



Roj: SAN 107/2013
Id Cendoj: 28079230022013100016
Órgano: Audiencia Nacional. Sala de lo Contencioso
Sede: Madrid
Sección: 2
Nº de Recurso: 6/2010
Nº de Resolución:
Procedimiento: CONTENCIOSO
Ponente: JESUS CUDERO BLAS
Tipo de Resolución: Sentencia

SENTENCIA

Madrid, a veinticuatro de enero de dos mil trece.

Vistos los autos del recurso contencioso-administrativo nº **6/2010** que ante esta Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, ha promovido el Procurador don Eduardo Codes Feijóo en nombre y representación de la entidad **BANCO SANTANDER, S.A.** frente a la Administración General del Estado (Tribunal Económico Administrativo Central de Madrid), representada y defendida por el Abogado del Estado. La cuantía del recurso es de 769.760.305 euros. Es Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado *D. JESUS CUDERO BLAS*, quien expresa el criterio de la Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La parte indicada interpuso, con fecha 29 de diciembre de 2009, el presente recurso contencioso-administrativo que, admitido a trámite y reclamado el expediente administrativo, fue entregado a la misma para que formalizara la demanda.

SEGUNDO.- En el momento procesal oportuno, la parte actora formalizó la demanda, a través del escrito presentado en fecha de 20 de mayo de 2010, en el que, después de alegar los hechos y fundamentos jurídicos que consideró aplicables, terminó suplicando la estimación del recurso, con la consiguiente anulación de los actos administrativos impugnados e imposición de costas a la Administración.

TERCERO.- De la demanda se dio traslado al Sr. Abogado del Estado quien, en nombre y representación de la Administración demandada, contestó a la misma mediante escrito presentado el 9 de julio de 2010 en el que, tras los hechos y fundamentos jurídicos que estimó aplicables, terminó suplicando la desestimación del presente recurso y la confirmación de la resolución impugnada.

CUARTO.- Concluido el proceso, la Sala señaló, por medio de providencia, la audiencia del 8 de noviembre de 2012 como fecha para la votación y fallo de este recurso, prolongándose la deliberación en las posteriores sesiones de 15, 22 y 29 de noviembre y 5 de diciembre de 2012, con el resultado que ahora se expresa.

FUNDAMENTOS JURIDICOS

PRIMERO.- Se impugna en el presente recurso contencioso administrativo por la representación de la entidad BANCO SANTANDER, S.A. la resolución del Tribunal Económico Administrativo Central de 22 de octubre de 2009 (aclarada por otra de 17 de diciembre de 2009) por la que: a) Se estimó parcialmente la reclamación económico-administrativa (número de Registro General 3986/07) interpuesta por la citada sociedad frente al acuerdo de 22 de noviembre de 2007, del Jefe de la Oficina Técnica de la Dependencia de Control Tributario y Aduanero de la Delegación Central de Grandes Contribuyentes de la AEAT, por el que se estimó parcialmente el recurso de reposición deducido frente a la liquidación por impuesto sobre sociedades del ejercicio 2001; b) Se estimó parcialmente (tras la aclaración) la reclamación económico-administrativa (número de Registro General 3988/07) interpuesta por la entidad frente al acuerdo dictado en la misma fecha (22 de noviembre de 2007) y el mismo órgano (el Jefe de la Oficina Técnica de la Dependencia de Control Tributario y Aduanero de la Delegación Central de Grandes Contribuyentes de la AEAT), por el que se estimó parcialmente el recurso de reposición deducido frente a la liquidación por impuesto sobre sociedades

del ejercicio 2002; c) Se estimó parcialmente la reclamación económico-administrativa (número de Registro General 1509/08, sanción) dirigida frente al acuerdo dictado el 26 de noviembre de 2007 por el indicado Jefe de la Oficina Técnica, por el que se imponía una sanción de 446.566,25 euros en relación con el impuesto sobre sociedades del ejercicio 2002; d) Se desestimó la reclamación económico-administrativa (número de Registro General 1508/08, sanción) interpuesta frente a acuerdo de 26 de noviembre de 2007, también dictado por el Jefe de la Oficina Técnica, por el que se imponía a la entidad una sanción de 88.759.196,18 euros en relación con el impuesto sobre sociedades del ejercicio 2001.

