

## BASE DE DATOS DE Norma DEF.-

Referencia: NFJ079620

### AUDIENCIA NACIONAL

Sentencia de 23 de julio de 2020

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Rec. n.º 213/2017

#### SUMARIO:

**Procedimiento de inspección. Ampliación del plazo.** El acuerdo de ampliación se tomó no solo por el volumen de operaciones, sino también por no haber incluido determinadas operaciones financieras, lo cual acredita la complejidad de las actuaciones.

**IS. Valoración del inmovilizado. Deterioro del fondo de comercio.** El fondo de comercio surgido por la fusión por absorción de varias entidades es objeto de deterioro cuando en la Memoria se menciona que se estaban cumpliendo las perspectivas del pago de esos fondos de comercio. La Inspección admite la amortización por veinteavas partes, pero no el deterioro por no demostrar que la depreciación fuera irreversible, pues no se podía hacer un seguimiento de cada una de las entidades y los beneficios se habían incrementado. La entidad cuestiona que se exija la acreditación de la previa tributación de las participaciones a no residentes. Sin embargo, no hay discriminación pues la tributación efectiva exigida es la misma en una operación interna. **Deducción por retenciones. Aplicación e interpretación de las normas. Simulación.**

**Dividendos recibidos en operaciones de préstamos de valores.** La entidad realiza operaciones de préstamo de valores en las que están implicadas entidades no residentes, que suponen percepción y devolución de dividendos, siendo la ganancia el extratipo recibido por el colateral. Al ser el prestamista un no residente, la entidad recibió el dividendo con su retención y como el dividendo se devuelve al prestamista, resulta que deduce una retención sobre un ingreso reducido. La Administración califica la actuación como ardid para soslayar la carga tributaria. El Tribunal entiende que son negocios cuya causa esencial es la evasión fiscal. Aunque la Inspección no menciona la simulación y el art. 16 LGT de los razonamientos vertidos se deduce que lo está aplicando. El Tribunal reconoce la dificultad de diferenciar entre simulación y fraude, pero se inclina por la existencia de simulación.

#### PRECEPTOS:

Ley 58/2003 (LGT), arts. 13, 16, 68 y 150.

RDLeg. 4/2004 (TR Ley IS), arts. 85 y 89.

RD 131/2008 (Plan Contable de entidades aseguradoras), Norma de Valoración 2.ª.

RDLeg. 5/2004 (TR Ley IRNR), art. 14.

Ley 62/2003 (Medidas fiscales, administrativas y de orden social), disp. adic. decimoctava.

Ley 24/1988 (Ley del Mercado de Valores), art. 36.

#### PONENTE:

*Don Manuel Fernández-Lomana García.*

## AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Contencioso-Administrativo

SECCIÓN SEGUNDA

Núm. de Recurso: 0000213 /2017

Tipo de Recurso: PROCEDIMIENTO ORDINARIO

Núm. Registro General: 01606/2017

Demandante: CAJA DE SEGUROS REUNIDOS, COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS, S.A.

Procurador: Dª. ADELA CANO LANTER

Demandado: TRIBUNAL ECONOMICO ADMINISTRATIVO CENTRAL

Abogado Del Estado

Ponente Ilmo. Sr.: D. MANUEL FERNÁNDEZ-LOMANA GARCÍA

### **SENTENCIA**

Ilmo. Sr. Presidente:

D. MANUEL FERNÁNDEZ-LOMANA GARCÍA

Ilmos. Sres. Magistrados:

D. FRANCISCO GERARDO MARTINEZ TRISTAN

D<sup>a</sup>. CONCEPCIÓN MÓNICA MONTERO ELENA D. JAVIER EUGENIO LÓPEZ CANDELA

Madrid, a veintitres de julio de dos mil veinte.

Ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, se ha tramitado el recurso nº 213/2017, seguido a instancia de CAJA DE SEGUROS REUNIDOS, COMPAÑÍA DESEGUROS Y REASEGUROS, S.A, que comparecen representadas por el Procurador D<sup>a</sup>. Adela Cano Lantero y asistido por Letrado D. Fernando de Lorenzo López, contra la Resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central de 12 de enero de 2017 (RG 683 y 684/2013); siendo la Administración representada y defendida por el Sr. Abogado del Estado. La cuantía ha sido fijada en indeterminada.

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

#### **Primero.**

Con fecha 17 de marzo de 2017, tuvo entrada escrito interponiendo recurso contencioso-administrativo

#### **Segundo.**

Tras varios trámites se formalizó demanda el 18 de septiembre de 2017. Presentado la Abogacía del Estado escrito de contestación.

#### **Tercero.**

Se recibió el juicio a prueba. Se presentaron conclusiones. Procediéndose a señalar para votación y fallo el día 9 de julio de 2020.

Siendo Magistrado Ponente el Ilmo. Sr. D. MANUEL FERNANDEZ-LOMANA GARCIA, quien expresa el parecer de la Sala.

### **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

#### **Primero. Sobre la Resolución recurrida.**

Se interpone recurso contencioso-administrativo contra la Resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central de 12 de enero de 2017 (RG 683 y 684/2013), que estimó en parte el recurso interpuesto contra los actos de liquidación 2006, 2007 y 2008 IS.

Los motivos de impugnación son:

- 1.- Prescripción del Derecho de la Administración a determinar la deuda tributaria mediante la oportuna liquidación -p. 17 a 23-.
- 2.- Prescripción del derecho de la Administración a determinar la deuda tributaria de los ejercicios 2006 y 2007, mediante la oportuna liquidación -p. 23 a 37-.
- 3.- Procedencia de la deducibilidad del deterioro contable del fondo de comercio -p. 37 a 70-.

4.- Subsidiariamente, vulneración del derecho de la Unión Europea en relación con la diferencia de trato del Art. 89.3.1.1) TRLIS en cuanto a la prueba de la tributación en adquisiciones a no residentes -p. 70 a 93-.

5.- Procedencia de la deducibilidad de las retenciones soportadas por CASER por los dividendos recibidos en operaciones de préstamo de valores -p. 93 a 129-.

**Segundo.** *Sobre la prescripción del Derecho de la Administración a determinar la deuda tributaria mediante la oportuna liquidación.*

El art 68 de la LGT establece que la prescripción se interrumpe por " la interposición de reclamaciones o recursos de cualquier clase". Pues bien, la demandante, con base a una interpretación literal de la norma, que entre la "interposición" - el 10 de enero de 2013, que interrumpió la prescripción- y la notificación de la Resolución -el 27 de enero de 2017- resolviendo el recurso han transcurrido más de cuatro años, por lo que debe operar la prescripción.

Sin embargo, omite indicar que, como consta en la Resolución recurrida, si bien es cierto que interpuso recurso el 10 de enero de 2013 -p. 4-, no lo es menos que, puesto de manifiesto el expediente, presentó escrito de alegaciones el 10 de octubre de 2013. Dicho escrito, conforme a reiterada jurisprudencia interrumpe la prescripción - STS de 23 de febrero de 2012 (Rec. 3485/2008 ) y 26 de marzo de 2015 (Rec. 1940/2013 )-, por lo que no puede acogerse su argumento.

El motivo se desestima.

**Tercero.** *Sobre la prescripción del derecho de la Administración a determinar la deuda tributaria de los ejercicios 2006 y 2007, mediante la oportuna liquidación.*

A.- Sostiene la demandante que los ejercicios 2006 y 2007 están prescritos, pues el Acuerdo de ampliación de plazo de las actuaciones inspectoras es contrario a Derecho. El TEAC contesta a la alegación en las pp. 7 y ss.

El Acuerdo de ampliación de las actuaciones inspectoras se basó en:

-La existencia de un Grupo de Sociedades 61/02 como sujeto pasivo del IS y de un grupo de Entidades 420/08 como obligado tributario en el régimen especial de grupos de entidades en el IVA.

-El volumen de operaciones declarado por el grupo 61/20 y en el de la propia entidad CASER que en los años objeto de inspección osciló entre 1.824.199.794,85 € y 2.389.027.952,90 € en el Grupo y 1.888,301.202,00 € y 2.311.378.862,40 € en CASER. Cifras que superan ampliamente la requerida para la obligación de auditar cuentas.

-Se describen las entidades del grupo y se afirma que quedaba pendiente comprobar la entidad dominante cuyo volumen de operaciones supone el 98% del total de las operaciones del grupo. Haciéndose referencia a la especial complejidad de esta entidad ya que CASER " no ha incluido como volumen de operaciones los beneficios procedentes de las inversiones financieras y materiales, que son habituales para todas las entidades del grupo al estar obligadas por su propia normativa a mantener inversiones afectas que garanticen el cumplimiento de sus potenciales obligaciones". Se describe numéricamente en las pp. 3 y 4 del Acuerdo de ampliación las diferencias entre el grupo de operaciones comprobado y el declarado.

-El volumen de registros y apuntes contables de documento y de ficheros de información técnica, que se describen en las p. 3 y 4 del Acuerdo de ampliación.

-La dificultad técnica, informática y jurídica para interpretar la información contable, jurídica, económica y actuarial requerida y aportada por CASER, que exige en ocasiones contrastes con otras entidades. Las operaciones se describen en la p. 4 del Acuerdo de ampliación. Exponiéndose las razones por las que resulta especialmente compleja la verificación.

El Acuerdo de ampliación, al que nos remitimos, motiva la ampliación de forma detallada en las p. 13 a 16.

B.- Interpretando el art 150.1 de la LGT, la STS de 31 de mayo de 2012 (Rec. 2259/2005 ), entre otras, sentó una doctrina que puede ser resumida en los siguientes puntos:

a.- La Administración " no goza de una potestad discrecional para ampliar el plazo", muy al contrario, sólo puede acodar la ampliación cuando " las actuaciones revistan especial complejidad" o "descubra que el contribuyente ocultó a la Administración tributaria alguna de las actividades empresariales o profesionales que realice".

b.- La Administración debe " explicitar las razones" que justifican el dictado del acuerdo de ampliación. " Justificando suficientemente que concurre alguno de los presupuestos de hecho a los que el legislador ha vinculado la posibilidad de romper la regla general y demorar el tiempo de las actuaciones por un plazo superior al inicialmente previsto". En suma, los acuerdos de ampliación han de motivarse.

c.- La normativa reglamentaria que desarrolla el art. 150.1 LGT facilita "de terminadas pautas interpretativas para llenar de contenido los conceptos jurídicos indeterminados "actuaciones que revistan especial complejidad" y "ocultación por el contribuyente de algunas actividades empresariales o profesionales".

d.- La justificación ha de contenerse en el propio acuerdo de ampliación, sin que sea posible a posteriori, ni por el TEAC o TEAR, ni por el órgano judicial, sustituir dicha justificación.

e.- La justificación " demanda la exteriorización de las razones que imponen la prórroga y su plasmación en el acuerdo en que así se decreta. En otras palabras, ha de ser una decisión motivada, sin que a tal fin resulte suficiente la mera cita del precepto y la apodíctica afirmación de que concurren los requisitos que el precepto legal menciona" - STS de 11 de octubre de 2012 (Rec. 712/2010 )-. Añadiendo la STS de 20 de junio de 2013 (Rec. 3408/2010 ) que " no basta con comprobar la concurrencia de alguna de las causas objetivas....sino que en todo caso debe ponderarse si su concurrencia --o la de cualquier otra circunstancia-- convierte las actuaciones en especialmente complejas". Indicando, por último, la STS de 12 de marzo de 2015 (Rec. 40/74/2013 ) que " la mera cita, sin circunstancias de hecho que avalen la aplicación, de alguna de las causas que justifican la ampliación del plazo, es insuficiente a los efectos de que la decisión ampliatoria sea considerada conforme a derecho".

f.- La exigencia de motivación puede modularse en aquellos casos en los que resulten a priori patente dicha complejidad, sin perjuicio de que la sociedad o el grupo aporten datos de los que se infiera que, en el caso concreto, pese a la inicial apariencia, la ampliación era innecesaria - STS de 12 de julio de 2012 (Rec. 2825/2010 )-.

g.- La falta de oposición inicial al acuerdo de ampliación, no exime a la Administración de su deber de motivar - STS de 5 de junio de 2013 (Rec. 2709/2011 - . La no realización de alegaciones en el momento en que se dio a la sociedad trámite conferido al efecto no es por sí decisiva para estimar justificado el Acuerdo de ampliación - STS de 11 de octubre de 2012 (Rec. 712/2010 ) y STS 11 de febrero de 2010 (Rec. 8980/2004 -, pero ello no quiere decir que no pueda ponderarse, como lo hace el TEAC, a mayor abundamiento, como un indicio de acierto del acuerdo, pues, de hecho, no generó reacción en el inspeccionado, que no puso objeción alguna la mismo - STS de 12 de julio de 2012 (Rec. 2825/2010 )-.

C.- Aplicando la precedente doctrina al caso de autos, la Sala entiende que la Resolución debe confirmarse por las siguientes razones:

-Como se afirma en la p. 13 de la Resolución del TEAC " los volúmenes de operaciones declarados por el Grupo 61/02 y por "la dominante", superiores en cada uno de los tres ejercicios a 1.920 y a 1.800 miles de millones de euros respectivamente, superan ampliamente la cifra requerida para la obligación de auditar las cuentas" - art 184.2.a) del RD 1065/2007-.

La Inspección, en contra de lo que se afirma en la demanda, no base la ampliación únicamente en el volumen, añadiendo que la complejidad se incrementa por el hecho de no haber incluido CASER " como volumen de operaciones los beneficios procedentes de las inversiones financieras y materiales, que con habituales para todas las entidades de seguros al estar obligadas por su propia normativa a mantener inversiones afectas que garanticen el cumplimiento de sus potenciales obligaciones".

-CASER " es "la dominante" del Grupo 61/02 que tributa por el IS. en Régimen de consolidación, y también el Régimen de grupos de I.V.A.; habiendo alcanzado la comprobación no sólo a "la dominante" sino también a varias dependientes" - p. 14 de la Resolución del TEAC y art 184.2.d) RD 1065/2007-.

- " Entre las comprobadas por la Inspección hay toda una serie de operaciones que, según manifestaciones del representante de CASER, serían de préstamo de valores; operaciones en las que el prestatario recibe el importe de los dividendos de las acciones tomadas en préstamo, y a su vez, debe devolver dicho importe, en concepto de gasto, al prestamista. Como consecuencia de tales operaciones CASER devolvió dividendos por importes de: 22.368.591,20 € el ejercicio 2006, 40.996.426,08 € en el ejercicio 2007 y 32.215.529,63 € en el 2008. Y cada operación de préstamo de valores puede llegar a ser una operación simulada, o en la que se hayan utilizado justificantes u otros documentos falsos o falseados o en la que hayan intervenido personas o entidades interpuestas con la finalidad de eludir la tributación que correspondería al verdadero titular de los bienes, derechos o rentas" -pp. 14 y 15 de la Resolución del TEAC en relación con el art. 184.2.h) del RD 1065/2007-. A lo largo de la Resolución veremos la complejidad de las operaciones relativas a este punto.

Teniendo en cuenta lo anterior, en nuestra opinión y siguiendo la doctrina de nuestro Alto Tribunal, el Acuerdo de ampliación es conforme a Derecho y se encuentra suficientemente motivado. Coincidiendo la Sala con los razonamientos vertidos por el TEAC en las pp. 16 a 19, que no quedan desvirtuados por las alegaciones de la recurrente.

