La cuestión se centra en determinar si el importe de los gastos supera al de los ingresos.

A ese resultado positivo se refiere el Acta NUM000, pág 6 de 12, aunque en dicho documento se indica que "no ha tributado el resultado positivo, obtenido en las operaciones", y si no ha tributado ese resultado, resulta evidente que no puede gozar de exención alguna.

La resolución del TEAC invocada por la parte en su escrito rector se refiere a una cuestión distinta, cual es la relativa a la deducción de los gastos en que haya incurrido el sujeto pasivo a la hora de obtener los ingresos de este tipo de operaciones, tal como se deduce del texto de dicha resolución.

Por todo lo expuesto, procede desestimar el motivo y, por ende, el recurso interpuesto.

Quinto.

Con arreglo al artículo 139.1 de la LJCA procede imponer las costas a la recurrente, conforme al criterio del vencimiento.

FALLO

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

Que debemos DESESTIMAR Y DESESTIMAMOS el recurso contencioso-Administrativo interpuesto por la representación de la entidad Losada 97 S.L contra la resolución del Tribunal Económico Administrativo Central de 11 de septiembre de 2014, a que las presentes actuaciones se contraen, la cual confirmamos en todos sus extremos por ser ajustada a Derecho, con imposición de costas a la recurrente.

La presente sentencia es susceptible de recurso de casación que deberá prepararse ante esta Sala en el plazo de 30 días contados desde el siguiente al de su notificación; en el escrito de preparación del recurso deberá acreditarse el cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 89.2 de la Ley de la Jurisdicción justificando el interés casacional objetivo que presenta.

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

PUBLICACIÓN

Leída y publicada ha sido la anterior Sentencia por el Magistrado Ponente en la misma, Ilmo. Sr. D. JESÚS MARÍA CALDERÓN GONZALEZ estando celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional; 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.