

BASE DE DATOS DE Norma DEF.-

Referencia: NFJ073051

AUDIENCIA NACIONAL

Sentencia de 25 de febrero de 2019

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Rec. n.º 166/2015

SUMARIO:

Procedimiento de Inspección. Plazo. Dilaciones. No todo retraso en la aportación de documentación constituye una dilación no imputable a la Administración. **Prescripción del derecho a determinar la deuda tributaria. Interrupción. Actuaciones del obligado tributario.** Las solicitudes de rectificación de las autoliquidaciones tienen eficacia interruptiva de la prescripción.

IS. Provisión por insolvencias. Entidades financieras. Provisión genérica. Las excepciones a la deducibilidad (entre ellas la de entidades vinculadas) del art. 7.2. Rgto IS de la provisión específica son aplicables también a la genérica del art. 7.3. No es posible computar, como fiscalmente deducibles, entre las dotaciones genéricas por provisiones de insolvencia, las correspondientes a créditos con sociedades vinculadas. **Incremento y disminuciones de patrimonio. Venta de autocartera Recuperación de valor.** Pérdida por transmisión de acciones nuevamente adquiridas antes de los 6 meses posteriores. Procede el ajuste positivo en el ejercicio en que se recupera el valor. En la transmisión de acciones propias, la Circular 4/2004 del Banco de España no determina resultado contable alguno. Pérdidas vinculadas a fondos garantizados. Son deducibles porque, frente a lo que sostiene la Inspección y el TEAC, existe riesgo económico en la valoración del fondo. **Deducción por doble imposición internacional. Convenio con Reino Unido. Compatibilidad entre la aplicación de los artículos 30 y 31 del TR Ley IS.** Respecto a un dividendo satisfecho por una entidad británica se plantea la compatibilidad entre la deducción por doble imposición jurídica internacional (art. 31 TR Ley IS) y la doble imposición económica internacional del Convenio (art. 30 TR Ley IS). No hay incompatibilidad y se dan los presupuestos para reconocer la deducción art. 31, pues se ha acreditado el pago del tributo en Reino Unido. **Aplicación e interpretación de normas. Calificación. Deducción por doble imposición de dividendos. Entidades cotizadas españolas.** Compras de acciones por cuenta de no residentes y entrega de equity swaps con ese subyacente, seguido del cobro del dividendo y venta en bolsa a la no residente de las acciones y liquidación del equity swap. Para la Inspección la operación carece de sentido y se planificaron para obtener una ventaja fiscal, consistente en evitar la tributación del dividendo para el no residente y aplicar el residente la deducción por doble imposición. Según la Administración, aplicando la calificación el entramado no tuvo finalidad contractual, sino conseguir un efecto fiscal favorable. No es el mismo supuesto de la resolución TEAC 16 septiembre de 2005 y SAN 18 de diciembre de 2008, recurso 633/2005, (NFJ031330), pues entre otras circunstancias las acciones se compraron en Bolsa y el Banco no estaba obligado a la reventa de las acciones. Las diferencias entre ambos supuestos obligan a no aplicar las conclusiones de los pronunciamientos indicados. El Banco obtuvo el dividendo, y lo integró en la base, por lo que procede admitir la deducción. **Deducción por actividad de investigación, desarrollo e innovación tecnológica (I+D+i).** Proyectos en el ámbito de la gestión del Banco. Se aportaron informes técnicos no vinculantes frente al informe de la Unidad de Auditoría Informática de la Delegación Central de Grandes Contribuyentes. Se trata de adaptaciones de gestión para nuevos canales. Son desarrollos propios y nuevos pero con tecnología o procedimientos preexistentes. No hay novedad científica o tecnológica por lo que no procede calificarlo como de I+D.

PRECEPTOS:

RD 1065/2007 (Rgto. De gestión e inspección tributarias), arts. 184 y 188

RD. Leg 4/2014 (TR Ley IS), arts. 12. 19, 31 y 35.

RD. 1777/2004 (Rgto IS), art. 7.

Convenio de 21 de octubre de 1975 (Convenio España y Reino Unido), arts. 10 y 24.

Ley 58/2003 (LGT), arts. 12 y 13.

PONENTE:

Don Francisco Gerardo Martínez Tristán.

Magistrados:

Don FRANCISCO GERARDO MARTINEZ TRISTAN
Don JESUS MARIA CALDERON GONZALEZ
Don CONCEPCION MONICA MONTERO ELENA

AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Contencioso-Administrativo

SECCIÓN SEGUNDA

Núm. de Recurso: 0000166 / 2015

Tipo de Recurso: PROCEDIMIENTO ORDINARIO

Núm. Registro General: 02180/2015

Demandante: BANKINTER, S.A.

Procurador: MARIA ROCIO SAMPERE MENESES

Demandado: TRIBUNAL ECONOMICO ADMINISTRATIVO CENTRAL

Abogado Del Estado

Ponente Ilmo. Sr.: D. FRANCISCO GERARDO MARTINEZ TRISTAN

S E N T E N C I A Nº:

Ilmo. Sr. Presidente:

D. JESÚS MARÍA CALDERÓN GONZALEZ

Ilmos. Sres. Magistrados:

D. FRANCISCO GERARDO MARTINEZ TRISTAN

D^a. CONCEPCIÓN MÓNICA MONTERO ELENA

Madrid, a veinticinco de febrero de dos mil diecinueve.

Visto por la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, el recurso contencioso-administrativo nº 166/2015, promovido por la Procuradora D^a. Rocío Sampere Meneses, en nombre y representación de la entidad BANKINTER S.A., contra la Resolución del Tribunal Económico Administrativo Central (TEAC) de 8 de enero de 2015, por la que se desestimó las reclamaciones acumuladas NUM000 , NUM001 y NUM002 , interpuestas contra el Acuerdo de liquidación de la Oficina Técnica de la Dependencia de Control Tributario y Aduanero de la Delegación Central de Grandes Contribuyentes, de 19 de julio

de 2011, derivado del acta de disconformidad n°. NUM003 , por el Impuesto sobre Sociedades (IS), ejercicios 2004 a 2006, así como contra las resoluciones sancionadoras de 15 de febrero de 2012, derivada del mismo acta y del acta de conformidad n°. NUM004 , por el IS, ejercicio 2006.

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 TEAC, de 8 de enero de 2015, por la que se desestimó las reclamaciones acumuladas NUM000 , NUM001 y NUM002 , interpuestas contra el Acuerdo de liquidación de la Oficina Técnica de la Dependencia de Control Tributario y Aduanero de la Delegación Central de Grandes Contribuyentes, de 19 de julio de 2011, derivado del acta de disconformidad n°. NUM003 , por el Impuesto sobre Sociedades (IS), ejercicios 2004 a 2006, así como contra las resoluciones sancionadoras de 15 de febrero de 2012, derivada del mismo acta y del acta de conformidad n°. NUM004 , por el IS, ejercicio 2006.

Segundo.

Contra dicha resolución interpuso recurso contencioso-administrativo, mediante escrito presentado el 20 de abril de 2015 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 Sra. Sampere Meneses, presentó escrito el 2 de diciembre de 2015, en el que, después de exponer los hechos y fundamentos que estimó pertinentes, solicitó a la Sala que dicte Sentencia por la que: estime el recurso contencioso administrativo y anule la resolución recurrida, así como la liquidación y las sanciones impuestas, con imposición de costas a la demanda.

Cuarto.

El Abogado del Estado por escrito que tuvo entrada en la Audiencia Nacional en fecha 5 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.

Recibido el pleito a prueba se practicó con el resultado que obra en autos, tras lo cual 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 24 de enero de dos mil diecinueve en que ha tenido lugar.

Ha sido Ponente el Ilmo. Sr. D. FRANCISCO GERARDO MARTINEZ TRISTAN, quien expresa el parecer de la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. Objeto del recurso y planteamiento de las partes .

Se dirige este recurso frente a la resolución del TEAC, de 8 de enero de 2015, por la que se desestimó las reclamaciones acumuladas NUM000 , NUM001 y NUM002 , interpuestas contra el Acuerdo de liquidación de la Oficina Técnica de la Dependencia de Control Tributario y Aduanero de la Delegación Central de Grandes Contribuyentes, de 19 de julio de 2011, derivado del acta de disconformidad nº. NUM003 , por el Impuesto sobre Sociedades (IS), ejercicios 2004 a 2006, así como contra las dos resoluciones sancionadoras de 15 de febrero de 2012, derivadas (una) de la misma acta y (la otra) del acta de conformidad nº. NUM004 , por el IS, ejercicio 2006.

Frente a estas resoluciones, Bankinter opone motivos impugnatorios de forma y de fondo.

En cuanto a los motivos de forma, la parte actora aduce la prescripción de la liquidación correspondiente a 2004 a 2006, lo que conllevaría su anulación y de las dos sanciones derivadas de la misma.

Las razones para llegar a esta conclusión son, en esencia, las siguientes:

a) Nulidad de ampliación del plazo máximo de duración de las actuaciones inspectoras a 24 meses, por falta de motivación y por no estar justificada.

b) Improcedencia de las dilaciones imputadas a Bankinter.

c) Ineficacia interruptiva del derecho de la Administración a liquidar los ejercicios 2004 y 2005 de los procedimientos de devolución de ingresos indebidos iniciados por Bankinter.

En cuanto al fondo del asunto considera improcedente, por las razones que se verá en cada apartado, la regularización llevada a cabo por la Administración tributaria.

Segundo. Hechos y circunstancias que se desprenden del expediente administrativo.

Conviene poner de relieve y precisar una serie de hechos y actuaciones con relevancia tributaria, que se desprenden del procedimiento y son necesarios para comprender la controversia.

-Las actuaciones de comprobación del Grupo Bankinter S.A., Grupo consolidado 13/01, se iniciaron mediante comunicación de 13 de julio de 2009 a la sociedad dominante.

El Grupo estaba formado por 16 sociedades en 2004 y por 14 sociedades en 2005 y 2006.

Las actuaciones se limitaron a la sociedad dominante Bankinter S.A. y a la sociedad dependiente Hispamarket, S.A.

-Durante las mismas se extendieron 20 diligencias hasta la firma de las actas el 25 de mayo de 2011.

-Tras la resolución del TEAC, que estimó, en parte, alguna de las alegaciones respecto a las dilaciones imputables al obligado, las dilaciones imputables se redujeron a 27 días, desde el 26 de febrero de 2010 hasta el 11 de marzo de 2010 (13 días), por no aportación de documentación; desde el 12 de mayo de 2011 hasta el 18 de mayo de 2011 (6 días), por ampliación de plazo para alegaciones al acta; y desde el 2 de junio de 2011 hasta el 9 de junio de 2011 (8 días), también por ampliación de plazo de alegaciones al acta.

-Mediante acuerdo del Inspector Jefe de la Dependencia C.T.A de la DCGC, notificado a la entidad dominante Bankinter el 8 de abril de 2010, a propuesta del Inspector Jefe del equipo nº. 27, se acordó la ampliación en doce meses del plazo de duración de las actuaciones de comprobación, por las siguientes razones:

(..)el volumen de operaciones declarado en los ejercicios sujetos a comprobación supera a aquél que obliga a las sociedades a auditar sus cuentas anuales.

(..)la entidad forma parte del Grupo de Sociedades nº. 13/01, en calidad de dominante, Grupo para el que en la misma fecha se acordó la ampliación de dicho plazo en calidad de sujeto pasivo por el IS, ejercicios 2004, 2005 y 2006. Ambas comprobaciones han de realizarse de manera simultánea, de tal modo que el tiempo de ejecución de unas actuaciones necesariamente repercuten en los tiempos de ejecución de las otras.

(..)En consecuencia, ha de concluirse que estas causas implican una especial complejidad de las actuaciones inspectoras, al concurrir con los supuestos previstos en las letras a) y d) del número 2 del artículo 184 del Reglamento General de las Actuaciones y de los Procedimientos de Gestión e Inspección Tributaria.

(..)Además de dichas causas concurren en el presente caso las expresamente recogidas en la comunicación de apreciación de circunstancias notificada a la entidad el 4 de marzo de 2010, es decir el elevado número de operaciones que la actividad bancaria genera y, por tanto, el volumen de datos, así como la utilización de aplicaciones informáticas que le son propias, determina dificultades técnicas para el acceso a la información contable. El elevado número de facturas emitidas y recibidas durante cada ejercicio y los sistemas de almacenamiento en locales distanciados de donde se efectúan las actuaciones de comprobación. Entre las deducciones en la cuota acreditadas por la sociedad dominante, figura la relativa a proyectos de investigación y desarrollo, y a innovación tecnológica, que requiere la elaboración de un informe.

-Con fecha 25 de mayo de 2011 se firmó en disconformidad el acta núm. NUM003 , referida al IS consolidado del Grupo 13/01 de Bankinter S.A., ejercicios 2004 a 2006. Tras las alegaciones al acta se dictó liquidación notificada el día 20 de julio de 2011.

-Con fecha 25 de mayo de 2011 se suscribió en conformidad el acta núm. NUM004 , referida al ejercicio 2006.

-El 15 de febrero de 2012 se dictó resolución sancionadora (NUM005) derivada del acta de disconformidad.

-El 15 de febrero de 2012 se dictó resolución sancionadora (NUM004) derivada del acta de conformidad.

-Contra la liquidación de 19 de julio de 2011 se interpuso la reclamación económico administrativa NUM000 , y contra las dos resoluciones sancionadoras las reclamaciones NUM001 y NUM002 . Todas ellas fueron resueltas de forma acumulada por la resolución del TEAC de 8 de enero de 2015, desestimándolas. Contra todas estas resoluciones se dirige este recurso jurisdiccional.