Según consta en autos, con fecha 21 de diciembre de 2006 los Servicios de Inspección incoaron a la sociedad demandante acta de disconformidad, modelo A02, núm. 71253464, referida a la declaración del impuesto sobre sociedades del ejercicio 2001 del grupo fiscal 17/89, de la que resultó el correspondiente acuerdo de liquidación, resolviéndose en el mismo, resumidamente, sobre las siguientes cuestiones:

1. La deducibilidad de las dotaciones a la provisión genérica por insolvencias sobre posiciones crediticias con entidades vinculadas que no forman parte del grupo consolidado, que la Inspección niega en virtud de la restricción impuesta por el artículo 7.2.e) del Reglamento del impuesto, que se entiende aplicable tanto a las provisiones específicas como a las genéricas.

2. La deducibilidad de las dotaciones a la provisión para la cobertura de riesgos en operaciones de opciones de futuros financieros, también rechazada por la Inspección por aplicación del artículo 13.1 de la ley del impuesto, que así lo recoge respecto de "las dotaciones a provisiones para la cobertura de riesgos previsibles, pérdidas eventuales, gastos o deudas probables", y en atención al criterio de la Audiencia Nacional y del propio órgano de revisión.

3. La aplicación de los beneficios del diferimiento por reinversión, la deducción por reinversión o la corrección monetaria a los beneficios obtenidos en la transmisión de inmuebles adjudicados en pago de deudas, no admitida por la Administración.

4. La deducción por reinversión en relación con la plusvalía obtenida en la transmisión de las acciones de **Vodafone**, tampoco admitida por entender el acto de liquidación que el artículo 36 ter de la ley del impuesto se refiere a la renta positiva obtenida en la transmisión, siendo ésta única y constituida por la diferencia entre el precio de transmisión y el valor de adquisición, y sin que pueda deducirse conclusión contraria de la consulta de la Dirección General de Tributos alegada por la parte recurrente.

5. La determinación de la renta exenta de un establecimiento permanente ubicado en Alemania por aplicación de la normativa convenida, respecto de la cual el método de exención aplicado por el contribuyente -derivado del artículo 23.2.a) del Convenio Hispano-Alemán - no considera adecuado al producir realmente, a criterio de la Inspección, un efecto de "desimposición".

6. La determinación de la renta exenta de las sucursales ubicadas en Londres y Nueva York por aplicación del artículo 20.ter de la ley del impuesto, aplicándose el mismo criterio que en el apartado anterior.

7. La exención de dividendos de fuente extranjera y la depreciación de la participación en relación con el dividendo percibido por ABLASA del Banco Santander Brasil, supuesto en el que la Inspección, admitiendo la exención de tal dividendo por aplicación del Convenio de Doble Imposición, rechaza la deducción de la dotación a la provisión por depreciación de valores por la participación en el Banco al entender que tal depreciación está realmente causada por la distribución del dividendo.

8. La depreciación de la participación en Banco Santander Brasil, S.A. Sostiene la Inspección que resulta aplicable al caso lo dispuesto en el artículo 15.2.b) de la ley del impuesto, lo que arroja una pérdida fiscalmente deducible inferior a la considerada por la recurrente en la declaración del impuesto.

9. La provisión por depreciación de valores mobiliarios en relación con la adquisición en agosto de 2001 del 100% de Carvasa Inversiones, S.L., rechazada en el acuerdo de liquidación por aplicación del artículo 12.3 de la ley del impuesto y por entender que la citada entidad obtuvo un importante resultado positivo en el ejercicio que determinó que no se produjera pérdida de su valor contable, sino justamente lo contrario.

10. La exención por doble imposición de plusvalías, no admitida respecto de la aportación no dineraria de acciones, efectuada en septiembre de 2000 por BSCH, de Société Generale y Metropolitan Life Insurance a Santusa Holding y que ésta, a su vez, transmitió en 2001 y 2002.

11. La deducción por doble imposición internacional respecto del dividendo percibido por Cántabra de Inversiones, S.A. de la británica **Vodafone**, igualmente rechazada por entender la Inspección no aplicable

el artículo 24.2 del Convenio de Doble Imposición Internacional al no responder la cantidad deducida a un impuesto pagado sino a un impuesto "nocial" o "virtual".

12. La compensación de bases imponibles negativas de sociedades, generadas antes de su incorporación al Grupo, no admitida por la Inspección en los términos propuestos por la recurrente al ser la base imponible declarada del grupo 17/89 negativa.