En este sentido, cabe citar, la STS de 1 de diciembre de 2016 (Rec. 3810/2015 ), donde se confirma la aplicación del art. 150.1 de la LGT, dado " el volumen de operaciones, unido a otras circunstancias, como la pertenencia a un grupo consolidado y la necesidad de realizar las comprobaciones conjuntamente con otros impuestos como el de sociedades". Entendiendo que las circunstancias indicadas bastan para afirmar la "especial

complejidad". En el mismo sentido las TS de 21 de febrero de 2017 (Rec. 2970/2015 ) y STS de 4 de abril de 2017 (Rec. 529/2016 ).

El motivo se desestima.

**Cuarto. Sobre la procedencia de la deducibilidad del deterioro contable del fondo de comercio.**

A.- Sobre la regularización efectuada en relación con este motivo.

1.- Se recogen en las dos actas en términos similares. Nosotros estaremos a lo descrito en el acta de disconformidad de 2008 y las referencias concretas que haremos a lo largo de este epígrafe, salvo que se diga lo contrario, se refieren a éste acta de disconformidad.

2.- CASER, con efectos contables de 1 de enero de 2004, absorbió a MAAF ESPAÑOLA, LEMANS ESPAÑA, SUD AMERICA VIDA Y PENSIONES Y ECUADOR GRUPO CASER.

Como se indica en la nota 4 de las Memorias de 2006 y 2007, " el fondo de comercio surgido como consecuencia del proceso de fusión, que procede de las diferencias positivas de consolidación previas que se detalla en la nota 1, se amortiza siguiendo el método lineal en un periodo de veinte años por corresponder a beneficios futuros pagados en el momento de la compra de las sociedades dependientes fusionadas en 2004 y que debido a las características de los negocios adquiridos tienen un desarrollo a largo plazo".

Sin perjuicio de remitir a la descripción más concreta realizada en las pp. 14 y 15, lo cierto es que, en la Memoria de 2008, se indica que " los fondos de comercio surgidos como consecuencia de la fusión realizada en el ejercicio 2004, por su valor contable a esa fecha, de las sociedades anteriormente adquiridas que se mencionan en la nota 1 de esta memoria. Al cierre del ejercicio han sido dados de baja por estar totalmente amortizados y provisionados".

3.- El fondo de comercio al que se hace referencia en la Memoria, recoge los fondos de comercio registrados en 2001 y 2002 por la diferencia positiva entre el valor contable de las participaciones y el valor de la parte proporcional de los fondos propios de las mencionadas sociedades atribuibles a dichas participaciones de las entidades fusionadas en 2004, MAAF ESPAÑOLA, LEMANS ESPAÑA, SUD AMERICA VIDA Y PENSIONES. La adquisición de ECUADOR fue considerada por la entidad como gasto de adquisición de cartera con arreglo a lo previsto en la cuenta 211 PCEA, decidiendo amortizar en diez años, por lo que, aun siendo fusionada en 2004, no forma parte del fondo de comercio.

4.- Estas operaciones ocurridas en 2001 y posteriores años se describen con detalle en las pp. 18 y ss. En efecto, en dichas páginas se expone lo que CASER denomina un "fondo de comercio de consolidación" que en 2001 ascendía a 49.749,203,00 € y en 2002 y 2003 a 60.826.330,00 €. Y que tras las amortizaciones y correcciones de valor acumuladas quedó fijado en 2003 en la suma de 47.841.552,00 €.

5.- Como hemos dicho, con efectos contables de 1 de enero de 2004, CASER absorbe a MAAF ESPAÑOLA, LEMANS ESPAÑA, SUD AMERICA VIDA Y PENSIONES -p. 18-. Y se acoge al régimen especial de fusiones establecido en el TRLIS.

Como puede verse en la p. 19, CASER en los ejercicios 2004 a 2008, parte de un fondo de comercio neto de 47.841.552, 00 € -que recordemos es el existente tras las amortizaciones y correcciones de valor descritas en la p. 18-. Pues bien, a partir de ese momento y desde 2004 realiza una amortización lineal que oscila entre (-) 2.814.196,00 € o 2.814.264,00 €. Pero a partir de 2005 comienza a realizar provisiones por deterioro por sumas de (-) 10.000.000, (-) 6.000.000, (-) 14.000.000 y (-) 3.770.367,00 € de forma que, a finales de 2008, el fondo de comercio neto final era 0.

La Inspección, en la p. 19, razona que " la amortización en cinco años está prevista en la norma de valoración 2ª 3 del PCEA, pero no fue la opción inicial de la entidad, como han demostrado repetidamente las Memorias, ni tampoco está permitida su deducción fiscal".

6.- Merece destacarse que como para llegar a un fondo de comercio neto final de valor 0, la recurrente sostenía que, al margen de la amortización, el fondo se estaba depreciando, la Inspección, como puede verse en las pp. 16 y ss. requirió a CASER para que justificase la depreciación.

Ello porque existía una contradicción entre lo que se decía en la Memoria de 2006, que afirmaba que se estaban cumpliendo las perspectivas que justificaron el pago de estos fondos de comercio y el hecho de que, simultáneamente se estuviesen dotando provisiones por deterioro. Provisiones por suma de 30.000.000 que dieron lugar a ajustes positivos -p.16 del acta-.

En la p. 17 se indica como CASER explicó que " la generación en el negocio no vida justifica la amortización del fondo de comercio relativo a MAAF y LE MANS, mientras que SUD AMERICA no genera resultado suficiente para compensar la amortización del fondo de comercio".

Es importante destacar, en las pp. 17 y 18 se dice que " la inspección ha analizado los informes presentados por CASER como test de deterioro y, además, de resultar contradictorio con otros documentos contables o que se han incorporado al expediente, en realidad no justifican el deterioro ni las cifras por las que se dota y contabiliza en 2005 y 2006. En el test de deterioro que consta como aportado en la Diligencia 2 para el ejercicio 2006 indican que

el análisis de los resultados individuales de estas sociedades como unidades generadoras de efectivo, ya no alcanza el suficiente sentido económico para realizar dicha comprobación. Late en todos sus documentos la dificultad para medir la aportación a resultados y los test en modo alguno justifican las cifras dotadas en 2005 y 2006, que, aunque se ajustan dando un resultado 0 en la BI, llevan todas ellas, incluida la del ejercicio prescrito 2005, a la BI del ejercicio 2006".

No se justificaron, por lo tanto, a juicio de la Inspección, los deterioros.

7.- La Inspección sostuvo que, habiéndose acogido la recurrente al régimen especial de fusiones, el art 89 TRLIS sólo permite la deducción en veinteavas partes de la diferencia de fusión, supuestos los requisitos de la tributación de la plusvalía del transmitente.

Lo anterior es importante, pues como se ve en las p. 19 y 20, la entidad " mantuvo los valores contables del fondo de comercio, cuya contabilización inició en 2001, sin practicar la perceptiva valoración, con arreglo al art 85.1 TRLIS". Se observa así que, si se mantienen los valores contables, la cuantía del fondo de comercio, como antes hemos descrito, es de 60.826.329,54 € (60.826.330,00 € según la entidad); sin embargo, si tenemos en cuenta lo establecido en el art 85.1 TRLIS el valor es de 55.134.555,63 €.

8.- En relación con la prueba de la tributación de las participaciones, la materia se desarrolla en las pp. 20 a 23 del acta.

Consta que la Administración requirió a la recurrente para que aportase prueba de que por las participaciones adquiridas a entidades no residentes se " había tributado en España a través de cualquier transmisión de participación o bien que un importe equivalente había tributado en otro Estado miembro UE, en concepto de beneficio obtenido con ocasión de la transmisión de la participación, soportando un gravamen equivalente al que hubiese resultado de aplicar este impuesto".

Las justificaciones aportadas se describen con detalle en las pp. 21 y 22 y de ellas se infiere que de los 55.134.555,63 € a los que recordemos ascendía el fondo de comercio calculado con arreglo al art 85.1 TRLIS, sólo se ha tributado por 3.461.830,09 €.

9.- Partiendo de esta cifra, como CASER en los ejercicios 2006 y 2007, había ajustado en forma positiva y por lo tanto eliminado de la BI el importe contabilizado como amortización del fondo de comercio de fusión, correspondería un ajuste negativo en estos años de 173.091,54 € (3.461.830,09 + 1,17/20).

10.- En relación con el ejercicio 2008, resulta especialmente relevante lo razonado por la Inspección en las pp. 23 a 26.

Consta que, en 2008, no realizaron ningún ajuste positivo, la razón fue que conforme al Real Decreto 131/2008, de 24 de julio (NPCEA) el fondo de comercio de las entidades aseguradoras no era amortizable y lo contabilizado era en realidad un " deterioro efectivo e irreversible".

La Inspección explica que aun reconociendo CASER beneficios a partir de la fusión, además de practicar la amortización lineal prevista en la Norma de Valoración 2ª 3 del PCEA, dotan una provisión que se tradujo en la amortización del intangible en 5 años. Se dice que " la provisión por deterioro de valor contabilizada en los ejercicios 2005 a 2007, por importe de 30.000.000 €, tenía carácter eventual e irreversible y, por lo tanto, no podía considerarse deducible a efectos del IS en los citados ejercicios, en base al art 13.1 de la LIS . Ahora bien, sin embargo, en el ejercicio 2008, como consecuencia de lo referido anteriormente, desde la entidad se consideró que el fondo de comercio carecía de valor" -p.23-.

Partiendo de las Memorias -p.24- la Inspección expone que " el fondo de comercio se relaciona con los beneficios futuros de CASER, entidad de mayores dimensiones que resulta de la fusión y que se consideró se producirían a largo plazo". De hecho, la Inspección observó que los beneficios de la entidad después de la fusión tanto en la rama vida como en la rama no vida, se habían incrementado -ver p. 25 del acta donde se aprecia un incremento continuo en los ejercicios 2003 a 2008 en las dos ramas-.

CASER se limitó a decir que, en efecto, así era, pero que no podía apreciarse que " el motivo de los beneficios de CASER tanto en Vida como en No Vida" tuviese como causa " el negocio aportado por las entidades integradas y sus canales de distribución". Y añade que esos incrementos " si fuera posible tal individualización" tendrían una fuente distinta.

Partiendo de estas afirmaciones, la Inspección sostiene que CASER reconoce que " no puede hacer un seguimiento individualizado de cada una de las entidades que justifique el deterioro", pues " a la fecha actual no existen activos relevantes cuyas unidades generadoras de efectivo podamos contrastar para realizar una valoración adecuada".

Es importante destacar que en la p. 25 se dice que "las sociedades se han integrado en CASER, sin que pueda identificarse, salvo por estimaciones aproximadas, los reales flujos de efectivos que genera cada una de ellas de forma independiente, puesto que una vez fusionadas no se da esta independencia, sino que se trata de un solo resultado contable y de un único beneficio".

Por ello, " a juicio de la inspección, en este supuesto concreto, ni en los documentos incorporados.... CASER ha probado fehacientemente que la pérdida de valor del intangible corresponda a una depreciación irreversible. Lo que late en todos los justificantes....es una decisión de la entidad de amortizar el fondo de comercio en un plazo de

cinco años, porque la incapacidad de determinar los beneficios que generan las entidades fusionadas no significan que no los generen.." -p. 26-

11.- Una vez que hemos realizado la anterior descripción estamos ya en condiciones de entender la regularización efectuada:

Así, la Administración admite la amortización del fondo de comercio, pero en los términos establecidos en el art 89 del TRLIS, es decir una veinteaava parte siempre que se acredite la tributación efectiva de las participaciones. Esto supone que la cantidad que puede amortizarse es de 173.091,54 €. Como la entidad hizo ajustes positivos en 2006 y 2007 por la totalidad de la amortización, la Administración hace un ajuste negativo de (-) 173.091,54 €, en los ejercicios 2006 y 2007. En 2008 el ajuste es distinto, pues la amortización que se realiza es de (-) 2.814.264,00 €. Como sólo puede amortizarse la suma de 173.091,54 €, procede un ajuste positivo de 2.641.172,46 €.

En cuanto a los deterioros, el correspondiente a 2008 sería de (-) 3.770.367,09 € y la suma de los anteriores que recordemos la entidad no practicó realizando el correspondiente ajuste positivo es de (-) 30.000.000, que la entidad si se practica en 2008 al entender que el deterioro es irreversible, lo que se traduce en un ajuste positivo por la suma de dichos conceptos en un total de 33.770.367,09 €.

B.- Expuesta con detalle la regularización efectuada, procede ahora que analicemos los argumentos de la demandante.

Sostiene la recurrente que puede deducirse el deterioro del fondo de comercio, sin que le sea exigible, en relación con dicho deterioro que cumpla el requisito establecido en el art 89.3.a.1). Lógicamente la alegación sólo tiene sentido de considerarse probado el deterioro del fondo de comercio, pues recordemos que la Inspección rechazó el deterioro de fondo de comercio.

A dicho punto hace referencia la recurrente en las pp. 65 y ss. de su demanda. Remitiéndose, en esencia, al Anexo nº 8 que aportó con su escrito de alegaciones ante el TEAC. Como el TEAC entendió que resultaban exigibles los requisitos establecidos en el art.89.3.a.1) TRLIS, no procedió a valorar si el dictamen aportado en el Anexo nº 8, era o no suficiente para acreditar la realidad del deterioro.

Ahora bien, el hecho de que el TEAC no haya considerado necesario examinar la suficiencia de la prueba relativa a la realidad del deterioro, no exime a la Sala de su análisis, pues recordemos que el Acuerdo de liquidación no sólo rechaza los argumentos de la recurrente por entender que es preciso que concurra el requisito del art. 89.3.a.1), es que expresamente razona que no se ha probado el deterioro. Así, en las pp. 37 y ss. del Acuerdo de liquidación de 2008, la Inspección no puede ser más clara cuando afirma que " el obligado tributario no ha justificado el deterioro del fondo de comercio". Por lo demás, esta inversión en el análisis ninguna indefensión causa a la recurrente, que es plenamente consciente del problema y lo analiza, como hemos dicho, en las pp. 65 y ss. de la demanda.

C.- En relación con la prueba pericial y antes de proceder a su examen concreto, debe recordarse que de conformidad con lo establecido en el art. 348 de la LEC, el Tribunal viene obligado a valorar " los dictámenes periciales según las reglas de la sana crítica", no estando vinculado por lo indicado en el dictamen.

En efecto, sin perjuicio de que el Tribunal pueda tener en cuenta a lo hora de valorar el dictamen criterios tales como: la titulación, experiencia, designación, etc. Lo cierto es que lo que vincula al Tribunal es la exposición razonada y los argumentos del perito que llevan a la convicción del Tribunal que su dictamen es serio y ponderado.

Por ello, el Tribunal puede separarse del criterio de los dictámenes, valorando la prueba obrante en los autos, siempre que lo haga con arreglo a la razón o sana crítica. Lo que no es viable es que ignore el contenido del dictamen o lo rechace de una forma inmotivada, irracional o ilógica.

En esta línea, la STC 36/2006 nos recuerda que " la tarea de decidir ante distintos informes periciales cuál o cuáles de ellos, y con qué concreto alcance, deben ser utilizados para la resolución de un determinado supuesto litigioso es una cuestión de mera interpretación y valoración, conforme a las reglas de la lógica y de la sana crítica, de la prueba, que, en virtud del art. 117.3 CE , constituye una función exclusiva de los órganos judiciales ordinarios". En el mismo sentido las STS de 19 de enero de 1996 (Rec. 3922/1991 ) y 16 de septiembre de 1995 (Rec. 11194/1990 ).