-Algunos conceptos que se regularizaron en el acta nº. NUM003 , referida a los ejercicios 2004 a 2006, son reiteración de los que fueron objeto de regularización con ocasión de las actuaciones de comprobación del mismo impuesto (IS), de los ejercicios 2001, 2002 y 2003, que dieron lugar al acta de disconformidad nº. NUM006 y a las liquidaciones resultantes de dicho procedimiento, que fueron objeto de fiscalización ante este Tribunal en el recurso núm. 490/2012, que concluyó por sentencia de 17 de septiembre de 2015 ; y revocada ésta en casación por STS de 17 de febrero de 2017 (recurso de casación 3569/2015), -que estimó el recurso de casación y anuló la sentencia de este Tribunal de 17 de septiembre de 2015-, la Sala Tercera del TS , en definitiva, desestimó el recurso interpuesto y confirmó estas actuaciones y la posterior decisión del TEAC, de 25 de octubre de 2012, que las había confirmado previamente.

Expuestos los antecedentes, procede resolver la controversia, que se ha articulado en dos grandes bloques de cuestiones: de forma y de fondo.

Motivos impugnatorios de forma.

Tercero. Prescripción de la liquidación.

Como primer motivo impugnatorio, la parte actora aduce la prescripción de la liquidación correspondiente a 2004 a 2006, lo que conllevaría su anulación y de las dos sanciones derivadas de la misma.

Las razones para llegar a esta conclusión son, en esencia, las siguientes:

a)Nulidad de ampliación del plazo máximo de duración de las actuaciones inspectoras a 24 meses, por falta de motivación y por no estar justificada.

b)Improcedencia de las dilaciones imputadas a Bankinter.

c) Ineficacia interruptiva del derecho de la Administración a liquidar los ejercicios 2004 y 2005 de los procedimientos de devolución de ingresos indebidos iniciados por Bankinter.

a) Sobre la falta de motivación del acuerdo ampliatorio del plazo de las actuaciones, y sobre su justificación.

La demanda sostiene que la resolución que la acordó no está motivada y tampoco está justificada tal ampliación, por no darse las circunstancias y condiciones necesarias para ello.

Esta Sala, en sentencia de 17 de septiembre de 2015 (recurso 490/2012), estimó el recurso y anuló la liquidación impugnada referida a esta misma entidad bancaria y al IS de los ejercicios 2001 a 2003, es decir, previos a los que ahora enjuicamos, al considerar que el acuerdo de ampliación del plazo no estaba suficientemente motivado. Pues bien, esta sentencia fue casada por la STS de 17 de febrero de 2017 (recurso de casación núm. 3569/2015), al entender que el acuerdo de ampliación se ajustó al requisito de la motivación y se fundó en causas que justificaron tal proceder, y las razones contempladas en aquel acuerdo de ampliación son, en esencia, las mismas que las del acuerdo de ampliación que ahora ante nosotros se tilda de inmotivado.

En aras a la brevedad, puesto que los argumentos de la sentencia son sobradamente conocidos por las partes, cabe significar la conclusión alcanzada en su Fundamento de Derecho segundo, párrafo 4. : " ...A la luz de las circunstancias concurrentes en el caso que nos ocupa, se impone confirmar la procedencia del acuerdo de ampliación de actuaciones por entenderse suficientemente motivado, en lo que hace a acreditar las circunstancias tasadas que habilitan tal ampliación del plazo general de duración de las actuaciones, según la jurisprudencia sentada al respecto por el Tribunal Supremo. La Inspección y el TEAC apelaron para fundar la ampliación, y así se le comunicó a Bankinter, a diversas circunstancias, que resultan sobradamente acreditadas en el expediente y que, a juicio de este Tribunal, justifican la ampliación temporal discutida: tratarse de un grupo consolidado, sin perjuicio de que no sean todas las entidades que integran el grupo, sino sólo algunas; volumen de operaciones que excede del previsto en la norma al efecto; gran número de oficinas con dispersión de las actividades económicas, incluso en el extranjero, y gran volumen de plantilla de empleados, circunstancias a las que hay que añadir el carácter general de la comprobación inspectora, respecto a una pluralidad de conceptos y una pluralidad de ejercicios" .

Por ello, por las mismas razones aducidas en la citada sentencia del Tribunal Supremo, que son plenamente aplicables a las circunstancias de este caso, no podemos compartir los argumentos que soportan este motivo impugnatorio, que, por ende, se desestima.

b) Sobre la incorrecta imputación de las dilaciones incurridas en el curso del procedimiento inspector.

-Como ya hemos anticipado, tras la resolución del TEAC, -que estimó, en parte, alguna de las alegaciones respecto a las dilaciones imputables al obligado-, las dilaciones imputables se redujeron a 27 días, desde el 26 de febrero de 2010 hasta el 11 de marzo de 2010 (13 días), por no aportación de documentación; desde el 12 de mayo de 2011 hasta el 18 de mayo de 2011 (6 días), por ampliación de plazo para alegaciones al acta; y desde el 2 de junio de 2011 hasta el 9 de junio de 2011 (8 días), también por ampliación de plazo de alegaciones al acta.

Observando la duración real del procedimiento inspector, desde el 13 de julio de 2009, -fecha de comunicación a la sociedad dominante del inicio de las actuaciones de comprobación-, hasta el 20 de julio de 2011, fecha de notificación de la liquidación, contando con la ampliación del plazo hasta dos años, estos habrían transcurrido el día 13 de julio de 2011, por lo que si no hubiera interrupciones no computables (por no ser imputables al obligado), el plazo se habría excedido, con el efecto de no ser el procedimiento inspector llevado a cabo apto para interrumpir la prescripción del derecho a liquidar.

Pero lo cierto es que, de los tres períodos computados por la Administración Tributaria, los dos relativos a la ampliación del plazo para formular alegaciones al acta, 14 días, han de ser descontados del plazo máximo de duración, y, por tanto, permiten extender el plazo de duración del procedimiento inspector hasta una fecha posterior a la de la notificación de la liquidación, al menos hasta el día 27 de julio de 2011, por las siguientes razones:

La demanda razona que no es aceptable que el ejercicio de un derecho del obligado, como es la posibilidad de ampliar el plazo que tiene para formular alegaciones, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 49 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre , se convierta en algo negativo para él. En apoyo de esta tesis alude a varias sentencias de esta Sala de la Audiencia Nacional, por ejemplo, la de 6 de mayo de 2010 (recurso núm. 453/2006) que, en esencia, reconoce que la solicitud para formular alegaciones al acta no se considera una dilación imputable al sujeto pasivo, pues se trata del ejercicio por el administrado de un derecho reconocido por la ley que no puede convertirse en una carga.

A propósito de ello, cabe reconocer que existen sentencias del Alto Tribunal que se expresan en términos diferentes y llegan a conclusiones distintas. Como ejemplo la STS de 24/1/2011 (ECLI:ES:TS:2011:754), en la que a propósito de este debate se expresa, en cuanto ahora interesa, lo siguiente: "...no es incompatible el ejercicio de un derecho con la asunción de determinadas cargas....: por tanto no es contrario a la naturaleza

jurídica de un eventual derecho a la prórroga de un trámite..., el que su ejercicio se subordine a la ampliación también del plazo de actuación válida y eficaz de la Inspección, o lo que es lo mismo, a que no se computen los días de la prórroga para determinar la duración de esa actuación administrativa"; o bien "...el plazo inicial previsto por la norma (se refería la sentencia al previsto por el artículo 56.1 del Reglamento General de la Inspección de los Tributos) ni es dilación ni es imputable, pues constituye un plazo normativamente establecido con carácter general que se integra en el conjunto de las actuaciones, al establecer la duración con eficacia plena del procedimiento de inspección. Por el contrario, la prórroga de dicho plazo supone un desplazamiento temporal de la resolución del procedimiento que es imputable (en el sentido de atribuible) al contribuyente. Y así, aunque se reconozca un derecho a la prórroga, será con la contrapartida lógica de que la Inspección vea asimismo ampliado el plazo para la resolución del procedimiento".

Nuestra decisión se inclina por confirmar el cómputo hecho por la Administración tributaria, aumentando en 14 días el plazo de 24 meses de que dispuso para concluir el procedimiento, por lo que el procedimiento no perdió el efecto interruptivo de la prescripción.

Esta es también la solución que hemos dado al mismo problema recientemente en nuestra Sentencia de 29 de octubre de 2018 (recurso 313/2015).

Además de lo anterior, que ya es suficiente para desestimar este motivo impugnatorio, la demanda rechaza el cómputo de la dilación que se le atribuye al obligado por aportar tardíamente una documentación (13 días desde el 26/2/2010 hasta el 11/3/2010).

Aunque sea irrelevante, porque ya hemos dicho que el procedimiento pudo extenderse 14 días, con lo que la liquidación se notificó dentro del plazo, no le falta razón a la demanda cuando afirma, en esencia, que la documentación requerida no era necesaria y que, además, dado su volumen y su contenido (había que solicitarla internacionalmente) se aportó en dos entregas, una dentro del plazo y la otra completa el día 11 de marzo de 2010, plazo durante el cual la Inspección no dejó de trabajar, o lo que es lo mismo, dicha forma de aportación no supuso obstáculo alguno a la marcha ordinaria de las actuaciones inspectoras.

Estamos de acuerdo con la demanda que no todo retraso en la aportación de documentación constituye una dilación no imputable a la Administración. En la aludida sentencia de 29/10/2018 (recurso 313/2015) dijimos que la jurisprudencia ha interpretado estos conceptos descartando el automatismo que supondría que a cada demora en la aportación de documentación o en cada solicitud de aplazamiento siga necesariamente una dilación no imputable a la Administración, debiendo tener en cuenta, por una parte, que la dilación no imputable ha de suponer un retraso del procedimiento de inspección, considerado en su conjunto, de tal manera que no toda inobservancia, por parte del obligado, del plazo fijado para realizar la actuación de que se trate ha de merecer tal calificativo y llevar aparejada la consecuencia de no ser tomado en consideración si el procedimiento no ha sufrido detrimento alguno en su normal desarrollo, porque la Administración tributaria haya podido desplegar sus potestades sin merma alguna; y en segundo lugar que en el requerimiento de aportación de documentación han de jugar los principios de buena fe y de proporcionalidad, siendo rechazable que en un procedimiento que, como el presente, ha sido considerado complejo, se ofrezca un plazo muy limitado para aportar documentación, inferior al previsto por la norma, que determine la necesidad de solicitar aplazamientos para cumplimentarlo, o directamente la inobservancia del plazo ofrecido, y que en ambos casos sea computada una dilación imputable al obligado tributario.

Ejemplos de estas conclusiones son, entre otras muchas, las STS de 24 de enero de 2011 y de esta misma Sala de 30 de septiembre de 2010 , de 7 de marzo de 2013 , de 5 de diciembre de 2013 . Esta misma STS ha manifestado, a propósito del concepto de dilaciones imputables al contribuyente, que los criterios que han de manejarse son: en primer lugar, la noción de dilación incluye tanto las demoras expresamente solicitadas por el obligado tributario y acordadas por la Inspección como aquellas pérdidas materiales de tiempo provocadas por su tardanza en aportar los datos y los elementos de juicio imprescindibles para la tarea inspectora; en segundo lugar, al alcance meramente objetivo (transcurso del tiempo) se ha de añadir un elemento teleológico. No basta su mero ocurrir, resultando también menester que la tardanza, en la medida que hurta elementos de juicio relevantes, impida a la Inspección continuar con normalidad el desarrollo de su tarea. Como conclusión, en el análisis de las dilaciones hay que huir de criterios automáticos, ya que no todo retraso constituye per se una dilación imputable al sujeto inspeccionado.

c) Sobre la ineficacia interruptiva del derecho de la Administración a liquidar los ejercicios 2004 y 2005 de los procedimientos de devolución de ingresos indebidos iniciados por Bankinter.

Aunque es totalmente irrelevante para los fines pretendidos por la demanda, por cuanto lo expuesto anteriormente descarta la prescripción y esta declaración (no prescripción) no podría verse nunca alterada por un pronunciamiento contrario en lo que ahora diremos, no obstante, no podemos compartir la posición de la parte actora en esta materia.

En efecto, Bankinter sustenta también su pretensión de prescripción de los ejercicios 2004 y 2005 en que las solicitudes de devolución de ingresos indebidos formuladas por Bankinter no han interrumpido la prescripción del derecho a liquidar dichos dos ejercicios.

El hecho central de esta argumentación alude a que Bankinter presentó la declaración del IS, ejercicios 2004 y 2005, efectuando un ajuste negativo en la base imponible del impuesto de la provisión registrada, ingresando, por tanto, la deuda tributaria inherente a las declaraciones, cuya rectificación pretende para la obtención de la devolución del impuesto indebidamente satisfecho.

Sobre esta alegación y sobre la admisión de la solicitud de rectificación de declaraciones autoliquidaciones tendentes a la devolución de ingresos indebidos de Bankinter se ha pronunciado igualmente la aludida sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo (rec. cas. núm. 3569/20158) de 17 de febrero de 2017, y lo ha hecho en sentido opuesto a esta pretensión.

Entre otras muchas razones, ha dicho el Tribunal Supremo que "la cuestión planteada consiste en determinar si todas las solicitudes de rectificación de autoliquidaciones formuladas por los obligados tributarios, así como los actos subsiguientes que puedan derivarse de las mismas, como lo son su resolución y los recursos o reclamaciones posteriores que puedan deducirse frente a aquella resolución-, tienen efectos interruptivos de los plazos de prescripción exclusivamente a favor de los obligados tributarios, o también debemos atribuirles efectos interruptivos del derecho de la Administración a determinar la deuda tributaria mediante la correspondiente liquidación".

