

BASE DE DATOS DE Norma CEF.-

Referencia: NFJ070979

AUDIENCIA NACIONAL*Sentencia de 5 de abril de 2018**Sala de lo Contencioso-Administrativo**Rec. n.º 307/2015***SUMARIO:**

Procedimiento de inspección. Plazo. Dilaciones. Actas de disconformidad. Tramitación. La ampliación del plazo para alegaciones acordada por la Oficina Técnica no supone rectificación de la propuesta contenida en el acta a efectos de notificación y concesión de plazo para alegaciones. Las dilaciones imputadas no exigen que la paralización de actuaciones sea total.

IS. Base imponible. Provisión por depreciación de cartera. A efectos de determinar la diferencia entre los valores teóricos contables de la participada se deben tener en cuenta los valores correspondientes al balance consolidado y previamente a la agregación de los balances es necesario efectuar una homogeneización de manera que se base en idénticos criterios valorativos y de imputación temporal, así como estructura común. Esta necesidad de tener en cuenta los fondos propios consolidados del grupo es independiente de que la sociedad esté obligada o no a formular cuentas anuales consolidadas [Vid., Resoluciones TEAC de 5 de marzo de 2007, (NFJ029267), y de 3 de abril de 2008, (NFJ029259)]. Este criterio es el mantenido por la Consulta 4 del BOICAC 44 de diciembre de 2000, (NFC011807). La homogeneización supone la aplicación de las normas y principios contables españoles al cálculo de los fondos propios consolidados [Vid., STS de 26 de junio de 2000, recurso n.º 7622/1995 (NFJ009941), y de 18 de septiembre de 2002, recurso n.º 6286/1997 (NFJ013336)]. En el caso examinado la principal diferencia entre las normas españolas y las canadienses de la participada se refieren a la imputación de los gastos financieros de la concesión de autopistas, pues mientras las canadienses aplican el principio de devengo en sentido estricto, siendo elevados al inicio y disminuyendo progresivamente, las españolas suponen la correlación con los ingresos, de manera que son más o menos constantes a lo largo de la vida de la concesión. En consecuencia, si bien por las normas de Canadá la entidad tuvo pérdidas, en España habría obtenido beneficios, por lo que no hay lugar a provisión por depreciación. Procede la sanción.

PRECEPTOS:

Ley 58/2003 (LGT), arts. 150, 191, 195 y 211.

RD 1065/2007 (RGAT), art. 188.

RD 1815/1991 (Normas de formulación de cuentas anuales consolidadas), art. 18.

OM de 10 de diciembre de 1998 (Adaptación PGC a las sociedades concesionarias de autopistas), Norma de valoración 7^a.

RD 2063/2004 (Rgto general del régimen sancionador tributario), art. 24.

PONENTE:*Doña Sandra María González de Lara Mingo.***AUDIENCIA NACIONAL**

Sala de lo Contencioso-Administrativo

SECCIÓN SEGUNDA

Núm. de Recurso: 0000307 / 2015

Tipo de Recurso: PROCEDIMIENTO ORDINARIO

Núm. Registro General: 03314/2015

Demandante: FERROVIAL, S.A.

Procurador: D^a MARÍA SALUD JIMÉNEZ MUÑOZ

Letrado: DON CÉSAR FLÓREZ TELLA

Demandado: TRIBUNAL ECONOMICO ADMINISTRATIVO CENTRAL

Abogado Del Estado

Ponente Ilma. Sra.: D^a. SANDRA MARIA GONZÁLEZ DE LARA MINGO

SENTENCIA

Ilmo. Sr. Presidente:

D. JESÚS MARÍA CALDERÓN GONZALEZ

Ilmos. Sres. Magistrados:

D. MANUEL FERNÁNDEZ LOMANA GARCÍA

D^a. CONCEPCIÓN MÓNICA MONTERO ELENA

D^a. SANDRA MARIA GONZÁLEZ DE LARA MINGO

Madrid, a cinco de abril de dos mil dieciocho.

Vi sto por la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, el recurso contencioso-administrativo nº 307/2.015, promovido por la Procuradora Doña María Salud Jiménez Muñoz, en representación de FERROVIAL, S.A. asistido del Letrado Don César Flórez Tella, contra la resolución del Tribunal Económico Administrativo Central, de 5 de febrero de 2015, por la que se estimó parcialmente el recurso de alzada número 00/1689/2012, interpuesta contra la Resolución del TEAR de Madrid de 25 de octubre de 2011, dictada en la reclamación económico-administrativa números NUM003 y NUM004 acumulada, relativas a los siguientes actos administrativos dictados por la Delegación Especial de Madrid: a) Acuerdo de Liquidación nº NUM002 derivado del Acta de Disconformidad A02- NUM001 correspondiente al Impuesto sobre Sociedades de los ejercicios 2003, 2004 y 2005, por importe total a ingresar de 57.419.038,59€, y, b) Acuerdo de Resolución de procedimiento sancionador no de referencia 75560424 (modelo A23) derivado del Acta anterior, por importe total de 11.315.981,21€ respectivamente.

Ha sido parte demandada la ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO, representada y defendida por el Abogado del Estado.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.

Es objeto del presente recurso contencioso administrativo la impugnación de la resolución del Tribunal Económico Administrativo Central, de 5 de febrero de 2015, por la que se estimó parcialmente el recurso de alzada número 00/1689/2012, interpuesta contra la Resolución del TEAR de Madrid de 25 de octubre de 2011, dictada en

la reclamación económico-administrativa números NUM003 y 19199/10 acumulada, relativas a los siguientes actos administrativos dictados por la Delegación Especial de Madrid: a) Acuerdo de Liquidación nº NUM002 derivado del Acta de Disconformidad A02- NUM001 correspondiente al Impuesto sobre Sociedades de los ejercicios 2003, 2004 y 2005, por importe total a ingresar de 57.419.038,59€, y, b) Acuerdo de Resolución de procedimiento sancionador no de referencia 75560424 (modelo A23) derivado del Acta anterior, por importe total de 11.315.981,21€ respectivamente.

Segundo.

Contra dicha resolución interpuso recurso contencioso-administrativo la Procuradora Doña María Salud Jiménez Muñoz, en representación de FERROVIAL, S.A. asistido del Letrado Don César Flórez Tella, mediante escrito presentado el 2 de junio de 2.015 en el Registro General de esta Audiencia Nacional y, admitido a trámite, se requirió a la Administración demandada la remisión del expediente administrativo, ordenándole que practicara los emplazamientos previstos en el artículo 49 de la Ley de la Jurisdicción . Verificado, se dio traslado al recurrente para que dedujera la demanda.

Tercero.

Evacuando el traslado conferido, la Procuradora Doña María Salud Jiménez Muñoz, en representación de FERROVIAL, S.A. asistido del Letrado Don César Flórez Tella, presentó escrito el 23 de septiembre de 2015, en el que, después de exponer los hechos y fundamentos que estimó pertinentes, solicitó a la Sala que dicte:

«(...) Sentencia en la que expresamente, y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 71 de la Ley Jurisdiccional , se declare la nulidad del acto impugnado (por los motivos de forma aducidos y subsidiariamente por los de fondo), o en el caso de que así se entienda oportuno y de manera subsidiaria a lo anterior, la retroacción de actuaciones en lo que se refiere a la correcta determinación de la provisión fiscal deducible de acuerdo a lo indicado en el presente escrito».

Cuarto.

El Abogado del Estado por escrito que tuvo entrada en la Audiencia Nacional en fecha 8 de enero de 2016, tras alegar cuantos hechos y fundamentos jurídicos tuvo por conveniente, contestó la demanda, y terminó por suplicar de la Sala que:

«(...) dicte sentencia desestimando el recurso interpuesto, confirmando los actos recurridos, e imponiendo las costas al actor».

Quinto.

Contestada la demanda y no habiéndose solicitado el recibimiento del juicio a prueba, se concedió a las partes el término sucesivo de diez días para que presentaran sus conclusiones. Trámite evacuado por escritos incorporados a los autos.

Sexto.

Conclusas las actuaciones se señaló para votación y fallo el día cinco de abril de dos mil dieciocho, en que ha tenido lugar.

Ha sido Ponente la Ilma. Sra. Dª SANDRA MARIA GONZÁLEZ DE LARA MINGO , quien expresa el parecer de la Sección.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. -Objeto del recurso.

Es objeto del presente recurso contencioso administrativo, como ya se dijo, la impugnación de la resolución del Tribunal Económico Administrativo Central, de 5 de febrero de 2015, por la que se estimó parcialmente el recurso de alzada número 00/1689/2012, interpuesta contra la Resolución del TEAR de Madrid de 25 de octubre de 2011, dictada en la reclamación económico-administrativa números NUM003 y NUM004 acumulada, relativas a los siguientes actos administrativos dictados por la Delegación Especial de Madrid: a) Acuerdo de Liquidación nº NUM002 derivado del Acta de Disconformidad A02- NUM001 correspondiente al Impuesto sobre Sociedades de los ejercicios 2003, 2004 y 2005, por importe total a ingresar de 57.419.038,59€, y, b) Acuerdo de Resolución de procedimiento sancionador no de referencia 75560424 (modelo A23) derivado del Acta anterior, por importe total de 11.315.981,21€ respectivamente.

Segundo. - Alegaciones y pretensiones de la parte actora.

Pretende la Procuradora Doña María Salud Jiménez Muñoz, en representación de FERROVIAL, S.A. asistido del Letrado Don César Flórez Tella la anulación de la resolución recurrida por cuanto, a su juicio, es contraria a derecho, aduciendo en apoyo de dicha pretensión y en esencia, un breve relato de los hechos que resultan del expediente administrativo.

A continuación, expone como fundamento de su pretensión una serie de Fundamentos de Orden Jurídico Procesal y seguidamente en los Fundamentos Jurídico materiales estructura su defensa en cuatro apartados.

En el Fundamento de Derecho Primero aduce la disconformidad con las dilaciones imputables al obligado tributario.

Expone que la Inspección computa dilaciones a Cintra Concesiones, S.A. en los siguientes períodos:

Fecha inicio: 17-04-2008 - Fecha fin: 28-07-2008 (aportación de documentación).

Fecha inicio: 19-12-2008 - Fecha fin: 03-04-2009 (aportación de documentación).

Fecha inicio: 26-11-2009 - Fecha fin: 03-12-2009 (ampliación plazo alegaciones previas).

Manifiesta que por acuerdo del Inspector-Jefe de 17/12/2008 el plazo máximo de duración de las actuaciones de comprobación e investigación y de liquidación fue ampliado por otros 12 meses conforme a lo establecido en el artículo 150.1 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria .

Refiere que durante las actuaciones inspectoras se han extendido 31 diligencias, 6 correos electrónicos y 4 comunicaciones notificadas en las correspondientes comparecencias en donde ha habido una constante aportación de la documentación solicitada por la Inspección. Esto es, ha habido por parte de los representantes del obligado tributario una intensa actividad de aportación de documentación y colaboración con los actuarios que han seguido la labor inspectora (baste observar el volumen del expediente administrativo), sin que en ningún momento se haya producido un entorpecimiento ni traba en sus actuaciones.

Sorprende al recurrente que se imputen dilaciones cuando entre los períodos computados como dilaciones imputables a la parte, se han producido numerosas comparecencias ante la inspección en las que no se hace constar una inactividad o dilación imputada a la recurrente. En el primer período (17/04/2008- 28/07/2008) constan en el expediente 6 diligencias de constancia de hechos con aportación de documentación. Y en el segundo período (19/12/2008-03/04/2009) constan en el expediente hasta 10 comparecencias recogidas mediante diligencias en las que había aportado la documentación solicitada.

Reitera que el cómputo de las dilaciones imputadas a Cintra, S.A. no es correcto pues, tal y como la jurisprudencia ha indicado, la imputación por parte de la Administración de dilaciones a los obligados tributarios debe limitarse a supuestos que supongan un verdadero retraso o exceso temporal malicioso y negligente que suponga un manifiesto entorpecimiento en el desarrollo de las actuaciones, circunstancia que no ha ocurrido en el presente supuesto.

Cuestiona que la Resolución del TEAC considere que deben desatenderse las alegaciones formuladas por la recurrente sobre las dilaciones que se le imputan, y ello sin realizar argumento alguno distinto a lo ya dicho por la Oficina Técnica en el acto de liquidación. Cita en apoyo de su tesis estimatoria distintas Sentencias de la Audiencia Nacional.

En el Fundamento de Derecho Segundo aduce la caducidad del procedimiento inspector y prescripción de la acción liquidatoria por incumplimiento de las normas de tramitación de las actas suscritas en disconformidad.

Cita y transcribe el artículo 188 del Real Decreto 1065/2007, de 27 de julio , por el que se aprueba el Reglamento General de las actuaciones y los procedimientos de gestión e inspección tributaria y de desarrollo de las normas comunes de los procedimientos de aplicación de los tributos, en su, relativo a la Tramitación de las actas de disconformidad.

Argumenta que en el acuerdo de liquidación emitido por la Jefa de la Oficina Técnica el 30-12-09 se rectifica la propuesta de liquidación contenida en el Acta A02 N° NUM001 sin que se notificara al recurrente la apertura de plazo alguno para presentar alegaciones a la nueva propuesta.

Indica que, entre las modificaciones a la propuesta del actuario de la Inspección, cabe destacar la relativa a la ampliación de las dilaciones imputadas al recurrente pues en lugar de los 207 días a que se refiere el Acta, la Jefa de la Oficina Técnica añade como dilaciones los días correspondientes a la ampliación del plazo de alegaciones al acta (página 24 de la Resolución recurrida), plazo que como ha alegado no puede ser considerado como dilación.

Afirma que la omisión del mencionado plazo no resulta baladí, pues si se hubiere observado dicho plazo de 15 días, además de cumplir con la normativa expuesta, no se hubiere limitando la defensa del recurrente sustrayéndola del derecho a formular alegaciones al acuerdo de rectificación, ya que es durante el desarrollo del procedimiento tributario por los órganos de la inspección donde la parte debió proceder a la defensa de sus intereses legítimos, pues además, como bien dice el TEAR de Madrid en la resolución recurrida en alzada y confirmada por el TEAC, las funciones de los TEA son revisoras y no sustitutivas de las asignadas a la AEAT durante los procedimientos de aplicación de los tributos.

El recurrente defiende que la concesión del plazo de alegaciones al acuerdo rectificativo hubiere supuesto el exceso del plazo máximo de duración de las actuaciones inspectoras en más de 24 meses.

Argumenta que, de no computarse las dilaciones imputadas injustificadamente al contribuyente -explica que por ello se ha solicitado pronunciamiento expreso al respecto al Tribunal-, el plazo de duración de las actuaciones inspectoras habría excedido de 24 meses, puesto que desde la fecha de inicio de las actuaciones inspectoras (15 de enero de 2008) hasta la fecha de notificación de la liquidación derivada del acta, si se hubiere observado el trámite previsto en el artículo 188.3 del Real Decreto 1065/2007 (22 en adelante de enero de 2010), hubiere caducado el procedimiento inspector.

Añade que, caducado el procedimiento inspector, tal y como prevé la Ley General Tributaria, no se considerará interrumpida la prescripción como consecuencia de las actuaciones inspectoras hasta la primera actuación válida con conocimiento formal del interesado. Es decir, el efecto de la mencionada caducidad es la prescripción del derecho de la Administración a liquidar por los ejercicios sujetos al procedimiento inspector en cuestión, es decir, 2003, 2004 y 2005, puesto que la primera actuación que interrumpiría la prescripción de haberse observado el trámite contemplado en el art. 188.2 LGT se produciría en todo caso transcurridos los 24 meses.

En opinión del recurrente procede la declaración de prescripción de los ejercicios objeto de comprobación puesto que: (i) no existen dilaciones imputables al contribuyente, (ii) se ha omitido el trámite establecido en el art. 188.3 LGT y (iii) de haberse otorgado, tal como procedía, el trámite establecido en el art. 188.3 LGT , el Acuerdo de Liquidación habría sido dictado transcurridos 24 meses desde el inicio de las actuaciones con la consecuente caducidad del procedimiento inspector y prescripción de los ejercicios objeto de comprobación.

Con base a lo expuesto, la parte aboga por el principio de economía procesal para el caso de que el Tribunal observase la procedencia de retracción de actuaciones, ya que si se reanudara el procedimiento en el momento procesal infringido, se obtendría idéntico resultado (la prescripción de los ejercicios regularizados), por ello, atendiendo al máximo beneficio con el menor coste jurisdiccional, de prosperar jurídicamente la alegación, considera que la retracción de alegaciones no resultaría viable para la satisfacción de la controversia.

Añade que de estimar el Tribunal que no hay prescripción porque son ciertas las dilaciones imputables (conclusión con que no comparte), entiende que debería declarar la nulidad de las actuaciones dado que la ausencia del trámite contemplado en el art. 188.3 de la LGT ha causado indefensión al recurrente.

El Fundamento de Derecho Tercero lo destina a tratar la a su juicio improcedente interpretación contable y su consecuencia tributaria sobre la dotación de la provisión por depreciación de las participaciones en TORONTO HIGHWAY BV por autopista de TORONTO, SL.

Expone que la Administración cuestionó la propia validez de la provisión de cartera dotada por Autopista de Toronto, S.L.

Explica que Cintra, S.A. (actual Ferrovial, S.A.) forma parte del Grupo Fiscal 217/02 en calidad de dominante. Su actividad principal y la de sus filiales consistían en la promoción y explotación de infraestructuras de transportes.

Asimismo, como sociedad dependiente del mencionado del Grupo Fiscal 217/02 se encuentra la sociedad Autopista de Toronto, S.L., entidad cuya base imponible ha sido regularizada por la Inspección.

Indica que CINTRA, S.A. es propietaria del 100% del capital de Autopista de Toronto, S.L., propietaria a su vez de Toronto Highway BV (entidad con domicilio fiscal en Holanda), que posee una participación del 67,09% en el capital de la sociedad canadiense 407 International INC, (anteriormente denominada, Ontario Inc).

Aduce que 407 International INC adquirió el 100% del capital de 407 ETR CONCESSION COMPANY LTD (anteriormente denominada, Ontario Transportation Capital Corporation "OTC"), titular de la Autopista 407 ETR Toronto, a la Provincia de Ontario, cuando la autopista que esta sociedad gestiona (Autopista de Toronto 407 ETR, anillo de la ciudad de Toronto) ya estaba construida y en explotación, acordándose adicionalmente la realización de obras adicionales de ampliación de un carril de la misma. La adquisición de las acciones de la 407 ETR Concession y las referidas obras adicionales se financiaron parcialmente con capital de la sociedad adquirente aportado por los socios y, en su mayoría, con deuda bancaria.

Destaca el hecho de que la autopista ya estaba construida en el momento de la adquisición de las participaciones de la sociedad 407 ETR Concession y que dicha construcción fue financiada con las aportaciones de capital público suministrados por la Provincia de Ontario, propietaria en dicho año 1998 de la sociedad concesionaria. Es por ello que en el momento de adquisición de la referida sociedad concesionaria 407 ETR, ésta no disponía de deuda financiera y, por ende, gastos financieros que pudieran ser activados.

Relata que con posterioridad y con motivo de la salida a Bolsa del Grupo Cintra, en el ejercicio 2004, CINTRA compró a Autopista de Toronto, S.L. el 100% de la participación de ésta en Toronto Highway BV.

Afirma que, en dicha fecha de venta, Autopista de Toronto, S.L. tenía valorada contablemente su participación en Toronto Highway BV en 353 millones de euros, menos una provisión por depreciación de 228 millones (valor neto contable 125 millones de euros), que es la provisión que se cuestiona en las presentes actuaciones de la Administración. Dicha enajenación de las acciones de Toronto Highway BV supuso la anulación de la inversión en el balance de Autopista de Toronto, S.L. y de la provisión de cartera que tenía ya constituida.

Informa que la sociedad concesionaria 407 ETR Concession Company LTD era titular de la concesión para la explotación de la Autopista 407 ETR Toronto que estaba construida en su totalidad y abierta al tráfico (en explotación) en la fecha de compra de la participación por parte de la recurrente en el ejercicio 1999.

Relata que Cintra Canadá INC fue constituida en 2003 mediante la aportación de 407 International INC.

