

BASE DE DATOS DE Norma DEF.-

Referencia: NFJ090272

AUDIENCIA NACIONAL

Sentencia de 3 de mayo de 2023

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Rec. n.º 524/2019

SUMARIO:

IS. Regímenes especiales. Fusiones, escisiones, aportaciones de activos y canje de valores. Fusión por absorción entre sociedades hermanas. Compensación de bases impositivas negativas. Las bases impositivas negativas pertenecían a la entidad absorbente, y la Inspección, partiendo de la interpretación finalista del art. 90.3 del TRLIS, no permite en el acuerdo de liquidación la compensación de las bases impositivas negativas de la entidad absorbente a fin de impedir un supuesto de doble aprovechamiento de pérdidas y la desimposición de las rentas positivas obtenidas por la entidad resultante de la operación de fusión. Por su parte, el recurrente señala que en el presente supuesto no hay transmisión alguna de esas bases impositivas negativas porque las mismas continúan en sede de la misma sociedad absorbente y que, atendiendo a la literalidad del precepto, el supuesto de autos no encaja con el tenor literal de la norma y la primera y preferente regla interpretativa es la literal. Ahora bien, afirma la Sala que el art. 90.3 del TRLIS no admite solo la interpretación a contrario que postula la recurrente. Es decir, que dicha norma regule de modo explícito un determinado tipo de fusión no significa necesariamente que, ante un supuesto distinto, deban seguirse otro tipo de consecuencias. A juicio de la Sala, del silencio del art. 90.3 del TRLIS sobre la fusión inversa no cabe extraer la conclusión de que el legislador permita en estos casos el doble aprovechamiento de deducciones o ventajas fiscales. Para alcanzar la anterior conclusión, la Sala estima que sería necesaria una declaración expresa del régimen especial, en la medida en que tal solución viene a representar una excepción a la estructura lógica del mismo. Dado que no existe tal previsión entre las normas que regulan el régimen especial, debemos entender que este supuesto está regido por la misma regla que el específicamente previsto en el art. 90.3 del TRLIS. Además, la Sala coincide con la tesis de la Administración de que, ante el silencio del legislador, la finalidad del régimen especial debe inspirar la solución de este tipo de supuestos. Dado que el régimen especial está basado en el principio de neutralidad, debemos contrastar cuál de las posibles respuestas a la cuestión litigiosa se adapta mejor al mismo. A la luz de este principio, ninguna duda cabe de que el criterio de la Administración es el más acorde a la neutralidad de las operaciones societarias, al no establecer distinción alguna entre los distintos tipos de fusión a los efectos del art. 90.3 del TRLIS. La tesis de la recurrente, en cambio, supone una quiebra del referido principio al privilegiar el tratamiento fiscal de la fusión inversa frente al que merece la fusión directa. Permitir en el primer caso el doble aprovechamiento de una ventaja fiscal (y no en el segundo) supone introducir un claro incentivo fiscal a que las reestructuraciones societarias se ejecuten de una determinada forma (y no de otra). Además, a esta conclusión se llega en el ámbito del régimen especial y a la luz del principio de neutralidad que lo inspira. Pero lo mismo cabe decir si, al analizar la procedencia del doble aprovechamiento de una ventaja fiscal, adoptamos una visión o perspectiva más general, sea la de la estructura del Impuesto sobre Sociedades o la del deber constitucional de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos.

PRECEPTOS:

RDLeg. 4/2004 (TR Ley IS), art. 90.

PONENTE:*Don Rafael Villafañez Gallego.*

Magistrados:

Don RAFAEL VILLAFANEZ GALLEGO
Doña MARIA ASUNCION SALVO TAMBO
Don MANUEL FERNANDEZ-LOMANA GARCIA
Don JOSE FELIX MARTIN CORREDERA

AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Contencioso-Administrativo

SECCIÓN SEGUNDA

Núm. de Recurso: 0000524 /2019

Tipo de Recurso: PROCEDIMIENTO ORDINARIO

Núm. Registro General: 07738/2019

Demandante: AE WILLIAM HOLDING, S.L.

Procurador: ENRIQUE SASTRE BOTELLA

Demandado: TRIBUNAL ECONOMICO ADMINISTRATIVO CENTRAL

Abogado Del Estado

Ponente Ilmo. Sr.: D. RAFAEL VILLAFÁÑEZ GALLEGO

SENTENCIA Nº :

Ilma. Sra. Presidenta:

D^a. MARÍA ASUNCIÓN SALVO TAMBO

Ilmos. Sres. Magistrados:

D. MANUEL FERNÁNDEZ-LOMANA GARCÍA

D. JOSE FELIX MARTIN CORREDERA

D. RAFAEL VILLAFÁÑEZ GALLEGO

Madrid, a tres de mayo de dos mil veintitrés.

Visto el recurso contencioso-administrativo que, ante esta Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional y bajo el número 524/2019, se tramita a instancia de AE William Holding, S.L., representada por D. Enrique Sastre Botella y defendida por D. Alfonso Santander Ruiz, contra la Resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central de 14 de febrero de 2019 (R.G.: NUM001) y en el que la Administración demandada ha estado representada y defendida por la Abogacía del Estado. La cuantía del recurso ha sido fijada en 827.183,39 euros.

ANTECEDENTES DE HECHO**Primero.**

El 5 de junio de 2019, AE William Holding, S.L. interpuso recurso contencioso-administrativo contra la actividad administrativa identificada en el encabezamiento.

Segundo.

La parte actora formalizó demanda el 3 de octubre de 2019.

Tercero.

La Abogacía del Estado presentó escrito de contestación el 27 de noviembre de 2019.

Cuarto.

Conclusas las actuaciones, el señalamiento para deliberación, votación y fallo se fijó el día 26 de abril de 2023, fecha en que el recurso se deliberó, votó y falló con el resultado que ahora se expresa.

Y ha sido Ponente el Ilmo. Sr. D. Rafael Villafáñez Gallego , quien expresa el parecer de la Sala.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

Primero. Objeto del recurso contencioso-administrativo y cuestiones litigiosas

Se impugna la Resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central de 14 de febrero de 2019 (R.G.: NUM001), por la que se desestimó la reclamación económico-administrativa interpuesta por AE William Holding, S.L. contra el acuerdo de liquidación (n.º A02 NUM000), dictado por la Dependencia de Asistencia y Servicios Tributarios de la Delegación Central de Grandes Contribuyentes de la AEAT, en relación con el Impuesto sobre Sociedades, período 2010-2011.

Las cuestiones litigiosas que se suscitan en el presente recurso son las siguientes:

(i) El art. 90.3 del Real Decreto Legislativo 4/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades (en adelante, TRLIS) no limita la compensación de bases imponibles negativas en sede de la entidad adquirente. Del obligatorio cumplimiento por la Administración de los criterios establecidos en sentencias judiciales firmes.

(ii) No se cumplen los requisitos para aplicar la limitación a la compensación de bases imponibles negativas prevista en el artículo 25.2 del TRLIS.

(iii) Incumplimiento de la carga de la Administración: falta de acreditación del doble aprovechamiento fiscal de pérdidas.

Segundo. Antecedentes de interés

Son antecedentes de interés a tener en cuenta para la resolución del presente recurso los siguientes:

1. La sociedad actualmente denominada AMIGUETES ENTERPRISES, S.A. (en adelante, Amiguetes), N.I.F. A-82389453, fue constituida en Madrid el día 30 de junio de 1999 con la denominación de NETJUICE NETWORK, S.A. y con un capital de 60.105,00 € (60.105 acciones de 1 €), siendo su socio único la sociedad NETJUICE, S.L. (con N.I.F. B 81513048 y posteriormente denominada ARTSCAPITAL INVESTMENT, S.L.). Su objeto social era prestar servicios de telemática y promoción de nuevas tecnologías en los sectores de informática, telemática y similares.