Por otra parte, e insistiendo en los mismos razonamientos, la STS de 6 de junio de 1997 (Rec. 6804/1992 ) sostiene que "el fin de la prueba pericial no es trasladar al perito la facultad decisoria de modo que las conclusiones de este sirvan por sí mismas de fundamento de la resolución judicial, sino que por el contrario lo fundamental de la prueba pericial son las motivaciones o razonamientos que el perito explicita como fundamento de sus conclusiones o valoraciones", los cuales, pueden contribuir " mediante su valoración con arreglo a los principios de la sana crítica, a conformar la convicción del Juez en cuanto a la certeza de los datos que tienen relevancia para conformar la decisión final". En la misma línea, entre otras, la STS (1ª) de 30 de noviembre de 1004 (Rec. 3482/1991 ) sostiene que la prueba pericial "debe ser apreciada por el Juzgador según las reglas de la sana crítica, sin estar obligado a sujetarse a un dictamen determinado".

En suma, no estamos vinculados por ningún de los dictamen pericial, nuestra obligación es valorar el aportado y llegar a una conclusión conforme a la "sana crítica".

D.- Pues bien, valorando la prueba aportada:

-Lo primero que destaca la Inspección es la contradicción entre la conducta de la recurrente y el contenido de las Memorias. Este punto nos parece importante, pues aplicando las reglas de la carga de la prueba, quien afirma el deterioro es la demandante y, por lo tanto, ante las dudas generadas sobre su procedencia, la que tiene que acreditar de una forma fehaciente su existencia es la demandante.

En efecto, en la Memoria de 2006, se dice que " los Administradores de la Sociedad consideran que, en función de los planes de negocio existentes, se cumplirán las perspectivas establecidas que justificaron el pago de estos fondos de comercio en el momento de su adquisición". Este dato es importante, pues no se entiende la razón por la que, si esto era así, en 2005 se realizase una provisión de (-) 10.000.000 y en 2006 de (-) 6.000.000.

En las alegaciones presentadas a la DGSFP, como consecuencia de un Acta de la Inspección de seguros de 28 de agosto de 2008, la sociedad defiende que " el conjunto del negocio aportado por las filiales presenta suficiencia en la aportación a resultados sobre la amortización respectiva del fondo de comercio...El seguimiento de esa magnitud es realizado periódicamente y verificado cada año por los auditores, que en ningún caso han puesto de manifiesto pronunciamiento desfavorable a su activación".

-Antes estas contradicciones, la Inspección solicitó aclaración a la recurrente, que vino a sostener que " la justificación del deterioro" -en los ejercicios 2005 y 2006, " procede del análisis y seguimiento realizado al negocio de vida aportado por SUD AMERICA VIDA Y PENSIONES que no generaba resultado suficiente para compensar la propia amortización del fondo de comercio".

Como destaca la Inspección, CASER aportó un cuadro con las cifras de deterioro, justificadas, " según dicen, en 2005 y 2006, por informes de los auditores, pero que no se mencionan en las Memorias y resultan contradictorias con las afirmaciones presentadas ante la DGSFP" -p. 38 del Acuerdo-. Como se indica en la p. 38, " late en todos sus documentos [presentados por la entidad] la dificultad para medir la aportación a resultados y lo test en modo alguno justifican las cifras dotadas en 2005 y 2006".

-Destaca además el Acuerdo que, de la documentación aportada se deduce " por una parte, la dificultad de la entidad de hacer un seguimiento individualizado de cada uno de los negocios de las entidades adquiridas y, por otro, que la propia entidad justificó la existencia de un fondo de comercio por el crecimiento de los beneficios generados en CASER y la Inspección ha comprobado que efectivamente, ese incremento de beneficios en CASER ha tenido lugar todos los años".

Este dato es importante, pues en informe enviado el 27 de abril de 2012, se dice que la sociedad " constato que existía una dificultad real que permitiera hacer el seguimiento correspondiente a las unidades generadoras del efectivo (en adelante UGE) ligadas no sólo al negocio de vida, deteriorado parcialmente en ejercicios anteriores, sino también ligadas al negocio de no vida que se integró procedente de las entidades MAAF y LE MANS".

Es decir, que la recurrente reconocía que " existía una seria dificultad" en el deterioro provisionado en 2005 y 2006 en relación con SUD AMERICA VIDA Y PENSIONES, lo que no le impidió provisionar por (-) 10.000.000 y (-) 6.000.000; y, además, reconocía que también existían dificultades en relación con el negocio no vida de MAAF y LE MANS. Añadiendo, " esta dificultad de seguimiento no permitía valorar si los beneficios futuros por los que se pagó el sobreprecio en la adquisición de las Compañías, y por lo tanto que se constituyó el fondo de comercio se estaban materializando o no" - p.38-.

La Inspección, visto que los beneficios de la entidad se habían incrementado de forma continua desde la fusión, volvió a preguntar. Y la entidad indico que, en efecto, existía un crecimiento, pero no podía precisarse que " el motivo de este crecimiento sea el negocio aportado por las entidades integradas y sus canales de distribución" - p. 39-. Y añadía que " si fuera posible tal individualización" -tácitamente estaba admitiendo que no lo era-, que la evolución positiva de los beneficios serían consecuencia " del incremento de la venta a través del canal de distribución de Cajas de ahora, preexistente en CASER antes de la fusión de 2004". Extremo que, desde luego, no se probó.

En definitiva -p. 39-, la propia entidad reconoció que no podía hacerse un seguimiento individualizado de cada una de las entidades que justifique el deterioro, entre otros motivos, porque " como indican en el primer informe justificativo.....a la fecha actual no existen activos relevantes cuyas unidades generadoras de efectivo podamos contrastar para realizar una valoración adecuada".

Llegándose a decir ante la DGSPF que " como se desprende del cuadro anterior, existe una evolución positiva en resultados superior al coste de la amortización del fondo de comercio financiero, principal motivo que justifica la existencia de dicho fondo de comercio ahora de fusión, antes de consolidación. Entendemos, además, que la positiva evolución de la cifra de resultados corresponde en importante medida con la adecuación de las estructuras organizativas tanto técnicas como de comercialización y soporte, a las cuales las sociedades absorbidas han realizado una importante aportación" -p. 39-.

Añade la Inspección -p. 40- que en el caso que enjuiciamos no existe un grupo de activos " identificables e independientes", de los que pueda predicarse un deterioro, en ninguno de los ejercicios 2006, 2007 y 2008. " Ya que las sociedades se han integrado en CASER, sin que puedan identificarse, salvo por estimaciones aproximadas, los reales flujos de efectivos que genera cada una de ellas de forma independiente, puesto que una vez fusionadas no se da esta independencia, sino que se trata de un solo resultado contable y un solo beneficio" -p.40-.

Por todo ello concluye la Inspección que " CASER no ha probado fehacientemente que la pérdida de valor del intangible corresponda a una depreciación irreversible. Lo que late en todos los justificantes, y en especial en las alegaciones de fecha 4-7-2012 es una decisión de la entidad de amortizar el fondo de comercio en el plazo de cinco años, porque la incapacidad de determinar los beneficios que generan las entidades fusionadas no significa que no los generen. Es más, en el informe de gestión de 2003, se confiaban estos beneficios por CASER a la mayor dimensión de la entidad, consecuencia de la fusión, y esta indudablemente se ha producido" -p. 40-.

E.- En la p. 66, la recurrente sostiene que la Inspección rechaza las pruebas aportadas mediante lo que califica de " afirmaciones especulativas", pero no es así, basta con la lectura de los argumentos que hemos resumido. De hecho, la propia recurrente reconoció de forma reiterada la "dificultad" de la "individualización", una vez que se había realizado la fusión.

A todas estas dificultades no se hace referencia en el informe que se aportó con el escrito de alegaciones ante el TEAC. Tanto en la demanda como en el escrito de alegaciones, la recurrente no realiza un examen crítico de las conclusiones de la Inspección, sino que se limita a remitir al contenido del informe que, en su opinión, prueba el deterioro.

Dicho informe tampoco realiza una crítica de las afirmaciones de la Inspección y ello pese a que consta que su objetivo es rebatir dichas conclusiones ante el TEAC.

No obstante, en el mismo informe se indica que el " documento ha sido preparado basado en determinada información que nos ha sido proporcionada por la dirección de Caja de Seguros Reunidos Compañía de Seguros y Reaseguros, S.A. en el transcurso de nuestro trabajo, no habiendo llevado a cabo ninguna verificación independiente de dicha información. BDO no asume o garantiza, expresa o implícitamente, la veracidad, exactitud e integridad de la información contenida en este documento y que ha sido suministrada por la mencionada dirección para la realización de nuestro trabajo". De hecho, BDO insiste en eximirse de cualquier responsabilidad por la información contenida y omitida.

Más adelante describe la documentación con base a la que elabora el informe que es básicamente la contabilidad, que fue tenida en cuenta por la Inspección y las " proyecciones financieras de MAAF, Le Mans y Sud América correspondientes a los ejercicios 2004 a 2012 realizada por la Dirección de la Sociedad, así como el detalle y las principales hipótesis empleadas en su preparación", que sin examen crítico da por buenas. Es más se llega a indicar que se ha procedido a la " revisión y discusión de nuestras conclusiones con la Dirección de CASER".

En la p. 18 del informe se dice que han aplicado el denominado "Método de Beneficios Distribuibles o Método de Descuento de Dividendos". Como se indica en el informe " esta metodología tiene en cuenta la posición de inicio de una sociedad para calcular la capacidad futura de generación de rentabilidad del negocio en el futuro. De esta forma, los beneficios distribuibles futuros son descontados a la fecha de valoración para obtener el valor de su capital".

Y nada tiene la Sala que objetar en cuanto a la metodología que es una de las posibles. Pero como se puede ver, entre otras, en la p. 20 del informe, el mismo está basado en los datos elaborados por la Dirección de CASER al efecto. No se entiende, ni se explica -esto se dice con el máximo respeto para los informantes-, como la propia CASER y así lo recoge la inspección, sostenía la dificultad o imposibilidad de la "individualización" y que a lo largo del informe dicha dificultad haya desaparecido. Como se afirma que " no existen activos relevantes cuyas unidades generadoras de efectivo podamos contrastar para realizar una valoración adecuada" y de pronto, sin explicación alguna, dicha dificultad desaparece.

Es más, para realizar la proyección se ha partido " tanto la nueva producción como las renovaciones de la cartera de seguros se han repartido de acuerdo con el peso que el negocio de cada mediador se atribuye, en términos de primas emitidas" -p. 20- Es decir, como la individualización es, al menos, difícil, pues como se razona por la Inspección, una vez fusionadas no existe independencia, " sin que pueda identificarse...los reales flujos de efectivo" que genera cada una de las sociedades, se ha decidido calcular la proyección de acuerdo con el " peso del negocio que cada mediador", unilateralmente y sin explicar cómo, se atribuye, lo que se da por bueno por el informe.

Con todos los respetos para la recurrente, en opinión de la Sala, pretender con base a esta prueba, que el valor neto de un fondo de comercio, pase en 5 años, de 47.841.552,00 € a 0 €, no nos parece suficiente a efectos de su acreditación, máxime cuando la Inspección expone serias y razonables dudas sobre el alcance de las justificaciones aportadas.

Como puede verse en las p. 58 y ss. de la demanda, la argumentación de la recurrente es que no puede exigirse el requisito del art. 89.3 del TRLIS en relación con el deterioro del fondo de comercio, pero negada la existencia del deterioro no es necesario analizar dicha cuestión, pues salvo error por nuestra parte, no se discute la corrección de los cálculos relativos a la "amortización" admitida conforme a lo regulado en el art. 89.3 TRLIS. En la p. 59 de la demanda se dice claramente que el debate se ciñe a " que a los efectos de considerar deducible el deterioro del valor contable del fondo de comercio aquí controvertido, no es necesario estar en disposición de cumplir con el requisito previsto en el art. 89.3.a) 1 del TRLIS, relativo a la tributación efectiva en el extranjero de las plusvalías registradas".

El motivo se desestima.

**Quinto.** *Sobre la vulneración del derecho de la Unión Europea en relación con la diferencia de trato del art. 89.3.a)1 en cuanto a la prueba de la tributación en adquisiciones a no residentes.*

A.- Esta cuestión no consta fuese alegada ante el TEAC. No obstante, debe ser analizada pues afectaría a la liquidación practicada. En efecto, como puede verse en el acta de disconformidad, la Administración admitió la amortización de la veinteaava parte del fondo de comercio establecida en el art 89.3 TRLIS, pero exigió que se acreditase que se había procedido la previa tributación efectiva de las participaciones, resultando -p. 21 y ss.- que solo se probó la tributación por suma de 3.461.830,99 €, por lo que se calculó la indicada veinteaava parte sobre dicha cantidad, en lugar de sobre los 55.134.555,63 € recogidos en la p. 22 del acta.

B.- Establece el art 89 en lo que ahora nos interesa " cuando la entidad adquirente participe en el capital de las transmitente, en al menos, un cinco por ciento, el importe de la diferencia entre el precio de adquisición de las participación y los fondos propios se imputarán a los bienes y derechos adquiridos, aplicando el método de integración global establecido en el art. 46 del Código de Comercio y demás normas de desarrollo, y la parte de aquella diferencia que no hubiera sido imputada será fiscalmente deducible de la base imponible, con el límite anual máximo de la veinteaava parte de su importe, siempre que..... a).- La participación no hubiere sido adquirida a personas o entidades no residentes en territorio español o a personas físicas residentes en territorio español, o a una entidad vinculada cuando esta última, a su vez, adquirió la participación a las referidas personas o entidades. El requisito previsto en este párrafo a) se entenderá cumplido: 1º Tratándose de una participación adquirida a personas o entidades no residentes en territorio español o a una entidad vinculada con la entidad adquirente que, a su vez, adquirió la participación de las referidas personas o entidades, cuando el importe de la diferencia mencionada en el párrafo anterior ha tributado en España a través de cualquier transmisión de la participación. Igualmente procederá la deducción de la indicada diferencia cuando el sujeto pasivo pruebe que un importe equivalente a ésta ha tributado efectivamente en otro Estado miembro de la Unión Europea, en concepto de beneficio obtenido con ocasión de la transmisión de la participación, soportando un gravamen equivalente al que hubiera resultado de aplicar este impuesto, siempre que el transmitente no resida en un país o territorio considerado como paraíso fiscal".

La tesis de la recurrente es que dicha norma, al exigir la indicada acreditación a las entidades no residentes y no a las residentes, contraviene la normativa de la UE. Conviene precisar que en el acta se razona con extensión que la recurrente, pese a ser requerida, sólo justificó en parte el cumplimiento lo establecido en dicha norma y sigue sin hacerlo, pues el documento nº 1 que aporta con la demanda, pues sólo prueba que la entidad se dirigió a las entidades adquirentes que le respondieron en los términos indicados en al acta.