Destaca que el TEAC dedica todo su Fundamento de Derecho Octavo a negar eficacia jurídico-probatoria a los Dictámenes aportados por la parte así como de toda la documentación y argumentación aportada en cuanto a cómo debe realizarse la homogeneización contable (si es el caso) en base a que no fue aportada a la Inspección, aduciendo que se han introducido hechos nuevos y a que los datos y criterios aportados por la recurrente no han podido ser valorados ni contratados por la Inspección, y, a mayor abundamiento, no accede, tan siquiera, a la retroacción de actuaciones a fin de que se recalculara la provisión correspondiente si se daba el caso. Bajo dicha premisa ni tan siquiera entra a valorar si lo indicado por la recurrente y por los informes periciales aportados es correcto a su entender. Aduce que fue el propio obligado tributario el que proporcionó en el curso de las actuaciones la homogeneización de los balances y cuentas de resultados a los criterios contables españoles y que, en definitiva, se introduce una cuestión absolutamente nueva.

Indica que el TEAC insiste en que fue el propio obligado tributario el que proporcionó en el curso de la actuaciones la homogeneización de balances y cuentas, pero alega que dicha información fue facilitada tal y como se indicó a la propia inspección de manera estimativa y en todo caso, suponía una cuestión de calificación contable que puede o no ajustarse a la norma, no una cuestión fáctica ni documento oficial, formal o que el contribuyente esté obligada a formalizar, que deba darse por sentada como correcta sin cuestionamiento alguno pues es la Inspección (y no el contribuyente) -y esta importante conclusión es la que diferencia el presente caso de los contenidos en la jurisprudencia aducida por el TEAC al efecto- quien sosteniendo el criterio de que debe procederse a homogeneizar según norma española practique dicha homogenización interpretando y aplicando por sí misma la norma contable. Afirnar lo contrario conllevaría afirmar que toda calificación o interpretación de la norma sea contable o de otra índole facilitada por el contribuyente no debería ser cuestionada sino dada como hecho fáctico incuestionable.

Informa al Tribunal que el contribuyente fue objeto de Inspección por la Dependencia Regional de Inspección por el concepto Impuesto sobre Sociedades correspondiente a los ejercicios 2000 y 2001, derivando dicha comprobación en una Diligencia A04- 70047620 con resultado de comprobado y conforme (obra copia de la mencionada Acta en el expediente administrativo). En dichas actuaciones inspectoras, la dotación por la provisión

por depreciación de su participación en Toronto Highway BV por parte de Autopista de Toronto, S.L. para los ejercicios 2000 y 2001 fue considerada correcta y no fue objeto de regularización por parte de la autoridad inspectora, admitiendo los criterios fiscales y contables adoptados por la recurrente, que ahora son cuestionados mediante la regularización propuesta en la liquidación recurrida.

Relata que la Inspección considera que Autopista de Toronto, S.L. debía tener en cuenta para dotar la provisión por depreciación de las participaciones en la sociedad holandesa (Toronto Highway BV) los fondos propios consolidados del grupo formado por la propia Toronto Highway BV con todas sus sociedades dependientes, y ello, independientemente de que la sociedad no estuviera obligada legalmente a formular cuentas anuales consolidadas.

Afirma que, en este caso concreto, esta cuestión no es diferencial, como más adelante expondrá, ya que los fondos propios individuales y consolidados de Toronto Highway BV son sustancialmente iguales debido a las particularidades de las normas contables holandesas y del caso concreto.

Aduce que la Inspección continúa manifestando que Autopista de Toronto, S.L. debió proceder a calcular los fondos propios consolidados del grupo dominado por Toronto Highway BV de acuerdo con los principios y normas de valoración establecidos en el Código de Comercio, Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas, Plan General de Contabilidad y demás legislación que le sea específicamente a efectos de determinar si sus participaciones en esta sociedad habían disminuido su valor o no.

Argumenta que, en base a esta postura, si Autopista de Toronto, S.L. hubiera aplicado el criterio contable correcto para dotar las provisiones por depreciación de sus participaciones en la sociedad Toronto Highway BV no debería haber dotado ni deducido provisión por depreciación alguna.

Por tanto, el diferente posicionamiento contable que mantiene el obligado tributario y la Agencia Tributaria tiene como consecuencia una regularización tributaria que conlleva una elevada cuota a ingresar, al considerar que la citada provisión por depreciación al no estar correctamente contabilizada, tampoco puede ser considerada fiscalmente deducible en base al artículo 19.3 Ley del Impuesto sobre Sociedades .

Sostiene que, según criterio administrativo, hay un doble incumplimiento por parte de Autopista de Toronto, S.L. en el cálculo de la provisión por depreciación de las participaciones en la sociedad Toronto Highway BV:

1) Que Autopista de Toronto, S.L. debiera haber calculado la citada provisión en función de los fondos propios consolidados de la sociedad Toronto Highway BV.

2) Y debió proceder a calcular los fondos propios consolidados de la Toronto Highway BV de acuerdo con los principios y normas de valoración establecidos en el Código de Comercio y demás normativa española, es decir, debió practicar los ajustes de homogeneización al objeto de adecuarlos a los criterios contables del PGC español.

Reitera que la práctica contable utilizada por Autopista de Toronto, S.L. tomando los fondos propios resultantes de las cuentas anuales individuales de la sociedad participada a efectos del cálculo de la provisión por depreciación ha sido confirmada por la propia doctrina del Tribunal Económico Administrativo Central que en sus Resoluciones de fecha 15 de marzo de 2007 (20073T/2007\947) y de fecha 3 de abril de 2008 (200800/3599/2006) ha manifestado que la provisión deberá tener en cuenta el balance individual de la sociedad participada a efectos de determinar la deducibilidad fiscal de la misma.

Manifiesta que aun considerando que debieran tomarse a los efectos del cálculo de la provisión por depreciación, los fondos propios consolidados, como consecuencia de la normativa contable establecida en Holanda y el hecho de que su participada ha generado reiteradamente pérdidas contables, no existen diferencias sustanciales entre los fondos propios individuales y consolidados, sin considerar los ajustes de homogeneización por las siguientes causas:

1) En ambos casos, contabilidad individual y consolidada, se produce una integración de los resultados consolidados de las sociedades dependientes en la sociedad holandesa; esto es, las sociedades filiales tienen en los años objeto de inspección resultados negativos y la integración de dichas pérdidas a nivel consolidado coinciden en suma con la provisión registrada por la sociedad Toronto Highway BV en sus cuentas individuales. Si las filiales hubieran obtenido un resultado positivo, esta igualdad no se hubiera producido, pero no es este el caso de las filiales de Toronto Highway BV.

2) En ambos casos, surgen diferencias por la valoración a tipo de cambio de cierre de los activos en moneda extranjera. En el consolidado se registran diferencias de conversión por la valoración de los activos y pasivos en moneda extranjera de las sociedades consolidadas a tipo de cambio de cierre.

3) El fondo de comercio que se amortiza a nivel consolidado, de acuerdo con la normativa contable holandesa se registra también en el balance individual, por lo que no existe tampoco un impacto diferencial en los fondos propios.

Cuestiona los ajustes de homogeneización al objeto de adecuarlos a los criterios contables del PGC español, esto es, si deben ser las normas y principios contables españoles los que se apliquen para calcular los fondos propios consolidados/individuales de Toronto Highway BV.

Indica que Autopista de Toronto, S.L. cuantifica la provisión de cartera de su participación en Toronto Highway BV como diferencia entre el precio de adquisición de las participaciones o su valor neto contable y los fondos propios individuales de esta, sin constatar si estaban homogeneizados con la normativa española.

Dice que el Tribunal Supremo en Sentencias de 26 de junio de 2000 y de 18 de septiembre de 2002 (RA2002\8347) ha manifestado que la base imponible obtenida a efectos del Impuesto sobre Sociedades español por una sucursal radicada en un país con Convenio de doble imposición, debe ser el mismo que se establezca con arreglo a la legislación de aquel país y se admita por su Administración tributaria, sin que la Hacienda Pública española pueda realizar imputaciones o ajustes a aquella base imponible.

Sostiene que aplicando dicha jurisprudencia al caso aquí discutido, en el que hablamos de una entidad mercantil (no sucursal) con domicilio en Holanda (país con el que España tiene suscrito Convenio de Doble Imposición), la determinación de su base imponible/fondos propios debe ser calculado conforme a la normativa holandesa sin que la Hacienda Pública española pueda realizar imputaciones o ajustes a aquella base imponible al tener que considerar a esta entidad como una empresa distinta y separada de su matriz, cuyos beneficios han de serle imputados con total independencia y con arreglo a la legislación de aquel país, debiendo ser considerada como si fuera una empresa holandesa a estos efectos.

Argumenta que Autopista de Toronto, S.L. dotaba una provisión por depreciación de cartera teniendo en cuenta el valor de los fondos propios individuales de la sociedad holandesa, que son similares a los fondos propios consolidados, sin considerar las normas contables españolas a los efectos de su homogeneización.

Indica que en este caso, las pérdidas de Toronto Highway BV provienen (i) de la dotación de una provisión por depreciación de esas participaciones, que tiene su origen en las pérdidas consolidadas de 407 International INC, de conformidad con principios contables canadienses; (ii) de la amortización del fondo de comercio incluido en el precio de adquisición de las participaciones de 407 International INC y (iii) de diferencias de conversión por cambio de valor de la inversión en ésta, principalmente.

Reconoce que Toronto Highway BV es una sociedad tenedora de participaciones, que posee, a través de 407 International INC, el control de 407 ETR Concession, sociedad concesionaria de la Autopista 407 ETR Toronto, que en el caso de tratarse de una sociedad concesionaria española debiera aplicar el Plan sectorial de autopistas y que por tanto, los fondos propios de Toronto Highway BV a efectos de la valoración de esta participación debieran ser homogeneizados con la normativa española y calcularse con base a criterios contables recogidos en la mencionada Adaptación sectorial del PGC de 6.

Afirma que según la Inspección, y así lo ha puesto de manifiesto el Acta (15/28), la principal diferencia entre las normas contables de Canadá y Holanda y las que rigen en España a la hora de practicar los ajustes de homogeneización a criterios de normativa española radica en el criterio que unas y otras establecen para la imputación temporal de los gastos financieros derivados de la financiación de la autopista que afecta a las cuentas de la sociedad holandesa (Toronto Highway 8V) y dependientes canadienses (407 International INC y 407 Concession Company).

Critica que la Inspección que no discrimina los gastos financieros provenientes de la deuda financiera que son destinados a la inversión en la mencionada autopista de aquellos que proceden de deuda destinada a otros fines (tales como adquisición de la participación, financiación de la actividad ordinaria de la sociedad o financiación de la política de dividendos). Al contrario, la Inspección entiende que "todos" los gastos financieros deben ser activados conforme a normativa española y esto en opinión del recurrente no es correcto.

En el sentir de la recurrente únicamente deben ser activados los gastos financieros devengados, provenientes de la deuda externa asumida, siempre que se hubiera dedicado a la construcción, ampliación o mejora de la Autopista 407 ETR Toronto.

En palabras del recurrente, está probado que, en la fecha de adquisición por parte de la sociedad canadiense 407 International INC de la sociedad concesionaria 407 ETR Concession Company LTD, ésta ya era titular de la Autopista 407 ETR Toronto, que estaba ya construida en su totalidad y abierta al tráfico.

De acuerdo con lo anterior, queda patente que la deuda externa asumida por la sociedad 407 International Inc. (anteriormente denominada Ontario Inc.), una vez era propietaria del 100% de la 407 ETR Concession, en ningún caso van destinadas a la construcción de la autopista por la simple razón de que la misma ya estaba construida como ha quedado probado.

A mayor abundamiento, señala que tanto el capital aportado por los socios como la financiación asumida frente a terceros por la sociedad 407 International Inc. tenía dos fines: 1) adquisición de la participación de la sociedad concesionaria 407 ETR Concession y 2) inversión en la construcción del carril adicional en la propia autopista, construido principalmente en los años 2000 y 2001.

El Fundamento de Derecho Cuarto lo destina a tratar sobre la nulidad de la resolución sancionadora.

Indica que ha prescrito el derecho a comprobar y liquidar los ejercicios objeto de regularización, por lo que lógicamente deviene nulo por prescrito a su vez el acuerdo sancionador.

Sostiene que no se tiene en cuenta por parte de la Administración que el recurrente ha realizado una interpretación razonable de la norma tributaria excluyente de toda responsabilidad en materia de infracciones tributarias (artículo 179.2 d LGT).

Aduce que los hechos que pretenden ser sancionados no fueron objeto de responsabilidad punitiva en actuaciones inspectoras realizadas en los ejercicios 2000 y 2001 (Diligencia A04- 70047620). De hecho, la dotación de la referida provisión de cartera fue deducida fiscalmente en ejercicios anteriores, siendo objeto de inspección por parte de las autoridades fiscales y no fue objeto de sanción, que se ha facilitado a la Inspección cuantos datos fueron requeridos, que los hechos económicos que originaron el Acta no fueron objeto de occultación ya que constan en los registros de la sociedad. De hecho, era una provisión fiscal conocida por la Inspección en años anteriores, que, de conformidad con el acta de inspección, la situación de la contabilidad y registros obligatorios a efectos fiscales del obligado tributario es correcta.

Añade que la actuación de la recurrente en la cuestión aquí discutida ha sido avalada por D. Virgilio , Catedrático de Economía Financiera y Contabilidad en la Universidad de Zaragoza y D. Bernabe , Catedrático de Economía Financiera y Contabilidad en la Universidad de Sevilla, profesionales de dilatada experiencia en el área de Contabilidad y Finanzas, mediante Dictamen de Experto independiente.

Tercero.

El Abogado del Estado en su escrito de oposición comienza sintetizando la tesis de la recurrente, y se opone a la estimación de la demanda aduciendo que ésta es una reiteración de las alegaciones efectuadas en el recurso de alzada presentado ante el TEAC.

Destaca que la demanda es mera copia literal exacta de las alegaciones presentadas en el recurso de alzada interpuesto ante el TEAC, y que las únicas diferencias consisten en haber suprimido algún párrafo referido al TEAR de Madrid, y en haber añadido la página 26, dos párrafos de la página 28, un párrafo de la página 34, cuatro líneas de la página 36, el párrafo final de la página 38, el párrafo final de la página 56, y en que en la página 61 se salta desde la página 58 a la 62 del recurso de alzada.

En opinión del Abogado del Estado la propia resolución del TEAC ya contestó a la demanda. Esta posición procesal supone, en todo lo demás, una conformidad con lo expuesto por el TEAC, por cuanto que no se discute ni rebaten sus afirmaciones, que quedan consentidas.

Afirma que, así lo han entendido las sentencias de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional de fecha 24 de noviembre de 2011, dictada en el recurso 2/448/2008 , y de 19 de diciembre de 2011, dictada en el recurso 7/539/2010 . En igual sentido la sentencia de 20 de septiembre de 2012, dictada en el recurso 2/407/2009 .

Aduce que no discutiéndose la resolución del TEAC, procede desestimar la demanda.

Expone que en la demanda se invoca el artículo 188.3 de la Ley 58/2003 para sostener que, si se hubiese aplicado, se habría sobrepasado el plazo legal de duración del procedimiento, que habría dejado de tener efecto interruptivo y, por consiguiente, se habría incurrido en prescripción.

Alega que dado que las normas (en este caso el artículo 150 de la Ley 58/2003) se aplican sobre hechos ocurridos y probados, procede rechazar sin más el argumento de la demanda, que se fundamenta en hipótesis supuestas de hechos no ocurridos.

Argumenta que el artículo 188.3 ni tenía que aplicarse ni se ha infringido. Dicho precepto parte de que el órgano liquidador acuerde la rectificación de la "propuesta" de liquidación contenida en el Acta. La demanda invoca

a este efecto el cómputo del plazo de prórroga de alegaciones, que recoge la liquidación pero no el Acta, como dilación imputable al recurrente.

Sostiene que dicho cómputo no es una rectificación de la propuesta de liquidación, pues en nada altera la liquidación, sino una mera constancia de actos de trámite, que además no puede recoger el Acta por ocurrir con posterioridad.

Cuarto.

Un examen de los autos y del expediente administrativo pone de manifiesto, entre otros hechos, relevantes para la resolución de la causa que:

A. - Hechos previos a la incoación del expediente administrativo.

1º .- Actividad principal de CINTRA y de sus sociedades filiales consiste en la promoción y explotación de infraestructuras de transporte (autopistas de peaje).

Durante los años 2003 a 2005 el Grupo mercantil CINTRA era titular de concesiones o contratos de operación sobre más de 1.600 kilómetros repartidos entre 16 autopistas de peaje situadas en 5 países: España, Portugal, Irlanda, Chile y Canadá. Pese a la diversificación de su negocio, la autopista que, con diferencia, proporcionaba más ingresos al Grupo era la H407 ETR: autopista de peaje que circunvala la ciudad de Toronto, en la Provincia de Ontario, Canadá.

En este sentido, según el folleto informativo elaborado por la empresa con motivo de su salida a bolsa en el año 2004 (página 18 del Capítulo 0):

"A pesar de que las sociedades concesionarias de CINTRA operan en 16 autopistas de peaje en 5 países, en 2003 la sociedad concesionaria de la 407 ETR generó un 43,7% de su cifra total de ingresos y un 56,6% de sus resultados de explotación".

2º .- La historia de la concesión de la H407 ETR era la siguiente (página 35 del Capítulo IV del folleto informativo):

1º La Provincia de Ontario constituyó a finales de la década de los 90 la Sociedad de Capital de Transporte de Ontario (OTCC), empresa pública cuyo objeto era desarrollar y financiar la parte central de la autopista 407 ETR.

2º En 1997, OTCC comenzó la explotación de la autopista.

3º Con la finalidad de reducir su nivel de endeudamiento, la Provincia de Ontario decidió privatizar la autopista 407 ETR. El proceso de privatización comenzó con la promulgación en 1998 de la Ley de Carreteras 407.

4º Gracias a la ley anterior, la Provincia de Ontario pudo:

- transformar la empresa pública OTCC en la sociedad "H407 ETR CONCESSION COMPANY LTD" y

- otorgar a favor de esta sociedad una Concesión y un Acuerdo de Arrendamiento de Terrenos con una duración de 99 años para la explotación de la autopista ya construida (el tramo central) y para la construcción y explotación de dos tramos más.

5º A principios de 1999, la Provincia de Ontario procede a privatizar la sociedad anterior mediante la venta, en subasta, de todas sus acciones.

6º El 17 de marzo de 1999, para acudir a la subasta, CINTRA SA constituyó, junto con otros socios, la sociedad "407 INTERNACIONAL INC".

7º El 5 de mayo de 1999, "407 INTERNACIONAL INC" resultó adjudicataria del 100% de la sociedad concesionaria de la H407 ETR ("H407 ETR CONCESSION COMPANY LTD"):

407 INTERNACIONAL INC
100%
ETR CONCESSION LTD

CINTRA SA ostentó las siguientes participaciones indirectas, estos es, a través de otras sociedades, en "407 INTERNACIONAL INC":

Mil es de euros 2002 2003 2004 2005

Participación indirecta a 31/12 67,09% 67,09% 53,23% 53,23%

La disminución del porcentaje de participación en la sociedad en "407 INTERNACIONAL INC" se debió a que el 23/09/2004 el Grupo CINTRA celebró un contrato de permuta con el Grupo MACQUARIE por el que aquél entregaría a éste el 13,87% del capital de "407 INTERNACIONAL INC" a cambio de recibir el 11,99% de las acciones de la propia CINTRA SA, operación que formaba parte del conjunto de acuerdos que tenían por objeto que el grupo MACQUARIE abandonara el accionariado de CINTRA SA y la simultánea salida a bolsa de las acciones de esta última, tal y como se explica en los apartados cuarto y siguientes.

Las participaciones transmitidas (el 13,87%) fueron valoradas en 527 millones de euros, lo que significaba que el valor total de "407 INTERNACIONAL INC" ascendía a 3.800 millones. Dado que el Grupo CINTRA ostentaba antes de la permuta descrita en el párrafo anterior el 67,09% del capital de "407 INTERNACIONAL INC", el valor de mercado de dicha participación era de 2.552 millones de euros, más de seis veces el precio de adquisición pagado por el Grupo CINTRA: 436 millones de euros.

3º .- Hasta el 23/09/2004 , fecha en que se celebraron los acuerdos a los que hemos hecho referencia en el apartado anterior, la participación indirecta de CINTRA en "407 INTERNACIONAL INC" (sociedad dominante del subgrupo propietario de la concesión en la autopista canadiense) se ostentaba a través de las siguientes sociedades:

- CINTRA CANADA INC: sociedad canadiense propietaria del 67,09% del capital de U407 INTERNACIONAL INC".
- TORONTO HIGHWAY BV: sociedad holandesa titular del 100% del capital de CINTRA CANADA INC.
- AUTOPISTA DE TORONTO SL: sociedad española titular del 100% del capital de TORONTO HIGHWAY BV.