2. Amiguetes, constituida inicialmente con la denominación de NETJUICE NETWORK S.A., paso luego a denominarse NETJUICE NETWORK CENTRO, S.A., y más tarde NETJUICE CONSULTING, S.A., siempre con el mismo N.I.F. A- 82389453.

3. Desde su constitución en 1999 y hasta el año 2008, y especialmente en los ejercicios 2000, 2001, 2002 y 2003, Amiguetes, entonces dedicada a las actividades propias de su objeto social, incurrió en constantes y cuantiosas pérdidas, lo que exigió aportaciones de sus socios, primero como préstamos que luego se fueron transformando en aportaciones para sucesivas ampliaciones de capital.

4. Desde la fecha de su constitución hasta el año 2008, ni el Grupo consolidado 213/07, ni su sociedad dominante, AE William Holding, S.L. (N.I.F. B-83175174), ni D. Adrian como propietario del Grupo, tuvieron nada que ver con la sociedad Amiguetes.

5. Según las cuentas anuales del ejercicio 2007, al cierre del ejercicio el día 31 de diciembre de 2007, Amiguetes tenía un Activo Total de 108.992,86 €, y un Pasivo Total del mismo importe, formado por unos Fondos Propios negativos de - 7.914.310,94 € (180.310,00 € de Capital. 8.025.846,92 € de Rdos, de ejercicios anteriores y -68.774,02 € de Py G del ejercicio corriente) y un Pasivo Ajeno de 8.023.303,80 €. En ese ejercicio 2007 sus ingresos de explotación ascendieron a 75.531,05 €.

6. El 9 de abril de 2008, Amiguetes llevó a cabo una ampliación de capital de 7.912.254,00 € suscrita por su entonces socio único, que desembolsó su importe por compensación con créditos que ostentaba frente a la misma, resultado un capital social después de la ampliación de 8.092.564,00 €.

7. Ese mismo día, el entonces socio único de Amiguetes vendió, por un precio de 137.130,34 €, todas las acciones de dicha sociedad a GUADALAJARA NO ESTÁ EN MEJICO, S.L. (N.I.F. B-85033587), sociedad que formaba parte, como dependiente, del Grupo 213/07 (del que AE William Holding, S.L. es la sociedad dominante).

8. A la escritura de venta de esas acciones se incorporó como anexo un balance de la sociedad transmitida, señalándose que en el anterior número de protocolo se acababa de elevar a público la ampliación de capital que se ha referido en el apartado 6.

9. Las magnitudes más relevantes del balance de Amiguetes a 8 de abril de 2008, día anterior a la venta de todas sus acciones, son las siguientes: Activo Total de 7.807,96 €. y un Pasivo Total del mismo importe, formado

por unos Fondos Propios negativos de- 2.056,94 € (8.092.310,00 € de Capital, -8.024.527,16 € de Rdos de ejercicios anteriores y -70.093,78 € de P y G del ejercicio corriente) y un Pasivo Ajena de 9.895.80 €

10. El 17 de octubre de 2008, GUADALAJARA NO ESTÁ EN MEJICO, S.L. vendió, por el mismo precio por el que las había comprado (137.130,34 €). todas las acciones de Amiguetes a la sociedad dominante del Grupo 213/07, AE William Holding, S.L.

11. Siendo AE William Holding, S.L. dueña ya de todas sus acciones, el 23 de diciembre de 2008 Amiguetes llevó a cabo una operación acordeón, con la que redujo su capital a cero (0,00 €) para compensar pérdidas y, de forma inmediata, lo aumentó en 60.102.00 € con prima de emisión de 110.000,00 €, siendo ese aumento suscrito y desembolsado íntegramente por AE William Holding, S.L.

12. Según sus Cuentas Anuales de dicho ejercicio, a 31 de diciembre de 2008 (cierre del ejercicio 2008) Amiguetes tenía un Activo Total de 126.527,17 €, y un Pasivo Total del mismo importe, formado por unos Fondos Propios 62.909,93 € (60.102,00 € de Capital, 110.000,00 € de Prima de emisión, -2.056,94 € de Rdos, de ejer. ant. y 105.435,13 € de P y G) y un Pasivo Ajeno de 63. 617,24 €. En ese ejercicio 2008 sus ingresos de explotación ascendieron a 33.705,78 €.

13. Mediante escritura otorgada el 18 de mayo de 2009, Amiguetes absorbió a la sociedad limitada Amiguetes Enterprises, S.L., con N.I.F B-79327581 (en adelante, Amiguetes B-79) y que, como aquella, también estaba íntegramente participada por AE William Holding, S.L.

14. La absorción se produjo a través de una operación de fusión impropia, a la que resultó de aplicación lo dispuesto en el artículo 250.2 de la Ley de Sociedades Anónimas, y por la que se acogió al régimen especial FEAC previsto en el Capítulo VIII del Título VII del TRLIS.

15. Como balances a efectos de esa fusión, se tomaron en cuenta: de la absorbente, el cerrado a 30 de noviembre de 2008 y de la absorbida, el cerrado a 31 de diciembre de 2008, fecha en la que la absorbida tenía unos fondos propios de 3.328.007,84 €.

16. En los años precedentes, la sociedad absorbida había desarrollado la actividad de producción cinematográfica más importante del Grupo 213/07 en términos de generación de ingresos (en 2005 realizó la producción de la película " Torrente 3: el protector") y ostentaba la titularidad de patentes y marcas del Grupo, del que formó parte hasta que se extinguió como sociedad con la absorción.

17. Mediante escritura otorgada el 24 de agosto de 2009, Amiguetes cambió su denominación social y pasó a denominarse AMIGUETES ENTERPRISES, S.A. (A-82389453).

18. Amiguetes, que fue la absorbente en esa operación de 18 de mayo de 2009 y se integró en el Grupo consolidado 213/07 con efectos de 1 de enero de 2009, en su declaración del Impuesto sobre Sociedades del ejercicio 2010 declaró tener bases imponibles negativas pendientes de compensar por importe total de 7.190.657,78 € (según la Inspección son tres céntimos menos). De dicho importe, 9.761.50 € se generaron en el ejercicio 2008 por la sociedad que absorbió el 18 de mayo de 2009 (Amiguetes B-79) y que ya antes estaba integrada en el Grupo, mientras que el resto de 7.180.896,25 € se habían generado por la propia Amiguetes en los ejercicios anteriores con el siguiente detalle:

EJERCICIO	BASES IMPONIBLES NEGATIVAS
2000	505.959,62
2001	4.982.736,72
2002	668.007,78
2003	823.193,02
2004	43.804,40
2005	1.319,76
2006	0
2007	68.774,02
2008	87.100,93

19. En la declaración-autoliquidación (Modelo 220) que presentó en el ejercicio 2010, el Grupo declaró una base imponible consolidada de -516.749,86 €. En el ejercicio 2011, el Grupo 213/07 consignó una base imponible consolidada previa positiva de 5.938.324,27 €, importe que dejó a cero (0,00 €) al compensar por ese mismo importe de 5.938.324,27 € las bases imponibles negativas de sociedades pertenecientes al Grupo provenientes de ejercicios anteriores a la incorporación al mismo.

20. Las bases imponibles negativas compensadas lo fueron, en concreto, de la dependiente Amiguetes (A-82389453), y en concreto se trataba de importes procedentes de los ejercicios siguientes: 505.959,62 € del ejercicio 2000, 4.982.738,72 € del 2001 y 449.627,93 € del 2002.

