

BASE DE DATOS DE Norma DEF.-

Referencia: NFJ089823

AUDIENCIA NACIONAL

Sentencia de 15 de marzo de 2023

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Rec. n.º 903/2019

SUMARIO:

IS. Base imponible. Gastos deducibles. Retribuciones a administradores y consejeros. La Sala considera que en este caso la retribución y lo establecido en los Estatutos es conforme con la legalidad mercantil. [Vid., SAN, de 21 de septiembre de 2022, recurso n.º 904/2019 (NFJ087618)]. **IS. Base imponible. Gastos deducibles. Gastos financieros. Bono convertible.** Para obtener el valor de la parte correspondiente al componente de deuda del bono convertible, la entidad calculó un tipo de interés de mercado para un instrumento de deuda similar sin componente de patrimonio, tipo de interés que se fijó en un 6,25%. Destaca la Sala que, en fase de Inspección, la recurrente no supo ni pudo justificar porque había aplicado un tipo del 6,25%, es más, incluso aplicando su propios datos, el tipo era del 4,83% y todo ello por más que ahora presente un dictamen pericial que, curiosamente, obtiene exactamente el tipo del 6,25%. La Administración, para calcular dicho tipo de interés, busca comparables en el sector de aerolíneas y sólo encuentra uno, fijándose el tipo de interés de mercado al 4,15%. Pues bien, la Sala considera que el criterio de la Administración es el más razonable por lo siguiente: a. Al valorar la prueba aportada la Sala debe tener en cuenta que siendo el gasto una cantidad a deducir, lo lógico es que la recurrente desde el momento en que realizó la declaración hubiese estado en condiciones de justificar porque aplicó el tipo del 6,25%, y lo cierto es que no dio una explicación convincente. De hecho, aplicando los datos que ella misma aportó, como explica la Inspección, el tipo que debió aplicar hubiese sido en el mejor de los casos del 4,83%. b. La forma de proceder de la Administración, acudiendo a indicadores obtenidos de la plataforma le parece a la Sala razonable. Así pues, la ONFI (que emitió un informe de valoración) ha utilizado la plataforma Bloomberg, sin que se haya rebatido que, aplicando dicha plataforma, el riesgo crediticio sea equivalente a BBB-. La recurrente critica la utilización de dicha herramienta, pero lo cierto es que, esta herramienta es frecuentemente utilizada y, de hecho, la utilizó el propio recurrente en sus alegaciones previas al Acuerdo de Liquidación. En suma, la Sala considera razonable el informe de la ONFI en este punto. En cuanto a los comparables, considera la Audiencia que la forma de proceder de la ONFI es más razonable y se acerca más a la realidad que la aplicada en el dictamen aportado por el contribuyente, que busca comparables entre empresas que no pertenecen al sector como NOKIA o ABENGOA. Todas estas razones, unidas a los argumentos dados por la Administración, hacen que la Sala considere más ajustada la valoración efectuada por la Inspección, lo que implica la desestimación del motivo. Por lo demás, el hecho de que la operación está auditada o de que la CNMV no hubiese puesto ninguna objeción, no impiden que la Inspección, en el ámbito estricto de sus competencias y a efectos fiscales, analice la operación realizada. **Fiscalidad internacional. Rentas obtenidas con mediación de establecimiento permanente (EP). Rentas negativas obtenidas en el extranjero a través de un establecimiento permanente. Interpretación teleológica. Ajuste negativo derivado de las acciones entregadas a los empleados en 2014.** El artículo 13.1 f) del TRLIS establecía que no serían deducibles los gastos de «personal que se correspondan con pagos basados en instrumentos de patrimonio, utilizados como fórmula de retribución a los empleados, tanto si se satisface en efectivo o mediante la entrega de dichos instrumentos». Al no permitirse la deducción de dicho gasto procede realizar un ajuste positivo, no obstante, conforme al art. 19.5 del TRLIS, siendo dicho gasto cierto, permite imputar dicho gasto «en el periodo impositivo en que entreguen dichos instrumentos», lo que se traduce en el correspondiente ajuste negativo. En el ejercicio 2011, se realizaron los correspondientes ajustes positivos. Ahora bien, el problema es que conforme al art. 14.1 k) LIS, desde el 1 de enero de 2013, no son gasto deducible «las rentas negativas obtenidas en el extranjero a través de un establecimiento permanente, excepto en el caso de transmisión del mismo o cese de su actividad». Lo que implica que «la recuperación de los ajustes, cuando concurren los requisitos establecidos en la Ley del impuesto, no resulta efectiva por referirse a costes fiscales que incrementan la pérdida del establecimiento, sin que tales pérdidas sean deducibles conforme a la literalidad del art. 14.1 k)». Pues bien, la Sala señala que no puede discutirse que el legislador, con el fin de evitar la doble deducibilidad, establezca mecanismos legales al efecto. Pero siendo esa finalidad legítima, a juicio de la Sala la misma no resulta aplicable a un caso como el de autos en el que se efectuó y no se discute el correspondiente ajuste en el ejercicio 2011 y en el que se ha procedido a las entregas de acciones en 2014, produciéndose el correspondiente ajuste negativo, no estamos ante un supuesto de doble deducibilidad, antes el contrario, estamos ante un supuesto de sobreimposición y es claro que esta no ha sido la finalidad perseguida por el legislador español al establecer la norma, pues no cabe entender que el legislador ha pretendido hacer de peor condición a la sociedad española por el solo hecho

de que los empleados estén asignados a un establecimiento permanente en un país entonces miembro de la UE, esta interpretación no se compadece con los principios básicos que rigen a la UE -libertad de establecimiento-. Admite la Sala que el problema que se plantea en el caso de autos es un problema de derecho transitorio que la Ley 16/2013, no reguló. En concreto, se trataría de resolver que ocurre en casos como el de autos, en que se procedió a practicar un ajuste positivo y se tributó por dicha renta, cuando aquel ajuste revierte. Reversión que se ve afectada por la decisión del legislador de no permitir la deducibilidad de las rentas negativas. Por tanto, la Sala considera que es más adecuado sostener que procede una interpretación integradora, pues parece claro que la voluntad de la ley no ha podido ser la de gravar dos veces la misma renta. Por ello, atendiendo al fin general de la norma, para la Audiencia resulta más conforme a Derecho entender que, en supuestos como el de autos, en el que se obligó al contribuyente a realizar un ajuste positivo, el cambio normativo debe interpretarse en el sentido de que la nueva norma no impide la neutralización del ajuste positivo al que en su día se le obligó, pese a la literalidad del art. 14.1 k) TRLIS. En suma, en opinión de la Sala, la interpretación realizada por el TEAC se basa en la literalidad de la norma y no resulta conforme con una interpretación finalista inspirada en los principios generales del Derecho que informan el sistema como son, en especial, los de proporcionalidad y confianza legítima, produciéndose un supuesto de doble imposición. Todas estas razones llevan a la Sala a entender que, en un caso como el de autos, la norma debe interpretarse en el sentido de permitir la neutralización de los efectos del ajuste positivo regulado en su día, por lo que el motivo se estima.

PRECEPTOS:

RD 1514/2007 (PGC), Norma 9.^a.
RDLeg. 4/2004 (TR Ley IS), arts. 13 y 14.
RDLeg. 1/2010 (TRLSC), art. 219.
RD de 3 de febrero de 1881 (LEC), art. 326.

PONENTE:

Don Manuel Fernández-Lomana García.

Magistrados:

Don MANUEL FERNANDEZ-LOMANA GARCIA
Doña MARIA ASUNCION SALVO TAMBO
Don FRANCISCO GERARDO MARTINEZ TRISTAN
Don JOSE FELIX MARTIN CORREDERA
Don RAFAEL VILLAFANEZ GALLEG0

AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Contencioso-Administrativo

SECCIÓN SEGUNDA

Núm. de Recurso: 0000903 /2019

Tipo de Recurso: PROCEDIMIENTO ORDINARIO

Núm. Registro General: 17398/2019

Demandante: INTERNATIONAL CONSOLIDATES AIRLINES GROUP (ICAG)

Procurador: D. JOSÉ LUIS PINTO-MAROTO RUIZ

Demandado: TRIBUNAL ECONOMICO ADMINISTRATIVO CENTRAL

Abogado Del Estado

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

SENTENCIA Nº :

Ilma. Sra. Presidenta:

D^a. MARÍA ASUNCIÓN SALVO TAMBO

Ilmos. Sres. Magistrados:

D. MANUEL FERNÁNDEZ-LOMANA GARCÍA
D. FRANCISCO GERARDO MARTINEZ TRISTAN
D. JOSE FELIX MARTIN CORREDERA
D. RAFAEL VILLAFANEZ GALLEGO

Madrid, a quince de marzo de dos mil veintitrés.

Ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, se ha tramitado el recurso nº 903/2019, seguido a instancia de INTERNATIONAL CONSOLIDATES AIRLINES GROUP (ICAG), que comparece representada por el Procurador D. José Luis Pinto-Maroto Ruiz y asistido por Letrado, contra la Resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central de 10 de septiembre de 2019 (RG 2283/2018); siendo la Administración representada y defendida por el Sr. Abogado del Estado. La cuantía ha sido fijada en 1.788.848,25 €.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.

Con fecha 23 de diciembre de 2019, se interpuso recurso contencioso-administrativo.

Segundo.

Tras varios trámites se formalizó demanda el 30 de junio de 2020. Presentado la Abogacía del Estado escrito de contestación el 29 de julio de 2020.

Tercero.

Se admitió la prueba instada. Se presentaron escritos de conclusiones los días 22 de octubre y 16 de noviembre de 2020. Procediéndose a señalar para votación y fallo el día 1 de marzo de 2023.

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 10 de septiembre de 2019 (RG 2283/2018), que desestimó el recurso en relación con el IS ejercicios 2013 y 2014.

Los motivos de impugnación son tres:

1. La deducibilidad de las retribuciones satisfechas a los consejeros de la sociedad -pp. 5 a 78-.
2. Sobre la improcedencia del ajuste relativo al bono convertible emitido por ICAG -pp. 79 a 112-.
3. Procedencia del ajuste negativo derivado de las acciones entregadas a los empleados en 2014 (PSP 2011) -pp. 112 a 129-.

Segundo. *La deducibilidad de las retribuciones satisfechas a los consejeros de la sociedad.*

A. Como conocen las partes esta materia ha sido tratada en las SAN (2^a) de 22 de septiembre de 2022 (Rec. 904/2019) y 8 de marzo de 2023 (Rec. 908/2019), estimándose el recurso.

B. Los hechos necesarios para resolver se describen con detalle en el acta.
De su lectura se infiere que:

1. La Sociedad INTERNATIONAL CONSOLIDATED AIRLINES GROPU SA (IAG), es la sociedad holding de BRTISH ARIWAYS e IBERIA. Siendo una entidad que cotiza -p. 5-.
2. Las funciones del Consejo de Administración se describen en las pp. 5 y 6, diferenciando la sociedad entre consejeros con funciones ejecutivas y consejeros con funciones no ejecutivas.
3. En las pp. 4 a 6 de la Resolución del TEAC se transcribe el art. 37 de los Estatutos de la entidad. Dicho artículo establece el carácter retribuido de los miembros del Consejo de Administración de la entidad y distingue entre consejeros con o sin funciones ejecutivas.

Al ser esencial para la solución del debate, debemos reflejar el extenso contenido del art 37 de los Estatutos. Los cuales rezan:

"Artículo 37. *Retribución.*

1. El cargo de Consejero es retribuido.
2. La retribución de los Consejeros en su condición de tal consistirá en una asignación fija, anual o periódica, y en una retribución variable en especie.
3. La remuneración, global y anual, para todo el Consejo de Administración y por los conceptos anteriores, será la cantidad que a tal efecto determine la Junta General (que permanecerá vigente hasta tanto ésta no acuerde su modificación), si bien el Consejo de Administración podrá reducir este importe en los ejercicios en que lo estime conveniente. Corresponderá al propio Consejo de Administración la distribución del importe citado entre los administradores en la forma, momento y proporción que libremente determine, pudiendo existir retribuciones diferentes en función de (i) las características concurrentes en cada Consejero o categoría de Consejeros, (ii) las funciones y responsabilidades atribuidas dentro del Consejo y sus Comisiones y (iii) las restricciones previstas en los presentes estatutos sociales o en el Reglamento del Consejo de Administración en relación con el cobro de retribución por el cargo de Consejero en otra u otras sociedades del Grupo, correspondiendo igualmente al Consejo la determinación de la periodicidad y forma de pago de la asignación. Los Consejeros no podrán ser retribuidos más de una vez por el desempeño de tal cargo si pertenecen al Consejo de Administración de otra u otras sociedades del Grupo.
4. Sin perjuicio de las retribuciones anteriormente mencionadas, la retribución de los Consejeros ejecutivos también podrá consistir en la entrega de acciones, o de derechos de opción sobre las mismas o en cantidades referenciadas al valor de las acciones. La aplicación de esta modalidad de retribución requerirá el acuerdo de la Junta General, expresando, en su caso, el número máximo de acciones que se podrán asignar en cada ejercicio a este sistema de remuneración, el precio de ejercicio o el sistema de cálculo del precio de ejercicio de las opciones sobre acciones, el valor de las acciones que, en su caso, se tome como referencia y el plazo de duración del plan.
5. Adicionalmente, los administradores tendrán derecho al abono o reembolso de los gastos razonables en que éstos hubieran incurrido adecuadamente como consecuencia de su asistencia a reuniones y demás tareas relacionadas directamente con el desempeño de su cargo de administrador, tales como los de desplazamiento, alojamiento, manutención y cualquier otro en que pudiera incurrir.
6. Con independencia de las retribuciones previstas en los subapartados precedentes, derivadas de la pertenencia al Consejo de Administración, los Consejeros que desempeñen funciones ejecutivas, sea cual fuere la naturaleza de su relación con la Sociedad, tendrán derecho a percibir las remuneraciones, laborales o profesionales, fijas o variables, dinerarias o en especie, que, por acuerdo del Consejo de Administración, procedan por el desempeño de dichas funciones, incluyendo la participación en los sistemas de incentivos que, en su caso, se establezcan con carácter general para la alta dirección de la Sociedad que podrán comprender entrega de acciones o de derechos de opción sobre las mismas o retribuciones referenciadas al valor de las acciones, en todo caso con sujeción a los requisitos que se establezcan en la legislación vigente en cada momento, y la participación en los sistemas de previsión y seguro oportunos. En caso de cese en dichas funciones podrán tener derecho, en los términos y condiciones que apruebe el Consejo de Administración, a una compensación económica adecuada. Las retribuciones que correspondan por los conceptos señalados y los demás términos y condiciones de la relación se incorporarán al oportuno contrato, que deberá ser aprobado por el Consejo de Administración con el voto favorable de las dos terceras partes de sus miembros. El Consejero afectado deberá abstenerse de asistir a la deliberación y de participar en la votación.

7. La Sociedad podrá, adicionalmente, contratar un seguro de responsabilidad civil para cualquier consejero o antiguo consejero de la Sociedad o de cualquier sociedad vinculada en las condiciones usuales y razonables teniendo en cuenta las circunstancias de la propia Sociedad. La Sociedad reembolsará a los administradores los gastos que hayan realizado e indemnizará a cualquier consejero o antiguo consejero de la Sociedad o de cualquier sociedad vinculada de los perjuicios que hayan experimentado a consecuencia o con ocasión del desempeño de las funciones propias de su cargo, incluidos los que se deriven de procedimientos penales, administrativos o civiles entablados en su contra, excepción hecha de los gastos y perjuicios que traigan causa del incumplimiento por los administradores de sus deberes legales frente a la Sociedad. Ningún consejero o antiguo consejero de la Sociedad o de una sociedad vinculada será responsable ante la Sociedad o los accionistas por los beneficios facilitados en virtud de este artículo y la percepción de dichos beneficios no incapacitará a dicha persona para ser o llegar a ser consejero de la Sociedad.

8. A los Consejeros, una vez hayan cesado, se les aplicará el régimen de derechos que apruebe la Junta General (en su caso, como parte de la política de remuneraciones de los Consejeros) en relación con los billetes de avión de las compañías aéreas filiales o participadas de la Sociedad y con las que la Sociedad (o sus compañías aéreas filiales o participadas) mantenga acuerdos sobre esta materia".

C. Bastaría, por lo tanto, por dar por reproducido lo razonado en las indicadas sentencias, pues el supuesto de hecho es idéntico, si bien enjuiciando otros ejercicios. En la primera de las sentencias el ejercicio 2011 y en la segunda el 2012. Ahora enjuiciamos los ejercicios 2013 y 2014.

No obstante, la Sala quiere reforzar los argumentos dados en nuestras anteriores sentencias.

1. El criterio que viene sosteniendo la Sala al enjuiciar el problema de la retribución de los Administradores es que se trata de un problema de legalidad. Por lo tanto, cuando la retribución se ajusta a lo establecido en la legislación mercantil y en los estatutos de la sociedad estaremos ante un gasto deducible. Por el contrario, no se considerará gasto deducible una retribución que nítidamente sea contraria a lo establecido en los estatutos - STS de 2 de enero de 2014 (Rec. 4269/2012)-.

2. En el caso de la retribución de los administradores en entidades cotizadas la solución no puede ser exactamente la misma que la establecida para las entidades no cotizadas. Ciertamente, cuando ocurrieron los hechos y así lo entienden las dos partes litigantes, pero la Sala no debe ignorar, a la hora de enjuiciar los hechos, la reforma operada por la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, ni tampoco la reforma establecida en la Ley 5/2021.