Repárese en que la recurrente sabía que tenía que tener dicha justificación documental desde 2001 y que no tuvo problema alguno en amortizar como si cumpliera el requisito establecido en la norma, conociendo que tenía la obligación como "sujeto pasivo" de acreditar dicho extremo - SAN (2ª) de 13 de marzo de 2020 (Rec. 688/2016 )-. En contra de lo que sostiene la recurrente, imponer al obligado tributario, la carga de acreditar dicho extremo, es proporcionado y razonable. Sin que conste que la recurrente haya tenido una especial dificultad al efecto.

En las pp. 14 y ss. del informe de disconformidad -ejercicios 2006/2007- y p. 15 y ss. ejercicio 2008- la Inspección realiza una descripción relativa a la tributación efectiva de las participaciones, descripción que no ha sido ni es desvirtuada por la prueba que se adjunta con la demanda. Como puede verse, con base a las certificaciones aportadas por las entidades, la inspección analiza la tributación derivada de la absorción por CASER de COMPAÑÍA ESPAÑOLA DE SEGUROS Y REASEGUROS MAAF SA; LE MANS SEGUROS ESPAÑA SA Y SUD AMERICA VIDA Y PENSIONES, COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS SA, teniendo en cuenta las certificaciones aportadas por dichas entidades -p. 15, 16, y 17- elaborando la tabla que opera en la p. 18 y de la que se infiere que sólo resulta deducible por haber tributado la cantidad de 3.461.830,89 € de los 55.134.555,63 €.

La finalidad de esta norma, como indica la STS de 14 de octubre de 2013 (Rec. 5719/2011 ), es "evitar y corregir supuestos de excesos de imposición que se produce al aplicar el régimen especia....en los casos en que el precio de adquisición de la participación en la entidad absorbida exceda del importe de sus fondos propios en el momento en que tiene lugar la transmisión del patrimonio de dicha entidad con ocasión de la operación de fusión, correspondiendo ese exceso tanto a mayores valores de los elementos del inmovilizado que integran ese patrimonio como a activos intangibles, de manera que si el importe del referido exceso se ha manifestado como renta en la persona o entidad del transmitente de la participación y, por ello, ha supuesto que dicha renta se ha integrado en su base imponible sin reducción alguna estando sometida a una tributación efectiva, el objeto de que ese mismo importe no salga a relucir de nuevo en forma de renta en sede de la entidad absorbente una vez realizada la operación de fusión y, en consecuencia, no resulta una doble imposición sobre esa misma renta".

Pues bien, la cuestión planteada ya ha sido resuelta por esta Sala sosteniendo que dada la redacción aplicable tras la reforma operada por la ley 24/2001, no hay discriminación pues como dijimos en nuestra SAN (2ª) de 23 de marzo de 2011 (Rec. 237/2008 ), " la situación discriminatoria....que, a su juicio, se produce para las sociedades residentes en la Unión Europea respecto a las sociedades españolas, [no se produce]] pues en los supuestos en que se trata de corregir una situación de doble imposición lo que se exige por la norma española, tanto para las sociedades residentes en España, como para la sociedades residentes en la Unión Europea, es la

acreditación de la efectiva tributación, lo que como ya se ha expuesto, no acontece en el supuesto que se enjuicia". Sentencia confirmada por la STS de 10 de julio de 2013 (Rec. 3294/2011 ).

También cabe citar la SAN (2ª) de 23 de enero de 2012 (Rec. 463/2008 ), confirmada por la STS de 27 de febrero de 2015 (Rec. 852/2012 ), que la regulación no supone ninguna discriminación pues " el propio Tribunal de las Comunidades Europeas ha sostenido de forma reiterada que " en materia de fiscalidad directa la situación de los residentes y no residentes no es comparable", estando justificadas situaciones diferenciadas para unos y otros. De otro lado, es evidente que uno de los objetivos de las normas de Derecho Comunitario es evitar la doble imposición, pero para que esto resulte aplicable, es preciso como primera premisa la constatación de un hecho fundamental y es que, en efecto, esa doble tributación se haya producido de forma efectiva y real, en cuyo supuesto, es claro que dicha situación no se encuentra amparada por el Derecho Comunitario".

Con claridad la STS de 10 de julio de 2013 (Rec. 3294/2011 ), donde se analiza una argumentación similar a la sostenida por la recurrente, razona que:

" La "tributación efectiva" exigida, cuando de una "operación societaria de reestructuración" producida en el ámbito comunitario se trata, no es distinta, sino idéntica, a la exigencia que se produce desde el plano interno.

c') Por ello, es indudable que no existe el trato diferenciado que la recurrente sostiene.

d') Finalmente, es inaceptable la tesis que sostiene que no se ha acreditado en el proceso la "tributación efectiva" y que la prueba exigida para tal fin convierte la prueba de este hecho en una "probatio diabólica".

Por lo pronto, hay que distinguir tres términos: "sujeción" al impuesto; "tributación efectiva" y "pago del impuesto". La sujeción a un impuesto se refiere a la eventualidad de que un determinado impuesto y en mérito de un cierto hecho pueda ser aplicado a un sujeto determinado, lo que se desenvuelve en un plano abstracto entre un sujeto determinado el hecho imponible y cierta jurisdicción. La "tributación efectiva" exige que un determinado hecho imponible haya configurado una obligación tributaria, con independencia de su resultado. Finalmente, el "pago de un impuesto" supone la liquidación de una cierta obligación tributaria y su extinción por el sujeto pasivo en virtud de alguno de los medios admitidos en derecho, y como consecuencia de un hecho imponible realizado por el sujeto pasivo.

La "tributación efectiva" que en este litigio se exige en modo alguno se identifica con el de pago del impuesto. Por lo expuesto tampoco se puede tener por asimilada al cumplimiento de la circunstancia abstracta de "sujeción al impuesto".

La "tributación efectiva" exige que una determinada operación haya sido sometida a la liquidación del impuesto de que se trate, cualquiera que sea el resultado de esta liquidación. Por eso entendemos que la exigencia de esa "tributación efectiva" no sólo no es una "probatio diabólica" sino que si se permite la expresión es una "probatio angelical". Se trata de acreditar que una cierta operación ha configurado los parámetros generadores de la liquidación de que se trate, con independencia de que la liquidación tributaria generada haya producido una obligación de pago".

Criterio que, por lo demás, hemos seguido en un supuesto también similar al de autos en nuestra SAN (2ª) de 31 de mayo de 2018 (Rec. 339/2004 ).

A lo que cabría añadir, exigir al sujeto pasivo la acreditación de que se ha tributado respeta el principio de proporcionalidad y no supone una carga excesiva para al contribuyente vistas las pruebas aportadas en las pp. 15 y ss. del informe de disconformidad a las que hemos hecho referencia y donde consta que se han remitido certificaciones por las entidades de las que se infiere la ausencia de "tributación efectiva". Además, la recurrente ha dispuesto de la fase de prueba en esta vía para acreditar la tributación, limitándose a la aportación de unos correos electrónicos y de un acta de manifestación que no constituyen una prueba sólida y suficiente.

El motivo se desestima.

**Sexto.** *Procedencia de la deducibilidad de las retenciones soportadas por CASER por los dividendos recibidos en operaciones de préstamo de valores.*

A.- Sobre la regularización efectuada. La regularización se describe con detalle en los informes de disconformidad. Utilizaremos al efecto el informe de disconformidad correspondiente al ejercicio 2008, por lo tanto, salvo que digamos otra cosa, las páginas a las que hagamos referencia se refieren a este informe.

1.- La Inspección observó que existían unas operaciones de préstamo de valores entre CASER y la CONFEDERACION ESPAÑOLA DE CAJAS DE AHORRO BENEFICAS (CECA). Como las cantidades eran importantes se solicitó información.

Una descripción global de las cantidades en relación con los ejercicios 2006 a 2008, se encuentra en la p. 49 del informe, donde se describen los ingresos por dividendos, devolución de dividendos, comisiones, intereses colaterales y retenciones por dividendos en cada ejercicio. Así, los ingresos por dividendos en 2006 fueron de 25.413.455,47 €; en 2007 de 40.996.425,09 € y en 2008 de 32.215.086,11 €.

2.- La Inspección, además de requerir información a CASER, la recabó de CECA -pp. 49 y 50-. Constatándose que " todas las acciones prestadas por CECA a CASER proceden, a su vez, de préstamos de valores realizados a aquella por diversas sociedades" -p.50-. La procedencia de las acciones se describe de forma pormenorizada en la p. 50 y se observa que la mayoría proceden de entidades no residentes.

En suma, los valores proceden de RBC DEXIA, Cajas de Ahorro y entidades no residentes las cuales se prestan a CECA que, a su vez, las presta a CASER.

3.- Se pidió información a RBC que informó que " las acciones prestadas a CECA procedían de acciones, a su vez, pedidas en préstamos a entidades no residentes" -p. 50 y 51-. Las Cajas de Ahorro requeridas manifestaron que las acciones eran de su propiedad, con excepción de dos de ellas que informaron que tenían " contratos forward sobre dichas acciones con entidades no residentes".

En suma, tras la mayoría de las operaciones se encontraban implicadas entidades no residentes. Lo que tiene especial relevancia por lo que luego se dirá.

También se pidió información a las autoridades fiscales de Francia, Reino Unido y Holanda, países de residencia de las entidades prestamistas con el resultado que obra en las p. 51 y 52 del informe.

4.- En las p. 52 y ss. se describe la operativa y el perjuicio que la misma causa a la Hacienda Pública, no obstante, conviene precisar que, como se dice en la p. 52, " CASER realiza operaciones de préstamo de valores en las que hay cobro y devolución de dividendo y otras en las que no", las cuales se describen en la p. 52 y que " en las operaciones de préstamo de valores en las que hay percepción y devolución de dividendos, la ganancia de la operación para CASER es...el extra tipo percibido por el colateral sobre el Euribor a 1 día".

En todas estas operaciones, en las que hay cobro y devolución de dividendos, dejando aparte de los intereses del colateral percibidos y las comisiones satisfechas al prestamista, " suponiendo un dividendo neto percibido de 85 (2006), dado que devuelve 100, no recupera los 15 restantes hasta el año siguiente cuando realiza la declaración de IS y se deduce dichas retenciones en la liquidación del mismo". No obstante, esto suponía que CASER, al menos durante un año, no obtenía la rentabilidad proyectada, por ello " para compensar la improductividad de esas unidades, en las operaciones de préstamo en las que CASER percibe dividendos, ...[se contratan] operaciones de préstamo de valores en las que no haya percibo por dividendos por parte de CASER, de manera que ésta recibe un extratipo por ellas sin necesidad de adelantar el importe de las retenciones". De forma que, consideradas en su conjunto, para CASER las operaciones realizadas resultan rentables.

La Inspección detecta los siguientes tipos de operaciones:

A.- Se describe en las pp. 53 a 56. El cuadro de la operación seleccionada como ejemplo por la Inspección sería el siguiente:

Comisiones satisfechas (-) 51.925,77  
Intereses colateral 10.409,77  
Dividendos percibidos 346.178,75  
Dividendos devueltos (-)294.251,94  
Base Imponible 10.410,81  
Cuota 35% BI 3.643,78

Como puede verse la BI de la operación para CASER (10.410,81 €- es prácticamente igual a los intereses devengados por el colateral (10.409,77 €). Y la comisión que paga CASER en esta operación ( (-) 51.925,77 €) es prácticamente igual a la retención soportada (346.178,75 - 294.251,94 = 51.926,81 €, por lo tanto, CASER devuelve al prestamista entre la devolución de dividendos de la operación los dividendos íntegros. Recuperando posteriormente CASER la retención sufrida.

En suma, de no haber existido el préstamo, al tratarse de una entidad no residente la titular última de las participaciones prestadas, la Hacienda Pública hubiese ingresado el 15% de 346.178,75 €, es decir, 51.926,81 € - así se infiere del art 10 del CDI con el Reino Unido aplicable al caso-. Sin embargo, el ingreso en la Hacienda, en lugar del 15%, es del 1,05% (3.643,78/3456.178,75). Siendo el beneficio fiscal de la operación en perjuicio de la Hacienda de 48.283,03 € (51.926,81 € - 3.643,78 €). De ellos, 6.767,03 € corresponden a CASER (10.410,81 - 3.643,78) y el resto a la CECA y a la entidad no residente.

Como afirma la Inspección en la p. 56 mediante esta técnica resulta que " la retención deducida correspondiente a los dividendos es casi cinco veces el importe de la renta sujeto a tributación en España del impuesto, lo cual es desproporcionado, a la vez que destruye la mecánica liquidatoria del impuesto".

B.- Un segundo tipo de operaciones se describe en las p. 56 a 59. En estos casos, se detecta que los dividendos percibidos por suma de 662.983,33 € constan devueltos en la misma fecha y por el mismo importe ((- )662.983,33 €), habiendo sufrido una retención del 15%, es decir, de 99.447,50 € -el 15% de 662.983,33 €-.

En este caso, el cuadro de la operación sería el siguiente:

Comisiones satisfechas (-) 1.515,15

Intereses colateral 27.992,49  
Dividendos percibidos 662.983,33  
Dividendos devueltos (-)662.983,33  
Base Imponible 26.477,34  
Cuota 35% BI 9.267,07

En suma, de no haber existido el préstamo, al tratarse de una entidad no residente la titular última de las participaciones prestadas, la Hacienda Pública hubiese ingresado el 15% de 662.983,33 €, es decir, 99.447,50 € - así se infiere del art 10 del CDI con Francia aplicable al caso-. Sin embargo, el ingreso en la Hacienda, en lugar del 15%, es del 1,39% (9.267,07/662.983,33). Siendo el beneficio fiscal de la operación en perjuicio de la Hacienda de 90.180,43 € (99.447,50 € - 9.267,07 €). De ellos, 17.210,27 € corresponden a CASER (26.477,34 - 9.267,07) y el resto a la CECA y a la entidad no residente.

Como afirma la Inspección en la p. 58 " tanto en el caso A) como en el caso B la entidad no residente prestamista al no percibir el dividendo no soporta retención definitiva alguna en España por este concepto, y por lo que se refiere a la retribución percibida, al considerarse ésta rendimiento de capital mobiliario por cesión a terceros de capitales propios ( apartado 2.a.2 de la Disposición adicional decimoctava de la Ley 62/2003, de 30 de diciembre ) y al tratarse de una entidad residente en un Estado miembro de la Unión Europea, por aplicación de la exención interna del art 14.1.c) del IRNR no resultaría gravada en España".

Con esta operativa lo que se hace es " desnaturalizar el sentido de neutralidad fiscal que pretende la Disposición adicional decimoctava de la ley 62/2003, de 30 de diciembre . Esta norma, en el caso de que prestamista y prestatario sean residentes, grava los dividendos de hecho, en el caso de que sean percibidos por el prestatario, en sede del prestamista, como rendimientos obtenidos por la cesión a terceros de capitales propios, ya que el prestatario los computa como ingreso y gasto en su impuesto personal. El problema surge cuando el prestamista es un no residente sin mediación de establecimiento permanente. Ya hemos visto que el juego de los arts 14.1.c) del IRNR y del apartado 2.a.2ª de la Disposición adicional decimoctava de la ley 62/2003, de 30 de diciembre , el prestamista no tributa en España y el prestatario, como se ha puesto de manifiesto en los supuestos analizados, lo hace a unos porcentajes muy exigüos".