13. Ajustes en consolidación referentes a la provisión por depreciación del valor de participaciones en sociedades y reversión de ajustes positivos, rechazados por la Inspección en atención a lo dispuesto en el artículo 87 de la ley del impuesto y 39.4 del Código de Comercio .

Interpuesto recurso de reposición frente al anterior acuerdo, el 22 de noviembre de 2007 se estimó parcialmente (en el sentido de computar a efectos de la determinación de base imponible la dotación a la provisión por depreciación de las acciones del Banco del Estado de Sao Paulo).

También con fecha 21 de diciembre de 2006 le fue incoada a la entidad acta de disconformidad, modelo A02, núm. 71253394, de la que derivó el acuerdo de liquidación de 7 de marzo de 2007, relativo al impuesto sobre sociedades del ejercicio 2002, en el que se regularizaron, también resumidamente, los siguientes extremos:

1. La deducibilidad de las dotaciones a la provisión genérica por insolvencias sobre posiciones crediticias con entidades vinculadas que no forman parte del grupo consolidado, que la Inspección niega en idénticos términos que los reflejados en la liquidación del ejercicio 2001.

2. La deducibilidad de las dotaciones a la provisión para la cobertura de riesgos en operaciones de opciones de futuros financieros, también rechazada por la Inspección como se hizo para el período 2001, con los mismos fundamentos empleados en la liquidación correspondiente.

3. La aplicación de los beneficios del diferimiento por reinversión, la deducción por reinversión o la corrección monetaria a los beneficios obtenidos en la transmisión de inmuebles adjudicados en pago de deudas, no admitida por la Administración en los mismos términos y con idéntico razonamiento que el contenido en el acuerdo de liquidación referido al ejercicio 2001.

4. La determinación de la renta exenta de un establecimiento permanente ubicado en Alemania por aplicación de la normativa convenida, reiterándose por la Inspección el rechazo del método aplicado por el contribuyente como ya hiciera en relación al período anterior.

5. La determinación de la renta exenta de las sucursales ubicadas en Londres y Nueva York por aplicación del artículo 20.ter de la ley del impuesto, aplicándose el mismo criterio que en el apartado anterior.

6. La exención por doble imposición de plusvalías, no admitida respecto de la aportación no dineraria de acciones, efectuada en septiembre de 2000 por BSCH, de Société Generale y Metropolitan Life Insurance a Santusa Holding y que ésta, a su vez, transmitió en 2001 y 2002, aplicándose idéntica fundamentación que respecto del período 2001.

7. La deducción del fondo de comercio pagado en la adquisición de participaciones en entidades no residentes y derivado de la adquisición en mayo de 2002 de la totalidad del capital social de AKB Holding, respecto de la cual dedujo la actora de su base imponible una vigésima parte del fondo de comercio determinado por aquella adquisición. Como quiera que la sociedad transmitió una parte de la participación social y entendió que ello no tenía efecto sobre la citada deducción (por considerar a ésta como beneficio definitivo e irreversible), la Inspección decidió aumentar la base imponible en el importe correspondiente a la amortización del fondo de comercio atribuido a los títulos transmitidos por considerar que el precio recibido por tal transmisión incluye el fondo de comercio pagado en su adquisición.

8. La deducción de la amortización del fondo de comercio en la adquisición de las acciones de Banco Río de la Plata, S.A. y BRS Investment, derivada de la adquisición por Administración de Bancos Latinoamericanos, S.A. del 7,21% y del 100%, respectivamente, de ambas entidades, residentes en el extranjero y que cumplen los requisitos del artículo 12.5 de la ley del impuesto. La Inspección modifica la cuantía del fondo de comercio rechazando el criterio del demandante (que lo había calculado según el cambio peso/euro a la fecha) y aplicando las modificaciones en el valor de los elementos patrimoniales del balance que fueron ordenadas por la ley argentina 25561, de 6 de enero de 2002, ya vigente cuando se realizó la adquisición.

9. La deducción por reinversión en relación con la plusvalía obtenida en la transmisión de las acciones de **Vodafone**, tampoco admitida por entender el acto de liquidación, como ya se hizo en relación con el período

2001, que el artículo 36 ter de la ley del impuesto se refiere a la renta positiva obtenida en la transmisión, siendo ésta única y constituida por la diferencia entre el precio de transmisión y el valor de adquisición, y sin que pueda deducirse conclusión contraria de la consulta de la Dirección General de Tributos alegada por la parte recurrente.