21. En 2011, Amiguetes declaró una base imponible positiva de 6.753.197,28 € que pasó, junto con las de las demás sociedades que lo integran, a formar parte de la base imponible consolidada del Grupo de dicho ejercicio.

22. Mediante comunicación notificada -vía NEO- el 4 de marzo de 2013, un Equipo de la Inspección Regional de Madrid inició unas actuaciones de comprobación e investigación de carácter general atinentes, además de a otro concepto tributario, a la tributación del Grupo 213/07 por el Impuesto sobre Sociedades de los ejercicios 2010 y 2011.

23. De todas las sociedades que componen el Grupo, las actuaciones alcanzaron a la dominante y a las dependientes Amiguetes y a PROMOCIONES SKOLNICK, S.L. (provista de B83004366 y, en adelante, Skolnick).

24. Tras instruir esas actuaciones, el 26 de mayo de 2016 el Equipo de inspección incoó a la entidad dos actas relativas a tal concepto (Régimen de consolidación) y periodos (ejercicios 2010 y 2011): en un caso, con acuerdo (modelo A11) n.º NUM003 y, en el otro, de disconformidad (modelo A02) n. NUM000.

25. Con ese acta con acuerdo y como consecuencia de haberse regularizado la valoración de las operaciones vinculadas efectuadas entre el Sr. Adrian y Skolnick, las bases imponibles consolidadas, que se minoraron, quedaron como sigue: en el ejercicio 2010, una base imponible de -659.340,41 € y en el 2011, una base imponible de 0,00 €, como resultado de la compensación de la base imponible positiva de 5.658.381,69 euros con unas bases imponibles negativas del mismo importe.

26. La entidad no formuló alegaciones al acta de disconformidad.

27. El 8 de julio de 2016, la Inspección Regional de Madrid dictó el acuerdo de liquidación correspondiente al acta de disconformidad, con el que, además de reiterar el incorporado al acta con acuerdo, y además de otros dos en el ejercicio 2011 que favorecían a la entidad (la aplicación de los tipos impositivos del artículo 114 del TRLIS, aplicables a las empresas de reducida dimensión; y permitir acogerse a la amortización acelerada del artículo 111 del TRLIS los derechos de producción de " Torrente 4" por parte de la dependiente Amiguetes), llevó a cabo los ajustes siguientes:

Ejercicio 2010

1º Ajuste de unos gastos de muy pequeña cuantía deducidos por la sociedad Skolnick

Ejercicio 2011

1º. Ajuste de unos gastos de muy pequeña cuantía deducidos por la sociedad Skolnick.

2º. Imposibilidad de compensar en ese ejercicio unas bases imponibles negativas de la dependiente Amiguetes procedentes de los ejercicios en los que dicha sociedad no formaba parte del Grupo, por haber dado lugar a pérdidas en los socios anteriores.

El acuerdo de liquidación razonaba que, en aplicación finalista del art. 90.3 del TRLIS, era indiferente el modo en que se llevara a cabo la operación de concentración empresarial pues, con independencia de que la operación de fusión fuera directa o inversa y con independencia de cual fuera la entidad que el grupo decidiera que asumiera el papel de sociedad absorbida en dicha operación, lo que pretende el citado precepto es evitar la desimposición por el doble aprovechamiento de pérdidas que se puede producir tanto su la sociedad con bases imponibles negativas es la entidad absorbida como si es la sociedad absorbente.

Y concluía que, dado que el valor de las aportaciones de los socios (capital social) de la sociedad Amiguetes al tiempo de su adquisición por AE William Holding, S.L. era de 8.092.564 € y que el valor contable de la participación en la adquisición era de 137.130,34 €, la diferencia de las dos magnitudes ascendía a 7.955.433,66 € y excedía el importe de los 7.093.795,32 € en concepto de bases imponibles negativas pendientes de compensación en la sociedad Amiguetes. Por tanto, concluía, no existía importe alguno susceptible de compensación.

3º. Imposibilidad de compensar en ese ejercicio unas bases imponibles negativas de la dependiente Amiguetes procedentes de los ejercicios en los que dicha sociedad ya formaba parte del Grupo, por haber dado lugar a provisiones fiscalmente deducibles.

A este respecto, el acuerdo de liquidación razonaba que, tras su adquisición por el Grupo AE William Holding, S.L., la entidad Amiguetes había declarado en el ejercicio 2008 pérdidas por importe de 105.435,13 euros que dieron lugar a bases imponibles negativas por importe de 87.100,93 euros. Tales pérdidas motivaron la depreciación de la participación de AE William Holding, S.L. en el capital de Amiguetes, que contabilizó una pérdida por deterioro por importe de 244.622,41 euros. Por tanto, concluía, tampoco es susceptible de compensación la base imponible negativa generada por Amiguetes en 2008 al corresponderse con pérdidas que ya habían sido íntegramente provisionadas y deducidas por el Grupo.

28. Del acuerdo de liquidación anterior, notificado a la entidad -vía NEO- el 8 de julio de 2016, resultó una deuda a ingresar de 827.183.39 €, comprensiva de 898 556,92 € de cuota del ejercicio 2011 y de 128.626,47 € de intereses de demora.

29. Contra el acuerdo anterior, la entidad interpuso reclamación económico-administrativa per saltum ante el Tribunal Económico-Administrativo Central, tramitándose con R.G. NUM001.

30. Tras tramitarse el procedimiento sancionador correspondiente, por acuerdo de 8 de julio de 2016, la Inspección Regional de Madrid impuso a la entidad dos sanciones relativas al ejercicio 2011: una, por considerar cometida la infracción tributaria tipificada en el art. 195.1 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria (en adelante, LGT), fijando la sanción de 370.693,60 € y otra, por entender cometida la infracción tipificada en el art. 191 de la LGT, fijando el importe de la sanción en este caso en la suma de 349.278,46 euros. Acuerdo sancionador que fue notificado a la entidad -vía NEO- el 8 de julio de 2016.

31. Contra el acuerdo anterior, la entidad interpuso reclamación económico-administrativa per saltum ante el Tribunal Económico-Administrativo Central, tramitándose con R.G. 4846/2016.

32. Mediante la resolución que constituye el objeto del presente recurso, el Tribunal Económico-Administrativo Central estimó la reclamación relativa a la sanción y desestimó la relativa a la liquidación.

Tercero. *Sobre si el art. 90.3 del TRLIS limita (o no) la compensación de bases imponibles negativas en sede de la entidad adquirente y sobre el obligatorio cumplimiento por la Administración de los criterios establecidos en sentencias judiciales firmes*

Como se expone en la demanda, al haber estimado el Tribunal Económico-Administrativo Central la reclamación relativa a la sanción, el recurso se dirige exclusivamente frente a la resolución impugnada en la parte relativa al acuerdo de liquidación (reclamación n.º NUM001).

A través de este primer motivo de impugnación, como se desprende de su propia literalidad, la demanda cuestiona la interpretación finalista e integradora del art. 90.3 del TRLIS realizada por la Inspección de los tributos y confirmada por el Tribunal Económico-Administrativo-Central, por una parte, y el hecho de que la Administración no se haya atendido a la interpretación literal de esa misma norma que vino a establecerse en la sentencia de esta Sala y Sección de 1 de junio de 2017 (ROJ: SAN 2599/2017), por otra.

La demanda expone, a este respecto, que la operación aquí analizada es una fusión por absorción entre sociedades hermanas, íntegramente participadas por un socio único -fusión impropia-, Amiguetes (sociedad absorbente) y Amiguetes B-79 (sociedad absorbida), en que las bases imponibles negativas cuestionadas por la Inspección pertenecían a la entidad absorbente.