C.- El tercer tipo de operación detectada se describe en las pp. 59 a 61. En este caso, estamos ante una operación de préstamo de valores, sobre acciones de una entidad financiera que CASER pide a CECA y esta a su vez a una entidad residente en Londres, sin recepción y posterior devolución de dividendos. Ya hemos explicado antes la razón de este tipo de operaciones, que no puede desconectarse en su apreciación global de las antes descritas.

Comisiones satisfechas (-) 5.205,44  
Intereses colaterales 41.649,98  
Base Imponible 36.444,54  
Cuota 35% BI 12.755,59

En este caso, la entidad se deducirá de la cuota del IS la retención soportada por los intereses del colateral, que ascendió a 6.247,50 € (15% de 41.649,98 €) Obteniendo un beneficio de 36.444.54 €, destacando la inspección que " una operación de pasivo, como es la contratación de un préstamo de valores en calidad de prestatario, supone el contrasentido de generar un beneficio a la sociedad" -p. 61-.

5.- En las pp. 64 y ss. se explica que CASER al declarar sus operaciones en los modelos 198, nunca ha declarado préstamos de valores con no residentes, lo que implica que " aparentemente, no se deduzca ningún riesgo fiscal y que la Hacienda Pública no tome medidas necesarias para controlarlo".

6.- Tras exponer otros hechos en las p. 64 a 72, la Inspección concluye que la causa real de estas operaciones de préstamo de valores " no es otra que trasladar el cobro del dividendo de un no residente a CASER con la intención de minorar la carga fiscal de la operación, repartiéndose, posteriormente, las partes implicadas los beneficios de dicho ahorro fiscal" -p. 74-. Obteniendo siempre CASER un beneficio pese a ser operaciones de pasivo -p. 74-.

En suma, para la Inspección " CASER no tendría derecho, por las razones mencionadas, a deducirse en el IS las retenciones soportadas por los dividendos percibidos en operaciones de préstamo de valores". Siendo conveniente indicar que las operaciones regularizadas, como se infiere de la pp. 70 y 71 del acta en disconformidad de 2008 y 33 del acta de 2006/2007, no son todas, pues algunas de ellas han sido admitidas por la Inspección cuando no se han considerado incurso en la mecánica descrita.

B.- Conviene, vistos los términos del debate, que describamos los argumentos jurídicos dados en el Acuerdo de liquidación. El Acuerdo de liquidación 2006/2007 -también se analiza en la de 2008, pero los argumentos son los mismos-, en el que nos centraremos, analiza la materia en las pp. 53 y ss.

En realidad -p. 64- el Acuerdo de liquidación para justificar la regularización efectuada acude al art. 13 de la LGT. Afirma que la Inspección puede y debe " calificar los hechos para subsumirlos adecuadamente en el presupuesto de hecho del hecho imponible". Y afirma que " aunque formalmente se han producido los préstamos de valores y los contratos del colateral, también es cierto,...que en virtud del resultado práctico derivado de la

celebración conjunta de estos contratos, se percibe con claridad que la finalidad que con los mismos se pretendía no era la transmisión temporal de valores, causa típica de las operaciones de préstamo de valores, puesto que sólo se produce una titularidad transitoria y meramente instrumental con la exclusiva finalidad de legitimar a Caser para cobrar el dividendo....".

Añade que " la finalidad fiscal de esta forma de proceder es clara...". Toda esta operativa y el efecto que la misma produce indica que no estamos ante " un verdadero préstamo de valores". Y se dice en la p. 65 y se reitera en la 66 que para llegar a esta conclusión basta con aplicar el art 13 de la LGT -calificación-, pues deben calificarse las indicadas operaciones con arreglo a su " verdadera naturaleza jurídica con independencia de la forma, en este caso, préstamo de valores que los interesados les habían dado".

No obstante, debe indicarse que en la p. 74 del informe de disconformidad -2006/2007- la Inspección habla de " simulación" y dice que esta se produce cuando " no existe la causa que nominalmente expresa el contrato por responder este a otra finalidad jurídica distinta, sin que se oponga a la apreciación de la simulación el que el contrato haya sido documentado ante fedatario público". Y añade, en las pp. 74 y 75 que " cabe presumir que el negocio jurídico realizado entre CASER y CECA (disimulado) es un mandato retribuido para la gestión de cobro, en el que el mandatario (CASER) actúa en nombre propio, pero por cuenta ajena (CECA).

C.- El TEAC trata la materia objeto de este pronunciamiento en las pp. 37 y ss. Conviene comenzar por indicar que no es cierto que el TEAC afirme que estamos ante un supuesto de conflicto de calificación o fraude de ley.

En efecto, en las pp. 44 y 45 de la Resolución el TEAC resume con acierto lo realmente ocurrido. Así, razona: " unos valores (acciones de sociedades españolas) que pertenecían a "no residentes" en España (residentes en el Reino Unido, Francia y Holanda), tras una cadena de préstamos, terminaban accediendo a CASER como prestataria en los mismos por breves plazos de tiempo; períodos en los que sus emisoras distribuían unos dividendos correspondientes a tales acciones; dividendos, que con su correspondiente retención eran percibidos por CASER; la que luego retornaba el importe de esos dividendos a la que se había prestado los dividendos, que luego ella y las siguientes hacían lo propio siguiendo la cadena hacia atrás, hasta que el importe de los dividendos terminaba en los "no residentes", que los recibían sin retención. Sin embargo, las retenciones anudadas a esos dividendos que quedaban en CASER; lo que, a pesar de que económicamente no había obtenido los dividendos, pues lo que había cobrado lo habría restituido, se aplicaba tales retenciones, minorando con ello lo que debía ingresar a la hora de tributar por IS. Hechos cuyas consecuencias, tras recordar los respectivos Convenios de Doble Imposición.....[se traducen en que] con las operaciones llevadas a cabo y objeto de ajuste, determinados residentes en el Reino Unido, Francia y Holanda, propietarios de acciones de empresas cotizadas españolas consiguieron recibir los dividendos distribuidos por estas sin tributar en España, al tiempo que CASER minoraba su tributación efectiva gracias a unas retenciones correspondientes a unas rentar por las que no había tributado".

Tras describir lo anterior, lo que hace el TEAC es citar varias STS que sostienen lo que podríamos denominar una interpretación "amplia", así en la p. 52 se cita la STS de 30 de mayo de 2011 (Rec. 1061/2007 ), sostiene que lo esencial es ver si " se ha comprobado una indebida por aparente utilización de un negocio o contrato....es casi innecesario tratar de subsumir el conjunto operativo llevado a cabo en la categoría del negocio simulado o disimulado, negocio en fraude de ley, negocio indirecto, negocio fiduciario y/o demás especialidades de negocios jurídicos anómalos, pues en realidad lo único que se produce es un intento de obtener un tratamiento fiscal improcedente".

Lo que hace el TEAC en las pp. 56 y ss. es sostener esta doctrina que expresamente hace suya en la p. 57 de la Resolución y afirmar que lo que realmente ha ocurrido es que si se aprecia toda la operativa en su conjunto - p. 60-, operaciones que en apariencia son "intachables" -p. 61-, se traducen en una " operativa sistemáticos, de decenas y centenas de operaciones, para que unos "no residentes" consigan percibir dividendos de empresas cotizadas españolas por decenas de millones de € sin someterlos a retención y, por ende, a tributación, entonces no estamos solo ante un conjunto negocial anómalo, sino ante una auténtica operativa de la "lavado de cupones"- p. 61-, que en ningún caso podría calificarse de " economía de opción" -p. 62-.

En ningún momento dice el TEAC que estemos ante un supuesto de fraude, sino que mediante una interpretación "amplia" se limita a sostener que los argumentos dados por la Inspección para efectuar la regularización deben ser confirmados, pues " ante la sospecha de un eventual ardid enderezado a soslayar la carga tributaria, porque se ha conseguido que un resultado económico sujeto a imposición esté oculto al fisco o porque se haya presentado a la Administración como una operación no gravada o que lo está en menos medida de lo que debería estarlo, es totalmente lógico que las Inspección intente desenmascarar y regularizar la operación desde el punto de vista fiscal; y para hacerlo, lo esencia es....que razone y acredite el tratamiento fiscal improcedentes. A la vista de lo expuesto se fácil concluir que este Tribunal va a confirmar el ajuste de la Inspección y a desestimar todas las alegaciones de la entidad".

En la p. 121 de la demanda la recurrente afirma que " a la vista del lenguaje empleado por el TEAC" deduce que está cambiando la calificación de simulación a fraude. Pero esta afirmación no se infiere de la lectura de la Resolución, en realidad el TEAC no está calificando el supuesto como de simulación o fraude, pues lo que realmente entiende es que lo esencial, más que la calificación, es que se haya producido mediante un ardid sistemático se

haya conseguido ocultar al fisco o generar una apariencia de "operación no gravada o que lo está en menos medida de lo que debería estarlo"-.

D.- La estructura de la demanda, en relación con éste motivo, esencialmente, es la siguiente:

a.- Sostiene la legalidad de la figura del préstamo de valores -lo que nadie discute- y afirma que se limitó a la utilización legítima de la misma -pp. 93 a 98-

b.- En las pp. 98 a 116, sostiene que no existe simulación. Se añaden otras consideraciones en las pp. 113 a 116 a las que haremos referencia.

En las pp. 116 a 121, afirma que el TEAC se ha desviado en la motivación de la liquidación basada en la "simulación relativa". Viene a sostener que el TEAC se basa en un uso indistinto de los instrumentos de que dispone la Administración, de forma que da igual aplicar el art 13, 15 o 16 de la LGT, lo que no es viable. Concluyendo que "materialmente" lo que está haciendo el TEAC es aplicar la figura del fraude de ley, pero eludiendo el procedimiento formal específicamente establecido en la Ley -pp.121 a 124-, extralimitándose en su función revisora -pp. 124 a 127-

F.- Los argumentos se encuentran estrechamente vinculados por lo debemos analizar si existe o no una conducta que pueda ser calificada de evasiva o elusiva; y como deba ser calificada dicha conducta. En particular, si estamos ante un supuesto de fraude de ley.

1.- Ya hemos descrito la actuación de la recurrente. Tras describirla con detalle y valorando las operaciones en su conjunto, la Inspección sostiene que los contratos suscritos tienen como objetivo eludir la retención que padecerían las entidades no residentes titulares últimas de los valores al percibir los correspondientes dividendos. En concreto, se trata de "trasladar el cobro del dividendo de un no residente a CASER con la intención de minorar la carga fiscal de la operación repartiéndose, las partes implicadas los beneficios de dicho ahorro fiscal".

Debe tenerse en cuenta que las operaciones que se realizan para evadir o eludir las obligaciones fiscales suelen ser de estructura compleja lo que implica que deben ser analizadas de forma conjunta tratando de descubrir la auténtica causa de la operación o conjunto de operaciones y, en particular, si la finalidad buscada es la elusión o la evasión fiscal -- STS de 15 y 24 de noviembre de 2011 ( Rec. 153 y 1231/2008 )-.

Asimismo, en conexión con la complejidad de las operaciones diseñadas con el fin de eludir obligaciones fiscales es frecuente que la Administración no pueda obtener una prueba directa y deba por ello acudir a la prueba de presunciones - STS de 20 de septiembre de 2005 (Rec. 6683/2000 )-. Indicando nuestro Alto Tribunal que si bien la carga de acreditar los hechos de los que se pueda derivar la intención de evadir o eludir son de carga de la Administración, que tiene la obligación de aportar indicios de los que pueda inferirse aquella finalidad, no lo es menos que una vez que se aportan dichos sólidos indicios, el contribuyente tiene la carga de aportar datos de los que pueda inferirse que la operación diseñada obedece a motivos económicos típicos y el que el negocio o conjunto de negocios no se diseñaron con la exclusiva finalidad de eludir las obligaciones fiscales. En palabras de la STS de 18 de marzo de 2008 (Rec. 35/2004 ), una vez acreditados por la Administración mediante indicios sólidos que existen una serie de negocios utilizados con una finalidad evasiva o elusiva, es carga del obligado tributario exponer una " explicación razonable de cuáles son las realidades económicas a las que se pretendía hacer frente con estas operaciones inusuales" o dicho de otro modo, " operaciones de la magnitud descrita ... exigen una explicación". Doctrina esta última que se reitera, entre otras, en las STS de 1 de marzo de 2017 (Rec. 533/2016 ), 14 de enero de 2010 (Rec. 4555/2004 )

Evidentemente la solución concreta dependerá de las circunstancias concurrentes en cada caso, pero puede afirmarse que nuestro Alto Tribunal entiende que la operación debe analizarse de forma global; que la carga de la prueba de la simulación, fraude, etc.... recae sobre la Administración; pero que, una vez aportada la prueba plena o indicios sólidos es el obligado tributario quien tiene la carga de dar una explicación mínimamente razonable de su forma de proceder.

2.- En nuestra opinión, la forma de actuación de la recurrente no es la usual, sin que la recurrente de una explicación razonable de dicho proceder. Así:

a.- Lo primero que hay que entender es que, en efecto, la operativa diseñada supone, en su conjunto una lesión de los intereses de la Hacienda Pública. Como razona el TEAC -p. 61- unas operaciones que, aisladamente pueden parecer correctas, si se examinan de forma conjunta delatan un " conjunto comercial anómalo....una operativa sistemática, de decenas y centenas de operaciones, para que unos "no residentes" consigan percibir dividendos sin someterlos a retención y, por ende, a tributación....[realizándose] una auténtica operativa de "lavado de cupones"".

b.- Sin perjuicio de que ya antes hemos explicado con detalle la regularización llevada a cabo por la Inspección y los tipos de negocios realizados, conviene resumir, con especial referencia a las pp. 46 y ss. del informe de disconformidad, por ejemplo, de 2008 -la descripción es prácticamente idéntica en los dos informes-, que a través de la operativa diseñada se consigue que quiebre la neutralidad fiscal a la que obedece la Disposición Adicional Decimotercera de la Ley 62/2003. Esta norma en el caso de que el prestamista y el prestatario sean residentes, grava los dividendos, de hecho, " en el caso de que sean percibidos por el prestatario, en sede del prestamista, como

rendimiento obtenidos por la cesión a terceros de capitales propios, ya que el prestatario los computa como ingresos y gasto en su impuesto persona" -p. 58-. El problema surge cuando el prestamista es un residente que opera sin mediación de establecimiento permanente, pues en tal caso, mediante el juego de los arts 14.1.c) del IRNR y del apartado 2.a.2º de la Disposición Adicional decimotercera de la ley, el prestamista no tributa en España y el prestatario, como hemos explicado antes, al describir la regularización, lo hace en unos porcentajes muy exigüos.

Así, por ejemplo, como se describe en la p. 57 del informe de disconformidad, para una de las operaciones que tomamos como ejemplo -la operativa y sus consecuencias son siempre las mismas-, dado un préstamo de valores las comisiones satisfechas al prestamista son de 1.515,15 €, cantidad que CASER debe pagar a CECA.

Ahora bien, aquí radica la ganancia de CASER, como explica la Inspección, para materializar el depósito de valores CASER tiene que depositar un importe en garantía de la devolución -"colateral"- que genera intereses en su favor, en este caso, 27.992,49 €, por lo tanto, no deja de ser paradójico, una operación de pasivo genera un beneficio para CASER de 26.477,34 €, por el que tributaba entonces al 35%, por lo tanto, en el mejor de los casos Hacienda percibiría 9.267,07 €.