Por último, el 100% del capital de AUTOPISTA DE TORONTO SL pertenecía directamente a CINTRA SA.

Por tanto, la cadena de sociedades a través de las cuales CINTRA participaba en la explotación de la autopista canadiense hasta el 23/09/2004 era la siguiente:

CINTRA SA
100%
AUTOPISTA TORONTO SL
100%
TORONTO HIGHWAY B
100%
CINTRA CANADA INC
67%< /o:p>
407 INTERNACIONAL INC
100%
ETR CONCESSION LTD

Las sociedades AUTOPISTA DE TORONTO SL, TORONTO HIGHWAY BV y CINTRA CANADA INC eran sociedades holding cuya única participación es la que se muestra en el cuadro anterior.

AUTOPISTA DE TORONTO SL ostentaba la participación en TORONTO HIGHWAY BV desde la constitución de esta entidad, lo que implicaba que en el precio de adquisición por el que aquélla tenía contabilizada la participación en ésta no existieran plusvalías tácitas o fondos de comercio financieros.

El 23/09/2004, AUTOPISTA DE TORONTO SL tenía contabilizada su participación en la referida sociedad holandesa por 353 millones de euros menos una provisión por depreciación de 228 millones (luego el valor neto contable era de 125 millones), no obstante, su valor de mercado ascendía a 2.552 millones de euros, toda vez que el principal activo de la entidad holandesa era la participación del 67,09% de las acciones de la sociedad canadiense "407 INTERNACIONAL INC".

Por su parte, CINTRA CANADA INC era una sociedad constituida el 18 de febrero del año 2003 y disuelta el 23 de septiembre del 2004. Por tanto, fuera de este lapso de tiempo el capital de "407 INTERNACIONAL INC" perteneció directamente a TORONTO HIGHWAY BV.

Desde el año 2002 CINTRA SA tributa en el Impuesto sobre Sociedades aplicando el régimen de consolidación fiscal.

En este sentido, pese a que todas las sociedades enumeradas en el presente punto estaban incluidas en el grupo mercantil del que CINTRA era la sociedad dominante, solamente formaban parte del grupo fiscal las residentes en territorio español, esto es:

- CINTRA SA, como sociedad dominante, y
- AUTOPISTA TORONTO SL, como sociedad dependiente.

Por tanto, y desde un punto de vista fiscal, solamente las operaciones efectuadas entre estas dos sociedades tenían la consideración de operaciones internas o intragrupo a efectos de su eliminación o incorporación en la base imponible del grupo fiscal.

4º .- En el año 2004, la sociedad CINTRA SA procede a realizar los trámites necesarios para que sus acciones pasen a cotizar en las Bolsas de Valores de Madrid, Barcelona, Bilbao y Valencia, así como para su incorporación al Sistema de Interconexión Bursátil Español (Mercado Continuo).

Hasta su salida a bolsa, las acciones de CINTRA SA pertenecían a dos accionistas:

- FERROVIAL INFRAESTRUCTURAS SA, quien era propietaria del 60% del capital.
- MACQUARIE INFRASTRUCTURE (Luxembourg) SA, quien era titular del 40% restante.

La salida a bolsa se llevó a cabo mediante una oferta pública de suscripción y una oferta pública de venta simultáneas.

El folleto informativo fue inscrito en el registro de la CNMV el 08/10/2004. Las acciones de CINTRA SA comenzaron a cotizar el 27/10/2004.

5º .- Con carácter previo a la salida a bolsa, el 23/09/2004 se celebraron los siguientes acuerdos cuya eficacia quedó condicionada al éxito final de las ofertas mencionadas :

I. -Permuta celebrada entre el Grupo MACQUARIE y CINTRA SA por la que:

a) El Grupo MACQUARIE entregaba a CINTRA SA acciones de ésta última que representan el 11,99% de su capital valoradas en 527.560.000 euros (527,5 millones).

CINTRA SA utilizó las acciones propias recibidas de la siguiente manera:

- el 7,87% del capital fueron permutadas con FERROVIAL INFRAESTRUCTURAS SA;
- el 4,12% restante fue enajenado en la oferta pública de venta.

b) Como consecuencia de esta permuta CINTRA SA entregaba al Grupo MACQUARIE el 13,87% de las participaciones en la sociedad "407 INTERNACIONAL INC" valoradas también en 527.560.000 euros.

Dado que CINTRA SA no era la propietaria directa de las participaciones en la sociedad canadiense "407 INTERNACIONAL INC", sino que las mismas se ostentaban a través de tres sociedades holdings (una española, una holandesa y otra canadiense, tal y como se refiere en el punto tercero), dicha sociedad celebró el mismo 23/09/2004 una serie de acuerdos con sus filiales en orden a adquirir la referida participación del 13,87%.

Estos acuerdos celebrados entre CINTRA SA y sus filiales se reflejan más adelante.

II .- Permuta celebrada entre FERROVIAL INFRAESTRUCTURAS SA y CINTRA SA:

CINTRA SA utilizó parte de las acciones propias recibidas del Grupo MACQUARIE, para permutarlas con su socio FERROVIAL INFRAESTRUCTURAS SA. Concretamente, las prestaciones derivadas de esta segunda permuta para cada una de las partes fueron:

a) FERROVIAL INFRAESTRUCTURAS SA entregó a CINTRA SA las siguientes acciones valoradas en su conjunto en 346.187.012 euros:

- El 99% de CINTRA APARCAMIENTOS SA.

- El 50% de AUTOPISTA DE LEVANTE SA.

b) CINTRA SA entregó a FERROVIAL acciones de la propia CINTRA representativas del 7,87% de su capital, valoradas en 346.187.012 euros, las cuales fueron adquiridas del grupo MACQUARIE a través del primer contrato de permuta citado más arriba.

Como consecuencia de los contratos de permuta descritos en el apartado anterior, el capital de CINTRA SA, antes de su salida a bolsa, estaba repartido de la siguiente manera:

- Grupo MACQUARIE: 28,01% del capital.

- FERROVIAL INFRAESTRUCTURAS SA: 67,87% del capital. - CINTRA SA: 4,12% del capital.

6º.- Operación de permuta entre CINTRA SA y el Grupo MACQUARIE de 23/09/2004, aquélla transmitió a éste el 13,87% del capital de la sociedad "407 INTERNACIONAL INC", participación que fue valorada en 527.560.000 euros.

No obstante, según recogimos más arriba, las participaciones en dicha entidad eran detentadas por CINTRA SA a través de CINTRA CANADÁ INC, que a su vez era íntegramente propiedad de la sociedad holandesa TORONTO HIGHWAY BV, que a su vez era íntegramente propiedad de la sociedad española AUTOPISTA TORONTO SL, que finalmente estaba participada directamente y en un 100% por CINTRA SA.

Por tanto, con carácter previo a su transmisión al Grupo MACQUARIE, CINTRA SA procedió a adquirir de sus filiales el citado 13,87% del capital de la sociedad "407 INTERNACIONAL INC". El folleto informativo elaborado por CINTRA SA explicaba esta situación de la siguiente manera (página 20 del Capítulo VI):

"A fin de hacer posible la entrega por parte de CINTRA a MICI (es decir, al Grupo MACQUARIE) de las mencionadas acciones de la sociedad "407 INTERNACIONAL INC", y puesto que CINTRA ostenta su participación en el capital de esta entidad de forma indirecta a través de una cadena de sociedades filiales tenedoras de acciones, CINTRA ha concluido ciertos acuerdos al nivel de sus participadas con el objeto de adquirir y ostentar directamente dicha participación del 13,87% del capital de la sociedad "407 INTERNACIONAL INC" que anteriormente ostentaba de manera indirecta a través de dichas sociedades intermedias. En resumen, tras la conclusión de estos acuerdos y operaciones societarias, CINTRA ostentará una participación directa en el capital social de la sociedad "407 INTERNACIONAL INC" del 13,87% (que será objeto de la permuta antes referida), y una participación indirecta del 53,23% a través de la sociedad TORONTO HIGHWAY 8V, filial íntegramente participada por CINTRA".

Los acuerdos llevados a cabo por el Grupo CINTRA son todos de fecha 23 de septiembre de 2004, y su eficacia estaba condicionada a que la salida a bolsa de la propia CINTRA SA tuviera finalmente éxito, lo que tuvo lugar el 27 de octubre de dicho año. Dichos acuerdos son los siguientes:

I. - Disolución de CINTRA CANADÁ INC:

TORONTO HIGHWAY BV transmitió el 100% de las acciones de CINTRA CANADÁ INC a la entidad canadiense "407 INTERNACIONAL INC".

Esta transmisión se llevó a cabo mediante un canje de valores, esto es, a través de una ampliación de capital por parte de esta última sociedad que fue suscrita por TORONTO HIGHWAY BV, de manera que su participación en la sociedad canadiense se mantuviera inalterada:

TORONTO HIGHWAY BV

67%

407 INTERNACIONAL INC

100% 100%

ETR CONCESSION LTED CINTRA CANADA INC

Posteriormente, la entidad "407 INTERNACIONAL INC" acordó la disolución y liquidación de CINTRA CANADÁ INC. Como consecuencia de esta operación el Grupo CINTRA, en lo que a su participación en la autopista canadiense se refiere, quedó compuesto como sigue:

CINTRA SA

100%

AUTOPISTAS DE TORONTO

100%

TORONTO HIGHWAY BV

100%

407 INTERNACIONAL INC

100%

ETR CONCESSION LTED

II .- Adquisición por CINTRA SA de TORONTO HIGHWAY BV:

En contrato privado de 23/09/2004, que fue elevado a público el 06/10/2004, AUTOPISTA TORONTO SL transmitió a CINTRA SA el 100% de las participaciones de la sociedad holandesa TORONTO HIGHWAY BV por un precio de 2.552.191.428,68 euros (2.552 millones de euros, más de 20 veces el valor neto contable por el que aquélla tenía registrada la participación en la sociedad holandesa 125 millones de euros-) a percibir antes del 31/12/2004.

El precio de venta fijado se obtuvo a partir del valor de mercado de la sociedad "407 INTERNACIONAL INC": dado que el principal activo de la sociedad TORONTO HIGHWAY BV era la participación del 67,09% en el capital de la sociedad "407 INTERNACIONAL INC", y dado que el Grupo CINTRA había acordado transmitir el 13,87% de esta sociedad con un tercero por un valor de mercado de 527.560.000 euros, el precio de venta de las participaciones de TORONTO HIGHWAY BV pactado entre CINTRA SA y AUTOPISTA TORONTO SL fue igual al 67,09% del valor de mercado del subgrupo "407 INTERNACIONAL INC" (aproximadamente 3.800 millones de euros).

La sociedad AUTOPISTA TORONTO SL obtuvo un beneficio contable derivado de la venta anterior de 2.427 millones de euros (la participación en la sociedad holandesa estaba contabilizada en 353 millones de euros y tenía dotada una provisión por depreciación de 228 millones, es decir, su valor neto contable ascendía a 125 millones de euros).

Tras la operación descrita la estructura del Grupo CINTRA SA quedó de la siguiente manera:

CINTRA SA

100% 100%

AUT OPISTA TORONTO SL TORONTO HIGHWAY BV

67%

407 INTERNACIONAL INC

100%

ETR CONCESSION LTED

II I- Adquisición por CINTRA SA del 13,87% de "407 INTERNACIONAL INC".

El mismo 23/09/2004, CINTRA SA adquirió a TORONTO HIGHWAY BV el 13,87% de la entidad "407 INTERNACIONAL INC" por un precio de 527.560.000 euros (idéntico valor por el que CINTRA SA permutó a renglón seguido con el Grupo MACQUARIE las participaciones recibidas), el cual debía ser satisfecho antes del 31/12/2004.

La sociedad holandesa obtuvo un beneficio contable derivado de la venta anterior de 502 millones de euros.

8º.- Posteriormente a las operaciones descritas en el punto anterior tuvieron lugar las dos permutas a que hicimos referencia en los apartados quinto y sexto, tras las cuales el Grupo quedó configurado como sigue:

- Permuta del 13,87% de "407 INTERNACIONAL INC" propiedad de CINTRA SA a cambio del 11,99% de sus propias acciones:

CINTRA SA

100% 100%

AUT OPISTA TORONTO SL TORONTO HIGHWAY BV

53%

407 INTERNACIONAL INC

100%

ETR CONCESSION LTED

B. - Hechos relativos al procedimiento inspector.

1º .- Inicio actuaciones inspectoras de comprobación e investigación.

Por la Inspección de los Tributos del Estado se desarrollaron actuaciones inspectoras de comprobación e investigación en relación con el obligado tributario CINTRA CONCESIO INFRAEST TTE, con NIF: A81939209.

Las actuaciones inspectoras se iniciaron el día 15/01/2008 mediante comunicación notificada en el domicilio fiscal y recogida por D. Darío , NIF.: NUM000 , en calidad de apoderado.

Las actuaciones del procedimiento se extendieron a los siguientes conceptos y períodos: IMPUESTO SOBRE SOCIEDADES 2003-2005; IMPUESTO SOBRE EL VALOR AÑADIDO 1/04 a 12/05; RET/INGRESO A CTA RTOS TRABAJO/PROFESIONAL 1/04 a 12/05; RET/ INGRESO CTA CAPITAL MOBILIARIO 1/04 a 12/05; RET/INGRESO CTA ARRENDAMIENTOS INMOB 1/04 a 12/05 y RET A CTA IMPOSICIÓN NO RESIDENTES 1/04 a 12/05.

En cuanto al alcance de las actuaciones relativas al concepto tributario y períodos a los que se refiere este acuerdo de liquidación, IMPUESTO SOBRE SOCIEDADES 2003-2005, en la comunicación de inicio se indicaba que las actuaciones inspectoras tendrían carácter general, conforme a lo establecido en el art. 148 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria y en el art. 178 del Reglamento General de las actuaciones y los procedimientos de gestión e inspección tributaria y de desarrollo de las normas comunes de los procedimientos de aplicación de los tributos, aprobado por RD 1065/2007, de 27 de julio (RGAT).

2º .- Ampliación del plazo por otros 12 meses.

Por acuerdo del Inspector-Jefe de 17/12/2008, notificado al interesado el 18/12/2008, el plazo máximo de duración de las actuaciones de comprobación e investigación y de liquidación se amplió por otros 12 meses conforme a lo establecido en el artículo 150.1 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria y en el artículo 184 del R.G.A.T

3º .- Incoación acta de discrepancia.

Como consecuencia de las actuaciones de comprobación e investigación se formalizó con fecha 06/11/2009 acta modelo: A02 y número de referencia: NUM001 .

La propuesta de regularización se refería a la provisión de cartera de las participaciones de TORONTO HIGHWAY BV titularidad de la sociedad AUTOPISTA DE TORONTO SL.

AUTOPISTA DE TORONTO SL determinó dicha provisión por diferencia entre el precio de adquisición o valor neto contable y los fondos propios individuales y sin homogeneizar de TORONTO HIGHWAY BV, sociedad residente en Holanda.

La Inspección consideró que procedía cuantificarla en comparación con los fondos propios consolidados y homogeneizados según las normas contables españolas, de la sociedad TORONTO HIGHWAY BV, residente en Holanda, por lo cual no se había producido una disminución del valor teórico de dichas participaciones.

4º .- Acuerdo de Liquidación.

El 30 de diciembre de 2.009 se dictó el Acuerdo de Liquidación nº NUM002 derivado del Acta de Discrepancia A02- NUM001 correspondiente al Impuesto sobre Sociedades de los ejercicios 2003, 2004 y 2005, por importe total a ingresar de 57.419.038,59€

Dicho acuerdo rectificó la propuesta de liquidación contenida en el Acta, para los ejercicios 2004 y 2005, por cuánto a la hora de aplicar, las deducciones sobre la cuota íntegra (deducciones por doble imposición); se había tenido, en cuenta también las deducciones por reinversión de beneficios extraordinarios, lo que provoca que la cuota íntegra ajustada positiva (cuota sobre la que se aplicaba el coeficiente límite aplicable para las deducciones por reinversiones, salvo la de reversión de beneficios extraordinarios a la que no se aplica dicho límite) resultara menor de lo que debería; lo que suponía reconocer al contribuyente un derecho de deducción por, inversión menor que, el que realmente le correspondería.

Respecto a las deducciones con límite porcentual, quedaba pendiente de aplicar para próximos ejercicios: 114.866.337,20 € (1.42.158.097,46 € que había pendientes: a 31-12-05, según declaración, menos 13.980.394,33€ que se han aplicado a 2003, menos 471.553,1€ aplicados a 2005, menos 1.839.812,94 € aplicados a 2005).

La liquidación fue notificada el día 4 de enero de 2010.

5º .- Expediente sancionador.

La Administración incoó expediente sancionador, notificándose el inicio del mismo junto con la propuesta de imposición de sanción y concesión de trámite de audiencia en 2 de febrero de 2010. No se presentaron alegaciones a la propuesta de sanción notificada.

En fecha 20 de mayo de 2010, notificado en 2 de junio de 2010, se dictó el acuerdo de imposición de sanción por importe de 11.315.981,21

6º .- Interposición de reclamación económico-administrativa .

Contra la liquidación y las sanciones se interpusieron en fechas 22 de enero de 2010 y 16 de junio de 2010, respectivamente, sendas reclamaciones ante el TEAR de Madrid, que fueron registradas con los números NUM003 / y NUM004 .

7º .-Resolución de las reclamaciones económico-administrativas.

El 25 de octubre de 2011 dictó resolución del TEAR en la reclamación económico-administrativa números NUM003 y NUM004 acumulada, resolución por la que se desestimó las pretensiones deducidas en relación con la liquidación por el Impuesto de Sociedades 2003, 2004 y 2005, y estimó en parte las referidas a las sanciones impuestas.

8º .- Interposición de recursos de alzada.

El 20 de diciembre de 2011, se interpuso recurso de alzada número NUM005 ante el Tribunal Económico Administrativo Central.

9º .- Resolución del recurso de alzada.

Por resolución del Tribunal Económico Administrativo Central, de 5 de febrero de 2015, se estimó parcialmente el recurso de alzada número NUM005 , interpuesta contra la Resolución del TEAR de Madrid de 25 de octubre de 2011, dictada en la reclamación económico-administrativa números NUM003 y NUM004 acumulada, relativas a los siguientes actos administrativos dictados por la Delegación Especial de Madrid: a) Acuerdo de Liquidación nº NUM002 derivado del Acta de Disconformidad A02- NUM001 correspondiente al Impuesto sobre Sociedades de los ejercicios 2003, 2004 y 2005, por importe total a ingresar de 57.419.038,59€, y, b) Acuerdo de Resolución de procedimiento sancionador no de referencia 75560424 (modelo A23) derivado del Acta anterior, por importe total de 11.315.981,21€ respectivamente.

La citada resolución del Tribunal Económico Administrativo Central constituye el objeto del presente recurso contencioso-administrativo.

Quinto.

Prescripción del derecho de la Administración a liquidar la deuda, por exceso del plazo previsto en el artículo 150 de la Ley 58/2003 . No concurre.

El recurrente en los Fundamentos de Derecho Primero y Segundo, que analizaremos conjuntamente, sostiene la concurrencia de prescripción por excesiva duración de las actuaciones inspectoras sobre la base de lo dispuesto en el artículo 150.1º LGT , cuestionando la imputación 214 días de dilaciones por falta de aportación de documentación y ampliación del plazo de alegaciones al acta.

Según se desprende del expediente administrativo las actuaciones inspectoras se iniciaron el 15 de enero de 2008 . Por acuerdo del Inspector-Jefe de 17 de diciembre de 2008 el plazo máximo de duración de las actuaciones de comprobación e investigación y de liquidación fue ampliado por otros 12 meses conforme a lo establecido en el artículo 150.1 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria , el acuerdo de liquidación se dictó el día 30 de diciembre de 2.009 , y se notificó el 4 de enero de 2010 , por lo que en todo caso había transcurrido un período inferior a 24 meses.

La alegación efectuada en los Fundamentos de Derecho Primero y Segundo debe analizarse conjuntamente, pues en otro caso carecería de sentido, y no se comprendería el examen de las dilaciones, pues el acuerdo de liquidación se dictó dentro de plazo de 24 meses.