La Inspección, partiendo de la interpretación finalista del art. 90.3 del TRLIS contenida en la Resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central, de fecha 3 de julio de 2014 (reclamación n.º NUM002), no permite en el acuerdo de liquidación la compensación de las bases imponibles negativas de la entidad absorbente (es decir, de Amiguetes) a fin de impedir un supuesto de doble aprovechamiento de pérdidas y la desimposición de las rentas positivas obtenidas por la entidad resultante de la operación de fusión.

A juicio de la recurrente, el acogimiento de la fusión al régimen especial FEAC previsto en el Capítulo VIII del Título VII del TRLIS, no genera ninguna especialidad respecto a la operativa de compensación de bases imponibles negativas en el régimen general. Tampoco genera desimposición ni doble aprovechamiento de pérdidas y es totalmente neutral desde el punto de vista tributario, lo que explica a su juicio que el legislador no haya incluido mención alguna a las fusiones impropias en el artículo 90.3 del TRLIS y que, por lo tanto, no proceda la regularización efectuada por la Inspección.

Frente a la interpretación finalista mantenida tanto por la Inspección como por el Tribunal Económico-Administrativo-Central, la demanda señala que el art. 90.3 del TRLIS regula la transmisión de derechos y obligaciones en los casos de fusión, estableciendo una serie de límites para poder compensar las bases imponibles negativas de la entidad absorbida que se extingue tras una fusión por absorción. Sin embargo, en el presente supuesto no hay transmisión alguna de esas bases imponibles negativas porque las mismas continúan en sede de la misma sociedad absorbente. " La fusión es irrelevante en cuanto a las BINs pues no produce movimiento alguno de estas", dice la demanda en este punto.

Atendiendo a la literalidad del precepto, prosigue la demanda, el supuesto de autos no encaja con el tenor literal de la norma y la primera y preferente regla interpretativa es la literal.

A continuación, la recurrente cuestiona los supuestos que subyacen a la tesis de la Administración, como que, para que la entidad absorbente integre los ingresos futuros de la entidad absorbida, sea necesario acoger la operación al régimen de neutralidad fiscal o que el derecho a compensar las bases imponibles negativas con los ingresos provenientes de los negocios de la entidad absorbida provenga de la aplicación del régimen especial.

Subraya el recurrente que el legislador ha previsto mecanismos de corrección de la desimposición que genera el doble aprovechamiento de las bases imponibles que son aplicables en régimen general, de forma que una supuesta interpretación finalista del art. 90.3 del TRLIS no puede conllevar la negación del derecho a compensar una base imponible negativa a su entidad titular, y a pretender compensar supuestos de desimposición y doble aprovechamiento no generados por el régimen especial, y ya resueltos mediante los mecanismos de corrección previstos por la normativa del Impuesto sobre Sociedades.

Dicha interpretación, en su opinión, iría en contra del espíritu del régimen de neutralidad fiscal, generando efectos perniciosos que no se generarían en el régimen general, desincentivando la realización de operaciones de reestructuración que precisamente trata de favorecer el régimen especial.

La demanda sostiene que es opción del contribuyente decidir de qué forma quiere ejecutar la fusión y que la Inspección no puede pretender tratar de evitar los efectos perniciosos que pueden derivarse de un doble aprovechamiento de un mismo beneficio fiscal a través de mecanismos no previstos en la norma para tal fin, de forma que se generen efectos tributarios contrarios a los que precisamente trata de evitar el régimen especial.

Tras citar la contestación a la consulta de la Dirección General de Tributos, V1383-14 de 21 de mayo, la demanda se remite a lo resuelto en la sentencia de esta Sala y Sección de 1 de junio de 2017 (ROJ: SAN 2599/2017) con la que afirma que " la controversia tocó a su final", al enjuiciarse en el citado precedente un supuesto similar al que ahora nos ocupa y considerar que no procedía la aplicación de las limitaciones a la compensación de bases imponibles negativas reguladas en el art. 90.3 del TRLIS cuando las mismas habían sido generadas por la propia entidad adquirente, apelando al efecto tanto a una interpretación literal como sistemática de la norma.

Con base en el citado precedente, además, la recurrente señala que la Administración debió ajustar al mismo la interpretación del art. 90.3 del TRLIS y no recaer en interpretaciones extensivas que, empleando la analogía, van más allá de los propios términos del precepto legal.

La Administración demandada, por su parte, viene a defender la interpretación finalista de la norma contenida en el art. 90.3 del TRLIS. El supuesto es exactamente el legalmente prescrito, tanto si las bases negativas están en la sociedad absorbida (transmitente) como si lo están en la sociedad absorbente (adquirente).

La única objeción es la literalidad de la norma. Pero en la lógica de las actuaciones mercantiles está que la sociedad económicamente potente absorba a la que tiene las pérdidas. Lo contrario, señala la Administración, es económicamente extraño, aunque sea posible y sea jurídicamente válido. Entra dentro de la política legislativa que se haya regulado el caso normal, pero ello no quiere decir que dicho precepto no pueda ser aplicado en una interpretación finalista al caso no habitual. " Porque el contenido del precepto es exactamente el mismo, viene a decir la contestación.

Si la literalidad prevaleciese sobre la finalidad, sería extremadamente fácil burlar e inaplicar dicho contenido mediante el simple método de cambiar quiénes sean las sociedades absorbentes y absorbidas.

Con esta interpretación literal estricta se deja al precepto sin contenido real, puesto que es extremadamente fácil evitar su aplicación. Por tal razón, concluye la contestación, debe estarse a la interpretación finalista del mismo. A través de la misma no resulta necesario acudir a una declaración de conflicto en la aplicación de las normas. Para nada se cambia el contenido del precepto, pues la interpretación se limita a considerar que dicho contenido también es aplicable a los casos en que las bases negativas están en la sociedad absorbente.

A juicio de la Administración, es absurdo pretender que el sistema fiscal ampare dobles imposiciones o dobles deducciones de la misma ganancia o pérdida, porque ello va en contra de la estructura de los hechos y bases imponibles.

Tampoco es cierto, en su opinión, que la aplicación del art. 90.3 del TRLIS genere en la sociedad absorbente una situación peor de la que tendría de no haber realizado la fusión.

La Administración concluye señalando que la contestación de la Dirección General de Tributos citada de contrario resulta ajena al caso de autos, pues atiende al supuesto expresamente previsto en el art. 90.3 del TRLIS, es decir, uno en el que las bases negativas estaban en la sociedad absorbida y no en la absorbente, como aquí ocurre.

Comenzaremos el análisis de la controversia con la cita del art. 90.3 del TRLIS que, en la redacción aplicable *ratione temporis*, establecía lo siguiente:

"3. Las bases imponibles negativas pendientes de compensación en la entidad transmitente podrán ser compensadas por la entidad adquirente.

Cuando la entidad adquirente participe en el capital de la entidad transmitente, o bien ambas formen parte de un grupo de sociedades al que se refiere el artículo 42 del Código de Comercio, la base imponible negativa susceptible de compensación se reducirá en el importe de la diferencia positiva entre el valor de las aportaciones de los socios, realizadas por cualquier título, correspondientes a dicha participación o a las participaciones que las entidades del grupo tengan sobre la entidad transmitente, y su valor contable.

En ningún caso serán compensables las bases imponibles negativas correspondientes a pérdidas sufridas por la entidad transmitente que hayan motivado la depreciación de la participación de la entidad adquirente en el capital de la entidad transmitente, o la depreciación de la participación de otra entidad en esta última cuando todas ellas formen parte de un grupo de sociedades al que se refiere el artículo 42 del Código de Comercio ".