Los dividendos percibidos y devueltos son 662.983,33 €, por lo tanto, si se hubiese realizado la retención a la entidad no residentes, con arreglo al Convenio de Doble imposición aplicable la cantidad que debió ingresar por tal concepto la Hacienda ascendía a 99.447,50 €, en lugar de los 9.267,07 € que es lo que en principio ingresa.

Lógicamente la cantidad retenida se resta de lo que al final perciba la entidad no residente, pero ese 15% de retención, se ha transformado en un 1,39% (9.267,07/662.983,33), cuya devolución será reclamada a la Hacienda Pública por CASER. Siendo el beneficio fiscal de la operación de 90.180,43 € (99.447,50 - 9.267,07) de los cuales 17.210,27 € corresponderían a CASER que sólo ingresaría en la hacienda la cantidad correspondiente a la tributación por intereses, pues reclamará la cantidad retenida por los dividendos (26.477,34 [intereses de colateral menos comisiones satisfechas] - 9.267,07 [cantidad ingresada en la Hacienda]), repartiéndose el resto CECA y, en el caso de la operación analizada, BNP PARIBAS ARBITRAGE.

c.- Los indicios que llevan a la Sala a la convicción de que los negocios tienen como causa esencial la evasión fiscal son los siguientes:

c.1.- Las operaciones, numerosas (38 operaciones en 2006; 86 operaciones en 2007 y 70 operaciones en 2008 -p- 95 de la demanda-), tiene como titulares últimos de las participaciones a entidades no residentes.

c.2.- La mecánica de las operaciones es siempre la misma, se prestan los valores por un escaso margen de tiempo, se perciben los dividendos y se devuelven a CASER. Esta mecánica no se da en las operaciones que antes hemos descrito como C, pues en este caso se devuelven sin haber percibido el dividendo. Ahora bien, como se explica en el acta de disconformidad -pp. 52 y 53- este tipo de operaciones tiene su justificación en dar una compensación a CASER, pues desde que devuelve el dividendo y hasta que obtiene la devolución pasa un año, por lo que se "contrata operaciones de préstamos de valores en las que no haya percibo de dividendos de manera que CASER " recibe un extratipo por ellas sin necesidad de adelantar el importe de las retenciones".

El 100% del dividendo se devuelve al prestamista una vez cobrado -operación descrita como B-, antes sólo el 85% -operación descrita como A-.

Conviene que nos detengamos en este punto, inicialmente CASER no devolvía a CECA el 100% del dividendo, sino que devolvía el 85%, es decir, el 100% menos la retención del 15%. Esta forma de operar sólo se realizó el 2006, pues como se explica en el informe de disconformidad es más correcta la devolución del 100% -p. 62 del informe de disconformidad-.

Ahora bien, en el cambio de operativa se observa un indicio de la finalidad claramente fiscal de la operación. En efecto, para que la mecánica sea operativa el dividendo debe transmitirse a CECA sin retención, siendo CASER quien debe reclamar a la Hacienda la devolución.

Pues bien, en los casos de mecánica A, en los que CASER sólo devolvía el 85 % (el 100% del dividendo menos el 15%) podemos observar como el importe de la Comisión que se cobraba por el préstamo era muy alto y equivalente a la diferencia entre el dividendo percibido y el devuelto, con lo que, de facto, se estaba devolviendo a CECA el 100%, ocultando la devolución real del dividendo bajo la forma de comisión. Así, si leemos la operación descrita en la p. 55, si restamos al dividendo percibido (346.178,75 €) la cantidad de 294.251,94 €, es decir, del dividendo devuelto, al que se ha restado la retención, veremos que obtenemos la cantidad de 51.926,81 €, cantidad que es prácticamente la cantidad que corresponde con el concepto de comisión satisfecha -la diferencia es de 1 €-

Si se pone ésta operativa en conexión con la mecánica B, observamos que aquí ya se devuelve la totalidad del dividendo -p. 57-, es decir, se perciben 662.983,33 € y se devuelve la misma cantidad. Ahora bien, para que el negocio jurídico de préstamo tenga apariencia real es necesario que se siga cobrando una comisión, pero obsérvese que en una operación en la que el dividendo es mucho mayor que la descrita como A, la comisión pasa a ser de 1.515,15 € frente a los 51.925,77 € de aquella. La razón parece estar en que en la operación B ya no era necesario incrementar el coste de la comisión, pues se devolvía el dividendo percibido en su totalidad.

Estas diferencias sustanciales en las comisiones abonadas, de un año para otro, que, como explica la Inspección en el informe, constituyen un claro indicio de que la finalidad de los negocios era exclusivamente fiscal, no han sido acompañadas de la correspondiente explicación por la parte demandante.

c.3.- A pesar de ser una operación de pasivo CASER obtiene una rentabilidad positiva.

Para que esta operativa sea beneficiosa para CASER, lógicamente, no le basta con la devolución de la retención por la Hacienda, pues esta devolución simplemente neutraliza el efecto de la devolución a CECA del 100% del dividendo.

En principio, contraviene la lógica de la operación de préstamo que el prestatario resulte beneficiado por la operación, como gráficamente destaca la Inspección no parece acorde con la finalidad del instituto que una operación de pasivo genere un ingreso en el prestatario y una pérdida en el prestamista. Como destaca la Inspección a lo largo de su informe el "negocio" de CASER está en que la cuantía que se abona en concepto de intereses es notablemente alta. En la p. 67 del informe de disconformidad se expone que, en la práctica, la cantidad depositada en garantía de la devolución de los valores genera intereses a favor del prestatario.

En efecto, cuando el prestatario con tal fin entrega una cantidad al prestamista -" garantía en efectivo"- el prestatario debe pagar intereses " aunque a una tasa inferior a la de mercado, de forma que el prestamista pueda invertir ese efectivo y obtener un rendimiento. Lo cual es lógico, el prestamista dispone del efectivo impuesto por el prestatario y obtiene un rendimiento que sí sería a tipo de mercado, y posteriormente retribuye al prestatario pero, lógicamente a un tipo inferior".

Es decir, que la operativa de las operaciones realizadas entre CASER Y CECA es precisamente la inversa a la que se realiza usualmente en este tipo de operaciones.

No se da ninguna explicación de esta cuestión por parte de la demandante.

c.4.- Si se tiene en cuenta lo anterior, lo lógico hubiese sido, que la recurrente ante la fortaleza de los indicios indicados diese una explicación de la operativa y de la causa económica de los negocios jurídicos realizados. Pero lo cierto es que no da explicación alguna y se limita a decir que con esta operativa obtenía una ganancia, pero como hemos visto esta ganancia va unida a lo que el TEAC denomina operativa de "lavado de cupones" y no puede considerarse como causa justificativa del negocio.

Como se infiere de la lectura del art 36 de la Ley 24/1988, de Mercado de Valores, el préstamo de valores negociados en un mercado secundario suele tener como finalidad " su enajenación posterior, ...ser objeto de préstamo o para servir de garantía en una operación financiera". Ninguno de estos supuestos se da en el caso de autos, pues como razona la Inspección estas operaciones ni van seguidas de una " enajenación posterior, ni préstamo subsiguiente, ni sirven de garantía en una operación financiera...simplemente se devuelven a los pocos días [recibido el dividendo] de haberlos tomados en préstamo a la sociedad prestamista" -p. 61 del informe de disconformidad-.

Dice la demandante que la enunciación que realiza el art 36 de los móviles o causas buscados con este tipo de operaciones no es cerrada, pero incluso aceptando esta alegación, lo lógico es que la recurrente nos hubiese expuesto cual fue el "motivo económico valido" al que obedecían estas operaciones, lo que no hace.

c.5.- Por último, ésta operativa requiere, como mínimo la participación de CECA, pues de hacerse realizado la operación con la entidad no residente podría haber sido detectada por la Administración tributaria con, al menos, más facilidad.

En este punto, nos parece importante destacar lo que se razona en las pp. 67 y 68 del Acuerdo de liquidación. Es cierto que la conducta reprochada en esas páginas es imputable a CECA, no a CASER, pero no deja de ser significativo que por "olvido" -como se dice en la demanda- CECA no cumpliera con la obligación de información establecida en la Orden EHA/3895/2004, de 23 de noviembre, que establecía la obligación de informar a la Agencia Tributaria de las operaciones establecidas en la Disposición adicional decimoctava de la Ley 62/2003. En concreto debía informar, de las " fechas de inicio y vencimiento del préstamo, número de la operación de préstamo, remuneración del prestamista, compensaciones por los derechos derivados de los valores prestados y garantías otorgadas", información que expresamente se exige en la norma a las " entidades financieras".

Todas estas razones, que no han ido acompañadas de una explicación o justificación razonable, nos llevan a concluir con la Inspección que estamos ante una operativa que, apreciada en su conjunto, genera un grave daño a los intereses públicos.

### **Séptimo. Sobre el alcance jurídico de los hechos descritos.**

Una vez que hemos llegado a la conclusión de que los negocios realizados tuvieron una clara finalidad de evasión, procede que respondamos a los argumentos jurídicos articulados en la demanda.

A.- La Resolución del TEAC, como hemos expuesto, se basa en una concepción "amplia" que viene a traducirse en que lo esencial es que una vez constatada la " indebida utilización de un negocio...o conjunto negocial...es casi innecesario tratar de subsumir el conjunto operativo llevado a cabo en la categoría de negocio simulado o disimulado, negocio en fraude de ley, negocio indirecto, negocio fiduciario y/o demás especialidades de los negocios jurídicos anómalos; pues lo verdaderamente relevante es razonar y acreditar la obtención de un

tratamiento fiscal improcedente". De este modo, lo esencial para el TEAC es que nos encontremos ante un uso abusivo con una finalidad de elusión fiscal. Lo que, de facto, implica operar como si en el ordenamiento jurídico español operase una cláusula general ante elusión que comprendería tanto la simulación como el fraude o conflicto en la aplicación de la norma.

Ahora bien, la más reciente doctrina de nuestro Alto Tribunal es contraria a esta línea interpretativa. Así, en la STS de 3 de julio de 2014 (Rec. 1512/2013), ya apuntaba el Alto Tribunal que la aplicación de la normativa relativa a la simulación o al fraude de ley no resultaba indiferente, pues en caso de que deba aplicarse esta última figura, debe seguirse el procedimiento establecido al efecto. Y, en el mismo sentido se pronunció la STS de 26 de enero de 2015 (Rec. 2945/2013), al afirmar que "nuestra jurisprudencia ha sido clara y tajante al afirmar que la Administración no puede practicar una liquidación como consecuencia de un fraude de ley sin, antes, declarar expresamente la existencia del mismo".

Más recientemente se han dictado las STS (dos) de 2 de julio de 2020 (Rec. 1433/2018 y 1429/2018) y 22 de julio de 2020 (Rec.1432/2018), donde con claridad se afirma que "las instituciones no han sido creadas por el legislador de manera gratuita y, desde luego, no han sido puestas a disposición de los servidores públicos de manera libre o discrecional, sino solo en la medida en que se cumplan los requisitos establecidos en cada una de ellas. No son, en definitiva, intercambiables".

B.- Llegados a este punto pudiera pensarse que como en fase inspectora se citó el art 13 de la LGT para regularizar la situación lo que procedería examinar es si estamos ante un supuesto de calificación frente a las figuras de la simulación o el fraude.

No obstante, creemos que en el caso de autos debe tenerse en cuenta lo siguiente:

Aunque es cierto que en el informe de disconformidad se cita el art 13 de la LGT y no el 15 ni el 16 LGT, en realidad la Inspección razona como si nos encontrásemos ante un supuesto de simulación. Así, en la p. 73 puede verse que la Inspección afirma que "no estaríamos ante unas operaciones de préstamo de valores" y añade que "la causa real de todas estas operaciones ...no es otra que trasladar el cobro del dividendo a un no residente". Añadiendo que "la simulación contractual se produce cuando no existe la causa que nominalmente expresa el contrato, por responder a otra finalidad jurídica distinta, sin que se oponga a la apreciación de la simulación el que el contrato haya sido documentado por fedataria público". Y que lo "disimulado" es un "mandato retribuido para la gestión de cobro en el que el mandatario (CASER) actúa en nombre propio, pero por cuenta ajena (CECA)". Por lo tanto, es claro que la Inspección, al margen de que no cite el art 16 y si el 13 de la LGT, está razonando que existe simulación. Simulación que, necesariamente y en su caso, implica la "recalificación" del negocio, de aquí la cita del art. 13.

El Acuerdo de liquidación hace suyos los razonamientos de la Inspección. Así, en la p. 65 se indica que "no se trata de un verdadero préstamo de valores" y que su finalidad "no era la transmisión temporal de los valores causa típica de las operaciones de préstamo de valores, puesto que sólo se produce una titularidad transitoria y meramente instrumental con la exclusiva finalidad de legitimar a CASER para cobrar el dividendo.....para conseguir poner a disposición de la entidad no residente, libre de la retención por el IRNR, el dividendo cobrado por CASER".

En suma, la falta de cita del art 16 de la LGT no implica que no podamos aplicar este instituto cuando de los razonamientos vertidos por la Administración se deduce que lo está aplicando.

De hecho, en las pp. 98 y ss. la propia demandante centra el debate en que se trataría de diferenciar si estamos ante un supuesto de simulación o de fraude.

Precisamente por ello ya estamos en condiciones de contestar a una de las cuestiones planteadas, pues se razona en la demanda que el TEAC no puede alterar la calificación efectuada por la Administración de simulación y sustituirla por la de fraude, entre otras cosas, porque de este modo se eludiría la tramitación del informe establecido en el art. 159 de la LGT. Y en nuestra opinión esta forma de razonar es correcta y, como hemos visto tiene apoyo en precedentes judiciales; pero para llegar a tal conclusión es preciso previamente que llegásemos a la convicción de que estamos ante un supuesto de fraude y no de simulación, pues de tratarse de esta última figura no se habría infringido lo establecido en el art. 159.

C.- Por lo tanto, la solución del litigio exige que nos pronunciemos sobre si nos encontramos ante un caso de simulación o ante un supuesto de fraude.

1.- Existe un consenso generalizado en que si bien, en principio, la diferencia entre la simulación y el fraude parece sencilla, lo cierto es que, en la práctica, resulta de muy difícil distinción. Y, de hecho, como no ignoran las partes, no es inusual que, en nuestro Alto Tribunal, cuando se plantean estas cuestiones, la sentencia que los resuelve contenga votos particulares. Pero ello no debe ser óbice para que la Sala, en la medida de lo posible, trate de exponer las razones por las que, en este caso, estimamos que existe simulación.

Así, en principio y en plano teórico puede decirse que hay simulación cuando el negocio formal oculta una realidad distinta que no se corresponde con aquel, bien porque lo pretendido es la realización de un negocio distinto (simulación relativa) o porque el negocio es inexistente (simulación absoluta). En el conflicto/fraude el negocio es realmente querido, lo que ocurre es el contrato al que se acude, siendo real, es "notoriamente artificioso o impropio para la consecución del resultado obtenido" y su utilización busca, esencialmente, el "ahorro fiscal".