El recurrente manifiesta que el acuerdo de liquidación emitido por la Jefa de la Oficina Técnica el 30-12-09 rectificó la propuesta de liquidación contenida en el Acta A02 N° NUM001 sin que se notificara al recurrente la apertura de plazo alguno para presentar alegaciones a la nueva propuesta.

Indica que, entre las modificaciones a la propuesta del actuario de la Inspección, cabe destacar la relativa a la ampliación de las dilaciones imputadas al recurrente pues en lugar de los 207 días a que se refiere el Acta, la Jefa de la Oficina Técnica añadió como dilaciones los días correspondientes a la ampliación del plazo de alegaciones al acta (página 24 de la Resolución recurrida), plazo que sostiene no puede ser considerado como dilación.

El artículo 188 del Real Decreto 1065/2007, de 27 de julio , por el que se aprueba el Reglamento General de las actuaciones y los procedimientos de gestión e inspección tributaria y de desarrollo de las normas comunes de los procedimientos de aplicación de los tributos, relativo a la "Tramitación de las actas de disconformidad" dispone que:

«(...) 1. Cuando el obligado tributario se niegue a suscribir el acta, la suscriba pero no preste su conformidad a las propuestas de regularización y de liquidación contenidas en el acta o no comparezca en la fecha señalada para la firma de las actas, se formalizará un acta de disconformidad, en la que se hará constar el derecho del obligado tributario a presentar las alegaciones que considere oportunas dentro del plazo de los 15 días, contados a partir del día siguiente al de la fecha en que se haya producido la negativa a suscribir, se haya suscrito o, si no se ha comparecido, se haya notificado el acta.

2. En el acta de disconformidad se expresarán con el detalle que sea preciso los hechos y fundamentos de derecho en que se base la propuesta de regularización . Los fundamentos de derecho serán además objeto de desarrollo en un informe ampliatorio que se entregará al obligado tributario de forma conjunta con el acta.

También se recogerá en el acta de forma expresa la disconformidad manifestada por el obligado tributario o las circunstancias que determinan su tramitación como acta de disconformidad, sin perjuicio de que en su momento pueda alegar cuanto convenga a su derecho.

3. Una vez recibidas las alegaciones formuladas por el obligado tributario o concluido el plazo para su presentación, el órgano competente para liquidar, a la vista del acta, del informe y de las alegaciones en su caso presentadas, dictará el acto administrativo que corresponda que deberá ser notificado.

Si el órgano competente para liquidar acordase la rectificación de la propuesta contenida en el acta por considerar que en ella ha existido error en la apreciación de los hechos o indebida aplicación de las normas jurídicas y dicha rectificación afectase a cuestiones no alegadas por el obligado tributario, notificará el acuerdo de rectificación para que en el plazo de 15 días, contados a partir del día siguiente al de la notificación de la apertura de dicho plazo, efectúe alegaciones y manifieste su conformidad o disconformidad con la nueva propuesta formulada en el acuerdo de rectificación. Transcurrido dicho plazo se dictará la liquidación que corresponda, que deberá ser notificada (...)».

La inclusión de siete días de dilación en la liquidación, que no fueron recogidos en el acta de disconformidad, no supone la infracción del artículo 188 del Real Decreto 1065/2007, de 27 de julio , por el que se aprueba el Reglamento General de las actuaciones y los procedimientos de gestión e inspección tributaria y de desarrollo de las normas comunes de los procedimientos de aplicación de los tributos, pues se trata de un hecho irrelevante a efectos de la liquidación.

El acuerdo de liquidación se dictó el día 30 de diciembre de 2.009 y la Administración disponía hasta el 16 de enero de 2.010 para notificar el acuerdo de liquidación, por lo que no era necesario que computara, una dilación de siete días, cuando además ya había computado 207 días de dilaciones, y disponía de diecisiete días para notificar la liquidación, eso, sin tener en cuenta los días de dilación.

La inclusión de esa dilación es absolutamente irrelevante. No determinaba o condicionaba la existencia de prescripción, y esa rectificación, que efectivamente se produjo, no afectaba a cuestiones no alegadas por el obligado tributario, por su absoluta falta de significación o relevancia a la hora de liquidar, no añadía o quitaba nada bueno, por lo que era innecesario dictar y notificar un acuerdo de rectificación, en este caso.

La anterior consideración hace innecesario el examen de las concretas dilaciones cuestionadas por el recurrente, aunque en todo caso debemos decir que se imputan dilaciones por falta de aportación de documentación.

El Acuerdo de liquidación ha detallado la naturaleza de la información solicitada cuya falta de aportación en plazo ha motivado el cómputo de las dilaciones. En el supuesto de la sociedad dominante, consistió entre otras, en la aclaración de diferencias observadas en datos consignados en la declaración de operaciones con terceros y en el IVA con los datos declarados en el Impuesto de Sociedades que estaban siendo objeto de comprobación, así como en los contratos suscritos con sociedades vinculadas.

El recurrente no cuestiona la trascendencia de disponer de esta información en plazo para un normal desarrollo de la actuación inspectora, con independencia de que puedan practicarse otras actuaciones en tanto se obtiene la misma, puesto que la comprobación de esos aspectos debió de posponerse en el tiempo llevando a la Administración a consumir un plazo superior al que hubiese sido necesario de haberse aportado la misma en los plazos inicialmente concedidos.

Lo mismo puede decirse en relación con la dilación observada relativa a la falta de aportación en plazo en sede, de las sociedades dominadas CINTRA APARCAMIENTOS, S.A., DORNIER, S.A. y AUTOPISTA DEL SOL CONCESIONARIA, S.A., dando en este caso traslado a la sociedad dominante de los retrasos en que incurrián aquellas y siendo computada la dilación, únicamente, por la demora posterior a dicha comunicación. Igualmente se detalla en el Acuerdo de liquidación la naturaleza de la información solicitada a cada una de ellas, de evidente trascendencia para el resultado final de la comprobación puesto que se solicita aclaración de discrepancias en datos declarados por las propias sociedades en diferentes modelos de autoliquidación.

Así pues la Sección conoce la jurisprudencia del Tribunal Supremo que viene sosteniendo que la falta de cumplimiento de la documentación exigida no es dilación si no impide continuar con normalidad el desarrollo de la actividad inspectora. Si bien también ha señalado el Alto Tribunal en su reciente Sentencia de 29 de marzo de 2017 (recurso de casación para la unificación de doctrina núm. 194/2016), en coherencia con lo establecido en el precepto reglamentario citado (anteriormente, art. 31 RD 939/1986), que la imputabilidad de la paralización no tiene que ser total ni que impida a la administración tributaria continuar con la tramitación de la Inspección, pudiendo existir paralización imputable y, a la vez, que la administración haya practicado diligencias y actuaciones.

Mal puede afirmarse que las actuaciones inspectoras pudieron desarrollarse normalmente a pesar de que no se aportara la documentación requerida, y ello, si atendemos a los conceptos por los que la Administración procedió a regularizar al recurrente.

La aportación parcial de la documentación impide que la Administración pueda trabajar con normalidad. Cada vez que se efectúa una nueva aportación de documentación la Inspección debe reiniciar su trabajo para comprobar si la documentación aportada es reiteración de lo que ya habían sido entregados por el contribuyente, o si esa documentación es nueva de verdad y aporta diferentes datos no suministrados con anterioridad. Una vez hecha esa comprobación se deben volver a reformular los cálculos practicados por la Inspección, lo que impide que se considere que se ha trabajado con normalidad.

Sexto. -Dotación de la provisión por depreciación de las participaciones en TORONTO HIGHWAY BV por autopista de TORONTO, SL.

A continuación, examinaremos el resto de las alegaciones efectuadas por la actora en la demanda.

Debemos dar la razón al Abogado del Estado cuanto afirma que la demanda es prácticamente una copia del escrito presentado ante el TEAC, y que no contiene una auténtica crítica a la resolución del TEAC. No obstante, la Sección estima que en aras a garantizar el derecho a la tutela judicial efectiva procede el examen de las cuestiones plantadas.

I. - Falta de valoración del Informe Pericial presentado ante el TEAC.

En contra de lo que sostiene el recurrente la Sección estima que el TEAC si valoró el informe pericial aportado, aun cuando la razón principal para no tenerlo en consideración, fue, que debía haberlo presentado a la Inspección.

En el Fundamento de Derecho Octavo se afirma que:

« (...) Por otra parte, considera este Tribunal Central que aun cuando se considerase procedente la valoración de la documentación y argumentos adicionales proporcionados en vía económico-administrativa, la información aportada no desvirtúa los datos empleados por la Inspección. El informe de experto independiente únicamente pone de manifiesto su opinión técnica sobre los criterios de homogeneización de los gastos financieros, sin aportar datos específicos sobre los correspondientes a 407 INTERNATIONAL INC ni, evidentemente, justificarlos documentalmente. Lo mismo ocurre con el denominado Informe sobre el efecto de la activación de los gastos financieros de 407 INTERNATIONAL INC. en las cuentas consolidadas de TORONTO HIGHWAY BV y en la valoración de la participación de AUTOPISTA DE TORONTO SL"; elaborado por el propio obligado tributario. En él, se asume como premisa que existen gastos financieros correspondientes a la financiación de los incrementos de inmovilizado de obra adicional y que, en consecuencia, deben ser activados, y procede a la cuantificación de la obra nueva adicional en base a datos contables ("sólo hemos tenido en cuenta las partidas contables Toll Highway y Toll Equipment, ya que consideramos que el resto de los activos no se encuentran vinculados a la infraestructura"). Afirma que no procede ninguna activación adicional por los ejercicios 2000 y 2001 en base a los estados financieros de la sociedad y describe una metodología para calcular los gastos financieros que deben ser activados e, ejercicios posteriores. En este punto, afirma que ha empleado datos obtenidos de las cuentas anuales: de la sociedad; que "no detallan el resultado financiero por conceptos" por lo que "la sociedad nos ha facilitado dicho detalle". En base a todos estos datos y criterios, realiza una cuantificación de la provisión a fin de poner de manifiesto que los cálculos realizados por la Inspección son incorrectos.

Estos datos y criterios no han podido ser valorados ni contrastados por la Inspección, debiendo hacer notar este Tribunal Central que la documentación aportada- consta, esencialmente, de contratos y cuentas anuales, sin incorporar información contable de detalle ni justificantes específicos de la naturaleza e importe de los gastos financieros empleados.

En cualquier caso, ya se ha señalado la improcedencia de plantear en vía revisora una cuestión que pudo ser debidamente argumentada y acreditada ante el órgano comprobador, qué actuó en base a datos que fueron proporcionados directamente por el obligado tributario y cuya validez, por todo lo expuesto hasta el momento, no ha sido debidamente desvirtuada hasta el momento.

En consecuencia, procede confirmar la regularización inspectora desestimando la pretensión de anulación de la liquidación por el I. Sociedades 2003, 2004 y 2005. Tampoco debe accederse a la pretensión de retroacción de actuaciones a fin de que se recalcule la provisión correspondiente a la inversión en TORONTO HIGHWAY BV, por cuanto la retroacción sólo procede en el supuesto de defectos formales en la liquidación que hayan causado indefensión, circunstancia que no concurre en el presente caso, en el que se observa una correcta actuación de los órganos de la Inspección en todas las fases del procedimiento (...) ».

A la vista de lo establecido en el Fundamento transcritio debemos desestimar la alegación del recurrente, sin perjuicio de indicar que esta Sentencia destinará un fundamento de derecho a la valoración de del Informe pericial emitido por D. Virgilio y D. Bernabe .

II . Vinculación por la previa regularización.

Aduce que el recurrente fue objeto de Inspección por la Dependencia Regional de Inspección por el concepto Impuesto sobre Sociedades correspondiente a los ejercicios 2000 y 2001, derivando dicha comprobación en una Diligencia A04- 70047620 con resultado de comprobado y conforme (obra copia de la mencionada Acta en el expediente administrativo). En dichas actuaciones inspectoras, la dotación por la provisión por depreciación de su participación en Toronto Highway BV por parte de Autopista de Toronto, S.L. para los ejercicios 2000 y 2001 fue considerada correcta y no fue objeto de regularización por parte de la autoridad inspectora, admitiendo los criterios fiscales y contables adoptados por la recurrente, que ahora son cuestionados mediante la regularización propuesta en la liquidación recurrida.

Debemos indicar que al verificar la Inspección la situación en el primer ejercicio no prescrito objeto de comprobación resultó que a 31/12/2003 los fondos propios consolidados y ajustados al PGC 90 (esto es, homogeneizados) de la sociedad TORONTO HIGHWAY BV ascendían a 498 millones de euros, mientras que AUTOPISTA DE TORONTO SL tenía registradas las participaciones en la sociedad holandesa por 385 millones de euros, lo que significa que la inversión en la autopista canadiense estaba generando valor, es decir, que las citadas participaciones no estaban depreciadas, o lo que es lo mismo, que la provisión dotada en ejercicios anteriores (156 millones de euros) ya no era procedente y debía revertir (pues el valor de mercado de dicha participación en septiembre del 2004 -nueve meses más tarde- era de 2.552 millones de euros).

Debemos decir que como hemos indicado en el apartado de hechos probados en el presente procedimiento se está liquidando a CINTRA por las operaciones que se llevaron a cabo en el año 2004, y que, por tanto, no fueron objeto de comprobación.

II I. Corrección del criterio de la Inspección que consideró que Autopista de Toronto, S.L. debía tener en cuenta para dotar la provisión por depreciación de las participaciones en la sociedad holandesa (Toronto Highway BV) los fondos propios consolidados, y previamente homogenizados, del grupo formado por la propia Toronto Highway BV con todas sus sociedades dependientes.

La recurrente a lo largo de las manifestaciones que efectúa en el Fundamento de Derecho Tercero de la demanda exhibe una línea argumental tremadamente contradictoria.

En primer término muestra su protesta porque no se acepte el Informe emitido por D. Virgilio y D. Bernabe titulado "Reconocimiento y valoración contable de la provisión de cartera de su filial AUTOPISTA DE TORONTO, S.L., correspondiente a su participación en TORONTO HIGHWAY, BV", para después sostener que para dotar la provisión por depreciación de las participaciones en la sociedad holandesa (Toronto Highway BV) debían de tenerse en cuenta los fondos propios individuales, y no los consolidados, y previamente homogenizados.

En el informe pericial aportado por la parte sus propios peritos sostienen que:

«(...) En nuestra opinión, AUTOPISTA DE TORONTO, S.L., debería haber valorado la participación en TORONTO HIGHWAY BV, atendiendo a los fondos propios consolidados del subgrupo formado por TORONTO HIGHWAY BV y sus sociedades dependientes, esto es, de los fondos propios consolidados de éste, previamente homogeneizados de acuerdo con normas contables españolas (...) ».

La Inspección puso de relieve que AUTOPISTA DE TORONTO SL fue registrando contablemente, y deduciendo fiscalmente, una provisión por depreciación de su participación en TORONTO HIGHWAY BV que en el

año 2004 ascendía a 228 millones de euros, y que venía provocada por las pérdidas contables que iban luciendo, año tras año, en las cuentas individuales de la citada sociedad holandesa.

Las pérdidas contables obtenidas por TORONTO HIGHWAY BV provienen de los siguientes gastos:

- Amortización del fondo de comercio incluido en el precio de las participaciones de "407 INTERNACIONAL INC".

- Provisión por depreciación de las referidas participaciones. Esta provisión, asimismo, venía provocada por las pérdidas consolidadas obtenidas por la sociedad "407 INTERNACIONAL INC", calculadas según normas contables canadienses.

En opinión de la Inspección la provisión que venía dotando AUTOPISTA DE TORONTO SL era la réplica de la amortización del fondo de comercio financiero de las participaciones en la sociedad "407 INTERNACIONAL INC", así como de las pérdidas contables obtenidas por esta sociedad de acuerdo con criterios contables canadienses.

Aplicando normas contables españolas en lugar de los referidos criterios canadienses, la sociedad "407 INTERNACIONAL INC" obtenía beneficios a nivel consolidado por lo que, de acuerdo con dichas normas, TORONTO HIGHWAY BV no habría podido registrar una provisión por depreciación de su participación en la referida sociedad canadiense, ni, por la misma razón, contabilizar un gasto por la amortización del citado fondo de comercio financiero, lo que en definitiva quería decir que AUTOPISTA DE TORONTO SL no debería haber dotado ni deducido fiscalmente provisión por depreciación alguna (la cual ascendió a 228 millones de euros). Concretamente, los beneficios obtenidos por la sociedad canadiense provocaban en última instancia que los fondos propios consolidados y homogeneizados (es decir, calculados según las normas contables españolas) de TORONTO HIGHWAY BV fueran superiores al precio de adquisición por el que AUTOPISTA DE TORONTO SL tenía contabilizada su participación en la referida sociedad holandesa.

La Inspección destacó que en el año 2004 TORONTO HIGHWAY BV obtuvo un importante beneficio contable derivado de la venta a CINTRA SA de parte de su principal activo (las participaciones en la sociedad canadiense "407 INTERNACIONAL INC"). Dicho beneficio era superior a todas las pérdidas contables que llevaba acumuladas desde su constitución y determinó la recuperación de su patrimonio.

El beneficio derivado de la venta anterior, a juicio de la Inspección, debería haber provocado, por tanto, que AUTOPISTA DE TORONTO SL, coherentemente con el criterio que seguía para provisionar su cartera (evolución de los fondos propios individuales de la sociedad participada), procediera a desdotar la provisión que tenía registrada en su balance individual (228 millones de euros), reconociendo el correspondiente ingreso contable y fiscal.

No obstante, para evitar esta circunstancia, a juicio de la Inspección, con anterioridad a que TORONTO HIGHWAY BV obtuviera el beneficio derivado de la venta de las participaciones en la sociedad canadiense, los interesados acordaron que AUTOPISTA DE TORONTO SL transmitiera a CINTRA SA las participaciones provisionadas en TORONTO HIGHWAY BV (operación que constituía una venta interna o intragrupo fiscal).

La Inspección consideró que el efecto pretendido por los interesados era que el exceso de provisión incluido en el beneficio derivado de esta venta (los 228 millones de euros), fuera eliminado fiscalmente por aplicación de las normas sobre operaciones intragrupo del régimen de consolidación fiscal, creyendo que, al proceder de esta forma, el referido exceso de provisión se diferiría, sine die, hasta que concurriera alguna de las siguientes circunstancias (véase la página 42 del Capítulo V del folleto informativo elaborado por CINTRA SA con motivo de su salida a bolsa):

a) Transmisión a terceros ajenos al grupo fiscal de las participaciones de TORONTO HIGHWAY BV.

b) Extinción del régimen de consolidación fiscal (circunstancia a la que habría que añadir el abandono del grupo fiscal por parte de AUTOPISTA DE TORONTO SL de acuerdo con el artículo 81 tres del TRLIS).

La Inspección concluyó que esa creencia de que con la referida venta intragrupo los interesados podían diferir la reversión de la provisión que había dotado y deducido fiscalmente AUTOPISTA DE TORONTO SL era totalmente errónea por los siguientes motivos:

1º Porque afirmando, a los solos efectos dialécticos, que, tras la venta de unas participaciones provisionadas entre empresas de un mismo grupo, las referidas provisiones ya no revierten, aunque desaparecieran las circunstancias que justificaron su dotación, lo cierto es que fiscalmente sí revertirían, en todo caso, al amparo del artículo 19 apartado seis del TRLIS, apartado cuya finalidad es impedir este tipo de situaciones.

2º Porque era falso que en consolidación contable (y por tanto, en consolidación fiscal) se produzca el efecto buscado por CINTRA SA y AUTOPISTA DE TORONTO SL, esto es, que la venta intragrupo de unas participaciones

provisionadas dé lugar a que la provisión ya no se desdote aunque desaparezcan las circunstancias que motivaron dicha dotación (recuperación del valor de las participaciones provisionadas). Al contrario, en consolidación contable y, por tanto, en el régimen de consolidación fiscal, rigen las mismas normas para dotar y desdotar provisiones por depreciación de participaciones que en las cuentas individuales, de manera que, si según estas normas se produce una recuperación del valor de las participaciones objeto de una provisión, de suerte que esta última ya no es necesaria, en las cuentas consolidadas deberá revertir tal provisión, registrándose el correspondiente ingreso.

3º Porque, los criterios aplicados por esta sociedad para dotar las provisiones controvertidas en sus cuentas individuales no estaban ajustados a las normas y principios de contabilidad generalmente aceptados en España, de manera que si estas normas y principios hubieran sido observados por AUTOPISTA DE TORONTO SL (los cuáles eran conocidas por CINTRA SA y venían siendo aplicados en sus cuentas individuales), tales provisiones no deberían haberse dotado nunca. O lo que es lo mismo, nunca debieron ser gasto contable ni fiscal.