La controversia se centra en el primer y en el segundo párrafo del art. 90.3 del TRLIS, pues no se discute la interpretación del tercer párrafo que sirvió de fundamento a la negativa de la Administración a admitir la compensación de las bases imponibles negativas de la dependiente Amiguetes procedentes de los ejercicios en los que dicha sociedad ya formaba parte del Grupo.

Centrada así la controversia, la cuestión litigiosa se contrae a dirimir cuál es la interpretación del art. 90.3 del TRLIS que debe mantenerse para la resolución del presente recurso: la que se ha denominado " literal y sistemática", que se deriva de la sentencia de la Sala de 1 de junio de 2017 (ROJ: SAN 2599/2017), o la identificada como " finalista e integradora", que sustentan las respectivas posiciones de la Inspección y del Tribunal Económico-Administrativo Central.

Dado que la literalidad del primer párrafo del art. 90.3 del TRLIS alude única y exclusivamente al caso en el que las bases imponibles negativas pendientes de compensación se encuentran en la sociedad transmitente y que el citado precepto se ubica en una norma que regula la " Subrogación en los derechos y obligaciones tributarias", la sentencia de 1 de junio de 2017 (ROJ: SAN 2599/2017) estimó que la citada norma no resulta de aplicación cuando las bases imponibles negativas pendientes de compensación se encuentran en la entidad adquirente y se pretenden compensar con las bases positivas de la entidad transmitente, al no encajar este supuesto con la literalidad de la norma y no existir en el mismo subrogación en los derechos y obligaciones tributarias. " La Inspección ha atendido al significado económico de la operación, pero lo cierto es que no existe norma alguna que impida la fusión inversa y la compensación de las propias bases negativas, por lo que procede estimar el presente recurso contencioso-administrativo", vino a concluir la Sala en el citado precedente.

Para la Inspección y el Tribunal Económico-Administrativo Central, en cambio, lo decisivo no es la letra del art. 90.3 del TRLIS sino su espíritu y finalidad. Desde esta perspectiva, el hecho de que la limitación se formule contemplando la configuración ordinaria de una operación de fusión (la fusión directa) no permite considerar que el legislador únicamente considere reprochable la doble utilización de pérdidas en tales casos. Al contrario, dado que la regulación del régimen especial persigue la neutralidad fiscal con independencia de la forma en que se lleve a cabo la fusión, considera que no hay razón para entender que en materia de bases imponibles negativas la solución haya de ser distinta, de forma que las reglas de tributación del conjunto resultante de una fusión puedan diferir según que esta sea directa o inversa, teniendo en consideración que el resto de condiciones fiscales no van a diferir. A pesar de conocer la sentencia de 1 de junio de 2017 (ROJ: SAN 2599/2017), el Tribunal Económico-Administrativo Central considera que debe apartarse del mismo y mantener el mismo criterio interpretativo que fue revocado por aquella decisión judicial por entender que, en otro caso, se estarían permitiendo o amparando situaciones de desimposición, al habilitar un doble aprovechamiento de unas mismas únicas pérdidas.

Según lo expuesto, el debate parece demandar la respuesta a la cuestión de si debemos seguir o no el criterio interpretativo que mantuvimos en la sentencia de 1 de junio de 2017 (ROJ: SAN 2599/2017).

La controversia, sin embargo, es algo más compleja. Y lo es porque consideramos que esa sentencia no es el único precedente que debe tomarse en consideración al enjuiciar el presente recurso. Junto a la sentencia de 1 de junio de 2017 (ROJ: SAN 2599/2017) también debe ser considerado el criterio fijado en la sentencia de 19 de noviembre de 2009 (ROJ: SAN 5245/2009).

En la sentencia de 1 de junio de 2017 (ROJ: SAN 2599/2017) se interpretó el contenido y alcance del art. 90.3 del TRLIS y si el mismo debía incluir o no en su ámbito de aplicación el supuesto en el que las bases imponibles negativas pendientes de compensación se encontraran en la entidad adquirente y pretenden compensarse con las bases positivas de la entidad transmitente.

En la sentencia de 19 de noviembre de 2009 (ROJ: SAN 5245/2009, FFJJ 7, 8 y 9) se abordó una cuestión de alcance algo más general pero que incide también en el núcleo de la controversia que nos ocupa. En concreto, en la citada sentencia se examinó si el régimen especial amparaba o no la doble deducción o ventaja fiscal.

En concreto, en la citada sentencia de 19 de noviembre de 2009 (ROJ: SAN 5245/2009) se enjuició la procedencia de que la sociedad absorbente se pudiera beneficiar de las bases imponibles negativas generadas en el seno de la entidad absorbida. La norma aplicable *ratione temporis* era el art. 104.3 de la Ley 43/1995, de 27 de diciembre, del Impuesto sobre Sociedades.

La sentencia recoge el alcance de la regularización al indicar, en su fundamento jurídico séptimo, que " El siguiente motivo de impugnación se refiere al rechazo, por parte de la Inspección, en el fundamento décimo del acuerdo de liquidación, del ajuste negativo practicado por la entidad demandante, en relación con la base imponible negativa del Banco Granada Jerez, decisión que se fundamenta en que, en opinión del Inspector, la dotación al fondo de fluctuación de valores realizada por LA CAIXA ya recoge la base imponible negativa de esa entidad y que, de no producirse dicha restricción, se estaría admitiendo una doble deducción de la misma pérdida, razón por la que se incrementa la base imponible declarada por la recurrente en la suma de 2.480.557.390 pesetas".

La tesis de la recurrente se resume en el fundamento jurídico noveno de la sentencia de 19 de noviembre de 2009 (ROJ: SAN 5245/2009), en los siguientes términos:

"El escrito de demanda, en su argumentación sobre la procedencia de que la sociedad absorbente se beneficie de las bases imponibles negativas generadas en el seno de la entidad absorbida -y esto vale tanto para el Banco Granada-Jerez como para la entidad Caixabank, S.A. sostiene que La Caixa había aplicado lo dispuesto en el artículo 104.3 de la Ley 43/1995 , en su redacción originaria, que regía para el ejercicio 1996 que nos ocupa, y que dicho precepto, antes de ser modificado en la forma que más arriba ha quedado reflejada, permitía la transmisión de las bases imponibles en la forma efectuada, pues la restricción a que se acoge la Inspección, según su tesis, es

posterior en el tiempo y, concretamente, sólo comenzó a regir en 1998, por lo que sería inaplicable al asunto que ahora se debate.

Según la tesis que luce en la demanda y que la Sala no comparte, la redacción originaria del precepto, que se mantuvo hasta el 1 de enero de 1998, no contenía ninguna limitación al importe de las bases imponibles susceptibles de transmisión de una sociedad a otra con ocasión de la materialización de operaciones societarias, por el hecho de que dichas bases hubieran dado lugar a una provisión".

La sentencia de 19 de noviembre de 2009 (ROJ: SAN 5245/2009) rechaza tal planteamiento en el fundamento jurídico noveno. Lo hace a través de distintos argumentos, pero vamos a destacar los siguientes:

"Sin embargo, la Sala no puede estar de acuerdo, en absoluto, con la elaborada interpretación que la demanda intenta en los folios 39 y siguientes. Ni estamos en presencia de aplicación retroactiva alguna de la Ley 66/1997, que ni forma ni materialmente se aplica en el caso que se debate, ni puede negarse con tanta rotundidad como lo hace la demanda que no hubiera una al menos implícita restricción, establecida en el primitivo texto del artículo 104.3 LIS de 1995, precisamente la necesaria para evitar que se consumaran situaciones de cómputo doble de deducciones o ventajas fiscales.