La respuesta a esta cuestión se contiene en esta declaración: "...cierto es que las solicitudes de rectificación de autoliquidación no se citan literalmente como tales por el artículo 68.1 LGT, no obstante lo cual dicho precepto sí que cita en su apartado c) como causa interruptiva de la prescripción "cualquier actuación fehaciente del obligado tributario conducente a la liquidación o autoliquidación de la deuda tributaria". Y una solicitud de rectificación de autoliquidación, en función de cual sea la rectificación pretendida, bien puede calificarse como actuación del obligado tributario conducente a la liquidación de la deuda tributaria; hasta tal punto entendemos que es ello cierto que el artículo 128.1 del Reglamento General de Gestión e Inspección (RD 1065/07-RGGI), bajo el título de "Terminación del Procedimiento de Rectificación de Autoliquidaciones" dice textualmente que "el procedimiento finalizará mediante resolución en la que se acordará o no la rectificación de la autoliquidación. (...) En el supuesto de que se acuerde rectificar la autoliquidación, la resolución acordada por la Administración Tributaria incluirá una liquidación provisional cuando afecte a algún elemento determinante de la cuantificación de la deuda tributaria efectuada por el obligado tributario".

Al igual que en el caso resuelto por la Sentencia de 17 de febrero de 2017 (referida al IS ejercicio 2001), en la solicitud de rectificación presentada por Bankinter se pretendía una nueva cuantificación de la obligación tributaria por el IS, ejercicios 2004 y 2005, que determinaba un distinto importe de la deuda tributaria autoliquidada en su día y, consiguientemente, a juicio de la interesada, una devolución a su favor.

Aplicando dicho criterio jurisprudencial, ha de concluirse que las mencionadas solicitudes tuvieron eficacia interruptiva de la prescripción del derecho a liquidar el IS, ejercicios 2004 y 2005.

Fondo del asunto.

Superados todos los obstáculos formales y procedimentales, en los siguientes apartados conoceremos sobre las cuestiones de fondo planteadas por la demanda.

Cuarto. Deducibilidad de la provisión de insolvencias genéricas con personas o entidades vinculadas.

la primera alegación sobre el fondo del asunto se refiere a la deducibilidad de la provisión de insolvencias genéricas con personas o entidades vinculadas.

La demanda sostiene que son deducibles las dotaciones a la provisión de insolvencias genéricas con personas o entidades vinculadas, basándose en la aplicación de los artículos 12.2 TRLIS (RD legislativo 4/2004, de marzo) en relación con el artículo 7 del RIS, Reglamento de desarrollo de dicha Ley, aprobado por RD 1777/2004, de 30 de julio.

En la interpretación de estos preceptos sostiene la demanda que la literalidad del artículo 7 RIS conduce a admitir la deducibilidad de las provisiones hasta el importe de las cuantías mínimas establecidas por el Banco de España, sin más excepciones que las del apartado 2, para las específicas y 3 para las genéricas.

Vaya por delante, que ambas partes entienden que son de aplicación los mismos preceptos, aunque la resolución impugnada va más allá y trae a colación las Circulares del Banco de España, lo que no ha merecido comentario alguno en la demanda.

En efecto, el TEAC resalta, en lo que ahora importa, que el principio general recogido en el mencionado artículo 12.2 TRLIS es que no serán deducibles las dotaciones para la cobertura del riesgo derivado de las posibles insolvencias de personas o entidades vinculadas con el acreedor, (salvo en el caso de insolvencia judicialmente declarada), ni las dotaciones basadas en estimaciones globales de riesgo de insolvencia de clientes y deudores, difiriendo al Reglamento el establecimiento de las normas relativas a las circunstancias determinantes del riesgo derivado de las posibles insolvencias de los deudores de las entidades financieras y las concernientes al importe de las dotaciones para la cobertura del citado riesgo. Tal concreción reglamentaria se produjo con el artículo 7 RIS, que, a su vez, establece el principio general (punto 1) de la deducción de las dotaciones a provisión para la cobertura del riesgo derivado de las posibles insolvencias de los deudores, hasta el importe de las cuantías mínimas previstas en las normas establecidas por el Banco de España, con dos excepciones (apartados 2 y 3); la primera de las excepciones (punto 2.e) se refiere a los adeudados por personas o entidades vinculadas de acuerdo con lo establecido en el artículo 16 de la LIS ..., que no serán, por tanto, deducibles. La segunda excepción, que conduce, por tanto, a la no deducibilidad, es la referida en el punto 3 a las dotaciones basadas en estimaciones globales, incluso estadísticas, del riesgo de insolvencia de los deudores.

Como resalta la resolución del TEAC, la redacción del punto 3 del citado artículo 7 del RIS, en vigor para los ejercicios 2005 y 2006, introdujo algún cambio que no resulta relevante para dirimir este conflicto y sobre ello nada ha dicho la parte actora.

La posición interpretativa de la demanda es que no se interfieren las dos excepciones del punto 2.e), -provisiones específicas-, y punto 3, -provisiones genéricas-, del artículo 7 del RIS, de tal modo que no pueden aplicarse las excepciones a la deducibilidad del apartado 2 a la provisión genérica del apartado 3.

Por el contrario, el TEAC, y antes la Inspección, siguiendo la jurisprudencia que cita, que no ha merecido comentario alguno en la demanda, llega a la conclusión de que no es posible computar, como fiscalmente deducibles, entre las dotaciones genéricas por provisiones de insolvencia, las correspondientes a créditos con sociedades vinculadas, siguiendo la jurisprudencia que tiene declarado, por lo que ahora importa, que es la Ley la que excepciona (artículo 12.2), -no serán deducibles-, tanto las dotaciones para la cobertura del riesgo derivado de las posibles insolvencias de personas o entidades vinculadas con el acreedor, como las dotaciones globales del riesgo de insolvencia de clientes y deudores, y aunque la ley se remite al Reglamento para su desarrollo, obviamente el Reglamento no puede resultar contrario a este principio general de la no deducibilidad, sin que exista contradicción alguna entre los dos párrafos del precepto legal porque rigen a efectos fiscales los principios generales sobre deducibilidad o no de las provisiones, según su respectiva naturaleza, pero en el caso de las entidades de crédito, la complejidad del sistema y sus variaciones coyunturales obligan a un complemento reglamentario en la determinación exacta de supuestos concretos y cuantías al que se hace un llamamiento explícito el segundo de los párrafos que comentamos. Y así las cosas, el artículo 7.3 del RIS, excluye también las dotaciones basadas en estimaciones globales de insolvencia de los deudores, para después admitir la deducibilidad de las previstas en el apartado 6 de la Norma Undécima de la Circular 4/1991 del Banco de España, excepto en la parte de las mismas que correspondan a determinados créditos expresamente mencionados.... Ahora bien, la excepción a la deducibilidad de los créditos mencionados expresamente no significa que respecto de los créditos no exceptuados la dotación contable es válida fiscalmente, ya que las restricciones a la deducibilidad de las dotaciones en el caso de las entidades vinculadas se aplican con carácter general, cualquiera que sea la forma que adopten las efectuadas a la provisión por insolvencia de deudores, es decir, tanto respecto de las dotaciones individualizadas, como las basadas en estimaciones globales de insolvencia.... en definitiva, las estimaciones globales de riesgo de créditos concertados entre entidades vinculadas no permiten la deducción de dotaciones, al igual que en los casos de insolvencias de clientes y deudores, tal y como se ha señalado en la Sentencia de 10 de febrero de 2011 (RJ 2011.651) (Rec. Cas. Núm. 5328/06).

Se desestima el motivo.

Quinto. Tratamiento fiscal de la venta de autocartera.

Según se desprende del expediente, en la misma fecha, el 24 de diciembre de 2001, Bankinter vendió y compró el mismo número de acciones propias (1.042.874), que ya figuraban en cartera; estas acciones habían tenido un coste de adquisición de 40,39 euros por acción y fueron vendidas y recompradas a un precio de 31,60 euros por acción. Esta operación arrojó un resultado negativo de 9.166.096,43 euros, al mantener una autocartera con el mismo número de acciones, pero a un menor coste de adquisición de 31.60 euros por acción.

Aplicando el artículo 19.6 TRLIS, Bankinter realizó ajustes extracontables positivos por la recuperación de la cotización de sus propias acciones a 31 de diciembre, por encima del valor de la compra de 24 de diciembre de 2001. En 2003 realizó un ajuste positivo de 900.730,30 euros; en 2004, de 6.924.683,36 euros y en 2005 de 1.251.448,80 euros, lo que hace un total de 9.166.096,43 euros, coincidente con la suma de la pérdida contabilizada; completando de esta forma la recuperación de la cartera transmitida el 24 de diciembre de 2001.

Además, durante estos ejercicios Bankinter procedió a la venta de su autocartera; como consecuencia de ello procedió a hacer ajustes negativos, atendiendo a la variación neta del número de títulos de la autocartera respecto a los poseídos en 2001. Así, en 2004 realizó un ajuste negativo de 764.153,61 euros, en 2005 de 409.786,05 euros y en 2006 de 7.992.922,80 euros, con un total de 9.166.098,43 euros, importe coincidente con el de la pérdida contabilizada y con el importe global de los ajustes positivos, de tal manera que, a juicio de la entidad actora, al neutralizarse los ajustes positivos y negativos se consolida la pérdida producida en la venta y posterior compra de las acciones propias, que se produjo en 2001.

La Inspección consideró improcedentes los ajustes positivos y negativos que Bankinter realizó en 2005 y 2006, proponiendo como ajustes una disminución de la BI declarada de -841.662,75 € en 2005, y un aumento de 7.992.922,80 € en 2006; la liquidación (pag.74) confirmó esta decisión en cuanto a 2006, pero rectificó la del 2005 aumentando la BI declarada en 1.091.184 €, de tal modo que finalmente en 2005 aumentó la BI declarada en 249.521,25., diferencia entre la propuesta negativa de la Inspección (-841.662,75 €), y la positiva de la recuperación de valor (1.091.184 €)

Se alcanzó esta conclusión por lo siguiente: por aplicación del artículo 19.6 TRLIS Bankinter debe integrar en la BI del IS 2005 el ajuste positivo correspondiente a la recuperación de valor de dicho año; y dado que el número de acciones existentes en su cartera a 31 de diciembre de 2005 era de 909.320 y hasta el año 2004 se había producido una recuperación de valor hasta un precio por acción de 39,19 €, únicamente restaría la diferencia entre este precio y el inicial de 2001 (40,39 € por acción), diferencia de 1,20 € por acción, que multiplicado por el número de acciones que quedaban en la cartera (909.320), arrojaba un resultado de 1.091.184 de ajuste positivo.

En el año 2006 la liquidación confirmó la improcedencia de realizar ningún ajuste, ni negativo ni positivo, dado que Bankinter ya había recuperado todo el valor de la cartera a 31 de diciembre de 2005; y tampoco procedía ningún ajuste negativo, dado que Bankinter no determinó ningún resultado contable en la transmisión de acciones en esos dos años.

El planteamiento de la Administración Tributaria parte, pues, de estas dos premisas: en primer lugar, el 31 de diciembre de 2005 Bankinter ya había recuperado todo el valor de la cartera; en segundo lugar, la transmisión de las acciones en esos dos años no determinó ningún resultado contable, por aplicación de la Circular del Banco de España 4/2004.

Sobre estos elementos fácticos, la controversia consiste en determinar si estos dos ajustes, el de 2005 por la recuperación de valor de la autocartera, (en la forma finalmente fijada por la liquidación) y el último de los ajustes, el negativo por la venta de autocartera en 2006, está autorizado por el citado precepto legal o lo impide la norma, en este último caso la circular 4/2004 del Banco de España.

El artículo 19.6 TRLIS, aplicable por razones temporales establecía que "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. La misma regla se aplicará en el supuesto de pérdidas derivadas de la transmisión de elementos patrimoniales del inmovilizado que hubieren sido nuevamente adquiridos dentro de los seis meses siguientes a la fecha en que se transmitieron".

La Administración Tributaria sostiene que en este caso es de aplicación este precepto, (segundo inciso), por cuanto se contabilizó una pérdida derivada de una transmisión de elementos patrimoniales del inmovilizado que fueron nuevamente adquiridos dentro de los seis meses siguientes a la fecha en que se transmitieron, de donde concluye que la recuperación de valor debió imputarse en cada período en que se produjera la

recuperación de valor, hasta alcanzar la total recuperación del valor que había generado la pérdida de la venta de 2001, lo que se produjo en 2005.

Y estamos de acuerdo con ello. Al margen de las construcciones doctrinales desplegadas por la liquidación y, sobre todo por la demanda, y algunas contradicciones de la liquidación y de ésta con el acta, sobre la retroactividad de la circular aludida, lo cierto es que la norma de recuperación de valor es clara, permite un diferimiento temporal (en esto todo el mundo coincide), que concluye en el período impositivo en el que se haya producido la recuperación, que en el caso que nos ocupa fue en el año 2005; de donde procede el ajuste positivo realizado por la liquidación para el año 2005, último ejercicio en el que se completó la recuperación de valor de las acciones vendidas y adquiridas dentro del plazo legal.

Y en cuanto al ajuste negativo por la venta de autocartera de 2006 lo rechaza porque de acuerdo con la (entonces) nueva circular del Banco de España (4/2004), tal venta no puede reflejar resultado contable alguno.

A propósito de ello, la aludida circular del Banco de España dispone que, a partir de 1 de enero de 2005, la transmisión de acciones propias no determina resultado contable alguno, ni, por tanto, base imponible, dado que la ley no contiene especialidad alguna al respecto.