10. Ajustes en consolidación referentes a la provisión por depreciación del valor de participaciones en sociedades y reversión de ajustes positivos, rechazados por la Inspección en idénticos términos a los que resultan del acto de liquidación correspondiente al período 2001.

Interpuesto recurso de reposición frente al anterior acuerdo, el 22 de noviembre de 2007 se estimó parcialmente (en el sentido de admitir que en el acuerdo de liquidación no se resolvió expresamente la cuestión relativa a la deducción por doble imposición del dividendo percibido por **Vodafone**, lo que se subsanaba en vía de recurso reiterando los argumentos y la conclusión ya expuestos en la liquidación correspondiente al ejercicio 2001).

SEGUNDO .- El 1 de junio de 2007, y previa autorización del inspector-jefe adjunto al Jefe de la Oficina Nacional de Inspección, se inició expediente sancionador por infracción tributaria grave (ejercicio 2001) por la improcedente determinación de partidas y créditos del impuesto a deducir en la base y en la cuota de declaraciones futuras en relación con los siguientes extremos:

1. Fondo de fluctuación de valores. Santander Investment Services dedujo la dotación a dicho fondo y realizó un ajuste negativo por las bases imponibles negativas de las participadas, lo que supuso la doble deducción de un gasto sin que exista duda interpretativa alguna. Además, en cuanto a Corporación Industrial y Financiera Banesto, S.A., no cabía a efectos fiscales la dotación por depreciación de valores realizada, por cuanto el valor teórico al cierre del ejercicio era superior al del inicio. Respecto de BSCH, la regularización del exceso de dotación se debió, bien por ser una mera consecuencia de lo recogido en el acta de conformidad, bien por diferencia entre los valores teóricos de las participaciones, por lo que tampoco hay duda. Igual de clara es la infracción, según se afirma, respecto de Gessinest Consulting, S.A., dado que sus resultados contables fueron positivos y no hubo caída del valor teórico contable. Por último, Administración de Bancos Latinoamericanos, S.L. contravino claramente el artículo 20.bis.4 de la ley del impuesto, al deducir la dotación a la provisión por depreciación de valores en el importe de los dividendos de fuente extranjera declarados exentos.

2. Exención de dividendos y rentas de fuente extranjera. Respecto de Santusa Holding, S.L. la Inspección incrementó su base imponible por dos motivos: a) Por aplicación estricta del artículo 20.bis.2 de la ley del impuesto, en cuanto a la determinación de la renta exenta en el caso de venta de participaciones de entidades no residentes que fueron valoradas a tenor del Capítulo VIII del Título VIII de la ley del impuesto, lo que no ofrece duda alguna; b) Por aplicación del artículo 20.bis.4 de la misma norma, en cuanto se integró en la base imponible la pérdida computada en la transmisión de unos títulos sin deducir el importe de los dividendos de fuente extranjera declarados exentos, lo que contradice abiertamente el precepto expresado.

3. Gastos sin justificar. La falta de justificación de ciertos gastos, constatada por la Inspección, implica una conducta negligente, exceptuando el caso de los gastos de asesoramiento de la contraparte en la adquisición de Patagón.com, donde más que una falta de justificación, concurre una justificación insuficiente, que excluye la culpabilidad. Se estima, por tanto, una infracción en relación de gastos no justificados por importe de 250.262,64 euros.

4. Retención de dividendos. A Santander Investment, S.A. y Gessinest Consulting, S.A. se les incrementó la base imponible en el importe de las retenciones practicadas sobre dividendos percibidos, que se las habían computado como gastos a la vez que se deducían igual cantidad en virtud del artículo 29 de la ley del impuesto, lo que significa deducirla dos veces, supuesto tan claro que acredita la infracción cometida.

5. Amortización de software. A BSCH se le incrementó su base imponible por exceso de amortización según tablas de software, lo que es consecuencia de anteriores comprobaciones que la entidad aceptó. Siendo clara la norma, concurre la infracción.