No podemos aplicar una normativa que no estaba en vigor y no es aplicable al caso de autos, pero como acertadamente se razona en la demanda, no se trata de aplicar una norma posterior que no era de aplicación, lejos de ello, se trata de saber si la regulación establecida en los estatutos, que anticipa la solución posteriormente recogida en la ley -la cual venía siendo recomendada y avalada por la doctrina e informes- era o no contraria a Derecho. Y la respuesta es que, en opinión de la Sala, la regulación contenida en los estatutos no era contraria a la legislación mercantil aplicable y se ha visto avalada por la posterior evolución legislativa. Lo que nos ratifica en la solución que hemos dado en las sentencias antes citadas, en especial, la primera de ellas.

3. En efecto, la nueva regulación mantiene el carácter no retribuido de los administradores salvo disposición expresa en los estatutos -art. 217. LSCP-; sin embargo, cuando se trata de una entidad cotizada la regla es la contraria, es decir, el cargo se presume retribuido salvo disposición contraria en los estatutos -art 529 sexties-. No era pues contrario a la norma -ahora no lo es con más razón- que los estatutos de la sociedad establezcan con carácter general que el cargo de administrador será retribuido.

4. La actual regulación, al igual que los estatutos que enjuiciamos, diferencia claramente, en las sociedades cotizadas, entre la remuneración de sus consejeros " por su condición de tal" -art. 529 septdecies- y la retribución de los consejeros " por el desempeño de funciones ejecutivas" -art. 529 octodecies-. Dando solución a un problema que ya había puesto de relieve la doctrina: en las sociedades de capital que adoptan la forma de gestión de Consejo de Administración es usual que se delegue o atribuya la gestión a determinados consejeros, siendo lógico que estos puedan tener, como consecuencia de tal desempeño, una retribución diferente.

Profundizando en esta idea no cabe sostener que lo establecido en los estatutos de la sociedad que ahora enjuiciamos, al disponer una retribución distinta para los miembros del consejo de administración según desempeñen o no funciones ejecutivas, sea contrario a Derecho. Lejos de ello, la Resolución de la Dirección de Registros y del Notariado (DGRN) de 25 de febrero de 2014 (3514/2014), ya había establecido, aplicando la regulación anterior, que debía diferenciarse entre aquellos supuestos de administrador solidaria o mancomunada, en que los que carece de sentido establecer un trato desigual y aquellos otros en los que " las sociedades están dotadas de un órgano de administración de estructura compleja en los que es perfectamente posible distinguir funciones distintas a llevar a cabo por los administradores en función del cargo que ostenten", no existiendo " problema conceptual en aceptar el carácter retribuido del cargo de alguno o algunos de los administradores frente

al resto siempre que exista un factor de distinción. Y, precisamente, el trabajo que desempeñen para la sociedad es la circunstancia que justifica, la que causaliza, la retribución especial".

La Resolución, además, afirma con razón que: " No debe confundirse esta afirmación con la doctrina expuesta recientemente por esta Dirección General (Resolución de 3 de abril de 2013) en relación a la doctrina del vínculo, pues no es la cuestión que ahora se ventila. Una cosa es que el administrador remunerado no pueda recibir ninguna otra remuneración por llevar a cabo la tarea de gestión y representación derivada de su nombramiento y otra muy distinta que sólo aquellos administradores que realicen determinadas funciones especiales propias del cargo que ostentan reciban una remuneración o reciban una remuneración distinta. Es la regulación legal del órgano de administración la que da lugar a ello al prever que, en órganos de administración de cierta complejidad, existan miembros que lleven a cabo especiales labores. Así ocurre con la figura del consejero delegado, con la del miembro del consejo investido de poder de representación o con la del consejo consultivo respecto del que el Reglamento del Registro Mercantil prevé expresamente que «podrá hacerse constar... el correspondiente sistema de retribución de los titulares de dicho cargo» (artículo 124.2)".

Lo anterior es relevante, pues la Resolución que analizamos y la Inspección se basan, en parte, en una errónea aplicación de la teoría del vínculo.

5. En cuanto al requisito de la "certeza", tanto el TEAC como la Inspección aplican, lo decimos con el máximo respeto, una doctrina en exceso rígida o formalista que ha sido superada por la más reciente jurisprudencia.

Si bien en un principio se sostuvo que la reserva estatutaria debía referirse a los conceptos y a la cuantía que debían percibir los administradores, se ha ido abriendo camino, en el ámbito mercantil, la idea de que el sistema retributivo debe recoger, en su aspecto objetivo, únicamente los distintos conceptos retributivos en virtud de los cuales se compensará a los administradores, quedando fuera del ámbito de la reserva estatutaria la concreta cuantía a percibir por la realización de las funciones de administración. Lo que permite una interpretación más flexible y abierta. De hecho, la evolución normativa descrita es un claro indicador de que esta es la línea interpretativa correcta. Obsérvese que inicialmente la norma utilizaba la expresión los estatutos " determinarán concretamente la participación"; posteriormente utilizó la expresión " determinarán concretamente la participación o el porcentaje máximo de la misma" y, por último, la expresión " determinará el porcentaje aplicable dentro del máximo establecido en los estatutos sociales".

Esta flexibilidad en la interpretación puede seguirse en la doctrina más reciente del TS. Así, como se recoge en la STS (Civil) de 19 de septiembre de 2017 (Rec. 390/2015), " aunque [la norma] también tutela el interés de los administradores, tiene por finalidad primordial potenciar la máxima información a los accionistas a fin de facilitar el control de la actuación de éstos en una materia especialmente sensible, dada la inicial contraposición entre los intereses particulares de los mismos en obtener la máxima retribución posible y los de la sociedad en minorar los gastos y de los accionistas en maximizar los beneficios repartibles".

Es por ello básico, como señala la STS (Civil) de 9 de abril de 2015 (Rec. 1785/2013), la fijación en los estatutos de un sistema de retribución, entendiéndose por tal " el conjunto de reglas encaminadas a determinar la retribución", concediendo la normativa un " amplio margen de libertad al efecto". En este sentido, el Alto Tribunal considera suficientemente "precisa" que los estatutos estableciesen una retribución de una " cantidad fija de dinero" que será determinada "por acuerdo de la junta general fijado anualmente". Añadiendo la sentencia que " es verdad que el precepto estatutario podía haber sido más concreto, completando la determinación de la cuantía con unos criterios generales que sirvieran de base para su fijación, no tanto en interés de los accionistas sino en interés de los propios administradores", pero entiende el Alto Tribunal que la fijación estatutaria descrita es suficiente para garantizar el cumplimiento de los fines buscados por la norma. Pues lo que " se dejaba a la decisión de la junta general cada año no era la fijación del sistema retributivo (el pago de una cantidad fija de dinero), sino su concreción (qué cuantía debía tener ese pago en cada ejercicio)" - STS de 19 de septiembre de 2017 (Rec. 390/2015)-.

Lo que no sería admisible es que no se fijase en los estatutos sistema de retribución alguno - STS de 19 de septiembre de 2017 (Rec. 390/2015)-. Pero sí sería válida la constancia en los estatutos del sistema de retribución de los administradores de la sociedad , "sin que sea necesaria la concreción de una cuantía determinada"- STS (Civil) de 25 de junio de 2013 (Rec.1469/2011)-. No es preciso por lo tanto que los estatutos especifiquen una cuantía concreta y, por lo misma razón, no es preciso que especifiquen un porcentaje concreto, siendo válido, sin embargo, que fijen un límite máximo a la Junta, pues en un caso como el de autos, la mayor flexibilidad beneficia, no perjudica, al accionista.

D. Partiendo de las anteriores premisas jurídica, podemos ahora enjuiciar la argumentación dada por el TEAC.

1. Sobre las retribuciones de los Consejeros " por su condición de tal", obra Certificación emitida por el Secretario del Consejo, en la que se indica que a efectos de lo dispuesto en el Estatuto se fija " la cantidad bruta máxima de 3.500.000 €....la retribución anual (asignación anual fija y retribución variable en especie) que puede satisfacer la Sociedad el conjunto de sus Consejeros en su condición de tales, excluida la remuneración de los Consejeros Ejecutivos por dicha condición. La fijación de la cantidad exacta a abonar dentro de ese límite y la

distribución entre los distintos Consejeros corresponde al Consejo de Administración. La retribución variable incluirá el abono de billetes de la compañía.... Por un importe máximo de 500.000 €.....brutos anuales como máximo para el conjunto de los Consejeros".

El TEAC afirma, por un parte, que esta certificación que refleja lo acordado por el entonces accionista único - arts 15 y ss. LCSP- y cuya decisión no ha sido modificada por la Junta General " no es suficiente". Pero no explica la razón de tal insuficiencia.

La Sala, con todo el respeto para el TEAC, no entiende las razones por las que una certificación emitida por el Secretario del Consejo no pueda considerarse válida, cuando el art. 109 del Reglamento de Registro Mercantil (RRM), dispone que " la facultad del certificar las actas y los acuerdos de los órganos colegiados de las sociedades mercantiles correspondeAl Secretario y, en su caso, la Vicesecretario del órgano colegiados de administración, sea o no administrador".