Por ello, afirma la Administración Tributaria, Bankinter no ha determinado resultado contable en la transmisión de las acciones propias en los años 2005 y 2006, lo que no ha sido contradicho por la demanda. Como consecuencia de lo anterior, a partir de 2005, en el momento de la transmisión de las acciones propias no resulta defendible (dice la liquidación) la realización de un ajuste negativo al resultado contable para neutralizar un ajuste positivo previo, cuando la necesidad de dicha neutralización sólo surge si la transmisión ha generado un resultado contable positivo, que generaría una sobreimposición.

Se desestima este motivo.

En fin, por lo que respecta a la petición subsidiaria de regularización completa para el caso de que este Tribunal no admita los ajustes aplicados por Bankinter, confirmando la decisión de la Administración Tributaria, es indudable que la ejecución y el cumplimiento de esta sentencia ha de dar lugar a una nueva liquidación en la que, en su caso, se procederá a la regularización completa, que nosotros no podemos acordar porque resulta una nueva pretensión no deducida ante la Inspección, si ante el TEAC que no la contempló; y lo mismo ocurre con la petición de aplicación del artículo 18 TRLIS, porque siendo este un mecanismo que regula los efectos de la sustitución del valor contable por el valor normal de mercado, no consta, más allá de la afirmación de la parte actora en la demanda y en sus conclusiones, que Bankinter valorara a mercado las acciones en cuestión, ni tampoco planteó esta posibilidad a la Inspección.

Se desestima este motivo.

Sexto. *Deducibilidad de las pérdidas vinculadas a los fondos garantizados.*

En este apartado, conviene poner de relieve que Bankinter dedujo en la base imponible del IS de los ejercicios 2004, 2005 y 2006 las pérdidas derivadas de la cobertura como garante del valor patrimonial de los fondos de inversión garantizados, en atención a su tratamiento contable, que es rechazado por la Inspección y por la resolución del TEAC; este rechazo a la calificación contable llevada a cabo por Bankinter determinó que no fuera aceptada la deducción no tanto por razones fiscales, de aplicabilidad del artículo 10 TRLIS, como por razones contables.

La Inspección y la resolución del TEAC sostienen que la aludida cobertura constituye una garantía financiera o aval; consideran que ésta es la calificación contable de la cobertura de los fondos garantizados, toda vez que no existe riesgo económico en el compromiso de devolución de la inversión y de revalorización contraído con el partícipe.

Bankinter, en cambio, entiende que se trata de un derivado financiero, explicando el funcionamiento y la operativa de la cobertura de los fondos garantizados, objeto de esta controversia.

El problema radica, pues, en estas dos cuestiones; la calificación contable de la cobertura de los fondos de inversión garantizados, como garantía financiera o aval, o bien como derivado; y la existencia o no de riesgo económico vinculado a la cobertura de los fondos, por cuanto esto es lo que determina el planteamiento contable de la Administración Tributaria.

El tratamiento contable aplicado por Bankinter, explicitado en la demanda, -que no reiteraremos, por cuanto no ha sido objeto de controversia-, fue auditado por Deloitte, auditor independiente, sin salvedad alguna, por lo que, a juicio de la parte actora, existía una total confianza en su regularidad, tratamiento contable ratificado

mediante la pericial contable emitida por D. Germán , que avaló la legalidad del mismo tanto bajo la vigencia de la Circular del Banco de España 4/1991 (aplicable al ejercicio 2004), como de la Circular 4/2004, aplicable a los ejercicios 2005 y 2006.

La argumentación de Bankinter se apoya sobre el informe de 17 de mayo de 2011 del auditor independiente de la entidad, Deloitte, elaborado por D. Germán , ratificado ante nosotros en fase de prueba.

Frente a la afirmación de la Inspección de inexistencia de riesgo, la demanda sostiene que existen factores que no son posibles de cubrir y, en consecuencia, pueden motivar movimientos de valor de la opción (derivado financiero) vendida por Bankinter. Estos factores son determinantes de la necesidad de reconocer un deterioro del valor, en su cuenta de pérdidas y ganancias. Según su criterio, estos factores afectan a las comisiones a abonar a la entidad gestora, cuyo saldo, en principio estimado, puede verse modificado a lo largo de la vida de la operación, respecto de la previsión inicial, en función de la propia evolución del fondo; a la posibilidad de reembolso, a petición del cliente, de la participación durante la vida del fondo, lo que, a su vez, puede tener un doble impacto negativo, por el decalaje de un día entre la fecha de salida de los partícipes (fecha en la que se les reembolsa su inversión) y la fecha de venta de los activos asociados por parte del fondo; desajuste temporal que puede aflorar pérdidas no contempladas por la cobertura del fondo, según su diseño inicial, y por la posibilidad de generar descubiertos en la cobertura parcial, por la imposibilidad de deshacer parte del nominal comprado en la opción de cobertura; en tercer lugar, a las potenciales fluctuaciones, sobre lo inicialmente previsto, de la reinversión de los cupones cobrados en la renta fija comprada, por los movimientos de los tipos de interés, reinversión necesaria para cubrir la devolución comprometida del efectivo inicial; en cuarto lugar, a la no coincidencia exacta para la totalidad de los fondos entre la fecha del vencimiento de la cartera de renta fija y la de la garantía.

Todos estos factores suponen un riesgo económico al valor del fondo y por lo tanto del derivado comprado en cobertura del compromiso adquirido con el partícipe, generando una variación de valor del mismo, que se recoge en la cuenta de pérdidas y ganancias de la entidad.

Tras esta explicación, Bankinter explicita cómo se realiza el cálculo del valor de mercado de la cobertura, y, por tanto, de la variación del valor del derivado y su registro en la cuenta de pérdidas y ganancias.

Concluye afirmando que toda esta teoría, que conduce a la conceptualización contable de derivado financiero y no aval financiero, se ha visto corroborada por la realidad, toda vez que Bankinter tuvo que hacer aportaciones a vencimiento, precisamente porque la evolución del fondo no fue predecible y, por tanto, fue ineficaz a estos efectos la garantía constituida, lo que se prueba con el documento 3 acompañado con la demanda.

Pues bien, pese a que, en efecto, en su resolución el TEAC rebate conceptualmente los diferentes apartados en los que Bankinter cifra el potencial riesgo no cubierto por la garantía, empleando contraargumentos que son perfectamente válidos, pues constituyen la respuesta jurídica a los argumentos impugnatorios desplegados en la vía económico administrativa, sin embargo, el apoyo probatorio a los argumentos que sostienen la pretensión de Bankinter, tanto en la vía administrativa, como en este proceso, por parte de la prueba pericial contable practicada, trasladan a este Tribunal la convicción psicológica del acierto de la interpretación que condujo a la calificación contable llevada a cabo por Bankinter, al contabilizar la aludida garantía como derivado financiero (opción), y no la llevada a cabo por la Inspección como garantía financiera o aval, ante la existencia de potenciales riesgos de deterioro del valor del derivado financiero, a contabilizar en su cuenta de pérdidas y ganancias y, por ende, a su deducción en la base imponible del impuesto sobre sociedades.

Dicha prueba pericial, rebate punto por punto, todos y cada uno de los contrargumentos utilizados por la resolución del TEAC, y es perfectamente apta para desvirtuarlos, habida cuenta la autoridad moral de quien la practicó, de indudable prestigio profesional, como se puso de relieve en su curriculum, y frente a esa prueba pericial nada se ha opuesto, ni siquiera en el momento de su práctica, ni en el escrito de conclusiones.

A ello ha de sumarse, y no es cuestión menor, que lo discutido en una operativa de un Banco, sometido al control riguroso y exhaustivo del Banco de España y de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, que no consta hayan planteado objeción alguna a este criterio contable.

Por ello se estima este motivo impugnatorio y se anula la liquidación y la resolución del TEAC.

Séptimo. *Derecho a la deducción por doble imposición internacional por el dividendo satisfecho por United Utilities.*

Bankinter consignó en la base imponible de la declaración del IS 2006 el dividendo bruto satisfecho por la entidad United Utilities, residente en UK, por importe de 315.030,14 €. En relación con este dividendo aplicó dos

deducciones: una, por doble imposición jurídica internacional (art. 31 TRLIS), un 10%, 31.503,01 €, que (según dice la liquidación), es el importe retenido en el extranjero; y otra, deducción por doble imposición económica internacional (art. 24.2.b) del Convenio (CDI) entre España y UK para evitar la doble imposición de 21 de octubre de 1975, 50% de la cuota, (55.130,38€), en aplicación del artículo 30.1 TRLIS, al ostentar una participación inferior al 5% en la citada entidad británica.

Aunque de manera un tanto confusa, porque en el fundamento de derecho séptimo (pags. 79 y siguientes), en algún momento se dice que "si bien es cierto que las deducciones para evitar ambos tipos de doble imposición (jurídica y económica) son compatibles, también es cierto que aquí no procede aducir esa compatibilidad al estar en presencia de un solo supuesto, el de doble imposición jurídica", la liquidación recurrida, al igual que la Inspección, rechaza la compatibilidad de ambas deducciones, entendiéndose que sólo procede la deducción derivada de la aplicación del CDI, por importe de 55.130,38€, no permitiendo la deducción por doble imposición jurídica internacional, por importe de 31.503,01€, toda vez que no resulta posible simultanear los artículos 30 y 31 TRLIS.

Al margen de la confusión que se desprende de la lectura del mencionado fundamento de derecho de la liquidación (por lo dicho), lo cierto es que ésta sólo admite la deducción prevista en el artículo 30.1 TRLIS y no la prevista en el artículo 31 del citado cuerpo legal.

En efecto, admite que es aplicable el artículo 24.2.b) del Convenio, según el cual "Cuando en los beneficios de una sociedad residente en España se incluyan dividendos de una sociedad residente en Reino Unido, la primera sociedad tiene derecho a la misma deducción que se habría aplicado si ambas sociedades hubieran sido residentes en España". La remisión que efectúa este precepto (ficción de que ambas sociedades hubieran sido residentes en España) es al artículo 30.1 TRLIS, "cuando entre las rentas del sujeto pasivo se computen dividendos o participaciones en beneficios de otras entidades residentes en España se deducirá el 50% de la cuota íntegra que corresponda a la base imponible derivada de dichos dividendos o participaciones en beneficios", que es lo que materializó Bankinter en la segunda deducción, que por tanto no es discutida.

Al rechazar la aplicabilidad del artículo 31 la liquidación se limita a afirmar que la aplicación del artículo 30, por remisión del CDI, -que determinó la admisión de la deducción de 55.130,38€-, supone una ventaja frente a la aplicación de la normativa interna (el artículo 31, que permite deducir el impuesto satisfecho en el extranjero, 31.503,01 €), y por tanto procede la aplicación de la norma convenida (el CDI y por remisión el artículo 30), "resultando evidente que no cabe aplicar las dos deducciones, porque o se aplica la norma interna, art. 31, o se aplica la norma convenida, art. 24.2b), que remite al artículo 30 interno". No explicitó en qué consiste tal ventaja ni porqué se aplica una u otra norma, pero no es posible aplicar ambas, (incompatibilidad) salvo la remisión a lo expresamente resuelto por la Dirección General de Tributos (DGT) en la consulta 1519/2002, reproducida en el informe inspector.

La resolución del TEAC (fundamento de derecho décimo, pags. 72 y siguientes) complementa la argumentación de la liquidación interpretando la aplicabilidad del artículo 31 TRLIS que dispone: "Cuando en la base imponible del sujeto pasivo se integren rentas obtenidas y gravadas en el extranjero, se deducirá de la cuota íntegra la menor de las dos cantidades siguientes:

a) El importe efectivo de lo satisfecho en el extranjero por razón de gravamen de naturaleza idéntica o análoga a este impuesto. No se deducirán los impuestos no pagados en virtud de exención, bonificación o cualquier otro beneficio fiscal. Siendo de aplicación un convenio para evitar la doble imposición, la deducción no podrá exceder del impuesto que corresponda según aquél.

b) El importe de la cuota íntegra que en España correspondería pagar por las mencionadas rentas si se hubieran obtenido en territorial español".

El TEAC interpreta el régimen fiscal existente en UK, llegando a la conclusión de que por el juego del artículo 10 del CDI, la entidad residente en España compensó la deuda tributaria (10%), con el crédito fiscal (10%) derivado de su normativa interna, por los dividendos percibidos de fuente británica, lo que produjo la extinción de la deuda, que es un supuesto diferente al pago "importe efectivo satisfecho en el extranjero por razón de gravamen de naturaleza idéntica o análoga a este impuesto" del tributo, que exige el citado artículo 31.a) para admitir la deducción prevista en este precepto, es decir la posibilidad de deducir el importe efectivo satisfecho en el extranjero, porque no se produjo la efectividad del pago.

Pasando del plano meramente conceptual al real, el TEAC entendió que no se había demostrado que Bankinter hubiera realizado dicho pago.

Pues bien, frente a este planteamiento, la demanda sostiene la compatibilidad de ambas deducciones y advierte que la argumentación del TEAC nada tiene que ver con la de la liquidación y, en cualquier caso, la Inspección y la liquidación no han puesto en duda que se hubiera practicado retención en UK, por lo que, aun aceptando tal nueva argumentación, no sería aplicable a este caso, porque sí hubo pago efectivo a través de la retención efectivamente practicada, pago que no ha sido cuestionado por la Inspección.