Acogiendo lo que es línea doctrinal general, la STS de 30 de mayo de 2011 (Rec. 1061/2007 ), razona que:

"El fraude de ley parte de la existencia de actos o negocios jurídicos válidos, ya que reúnen todos los elementos exigidos por el ordenamiento para desplegar efectos jurídicos. Si bien se trata de actos o de negocios jurídicos realizados al amparo de una norma legal dictada con una finalidad distinta (norma de cobertura) que pueden producir un resultado equivalente al del hecho o negocio constitutivo del hecho imponible, sin estar aquellos directamente gravados o gravados en menor medida. Si bien, no es absolutamente preciso que exista dicha norma de cobertura, ya que también es posible apreciar un fraude de ley intrínseco que se produce cuando el contribuyente se ampara en la letra de la ley para incumplir su finalidad.

.....La simulación supone la creación de una realidad jurídica aparente (simulada) que oculta una realidad jurídica distinta (subyacente) o que oculta la inexistencia del acto o del negocio jurídico. La simulación conlleva la ocultación de la realidad, un engaño que por su propia naturaleza ha de ser intencionado y que merece el consecuente reproche, administrativo o penal, cuando se ha realizado con la finalidad de evitar o disminuir el pago del impuesto. Se oculta bajo la apariencia de un negocio jurídico norma otro propósito negocial, ya sea éste contrario a la existencia misma del negocio (simulación absoluta), ya sea el propio de otro tipo de negocio (simulación relativa)".

2.- A la dificultad de diferenciar entre una y otra figura, se refiere también la STS de 30 de mayo de 2011 (Rec. 1061/2007 ), que tras describir lo que usualmente se entiende por fraude y simulación, termina por remitir a las circunstancias concurrentes en cada caso, pues "el problema surge especialmente en la simulación de la causa por su estrecha vinculación con la finalidad o propósito que las partes persiguen al celebrar un contrato. Así se considera que un contrato realizado no con el fin habitual o normal, sino para el logro de un resultado singular adolece de vicio en la causa, y al apartarse de la "causa típica" o carecer de ella merece la calificación de simulado, con simulación relativa o absoluta. Y es entonces cuando se produce la confluencia y posible superposición entre fraude de ley y simulación, que dificulta extraordinariamente su distinción, haciendo depender la consideración de una u otra figura, en cada caso concreto, de la labor de interpretación y de calificación que corresponde, primero, a la Administración tributaria y, luego, a los Tribunales".

3.- Así, al referirse a la simulación la STS (Civil) de 24 de abril de 2013 (Rec. 2108/2010 ), razona que " la simulación absoluta es cuestión atinente a la causa del negocio, que suele encuadrarse en los contratos sin causa de que habla el art 1275 del CC y en la "expresión de una causa falsa" de que habla el art 1276 del CC cuando no encubre una causa verdadera, supuesto en que se trataría de una simulación relativa". Añadiendo que " la disciplina jurídica de la causa es una de las cuestiones más oscuras....En principio, la jurisprudencia considera como causa del negocio la función económico-social que justifica que un determinado negocio jurídico reciba la tutela y protección del ordenamiento jurídico, de modo que la causa será la misma en cada tipo de negocio jurídico. Pero esta conceptualización no permite explicar la posibilidad de que exista una causa ilícita, pues ello es incompatible con el fin típico y predeterminado de cada negocio jurídico. Es por eso que el propósito ilícito buscado por ambas partes ha sido elevado por la jurisprudencia a la categoría de causa ilícita determinante de la nulidad del contrato...cuando venga perseguido por ambas partes (o buscado por una y conocido y aceptado por la otra) y trascienda el acto jurídico como elemento determinante de la declaración de voluntad en concepto de móvil impulsivo...Por tanto, el propósito perseguido por las partes ha de ser confrontado con la función económica y social en que consiste la causa de cada negocio, de modo que si hay coincidencia, en negocio es reconocido y protegido por el ordenamiento jurídico, pero si no la hay porque el propósito que se persigue es ilícito, tal protección no se otorgará y ese propósito se eleva a la categoría de causa ilícita determinante de la nulidad de pleno derecho del negocio jurídico".

De este modo, se comprende que la STS de 24 de octubre de 2013 (Rec. 1650/2011 ), siguiendo la misma línea, afirme que " siendo la causa de los referidos [negocios] procurar la elusión fiscal", su " causa es ilícita" y la consecuencia " que los mismos no producen efectos en el ámbito tributario". Por lo que se confirma la declaración de la Sala de Instancia confirmando la existencia de simulación. Hay pues simulación cuando el propósito perseguido por las partes al celebrar el negocio es ilícito. Siendo lo esencial " descubrir el mecanismo elusivo, la verdadera intención o móvil de los intervinientes, el negocio subyacente".

En la misma línea, la STS de 25 de enero de 2017 (Rec. 1980/2013 ), afirma que "cuando la Sala de instancia sostiene que en los negocios celebrados no existen motivos económicos válidos se está afirmando que son negocios simulados pues es evidente que si la motivación económica no existe (pese a ser esencial en este tipo de negocios) hay que llegar de modo insoslayable a la conclusión de que el negocio es simulado". Es decir, el negocio no ha obedecido a otra causa que no sea la " evasión fiscal", causa claramente ilícita.

4.- Ciertamente, como apuntó la STS de 30 de mayo de 2011 (Rec. 1061/2007 ), al optar el tribunal por esta vía, la diferencia entre el fraude y la simulación es muy difícil y compleja. La STS de 24 de octubre de 2013 (Rec. 1650/2011 ), insiste en que " no siempre es fácil identificar plenamente el mecanismo elusivo que se utiliza -no puede obviarse que su delimitación es fruto de construcciones dogmáticas de fácil identificación teórica, pero de, a veces, sinuosos perfiles en la realidad-, las diferencias pueden llegar a ser extremadamente sutiles". No obstante, la sentencia indica que un elemento esencial a la hora de diferenciar entre las indicadas figuras es " el engaño, la ocultación" que lógicamente concurre en la simulación y no en el fraude.

Por lo tanto, un elemento que puede contribuir a diferenciar entre una u otra institución la "ocultación".

Así, la STC 120/2015 , razonó que " mientras que la simulación negocial entraña como elemento característico la presencia de un engaño u ocultación maliciosa de datos fiscalmente relevantes, en el fraude de ley no existe tal ocultamiento, puesto que el artificio utilizado salta a la vista". Añadiendo en la STC 129/2008 , añade que " el artificio, y con él el engaño, y con él la defraudación, consiste en la utilización de un tipo de negocio jurídico sin su causa propia, y sin causa alguna que no sea la elusión de impuestos".

Esta ocultación mediante el artificio y el engaño es lo que hace especialmente reprochable la simulación frente a los supuestos de fraude. Y en ello insiste la STS de 13 de diciembre de 2016 (Rec. 2211/2015 ), donde se analiza un caso en el que " la entidad...no actuó al amparo de una interpretación razonable de la norma al no buscarse con la fusión adaptar las dimensiones, capacidad productiva, características técnicas o de gestión de las empresas a las exigencias del mercado para que fueran más rentables y eficaces, sino la transmisión de un hotel a una entidad inmobiliaria, que se produce cinco días después de efectuada la fusión, mediante la creación de una realidad jurídica aparente que ocultaba una realidad jurídica distinta con la única finalidad de dejar de tributar lo que en Derecho le correspondía". Sino que la causa real de los negocios realizados no era otra que " conseguir un ahorro fiscal mediante actos artificiosos sino de urdir un engaño que sirvió de pantalla para encubrir el negocio efectivamente realizado en violación de la Ley". También la STS de 22 de junio de 2016 (Rec. 3176/2014 ), que afirma existe simulación " cuanto más oculto es el mecanismo utilizado".

5.- Ahora bien, esta "ocultación" no sólo cabe apreciarla en relación con cada negocio, sino que debe ser apreciada analizando la globalidad de la operación realizada, que puede englobar varios negocios. Como se desprende, entre otras, de la citada STS de 13 de diciembre de 2016 (Rec. 2211/2015 ).

Así, la STS de 24 de febrero de 2016 (Rec. 4134/2014 ), afirma "la simulación no se aprecia sobre la base de la consideración aislada del precio de una compraventa de participaciones sociales, ni tampoco porque no se acredite una específica motivación económica en la compraventa. La calificación que hace la sentencia es en contemplación del conjunto de negocios, de compraventa, financiación y fusiones, cuyos resultados, en apreciación del Tribunal "a quo", no se corresponden con la causa de auténticas enajenaciones de participaciones sociales a las que se pueda anudar, a efectos fiscales, un incremento patrimonial". Añadiendo que " la referida normativa a la que se acoge la recurrente, no puede invocarse cuando, en el conjunto de operaciones realizadas, se aprecia la figura del negocio simulado, porque, precisamente, entonces, aparece una realidad jurídica diferente de la aparentada que se sustrae a las previsiones normativas establecidas para la deducibilidad de auténticos gastos financieros. Dicho de otro modo, la sentencia de instancia no aplica limitaciones inexistentes a la deducibilidad de gastos financieros derivados de préstamos entre entidades del grupo, sino que niega la condición de verdaderos gastos financieros a los que pretende deducirse la recurrente porque los concretos préstamos y compraventas responden a una causa distinta: la remuneración u obtención de utilidades del capital mobiliario de los socios".

6.- En todo caso, para aplicar el fraude de ley debe descartarse previamente la existencia de simulación. Así, la STS de 22 de junio de 2016 (Rec. 3176/2014 ), afirma que " la simulación ha de ser descartada, con carácter previo, a la consideración del fraude de ley, y no al revés, como a veces se preconiza. Y que no es óbice para su apreciación que aquella " se haya producido e incardinado en un complejo negocial".

7.- El hecho de que los negocios hayan sido realizados ante notario o inscritos en el Registro Mercantil no impide aplicar la figura de la simulación.

Como afirma la STS de 18 de marzo de 2008 (Rec. 35/2004 ), " los negocios jurídicos responden a necesidades de la vida real, pero la vida real no puede ser disfrazada. En nuestra opinión aquí todo ha sido irreal. Se han montado negocios jurídicos que pese, a haber sido celebrados ante notario e inscritos en el Registro Mercantil, lo que pretendían era ocultar la realidad subyacente a ellos. El cumplimiento de las formalidades legales propias de un negocio no hace a este real por ese solo hecho. Es necesario que responda a las peculiaridades que en cada caso concurren y que se den la realidad de condiciones que le hagan posible y razonable".

8.- Por lo demás, como antes dijimos, la jurisprudencia es constante que, en estos casos, al ser de difícil o imposible obtención la prueba directa, basta con la indiciaria y de ser sólidos los indicios es el obligado tributario el que tiene la carga de aportar datos que justifiquen la finalidad económica del negocio o negocios. Así, en la STS de 20 de septiembre de 2005 (Rec. 6683/2000 ), el Alto Tribunal deja claro que " para la acreditación de formas portadoras de ocultación y engaño, que se caracterizan por su no evidencia, es preciso acudir a la prueba de presunciones. La simulación negocial se mueve en el ámbito de la intención de las partes que es refractario a los medios probatorios directos" Por lo que debe acudir a las " presunciones" que son " un medio de prueba válido".

D.- Reconociendo la dificultad de diferenciar entre simulación y fraude y, asimismo, que la diferencia posee relevancia jurídica. La Sala, como anticipamos, partiendo de la anterior doctrina, se inclina en este caso, valorando los hechos concretos, por la existencia de simulación. Y todo ello por las siguientes razones:

1.- Es convicción de la Sala, dadas las explicaciones vertidas por la Administración y apreciando las pruebas aportadas, que, como afirma el TEAC, nos encontramos ante " una operativa sistemática, de decenas y centenas de operaciones, para que unos "no residentes" consigan percibir dividendos de empresas cotizadas españolas por decenas de millones de euros sin someterlos a retención y, por ende, a tributación", es decir, nos encontramos ante " una auténtica operativa de "lavado de cupones".

No siendo esta la primera vez que la Sala se encuentra con esta operativa. Así, en un supuesto de "lavado de cupones", la SAN (2ª) de 9 de diciembre de 2010 (Rec. 54/2007 ), no dudó en confirmar la decisión de la Administración con base en el art. 25 de la LGT de 1963 -simulación-. Allí razonamos, en un caso que guarda similitud con el presente, que " las operaciones de compra y venta de valores realizadas por SGSE y MS no fueron realmente tales, ya que como es evidente, los valores objeto de ellas siguieron en todos los casos en manos del supuesto vendedor, MS sin que el pretendido comprador, SGSE los tuviera en su poder y a su nombre más que el tiempo imprescindible para cobrar el dividendo (cuyo reparto ya estaba acordado al realizarse la adquisición instrumental por SGSE), viniendo obligada a transmitirlos de nuevo a MS en virtud de la opción irrevocable previamente pactada y al precio igualmente fijado". Ciertamente, el caso no es idéntico, pues la operativa es distinta, pero la similitud es evidente.

2.- En el caso de autos, los negocios articulados han tenido como única finalidad la de eludir o evadir el cumplimiento de la normativa fiscal. En efecto, ante lo anómalo de la operativa que hemos descrito, la recurrente no aporta una explicación mínimamente coherente de cuál fuese la finalidad buscada con aquella. La causa real de los contratos fue eludir el cumplimiento de la normativa fiscal. Estamos ante contratos con causa ilícita que no pueden recibir el respaldo del ordenamiento jurídico, debiéndose regularizar la situación y restituir el orden jurídico quebrado.

En efecto, ya en la SAN (2ª) de 9 de diciembre de 2010 (Rec. 54/2007 ), sostuvimos, como ahora que " la simulación contractual se produce cuando no existe la causa que nominalmente expresa el contrato, por responder éste a otra finalidad jurídica distinta, sin que se oponga a la apreciación de la simulación el que el contrato haya sido documentado ante fedatario público". Y añadimos que " el negocio jurídico celebrado por las partes da lugar a una titularidad transitoria de las acciones por parte de la entidad reclamante. Pero tal titularidad transitoria no es el verdadero fin querido por las partes, la causa del negocio celebrado".

En efecto, en nuestro caso, lo realmente querido por las partes, como antes hemos dicho, mediante el uso de la figura del préstamo de valores negociados, no era otra " que trasladar el cobro del dividendo a un no residente". Añadiendo, la Inspección y lo compartimos, que lo " disimulado" es un " mandato retribuido para la gestión de cobro en el que el mandatario (CASER) actúa en nombre propio, pero por cuenta ajena (CECA)".

3.- Concorre de forma clara, también lo hemos explicado, la nota de la ocultación. Para esta labor de ocultación, como indica la Inspección, era también precisa la "colaboración" del otro contratante. Repárese, que como señala la STS (Civil) de 24 de abril de 2013 (Rec. 2108/2010 ), en la simulación, la finalidad ilícita vendrá "perseguida por ambas partes (o buscado por una y conocido y aceptado por la otra)". Y, en este sentido, no deja de ser significativo que como antes hemos indicado CECA no cumpliera con lo establecido en la Orden EHA/3895/2004, lo que dificulta, aún más, la labor de control. Hay, por lo tanto, una clara intención de ocultación.

La suma de todas estas razones, las cuales hemos expuesto con detalle, nos llevan a inclinarnos en este caso por la existencia de simulación.

El motivo se desestima.

### **Tercero. Sobre las costas.**

Se imponen las costas a la parte demandante - art 139 LJCA-.