Quiere ello decir que, atendiendo a la finalidad de la norma, que es la de garantizar la neutralidad de las operaciones societarias que dan lugar a la aplicación del régimen especial correspondiente -dentro de cuya ubicación sistemática se encuentra la norma discutida- y, precisamente en aras de esa neutralidad, se trata de evitar que estas operaciones queden estimuladas o disuadidas por razones estricta o preponderadamente fiscales, pues tales preceptos proceden, como es sabido, de la incorporación a nuestro Derecho de disposiciones de Derecho comunitario al respecto.

Sentado lo anterior, puede afirmarse con rotundidad que la Ley 43/1995, en su versión originaria, y pese a la carencia de una disposición específica -es de recordar que no sólo respecto a la traslación de bases imponibles negativas, sino de toda mención a los grupos consolidados como tales- prohibía que un mismo beneficio pudiera aplicarse doblemente, por la vía de la incorporación o traslación de las bases imponibles acreditadas en el seno de la entidad absorbida y, de otra, mediante las provisiones correspondientes, como las que en este caso se dotaron para precaverse de la fluctuación en los valores de la cartera poseída, pues de ser así la base imponible transferida, como esta Sala ha dicho repetidamente, ya incorporaría, en su determinación y cuantía, la pérdida de valor de los títulos representativos del capital transmitido, materializando con ello un doble beneficio".

La sentencia de 19 de noviembre de 2009 (ROJ: SAN 5245/2009) fue recurrida en casación y el Tribunal Supremo, en la sentencia de 14 de diciembre de 2011 (ROJ: STS 8644/2011, FJ 4), confirmó el criterio interpretativo de la Sala a través del siguiente razonamiento:

" CUARTO. En los motivos tercero y decimosexto se aduce infracción por la sentencia recurrida del art. 104.3 de la Ley 43/1995, del Impuesto sobre Sociedades, al no admitir la compensación efectuada por la entidad recurrente de las bases imponibles negativas procedentes de las sociedades Banco Granada-Jerez (BGJ) y Caixabank, que habían sido absorbidas por ella en el ejercicio 1996, por entender el Tribunal de instancia, confirmando el criterio de la Inspección, que dichas bases negativas debían ser objeto de reducción en un importe igual a las provisiones de cartera que antes de la fusión había dotado la CAIXA por su participación en dichas sociedades. Señala que la modificación introducida en ese precepto por la Ley 66/1997, en el sentido de recoger la indicada limitación, no puede ser aplicada retroactivamente, pues en el texto vigente en el ejercicio 1996, dicha modificación normativa no se había producido. Entenderlo de otra forma, expresa, iría contra el principio de seguridad jurídica y confianza legítima.

Aunque es cierto que las normas deben interpretarse en su sentido literal, también el artículo 3 del Código Civil señala como otro instrumento de interpretación "su espíritu y finalidad". Pues bien, es cierto que el art. 104.3 de la Ley 43/1995, en su primitiva redacción, no se refería a la reducción de la compensación de "las bases negativas correspondientes a pérdidas sufridas por la entidad transmitente que hayan motivado la depreciación de la participación de la entidad adquirente en el capital de la transmitente", ya que está limitación fue introducida por la Ley 66/1997. Sin embargo, la base del Impuesto sobre Sociedades se construye con carácter general sobre la conjunción de ingresos y gastos, siendo tal dicotomía la columna vertebral del sistema en orden a determinar cuál es la verdadera capacidad del sujeto pasivo, de tal forma que la realidad fiscal que contempla el impuesto es el de no incluir mayores ingresos de los que efectivamente hayan tenido lugar durante el ejercicio, ni deducir mayores gastos que los efectivamente se hayan producido en el mismo ejercicio para obtener aquellos ingresos. Desde esta perspectiva, iría en contra de la propia esencia del sistema el que se permitiera introducir dos veces, aunque sea por vía indirecta, un mismo gasto.

Pues bien, esto es lo que se pretende por la recurrente al querer introducir mediante la total compensación de las bases negativas de las sociedades absorbidas, el gasto que ya había sido deducido por dotación del fondo por depreciación. Una solución de este tenor hubiera requerido una norma expresa en tal sentido, pero no puede

extraerse del silencio de la Ley que el designio del legislador fuera ir en contra del sistema general de construcción de la base del impuesto. La modificación del art. 104.3 de la Ley 43/1995 que se efectuó posteriormente, sólo tuvo el objetivo de llenar una laguna legal que pudiera crear problemas de interpretación".

Tenemos así, en definitiva, dos precedentes relevantes que deben ser considerados para la decisión del recurso y que nos conducen a soluciones distintas y contradictorias. Si seguimos el criterio de la sentencia de 1 de junio de 2017 (ROJ: SAN 2599/2017), la respuesta que habríamos de dar sería favorable a la entidad recurrente, en el sentido de que el art. 90.3 del TRLIS no recoge el supuesto en el que las bases imponibles negativas pendientes de compensación se encuentran en la entidad adquirente y pretenden compensarse con las bases positivas de la entidad transmitente. Y, en consecuencia, el fundamento de la regularización de la situación tributaria del contribuyente habría de ser rechazado. Si seguimos el criterio de la sentencia de 19 de noviembre de 2009 (ROJ: SAN 5245/2009) y de la sentencia del Tribunal Supremo de 14 de diciembre de 2011 (ROJ: STS 8644/2011), la decisión sería favorable a la Administración, en el sentido de que el régimen especial no permite amparar en ningún caso situaciones de cómputo doble de deducciones o ventajas fiscales. Y, en consecuencia, el fundamento de la regularización de la situación tributaria del contribuyente habría de ser confirmado.

Situados ante este dilema, estimamos que debemos seguir el criterio de la sentencia de 19 de noviembre de 2009 (ROJ: SAN 5245/2009) y de la sentencia del Tribunal Supremo de 14 de diciembre de 2011 (ROJ: STS 8644/2011), aunque ello suponga apartarnos de la solución alcanzada en el más reciente de los pronunciamientos aquí considerados, es decir, la sentencia de 1 de junio de 2017 (ROJ: SAN 2599/2017).

Por una parte, en contra de lo que sostiene la recurrente, la interpretación literal no tiene primacía absoluta y general sobre los restantes métodos, instrumentos o criterios de interpretación de las normas. Así vino a asumirlo el Tribunal Supremo en la sentencia 14 de diciembre de 2011 (ROJ: STS 8644/2011, FJ 4), al afirmar que " Aunque es cierto que las normas deben interpretarse en su sentido literal, también el artículo 3 del Código Civil señala como otro instrumento de interpretación "su espíritu y finalidad".

Por otra parte, el art. 90.3 del TRLIS no admite solo la interpretación a contrario que postula la recurrente. Es decir, que dicha norma regule de modo explícito un determinado tipo de fusión no significa necesariamente que, ante un supuesto distinto, deban seguirse otro tipo de consecuencias.

A juicio de la Sala, del silencio del art. 90.3 del TRLIS sobre la fusión inversa no cabe extraer la conclusión de que el legislador permita en estos casos el doble aprovechamiento de deducciones o ventajas fiscales.