Quizás se refiera el TEAC a que lo certificado no cumple con el requisito de "certeza", pero esta apreciación no es acertada, como hemos anticipado, conforme a los más recientes pronunciamientos jurisprudenciales.

Lo primero que cabe decir al respecto es que a las retribuciones de los consejeros por su condición de tales les resulta aplicable el art 217, de hecho, el actual art. 529 spetdecies, remite a lo establecido en dicha norma.

Ciertamente la redacción aplicable al caso de autos, poco decía, pues se limitaba a decir que los estatutos debían establecer " el sistema de retribución". La reforma operada por la Ley más precisa, pues aparte de reiterar la necesidad de que los estatutos establezcan un " sistema de retribución", describe cuales pueden ser dichos sistemas, entre otros, " una asignación fija" y " una retribución variable con indicadores o parámetros generales de referencia". Y añade que es la Junta General la que debe determinar el importe máximo y que dicho importe permanecerá vigente en tanto no se aprueba la modificación. La nueva redacción ha recogido la evolución de la doctrina a la hora de interpretar el alcance del art 217 de la LSCP. Es una interpretación que no nova, sino que aclara una interpretación ya posible con la normativa anterior.

En nuestra opinión, los Estatutos analizados si cumplen con el requisito de "certeza". En efecto, si se lee el art 37.3 de los Estatutos no puede decirse, salvo mejor criterio, que los mismos no cumplan con el requisito de suficiente certeza, en los términos en los que actualmente se interpretan, pues lo esencial, es que los estatutos fijen el sistema retributivo -en este caso no reciben una participación en los beneficios por lo que sólo es aplicable el art 217, no el 218-; no siendo preciso que fijen el quantum, bastando con que establezcan el sistema de retribución.

En este sentido, la STS (Civil) de 9 de abril de 2015 (Rec. 1785/2013), antes citada. afirma que el sistema de retribución acordado -una cantidad fija En la misma línea las STS (Civil) de 19 de septiembre de 2017 (Rec. 390/2015) y 25 de junio de 2013 (Rec. 1469/2011), entre otras.

Repárese por último que, al tratarse de una sociedad cotizada, el régimen de transparencia es mucho mayor. Baste al efecto con remitir a las Circulares 4/2007, de 27 de Diciembre y 5/2013, de 12 de junio, de la CNMV. Habiéndose cumplido por la entidad y así consta con el requisito actualmente establecido en el actual art 541 de la LSCP - informe sobre las remuneraciones de los Consejeros- e informando sobre las retribuciones en las cuentas anuales, en línea con la Recomendación 41 del Código de Buen Gobierno de las Sociedades Cotizadas de 2006 .

2. Sobre las retribuciones de los Consejeros " por el desempeño de funciones ejecutivas". Ya hemos explicado que diferenciar entre los meros Consejeros y los Consejeros que realizan funciones ejecutivas a efectos retributivos en los Estatutos, no sólo no era contrario a la normativa mercantil, sino que, claramente se establece este tratamiento diferenciado en la actual norma, siguiendo las recomendaciones de la doctrina.

En este caso, la certificación obrante en autos indica, conforme a lo establecido en el art 37.6 del Estatuto, que al margen de su función como miembros del Consejo de Administración " que no será retribuida" y " excluyendo retribuciones en acciones de la Sociedad o vinculadas al valor de dichas acciones", la retribución de los Consejeros con funciones ejecutivas se fija en " la cantidad de 8.100.000 €....correspondiente al Consejo de Administración la fijación concreta dentro de ese límite".

Las razones que hemos dado antes justifican que consideremos que en este caso la retribución y lo establecido en los Estatutos es conforme con la legalidad mercantil.

3. En el caso de los Consejeros con funciones ejecutivas, se fija, además, la remuneración mediante la entrega de acciones. Esta forma de remuneración se regula por el art 219 de la LSCP.

En la redacción aplicable la norma establecía que este sistema de remuneración debía " preverse expresamente en los estatutos y su aplicación requerirá acuerdo de la Junta General". Añadiendo la norma que " el acuerdo de la Junta General expresará, en su caso, el número de acciones a entregar, el precio de ejercicio de los derechos de opción, el valor de las acciones que se tome como referencia y el plazo de duración de este sistema de retribución". El art 219 de la LSCP fue modificado por la Ley 31/2014, pero la modificación efectuada no nos interesa a efectos de resolver la cuestión objeto de litigio.

Que la posibilidad de retribuir a los Consejeros mediante entrega de acciones se encontraba establecida en los Estatutos se infiere de la simple lectura del art 37.4 de aquellos. Obran también certificaciones los acuerdos de la Junta General, en relación con los ejercicios objeto de debate y que se reproducen en las pp. 31 y ss. Basta la lectura de los mismos para ver que, en efecto, los requisitos establecidos en la norma se cumplen.

En realidad, el TEAC, al margen de no admitir la validez de las certificaciones emitidas por el Secretario del Consejo de Administración, lo cual, como hemos dicho no compartimos, no expone argumentos en contra de este tipo de remuneración, pues ara rechazar la retribución se basa, esencialmente, en la denominada teoría del milímetro, la cual, ya hemos explicado, que no puede ser aplicada vista la evolución de la jurisprudencia. Por último, las funciones de los Consejeros ejecutivos, se encuentre en el Reglamento del Consejo de Administración -art 528 y 529 LSCP- y se describen con detalle en las pp. 63 y ss. de la demanda, se aprecia que las mismas son lógicas y concuerdan con lo establecido actualmente en los arts. 529 ter y ss.

Ratificando pues y ampliando los argumentos que hemos utilizado en precedentes decisiones, estimamos el motivo.

Tercero. *Sobre la improcedencia del ajuste relativo al bono convertible emitido por ICAG.*

A. Sobre la regularización efectuada:

1. El Acuerdo de liquidación en las pp. 28 y ss. describe la operación. En el año 2013, ICAG emitió unos bonos convertibles y canjeables en acciones ordinarias de nueva emisión o ya en circulación de 390 millones €, con un tipo nominal de 1,75% y pago de intereses semestral. Los bonos se emitieron a cotización en el mercado de bolsa de Londres y tienen una cotización de 5 años a contar desde la fecha del cierre de la emisión el 31 de mayo de 2018.

Dado que el emisor es una sociedad holding, que depende de sus principales filiales operativas, British Airways (BI) e Iberia y de los ingresos y flujos de caja que estas generen, la deuda se encuentra, de hecho, subordinada a todos los acreedores de las filiales.

La operación se describe con detalle en las pp. 28 y 29.

La financiación obtenida con dicho bono se destinó a un préstamo con la sociedad Velos SL, para la adquisición por esta de las participaciones de Vueling. El remanente permaneció en caja -p 18 Resolución-.

2. Conforme a lo establecido en la Norma de Registro y Valoración 9º.5 del Plan General de Contabilidad, aprobado por el RD 1514/2007, un bono convertible es un instrumento financiero compuesto que incluye un componente de pasivo y de patrimonio. La Inspección centró su análisis en el valor del componente de la deuda ya que esta genera gastos financieros deducibles por la entidad en los ejercicios comprobados.

Para obtener el valor de la parte correspondiente al componente de deuda del bono convertible, la entidad calculó un tipo de interés de mercado para un instrumento de deuda similar sin componente de patrimonio. El tipo de interés utilizado por la entidad para calcular el componente pasivo del bono convertible fue del 6,25%.

3. La Inspección requirió a la entidad para que explicase cómo había obtenido el tipo del 6,25% -diligencia nº 10-.

La recurrente emitió un correo electrónico que puede leerse en la p. 32 del Acuerdo. En esencia se decía que:

El " CDS Price for 5 years" era de 376,43 puntos básicos en la fecha en que el bono convertible fue emitido; que el " Mid sawp rate" a 5 años era de 81,74 puntos básicos; que debía ser añadido un diferencial (spread) de entre 100 y 150 puntos básicos por subordinación al nivel IAG y otra prima de entre 25 y 50 puntos básicos por la opción que IAG tiene sobre los bonos convertibles para rescatarlos con unos determinados criterios. Partiendo de dichos datos que se cuantificaban en la forma descrita en la p. 32 de la Resolución el Rate era de 6,25%.

La Inspección no se conformó con dicha explicación y solicitó a la recurrente que explicase de donde obtenía tales magnitudes. Se hicieron varios requerimientos y así consta en las diligencias nº 21, 22, 23, 24 y 25. La Inspección indicó que estos datos eran esenciales de forma reiterada. Finalmente, la recurrente presentó escrito en el que realizaba consideraciones genéricas -en la p. 33 del Acuerdo se reproduce el escrito-.

La Inspección no consideró justificado al tipo aplicado y solicitó un informe de la ONFI.

4. Este informe es la base de la regularización efectuada.

Como explica la Inspección en las pp. 6 y ss. del informe, en el caso de autos nos encontramos ante un " instrumento financiero compuesto", entendiéndose por tal " un instrumento financiero no derivado que incluye componentes de pasivo y de patrimonio simultáneamente". Siendo los bonos convertibles en acciones un instrumento financiero compuesto, pues incluyen una opción de conversión para el tenedor del bono.