La Inspección razonó que el proceso de consolidación contable implica la agregación de los balances individuales y las cuentas de pérdidas y ganancias, también individuales, de todas y cada una de las sociedades que integran el grupo que se va a consolidar, para posteriormente realizar una serie de ajustes.

No obstante, con carácter previo a la citada agregación, es necesario que todos los estados que van a ser agregados contengan una información contable homogénea (es decir que estén basados en idénticos criterios valorativos, de imputación temporal, así como en una estructura común).

Los ajustes previos a la agregación que tienen por objeto lograr este objetivo reciben el nombre de ajustes de homogeneización y se encuentran regulados en los artículos 17 a 20 del Real Decreto 1815/1991 , por el que se aprueban las normas para la formulación de las cuentas anuales consolidadas.

a) Cuentas consolidadas frente a cuentas anuales individuales.

El recurrente reitera que la práctica contable utilizada por Autopista de Toronto, S.L. tomando los fondos propios resultantes de las cuentas anuales individuales de la sociedad participada a efectos del cálculo de la provisión por depreciación ha sido confirmada por la propia doctrina del Tribunal Económico Administrativo Central que en sus Resoluciones de fecha 15 de marzo de 2007 (20073T/2007\947) y de fecha 3 de abril de 2008 (200800/3599/2006) ha manifestado que la provisión deberá tener en cuenta el balance individual de la sociedad participada a efectos de determinar la deducibilidad fiscal de la misma.

La Inspección sostuvo que TORONTO HIGHWAY BV era la sociedad dominante de otro subgrupo de sociedades. Esto implicaba que los fondos propios que AUTOPISTA DE TORONTO SL debía tener en cuenta para dotar la provisión por depreciación de las participaciones en la sociedad holandesa, debían ser los fondos propios consolidados del grupo formado por TORONTO HIGHWAY BV con todas sus sociedades dependientes, y ello, independientemente de que dicha sociedad no estuviera obligada legalmente a formular cuentas anuales consolidadas (pues ya consolidaba otra residente en la UE respecto de la que ésta era dependiente: CINTRA SA).

La Inspección indicó que ese criterio era el mantenido por el ICAC desde la Consulta 4 del BOICAC 44 de diciembre del año 2000 en relación con las provisiones por depreciación en participaciones en empresas del grupo, el cual se seguía recogiendo en los nuevos Planes Generales de Contabilidad aprobados por los Reales Decretos 1514/2007 y 1515/2007.

La razón de ser de esta norma es, según el ICAC:

« (...) Desde un punto de vista económico, dada la naturaleza de las cuentas anuales consolidadas, que en definitiva tratan de informar de la realidad económica de un grupo de sociedades, parece lógico que al ser esa entidad económica sobre la que se invierte, deben ser los fondos propios que recojan dichas cuentas anuales consolidadas los que deberán tenerse en consideración, en tanto en cuanto, éstos expresan la situación patrimonial a la que un inversor atiende cuando realiza la operación de adquisición».

En opinión de la Inspección era evidente que AUTOPISTA DE TORONTO SL, al participar en TORONTO HIGHWAY BV, una sociedad cuyo principal activo estaba constituido, a su vez, por una inversión en otra sociedad cuya actividad era la explotación de una autopista en Canadá, en el fondo en lo que está participando (indirectamente) es en los resultados prósperos o adversos derivados de la explotación de dicha autopista.

Añadía la Inspección que dado que la provisión por depreciación trata de medir la pérdida de valor (reversible o provisional) de la inversión acometida por AUTOPISTA DE TORONTO SL, y dicha inversión, en el fondo, no es otra que la autopista H407 ETR, habría que tener en cuenta los fondos propios consolidados de TORONTO HIGHWAY BV porque eran los que realmente reflejan la marcha o evolución de la citada inversión.

Está Sección siguiendo el criterio ya mantenido en otras Sentencias debe confirmar el criterio de la Administración que sostiene que la utilización del balance consolidado para el cálculo de la provisión por depreciación, pues se ha acreditado en el expediente que el mismo ofrece una imagen fiel de la realidad económica existente bajo la participación poseída, por lo que puede calcularse su eventual pérdida de valor.

b) Ajustes de homogenización

El recurrente a lo largo de su exposición parece pretender desligar los ajustes de homogenización de la consolidación. La homogenización es un paso previo y necesario a la consolidación, cuando estamos en presencia de sociedades radicadas en distintas jurisdicciones.

El grupo dominado por TORONTO HIGHWAY BV estaba compuesto por una sociedad holandesa (la propia TORONTO HIGHWAY BV) y varias sociedades canadienses, cada una de las cuales elaboraban sus respectivos estados contables de acuerdo con las normas y principios de contabilidad vigentes en sus correspondientes países.

A tenor del artículo 18 del Real Decreto 1815/1991 , por el que se aprueban las normas para la formulación de las cuentas anuales consolidadas para calcular los fondos propios consolidados de TORONTO HIGHWAY BV es necesario reformular previamente los estados financieros de las diferentes sociedades que van a ser consolidadas de acuerdo con las normas y principios contables españoles:

Así el artículo 18 del Real Decreto 1815/1991 , por el que se aprueban las normas para la formulación de las cuentas anuales consolidadas se intitula "Homogeneización valorativa", y dispone que:

«(...) 1. Los elementos del activo y del pasivo, así como los ingresos y gastos de las Sociedades incluidas en la consolidación deben ser valorados siguiendo métodos uniformes y de acuerdo con los principios y normas de valoración establecidos en el Código de Comercio, texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas y Plan General de Contabilidad y demás legislación que sea específicamente aplicable».

En primer lugar, resulta obvio, al margen de que así lo ordene el artículo 18 de las NOFCAC, que deban ser las normas y principios contables españoles los que se apliquen para calcular los fondos propios consolidados de TORONTO HIGHWAY BV, cuando de lo que se trata es de determinar si AUTOPISTA DE TORONTO SL (una sociedad sujeta a tales normas y principios) debía provisionar o no sus participaciones en aquella otra, así como para determinar la cuantía de la citada provisión.

Para poder consolidar reiteramos que es imprescindible que todos los estados que van a ser agregados contengan una información contable homogénea (basados en idénticos principios de imputación temporal y estructura común), por tanto, si se va a consolidar conforme a la normativa española debe aplicarse ésta íntegramente.

En otro caso (es decir, en el caso de que los fondos propios se calcularan según normas contables extranjeras) podría ocurrir, como ocurrió con TORONTO HIGHWAY BV que la referida sociedad holandesa estuviera obteniendo pérdidas a nivel consolidado según criterios contables de otros países distintos a los españoles (y consiguientemente la sociedad española estuviera recogiendo un gasto por provisiones), cuando en realidad, aplicando normas contables españolas, el grupo extranjero estuviera obteniendo beneficios, con lo que no procedería la dotación de la referida provisión. O lo que es lo mismo, mediante la provisión se estarían reflejando en los estados contables de una sociedad española las pérdidas contables obtenidas por una sociedad extranjera, calculadas mediante criterios contables que no resultan válidos en España. Lo que equivale a aplicar, indirectamente, dichos criterios contables no válidos, y a que, consiguientemente, los estados contables de la sociedad titular de la participación no reflejen la imagen fiel de ésta última, pues a dicha imagen fiel sólo puede llegar aplicando normas y principios contables españoles.

El recurrente sostiene que el Tribunal Supremo en Sentencias de 26 de junio de 2000 y de 18 de septiembre de 2002 (RA2002\8347) ha manifestado que la base imponible obtenida a efectos del Impuesto sobre Sociedades español por una sucursal radicada en un país con Convenio de doble imposición, debe ser el mismo que se establezca con arreglo a la legislación de aquel país y se admite por su Administración tributaria, sin que la Hacienda Pública española pueda realizar imputaciones o ajustes a aquella base imponible.

En opinión de la recurrente aplicando dicha jurisprudencia al caso aquí discutido, en el que hablamos de una entidad mercantil (no sucursal) con domicilio en Holanda (país con el que España tiene suscrito Convenio de Doble Imposición), la determinación de su "base imponible/fondos propios" debe ser calculado conforme a la normativa holandesa sin que la Hacienda Pública española pueda realizar imputaciones o ajustes a aquella base imponible al tener que considerar a esta entidad como una empresa distinta y separada de su matriz, cuyos

beneficios han de serle imputados con total independencia y con arreglo a la legislación de aquel país, debiendo ser considerada como si fuera una empresa holandesa a estos efectos.

En la última de las sentencias citadas por la parte el Tribunal Supremo lo que afirmó es que:

« (...) Consecuencia de lo que antecede es que no resulta ajustado a Derecho que la Hacienda española determine unilateralmente, con arreglo a sus normas, lo que constituye la base imponible de aquella sucursal, que habrá de serlo con arreglo a las normas brasileñas y cuyo resultado ha de admitirse también como base imponible en España (...) ».

El supuesto aquí contemplado es netamente distinto, se trata de determinar los fondos propios de una sociedad que tributa en España a través de la formulación de unas Cuentas Consolidadas.

La equiparación entre base imponible por las que se debe tributar ante otra jurisdicción y la determinación de fondos propios que pretende el recurrente es inviable, pues, conceptualmente son dos cosas distintas. La base imponible que debe pagarse en otra jurisdicción, por supuesto, que se determinará conforme a las normas de ese país, pero la formulación de la contabilidad de una empresa que tributa en España se efectuará conforme a la normativa española.

El Tribunal Supremo, como no podía ser de otra manera avala el criterio de homogenización en las sentencias de 5 de diciembre de 2012 (Rec. Cas. 2864/10 , FJ 4º); 22 de diciembre de 2011 (Rec. Cas. 3558/08 , FJ 6º); 29 de enero de 2014 (Rec. Cas. 5685/11), para determinar el valor de la dotación por depreciación de valores de entidades participadas. Así en la primera de las Sentencias citadas se puede leer que:

« (...) La Sala entiende, de acuerdo con el criterio mostrado por la Dirección General de Tributos en su contestación vinculante de 2 de diciembre de 2004 (Consulta V0367/2004) que en el caso de que una entidad tenga participaciones en una entidad no residente en territorio español, el cálculo de los valores teóricos, tanto al inicio como al cierre del ejercicio, deberá realizarse sobre las cuentas anuales de la sociedad participada ajustadas a los principios y normas de valoración vigentes en España (Código de Comercio, texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas, PGC y demás legislación que le sea específicamente aplicable), de tal forma que el límite referido en el artículo 12.3 del TR Ley IS se calcule con criterios contables equivalentes a los que rigen en España.

No puede ser de otro modo si se quiere respetar tanto el principio contable de "imagen fiel" como el límite que establece este artículo 12.3 LIS en los casos de sociedades participadas no residentes. En efecto, la consecución de la imagen fiel del patrimonio que debe reflejarse en las cuentas anuales de la matriz española de una sociedad extranjera exige la homogeneización de valores conforme a una sola normativa y, siendo española la matriz, la normativa contable española es no sólo de lógica aplicación a la filial no residente, sino también necesaria si no se quiere burlar la limitación de la dotación por depreciación de la cartera exterior fijada por el artículo 12.3.

En definitiva, el criterio a aplicar al caso de matriz española con filial no residente es el mandato de homogeneización valorativa que como primer paso de la consolidación, y al objeto de obtener la imagen fiel de las cuentas consolidadas, establece el Real Decreto 1815/91 de Normas para la formulación de Cuentas Anuales Consolidadas, cuyo artículo 18 establece: "1. Los elementos del activo y del pasivo, así como los ingresos y los gastos de las sociedades incluidas en la consolidación deben ser valorados siguiendo métodos uniformes y de acuerdo con los principios y normas de valoración establecidos en el Código de Comercio, texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas, Plan General de Contabilidad y demás legislación que sea específicamente aplicable (...)».

La homogeneización valorativa de las sociedades a consolidar es un paso obligado dentro de todo proceso de consolidación, el cual, como no puede ser de otro modo, también está previsto por las propias Normas Internacionales de Contabilidad y Normas Internacionales de Información Financiera aprobadas, ambas, por la Comisión Europea (NIC-NIIF), en concreto por la NIC 27.

De todo lo anterior se deduce que a efectos de contabilizar provisiones por depreciación en empresas de un grupo es necesario comparar el precio de adquisición de la participación con los fondos propios consolidados de la sociedad dependiente, lo que exige consolidar los estados financieros de un conjunto de empresas, lo que a su vez implicaba valorar todos los activos, pasivos, ingresos y gastos de las referidas sociedades según el TRLSA, PGC 90 y demás legislación contable española que fuera específicamente aplicable (o lo que es lo mismo, de acuerdo con las normas contables que resultaban de aplicación en la elaboración de los estados financieros de AUTOPISTA DE TORONTO SL).

AUTOPISTA DE TORONTO, S.L. solamente debería haber dotado una provisión por depreciación de sus participaciones en TORONTO HIGHWAY BV si el precio de adquisición de tales participaciones hubiera sido superior a los fondos propios consolidados del grupo formado por la citada sociedad holandesa y sus sociedades dependientes, previa homogeneización de los fondos propios de todas las sociedades citadas según normas contables españolas.

AUTOPISTA DE TORONTO SL determinó dicha provisión en función de los fondos propios individuales y sin homogeneizar de TORONTO HIGHWAY BV, lo que obliga a preguntarse cuál habría sido la provisión que podría haber contabilizado y, por tanto, deducido fiscalmente la susodicha AUTOPISTA DE TORONTO SL de acuerdo con el criterio contable correcto: fondos propios consolidados y homogeneizados de la sociedad TORONTO HIGHWAY BV.

En la Diligencia de 22 de mayo de 2009, la Inspección requirió al interesado que aportara el patrimonio neto consolidado calculado según normas contables españolas (es decir, homogeneizado) de la sociedad TORONTO HIGHWAY BV en las siguientes fechas: 31/12/2002, 31/12/2003 y 31/12/004.

En la comparecencia documentada en la Diligencia del 4/06/2009, el interesado aportó a la Inspección:

- Los fondos propios consolidados y cuenta de pérdidas y ganancias consolidadas de los ejercicios 2002 a 2005, de la sociedad "407 INTERNACIONAL INC", calculados según normas contables canadienses y españolas.

- Escrito en el que afirmaba que "para CINTRA los subconsolidados bajo PGC de la 407 ETR son los mismos que los de la HIGHWAY BV".

El contribuyente afirmaba que los fondos propios consolidados y homogeneizados según el PGC 90 de la entidad TORONTO HIGHWAY BV, son los mismos que los fondos propios consolidados y homogeneizados de su sociedad dependiente "407 INTERNACIONAL INC", lo que técnicamente no es correcto por las razones que daremos un poco más adelante.

En cualquier caso, el cuadro siguiente compara, a efectos de determinar la provisión que debería haber lucido en el balance de AUTOPISTA DE TORONTO SL, la parte proporcional de los fondos propios consolidados y homogeneizados de la sociedad "407 INTERNACIONAL INC" que corresponden a TORONTO HIGHWAY BV (como si fueran los de la citada sociedad holandesa de acuerdo con las manifestaciones de los interesados), con el precio de adquisición por el que estaba contabilizada la participación de TORONTO HIGHWAY BV en el balance de AUTOPISTA DE TORONTO SL (las cifras se expresan en miles de euros):

Fe chas	%FP	ETR	Pr adq.	Provisión
31 /12/2002	401.587	417.844	-16.257	
31 /12/2003	432.162	384.566	No	
23 /09/2004	444.129	353.632	No	
31 /12/2004	358.872	75.252	No	
31 /12/2005	452.987	47.108	No	

El precio de adquisición de las participaciones en TORONTO HIGHWAY BV que se recoge en la tabla anterior para las fechas 31/12/2004 y 31/12/2005 es el que hubiera lucido en las cuentas individuales de AUTOPISTA DE TORONTO SL en caso de que dichas participaciones no hubieran sido enajenadas por esta sociedad a CINTRA SA (enajenación que carece de efectos fiscales al ser una operación intragrupo, por lo que, desde la perspectiva del grupo fiscal dichas participaciones siguen teniendo el mismo valor fiscal que tenían en AUTOPISTA DE TORONTO).

El precio de adquisición en tales fechas se obtiene minorando el precio de adquisición a 30/09/2004, respectivamente, en las primas de emisión distribuidas por la sociedad holandesa el 31/12/2004 (278.380 miles de euros) y durante el año 2005 (28.144 miles de euros).

Como puede observarse, aplicando normas y principios de contabilidad generalmente aceptados en España para dotar provisiones por depreciación de participaciones en el capital de otras entidades, y basándonos en la hipótesis de que los fondos propios consolidados y homogeneizados de "407 INTERNACIONAL INC" coincidan con los de su sociedad dominante (TORONTO HIGHWAY BV), la entidad AUTOPISTA DE TORONTO SL solamente podría tener registrada una provisión por depreciación de sus participaciones en la citada sociedad holandesa por 16 millones de euros y ello a 31/12/2002 (provisión que debería haber revertido el 31/12/2003). Salvo en la fecha anterior, las citadas participaciones no habrían experimentado depreciación sino todo lo contrario, por lo que las provisiones dotadas serían improcedentes contablemente y, fiscalmente, no deducibles.

Ahora bien, hemos dicho que la hipótesis barajada por los interesados relativa a que los fondos propios consolidados y homogeneizados de la sociedad dependiente ("407 INTERNACIONAL INC") coinciden con los de la dominante (TORONTO HIGHWAY BV) es técnicamente incorrecta. Las razones para sostener esta afirmación son dos:

- Porque los fondos propios consolidados de TORONTO HIGHWAY BV se deben calcular mediante la suma de los fondos propios individuales de esta sociedad y los de sus sociedades dependientes, más los correspondientes ajustes de consolidación. Luego al calcular los fondos propios consolidados de dicha sociedad tal y como proponen los interesados, no se estarían incluyendo dentro de los referidos fondos propios consolidados, precisamente, los de la sociedad dominante del grupo (TORONTO HIGHWAY BV), sino solamente los de sus sociedades dependientes.

- Por lo que respecta a los fondos propios de las referidas sociedades filiales, únicamente forman parte de los fondos propios consolidados de TORONTO HIGHWAY BV los resultados obtenidos por el subgrupo "407 INTERNACIONAL INC" correspondientes al porcentaje de participación poseído por aquélla y desde que la citada sociedad canadiense fue adquirida por la holandesa; el resto del patrimonio neto consolidado del subgrupo "407 INTERNACIONAL INC" no forma parte de los fondos propios consolidados de TORONTO HIGHWAY BV y deben ser eliminados mediante un ajuste técnico de consolidación llamado eliminación- inversión fondos propios.

Dado que, en última instancia, la procedencia o improcedencia de la provisión por depreciación contabilizada, y deducida fiscalmente, por AUTOPISTA DE TORONTO SL debe determinarse a la luz de los fondos propios consolidados y homogeneizados de TORONTO HIGHWAY BV correctamente calculados, el Informe C/8/48/09 emitido por la Subdirección General de Ordenación Legal y Asistencia Jurídica procedió a cuantificar dicha magnitud en el ANEXO que figuraba al final de dicho informe.

Tal y como se recogen en las letras C y D del ANEXO, en función de la hipótesis que se tomara en relación el fondo de comercio de consolidación (bien que se tratara de elemento patrimonial de la sociedad dominada, que es el supuesto más normal, o de la sociedad dominante), los mencionados fondos propios consolidados y homogeneizados serían (en miles de euros):

31/12/2002	31/12/2003	30/09/2004	31/12/2004	31/12/2005
(1) 491.378	497.919	495.166	394.856	478.614
(2) 511.521	497.732	491.693	396.049	471.259

El Informe concluyó que las diferencias entre la primera fila (basada en la hipótesis de que el referido fondo de comercio de consolidación pertenece a la sociedad dominada) y la segunda (basada en la hipótesis contraria) no eran significativas.

Concretamente, y por lo que a la provisión por depreciación se refiere, el cuadro siguiente reflejaba el precio de adquisición de la participación en dicha sociedad, los fondos propios consolidados y homogeneizados de la sociedad holandesa calculados en el ANEXO que se acompañaba al Informe, la provisión que AUTOPISTA DE TORONTO SL debió dotar de acuerdo con el criterio expuesto y que solamente debería haber deducido fiscalmente (a la que el Informe llamaba provisión correcta), así como la provisión que fue fiscalmente deducida por esta sociedad, tanto en el año como en años anteriores (las cifras se expresan en miles de euros):

Fec has FP BV 1 FPBV2 Pr. Adq. Prov. Correcta Prov. Deducida Prov. Deduc Acum.