6. Sucursales. A diferencia de los casos de establecimientos permanentes de BSCH en Frankfurt y Londres (en los que se estima que no hay infracción), en el caso de París la entidad se aplicó la exención prevista en el artículo 20.ter.1 de la ley del impuesto sin tener en cuenta que el siguiente apartado del mismo artículo dispone que las rentas positivas obtenidas han de destinarse a compensar las negativas obtenidas en ejercicios anteriores, de manera que solo después de la compensación total cabría practicar la exención.

El precepto es claro y la propia entidad admitió la regularización, por lo que aprecia la infracción tributaria correspondiente.

7. Regularización en BSCH derivada de la inversión en Banespa. Solo se aprecia infracción en la depreciación de la participación que, por importe de 1.344.296.544,06 euros, ha reflejado el obligado tributario y que en realidad no es sino una corrección de valor originada por la amortización anticipada del fondo de comercio implícito en la adquisición de la participación sobre Banespa, lo que fiscalmente no era posible en el ejercicio 2001 y, a partir del 1 de enero de 2002 (ley 24/2001) por vigésimas partes anuales. Así, aunque aparentemente se respetaron los límites del artículo 12.3 , sustancial y deliberadamente se provocó el efecto práctico de una amortización plena con efectos fiscales de un fondo de comercio sobre una entidad no residente, apreciándose, por tanto, infracción.

8. Provisión por insolvencias. Santander Investment Bolsa, S.A. dedujo de su base imponible por tal concepto cantidades adeudadas por entidades del grupo, contraviniendo el artículo 12.2 de la ley del impuesto, que claramente lo veta; así como otras no deducibles por falta de justificación del débito.

9. Cantidades aportadas a planes de pensiones. Se vulneró claramente, a juicio de la Inspección, el artículo 13.3 de la ley del impuesto, al deducir BSCH tales importes cuando no se cumplió el requisito de imputación individual a trabajadores.

10. Minoración de determinadas deducciones realizadas por la entidad, concretamente: a) Deducción por gastos de formación, regularizadas por falta de justificación; b) Deducción por reinversión de beneficios obtenidos en la enajenación de bienes adjudicados en pago de deudas por un total de 139.554,85 euros y 19.649,24 euros, al haberse incumplido el requisito de permanencia temporal previsto en el artículo 36.ter de la ley del impuesto; c) Deducción por doble imposición de dividendos; e) Deducción por doble imposición de plusvalías de fuente interna; f) Deducción por doble imposición internacional en relación con la sucursal de Brasil.

11. Hechos relacionados con la regularización de la consolidación. Procedía, en primer lugar, la eliminación de la dotación a la provisión por depreciación de valor de la participación de Santander Investment, S.A. en Ablasa, al ser ésta una entidad del grupo fiscal, lo que resulta obligado a tenor del Real Decreto 1815/1991, lo que es evidente y ha sido admitido por el propio obligado tributario. En segundo lugar, se regularizan los importes que el obligado tributario había incorporado con carácter negativo por reversiones relativas a provisiones por depreciación de participaciones antes ajustadas con signo positivo, ya que las reversiones se produjeron sin que las participaciones recuperasen la situación patrimonial previa a la dotación, lo que vulneró el artículo 39.4 del Código de Comercio , que obliga a mantener la corrección valorativa mientras no se modifiquen las cláusulas que lo motivaron.

El acuerdo sancionador de 26 de noviembre de 2007 fijaba una sanción de 88.759.196,79 euros para BSCH como dominante del grupo fiscal.

El mismo día 1 de junio de 2007, y previa autorización del inspector-jefe adjunto al Jefe de la Oficina Nacional de Inspección, se inició expediente sancionador (ejercicio 2002) por infracción tributaria grave consistente en la improcedente determinación de partidas y créditos de impuesto a deducir en la base y en la cuota de declaraciones futuras en relación con los siguientes extremos:

1. La eliminación en la regularización de un ajuste negativo practicado por importe de 1.145.521 euros puesto que no existía dotación que recuperar, lo que -a juicio de la Inspección- constituye una clara infracción.

2. El obligado tributario incorporó con carácter negativo reversiones relativas a provisiones por depreciación de participaciones anteriormente ajustadas con signo positivo, pero las reversiones se produjeron sin que las participadas recuperasen la situación patrimonial previa a la dotación, infringiendo el artículo 39.4 del Código de Comercio , lo que apareja negligencia en cuanto que la norma contable obliga a mantener la corrección valorativa mientras que no se modifiquen las causas que lo motivaron.