Resultando aplicable la Norma de Valoración 9ª5 del Plan General de Contabilidad. Conforme a dicha Norma:

" Si la empresa hubiera emitido un instrumento financiero compuesto, reconocerá, valorará y presentará por separado sus componentes.

La empresa distribuirá el valor en libros inicial de acuerdo con los siguientes criterios que, salvo error, no será objeto de revisión posteriormente:

- a. Asignará el componente de pasivo el valor razonable de un pasivo similar que no lleva asociado el componente de patrimonio.
- b. Asignará al componente de patrimonio la diferencia entre el importe inicial y el valor asignado al componente pasivo.
- c. En la misma proporción distribuirá los costes de transacción".

Por lo tanto, en el registro contable inicial del instrumento compuesto ha de determinarse el valor razonable de un pasivo similar a las obligaciones emitidas pero que no tuviera opción de conversión.

Una vez determinado el componente pasivo este debe seguir el tratamiento correspondiente a la categoría de pasivo en que deba ser clasificado que en el caso de ICAG es el de "Préstamos y partidas a pagar", debiendo valorarse, por tanto, por su coste amortizado. Los intereses devengados se contabilizarán en la cuenta de pérdidas y ganancias, aplicando el método del interés efectivo.

5. Comienza por indicar la Inspección que la justificación dada al tipo del 6,25% por la recurrente no es correcta.

En efecto, la Inspección indica que el "CDS Price for 5 years" a la fecha de emisión no era a 31 de mayo de 376, 43 puntos, como se dijo por la recurrente, sino de 263,36 puntos básicos. Curiosamente en la p. 24 del informe aportado por la recurrente se dice lo mismo.

El "Mid swap rate" a 5 años no era de 81,74 puntos básicos, sino de 95,39, en el informe pericial aportado por la recurrente se dice lo mismo.

No se aportó durante la fase inspectora justificación alguna de los diferenciales por la subordinación.

Y, en relación con el rescate anticipado, la Inspección acude a la plataforma Bloomberg y resulta que la variación de valor es "insignificante".

Y razona la Inspección y nos parece relevante, que aplicando los mismos criterios y corrigiendo los datos de la recurrente e incluso admitiendo hipotéticamente la media por subordinación que, recordemos, nunca se justificó en fase inspección el tipo sería de 4,83%, significativamente inferior al 6,25% aplicado y que, recordemos, la sociedad recurrente pese a ser reiteradamente requerida al efecto nunca justificó $(262,365 \text{ (CDS)} + 95,38 \text{ (MID Swap rate)} + 125 \text{ (media por subordinación)}) = 482,745$ puntos básicos).

Es decir, y nos parece muy relevante, en fase de Inspección la recurrente no supo ni pudo justificar porque había aplicado un tipo del 6,25%, es más, incluso aplicando sus propios datos, el tipo era del 4,83% y todo ello por más que ahora presente un dictamen pericial que, curiosamente, obtiene exactamente el tipo del 6,25%.

6. Desechado, por lo expuesto, la Inspección busca obligaciones comparables. Para ello:

-Procede a determinar la calificación crediticia de la entidad emisora. Al efecto aplica a ICAG, la plataforma Bloomberg que permite calcular la probabilidad de impago de la empresa y asignar una posición de riesgo crediticio a 31 de mayo de 2013, concluyendo que en terminología de Standard & Poor's equivale a BBB(-).

-Acto seguido busca comparables en el sector de aerolíneas y sólo encuentra uno: Air France-KLM-AFPP. Esta emisión se retribuye al 4,15%. Ciertamente Bloomberg asigna a esta entidad un riesgo crediticio inferior al considerado por IAG, pero teniendo en cuenta que en aquella la subordinación es menor y que el aspecto de la subordinación se suele valorar rebajando al rating crediticio de la deuda en uno o dos escalones

B. Una vez que hemos descrito lo ocurrido estamos ya en condiciones de dar respuesta al problema planteado.

1. Como bien se afirma en la demanda, la Administración no discute la elección por parte de ICAG del bono convertible como instrumento financiero -p. 86 de la demanda-.

Tampoco discute la normativa contable aplicable ni como debe ser interpretada. Ni la metodología aplicada, de hecho, como se afirma correctamente por la Abogacía del Estado en conclusiones, la Administración "consideró razonable la metodología empleada por el contribuyente, pero discrepó en la cualificación de las variables, por considerar que tres de ellas no eran correctas (el tipo de interés sin riesgo, el margen de riesgo medio a través de CDS y la retribución asignada a la opción de rescate) y que la cuarta, la prima por subordinación no estaba correctamente cuantificada" -p. 2 del escrito de conclusiones-.

La discusión queda limitada a una cuestión puntual: mientras que para la recurrente el tipo de interés aplicable sería del 6,25%, para la Administración sería del 4,15%. Lo que implica que para la recurrente p. 80 de la demanda los gastos financieros en 2013 ascenderían a 11.957.718,82 € y en 2014 a 21.017.741,07 €; mientras que para la Administración sería de 8.915.08,91 € y 15.572.678,78 €.

Esta es pues la cuestión debatida.

2. Conviene precisar que, en todos estos casos, como razonamos en nuestra SAN (2ª) de 19 de noviembre de 2022 (Rec. 103/2019), " el método empleado es aproximativo", no estamos ante una ciencia exacta y lo único que se puede pedir a las partes es una " aproximación razonable", debiendo prevalecer en supuestos en los que las partes sostienen criterios distintos aquella que se considere más razonable y, por lo tanto, que se acerque más a la realidad. Se trata de saber quién aporta un criterio más adecuado. En la misma línea las SAN (2ª) de 4 de febrero de 2021 (Rec. 658/2017) y 21 de mayo de 2021 (Rec. 1153/2017).

Pues bien, la Sala considera que el criterio de la Administración es el más razonable por lo siguiente:

a. Al valorar la prueba aportada la Sala debe tener en cuenta que siendo el gasto una cantidad a deducir, lo lógico es que la recurrente desde el momento en que realizó la declaración hubiese estado en condiciones de justificar porque aplicó el tipo del 6,25%.

Como hemos descrito la Inspección requirió reiteradamente al efecto a la sociedad demandante para que explicase cómo había obtenido el tipo del 6,25 %. Y lo cierto es que no dio una explicación convincente. De hecho, aplicando los datos que ella misma aportó, como explica la Inspección, el tipo que debió aplicar hubiese sido en el mejor de los casos del 4,83% -pp. 7 a 11 del informe del Equipo de Valoración (EVV). Es ahora, cuando la recurrente, a través de la pericial, justifica el tipo que, curiosamente, coincide exactamente con el tipo del 6,25% que en ningún momento del procedimiento inspector estuvo en condiciones de justificar.

b. Como hemos anticipado el primer punto de debate entre las partes es la " calificación crediticia de la entidad emisora".

Este punto se analiza en las pp. 11 y ss. del Informe del EV. La Administración explica que acudió a la plataforma Bloomberg, concluyendo que a la fecha de emisión (31/5/2013), la calificación era de IG - Investment Grade- lo que en terminología Standar & Poor's equivale a "BBB-".

Lo que hace el informe de la demandante (AFI), es acudir a la calificación crediticia que si tenía British Airways (BA), que si contaba con rating oficial, que era de BB por parte de Stándar & Poor's y B+ por parte de Moody's, aplicando el medio de BB-.

La forma de proceder de la Administración, acudiendo a indicadores obtenidos de la plataforma nos parece razonable.

En efecto, como se indica en el escrito de conclusiones del AE -pp. 9 y ss-, la ONFI ha utilizado la plataforma Bloomberg, sin que se haya rebatido que, aplicando dicha plataforma, el riesgo crediticio sea equivalente a BBB-. La recurrente critica la utilización de dicha herramienta, pero lo cierto es que como se indica en la p. 10 de las conclusiones del AE, esta herramienta es frecuentemente utilizada y, de hecho, la utilizó el propio recurrente en sus alegaciones previas al Acuerdo de Liquidación. Por lo demás, en las pp. 12 y 13 del escrito de conclusiones de la AE, se contestan las objeciones formuladas en el uso de dicha plataforma, en nuestra opinión, de forma adecuada.

Repárese, por último, que como se indica conclusiones por la AE, los peritos reconocieron que no habían tenido en cuenta otras características de las emisiones y como se afirma en la p. 7, " AFI contempla como situación incontestable un riesgo crediticio para ICAG de B, con base a un estudio que puede venir afectado por características no consideradas (como el plazo) y que, además, penaliza la calificación más que el estudio de Moody's aportado. Asimismo, no ha tenido en consideración aspectos clave como las sinergias y diversificación geográfica del grupo. Por último, las expectativas que el mercado tenía sobre las acciones de ICAG y las propias obligaciones convertibles, con cotización claramente al alza, no parecen acordes con el nivel de riesgo que conlleva una calificación B". En este sentido nos parecen relevantes las consideraciones realizadas por la Inspección en las pp. 129 y ss. del Acuerdo de liquidación.