Para alcanzar la anterior conclusión, estimamos que sería necesaria una declaración expresa del régimen especial, en la medida en que tal solución viene a representar una excepción a la estructura lógica del mismo. En tal sentido debe interpretarse la declaración de la sentencia del Tribunal Supremo de 14 de diciembre de 2011 (ROJ: STS 8644/2011, FJ 4) acerca de que: " Una solución de este tenor hubiera requerido una norma expresa en tal sentido, pero no puede extraerse del silencio de la Ley que el designio del legislador fuera ir en contra del sistema general de construcción de la base del impuesto". Dado que no existe tal previsión entre las normas que regulan el régimen especial, debemos entender que este supuesto está regido por la misma regla que el específicamente previsto en el art. 90.3 del TRLIS.

La interpretación literal que defiende la recurrente, sobre la base del argumento a contrario, niega la posibilidad de que el art. 90.3 del TRLIS contenga una prohibición implícita al doble aprovechamiento de deducciones o ventajas fiscales con independencia de que la reestructuración societaria se articule como fusión directa o inversa. Sin embargo, tal posibilidad fue expresamente admitida por la Sala cuando lo que está en juego es garantizar que no se utilicen y aprovechen doblemente deducciones o ventajas fiscales, como aquí ocurre. Así, en la sentencia de 19 de noviembre de 2009 (ROJ: SAN 5245/2009, FJ 9) podemos leer lo siguiente (el subrayado es nuestro): " puede afirmarse con rotundidad que la Ley 43/1995, en su versión originaria, y pese a la carencia de una disposición específica -es de recordar que no sólo respecto a la traslación de bases imponibles negativas, sino de toda mención a los grupos consolidados como tales- prohibía que un mismo beneficio pudiera aplicarse doblemente, por la vía de la incorporación o traslación de las bases imponibles acreditadas en el seno de la entidad absorbida y, de otra, mediante las provisiones correspondientes".

Además, coincidimos con la tesis de la Administración de que, ante el silencio del legislador, la finalidad del régimen especial debe inspirar la solución de este tipo de supuestos. Dado que el régimen especial está basado en el principio de neutralidad, debemos contrastar cuál de las posibles respuestas a la cuestión litigiosa se adapta mejor al mismo. Como declaró la sentencia de 19 de noviembre de 2009 (ROJ: SAN 5245/2009, FJ 9): " atendiendo a la finalidad de la norma, que es la de garantizar la neutralidad de las operaciones societarias que dan lugar a la aplicación del régimen especial correspondiente -dentro de cuya ubicación sistemática se encuentra la norma discutida- y, precisamente en aras de esa neutralidad, se trata de evitar que estas operaciones queden estimuladas o disuadidas por razones estricta o preponderadamente fiscales". A la luz de este principio, ninguna duda cabe de que el criterio de la Administración es el más acorde a la neutralidad de las operaciones societarias, al no establecer distinción alguna entre los distintos tipos de fusión a los efectos del art. 90.3 del TRLIS. La tesis de la recurrente, en cambio, supone una quiebra del referido principio al privilegiar el tratamiento fiscal de la fusión inversa frente al que merece la fusión directa. Permitir en el primer caso el doble aprovechamiento de una ventaja fiscal (y no en el

segundo) supone introducir un claro incentivo fiscal a que las reestructuraciones societarias se ejecuten de una determinada forma (y no de otra).

A esta conclusión se llega en el ámbito del régimen especial y a la luz del principio de neutralidad que lo inspira. Pero lo mismo cabe decir si, al analizar la procedencia del doble aprovechamiento de una ventaja fiscal, adoptamos una visión o perspectiva más general, sea la de la estructura del Impuesto sobre Sociedades o la del deber constitucional de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos.

Así, en cuanto a lo primero, la sentencia del Tribunal Supremo de 14 de diciembre de 2011 (ROJ: STS 8644/2011, FJ 4) nos recuerda que: "la base del Impuesto sobre Sociedades se construye con carácter general sobre la conjunción de ingresos y gastos, siendo tal dicotomía la columna vertebral del sistema en orden a determinar cuál es la verdadera capacidad del sujeto pasivo, de tal forma que la realidad fiscal que contempla el impuesto es el de no incluir mayores ingresos de los que efectivamente hayan tenido lugar durante el ejercicio, ni deducir mayores gastos que los efectivamente se hayan producido en el mismo ejercicio para obtener aquellos ingresos. Desde esta perspectiva, iría en contra de la propia esencia del sistema el que se permitiera introducir dos veces, aunque sea por vía indirecta, un mismo gasto".

Y, respecto a lo segundo, la sentencia de 19 de noviembre de 2009 (ROJ: SAN 5245/2009, FJ 8), cuando afirma que: "La Sala comparte plenamente la argumentación expuesta, basándose en el criterio repetidamente establecido, no tanto para casos idénticos al que ahora se examina, pero sí a la hora de examinar la relación de influencia que tiene el fondo de fluctuación de valores o de depreciación de cartera, en tanto refleja una pérdida de valor correspondiente al capital invertido en otra sociedad, respecto a la determinación de la base imponible de la sociedad a la que se refiere, en el sentido de que con ello se opera una indeseada doble deducción o ventaja fiscal que la ley prohíbe, a la vez que una proscrita vulneración del deber de todos de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos conforme a su capacidad económica (art. 31.1 CE)".

En relación con lo anterior, estimamos que el argumento a contrario debe completarse con el argumento apagógico o ad absurdum, conforme al cual en los supuestos de duda interpretativa la opción correcta consiste en decantarse por el sentido que satisfaga la finalidad que la norma persigue, excluyendo siempre la que conduzca a un resultado absurdo o contrario a aquella. En otras palabras, de las dos alternativas a que conduce el argumento a contrario (que el silencio del legislador sobre la fusión inversa en el supuesto del art. 90.3 del TRLIS deba interpretarse como exclusión de tal supuesto de su ámbito de aplicación o no), la primera de ellas nos conduce a una serie de consecuencias que no pueden ser admitidas. La quiebra de la neutralidad que inspira el régimen especial, de la estructura del Impuesto sobre Sociedades o la del deber constitucional de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos son consecuencias a las que inevitablemente conduce la interpretación que postula la entidad recurrente y que deben ser rechazadas por la Sala siguiendo los precedentes de esta Sala y del Tribunal Supremo a que se ha hecho reiterada mención.

El acuerdo de liquidación viene a emplear este mismo tipo de argumentación al plantear la cuestión en los siguientes términos:

" Es decir, partimos de que en el caso de que la fusión sea directa la norma no quiere que los beneficios de la entidad adquirente se vean compensados con bases imponibles negativas que procedan de la entidad transmitente y que, a su vez, hayan motivado una pérdida en otros titulares de la participación. ¿Qué sentido tendría entonces que la norma permitiera dicho aprovechamiento sólo con que la operación se instrumentara de forma inversa de tal modo que, sirviéndose de las reglas de diferimiento del propio régimen, los beneficios futuros que obtendría la entidad transmitente se obtengan en sede de la adquirente y, ahora sí, se neutralizaran con las bases imponibles de esta última? Ninguno, pues sería tanto como decir que el propio régimen (el diferimiento) podría ser utilizado para vulnerar las propias reglas del régimen (las limitaciones a la compensación de bases imponibles negativas)".

La Sala, por las razones ya expresadas, coincide con la Administración en este punto.

Un último argumento a favor de acoger la tesis de la Administración en el presente caso reside en que el criterio hermenéutico que se sostuvo por la Sala en la sentencia de 19 de noviembre de 2009 (ROJ: SAN 5245/2009) fue confirmado por la sentencia del Tribunal Supremo de 14 de diciembre de 2011 (ROJ: STS 8644/2011). En cambio, el que se mantuvo en la sentencia de 1 de junio de 2017 (ROJ: SAN 2599/2017) no llegó a ser valorado ni revisado por el Tribunal Supremo al declararse desierto el recurso de casación interpuesto por la Administración contra la citada resolución.