Y tiene razón la demanda en cuanto afirma que de las normas mencionadas no se desprende incompatibilidad entre ambas deducciones. Esto es reconocido por el propio TEAC y, como hemos dicho, de manera muy confusa por la liquidación. Otra cosa bien diferente es que, siendo compatibles, concurren o no los presupuestos de hecho para llevarlas a cabo. El único presupuesto de hecho que se ha cuestionado por el TEAC, -que no por la liquidación-, es el "importe efectivo satisfecho", es decir el que permitiría la aplicación del artículo 31. a) TRLIS y, por tanto, la deducción llevada a cabo por Bankinter y rechazada por la Administración tributaria. No se han cuestionado los presupuestos de hecho de la aplicación del CDI (art. 24.2.b), y, por remisión de éste, del artículo 30 TRLIS, que permitió la deducción no discutida.

Esta postura del TEAC la compartimos y la hemos plasmado recientemente en la SAN de 29 de junio de 2018, en el recurso 169/2015 (FD cuarto), en la que hemos dicho, en lo que ahora importa: "Ciertamente el esfuerzo argumental y la construcción jurídica de la demanda es loable, pero la interpretación gramatical, - art. 12 LGT 2003, en relación con el art. 3.1 del Código Civil -, según el sentido propio de sus palabras, no permite una interpretación extensiva de un beneficio fiscal, y menos la aplicación analógica, cuya prohibición está contenida en el artículo 14 LGT, no pudiendo extenderse más allá de sus términos estrictos el ámbito de...los demás beneficios o incentivos fiscales. Y es lo cierto que el pago y la compensación son dos modos de extinción de la deuda tributaria, según el artículo 59 LGT, cada uno de los cuales con su propio régimen jurídico que no se confunden, de tal modo que cuando la ley se refiere al pago no está refiriéndose a cualquier otro modo de extinción de la deuda tributaria, sino concretamente a aquel que la LGT define en los artículos 60 y siguientes, regulando detalladamente las formas, el momento, los plazos, etc, cuyo régimen jurídico es diferente al recogido en los artículos 71 y siguientes del mismo texto legal para la compensación.

De ahí que compartamos la opinión de la resolución recurrida de que no es aplicable la deducción prevista en el artículo 24.2.a CDI, porque no se ha acreditado que la parte actora hiciera pago alguno en el Reino Unido por razón del reparto de dividendos que ahora nos ocupa, por lo que no puede acogerse tampoco su pretensión subsidiaria".

Pero justamente porque compartimos esta postura, tenemos que rechazar que sea aplicable en este caso, porque aquí, a diferencia de la sentencia mencionada, no sólo no se ha puesto en cuestión por la Inspección que se hubiera producido el pago del tributo, en forma de retención o pago a cuenta, sino que se afirma expresamente que sí se produjo, "importe retenido en el extranjero", dijo la Inspección y se reitera explícitamente en el párrafo primero del fundamento de derecho séptimo de la liquidación (pag. 79), del que se desprende que la entidad ha soportado en UK impuestos por importe de 31.503,01€.

Se estima el motivo y se anula la liquidación y la resolución del TEAC en este punto.

Octavo. *Deducción por doble imposición interna y aplicación de retenciones soportadas en relación con los dividendos derivados de la titularidad de participaciones en entidades españolas cotizadas.*

a) Planteamiento de la cuestión.

Según se desprende del apartado del acta firmada en disconformidad núm.71912724, bajo la rúbrica de "deducciones en la cuota", -apartado 3.2-, "en relación con la deducción por doble imposición interna", -folio 51-, Bankinter consignó deducciones por doble imposición interna generada en los ejercicios 2004, 2005 y 2006, en relación con la percepción de dividendos, que el acta propone rectificar y minorar en las cuantías que para cada ejercicio allí consta, -de las cuales Bankinter no prestó conformidad a las indicadas en el punto 3.2.A), que son las controvertidas en este proceso-, al considerarse impropio computar la deducción por doble imposición practicada sobre unos dividendos que para la entidad no constituyen ingresos por tal concepto (expresión contenida en el folio 53, párrafo 3, in fine, del acta; el subrayado es nuestro).

La operativa comprobada por la Inspección, reflejada en el acta (folios 53 a 92 para el ejercicio 2004; 92 a 118 para el ejercicio 2005 y 118 a 130 para el 2006), desglosada y calificada en el apartado 4.A, -páginas 144 a 147-), recoge 15 operaciones en 2004, de las cuales 14 se efectuaron con la entidad Morgan Stanley y una con Citigroup; 9 operaciones en el 2005, de las que cinco se hicieron con Morgan Stanley y cuatro con Citigroup; y 5 operaciones en 2006, de las cuales dos se hicieron con Morgan Stanley, dos con JP Morgan y una con Citigroup.

Dicha operativa consistió, en esencia, en lo siguiente:

Bankinter efectuó, durante los ejercicios 2004, 2005 y 2006, un conjunto de operaciones con una entidad residente en UK (las tres citadas más arriba) sobre valores de renta variable, emitidos por entidades residentes en España. Estas operaciones se hacían así:

-En la misma fecha en que se compran en Bolsa, a empresas no residentes, acciones de empresas residentes en España, se contrata con una entidad no residente vinculada o relacionada con la vendedora de las acciones un "equity swap", cuyo subyacente es el mismo número de acciones y precio de referencia inicial igual al precio de compra y compromiso de entregar una cantidad equivalente al 100%, o al 97,55% del dividendo que corresponda a las acciones subyacentes.

-Cobro por Bankinter del dividendo repartido y pago a la no residente de un importe equivalente al dividendo cobrado, en virtud de la obligación contraída en el contrato de swap.

-Venta en bolsa a la misma entidad no residente o a otra vinculada o relacionada con la no residente, de un número de acciones igual al de las adquiridas y simultáneamente liquidación del "equity swap".

A juicio de la Inspección, toda esta operativa produce en el impuesto sobre sociedades que se neutralice el ingreso del dividendo derivado de la compra de las acciones, con los resultados de signo contrario derivados del swap, de forma que lo que se integra en la base imponible de Bankinter no es el dividendo percibido, sino que queda reducido al importe del interés percibido por Bankinter por el efectivo desembolsado en la adquisición de las acciones, y transferido al no residente, desde la fecha de liquidación de la compra de las acciones hasta la fecha en que dicho importe se recupera mediante la liquidación de los contratos de swap y la operación de venta de las acciones, y, en algunos casos, al pequeño porcentaje del dividendo que Bankinter retiene en los términos del contrato de swap.

Para la Inspección, carece de sentido entender que cada una de las operaciones realizadas constituye un negocio jurídico independiente, dado que la utilización de la forma contractual de la compraventa, combinada con la contratación de futuros, se revela como un puro instrumento, pues la intención no es transmitir las acciones, sino la realización de un servicio o gestión por una de las partes, Bankinter, de cobro del dividendo que determina la integración en la base imponible, no del dividendo percibido, sino del interés neto percibido por el importe desembolsado en la adquisición de las acciones, durante el período que media entre la adquisición y la recuperación de dicho importe, que se produce en el momento de la venta y simultánea cancelación de los contratos de futuro y, en algunos supuestos, un pequeño porcentaje del dividendo (2 ó 3%).

Sostiene la Inspección que todas estas operaciones se han planificado con el fin de obtener una ventaja fiscal, consistente en evitar la tributación del dividendo para el no residente, y para el residente, aplicar la deducción por doble imposición interna de un dividendo que, salvo en una parte pequeña, no se ha integrado en su base imponible. Además, la entidad residente, Bankinter, descuenta de su cuota una retención a cuenta de la tributación del dividendo que es nula.

En base a esta operativa, la Inspección, ejercitando las facultades de calificación recogida en el artículo 13 LGT, propone una regularización fundamentada en una consideración conjunta de los referidos negocios jurídicos, rechazando que cada una de las operaciones constituya un negocio jurídico independiente de los demás. Y en base a ello propone no admitir ni la deducción por doble imposición interna de los dividendos, ni la retención como impuesto a cuenta, a efectos de determinar la cuota a ingresar del ejercicio, al considerar que la naturaleza jurídica del negocio, según la operativa en su conjunto, tomando en consideración los efectos fiscales que produce, es la de préstamo con garantía de valores.

La amplia descripción de las operaciones, - (casi 80 páginas, desde la página 53 a la 130, y desde la 144 a 147),- realizada por la Inspección en el acta, recoge 15 operaciones en el año 2004, en las que Bankinter compra acciones de Gas Natural, Repsol (3 operaciones), Altadis (5 operaciones), Enagás (3 operaciones), Inditex (2 operaciones) y BBVA, percibe el dividendo correspondiente, que registra contablemente, como también registra

contablemente la retención (15%) que se le ha practicado de cada dividendo percibido y que ha sido ingresada en el Tesoro por el retenedor: esta retención la ha descontado Bankinter de la cuota líquida positiva del IS 2004, a efectos de determinar la cuota del ejercicio. Además de ello, Bankinter ha efectuado la deducción por doble imposición interna de dividendos.

Idéntica operativa se describe para el ejercicio 2005, que recoge 9 operaciones de compra de acciones, 2 de Altadis, 2 de Mapfre, 1 de Inditex, 2 del Banco Popular y 2 del Banco de Santander; y para el ejercicio 2006, con 5 operaciones de compra venta de acciones, 2 de Altadis, y 1 de Endesa, 1 del Banco de Santander, y 1 de Telefónica.

En todos los casos, la regularización propuesta por el acta alcanza tanto a la deducción por doble imposición interna, sobre unos dividendos que para la entidad no constituyen ingresos por tal concepto (a juicio de la Inspección no debe practicarse), como la procedencia (no procedencia, según el acta) de la retención descontada.

El acuerdo de liquidación reproduce, en esencia, la descripción de las operaciones y la calificación conjunta de la operativa (artículo 13 LGT), así como su consecuencia jurídica: la regularización en los mismos términos cuantitativos y cualitativos del acta, entendiendo que la cuestión a analizar es la calificación de los negocios y las consecuencias fiscales que de la misma se derivan.

Respondiendo a esta cuestión central, la liquidación advierte que aunque formalmente se han producido las compraventas de acciones y los contratos de derivados (equity swap), del resultado práctico derivado de la celebración conjunta de los mismos, se percibe que la finalidad pretendida no era la transmisión de la cosa vendida, sino que existía una motivación fiscal consistente en poder cobrar Bankinter el dividendo, para lo cual se instrumentalizó una titularidad transitoria, y los derivados se instrumentalizaron para poder poner a disposición de la entidad no residente el dividendo cobrado por Bankinter, libre de tributación por el Impuesto sobre la Renta de No Residentes.

La instrumentación, a juicio de la liquidación y antes del acta, se desprende del acuerdo previo entre las partes intervinientes, que da sentido y coherencia a las operaciones realizadas, de tal manera que la consideración conjunta de todas las operaciones y el acuerdo de voluntades, y el efecto que produce, lleva a la conclusión que la naturaleza del negocio realmente llevado a cabo es la de un préstamo de valores.

Tanto el acta como la liquidación consideran que esta conclusión encuentra respaldo en varios acuerdos del TEAC y en sentencias de la Audiencia Nacional, supuestos entre los que aprecian gran similitud con el presente.

b) Sobre el trámite de audiencia por el cambio de calificación jurídica de la liquidación.

Con relación a la impugnación por este concepto, la demanda esgrime un primer motivo de carácter formal, en virtud del cual solicita la nulidad de la liquidación por no haber ofrecido un trámite de audiencia, de acuerdo con lo previsto en el artículo 188.3 del Reglamento General de las actuaciones y los procedimientos de gestión e inspección tributaria (RD 1065/2007), dado el cambio de calificación jurídica que supuso que mientras el acta, en su potestad de calificación del negocio jurídico, consideró el negocio jurídico llevado a cabo por las partes como un préstamo con entrega de valores en garantía, la liquidación lo consideró como un préstamo de valores.

A propósito de ello la resolución recurrida del TEAC, respondiendo a las alegaciones de Bankinter, rechaza que se le haya causado indefensión por no haberle dado trámite de audiencia de la argumentación que contiene en este punto la liquidación, distinta, a juicio de Bankinter, de la que expresa el acta y la propuesta del Inspector actuario. Entiende el TEAC que en la liquidación no se ha modificado la propuesta del acta, sino que confirma la regularización, al entender, como la Inspección, que no procede realizar una consideración individual de cada uno de los negocios jurídicos, ya que responden a un único acuerdo previo entre las partes intervinientes. No ha existido, a juicio del TEAC, ningún error en la apreciación de los hechos o indebida aplicación de la norma jurídica, sino que el acuerdo de liquidación, ampliando las argumentaciones del acta, confirma lo regularizado en la misma, no siendo, en consecuencia, necesario, un nuevo trámite de audiencia.

Estamos de acuerdo con esta decisión.

La necesidad de ofrecer un trámite de alegaciones, de audiencia, cuando la liquidación observa la existencia de errores de hecho en la propuesta del actuario, en el acta, o indebida calificación jurídica de ésta, tiene como finalidad satisfacer las exigencias del derecho de defensa, facilitando que el sujeto pasivo de la relación tributaria conozca todos los elementos, fácticos o jurídicos, sobre los que va a recaer la regularización y

pueda defenderse de los mismos, evitando la indefensión (art. 188.3 RGAT). Como hemos dicho, todos los elementos descriptivos de la operativa han sido recogidos en el acta y en la liquidación, con idéntica pormenorización, la consideración de la operativa ha sido también idéntica, de manera global o en su conjunto y no individualmente, partiendo de la existencia de un acuerdo de voluntades para conseguir una finalidad distinta de la que formalmente se aparentó en la compraventa de acciones y en el contrato del derivado, y el resultado de la regularización idéntico, el rechazo de la deducción por doble imposición interna y de la deducción en la cuota de la retención practicada sobre el dividendo repartido.