En suma, la Sala considera razonable el informe de la ONFI en este punto.

c. En cuanto a los comparables, la Administración ha buscado entre entidades del sector aerolíneas que hayan realizado emisiones similares y encuentra dos: AIR BERLIN y AIR FRANCE.

Acto seguido explica que es AIR FRANCE quien tiene una calificación crediticia comparable y rechaza tomar en consideración a AIR BERLIN al ser su calificación crediticia HY\$, equiparable con la de B+ -p. 13-. Acto seguido expone que AIR FRANCE tiene una peor calificación crediticia. En efecto, aplicando Bloomberg AIR FRANCE tendría una calificación crediticia de HY1 (equiparable a BB+) e ICAG de IG 10 (equiparable a BBB-) " presentado AIR FRANCE un escalón menos que IAG". Pero se razona que " la peor calificación crediticia de AIR FRANCE se vería compensada por una mayor subordinación de las obligaciones de IAG por lo que el interés del 4,15% sería un buen comparable...la opción de rescate del bono convertible de IAG ...presenta un valor absolutamente insignificante". Además, la Administración se analiza el juego de la función OVCV y se explica que aplicando la misma " el componente de deuda de la específica emisión que analizamos, el tipo de interés implícito que se está considerando como de mercado es del 3,63% ...No obstante a este tipo de interés se le debe incorporar un diferencial por subordinación". Lo que hace muy razonable concluir que el tipo de interés de mercado de una deuda similar a la emitida por IAG será del 4,15%.

Esta forma de proceder nos parece más razonable y entendemos que se acerca más a la realidad que la aplicada en el dictamen que busca comparables entre empresas que no pertenecen al sector como NOKIA o ABENGOA.

d. Por último, como se explica en las pp. 141 y ss. del Acuerdo de liquidación, la ONFI analizó conjuntamente junto a la operación analizada, el posterior préstamo vinculado entre IACG y Veloz Holdco (Euriobr más 350 puntos básicos), considerando que "carecía de sentido que un pasivo sin opción de conversión de IAG tuviera un tipo de interés de mercado superior al que procediera pagar por Veloz Holdco, como sucedería en caso de considerar respecto al pasivo de IAG el pretendido 6,25%". En las pp. 142 y 143 se explica que sólo partiendo de un tipo de interés del 4,15% es racional la operativa de la empresa, pues "el margen de 350 puntos básicos fijados por el contribuyente en esta operación que, en principio, llevaría a dejar en IACG un margen (lo cual es razonable dado que un tercero que actuara en condiciones de libre competencia no asumiría un riesgo de financiación sin obtener una retribución a cambio) es coherente con el tipo de interés de mercado considerado por el Equipo (ONFI) para el componente de deuda de los bonos convertibles".

Tiene razón, en nuestra opinión, la Abogacía del Estado cuando afirma en conclusiones que lo razonable es que "una sociedad matriz financie a otra recuperando, al menos, el coste en el que incurre, porque ni tiene sentido que la sociedad matriz se endeude", ni, por otra parte, que la filial no hubiera acudido directamente al mercado, cuando le era posible "obtener una financiación más barata".

Todas estas razones, unidas a los argumentos dados por la Administración, hacen que consideremos más ajustada la valoración efectuada por la Inspección, lo que implica la desestimación del motivo. Por lo demás, el hecho de que la operación esta auditada o de que la CNMV no hubiese puesto ninguna objeción, no impiden que la Inspección, en el ámbito estricto de sus competencias y a efectos fiscales analice la operación realizada.

El motivo se desestima.

Cuarto. *Procedencia del ajuste negativo derivado de las acciones entregadas a los empleados en 2014 (PSP 2011).*

A. Explica la Administración que el recurrente sostuvo en el proceso inspector la procedencia de un ajuste negativo en la BI del ejercicio 2014, al señalar que los gastos correspondientes al reconocimiento de los planes de pagos basados en acciones (PSP e IDAP), introducidos en 2011, dieron lugar a un ajuste positivo conforme a lo establecido en el art 13.1.f) del TRLIS, por lo que con arreglo a lo establecido en el art 19.5 TRLIS, tiene derecho a la reversión del citado ajuste en el periodo en que se entreguen dichas acciones a los trabajadores.

Lo cierto es que la recurrente no justificó este extremo ante el Inspector. En efecto, como puede verse en la p. 144 la recurrente envió el 24/7/2017 un documento solicitando el ajuste, la Inspección le indicó que nada había acreditado sobre la procedencia de dicho ajuste y lo rechazó, de hecho, el ajuste "ni siquiera fue practicado por el contribuyente en su liquidación". En el Acta se describen las sucesivas solicitudes de información realizadas en el curso del procedimiento inspector en relación con los ajustes...solicitudes que fueron sucesivamente desatendidas". En suma, nada se probó.

No obstante, en su escrito de alegaciones adjunto una "muestra" de las cartas enviadas a los empleados, informándoles del número de acciones que serían entregadas en ejecución del PSP de 2011. La Oficina Técnica admitió esta prueba. Como puede verse en las pp. 146 y ss. la Oficina Técnica analizó con detenimiento esas cartas y rechazó dos de ellas al estar repetidas.

También rechazo las correspondientes a dos Consejeros por entender que las "retribuciones de estos Consejeros no podían considerarse gasto deducible". Conviene indicar que este argumento debe ser rechazado, pues ya hemos indicado que, en contra de lo sostenido por la Administración, dichos gastos si serían deducibles. La entrega a los consejeros de acciones si cumplen en nuestra opinión los requisitos de certeza y reserva estatutaria, lo que debe ser tenido en cuenta por la Administración a los efectos que más adelante indicaremos.

Tras valorar la prueba, la Administración considera acreditado que, excluyendo las acciones de los Consejeros -lo que es incorrecto- se entregaron 1.968.770 acciones con un valor de 5.146.812 €. Y señala, lo que nos parece muy relevante, que "admite", en el ejercicio 2014, "la deducibilidad del coste asociado a la dicha entre por importe de 5.146.812 €". No admitió el relativo al gasto de seguridad social porque no estaba acreditado.

Admitido lo anterior, la Administración indica que dicho ajuste "debe imputarse a la sucursal británica", lo que no es objeto de discusión. Como puede verse la Inspección calcula la renta obtenida en el EP en el Reino Unido y resulta una renta negativa, tras los ajustes, de (-) 154.698, 00 €.

Por ello, se explica en la p. 149, "la renta fiscal del EP es negativa por un importe de (-) 154.698 € y debe corregirse en parte el ajuste positivo que el obligado tributario consignó en su declaración de 2014, por la diferencia entre 3.863.000 € y 154.698 €, es decir, por 3.708.302,00 €. En definitiva, debe rectificarse el ajuste propuesto por la inspección procediendo a reducir la BI en 3.708,302,00 € (y no en 3.863.000 € como propone la Inspección".

B. Una vez que hemos descrito la regularización procede que exponamos la pretensión de la recurrente. La desarrolla en las pp. 112 y ss. Sus argumentos son:

1. En primer lugar, plantea una cuestión de prueba. Sostiene que las "cartas" no son el único medio de prueba, pues según las cuentas anuales, el número de acciones entregadas en 2014 asciende a 3.703.610 acciones y, en consecuencia, el ajuste negativo ha de tenerse en cuenta justificando dicho número. Con tal fin se aportan ahora nuevas cartas adiciones y razona que si se sumen las cartas inicialmente aportadas (1.968.770 acciones), más las ahora aportadas (962.130 acciones), se obtienen 3.589.340 acciones, cifra próxima a la contabilizada de 3.703.610 acciones.

Ahora bien, la suma de 1.968.770 acciones, más 962.130 acciones, arroja un total de 2.930.900 acciones, cantidad lejana a la contabilizada. Así lo termina por reconocer la demandante en conclusiones, aunque sigue afirmando que la diferencia no es pese a todo sustancial, lo que no es cierto.

2. El segundo argumento es más complejo. Sostiene la demandante que en los ejercicios 2011 a 2014, la corrección de la doble imposición a este establecimiento permanente se producía a través del art 32 del TRLIS - debe ser un error y referirse al art 31 y así lo entiende el TEAC-, no siendo aplicable el método de la exención establecido en el art. 22 del TRLIS, dado que no concurría el requisito de que la renta del establecimiento permanente procediera de la realización de actividades en el extranjero -art. 21.1.c) TRLIS-.

Lo que implica, en su opinión, que la renta positiva procedente del EP sea de efectiva integración en la BI, de forma que, esta imputación arrastra los ajustes positivos por estos planes de acciones a la base imponible de ICAG en España. Y, sin embargo, la renta negativa no sería fiscalmente deducible en aplicación del art 14.1.k) del TRLIS que establece que no tendrán la consideración de gasto fiscalmente deducible "l as rentas negativas obtenidas en el extranjero a través de un establecimiento permanente, excepto en el caso de transmisión del mismo o cese de su actividad".