Procede, en consecuencia, que nos separemos de la interpretación del art. 90.3 del TRLIS que seguimos en la sentencia de 1 de junio de 2017 (ROJ: SAN 2599/2017) y que enjuiciemos esta cuestión a la luz de los criterios hermenéuticos establecidos en la sentencia de 19 de noviembre de 2009 (ROJ: SAN 5245/2009) y en la sentencia del Tribunal Supremo de 14 de diciembre de 2011 (ROJ: STS 8644/2011).

El motivo se desestima.

No resulta necesario, por ello, que abordemos la segunda de las cuestiones litigiosas enunciadas en el fundamento jurídico primero de esta sentencia (" No se cumplen los requisitos para aplicar la limitación a la compensación de bases imponibles negativas prevista en el artículo 25.2 del TRLIS").

La apelación al art. 25.2 del TRLIS como fundamento de la regularización se efectuó con carácter subsidiario, como se infiere de los términos con que se expresó la Inspección en el acuerdo de liquidación y como el propio Tribunal Económico-Administrativo vino a reconocer de modo expreso.

Una vez confirmada la interpretación del art. 90.3 del TRLIS, de la que se sirvió principalmente la Inspección para regularizar la situación tributaria del contribuyente, la actuación administrativa que es objeto de revisión debe considerarse ajustada a Derecho sin necesidad de profundizar en la corrección de esa segunda vertiente de su motivación.

Cuarto. *Sobre el incumplimiento de la carga de la Administración: falta de acreditación del doble aprovechamiento fiscal de pérdidas*

Como tercer motivo de impugnación, la recurrente sostiene que la Administración nunca ha probado que en la realidad se haya producido un doble aprovechamiento fiscal de una misma pérdida y que era ella a la que le incumbía la carga de la prueba al tratarse de la aplicación de una excepción a la regla general de compensación de bases imponibles negativas. En el expediente, señala la demanda, lo único que obra incorporado y a lo único que alude la Inspección en su liquidación son las cuentas anuales de aquellos antiguos socios que, si bien acreditan la existencia de determinados apuntes contables, no justifican su efecto en el ámbito fiscal. Y concluye que toda la regularización se sustenta, en última instancia, en una afirmación del Inspector que no viene respaldada por soporte probatorio alguno.

A juicio de la Administración, en cambio, el art. 90.3 del TRLIS no prevé un requisito de tal contenido, es decir, el doble aprovechamiento de pérdidas, ni correlativamente impone una prueba al respecto. Una cosa es que un precepto pueda responder a cierto fin de política fiscal, o de estructura hacendística del tributo, o a varios de ellos, y otra distinta es la regulación normativa que tiene y se ha plasmado en los requisitos que señala. Los requisitos que fija el art. 90.3 del TRLIS son otros, y en la liquidación consta numéricamente que concurren, como por lo demás reitera el Tribunal Económico-Administrativo Central.

Sobre esta cuestión se ha pronunciado el Tribunal Supremo en la sentencia de 10 de diciembre de 2021 (ROJ: STS 4643/2021, FJ 3), fijando la siguiente doctrina jurisprudencial:

" Del párrafo segundo del artículo 90.3 TRLIS/2004, se desprende que, en el contexto del principio de neutralidad, la Administración Tributaria debe aplicar automáticamente la limitación que establece dicho apartado a la hora de efectuar la comprobación de las limitaciones a la compensación de bases imponibles negativas".

Se confirma así la doctrina establecida en la sentencia del Tribunal Supremo de 13 de diciembre de 2012 (ROJ: STS 8936/2012, FJ 3), que declaró a este respecto que " la LIS no exige para aplicar la limitación a la compensación de las bases imponibles negativas de la sociedad transmitente por la adquirente el que la pérdida fiscal de los socios haya sido efectivamente aplicada por estos" y que no se puede " pretender que haya que comprobar en cada caso si la pérdida fiscal fue o no aplicada por el socio o socios anteriores, pues, como bien puso de manifiesto la resolución del TEAC, "se trata de una circunstancia, en la mayor parte de los casos, de imposible control y acreditación por parte de la entidad adquirente -a quien correspondería la carga de la prueba en virtud de lo dispuesto en el artículo 114.1 de la LGT de 1963 - en casos tales como cadenas sucesivas de transmisiones, adquisición de las participaciones en momentos diferentes y/o una pluralidad heterogénea de personas, físicas y jurídicas, residentes y no residentes, en situaciones tributarias diversas ... por no hablar de las situaciones transitorias: supuestos en los que el socio anterior que dotó provisión por depreciación de valores, la cual le generó una base imponible negativa, aún no haya podido compensar la misma cuando transmitió las acciones ni cuando se materializó la fusión pero todavía le quede plazo para ello y no se sepa si se la va a poder compensar)".

Trasladando esta doctrina jurisprudencial a las circunstancias del presente caso, debemos confirmar la resolución impugnada y el acuerdo de liquidación del que trae causa.

Como se recoge en el acuerdo de liquidación, no resulta admisible la compensación de las bases imponibles negativas de Amiguetes procedentes de los ejercicios en los que dicha sociedad no formaba parte del Grupo, por haber dado lugar a pérdidas en los socios anteriores. Dado que el valor de las aportaciones de los socios (capital social) de la sociedad Amiguetes al tiempo de su adquisición por AE William Holding, S.L. era de 8.092.564 € y que el valor contable de la participación en la adquisición era de 137.130,34 €, la diferencia de las dos magnitudes ascendía a 7.955.433,66 € y excedía el importe de los 7.093.795,32 € en concepto de bases imponibles negativas pendientes de compensación en la sociedad Amiguetes.

Sobre la base de los hechos anteriores, que no han sido desvirtuados en el proceso, estimamos que la Administración ha cumplido las exigencias previstas para la aplicación del límite previsto en el art. 90.3 del TRLIS,

según lo que resulta de la jurisprudencia contenida en la sentencia de 10 de diciembre de 2021 (ROJ: STS 4643/2021, FJ 3).

El motivo se desestima.

Quinto. *Decisión del recurso contencioso-administrativo*

En atención a lo expuesto, procede desestimar el recurso contencioso-administrativo al ser ajustada a Derecho la resolución impugnada.

Sexto. *Costas procesales*

En cuanto a las costas, el artículo 139.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, dispone que " En primera o única instancia, el órgano jurisdiccional, al dictar sentencia o al resolver por auto los recursos o incidentes que ante el mismo se promovieren, impondrá las costas a la parte que haya visto rechazadas todas sus pretensiones, salvo que aprecie y así lo razone, que el caso presentaba serias dudas de hecho o de derecho".

En el caso que nos ocupa, se aprecian dudas de derecho. La tesis de la recurrente sobre la interpretación del art. 90.3 del TRLIS se basa en un precedente de esta Sala. Que nos hayamos separado del mismo y hayamos enjuiciado el caso a la luz de otros precedentes de esta Sala y del Tribunal Supremo, en los términos razonados en el fundamento tercero de esta sentencia, no significa que no estemos ante una cuestión jurídicamente controvertida.

Por lo expuesto, la Sala dicta el siguiente

FALLO

Que desestimando el recurso contencioso administrativo interpuesto por la representación procesal AE William Holding, S.L. contra la Resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central de 14 de febrero de 2019 (R.G.: NUM001), debemos declarar y declaramos la mencionada resolución ajustada a Derecho. Sin costas.

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. Magistrado Ponente de la misma, D. RAFAEL VILLAFÁÑEZ GALLEGO 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.