31/12/2002	491.378	511.521	417.844	no	83.410	156.474
31/12/2003	497.919	497.732	384.566	no	42.493	198.968
23/09/2004	496.166	491.693	353.832	no	29.889	228.857
31/12/2004	394.856	396.049	75.252	no	0	228.857
31/12/2005	478.614	471.259	47.108	no	0	228.857

Como se deduce del cuadro anterior, si AUTOPISTA DE TORONTO SL hubiera aplicado el criterio contable correcto para dotar las provisiones por depreciación de sus participaciones en la sociedad TORONTO HIGHWAY BV (criterio que conocía y aplicaba CINTRA SA en la formulación de sus estados contables individuales) no debería haber dotado ni deducido provisión por depreciación alguna.

AUTOPISTA DE TORONTO SL registró la provisión como consecuencia de la disminución de los fondos propios individuales y sin homogeneizar de la sociedad TORONTO HIGHWAY BV, disminución que vino provocada por dos gastos contabilizados por esta sociedad holandesa (la amortización de un fondo de comercio y la provisión por depreciación de unas participaciones provocada por las pérdidas obtenidas por "407 INTERNACIONAL INC" calculadas según normas contables canadienses).

En las comparecencias documentadas en las Diligencias de fechas 22/05/2009 y 04/07/2009 el recurrente aportó unos cuadros donde se recogían los fondos propios consolidados y los resultados consolidados de la sociedad "407 INTERNACIONAL INC", calculados, ambos, según normas contables canadienses y españolas:

-Fondos propios consolidados:

Fondos Propios 2002	2003	2004	2005
No rmas CANADÁ	256.145	173.690	74.298
	6.048		
No rmas ESPAÑA	598.4.90	644.056	674.192
		850.999	

- Resultados consolidados:

Resultado 2002	2003	2004	2005
No rmas CANADÁ	-59.876	-48.194	-53.198
		-20.181	
No rmas ESPAÑA	69.071	76.107	76.792
		114.004	

Como puede observarse en los dos cuadros anteriores, mientras que de acuerdo con las normas contables canadienses el resultado del grupo ETR INTERNACIONAL INC es negativo (es decir, obtiene pérdidas), el resultado del mismo grupo pero calculado de acuerdo con las normas españolas es positivo (beneficios).

De igual manera, y por lo que a los fondos propios consolidados se refiere, aplicando las normas contables canadienses dichos fondos propios consolidados disminuyen año a año, mientras que según las normas contables españolas aumentan. La principal diferencia entre las normas contables canadienses y las que rigen en España radica en el criterio que unas y otras establecen para la imputación temporal de los gastos financieros derivados de la financiación de la autopista.

Según los principios de contabilidad generalmente aceptados en Canadá, dichos gastos se imputan al resultado del ejercicio en que se devenguen, lo que determina que los gastos financieros sean muy elevados al inicio de la concesión y vayan progresivamente disminuyendo a medida que se devuelvan los capitales ajenos invertidos en la construcción de la autopista.

Por lo que respecta a España, la Orden Ministerial, de 10 de diciembre de 1998, por la que se aprueban las normas de adaptación del Plan General de Contabilidad a las sociedades concesionarias de autopistas, túneles, puentes y otras vías de peaje, establece que dichos gastos se imputen, de acuerdo con el principio de correlación de ingresos y gastos, en función de los peajes que la empresa estima percibir durante la vida de la concesión, siempre que se cumplan los requisitos previstos en la citada orden. La aplicación de este criterio implica que los citados gastos financieros se imputen a resultados durante la vida de la concesión de una forma más uniforme que la que resulta de aplicar el principio de devengo.

Concretamente, la Norma de Valoración 7^a de la referida adaptación sectorial ordena en su apartado tercero:

« (...) 3. Gastos financieros diferidos de financiación de autopistas, túneles, puentes y otras vías de peaje.

A partir del momento en que cada tramo de las autopistas, túneles, puentes y otras vías de peaje se encuentre en condiciones de explotación, los gastos financieros correspondientes a su financiación serán gastos del ejercicio en que se devenguen.

No obstante lo establecido en el párrafo anterior, si existe evidencia razonable de que dichos gastos se van a recuperar en las tarifas de ejercicios futuros, los gastos financieros derivados de las deudas que financian la Inversión en estos activos, determinados de acuerdo con lo establecido en el apartado d) de la norma 38 anterior, lucirán en el activo del balance como gastos a distribuir en varios ejercicios, en los términos previstos en esta norma (...) ».

En la Consulta 3 del BOICAC 50, de junio 2002, el ICAC se pronunció sobre si la NV 7^a de la adaptación sectorial permitía a las empresas concesionarias de autopistas de peaje optar entre el principio del devengo y el de correlación de ingresos y gastos a la hora de imputar a PyG los gastos financieros derivados de la financiación de la autopista, o si por el contrario la referida NV 7^a se trataba de una norma imperativa de modo que, si se cumplían

los requisitos establecidos, las empresas concesionarias debían activar obligatoriamente los gastos financieros y diferirlos a un ejercicio posterior. El ICAC aclaró que la norma contenida en la referida adaptación sectorial era obligatoria:

« (...) la aplicación de la norma de valoración 7º apartado 3, será obligatoria para el caso en que se cumplan las condiciones allí descritas, de tal forma que si no se dan tales circunstancias, se aplicará la norma general, no existiendo, por tanto, una opción de criterios, sino que cada uno resulta aplicable de acuerdo con las circunstancias establecidas para cada situación.

La obligatoriedad surge de la necesidad en la existencia de un criterio normativo contable único, que permita la homogeneidad en la elaboración de las cuentas anuales, a fin de que reflejen la imagen fiel del patrimonio, de la situación financiera y de los resultados de la empresa (...).».

De acuerdo con las Cuentas Anuales consolidadas del grupo CINTRA SA de los ejercicios 2003 (página 6 de la memoria) y 2004 (página 16 de la memoria), el subgrupo "407 INTERNACIONAL INC" cumplía los requisitos exigidos por la Orden Ministerial, de 10 de diciembre de 1998, para proceder a la activación de los gastos financieros derivados de la financiación de la autopista canadiense.

Los gastos financieros consolidados del grupo ETR INTERNACIONAL INC, en miles de euros, según normas canadienses (es decir, aplicando para su reconocimiento el principio de devengo) y españolas (aplicando el de correlación de ingresos y gastos) son los que siguen:

Gas tos	Financieros	2002	2003	2004	2005
Nor mas CANADÁ	174.604	283.724	301.433	204.807	
Nor mas ESPAÑA	3.165	15.452	26.480	18.286	

Las conclusiones que se derivan de toda la información anterior es:

1º Que, a nivel consolidado y según normas contables españolas, "407 INTERNACIONAL INC", en lugar de pérdidas, obtuvo beneficios.

2º Que, también a nivel consolidado y de acuerdo con dichas normas contables, los fondos propios "407 INTERNACIONAL INC" aumentaban año a año.

3º Que los fondos propios consolidados y homogeneizados de TORONTO HIGHWAY BV fueron siempre superiores al precio de adquisición por el que AUTOPISTA DE TORONTO SL tenía registradas las participaciones en la referida sociedad holandesa.

4º Que, como consecuencia de los tres ordinales anteriores, en ningún caso AUTOPISTA DE TORONTO SL pudo contabilizar ni deducir fiscalmente las provisiones por depreciación de su participación en TORONTO HIGHWAY BV.

Así gracias al criterio equivocado, que venía siguiendo AUTOPISTA DE TORONTO SL (que no CINTRA SA) para recoger la depreciación de sus participaciones en la sociedad TORONTO HIGHWAY BV (evolución de los fondos propios individuales y sin homogeneizar de esta última), aquella sociedad registró un gasto por provisiones, que se dedujo fiscalmente, y que en realidad es una réplica de dos gastos contabilizados por la sociedad holandesa en base a unos criterios que no resultarían aplicables según las normas y principios de contabilidad generalmente aceptados en España, razón por la que al aplicarse el criterio correcto para registrar la susodicha provisión por depreciación (fondos propios consolidados y homogeneizados de TORONTO HIGHWAY BV) no surge depreciación alguna.

Séptimo. - Valoración del Informe pericial emitido por D. Virgilio y D. Bernabe .

La parte actora aportó junto con la reclamación económico administrativa el Informe emitido por D. Virgilio y D. Bernabe titulado "Reconocimiento y valoración contable de la provisión de cartera de su filial AUTOPISTA DE TORONTO, S.L., correspondiente a su participación en TORONTO HIGHWAY, BV".

De dicho informe podemos destacar las siguientes afirmaciones:

« (...) 6. EVALUACIÓN DE LA POLÍTICA CONTABLE SEGUIDA POR AUTOPISTA DE TORONTO, S.L. CON RELACIÓN AL TRATAMIENTO CONTABLE DE SU PARTICIPACIÓN EN TORONTO HIGHWAY, BY.

6. I. VALORACIÓN DE LA PARTICIPACIÓN DE AUTOPISTA DE TORONTO, S.L. EN SU FILIAL TORONTO HIGHWAY, BV.

La política contable seguida por AUTOPISTA DE TORONTO, S.L. para valorar su participación en su filial TORONTO HIGHWAY, BV ha consistido en tomar como referencia los fondos propios individuales de esta última (sin considerar las normas contables españolas a los efectos de su homogeneización) y compararlos con el precio de adquisición o el posterior valor neto contable de dicha participación.

De este modo, AUTOPISTA DE TORONTO, S.L. dotaba una provisión por depreciación de su inversión en sus cuentas anuales individuales por la diferencia entre el precio de adquisición de las participaciones o su valor neto contable y los fondos propios individuales de TORONTO HIGHWAY, 13V, sin considerar las normas contables españolas a los efectos de su homogeneización.

Así, cuando en septiembre de 2004, CINTRA compró a AUTOPISTA DE TORONTO, S.L. el 100% de la participación de ésta en TORONTO HIGHWAY, BV, AUTOPISTA DE TORONTO, S.L. tenía valorada contablemente su participación en 125 millones de euros (353 millones de euros menos una provisión por depreciación de 228 millones).

En nuestra opinión, AUTOPISTA DE TORONTO, S.L., debería haber valorado la participación en TORONTO HIGHWAY BV, atendiendo a los fondos propios consolidados del subgrupo formado por TORONTO HIGHWAY BV y sus sociedades dependientes, esto es, de los fondos propios consolidados de éste, previamente homogeneizados de acuerdo con normas contables españolas.

Sin embargo, dado que TORONTO HIGHWAY BV no realiza actividad mercantil alguna y posee únicamente participaciones de 407 INTERNATIONAL INC, sus fondos propios individuales y consolidados deben ser similares, antes de su homogeneización a normas contables españolas.

Así, según se desprende del Informe elaborado por CINTRA INFRAESTRUCTURAS, S.A. sobre los fondos propios individuales y consolidados de TORONTO HIGHWAY, BV sin la correspondiente homogeneización a criterios españoles, calculados a partir de los estados financieros consolidados auditados de 407 INTERNATIONAL INC y de los estados financieros individuales de la holding holandesa TORONTO HIGHWAY, BV y que incluimos en el Anexo I, no existen diferencias significativas entre los fondos propios individuales de TORONTO HIGHWAY, BV y los fondos propios que resultan de la consolidación contable de TORONTO HIGHWAY, BV y sus sociedades dependientes, y las pequeñas diferencias que surgen responden a ciertas simplificaciones asumidas por CINTRA en la metodología utilizada y no a fundamentos conceptuales que avalen la obtención de un resultado diferente.

(...)

6.3. EFECTO REAL DEL RECONOCIMIENTO DE LOS GASTOS FINANCIEROS DE 407 INTERNATIONAL INC EN LAS CUENTAS CONSOLIDADAS DE TORONTO HIGHWAY, BV Y DE AUTOPISTA DE TORONTO, S.L. SEGÚN LAS NORMAS CONTABLES ESPAÑOLAS

Con objeto de cuantificar el efecto de la aplicación de la Adaptación sectorial del PGC a los gastos financieros, provenientes de la deuda externa, vinculados a la construcción de la ampliación y mejoras de la Autopista 407 ETR Toronto, CINTRA INFRAESTRUCTURAS, S.A. ha elaborado el "Informe sobre el efecto de la activación de los gastos financieros de 407 INTERNATIONAL INC en las cuentas consolidadas de TORONTO HIGHWAY, BV y en la valoración de la participación de AUTOPISTA DE TORONTO, S.L." que incluimos en el Anexo 2.

En dicho Informe CINTRA ha aplicado los criterios contenidos en las Normas de adaptación sectorial del PGC expuestos en el epígrafe anterior, en base a:

a. Los estados financieros anuales consolidados auditados de 407 INTERNATIONAL INC, integrados por los estados financieros individuales de 407 INTERNATIONAL INC, de 407 CONCESSION COMPANY y de CANADIAN TOLLING COMPANY (anteriormente 2007466 ONTARIO INC), tal y como se explica en las mencionadas cuentas anuales.

b. Los estados financieros anuales individuales de CINTRA CANADA.

C. Los estados financieros anuales individuales de TORONTO HIGHWAY BV.

La metodología aplicada por CINTRA, en nuestra opinión, resulta adecuada con las normas sectoriales españolas, por lo que consideramos robustos y bien fundamentados los resultados obtenidos.

En él CINTRA ha detectado, calculado y concluido que:

1. La inversión realizada en obra nueva se centra en los ejercicios 2000 y 2001. Esta corresponde fundamentalmente a la obra ejecutada según contrato de construcción suscrito entre 407 ETR CONCESSION COMPANY LTD y el consorcio de empresas formado por FERROVIAL AGROMAN INTERNACIONAL y SKIC-

LAVALIN: "Design- Build Agreement among 407 ETR Concession Company Limited y joint venture Ferrovial Agroman International and SNC-LAVALIN INC 5th day os May, I999:

2. No existe financiación específica de la obra nueva, en coherencia con los contratos de financiación suscritos por la sociedad 407 INTERNATIONAL INC, donde no figura separadamente la financiación de la obra nueva adicional.

3. Los gastos financieros devengados cada año desde la fecha del inicio de la obra nueva hasta la puesta en funcionamiento de la misma y los devengados con posterioridad a esta fecha.

4. El importe de los gastos financieros asociados a esta obra nueva está activado en las cuentas consolidadas de 407 INTERNATIONAL INC, tal y como se observa en sus estados financieros anuales de 2000 (nota 3, referente a Capital Assets) y 2001 (nota 3, referente a Properry, Plan and Equipment), Dado que este criterio es coincidente con el establecido en la normativa española han considerado, con buen criterio, que en estos años no procede ninguna activación adicional de los gastos financieros, ya que estos aparecen registrados como mayor valor del inmovilizado.

5. En años posteriores a 2001 la activación de gastos financieros realizada por 407 INTERNATIONAL INC era nula o inmaterial.

6. El coeficiente aplicado anualmente a los gastos financieros devengados en años posteriores a 2001 se obtiene de la siguiente expresión.

Incremento de inmovilizado x (1-Fondos propios/ Total activo)

Total activo - Fondos propios - Ingresos diferidos - Deudas comerciales

7. Constata que existe evidencia razonable de la recuperación de los gastos financieros devengados tras la puesta en funcionamiento de la obra nueva (final de 2001) en las tarifas de ejercicios futuros y calcula, según la metodología prescrita en la Adaptación sectorial, la parte a activar como Gastos a distribuir en varios ejercicios.

8. Los nuevos Fondos propios consolidados de TORONTO HIGHWAY, BV a las fechas que se indican, homogeneizados con criterios españoles y su diferencia con los Fondos propios individuales que, como hemos constatado en el apartado 5 anterior, son similares a los consolidados sin considerar la homogeneización a criterios contables españoles, son los que se expresan en el Cuadro 2:

(CUADRO)

9. La nueva valoración de la participación de AUTOPISTA DE TORONTO, S.L. en TORONTO HIGHWAY BV y el nuevo importe de la provisión por depreciación de la participación en TORONTO HIGHWAY, BV que resulta tras el proceso de homogeneización de los fondos propios de ésta última a normativa contable española son los que se muestran en el Cuadro 3 siguiente, junto con las diferencias que se constatan con la anteriormente dotada en cada una de las fechas de referencia.

(CUADRO)

7. CONSIDERACIONES FINALES

El presente Dictamen ha tenido por finalidad expresar nuestra opinión acerca del tratamiento contable otorgado por AUTOPISTA DE TORONTO, S.L. a su participación en TORONTO HIGHWAY, BV, durante los ejercicios 2000 a 2004, y especialmente el impacto que el registro, cálculo y tratamiento de los gastos financieros derivados de la financiación externa de la sociedad canadiense 407 INTERNATIONAL INC, tiene en el cálculo de las provisiones de cartera dotadas por la sociedad, a la luz de la normativa contable española vigente, sugiriendo, en su caso, las modificaciones que consideremos oportunas a la luz de la misma.

En nuestra opinión, AUTOPISTA DE TORONTO, S.L., debería haber valorado la participación de su filial TORONTO HIGHWAY BV, atendiendo a los fondos propios consolidados homogeneizados de dicho este subgrupo, de acuerdo con normas contables españolas.

Sin embargo, dado que TORONTO HIGHWAY BV no realiza actividad mercantil alguna y posee únicamente participaciones de 407 INTERNATIONAL INC, hemos constatado que no hay diferencias significativas entre sus fondos propios individuales y consolidados, antes de su homogeneización a normativa contable española.

Si bien" TORONTO HIGHWAY, BV es una sociedad holding, tenedora de participaciones financieras, posee, a través de 407 INTERNATIONAL INC, el control de 407 ETR CONCESSION COMPANY, sociedad concesionaria de la Autopista 407 ETR Toronto, a quien le es de aplicación el Plan sectorial de autopistas. Por tanto, los fondos propios consolidados homogeneizados de TORONTO HIGHWAY, BV deben calcularse con base en los criterios contables recogidos en la correspondiente Adaptación sectorial del PGC de 1990.

Hemos constatado que, de acuerdo con dicha adaptación, coincidente con la normativa canadiense, su filial 407 INTERNATIONAL INC ha activado como mayor valor de su inversión en 407 ETR CONCESSION COMPANY

los gastos financieros devengados provenientes de la deuda externa dedicada a la construcción, ampliación o mejora de la Autopista 407 ETR y, hasta la fecha de puesta en funcionamiento de la obra nueva.

Los gastos financieros derivados de la deuda externa suscrita por 407 INTERNATIONAL INC para la adquisición de las acciones de la sociedad 407 ETR CONCESSION COMPANY no deben en ningún caso activarse como mayor valor de la infraestructura ni como gastos a distribuir en varios ejercicios, toda vez que no tienen como finalidad la financiación del activo concesional que, además, ya estaba construido y en funcionamiento en el momento en que se compraron las acciones de esta sociedad.

No obstante, frente a los criterios dictados por las Normas de adaptación sectorial, 407 INTERNATIONAL INC no activó como gastos a distribuir en varios ejercicios los gastos financieros derivados de las deudas que financiaron la obra nueva y que se devengaron con posterioridad a la puesta en funcionamiento de la misma.

Aplicados por AUTOPISTA DE TORONTO, S.L. los criterios contenidos en las Normas de adaptación sectorial del PGC, el nuevo valor que resulta a 26 de octubre de 2004 de la participación de AUTOPISTA DE TORONTO, S.L. en TORONTO HIGHWAY BV es de 160.829 miles de euros.

Dado que AUTOPISTA DE TORONTO, S.L. tenía valorada contablemente su participación en TORONTO HIGHWAY, BV en 353.632 miles de euros, el nuevo importe de la provisión por depreciación de la participación en TORONTO HIGHWAY, BV que resulta tras el procesode homogeneización de los fondos propios consolidados de ésta última a normativa contable española es de 192.803 miles de euros.

Este Dictamen no es un trabajo de auditoría de cuentas y se ha elaborado a petición de CINTRA INFRAESTRUCTURAS, S.A., no debiéndose utilizar para ningún otro fin. Todos los asuntos sobre los que nos hemos pronunciado pertenecen a nuestro ámbito de conocimiento y sobre ellos se nos ha requerido nuestra opinión experta (...) ».