Razona la recurrente que el tratamiento sería neutro si se hubiese aplicado el mecanismo de la exención previsto en el art 22 TRLIS, pues " cualquier incremento de la base imponible por este motivo hubiera sido automáticamente corregido por la exención prevista en el art 22 del TRLIS". No obstante, se dice, en el caso de autos se produce una distorsión, pues en los ejercicios 2011, 2012 y 2013 no se aplicó el método de exención, de forma que " los ajustes positivos realizados en la BI" se integraron " de forma efectiva en la base declarada". Y, sin embargo, " la imputación al establecimiento permanente de la deducibilidad del gasto con ocasión de la entrega de acciones en 2014 implica que dicho ajuste negativo no pueda ser objeto de una efectiva deducción en la BI, porque tal deducibilidad incrementa la pérdida del establecimiento, sin que tales pérdidas sean deducibles conforme a la literalidad del art 14.1.k) aplicable en 2014". Sostiene por ello la demandante que se ha producido una sobreimposición. Afirma que la aplicación de la no deducibilidad de estos gastos se ha producido desde el 1 de enero de 2013 y sostiene que la norma es contraria al Derecho de la UE - libertad de establecimiento-.

El TEAC responde a estos argumentos en las pp. 31 y ss. Comienza por indicar que no se discute que los empleados a los que se entregan las acciones " están asignados al EP del Reino Unido". Tampoco que con arreglo al concepto de renta mundial la sociedad tributa en España por la renta obtenida en España como por la renta obtenida en el EP del Reino Unido.

Y concluye " lo único que ha hecho la Inspección es admitir el ajuste negativo solicitado por la reclamante respecto las acciones que ha acreditado se han entregado a los empleados en 2014 y como esta entrega se efectúa a los trabajadores de la sucursal británica imputa el gasto a la misma y recalcula la BI del EP, lógicamente, tomando en consideración dicho gasto".

Acto seguido el TEAC razona que en los ejercicios 2011 a 2013, IAG integró en la BI la renta obtenida a través del EP y no aplicó la exención del art 22 TRLIS, al parecer, porque " no cumplía con los requisitos establecidos en dicho artículo", por ello, lo que hizo fue aplicar la exención del art 31 TRLIS.

En el ejercicio 2014, declaró rentas negativas procedentes del EP, por lo que declaró un ajuste positivo, en aplicación de lo establecido en el art 14.1.k TRLIS, vigentes desde el 1 de enero de 2013. La tributación en España de las rentas procedentes del EP se realizan de acuerdo con la norma española, sin perjuicio de que los rendimientos del EP, puedan someterse a imposición en el RU (art 7 CDI). Permitiendo la normativa española corregir la doble imposición a través de lo establecido en los arts 22 y 31 del TRLIS.

Lo que viene a sostener la recurrente es que la suma de la imputación del coste al EP, la no deducción de las pérdidas al EP y la aplicación del método de imputación, " impide la integración efectiva del ajuste negativo en la BI".

A estos argumentos se responde por el TEAC que la entidad aplicó el método del art 31, porque no cumplía con los requisitos del art 22, no porque la legislación española no permitiera la aplicación del mismo en los ejercicios comprobados. Y, añade que no se infringe la normativa UE porque lo que pretende la norma es evitar la doble deducibilidad lo que no es contrario a la normativa UE. Añadiendo, por último, que no se ha probado que el EP haya compensado las pérdidas en el Reino Unido, es decir, no ha probado que la imputación de las pérdidas en el Reino Unido es efectivamente imposible.

La Abogacía del Estado únicamente responde al argumento relativo al valor probatorio de las cartas, negándoles todo valor y afirma, con razón, que sólo probarían, en el mejor de los casos, que se entregaron 2.930.900 acciones.

C. Hay, por lo tanto, dos cuestiones que debemos resolver: la primera relativa a la prueba y, la segunda, más compleja, relativa a la existencia de sobre imposición.

En relación con la primera cuestión debemos indicar que no discutiéndose que está probada la entrega de acciones a los Consejeros y considerándose que sus retribuciones cumplen con los requisitos de reserva estatutaria y certeza, la consecuencia, como ya hemos dicho, es que la entrega de acciones si debe ser tenida en cuenta.

Es claro que la contabilidad, en contra de lo que sostiene la recurrente, no puede ser una prueba contundente a favor de la demandante. Como hemos explicado y acaba por reconocer la sociedad hay una divergencia notable entre la contabilización de las acciones entregadas y las "acreditadas" mediante las cartas, lo que hace aún más razonable si cabe, que la Inspección requiriese a la demandante para que justificase lo contabilizado.

Como hemos descrito antes, la recurrente no acreditó en fase de Inspección la entrega, pese a ser reiteradamente requerida al efecto. Si aportó las cartas en fase de alegaciones y las mismas fueron admitidas y valoradas por la Administración.

Lo que pretende ahora es que tengamos en cuenta nuevas cartas que no aportó con anterioridad, afirmando que ha realizado un "esfuerzo ímprobo para localizar las cartas adicionales". Pero en nuestra opinión, esta genérica justificación es claramente insuficiente. La sociedad no explica porque no pudo aportar las cartas en fase de inspección pese a ser requerida para que aportase los documentos que justificaban lo contabilizado. Una entidad seria, como sin duda lo es la sociedad recurrente, no puede sostener que no localiza documentos que justifican, según su contabilidad, la entrega de participaciones por suma de 5.146.812 €.

Esta Sala no solo no ignora, sino que considera razonable y conforme al mejor Derecho la tesis sostenida en las STS de 10 de septiembre de 2018 (Rec. 1246/2017) y 21 de febrero de 2019 (Rec. 1985/2017), pero del juego de esta jurisprudencia no puede deducirse que el obligado tributario pueda aportar la prueba cuando lo considere oportuno, lejos de ello, debe estar en condiciones de, al menos, justificar la no aportación cuando ha sido reiteradamente requerido al efecto. En este sentido, se manifiesta la STS de 17 de octubre de 2014 (Rec. 1596/2012), afirmando que es razonable exigir que, salvo causa justificada, el recurrente aporte la documentación en fase inspectora " de forma que, ante unas actuaciones inspectoras de comprobación o investigación, la Administración tributaria tenga conocimiento de la situación contable de la entidad, permitiéndole proceder a la regularización de la situación tributaria del sujeto pasivo investigado; posibilidad que se frustra cuando no se aportan aquellos documentos mercantiles, que siendo obligatoria su llevanza y conservación, permitirían contrastar los datos declarados con los contabilizados". Máxime en un supuesto como el de autos en el que existe contradicción entre lo contabilizado y lo acreditado, de forma que, mediante la aportación tardía, se hurta a la Administración la posibilidad de verificar la veracidad de lo aportado.

Repárese en que, en este caso, la aportación documental controvertida se produce por primera vez ante esta Sala y que la Abogacía del Estado impugna expresamente la prueba documental aportada -incidencia 29 del expediente procesal-. Recuérdese que conforme al art 326.1 de la LEC los documentos privados sólo hacen prueba plena en el proceso en que no sean impugnados por la parte a quien perjudiquen, sin que pese a dicha impugnación se haya alegado nada por parte recurrente, ni a lo largo del proceso, ni en conclusiones, no haciéndose uso de la posibilidad establecida en el art 326 de la LEC, o solicitado práctica probatoria alguna al efecto, lo que permite al Tribunal valorar la eficacia del documento con arreglo a las reglas de la "sana crítica".

Por lo que la Sala, valorando la prueba, entiende que la prueba documental aportada no acredita de forma suficiente lo pretendido. Pues estamos ante un documento elaborado por la propia parte demandante en el que el manager de la Compañía informa de la entrega, lo que es insuficiente a falta de mayor prueba.

Por lo tanto, sólo consideramos probado lo reconocido por el Acuerdo de liquidación.

Por lo demás, siguen sin acreditarse los gastos por seguridad social.

D. Para analizar la segunda de las cuestiones planteadas la Sala debe partir de lo admitido por el TEAC -la Abogacía del Estado, como hemos dicho, nada indica en relación con este argumento-.

Si partimos de lo que admite al TEAC resulta, en lo que nos interesa, lo siguiente:

El art. 13.1.f) del TRLIS establecía que no serían deducibles los gastos de " personal que se correspondan con pagos basados en instrumentos de patrimonio, utilizados como fórmula de retribución a los empleados, tanto si se satisface en efectivo o mediante la entrega de dichos instrumentos". Al no permitirse la deducción de dicho gasto procede realizar un ajuste positivo, no obstante, conforme al art. 19.5 del TRLIS, siendo dicho gasto cierto, permite imputar dicho gasto " en el periodo impositivo en que entreguen dichos instrumentos", lo que se traduce en el correspondiente ajuste negativo. Lo anterior es lógico, pues realmente el gasto existe y lo que se produce es una divergencia temporal: no se imputa el gasto en el ejercicio que se contabiliza -ajuste positivo-, sino en el ejercicio en que se entregan las acciones -ajuste negativo-.