Resulta, pues, irrelevante, desde la perspectiva del derecho de defensa, que a esta operativa la Inspección la calificase como préstamo con entrega de valores en garantía y que la liquidación, sin negar esta calificación, ampliase los razonamientos considerando a esta operativa como préstamo de valores, porque lo trascendente es que merced a la calificación llevada a cabo por los órganos de la Administración Tributaria se rechaza la calificación jurídica que le han dado las partes, y su consecuencia tributaria, rechazo de esta calificación que determina una concreta consecuencia jurídica, idéntica en el acta y en la liquidación, la no deducción por doble imposición interna y por las cantidades retenidas en el pago del dividendo; y sólo se ha discutido en este proceso si estas nuevas consecuencias jurídicas son o no ajustadas a derecho, sin que ni antes en el procedimiento administrativo, ni ahora ante nosotros se haya planteado una consecuencia jurídica alternativa como la que predica la demanda; repetimos, lo relevante de la discusión desde la vía administrativa es si hubo o no causa lícita en la compraventa de acciones por parte de Bankinter y en la contratación del derivado, no si la verdadera naturaleza del negocio fue una u otra de las dos ofrecidas por la Administración Tributaria (según el criterio de la demanda), porque el resultado de la regularización (esto es lo importante) siempre fue el mismo y por ello no se causó indefensión alguna a la entidad recurrente.

c) Sobre la calificación jurídica del negocio. La causa ilícita.

Sobre el planteamiento de la Administración Tributaria relativo a la calificación jurídica de la operación, y, en definitiva, sobre la causa ilícita de la misma se alza la demanda que rechaza las afirmaciones que conducen a la conclusión de la regularización acordada, y la propia conclusión.

A propósito de ello, ninguna duda existe que la calificación jurídica de la operativa es una facultad atribuida por la Ley General Tributaria a la Administración Tributaria, dado que según el artículo 13 las obligaciones tributarias se exigirán con arreglo a la naturaleza jurídica del hecho, acto o negocio realizado, cualquiera que sea la forma o denominación que los interesados le hubieran dado, y prescindiendo de los defectos que pudieran afectar a su validez.

El análisis de la calificación jurídica realizada por la Administración Tributaria (tanto en el acta como en la liquidación) puso de relieve las siguientes características.

Existencia de un acuerdo de voluntades con la finalidad de conseguir un efecto fiscal favorable, tanto para Bankinter como para la entidad no residente (los efectos respecto a ésta los desconocemos y, en cualquier caso, no son objeto de este proceso); y como medio comisivo para conseguir este acuerdo de voluntades, los intervinientes en las operaciones bursátiles han burlado la condición de ciego del mercado de valores.

En este proceso de recalificación, el TEAC analiza tres bloques de operaciones: primero, aquellas en las que la contrapartida de la operación de futuro (equity swap) es Morgan Stanley & Co International Ltded, el ordenante de las operaciones de compraventa de las acciones contrapartida de Bankinter es Morgan Stanley Dean Witter Equity Finance (Luxemburgo), o la propia Morgan Stanley & Co International Ltded (UK), en ambos casos actuando en nombre propio; segundo, aquellas en que la contrapartida es JP Morgan Chase Bank (UK) y el ordenante es JP Morgan White Friars Inc (UK); tercero, aquellas que la contrapartida es Citigroup (UK) y el ordenante es Citigroup Global Markets (UK).

Sobre tal análisis llega a la conclusión, coincidente con la Inspección, de que es materialmente imposible que se produzcan tantas coincidencias sin haberse pactado previamente, por lo que entiende que Bankinter conocía la identidad de las contrapartidas. Y por ello, el TEAC, como antes la Inspección, aprecia gran similitud entre este caso y el resuelto por resolución del TEAC de 16 de septiembre de 2005 (RG 1807/2002), en cuanto a la intención de las partes intervinientes en las operaciones: utilización de la forma contractual de la compraventa como un puro instrumento para obtener finalidades fiscales favorables; el criterio del TEAC en esta resolución y, por tanto, la conclusión y la calificación jurídica efectuada por la Administración Tributaria, fueron confirmados por esta Sala en sentencia de 18 de diciembre de 2008 (rec. 633/2005).

En consecuencia, según la Administración Tributaria, todo el entramado de compraventa de valores, acompañado de la formalización del derivado (equity swap), no tuvo la finalidad contractual, derivada de la naturaleza jurídica de la compraventa de acciones, y de la finalidad de los derivados, sino que la finalidad fue conseguir un efecto fiscal favorable, tanto para Bankinter como para las entidades internacionales.

El argumento esencial de la demanda consiste en rechazar la conclusión de que hubo un acuerdo de voluntades entre Bankinter y los distintos operadores internacionales, para burlar el carácter ciego del mercado de valores, como instrumento para conseguir un efecto fiscal favorable. Para la demanda es lícita la causa de las operaciones realizadas: una normal compraventa de acciones y una permuta financiera "equity swap", que le sirve de cobertura.

El rechazo a esta conclusión se basa en la afirmación de que la naturaleza jurídica de los negocios realizados corresponde a la calificación atribuida por las partes, por Bankinter, sin que exista ninguna anomalía comercial, sino que, al contrario, los negocios jurídicos realizados por Bankinter se enmarcan en las típicas operaciones de compra y venta de valores en el mercado de contado y la contratación de derivados de cobertura, en las que Bankinter intercambia riesgos de un determinado activo financiero por riesgos diferentes (vg. tipos de interés, tipo de cambio, etc) con su contraparte, obteniendo una rentabilidad neta de mercado, acorde con la práctica habitual de los mercados.

Para sostener esta afirmación, que arrumbaría la conclusión de la calificación jurídica realizada por la Administración Tributaria, la demanda ha examinado las características de las diferentes operaciones, su duración, los términos económicos de las mismas, el margen financiero obtenido, etc; las ha puesto en comparación con el presupuesto de hecho de la resolución del TEAC, de 16 de septiembre de 2005 (confirmada por nuestra sentencia de 18 de diciembre de 2008), que sirvió de argumento de autoridad a la Administración Tributaria para refrendar su calificación, y ha llegado a la conclusión que los supuestos de hecho son muy diferentes, y por tanto el uno no puede ser considerado como apoyo argumental del otro, y frente a esta afirmación la contestación a la demanda nada ha dicho.

Resalta la demanda, -y esto es incontestable si se analiza con detalle la resolución del TEAC de 16 de septiembre de 2005 y la sentencia de esta Sala de 18 de diciembre de 2008 (recurso 633/2005) que la confirmó-, que las diferencias entre los supuestos de hecho de aquel caso y el presente son evidentes; y en efecto así es. Examinémoslas:

-En aquel, la compraventa de valores se llevó a cabo entre una entidad residente (un banco) y otra concreta entidad no residente, en cuya virtud el banco español adquiría de la entidad no residente una cartera de acciones de empresas españolas cotizadas. Hubo, pues, un acuerdo de voluntad entre dos empresas concretas, y sobre todo lo hubo entre el banco español y la misma empresa no residente en todos los casos.

En este, las acciones se adquirieron por Bankinter en el mercado bursátil, mediante la introducción de las correspondientes órdenes de compra en la subasta de cierre, por lo que no pudo haber un acuerdo con un concreto vendedor.

-En aquel, se acordó que las acciones adquiridas por el banco español serían recompradas en todo caso por la entidad no residente vendedora, a un precio predeterminado y en una fecha cierta, muy próxima a la compra ("el tiempo imprescindible para cobrar el dividendo").

En este, Bankinter no quedaba obligado a la reventa de las acciones en momento alguno, por lo que no existía compromiso de reventa alguno por parte de Bankinter frente a contrapartida alguna. Además, dado que tanto la compra como la venta de las acciones se hicieron mediante la introducción de las órdenes correspondientes en "la subasta de cierre" el precio de compra y venta de las acciones fue el precio marcado por la cotización de la acción en ambos momentos, es decir, no fue el mismo precio, sino que hubo la natural fluctuación de la cotización de las acciones.

-En aquel, las contrapartes eran siempre las mismas, tanto en las operaciones de compraventa como en las opciones, (así se describieron más de veinte operaciones).

En este, las contrapartes de la operativa analizada por la Inspección no eran siempre las mismas, ni actuaban por cuenta de las mismas personas o entidades.

- En aquel, el pacto en general, -la compra de las acciones y la recompra en días concretos y a precio fijo-, se hizo pocos días después de haberse acordado la distribución del dividendo.

En este, no se ha acreditado por la Inspección esta circunstancia, que ni siquiera se menciona; es decir, no se dice si cuando se compraron las acciones ya se había acordado la distribución del dividendo por parte de la

empresa residente en España. Señala la demanda, a este respecto, que en algunas de las operaciones examinadas Bankinter compró acciones más de 10 semanas antes del reparto del dividendo y pone como ejemplo una de las operaciones de Bankinter, descrita por la liquidación; en ella Bankinter compró 3.2 millones de acciones de Altadis el 16 de enero de 2006 y las vendió el 30 de agosto de 2006, y durante ese periodo hubo dos repartos de dividendo.

-En aquel, el período de tiempo durante el que la entidad española aparecía como titular de las acciones era significativamente corto, unos pocos días, en palabras del TEAC "el imprescindible para cobrar el dividendo".

En este, Bankinter fue titular de las acciones durante periodos de tiempo variables, que fluctuaron desde 10 semanas a más de 7 meses, sin que se aprecie un patrón común en cuanto a este factor temporal en las operaciones analizadas de Bankinter, o, al menos, no se ha expresado por la Inspección.

-En aquel la concesión recíproca y automática de opciones de compra y venta cruzadas no cumplía ninguna función de cobertura.

En este, el equity swap, o permuta financiera, constituye un instrumento de cobertura, que es utilizado en todos los mercados financieros, con una operativa y una finalidad muy implantada.

-En aquel, el dividendo percibido por el banco titular de las acciones se reembolsaba a la contraparte (siempre la misma y de manera concordada), a través del juego de las primas de las opciones de compra y venta recíprocamente concedidas.

En este, es el funcionamiento del equity swap el que determina que todos los derechos de naturaleza económica percibidos por el titular de las acciones, por Bankinter, deban ser reembolsados a la contraparte del equity swap, a través del denominado "manufactured payment", mientras que esta contraparte entregaba a Bankinter una remuneración cuyo importe era el resultado de aplicar un determinado tipo de interés sobre el notional que representaba el valor del mercado del subyacente del equity (las acciones compradas).

-En aquel, todas las operaciones respondían a una misma mecánica de ejecución y seguían un patrón único, en el que la contraparte siempre era la misma y el esquema de funcionamiento era siempre el mismo, repetido en el tiempo, al menos en las más de dos decenas de operaciones examinadas por la Inspección.

En este, las operaciones no respondían todas a la misma mecánica. Ya hemos visto cómo se daban las órdenes de compra y venta de acciones y el aspecto temporal, en relación también con el reparto del dividendo. Además, Bankinter no conocía la contrapartida última de las operaciones de contado puesto que operaba en el mercado a través de diversos intermediarios financieros residentes en España (Ahorro Corporación, BBVA, Ibersecurities), y las operaciones de cobertura fueron contratadas con diversas entidades, y estos derivados fueron cerrados de acuerdo con las condiciones de mercado, sin que en ello la Inspección o la liquidación hubiere detectado ninguna anomalía, y la rentabilidad obtenida por las operaciones fue la normal a su naturaleza financiera.

-En aquel, la posición del banco español adquirente de los valores no se encontraba sujeta a un riesgo mínimo (financiero, de pérdida patrimonial, etc), como consecuencia del corto plazo al que se realizaban las operaciones y el juego de las opciones de compra y venta.

En este, las operaciones sí generaron o podían generar riesgos financieros de volatilidad de la acción y de la contrapartida, que cubría mediante la celebración del equity swap.

Tras este análisis objetivo no cabe sino concluir que el argumento de autoridad que para la resolución del TEAC, que ahora fiscalizamos, supuso la anterior resolución del TEAC de 16 de septiembre de 2005 y nuestra sentencia de 18 de diciembre de 2008, no es hábil para sustentar un juicio de valor o calificación coincidente, porque los supuestos de hecho no son coincidentes, sino que muestran las diferencias sustanciales apuntadas.

Poco más le queda a la resolución recurrida para albergar ese juicio de valor.

Se dice en todos los supuestos analizados que en la operativa realizada por Bankinter "el resultado de la compraventa de las acciones y el ingreso por el dividendo se anulan con los resultados de signo contrario derivados de la pata "equity" del swap, de forma que lo que se integra en la base imponible del impuesto es el interés percibido por Bankinter por el efectivo desembolsado y transferido al no residente, desde la fecha de liquidación de la compra de las acciones hasta la fecha en que dicho importe se recupera mediante la liquidación de los contratos de swap y la operación de venta de las acciones".

La consideración conjunta de todas estas operaciones conduce a la Inspección (y al TEAC) a afirmar que todas estas operaciones se han planificado con el fin de obtener una ventaja fiscal consistente en evitar la tributación del dividendo para el no residente, y para el residente (Bankinter) aplicar la deducción por doble

imposición interna de un dividendo que, salvo en una pequeña parte, no se ha integrado en su base imponible, y descontar de su cuota la retención practicada a cuenta de una tributación del dividendo que es nula.