Vistos los preceptos legales citados y demás de pertinente y general aplicación, la Sala dicta el siguiente

## **FALLO**

Desestimar el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la Procuradora Dª. Adela Cano Lantero en nombre y representación de CAJA DE SEGUROS REUNIDOS, COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS, S.A, contra la Resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central de 12 de enero de 2017 (RG 683 y 684/2013), la cual confirmamos por ser ajustada a Derecho. Con imposición de costas a la parte demandante.

Intégrese sentencia en el libro de su clase y una vez firme remítase testimonio de la misma junto con el expediente administrativo al lugar de procedencia de éste.

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

*VOTO PARTICULAR que formula el Ilmo Sr. MAGISTRADO D. JAVIER EUGENIO LÓPEZ CANDELA a la sentencia de fecha 23 de julio de 2.020 pronunciada en el recurso nº 213/2017, de la Sección 2ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional.*

Aceptando los hechos relatados en la sentencia impugnada, y una buena parte de los fundamentos de derecho la misma, sin embargo, lamento tener que discrepar del parecer de la mayoría al entender que debió ser estimado el recurso contencioso-administrativo, al menos parcialmente, respecto de la regularización por no considerar deducibles las retenciones por dividendos distribuidos a la actora como prestataria de valores objeto de préstamos, dado que debió haberse debido seguir el expediente de conflicto en la aplicación de la norma, en vez de apreciar la existencia de simulación como hizo la Inspección o por la argumentación seguida por el TEAC en la resolución de 12.1.2017, r.g 683/2013 y 684/2013. Y ello en virtud de estos

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

### Primero.

En cuanto a la cuestión alegada en el encabezamiento, con aceptación del resto de los fundamentos expuestos en la sentencia respecto a la Resolución del TEAC de fecha 12 de enero de 2.017 que se impugna, regularización por no considerar deducibles las retenciones por dividendos distribuidos a la actora como prestataria de valores objeto de préstamos, entiendo que debió acogerse el motivo basado en la falta de tramitación del procedimiento de fraude de ley/conflicto de calificación.

### Segundo.

En primer lugar, entiendo que debió darse razón a la actora, conforme a la doctrina de la STS de fecha 16.5.2013, recurso 5683/2011, en cuanto que no cabe sustituir la argumentación dada por la Inspección en vía económico-administrativa, lo cual constituye ya doctrina consolidada por el Tribunal Supremo.

### Tercero.

Presupuesto lo anterior, sin embargo, considero que la operación realizada por la actora, en su globalidad, no puede ser objeto de configuración como de una simulación como instrumento para llevar a cabo la regularización de la deuda tributaria como hizo la Agencia Tributaria. Y es que el propio TEAC admitió que nos encontramos ante operaciones intachables, contempladas individualmente ( folio 60 ). Ante tal reconocimiento paladino, de que por un lado, no existía simulación, y por otro, que existe una actuación incardinada en el fraude de ley, sin perjuicio de lo indicado antes, el recurso, en este punto, debió ser necesariamente estimado.

Y es que Simulación, calificación y fraude de ley son institutos jurídicos distintos, como lo reflejan los art.13, 15 y 16, de la Ley General Tributaria, lo cual no es una decisión caprichosa del legislador, toda vez que ya tenía su amparo en la regulación anterior, recogida en la Ley 230/1963, modificada en 1995, cuando de la misma manera se distinguían los tres institutos en los art.24, 25, y 28.2 de dicha Ley.

Y es así que hasta la reforma operada en 2015, Ley 34/2015, de 21 de septiembre, la diferenciación entre simulación y fraude de ley tenía una clara relevancia, no solamente por la imposición de sanción en el primero de los casos y no en el segundo, sino por la necesidad de acudir al expediente de fraude de ley -ahora denominado en el conflicto en la aplicación de la norma- al que hace referencia la propia LGT 58/2003, lo que se desarrolla en el artículo 159. El propio Tribunal Supremo, en la sentencia de 30 de noviembre de 2007, recurso 2724/2002, se refería a la necesidad del expediente de fraude de ley cuando concurren los presupuestos que lo justifican, y que se consideró necesario para regularizar una deuda tributaria en la que no se consideraban deducibles determinadas cuotas. Esta doctrina posteriormente fue modificada por el Tribunal Supremo, pero se mantuvo en los votos particulares del Magistrado Sr. Emilio Frías Ponce recogidos en las sentencias de 30 de mayo de 2011, recurso 1061/2007, y en la STS de 24.2.2016, recurso 4134/2014. Sin embargo, el Tribunal Supremo, en una clara posición vacilante no abandonó del todo su tesis en defensa de la debida tramitación del procedimiento de ley cuando concurren sus presupuestos, como lo representan las STS de 26.1.2015, recurso 2945/2013, 14.10.2015, recurso 1664/2013, y 3.7.2014, recurso 1512/2013. Y así la primera de ellas indicaba:

"la Inspección estaba obligada, por así requerirlo el legislador, a declarar el fraude en un procedimiento seguido específicamente a tal fin"....

Y finalmente ha sido acogida en las recientes STS de fecha 2 de julio de 2.020, recursos 1433 y 1429/2018 y 22.7.2020, recurso 1432/2018.

Por consiguiente, el recurso a la simulación, a la calificación o al fraude de ley, como veremos a continuación, no es disponible o intercambiable por la Inspección Tributaria o por los Tribunales de Justicia, o económico-administrativos, porque el procedimiento es, en términos de la dogmática alemana, presupuesto, garantía y límite de la actuación de la Administración Tributaria, y por tanto, indisponible por aquélla.

## Cuarto.

El art.15 de la LGT 58/2003, que prevé el conflicto en la calificación de la norma, sigue el precedente del art.42 de la Ordenanza Tributaria alemana. Es procedente, entrar en el examen de esta figura jurídica, para la resolución del presente recurso.

En el ámbito del negocio jurídico en fraude de ley, la doctrina civilista mayoritariamente lo incluye en el capítulo de los negocios jurídicos anómalos, como una modalidad de los denominados negocios indirectos - en virtud de los cuales se pretende indirectamente el resultado propio de otro negocio distinto del realizado-, si bien esta categoría se presenta con carácter general embebiendo diversas figuras jurídicas entre las que se encuentra el negocio simulado ( en el que existe una apariencia negocial sin voluntad negocial alguna, como es el caso de la simulación absoluta, o por el contrario se quiere otro negocio jurídico distinto del verdaderamente manifestado), siendo preciso que concurran los requisitos de validez exigidos por el ordenamiento jurídico para que el negocio simulado o más bien debe decirse, disimulado, produzca sus efectos jurídicos conforme al art.1276 del CC. Es el caso de la simulación relativa. Así STS de 7.2.1994, 8.2.1996, 26.3.1997, 22.3.2001 . Y respecto al negocio en fraude de ley éste es verdaderamente querido por las partes, sin que exista apariencia negocial alguna, y siempre ha de concurrir una norma de cobertura y otra de elusión, lo que da origen al conflicto.

Por otro lado, son requisitos para que concurra el fraude de ley tributaria:

- 1.- La doble presencia de una norma de cobertura, pero no de forma suficiente, y otra eludida de carácter esencialmente tributaria.
- 2.- El empleo de formas jurídicas insólitas y desproporcionadas para evitar el efecto exigido por el ordenamiento jurídico tributario, lo que le diferencia de la economía de opción.
- 3.- La finalidad puramente fiscal de los negocios jurídicos realizados de modo que la causa de los mismos responde a la realidad de evitar la tributación o que ésta se realice en cuantía inferior a la ordinariamente exigida, pero como tales, dichos negocios jurídicos son verdaderamente queridos.
- 4.- La consecución de un efecto fiscal equivalente a la realización del hecho imponible, cuya tributación se quiere evitar, pero el ordenamiento la impone.

La nueva regulación del fraude de ley previsto en la vigente LGT bajo la denominación de conflicto en la aplicación de las normas tributarias, art.15 de la LGT, 58/2003 de 17 de diciembre, aún con perfiles nuevos, no se presenta como una institución esencialmente distinta a la manera en que fue configurada jurisprudencial y doctrinalmente, siguiendo claramente la regulación prevista en la Ordenanza Tributaria alemana, parágrafo 42, en cuanto cláusula general de abuso, subsidiaria de todas aquellas otras normas antiabuso establecidas en el ordenamiento fiscal y que cuentan con un régimen específico.

A este respecto quiero salir al paso, como antes avancé, de un extensa doctrina administrativa, jurisprudencial y doctrinal, que tanto por su planteamiento como por sus consecuencias jurídicas, a mi modo de ver, y con todos los respetos, sobre el alcance de la indiferente aplicación simulación/fraude, coloca a la Agencia Tributaria en una situación verdaderamente abusiva, e inductora de una situación fraude de ley, pero esta vez imputable a la Agencia Tributaria, y ello porque con tal planteamiento se elude la aplicación de un procedimiento legal como es el del conflicto en la aplicación de la norma, utilizando como norma de cobertura, o argumento de cobertura la dificultad jurídica que le supone al operador jurídico el recurso a una u otra figura, o acudiendo a otra figura sustitutoria, como es la simulación o la calificación. Se trata, por tanto, de un fraude de ley producido por la inaplicación del procedimiento de fraude de ley. A este planteamiento elusorio del procedimiento verdaderamente querido por el legislador se añade la utilización a la carta de cada figura, calificación, simulación y conflicto, si el debate jurídico se centra entre el actuario, el Inspector, el TEAR, en su caso, y el TEAC, en detrimento absoluto y manifiesto de la seguridad jurídica. Y todo ello se basa en el mando argumento de que "como son difíciles de distinguir vale aplicar una u otra figura". Curiosamente el instrumento al que más se acude es al más perjudicial para el contribuyente: la simulación, por sus inmediatos efectos sancionadores.

Pero es que el recurso a una y otra figura no es tan difícil. Las recientes STS de fecha 2 Y 22 de julio de 2.020 han avanzado, a mi modo de ver muy acertadamente en la superación de una vieja Jurisprudencia que rehuía tal análisis al socaire del manido argumento de las dificultades interpretativas de las 3 figuras, y sobre todo, entre simulación y conflicto en la aplicación de la norma. El debate por la diferenciación dogmática entiendo que no es muy complicado, a mi modo de ver. Y en todo caso, es necesario por imperativo de la legislación tributaria, no por exhibición intelectual. La diferencia radica entre querer y no querer un negocio, que en el caso de la simulación concurren dos, el simulado y el disimulado, porque no tiene cabida la simulación absoluta en Derecho Tributario. Y en el caso del fraude/conflicto hay un solo negocio jurídico querido, artificioso y alambicado, pero real en sus efectos jurídicos. La simulación actúa sobre todo, en el plano de los hechos, el conflicto en el de las normas, eludida y elusoria.

Así en la compraventa que encubre una donación ( v.g venta de finca por 1 euro sin subrogación de deudas) ninguna de las partes quiere comprar ni vender: hay simulación, y lo querido es donar. En una operación acordeón,

con aumento y reducción de capital simultáneo con reparto de dividendos se quieren dichos negocios jurídicos de forma verdadera; hay un solo negocio, sin perjuicio de que pueda conllevar efectos elusorios. En una facturación de autónomos, que son en realidad trabajadores, hay simulación: no se quiere un contrato de compraventa mercantil, sino un contrato laboral, bajo la apariencia de aquélla con la finalidad de obtener deducción de gastos u obtener devolución de impuestos. Un préstamo participativo de una empresa holding a la filial en un proceso de reestructuración con deducción de intereses es verdaderamente querido por los afectados, lo que nos lleva al conflicto en la aplicación de la norma.

En resumen: en la simulación hay dos realidades, en el conflicto una, que por artificiosa y compleja, y ampararse en la autonomía de la voluntad (norma de cobertura) -pero no suficientemente, como indicaba la doctrina civilista- es preciso declararla fraudulenta. Privilegio de que goza la Administración tributaria sin necesidad de acudir a los Tribunales civiles, pero eso sí, acudiendo al procedimiento legalmente establecido. Y en todo caso, de admitir que existen dudas entre una y otra figura debe acudirse al conflicto en aplicación, precisamente, y como ha indicado la sentencia del Tribunal Supremo de fecha 22.6.2016, recurso 3176/2004, por el carácter general de éste en relación con la simulación, que debe examinarse primero, y como mayor garantía para el obligado tributario.

Podría defenderse la inaplicabilidad en abstracto, de la dogmática civil, dada la Autonomía del Derecho Tributario, y su naturaleza como verdadero Sistema, sujeto entre otros, a los principios del art.3 de la LGT 58/2003. Sin embargo, dicha Autonomía cobra su virtualidad cuando nos hallamos ante las categorías propias definidas en el ordenamiento fiscal. Pero a falta de las mismas debe acudirse a las restantes que brinda el ordenamiento jurídico, sin que concurra motivo alguno para su inaplicación; antes bien el ajuste a la realidad fiscal se hace claramente apreciable.

## Quinto.

En el caso presente, conforme a lo dicho, era preciso la tramitación de un procedimiento de conflicto en la calificación de la norma, conforme al art.159 de la LGT 58/2003, con el informe pertinente, a la vista de que el negocio de préstamo de valores, cobro y devolución de dividendos, y depósito de las participaciones eran verdaderamente queridos para obtener una tributación notoriamente inferior. Hablar de ardid sistemático no es sólo propio de la simulación, que también responde a una finalidad elusoria, sino también del conflicto. Y que no aporte una explicación razonable de la artificiosidad comercial no excluye, sino que ratifica la existencia de fraude de ley, porque dicha artificiosidad es lo que verdaderamente le caracteriza. Pero a mi modo de ver no es posible reinventar una nueva figura: la cláusula general de elusión que comprendería tanto la simulación como el conflicto en la aplicación de la norma. Ése es principalmente el objeto de este instituto jurídico y no de otro, cláusula general equiparable al del parágrafo 42 de la Ordenanza Tributaria alemana.

En conclusión: lo que no es posible es que la Agencia Tributaria y el TEAC utilicen indistintamente la figura de la calificación, simulación o el fraude de ley, quedando a su albur y libre elección, en detrimento de las garantías del obligado tributario.

## Sexto.

Como consecuencia de ello, entiendo que la Inspección debió incoar un procedimiento de declaración de conflicto en la aplicación de la norma, respecto de una realidad jurídica existente y verdaderamente querida, pero artificiosa por sus medios utilizados. Al no seguir ese procedimiento del que se ha prescindido total y absolutamente, ex art.217.1.e de la LGT 58/2003, procede declarar la nulidad de la liquidación practicada y en consecuencia, anular la resolución del TEAC impugnada. Por ello, considero que debió estimarse el recurso contencioso-administrativo interpuesto en cuanto a este concepto objeto de regularización anteriormente indicado, en línea con la nueva doctrina del Tribunal Supremo.

Sin costas, conforme al art.139 de la ley jurisdiccional, al apreciarse relevantes las dudas de derecho existentes.

Así lo expresa el Magistrado firmante del voto particular, el cual habrá de notificarse a las partes junto con la resolución adoptada por la mayoría en la forma prevenida por la ley.

Dado en Madrid, en la misma fecha de la resolución de la que discrepo.

**PUBLICACIÓN.-** Leída y publicada ha sido la anterior sentencia dictada por el Ilmo. Magistrado Ponente de la misma, D.MANUEL FERNANDEZ LOMANA- GARCIA y el voto particular dictado por D. JAVIER EUGENIO LÓPEZ CANDELA, estando celebrando audiencia pública en el mismo día de la fecha, la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional.

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.