Lo que afirma el recurrente y el TEAC no niega es que en el ejercicio 2011, se realizaron los correspondientes ajustes positivos. Sostiene, además, tampoco es controvertido y el TEAC lo admite, que no pudo aplicar la técnica de la exención del art 22 del TRLIS al no reunir los requisitos para ello, sino que debió aplicar la

técnica de la deducción o de la imputación -en todo caso recuérdese que la aplicación de una u otra técnica es optativa-. La recurrente reconoce que, si hubiese podido aplicar la técnica de la exención, al no tributarse por la renta del EP, " los gastos soportados en los distintos ejercicios no hubieran sido deducibles, pero no tendrían impacto sobre la BI dado que cualquier incremento de la BI por este motivo hubiera sido automáticamente corregido".

Pero al aplicar la técnica de la deducción o imputación, tuvo, además, que realizar un ajuste positivo en la BI por el importe de la renta del EP, para luego aplicar la deducción. En suma, " la renta positiva obtenida por el EP es objeto de efectiva integración en la BI. Esta imputación arrastra los ajustes positivos por estos planes de acciones a la BI de ICAG en el impuesto exigible en España".

El problema es que conforme al art 14.1.k LIS, desde el 1 de enero de 2013, no son gasto deducible "l as rentas negativas obtenidas en el extranjero a través de un establecimiento permanente, excepto en el caso de transmisión del mismo o cese de su actividad". Lo que implica y tiene razón la recurrente en este punto, que " la recuperación de los ajustes, cuando concurren los requisitos establecidos en la Ley del impuesto, no resulta efectiva por referirse a costes fiscales que incrementan la pérdida del establecimiento, sin que tales pérdidas sean deducibles conforme a la literalidad del art 14.1.k)".

Lo ocurrido se puede ver con detalle en la p. 149 del Acuerdo de liquidación. La Administración admite la reversión por cuantía de 5.146.812 € e imputa dicha cantidad al ejercicio 2014 -procede por lo tanto conforme a lo establecido en los arts. 13.1.f) y 19.5 TRLIS-. Lo anterior supone que el EP ha tenido un resultado negativo de (-) 154.698 €, siendo el resultado de la empresa en España de (-) 2.259.709,32 €. El resultado producto de la suma de las dos cifras anteriores es de (-) 2.414.407,32 €.

Ahora bien, como el art 14.1.k) no permite deducir el resultado negativo, por lo que la Administración realiza un ajuste positivo de 154.698,00 €, Reduciendo el resultado negativo a la suma de (-) 2.259.709,32 €, neutralizando, de hecho, los efectos del ajuste negativo por la entrega de las participaciones, lo que supone ciertamente una doble imposición.

El TEAC, en realidad, esto se dice con el máximo respeto, no contesta al argumento. Se limita a decir que la normativa anterior no impedía el uso de la técnica de la exención si se reunían los requisitos del art 22 del TRLIS, lo que nadie discute. Y añade que no contraviene el Derecho de la UE el establecimiento de una norma como la regulada en el art. 14.1.k) del TRLIS, que tiene como finalidad evitar la doble deducibilidad.

Pero basta la lectura de lo ocurrido para entender que lo sucedido en el caso de autos es diferente y no queda contestado con dichos argumentos.

Lejos de ello, la Sala cree que una interpretación conforme a principios de interpretación teleológica y conforme a los principios de proporcionalidad y confianza legítima deben llevar a una solución diferente a la sostenida por el TEAC, al menos en un caso como el de autos, por las siguientes razones:

a. Es cierto que en exposición de motivos de la Ley 16/2013, que añadió el apartado 14.1.k) del TRLIS se explica que la norma establece la no deducibilidad de " las rentas negativas generadas durante el plazo de mantenimiento de los establecimientos permanentes ubicados en el extranjero" con el fin de evitar " la doble deducibilidad de las pérdidas en un primer momento en sede de la entidad o del establecimiento permanente que los genera y, en segundo, en sede del inversor o casa central".

Pero esto no es lo ocurrido en el caso de autos, no existe el menor indicio de fraude, abuso o ausencia de imposición.

En efecto, no puede discutirse que el legislador, con el fin de evitar la doble deducibilidad establezca mecanismos legales al efecto. Pero siendo esa finalidad legítima, la misma no resulta aplicable a un caso como el de autos en el que se efectuó y no se discute el correspondiente ajuste en el ejercicio 2011 y en el que se ha procedido a las entregas de acciones en 2014, produciéndose el correspondiente ajuste negativo, no estamos ante un supuesto de doble deducibilidad, antes el contrario, estamos ante un supuesto de sobreimposición y es claro que esta no ha sido la finalidad perseguida por el legislador español al establecer la norma, pues no cabe entender que el legislador ha pretendido hacer de peor condición a la sociedad española por el solo hecho de que los empleados estén asignados a un establecimiento permanente en un país entonces miembro de la UE, esta interpretación no se compadece con los principios básicos que rigen a la UE -libertad de establecimiento-

b. El problema que se plantea en el caso de autos es un problema de derecho transitorio que la Ley 16/2013, no reguló.

En concreto, se trataría de resolver que ocurre en casos como el de autos, en que se procedió a practicar un ajuste positivo y se tributó por dicha renta, cuando aquel ajuste revierte. Reversión que se ve afectada por la decisión del legislador de no permitir la deducibilidad de las rentas negativas.

Salvo error por nuestra parte, la ley 16/2013, no contiene disposición transitoria alguna, sin embargo, la Ley 27/2014, si contiene una Disposición que, ciertamente no es aplicable al caso, ni resuelve un supuesto idéntico, pero resulta inspiradora de la solución adecuada, al disponer que " los ajustes extracontables, positivos y negativos....se tomarán en consideración a los efectos de determinar las bases imponibles...de acuerdo con lo previsto en las normas que los regularon". Añadiend o "en ningún caso será admisible que una misma renta no se tome en consideración o lo sea dos veces a los efectos de la determinación de la BI del IS".

Como hemos dicho, la norma no es de aplicación el caso, pero indica claramente que la solución dada por el TEAC no es proporcionada e infringe la confianza legítima del obligado tributario al que se obligó a realizar en su día un ajuste positivo y al que no se le permite neutralizar los efectos de aquel ajuste, sin que existe abuso o fraude en su actuación, produciéndose doble imposición. Podría interpretarse que el legislador ha querido la inmediata aplicación de lo establecido en el art. 14.1.k) del TRLIS sin matización alguna, pero no creemos que esta haya sido su intención, por las razones que hemos indicado, por lo que procede realizar una interpretación más allá de la que deriva de la simple aplicación literal de la norma.

Lejos de ello, nos parece más adecuado sostener que procede una interpretación integradora, pues nos parece claro que la voluntad de la ley no ha podido ser la de grabar dos veces la misma renta. Por ello, atendiendo al fin general de la norma, nos parece que resulta más conforme a Derecho entender que, en supuestos como el de autos, en el que se obligó al contribuyente a realizar un ajuste positivo, el cambio normativo debe interpretarse en el sentido de que la nueva norma no impide la neutralización del ajuste positivo al que en su día se le obligó, pese a la literalidad del art. 14.1.k) TRLIS.

En suma, en nuestra opinión, la interpretación realizada por el TEAC se basa en la literalidad de la norma y no resulta conforme con una interpretación finalista inspirada en los principios generales del Derecho que informan el sistema como son, en especial, los de proporcionalidad y confianza legítima, produciéndose un supuesto de doble imposición.

Todas estas razones nos llevan a entender que, en un caso como el de autos, la norma debe interpretarse en el sentido de permitir la neutralización de los efectos del ajuste positivo regulado en su día.

El motivo se estima en los términos razonados.

Quinto. *Sobre las costas.*

Al estimarse en parte el recurso cada parte deberá soportar las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad - art 139 LJCA-.

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

FALLO

Estimar en parte el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el Procurador D. José Luis Pinto-Maroto Ruiz en nombre y representación de INTERNATIONAL CONSOLIDATES AIRLINES GROUP (ICAG), contra la Resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central de 10 de septiembre de 2019 (RG 2283/2018), la cual anulamos en parte por no ser ajustada a Derecho, en los términos que se infieren de los Fundamentos de Derecho Segundo y Cuarto y con las consecuencias legales inherentes a dicha declaración. Sin condena en costas.

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.

PUBLICACIÓN. Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Ilmo. Sr. Magistrado Ponente D. Manuel Fernandez-Lomana García, estando la Sala celebrando audiencia pública en el mismo día de su fecha, de lo que, como Letrado de la Administración de Justicia, certifico.

El contenido de la presente resolución respeta fielmente el suministrado de forma oficial por el Centro de Documentación Judicial (CENDOJ). La Editorial CEF, respetando lo anterior, introduce sus propios marcadores, traza vínculos a otros documentos y hace agregaciones análogas percibiéndose con claridad que estos elementos no forman parte de la información original remitida por el CENDOJ.