El Informe Pericial se sustenta a su vez en el Informe sobre el efecto de la activación de los gastos financieros de 407 INTERNATIONAL INC en las cuentas consolidadas de TORONTO HIGFIWAY, BV y en la valoración de la participación de AUTOPISTA DE TORONTO, S.L. elaborado por Don Darío , Director de Contabilidad de Cintra Infraestructuras, S.A.

En dicho informe se indica que:

«(...) A la hora de imputar en la cuenta de pérdidas y ganancias los gastos financieros a distribuir registrados en Balance, en función a ingresos obtenidos por la sociedad concesionaria a lo largo de la vida de la concesión, por aplicación de la adaptación sectorial del PGC a las sociedades concesionarias de autopistas, se ha utilizado el modelo económico financiero elaborado por la sociedad y validado por la empresa que audita las cuentas consolidadas de Cintra S.A. (PriceWaterhouse Coopers). Adicionalmente y con el fin de diferenciar los conceptos que deben activarse como gastos a distribuir de los que no deben ser capitalizados, según la mencionada adaptación sectorial, se ha utilizado el detalle del resultado financiero facilitado por la sociedad tal y como se muestra en el Anexo 5.

Ejercicios económicos y porcentajes de participación considerados:

Las primeras cuentas consolidadas preparadas corresponden al ejercicio 2000, ya que en el año 1999 la participación sobre 407 International Inc. era detentada directamente por la sociedad Cintra, S.A.

En los años 2000, 2001, 2002 y 2005 Toronto Highway BV tiene participación directa sobre 407 International Inc. En los años 2003 y 2004, se constituye Cintra Canadá Inc., una sociedad intermedia entre Toronto Highway BV y 407 Intemational Inc, por lo que la participación sobre esta última es indirecta.

Inicialmente la participación de Toronto Highway BV sobre 407 International Inc. era del 73,08%.

Dicho porcentaje se mantiene hasta el año 2002.

En el año 2002 ocurren dos hechos con efecto contrario: por un lado se aporta como capital de 407 International Inc. la deuda convertible aportada por uno de los socios ((Caisse de dépôt et placement du Quebec)), por lo que el porcentaje de participación de Toronto Highway BV se reduce al 61,29% (efecto dilutivo); y, por otro, Toronto Highway BV compra un porcentaje adicional (5,81%) de la entidad 407 International Inc., lo que resulta una participación final del 67,10%, que se mantiene hasta el año 2004. En octubre de 2004 se vende un 13,87% de la participación, quedando la misma a partir de este momento en el 53,23%.

Se considera que en todo momento se tiene control sobre la compañía por lo que ésta se integra por el método de consolidación global.

De este modo, el detalle de las participaciones de Toronto Highway BV es el siguiente:

2000 2001 2002 2003 2004

% Participación sobre

407 International Inc. 73,08% 73,08% 67,10% 67,10% 53,23%

Hipótesis utilizadas en el cómputo de los gastos financieros a activar:

1) De acuerdo con la adaptación sectorial del PGC a las sociedades concesionarias de autopistas, túneles, puentes y otras vías de peaje solo los gastos financieros derivados de la deuda que financia la inversión en la autopista deben lucir en el Balance de la sociedad como gastos a distribuir en varios ejercicios y siempre que exista evidencia razonable de que dichos gastos se van a recuperar en las tarifas de ejercicios futuros.

Por tanto, hemos de discriminar la parte de la deuda que financia la adquisición de las acciones de la sociedad 407 ETR Concession Company Ltd. (sociedad que en el momento de su compra ya explotaba la autopista 407 ETR, que se encontraba abierta al tráfico desde 1997 generando los correspondientes peajes, y cuya construcción fue íntegramente financiada por la Provincia de Ontario con capital aportado como único accionista, es decir, sin deuda externa), de la parte de la deuda que financia los incrementos de inmovilizado derivados de la obra adicional que se producen después de la compra de las acciones y una vez finalizada la etapa de construcción, puesto que solo respecto de ésta se debe aplicar el criterio de activación como gastos a distribuir en varios ejercicios recogido en la adaptación sectorial.

2) Para determinar el valor de la obra nueva adicional hemos tomado como referencia las variaciones de inmovilizado que figura en el detalle de las cuentas anuales individuales de 407 ETR Concession Company Ltd., la sociedad que tiene el activo. Solo hemos tenido en cuenta las partidas contables Toll Highway y Toll Equipment, ya que consideramos que el resto de activos no se encuentran vinculados a la infraestructura. Las variaciones de inmovilizado por tanto son las siguientes:

(cuadro)

Hay que destacar que, principalmente, en los 2003 y 2005 hay activos que se deprecian totalmente y se dan de baja, por lo que las variaciones de inmovilizado que se producían eran negativas. Dado que estas regularizaciones no deben afectar a nuestro cálculo hemos considerado que las variaciones de estos años son cero.

3) Como se puede ver en el cuadro anterior, en los primeros años (2000 y 2001) es cuando más obra se realiza. El importe de los gastos financieros asociados a esta obra durante la fase de construcción está activado como mayor valor del inmovilizado en las cuentas consolidadas de 407 International Inc. tal y como se puede ver en sus correspondientes estados financieros anuales en la nota 3 referente a Capital Assets (año 2000) y a Property, Plan and Equipment (año 2001). Este criterio es el mismo que establece la normativa contable española aplicable y, por tanto, hemos considerado que estos años no procede ninguna activación adicional según la adaptación sectorial del Plan Contable, ya que estos gastos se han registrado ya como mayor valor del inmovilizado.

Sin embargo, como reflejamos en el cuadro siguiente, en años posteriores, una vez concluida la obra y puesta en funcionamiento. Las cuentas consolidadas de 407 International Inc no recogen la activación de gastos financieros como gastos a distribuir en varios ejercicios (la activación es nula o inmaterial por lo que no se ha considerado en este informe)

(miles Cad.) 2000 2001 2002 2003 2004

Capitalización Intereses -66.853 -54.145 0 0 -405

4) Como consecuencia de lo descrito en el párrafo anterior consideramos que la única homogeneización valorativa a realizar para la aplicación de los criterios contables establecidos por la norma española, como paso previo para la determinación de los fondos propios consolidados de Toronto Highway BV, es la relativa a los gastos financieros a activar como gastos a distribuir en varios ejercicios una vez que ha concluido la obra y entra en funcionamiento la infraestructura, lo cual se produce a partir del año 2002, ya que en los años anteriores los criterios aplicados por 407 International Inc eran coincidentes con los establecidos por el PGC español y su adaptación sectorial. (Lo hacemos por años completos ya que no disponemos de una información más detallada).

Metodología utilizada en el cómputo de los gastos financieros a activar:

La Metodología utilizada para el cálculo de los gastos financieros a activar ha sido la siguiente:

Dado que no existe una financiación específica de la obra nueva, como se desprende de los contratos de financiación suscritos por la sociedad 407 International Inc. con fecha 5 de mayo de 1999, en donde se recoge una financiación conjunta para la compra de acciones de 407 ETR Concession Company Ltd. y para la ejecución de la obra nueva adicional, que, además, fue objeto de refinanciación en los ejercicios siguientes mediante la emisión de bonos realizada por esta sociedad (ver memorias de 407 International Inc.), de acuerdo con la Adaptación sectorial, para el cálculo de los gastos financieros a activar como gastos a distribuir en varios ejercicios hemos aplicado un coeficiente al total de gasto financiero devengado anual, calculado de la siguiente forma: hemos considerado que la

compra de las acciones y los incrementos de inmovilizado son financiados tanto con deuda externa como con fondos propios aportados por los accionistas de la sociedad; calculamos por tanto cuanto suponen los fondos propios sobre el total de activo y lo multiplicamos por el incremento de inmovilizado para determinar que parte de este incremento de inmovilizado está financiado con fondos aportados por los accionistas; el resto lo consideramos financiado con deuda externa. La fórmula aplicada sobre el aumento de inmovilizado es la siguiente:

Incremento de inmovilizado *(1-Fondos propios/ Total Activo)

Total Activo - Fondos propios - Ingresos diferidos - Deudas comerciales».

De dicho informe debemos destacar que coincide con el criterio de la Inspección de que AUTOPISTA DE TORONTO, S.L., debería haber valorado la participación en TORONTO HIGHWAY BV, atendiendo a los fondos propios consolidados del subgrupo formado por TORONTO HIGHWAY BV y sus sociedades dependientes, esto es, de los fondos propios consolidados de éste, previamente homogeneizados de acuerdo con normas contables españolas.

El propio informe reconoce que no ha efectuado un trabajo de auditoría de cuentas, y opina que la metodología aplicada por CINTRA, en su opinión, resulta adecuada con las normas sectoriales españolas, por lo que considera robustos y bien fundamentados los resultados obtenidos, y sobre la base de lo que CINTRA ha detectado, calculado y concluido emite su parecer.

El informe en ningún caso afirma que haya revisado o que haya comprobado que la contabilidad consolidada y homogeneizada suministrada por CINTRA a los peritos tenga un soporte documental que, además, hayan sido contrastados por los peritos.

En el Informe se afirma que tuvieron a su disposición la siguiente documentación:

a. Contrato de Compraventa de la sociedad concesionaria 407 ETR CONCESSION COMPANY LTD (anteriormente denominada "ONTARIO INC").

b. Contrato de Construcción entre 407 ETR CONCESSION COMPANY LTD y el consorcio de empresas formado por FERROVIAL AGROMÁN INTERNACIONAL y SNC- LAVALIN: "Design-Build Agreement among 407 ETR Concession Company Limited y joint vencure Ferrovial Agroman International and SNCLAVALININC Sth day os May, 1999"

c. Contrato de Financiación Senior Adquisición de 407 ETR CONCESSION COMPANY LTD: "Ontario Inc as Borrower and Bank of Montreal, Royal Bank of Canada, Citibank Canada asJoint LeadArrangers - Credit Agreement":

d. Contrato de Financiación junior Adquisición de 407 ETR CONCESSION COMPANY LTD: "Ontario Inc as Borrower and Bank of Montreal, Royal Bank of Canada, Citibank Canada as/oint Lead Arrangers - Credit Agreement"

e. Contrato de Financiación junior 407 ETR CONCESSION COMPANY LTD: "CDN. \$775.000.000 Term Credit Agreement, Dated as of May 3, 1999".

f. Contrato de Concesión entre el Gobierno de Ontario y la 407 ETR CONCESSION COMPANY LTD: 'Flightway 407 Concession and Ground Lease Agreement between The Crown in right of Notario as represented by the Minister without Portfolio with responsibility for privatization and 407 ETR Concesion Company Limited':

g. Cuentas anuales individuales de 407 ETR CONCESSION COMPANY LTD de los ejercicios 1999 a 2005.

h. Cuentas anuales consolidadas de 407 INTERNATIONAL INC de los ejercicios 1999 a 2005.

i. Cuentas anuales individuales: de TORONTO HIGHWAY, BV de los ejercicios 1999 a 2005.

j. Cuentas anuales individuales de AUTOPISTA DE TORONTO, S.L. de los ejercicios 1999 a 2005.

k. Cuentas anuales individuales y consolidadas de CINTRA INFRAESTRUCTURAS, S.A. de los ejercicios 2002 a 2004.

l. Informe de la Subdirección General de Ordenación Legal y Asistencia jurídica de la Agencia Tributaria sobre el tratamiento fiscal de las provisiones por Depreciación de las participaciones de TORONTO HIGHWAY, BV a efectos de la regularización del Impuesto sobre sociedades del grupo fiscal CINTRA.

m. Acta de Disconformidad y Acuerdo de Liquidación resultantes de la actuación de la Inspección de Hacienda.

n. Informe sobre los fondos propios individuales y consolidados de TORONTO HIGHWAY, BV, elaborado por CINTRA INFRAESTRUCTURAS, S.A.

o. Informe sobre el efecto de la activación de los gastos financieros vinculados a la obra nueva una vez terminada y entrada en explotación de 407 INTERNATIONAL INC en las cuentas consolidadas de TORONTO HIGHWAY, BV y en la valoración de la participación de AUTOPISTA DE TORONTO, S.L., elaborado por CINTRA INFRAESTRUCTURAS, S.A.

Toda esa documentación fue también examinada por la Inspección.

Las operaciones económicas se deben registrar cronológicamente y deben estar soportadas mediante documentos internos o externos válidos, como son las facturas, documentos bancarios..., de manera tal que puedan brindar certeza sobre los valores consignados.

Recordemos que la contabilidad debe ser verificable, y esto sólo es posible en la medida en que cada registro esté respaldado con soportes válidos.

La contabilidad debe reflejar la realidad económica de la empresa, por tanto, todas las operaciones que la empresa realice deben consignarse en la contabilidad.

El informe acepta de manera acrítica los datos contables aportados por el contribuyente, sin examinar si están soportados documentalmente.

Además el Informe pericial no cuestiona los cálculos contables efectuados por la Administración, y omite el dato fundamental de que CINTRA dio tras ser requerida en reiteradas ocasiones otra información contable a la Inspección que difiere de la suministrada a sus propios peritos.

De acuerdo con la información recogida en el Informe complementario al Acta de disconformidad, la Inspección solicitó al obligado tributario información sobre el patrimonio neto consolidado calculado según normas contables españolas (es decir, homogeneizado) de la sociedad TORONTO HIGHWAY BV en fechas 22 de diciembre de 2002, 31 de diciembre de 2003 y 31 de diciembre de 2004.

Esa información fue aportada en comparecencia del 4 de junio de 2009, en la que se hizo entrega a la Inspección de los fondos propios consolidados y cuenta de pérdidas y ganancias consolidadas de los ejercicios 2002 a 2005 de la sociedad 407 INTERNACIONAL INC calculados según normas contables canadienses y españolas. Concretamente; en la página 475 del expediente administrativo obra un cuadro aportado por el obligado tributario donde se cuantifican los fondos propios de 407 ETR bajo el PGG español en las cantidades que luego recoge la Inspección en el cuadro denominado "Fondos propios consolidados" de la página 48 del Informe complementario al Acta de disconformidad como "Normas España". En cuanto a los resultados consolidados de los ejercicios 2002 a 2005 correspondientes a 407 INTERNACIONAL INC que se incorporan por la Inspección al cuadro denominado "Resultados consolidados" de la misma página del Informe complementario, se suministran por el obligado tributario en unos cuadros que se incorporan al expediente como páginas 441, 443, 445 y 477. En estos cuadros, se reflejan los balances y cuenta de pérdidas y ganancias de 407 ETR bajo los criterios del PGC, correspondiendo las diferencias entre datos de balance y cuenta de resultados original y los datos homogeneizados a los denominados "Adjustment ICAC".

En consecuencia, la información empleada por los actuarios para la elaboración de su propuesta de regularización y en particular, para la determinación de los valores contables homogeneizados con los criterios del PGC español de las sociedades participadas y, - ulteriormente para el cálculo de la provisión por depreciación fiscalmente deducible, fueron proporcionados por el propio obligado tributario en el marco del procedimiento de Inspección.

A este respecto es de señalar que en el momento de suscribir el Acta de disconformidad, el día 6 de noviembre de 2009, el obligado tributario manifiesta que "la información que consta en el expediente relativa a los FFPP consolidados y cuenta de pérdidas y ganancias consolidadas de los ejercicios 2002 a 2005 de la sociedad "407 INTERNACIONAL INC" y "TORONTO HIGHWAY BV" no son fruto de la elaboración de unos estados financieros en debida forma (lógicamente ni han sido aprobadas por el órgano societario competente, ni tampoco han sido auditadas) sino que han sido elaboradas dentro del marco de colaboración con la inspección, como un mero ejercicio de carácter estimativo, motivo por el cual dichas cuentas no pueden constituir un hecho o dato cierto o probatorio puesto que carecen de la certidumbre propia de su elaboración en debida forma".

Debemos destacar que no se puso de manifiesto error concreto de alguno de los datos suministrados; ni se explicó en qué medida un balance y unas cuentas anuales podía ser considerados unos datos "estimativos".

Tras la petición de ampliación del plazo para la presentación de alegaciones a la propuesta contenida en el Acta, el día 3 de diciembre de 2009 se presenta en el Servicio de Correos escrito de alegaciones en el que, entre otras cuestiones, se manifiesta que la controversia que servía de base para formular la propuesta de regularización fue puesta en conocimiento de la parte por primera vez, con la entrega en comparecencia de 5 de octubre de 2009;

del informe emitido por la Subdirección General de Ordenación Legal y Asistencia Jurídica de fecha 29 de septiembre de 2009, sobre "Tratamiento fiscal de las provisiones por depreciación de las participaciones de Toronto Highway BV a efectos de la regularización del Impuesto sobre Sociedades del Grupo fiscal CINTRA SA".

En el cuerpo del informe también se recogen los datos proporcionados por los interesados en comparecencias documentadas en las Diligencias de 22 de mayo de 2009 y 4 de julio de 2009.

El obligado tributario manifiesta en dicho escrito de alegaciones que el informe ofrece enorme complejidad y dificultad de análisis por su extensión, multitud de datos y criterios que se aportan en el mismo, y que considera preciso hacer uso de su derecho para aportar una serie de documentos que a su juicio "acreditan que Autopista de Toronto SL dotó correctamente la provisión ahora discutida por la Inspección". Esos documentos son:

- Ley de Privatización de la Concesión Highway 407
- Contrato de concesión entre el Gobierno de Ontario y la 407 ETR "Concesion Company Limited".
- Contrato de compraventa de la sociedad concesionaria Ontario Inc. (407 ETR Concesion Company Limited).
- Contrato de construcción 407 ETR Concesión Company Limited.
- Resumen de Transacciones referentes a la financiación.
- Contrato de Financiación Senior, Adquisición de- 407 ETR Concesion Company Limited.
- Contrato de financiación Junior, Adquisición de 4078 ETR Concesion Company Limited.
- Contrato de financiación junior 407 ETR Concesion Company Limited
- Cuentas anuales individuales Toronto Highway BV de los ejercicios 1999 a 2005.
- Cuentas anuales consolidadas 407 International Inc. de los ejercicios 1999, a 2005. Cuentas anuales Cintra Canadá Inc de los ejercicios 2003 y2004.

Afirma así que, "a la luz de la documentación aportada la parte reitera qué: "su actuación es conforme, a derecho, considerando del todo procedente la dotación de la provisión practicada por Autopista de Toronto SL sobre las participaciones de Toronto Highway BV, motivo por el cual se solicita la nulidad del Acta incoada".

La Inspección al folio 27 del Acuerdo de Liquidación indica que:

«(...) El contribuyente alega que el acta de disconformidad recoge una propuesta de regularización que tiene su fundamento jurídico principal en la diferente interpretación dada a la dotación de provisión de cartera de las participaciones de TORONTO HIGHWAY BV, sobre la base de los argumentos expuestos por la Inspección en el Acta, argumentos que derivan del informe de la Subdirección General de Ordenación Legal (Inf. C/8/48/09) que le fue entregado mediante diligencia de fecha 5/10/09, habiendo dispuesto el contribuyente de un plazo muy limitado para analizar los argumentos expuestos y considerando preciso hacer uso de su derecho a aportar una serie de documentos que acreditan que AUTOPISTA DE TORONTO SL dotó correctamente la provisión ahora discutida (Doc.1: Ley de Privatización y Contrato de Concesión; Doc.2: Contrato de Compraventa de la sociedad concesionaria y Contrato de Construcción de Autopista; Doc. 3: Financiación; Doc. 4: Cuentas Anuales).

Con relación a las alegaciones anteriores, conviene puntualizar que ya en las diligencias de fecha 8 y 22 de mayo y 4 de junio de 2009, la Inspección actuaria empezó a requerir información al representante del contribuyente sobre: la acreditación del criterio seguido para el cálculo de la dotación de la provisión de cartera de la sociedad Toronto Highway BV; justificación de la diferencia entre la devolución de prima de emisión de la sociedad Toronto Highway BV que constaba en contabilidad en el ejercicio 2004 y lo consignado en la memoria de la citada sociedad; patrimonio neto consolidado de la sociedad Toronto Highway BV calculado según las normas contables españolas en distintas fechas; es decir, el fundamento jurídico principal de la regularización, no es una cuestión que se plantea por primera vez tras el informe C/8/48/09, sino que viene motivado como consecuencia directa de la información solicitada y de los documentos explicativos del propio contribuyente aportados el 28/5/09.