Frente a las alegaciones vertidas por Bankinter en la vía económico administrativa, negando el acuerdo de voluntades, como premisa de la que parten el acta y la liquidación, el TEAC manifestó que "a la vista de los resultados de la comprobación llevada a cabo para averiguar las contrapartidas de las operaciones de compra y venta de las acciones, coincide este Tribunal con la Inspección cuando señala que los intervinientes en dichas operaciones han planificado la coincidencia en el mercado de valores, burlando de algún modo su condición de ciego, pues es materialmente imposible que se produzcan tantas coincidencias, sin haberse pactado previamente. La Inspección analiza detalladamente 29 supuestos y en todos ellos la reclamante contrata con una entidad no residente vinculada o relacionada con aquella a la que se adquirieron las acciones y (se contrató) los equity swaps para, con posterioridad al cobro del dividendo repartido por la residente y pago a la no residente de un importe equivalente al dividendo cobrado (o del 97%, o 98% del importe del mismo) , revender los títulos bien a la misma entidad no residente, bien a una vinculada o relacionada con aquella a la que se los adquirió" .

Pues bien, sobre la premisa de que Bankinter conocía la identidad de las contrapartes, con las que concertó tal operativa para obtener (ambas) una ventaja fiscal, no existe prueba alguna y no pasa de ser una conjetura negada, por supuesto, por Bankinter, quien no puede probar lo contrario, porque sería una prueba diabólica.

Tal conjetura se revela como inconsistente ("es materialmente imposible que se produzcan tantas coincidencias sin haberse pactado previamente", dice el TEAC -folio 82-), si se tiene en cuenta la operativa del mercado de valores. Y sobre todo no puede aceptarse si tal concierto de voluntades, que distorsionaba el mercado ("burlando su condición de ciego" , dice la Administración Tributaria), no tuvo reflejo alguno en ninguna actuación de los órganos reguladores y fiscalizadores, CNMV o Banco de España, o, al menos, no consta su intervención.

En cambio la mecánica de las operaciones, narrada por la demanda, tiene toda la lógica: las operaciones de compraventa de acciones se realizan a través de brokers residentes en España, con gran implantación en el mercado en este tipo de operaciones (Ahorro Corporación, BBVA, etc.). Este intermediario español, como es práctica habitual, trataría de asegurar el buen fin de la operación bursátil con un bróker global, que son los que cuentan con una cartera de clientes de tamaño suficiente para realizar estas operaciones; son los operadores bursátiles (brokers) los que negocian entre sí, a través de los diferentes sistemas, sin que exista contacto directo entre comprador y vendedor, para así garantizar la formación regular y transparente de los precios del mercado, que por eso recibe la calificación de "ciego", salvo que se trate de la operativa que recibe el nombre de "aplicaciones", en las que las partes se ponen de acuerdo, pero quedan sujetas a obligaciones de información para no quebrantar la transparencia y el buen funcionamiento de los mercados. Pues bien, no consta que la compraventa de acciones examinada se hiciera a través de aplicaciones, o, al menos nada ha dicho la Administración Tributaria.

De esta operativa no se puede concluir, si no existe otra prueba, que estos brokers le comunicaran a Bankinter quienes podrían ser los tenedores últimos de las acciones objeto de la compraventa. Frente a esto nada se ha dicho, sino sólo la extrañeza de la coincidencia, puesta de manifiesto más arriba.

En fin, corroborando nuestra apreciación, expondremos un argumento más, extraído de la sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 15 de diciembre de 2011 (rec. cas. 668/2009 ; ECLI:ES: TS:2011.9029), que confirmó nuestra sentencia de 18 de diciembre de 2008 . La sentencia aludida en esta cuestión hizo algunas afirmaciones sobre aquella operativa que diferencian aún más uno y otro supuesto. Así concluyó que la relación entre ambas entidades, el banco y la entidad no residente, -siempre la misma en las 22 operaciones analizadas-, constituía una relación de mandato, para posibilitar que el Banco percibiera el dividendo, que era una titularidad transitoria y ficticia, y lo entregara a la no residente mediante el pago de una comisión, de forma que cumplido este objetivo se producía la retrocesión a la misma entidad no residente. En nuestro caso no se ha puesto de relieve tal relación de mandato.

Por último, otra diferencia sustancial, puesta de relieve por nuestra sentencia de 18 diciembre de 2008 (pag. 36, párrafo segundo) es que en aquel supuesto la actuario concluyó que "el impuesto que grava la percepción del dividendo debe recaer sobre el destinatario último del dividendo, la entidad no residente, y nunca sobre el mandatario español, el banco" . Esta conclusión no la hemos visto expresada en términos semejantes en este supuesto. La consecuencia lógica, expresada en aquella sentencia, era que no podía el banco imputarse la retención practicada sobre los dividendos.

Respecto de este extremo, es preciso resaltar la contradicción que supone que tanto en el acta como en la liquidación se afirme por una parte que el dividendo se ha percibido por Bankinter y sobre este dividendo se ha practicado la correspondiente retención, y ambas cantidades, dividendo y retención sobre el mismo, se han contabilizado por Bankinter, y a la vez se afirme que el dividendo finalmente no se integra en la base imponible, sino sólo los intereses de la cantidad desembolsada por Bankinter en la adquisición de las acciones, durante el período que media entre la adquisición y la recuperación de dicho importe, que se produce en el momento de la venta y simultánea cancelación de los contratos de futuro. Nada se ha dicho sobre si la retención practicada se ingresó o no por parte del retenedor en el momento del reparto del dividendo, pero es de suponer que así fue, pues en otro caso se habría puesto de relieve por la Administración Tributaria.

En consecuencia, procede estimar este motivo impugnatorio y anular en este extremo la liquidación y la resolución del TEAC, al ser inconsistente el razonamiento de la Administración Tributaria que condujo a la afirmación de que el negocio realizado por Bankinter adoleciera de causa ilícita.

Noveno. *Deducción por actividades de investigación, desarrollo e innovación tecnológica.*

La entidad recurrente practicó deducciones en la cuota del IS 2004, 2005 y 2006 por el concepto de gastos en investigación y desarrollo e innovación tecnológica, por diversos proyectos, consignados en el acta y en la liquidación.

La Inspección, y también la liquidación, admitió la deducción de cuatro proyectos (aunque modificó la cuantía de los gastos que en cada uno de ellos fue deducida) y rechazó el resto. De estos cuatro proyectos admitidos, tres obtuvieron evaluación positiva de la Dirección General de Política Tecnológica del Ministerio de Ciencia y Tecnología.

Los seis proyectos que no fueron admitidos fueron:

- (i) Transferencias a cajeros multiplataforma. Proyecto de investigación y desarrollo.
- (ii) Gestor de contenidos en terminales. Proyecto de investigación y desarrollo.
- (iii) Método de transmisión, autenticación y procesamiento automático de documentos digitalizados. Proyecto de investigación y desarrollo.
- (iv) Método de transmisión y ejecución automática y segura de documentos físicos. Proyecto de investigación y desarrollo.
- (v) Desarrollo de software avanzado y nuevo lenguaje de programación para comunicaciones 2,5/3G. Proyecto de innovación tecnológica.
- (vi) Firma de operaciones por móvil para empresas. Proyecto de innovación tecnológica.

Para ir acotando la controversia, vaya por delante que dos de los proyectos rechazados por la inspección (rechazo confirmado por el TEAC), -proyectos (iii) y (iv), antes citados- han de ser admitidos de acuerdo con lo manifestado por la STS de 17 de febrero de 2017 (ya mencionada), por lo que en este aspecto la demanda ha de ser estimada. Estos dos últimos proyectos fueron admitidos por la Inspección como innovación tecnológica y, por ende, susceptibles de ser objeto de la deducción que les correspondiera, en el IS de Bankinter, ejercicio 2003, según resulta de lo declarado en el fundamento de derecho quinto de la aludida sentencia de 17 de febrero de 2017. Siendo esto así, ninguna razón existe para que se excluyan en el ejercicio siguiente (2004); al contrario, si se admitieron por la Inspección (y así lo dice el Tribunal Supremo) para el ejercicio 2003, la no admisión en el ejercicio 2004 hubiera merecido una argumentación especial de contraste entre ambos años, que no consta.

En cuanto a los restantes cuatro proyectos la decisión ha de ser la contraria, es decir, la desestimación de la demanda y, por tanto, la confirmación de las resoluciones recurridas.

Y ello, por lo siguiente.

La Inspección consideró que estos proyectos no eran susceptibles de deducción basándose en el informe, de 2 de noviembre de 2010, de la Unidad de Auditoría Informática de la Delegación de Grandes Contribuyentes, elaborado por dos funcionarios; uno de ellos, doctor en informática, el otro, licenciado en informática.

La resolución del TEAC plantea que la cuestión a dilucidar es si estos proyectos cumplen o no con lo establecido en el artículo 35 TRLIS (RD legislativo 4/2004); específicamente si reunían o no las características y condiciones para ser considerados como "software avanzado", toda vez que el artículo 35 (mencionado), apartado 1 a), determina que "...también se considerará actividad de investigación y desarrollo la concepción de software

avanzado, siempre que suponga un progreso científico o tecnológico significativo mediante el desarrollo de nuevos teoremas y algoritmos o mediante la creación de sistemas operativos y lenguajes nuevos..... No se incluyen las actividades habituales o rutinarias relacionadas con el software".

Para el TEAC esta controversia ha de abordarse desde la perspectiva del aspecto probatorio, esto es, de los medios utilizados por el obligado tributario para justificar ante la Administración tributaria que los proyectos cuyos gastos fueron deducidos reúnen los requisitos exigidos por la norma tributaria (referida), pues a él le incumbe la carga de probar tal extremo, cuestión sobre lo que, dicho sea de paso, no existe controversia en este pleito.

La prueba aportada por la entidad recurrente para acreditar que los proyectos tienen la consideración de investigación y desarrollo o bien de innovación tecnológica, son los informes técnicos firmados por el ingeniero de telecomunicaciones D. Simón y por el doctor en ciencias físicas, D. Tomás .

El TEAC, sin embargo, no los considera porque no son vinculantes, al no haber sido emitidos por el Ministerio de Ciencia y Tecnología o por un organismo adscrito a Éste. Por tal razón sólo atiende al informe de la Unidad de Auditoría (ya mencionado), que contiene una descripción de las memorias técnicas de la empresa y un análisis pormenorizado de cada uno de los proyectos.

Como argumento de autoridad de este informe, resalta el TEAC varios aspectos: (i) alude a la consulta evacuada por la Dirección General de Tributos a solicitud de Bankinter (7 de mayo de 2001), sobre si son susceptibles de deducción por actividades de investigación científica e innovación tecnológica los gastos llevados a cabo para desarrollar un nuevo proyecto de prestación de servicios bancarios al público en internet, para lo cual había adquirido programas informáticos que sirvieran de soporte técnico a este proyecto; y la respuesta negativa del órgano consultivo "al no apreciarse un progreso significativo desde el punto de vista de obtención de nuevos conocimientos en el ámbito científico o técnico. Lo que lleva a cabo la consultante consiste en añadir un desarrollo propio a unas tecnologías preexistentes que se adquieren de terceros para la obtención de un producto informático que permitirá prestar los servicios habituales de las entidades financieras a través de un nuevo vehículo que es internet" . (ii) en segundo lugar, hace referencia a la resolución del TEAC de 15 de marzo de 2007, que, referida al ejercicio 2000, rechazó también la aplicación, por parte de Bankinter, de deducciones por este concepto, lo que posteriormente fue confirmado por sentencia de esta Audiencia Nacional de 30 de junio de 2010 (recurso 220/2007). Este rechazo, en esencia, se basó en que "del análisis de los distintos proyectos por los que el reclamante se acoge a la deducción que nos ocupa se desprende que el interesado lo que ha hecho con los mismos es implementar (incorporar, poner en funcionamiento, aplicar métodos, etc.) un conjunto de aplicaciones informáticas (software) y lenguajes de programación normalmente ya existentes en el mercado para la prestación por internet de un variado y cada vez más completo conjunto de servicios bancarios, pero sin desarrollar Bankinter nuevos lenguajes informáticos. Es decir, se utilizó tecnología básicamente preexistente a los efectos de aplicarla con la finalidad de prestar servicios bancarios a través de internet. Bankinter no creó sistemas o lenguajes nuevos, sino que utilizó sistemas y lenguajes preexistentes personalizándolos y adaptándolos al acaso particular, razón por la cual procede confirmar lo actuado por la inspección al respecto" . (iii) En tercer lugar, menciona la resolución del TEAC de 25 de octubre de 2012 que, en relación con los ejercicios 2001, 2002 y 2003, también rechazó la aplicación de las deducciones practicadas bajo este concepto.

En fin, resalta el TEAC que el informe de la Unidad de Auditoría analizó pormenorizadamente cada uno de los proyectos, concluyendo que "...la mayor parte de los proyectos son una adaptación de las operaciones que habitualmente realiza un banco a los nuevos canales (internet, telefonía móvil, mensajes SMS, etc.). Son desarrollos propios y nuevos, pero con tecnología o procedimientos preexistentes. La mayoría difícilmente se pueden considerar innovación, menos aún proyectos genuinos de investigación. En los proyectos que hemos analizado (todos relacionados con las tecnologías de la información) para que exista una actividad de investigación y desarrollo o innovación se requiere poder calificar los proyectos como concepción de software avanzado, lo que supone que se dé un progreso científico o tecnológico significativo mediante el desarrollo de nuevos teoremas y algoritmos o mediante creación de sistemas operativos y lenguajes nuevos, o mejoras sustanciales (reconocidas mediante una patente o mediante un informe de una entidad acreditada o mediante un informe pericial de un experto) o bien se trata de software destinado a la integración en la sociedad de la información de personas discapacitadas. La ley excluye expresamente las actividades habituales o rutinarias relacionadas con el software. Para que exista progreso son precisos nuevos conocimientos en el ámbito científico o técnico" .