Por otra parte, con relación a la documentación presentada ante esta Oficina Técnica, que, según manifiesta el contribuyente, acreditan que AUTOPISTA DE TORONTO SL dotó correctamente la provisión controvertida, la misma, en nada desvirtúa los razonamientos alcanzados, razonamientos que se han hecho partiendo de la base de que mientras la dotación de la provisión de cartera por AUTOPISTA DE TORONTO SL sobre las participaciones de TORONTO HIGHWAY BV se ha efectuado en función de los fondos propios individuales y sin homogeneizar de ésta (según el contribuyente "sin practicar ningún ajuste de homogeneización") (criterio que no era el seguido por su sociedad dominante, CINTRA SA, para el cálculo de este tipo de provisiones), TORONTO HIGHWAY BV calcula la

provisión de la inversión en "407 INTERNATIONAL INC" en función de los fondos propios consolidados de esta entidad, lo cual supone que una parte de la provisión dotada por TORONTO HIGHWAY BV, era una réplica de la provisión dotada por TORONTO HIGHWAY BV, la cual recoge las pérdidas consolidadas obtenidas por "407 INTERNATIONAL INC" calculadas según las normas contables canadienses (siendo el resto de la provisión dotada por la citada sociedad española una réplica del gasto por amortización del fondo de comercio) (... ».

La Inspección concluyó que:

« (...) El cuadro siguiente compara, a efectos de determinar la provisión que debería haber lucido en el balance de AUTOPISTA DE TORONTO SL, la parte proporcional de los fondos propios consolidados y homogeneizados de la sociedad "407 INTERNACIONAL INC" que corresponden a TORONTO HIGHWAY BV (como si fueran los de la citada sociedad holandesa de acuerdo con las manifestaciones de los interesados), con el precio de adquisición por el que estaba contabilizada la participación de TORONTO HIGHWAY BV en el balance de AUTOPISTA DE TORONTO SL (las cifras se expresan en miles de euros):

Fechas %FP ETR Pr adq. Provisión

31/12/2002	401.587	417.844	-16.257
31/12/2003	432.162	384.566	No
23/09/2004	444.129	353.632	No
31/12/2004	358.872	75.252	No
31/12/2005	452.987	47.108	No

El precio de adquisición de las participaciones en TORONTO HIGHWAY BV que se recoge en la tabla anterior para las fechas 31/12/2004 y 31/12/2005 es el que hubiera lucido en las cuentas individuales de AUTOPISTA DE TORONTO SL en caso de que dichas participaciones no hubieran sido enajenadas por esta sociedad a CINTRA SA (enajenación que carece de efectos fiscales al ser una operación intragrupo, por lo que, desde la perspectiva del grupo fiscal dichas participaciones siguen teniendo el mismo valor fiscal que tenían en AUTOPISTA DE TORONTO SL). El precio de adquisición en tales fechas se obtiene minorando el precio de adquisición a 30/09/2004, respectivamente, en las primas de emisión distribuidas por la sociedad holandesa el 31/12/2004 (278.380 miles de euros) y durante el año 2005 (28.144 miles de euros).

Como puede observarse, aplicando normas y principios de contabilidad generalmente aceptados en España para dotar provisiones por depreciación de participaciones en el capital de otras entidades, y basándonos en la hipótesis de que los fondos propios consolidados y homogeneizados de "407 INTERNACIONAL INC" coinciden con los de su sociedad dominante (TORONTO HIGHWAY BV), la entidad AUTOPISTA DE TORONTO SL solamente podría tener registrada una provisión por depreciación de sus participaciones en la citada sociedad holandesa por 16 millones de euros y ello a 31/12/2002 (provisión que debería haber revertido el 31/12/2003). Salvo en la fecha anterior, las citadas participaciones no habrían experimentado depreciación sino todo lo contrario, por lo que las provisiones dotadas serían improcedentes contablemente y, fiscalmente, no deducibles.

Ahora bien, hemos dicho que la hipótesis barajada por los interesados relativa a que los fondos propios consolidados y homogeneizados de la sociedad dependiente ("407 INTERNACIONAL INC") coinciden con los de la dominante (TORONTO HIGHWAY BV) era técnicamente incorrecta. Las razones para sostener esta afirmación son dos:

- Porque los fondos propios consolidados de TORONTO HIGHWAY BV se deben calcular mediante la suma de los fondos propios individuales de esta sociedad y los de sus sociedades dependientes, más los correspondientes ajustes de consolidación. Luego al calcular los fondos propios consolidados de dicha sociedad tal y como proponen los interesados, no se estarían incluyendo dentro de los referidos fondos propios consolidados, precisamente, los de la sociedad dominante del grupo (TORONTO HIGHWAY BV), sino solamente los de sus sociedades dependientes.

- Por lo que respecta a los fondos propios de las referidas sociedades filiales, únicamente forman parte de los fondos propios consolidados de TORONTO HIGHWAY BV los resultados obtenidos por el subgrupo "407 INTERNACIONAL INC" correspondientes al porcentaje de participación poseído por aquélla y desde que la citada sociedad canadiense fue adquirida por la holandesa; el resto del patrimonio neto consolidado del subgrupo "407

"INTERNACIONAL INC" no forma parte de los fondos propios consolidados de TORONTO HIGHWAY BV y deben ser eliminados mediante un ajuste técnico de consolidación llamado eliminación-inversión fondos propios.

Dado que, en última instancia, la procedencia o improcedencia de la provisión por depreciación contabilizada, y deducida fiscalmente, por AUTOPISTA DE TORONTO SL debe determinarse a la luz de los fondos propios consolidados y homogeneizados de TORONTO HIGHWAY BV correctamente calculados, se ha procedido a cuantificar dicha magnitud en, el anexo al Informe emitido por la Subdirección General de Ordenación Legal y Asistencia Jurídica en función de la hipótesis que se tome en relación el fondo de comercio de consolidación (bien que se trate de elemento patrimonial de la sociedad dominada -que es el supuesto más normal- o de la sociedad dominante), los mencionados fondos propios consolidados y homogeneizados serían (en miles de euros): (...).

La Sección estima que debe primar el criterio de la Administración que se sustenta en un análisis riguroso y exhaustivo de la contabilidad aportada por el propio recurrente, y que ha sido auditada o contrastada con los soportes documentales que obran en el voluminoso expediente administrativo compuesto de más de 6.000 folios.

No puede aceptarse el Informe pericial propuesto aportado por la parte actora que se sustenta en unos datos que no han sido verificados ni contrastados por los peritos.

Octavo. Sanción.

Rechazados los motivos del recurso que se refieren al acto de liquidación, procede ahora abordar la legalidad del acuerdo sancionador, analizando las alegaciones que efectúa el recurrente en el Fundamento de Derecho Cuarto del escrito de demanda.

En cuanto a la supuesta falta de acreditación de la culpabilidad y la correlativa ausencia de motivación, dicha la alegación de la parte debe de ser acogida.

Como es sabido, la apreciación de la culpabilidad en la conducta del sujeto infractor es una exigencia que surge directamente de los principios constitucionales de la seguridad jurídica y de legalidad, en cuanto al ejercicio de potestades sancionadoras de cualquier naturaleza. El principio de culpabilidad constituye un elemento básico a la hora de calificar la conducta de una persona como sancionable, es decir, es un elemento esencial en todo ilícito administrativo, y es un principio que opera no sólo a la hora de analizar la conducta determinante de la infracción, sino también sobre las circunstancias agravantes. El principio de culpabilidad supone, según jurisprudencia reiterada, que la acción o la omisión enjuiciada debe ser en todo caso imputable a su autor, por dolo, imprudencia, negligencia o ignorancia inexcusable.

Según se indica en la resolución sancionadora, los tipos infractores aplicados han sido el previsto en el artículo 191 .1º de la LGT de 2003 , en cuya virtud:

«(...) 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 art. 27 o proceda la aplicación del párrafo b) del apartado 1 del art. 161, ambos de esta ley ».

Y el previsto en el artículo 195 .1 que dispone que:

«(...) Constituye infracción tributaria determinar o acreditar improcedentemente partidas positivas o negativas o créditos tributarios a compensar o deducir en la base o en la cuota de declaraciones futuras, propias o de terceros.

También se incurre en esta infracción cuando se declare incorrectamente la renta neta, las cuotas repercutidas, las cantidades o cuotas a deducir o los incentivos fiscales de un período impositivo sin que se produzca falta de ingreso u obtención indebida de devoluciones por haberse compensado en un procedimiento de comprobación o investigación cantidades pendientes de compensación, deducción o aplicación».

En la resolución sancionadora se motivó la culpabilidad argumentando que:

« (...) Además del elemento objetivo descrito en el Fundamento de Derecho precedente, concurre en el interesado el requisito subjetivo (la concurrencia de culpa o negligencia en su conducta) preciso para la exigencia de responsabilidad tributaria, ya que, como se ha expuesto, incumplió de forma consciente y voluntaria la normativa reguladora del Impuesto sobre Sociedades, por cuanto la sociedad del grupo AUTOPISTA DE TORONTO S.L. dotó de forma improcedente, según la normativa contable y fiscal aplicables, una provisión por depreciación de las participaciones de la sociedad TORONTO HIGHWAY BV enajenadas en 2004 a la sociedad del grupo CINTRA, S.A.

No puede alegarse en el presente expediente ninguna de las eximentes de responsabilidad previstas en el artículo 179.2 de la Ley 58/2003 , en especial la de que se haya puesto la diligencia necesaria en el cumplimiento de las obligaciones tributarias, ya que el contribuyente no se ha amparado en una interpretación razonable de la norma, por cuanto no existe ninguna imprecisión en las normas reguladoras del Impuesto sobre Sociedades ni en las contables aplicables al caso, las cuales resultan claras, concisas e interpretables en un solo sentido, en cuanto al supuesto que nos ocupa.

Así, vistos los hechos y circunstancias expuestos en el expediente, debe considerarse que la sociedad del grupo AUTOPISTA DE TORONTO S.L. no tenía duda razonable acerca de la no legalidad de la dotación de la provisión por depreciación de las participaciones en la sociedad TORONTO HIGHWAY BV enajenadas en 2004 a la sociedad del grupo CINTRA, S.A.

El art. 72.2 de la LIS dispone: "2. Se practicarán las eliminaciones de resultados, positivas o negativas, por operaciones internas, en cuanto los mencionados resultados estuvieren comprendidos en las bases imponibles individuales de las entidades que forman parte del grupo fiscal."

Desde el punto de vista contable, las Normas de Formulación de las Cuentas Anuales Consolidadas, en su artículo 40, señalan: "Artículo 40. Eliminación de resultados por operaciones internas de activos financieros.

1. Se considerarán operaciones internas de activos financieros todas aquellas en las que una sociedad del grupo adquiera activos financieros a otra también del grupo, excluidas las participaciones en el capital de las sociedades del mismo.

2. Los resultados producidos en estas operaciones deberán diferirse, hasta el ejercicio en que se realicen, de acuerdo con las siguientes reglas:

a) El importe a diferir será igual a la diferencia entre el precio de adquisición neto de provisiones y el precio de venta.

b) El resultado se entenderá realizado cuando los mencionados activos financieros se enajenen a terceros. Tratándose de perdidas el resultado se entenderá realizado cuando exista una depreciación respecto del precio de adquisición de los activos y hasta el límite de dicha depreciación, a estos efectos deberá dotarse la correspondiente provisión".

Por tanto, las provisiones deben reflejar la depreciación de las participaciones y desdotarse cuando la pérdida de valor desaparezca, no debiendo desnaturalizarse su carácter por la enajenación de las participaciones entre empresas del grupo fiscal.

Por su parte, el art. 19.6 de la LIS señala claramente que las provisiones deben integrarse en la base imponible cuando se produzca la recuperación del valor del bien provisionado: "6. La recuperación de valor de los elementos patrimoniales que hayan sido objeto de una corrección de valor se imputará en el período impositivo en el que se haya producido dicha recuperación, sea en la entidad que practicó la corrección o en otra vinculada con ella."

Por lo expuesto, ha de concluirse que la conducta del sujeto infractor es culpable y que la buena fe o inexistencia de culpa, presumida por la Ley, queda destruida resultado de eludir el cumplimiento de sus obligaciones tributarias en perjuicio del Erario público.

De esta forma, la voluntariedad de la infracción concurre cuando el contribuyente conoce la existencia de la norma y la incumple, a diferencia de los supuestos en que la declaración sea incorrecta en razón de algunas deficiencias u oscuridades de la norma tributaria que justifiquen una divergencia de criterio jurídico razonable, lo que, como se ha expuesto, no sucede en el presente caso.

El mismo Tribunal Supremo ha manifestado que, para excluir la responsabilidad, las interpretaciones discrepantes deben ser razonables y razonadas. Así, por ejemplo, la STS de 20-11-1991 determinó que "... Sin embargo, sin desconocer la doctrina jurisprudencial que, ante una diferencia razonable de criterio respecto de la interpretación de normas tributarias, admite que esta dificultad puede ser causa excluyente de culpabilidad, en el campo de la potestad sancionadora de la Hacienda Pública, hay que convenir en que la aplicación de este criterio no debe extenderse hasta llegar a acoger cualquier duda que se suscita en orden al sentido y alcance de una normativa tan señaladamente susceptible de controversia, pues de otro modo quedaría sin contenido la más común de las infracciones fiscales, deducida de la falta de declaración del hecho imponible".

Y la STS de 19-12-1997 declara que: "Aunque es cierto que una consolidada doctrina jurisprudencial excluye la existencia de infracción tributaria, y por lo tanto la procedencia de sanción, de aquellos supuestos en que se produzca una discrepancia sobre las normas jurídicas a considerar -en su alcance, contenido o aplicación al caso controvertido- de suerte que llegue a demostrarse que no hay ánimo de ocultar o evitar a la Administración el

conocimiento del hecho imponible del tributo cuestionado, en más cierto que, para que tal doctrina resulte viable y aplicable es necesario que la discrepancia interpretativa o aplicativa pueda calificarse de razonable, es decir, que esté respaldada, aunque sea en grado mínimo, por fundamento objetivo.

En caso contrario, o sea, de no exigirse ese contenido mínimo de razonabilidad o fundamentación, en todo supuesto de infracción, bastaría la aportación de cualquier tipo de alegación contraria a la sostenida por la Administración para que conductas objetivamente sancionables resultaran impunes. No basta pues que exista una discrepancia jurídica; es preciso, además, que la misma tenga el grado necesario de razonabilidad".

La claridad y evidencia de la conducta del obligado tributario al dotar de forma improcedente una provisión por depreciación de valores no puede dejar margen a la interpretación, sin que la conducta regularizada por la Inspección se justifique en la aplicación razonable de la normativa tributaria, ni en una laguna legal, ni revista los caracteres necesarios para ser considerada como error invencible, lo que daría lugar a la exclusión de responsabilidad.

En consecuencia, se estima que la conducta del obligado tributario no puede ser calificada sino de voluntaria y culpable, en el sentido de que se entiende que le era exigible otra conducta distinta, no pudiéndose apreciar buena fe en su actuación en orden al cumplimiento de sus obligaciones fiscales, sino que, por el contrario, debe concluirse que su conducta ha ocasionado la elusión del pago de parte de la deuda tributaria correspondiente al Impuesto sobre Sociedades de los ejercicios 2003 y 2004, sin que pueda apreciarse, como se ha expuesto, ninguna de las causas de exclusión de responsabilidad previstas en el art. 179.2 de la Ley 58/2003 ».

Por ello en el acuerdo sancionador se relata una detallada descripción de los hechos, que se conectan descrito con la intencionalidad de la conducta, de tal manera que consta en dicho acuerdo el necesario nexo entre la intencionalidad y el hecho, conteniendo una valoración suficiente de la voluntariedad o intencionalidad del sujeto pasivo a efectos de establecer su culpabilidad , por lo que no cumple lo dispuesto en el art. 211.3º de la Ley General Tributaria y art. 24 del Real Decreto 2063/2004, de 15 de octubre , por el que se aprueba el Reglamento General del régimen sancionador tributario.

En este sentido, expresamos nuestra convicción de que las circunstancias presentes en este concreto caso permiten deducir que la culpabilidad del sujeto está "ínsita" en su conducta (conforme a la expresión empleada en STS de 16 de julio de 2015).

Mientras que CINTRA, S.A. presentaba cuentas consolidadas y homogeneizadas, AUTOPISTA DE TORONTO SL para recoger la depreciación de sus participaciones en la sociedad TORONTO HIGHWAY BV tenía en cuenta los fondos propios individuales y sin homogeneizar de esta última.

El Informe pericial aportado por la parte confirma que no existió una interpretación razonable de la norma.

Estas circunstancias nos permiten concluir la existencia de motivación del elemento subjetivo de la culpabilidad , pues se acredita y justifica de manera adecuada la concurrencia de este elemento en la actuación del contribuyente, contemplada según las exigencias derivadas de la ley y de la interpretación constitucional de las garantías derivadas de los derechos fundamentales reconocidos en los arts. 24 y 25 CE .

Noveno.

En cuanto a las costas dispone el artículo 139.1º LJCA , modificado por la Ley 37/2011, de 10 de octubre, de Medidas de Agilización Procesal, bajo cuya vigencia se inició el actual proceso, que " En primera o única instancia, el órgano jurisdiccional, al dictar sentencia o al resolver por auto los recursos o incidentes que ante el mismo se promovieren, impondrá las costas a la parte que haya visto rechazadas todas sus pretensiones, salvo que aprecie y así lo rzone, que el caso presentaba serias dudas de hecho o de derecho".

En el caso que nos ocupa, no apreciando la concurrencia de dudas de hecho ni de derecho en el planteamiento o resolución de la litis, la Sala entiende procedente que se condene al demandante en las costas causadas en este proceso.

En atención a cuanto se ha expuesto,

EN NOMBRE DEL REY

y por la autoridad que nos confiere la Constitución Española,

FALLAMOS

1º) Que debemos DESESTIMAR Y DESESTIMAMOS el presente recurso contencioso-administrativo número 307/2015, interpuesto por la Procuradora Doña María Salud Jiménez Muñoz, en representación de FERROVIAL, S.A. asistido del Letrado Don César Flórez Tella contra la resolución del Tribunal Económico Administrativo Central, de 5 de febrero de 2015, por la que se estimó parcialmente el recurso de alzada número NUM005 , interpuesta contra la Resolución del TEAR de Madrid de 25 de octubre de 2011, dictada en la reclamación económico-administrativa números NUM003 y NUM004 acumulada, relativas a los siguientes actos administrativos dictados por la Delegación Especial de Madrid: a) Acuerdo de Liquidación no NUM002 derivado del Acta de Disconformidad A02- NUM001 correspondiente al Impuesto sobre Sociedades de los ejercicios 2003, 2004 y 2005, por importe total a ingresar de 57.419.038,59€, y, b) Acuerdo de Resolución de procedimiento sancionador no de referencia 75560424 (modelo A23) derivado del Acta anterior, por importe total de 11.315.981,21€ respectivamente, y DEBEMOS CONFIRMAR Y CONFIRMAMOS dichas resoluciones por ser ajustadas al ordenamiento jurídico.

2º) Se condena a la parte actora en las costas causadas en este proceso judicial.

Líbrese y únase certificación literal de esta resolución a las actuaciones con inclusión de la original en el Libro de Sentencias.

Luego que sea firme la presente Sentencia, remítase testimonio de la presente resolución, junto con el expediente administrativo, a su oficina de origen, que deberá de acusar recibo dentro del término de los diez días, conforme previene el artículo 104 de la L.J.C.A ., para que la lleve a puro y debido efecto.

Contra la presente resolución cabe interponer recurso de casación cumpliendo los requisitos establecidos en los art. 86 y siguientes de la Ley de esta Jurisdicción , en la redacción dada por la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio, debiendo prepararse el recurso ante esta Sección en el plazo de treinta días contados desde el siguiente al de la notificación, previa constitución del depósito previsto en la Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial , bajo apercibimiento de no tener por preparado el recurso.

Dicho depósito habrá de realizarse mediante el ingreso de su importe en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones de esta Sección, del Banco de Santander, a la cuenta general nº 2602 y se consignará el número de cuenta-expediente 2602 seguido de ceros y el número y año del procedimiento, especificando en el campo concepto del documento Resguardo de ingreso que se trata de un "Recurso" 24 Contencioso-Casación (50 euros).

Así por esta nuestra Sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

D. JESÚS MARÍA CALDERÓN GONZALEZ D. MANUEL FERNÁNDEZ LOMANA GARCÍA
Dª. CONCEPCIÓN MÓNICA MONTERO ELENA Dª. SANDRA MARIA GONZÁLEZ DE LARA MINGO

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por la Ilma. Sra. Magistrada Ponente Dª SANDRA MARIA GONZÁLEZ DE LARA MINGO , 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.