En base a todo ello, el TEAC, en la resolución recurrida ante nosotros, concluye que los proyectos objeto de controversia han supuesto mejoras en el desenvolvimiento de la calidad del servicio y del proceso productivo, pero sin que se haya acreditado la novedad científica o tecnológica que el beneficio fiscal exige.

La demanda se muestra en desacuerdo con la valoración que de los proyectos hizo la Administración tributaria, y afirma que todos estos proyectos se ajustan con rotundidad a la definición de Investigación, Desarrollo e Innovación Tecnológica establecida en el artículo 35 del TRLIS (Real Decreto Legislativo 4/2004, de 5 de marzo), en la medida que suponen la concepción de tecnologías y sistemas inéditos, tanto para el sector, en el caso de los proyectos de I+D, como para la propia compañía, en el caso de los proyectos IT, por lo que, a su juicio, tienen la consideración de "software avanzado".

Aduce que el criterio básico que permite discernir si un proyecto puede ser considerado como I+D, según los manuales más reputados (Manual de Frascati, etc), hace referencia a un "elemento apreciable de novedad y la resolución de una incertidumbre científica y/o tecnológica". En el manual de Oslo se define innovación "una innovación es la introducción de un nuevo, o significativamente mejorado, producto (bien o servicio), de un proceso, de un nuevo método de comercialización o de un nuevo método organizativo, en las prácticas internas de la empresa, la organización del lugar de trabajo o las relaciones externas".

Además, plantea una visión sobre la apreciación de la novedad de los proyectos que conceptualmente es intachable, cual es que para llegar a la conclusión de que se trate, conviene tener presente que la perspectiva con la que se valoran los proyectos es de 2011,- fecha de las resoluciones recurridas-, cuando están ya consolidados e implantados desde hace años, por lo que la novedad e innovación puede considerarse como algo natural; pero ha de verse con las perspectiva de los años 2004 a 2006, cuando estaban en una estado embrionario, o de desarrollo.

Pero, como hemos dicho, el problema se ha planteado no tanto desde el punto de vista conceptual cuanto desde la perspectiva de la prueba.

Y para soportar esta carga, la demanda se apoya en los informes técnicos elaborados por D. Simón, ingeniero de telecomunicaciones, y D. Tomás, doctor en ciencias físicas, que habían intervenido ya en vía administrativa, evaluando los diferentes proyectos y que, además, comparecieron ante el Tribunal como peritos, ratificando y aclarando sus informes.

Ahora bien, anticipamos que, pese a la afirmación contraria de la demanda, estos informes periciales no han mostrado contradicción alguna con el informe de la Unidad Informática; ciertamente han alcanzado otras conclusiones, sí, pero no han contradicho, es más, ni lo han intentado, este informe de los funcionarios públicos.

No es preciso entrar en la descripción pormenorizada de cada uno de los proyectos rechazados, objeto de controversia (ahora ya sólo cuatro, ante la estimación parcial de dos de ellos, conforme acabamos de decir), por cuanto constan tanto en el expediente administrativo como en la documentación acompañada con la demanda, ni las diferentes razones por las que no fueron aceptados como aptos para producir la deducción, (en el proyecto de transferencia a cajeros multiplataforma, por la falta de detalle de la novedad del proyecto descrita en la memoria, etc).

La virtualidad para producir la deducción de estos cuatro proyectos no puede ser admitida, confirmando en esto la liquidación y la resolución del TEAC, por las siguientes razones:

Cierto es que el TEAC rechazó los informes periciales aportados por Bankinter, so pretexto de que no eran vinculantes, criterio que no podemos compartir.

Obvio resulta que, de ser vinculantes, habrían sido admitidos, como ocurrió con los tres proyectos que fueron evaluados por el Ministerio de Ciencia y Tecnología y fueron admitidos por la Inspección y por la liquidación como aptos para producir la deducción, incluso en contra de su criterio, -así se dice en la resolución de la Administración tributaria-.

En eso consiste precisamente la vinculación, en sobreponerse por encima de quien no tiene la misma opinión.

Pero el hecho de no ser vinculante no desvirtúa su idoneidad como prueba pericial, apta para producir la convicción psicológica del órgano llamado a resolver. En consecuencia, el TEAC debió valorar los dos informes periciales aportados por Bankinter y ponderando éstos, y aquellos que sustentaban la resolución administrativa (la liquidación), llegar a la conclusión que fuere, de manera motivada. Y ciertamente no lo hizo así, lo que supone una evidente irregularidad, que sin embargo no tiene virtualidad anulatoria, porque nosotros estamos en condiciones de hacer dicha valoración.

Anular por este sólo extremo la resolución del TEAC nos conduciría a retrotraer el procedimiento para que llevara a cabo la valoración omitida de la prueba pericial, lo que sería contrario al principio de economía procesal e, incluso, a la tutela judicial efectiva, porque ambas periciales, la que soportó la decisión administrativa y la que sustenta la demanda pueden ser valoradas en esta sentencia, resolviendo la cuestión controvertida y ofreciendo una efectiva y eficaz tutela judicial.

Y en cuanto a la valoración de la prueba pericial, reiteramos, porque esto es lo decisivo, que los informes que de cada proyecto realizaron los dos peritos, acompañados como documentación con la demanda no rebaten los argumentos del informe emitido por los dos funcionarios de la Unidad Informática de la Administración Tributaria, sino que llegan a otras conclusiones. Este es el punto de partida.

Sabido es, y no precisa mayor cita ni doctrinal ni jurisprudencial, que la prueba pericial será valorada por los tribunales según las reglas de la sana crítica, y para llegar a la valoración, cuando se trata de informes que sostienen conclusiones diferentes (como ocurre en este caso) ha de examinarse la autoridad científica del autor, el método utilizado, y aquellas otras circunstancias que permitan al Tribunal llegar al convencimiento de que ha de otorgar un mayor peso, una mayor fuerza de convicción a uno que al otro.

En este caso, no hay duda que todos los profesionales intervinientes tienen una formación suficiente, orientada a la materia de que se trata, y no hay razón alguna para cuestionar la autoridad científica de ninguno de ellos. Los dos funcionarios públicos emitieron un informe en profundidad (de más de 300 páginas) que no ha sido cuestionado, ni en cuanto a la capacidad y aptitud científica de sus autores, ni en cuanto a su metodología, ni, en fin, en cuanto a sus conclusiones, sino que la prueba pericial aportada con la demanda, y la propia demanda también, se han limitado, la primera, a mostrar una conclusión diferente, sin explicar por qué la alcanzada por ellos ha de ser superior, ha de tener una mayor fuerza de convicción que la que sostuvo la decisión de la Administración Tributaria, y la demanda a afirmar que ha de sobreponerse la conclusión de sus peritos por encima de la conclusión de la Administración tributaria.

La demanda refiere un importante elenco de sentencias de esta Sala y de otros tribunales que acogieron la valoración de la prueba pericial practicada en el proceso y en base a ella aceptaron la deducción por I+D+I.

Nosotros estamos en la misma línea de valorar la prueba pericial practicada en el proceso, en la medida que para colmar el concepto jurídico indeterminado que encierra esta deducción y que el TEAC ha centrado en la definición de "software avanzado", se precisan conocimientos científicos, técnicos y prácticos que nosotros no poseemos y que han de proporcionarnos quienes sí los poseen. Pero, seguramente a diferencia de los casos resueltos por todas esas sentencias, en el caso que nos ocupa la Administración tributaria ha alcanzado la conclusión de la no deducibilidad de los gastos realizados en alguno de los procesos, sirviéndose de un potente informe técnico, emitido por quien no padece tacha alguna de ineptitud, sino al contrario, aparece en el expediente administrativo, (y ante nosotros, en la medida que lo fiscalizamos), revestido de la misma autoridad científica, técnica y práctica que los dos muy prestigiosos peritos aportados al proceso por Bankinter; y tampoco hay duda alguna de su objetividad e imparcialidad, cualidad de la que constitucionalmente aparece revestido todo funcionario público.

Es indudable que la Administración Tributaria pudo solicitar otros informes externos, pero si no lo hizo no por ello puede tildarse su conclusión como irrazonable, o tomada sin fundamento, porque, acertada o no, se basó en un informe que nadie ha cuestionado, ni siquiera la prueba pericial practicada en el proceso.

No es menos cierto que Bankinter también pudo haber obtenido la evaluación de todos sus proyectos por parte del Ministerio de Ciencia y Tecnología, como lo hizo con otros tres proyectos que si le fueron admitidos, y no lo hizo. Estaba en su derecho hacerlo o no; pero el hacerlo en unos casos y no hacerlo en otros tampoco resulta comprensible y es un indicio de que quizás no se sometió a ese dictamen, coetáneo con el que sí solicitó para otros tres proyectos, porque no tenía la seguridad de pasar dicha evaluación, como, sin duda, no la pasó con la Unidad Informática de la Administración Tributaria.

Por tan razón, sin necesidad de reproducir las consideraciones de unos y de otros, cabe concluir afirmando que la prueba pericial que soporta, en este extremo, la pretensión actora, no ha sido suficiente para enervar la fuerza de la pericial practicada por los dos funcionarios de la Administración tributaria.

En consecuencia, ha de mantenerse el criterio de rechazar la deducción de los restantes cuatro proyectos y ha de admitirse la deducción de las cantidades invertidas en los dos proyectos citados, estimando, por tanto, parcialmente la demanda en este aspecto.

Décimo. *Improcedencia de imposición de sanciones.*

Las dos resoluciones recurridas sancionaron a la empresa recurrente por haber dejado de ingresar las cantidades que aplicó como gastos o deducciones, -conducta típica según lo previsto en el artículo 191.1 LGT -, porque tales gastos o deducciones no debieron haberse producido, por las razones manifestadas en tales resoluciones, en relación con las actas firmadas, algunas de las cuales han sido vistas y analizadas en el fundamento octavo de esta sentencia.

La demanda sostiene que no concurre el elemento objetivo del tipo, dejar de ingresar deuda tributaria, al haber ajustado su conducta a la normativa tributaria y, subsidiariamente, la ausencia de culpabilidad.

Las dos resoluciones sancionadoras recurridas, de 15 de febrero de 2012, -una derivada del acta de conformidad núm. NUM004, de la que se desprendió una cuota no ingresada de 444.047,42 €, correspondiente al ejercicio 2006; la otra derivada del acta firmada en disconformidad núm. NUM003, con una cuota no ingresada de 3.527.601,36 € en 2004, 3.855.788,87 € en 2005 y 6.857.601,17€ en 2006-, recogen varios hechos de los que se desprende el elemento objetivo típico de dejar de ingresar. De todos estos hechos, la demanda sólo cuestiona los referidos a la deducción por doble imposición interna y por la aplicación de retenciones soportadas en relación con los dividendos derivados de la titularidad de participaciones en entidades españolas cotizadas, sin que haya impugnado ni la sanción derivada del acta de conformidad (basta con leer el petitum de la demanda y la ausencia absoluta de argumentos o motivos impugnatorios sobre los restantes hechos), ni la sanción derivada del acta de disconformidad, en lo relativo a los restantes hechos, y ello pese a la forma de expresarse dicho petitum, que se refiere, en plural, a las sanciones impuestas por el acuerdo de 15 de febrero de 2012, pero lo reduce a la derivada del acta firmada en disconformidad (núm. NUM003).

Pues bien, en la medida que nosotros anulamos, en el fundamento de derecho octavo de esta sentencia, el concreto extremo de la liquidación derivada del acta de disconformidad, por la deducción por doble imposición interna y aplicación de retenciones soportadas en relación con los dividendos derivados de la titularidad de participaciones en entidades españolas cotizadas, y la consiguiente decisión, en este sólo extremo, de la resolución del TEAC, procede anular parcialmente el acuerdo sancionador derivado del acta de disconformidad, - y la correlativa decisión del TEAC-, porque en este extremo no se ajusta al ordenamiento jurídico, dado que, como sostiene la demanda, no concurriría el elemento objetivo típico de dejar de ingresar, pues, por lo que hemos dicho, su conducta se ajustó a la norma tributaria aplicable.

Undécimo. Costas.

En cuanto a las costas dispone el artículo 139.1º LJCA, 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 razone, que el caso presentaba serias dudas de hecho o de derecho.

En el caso que nos ocupa, al ser parcial la estimación de la pretensión actora, no procede hacer condena en costas, de tal manera que cada parte satisfará las causadas a su instancia y las comunes por mitad.

En atención a cuanto se ha expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que nos confiere la Constitución Española,

FALLAMOS

Estimar en parte el presente recurso contencioso-administrativo número 166/2015, interpuesto por la entidad Bankinter S.A. contra la resolución del TEAC, de 11 de septiembre de 2015, ya mencionada, y la liquidación y sanción subyacentes, que anulamos en parte, por no ajustarse a derecho, en lo relativo a: deducibilidad de las pérdidas vinculadas a los fondos garantizados (fundamento de derecho sexto); derecho a la deducción por doble imposición internacional por el dividendo satisfecho por United Utilities (fundamento de derecho séptimo); derecho a la deducción por doble imposición interna y por la aplicación de retenciones soportadas en relación con los dividendos derivados de la titularidad de participaciones en entidades españolas cotizadas (fundamento de derecho octavo); deducción por actividades de investigación, desarrollo e innovación tecnológica (fundamento de derecho noveno); y confirmamos en parte en cuanto al resto de los conceptos de la liquidación, por ajustarse a derecho;

Asimismo, anulamos, en parte, la sanción impuesta, de acuerdo con lo manifestado en el fundamento de derecho décimo, por no ajustarse a derecho en toda su extensión; todo ello sin hacer expresa condena en costas.

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.

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Ilmo. Sr. Magistrado Ponente D. FRANCISCO GERARDO MARTINEZ TRISTAN, 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.