El acuerdo sancionador establecía una sanción, exclusivamente por esos dos conceptos, que ascendía a 446.566,25 euros, de la que también se consideraba responsable a la entidad dominante del grupo fiscal.

TERCERO .- Interpuestas las correspondientes reclamaciones económico-administrativas contra las cuatro resoluciones mencionadas (los dos acuerdos de liquidación y los dos acuerdos sancionadores), el TEAC las resolvió acumuladamente mediante la resolución que constituye el objeto del presente proceso (de 22 de octubre de 2009).

En dicho acto administrativo se estima parcialmente la reclamación relativa a la liquidación correspondiente al ejercicio 2001 (en cuanto se admite exclusivamente la exención por doble imposición de plusvalías en el caso de Santusa) y se estima también en parte (tras la aclaración derivada de la resolución de 17 de diciembre de 2009) la referente al ejercicio 2002 (en el particular relativo a la exención por doble imposición de plusvalías en el caso de Santusa).

Por lo que se refiere a los acuerdos sancionadores, la resolución del TEAC estimó parcialmente la reclamación relativa al ejercicio 2001, excluyendo del carácter de sancionables, bien por falta de culpabilidad, bien por escasa claridad de la normativa aplicable, los ajustes relativos al incremento de base imponible de Santusa Holding, S.L., a la amortización del software y a la dotación a la provisión por depreciación de valores con respecto a la participación de BSCH en Banco Santander Brasil, S.A. En relación con la sanción correspondiente al ejercicio 2002, el mencionado acto administrativo desestimó en su integridad la reclamación económico-administrativa, confirmando la sanción impuesta en todos sus extremos.

CUARTO .- DEDUCIBILIDAD DE LAS DOTACIONES A LA PROVISIÓN GENÉRICA POR INSOLVENCIAS SOBRE POSICIONES CREDITICIAS CON ENTIDADES VINCULADAS QUE NO FORMAN PARTE DEL GRUPO CONSOLIDADO (EJERCICIOS 2001 y 2002).

Esta primera cuestión controvertida (que afecta a los dos ejercicios regularizados) ha sido ya abordada y resuelta por esta misma Sala y Sección, aunque respecto de otros ejercicios -1997, 1998 y 2000-, en sentencias de fechas 18 de diciembre de 2008 -recursos núms. 635/2005 y 633/2005, períodos 1997 y 1998, respectivamente- y 2 de marzo de 2011 -recurso núm. 97/2008, período 2000- en procedimientos también interpuestos por la entidad hoy recurrente, BANCO SANTANDER CENTRAL HISPANO, S.A. También ha sido objeto de análisis en otras sentencias, referidas a otras entidades financieras, como las de 19 de noviembre de 2009 (recurso núm. 614/2005) ó 22 de marzo de 2012 (recurso núm. 141/2009).

Dada la identidad sustancial de las pretensiones aducidas y de los razonamientos que expone la parte en defensa de las mismas (fundamentalmente lo dispuesto en el artículo 82.7 del Reglamento del Impuesto sobre Sociedades y la Circular del Banco de España 4/91, en relación con su artículo 7º), procede, por razones de unidad de doctrina y seguridad jurídica, reproducir lo ya declarado por la Sala en los citados pronunciamientos.

Y es que tales pronunciamientos resultan íntegramente aplicables al caso, ya que en el supuesto enjuiciado (tal y como sucedía en los resueltos por aquellas sentencias) determinadas sociedades del grupo realizan dotaciones a tal provisión en relación con sociedades vinculadas no pertenecientes al grupo, negándose por la Administración su deducibilidad en virtud de la restricción impuesta por el artículo 7.2.e) del Reglamento del Impuesto, que considera de aplicación tanto a las provisiones específicas como a las genéricas. Señalaba la Sala en tales resoluciones, y reiteramos ahora, lo siguiente:

«El artículo 7 del Real Decreto 537/1997, de 14 de abril, por el que se aprueba el Reglamento del Impuesto sobre Sociedades, bajo la rúbrica de "Cobertura del riesgo de las posibles insolvencias de los deudores", señala, en relación con las provisiones por insolvencias, sean éstas las genéricas o las referidas al riesgo propio de cada crédito singularmente considerado:

"1. Serán deducibles las dotaciones a la provisión para la cobertura del riesgo derivado de las posibles insolvencias de los deudores, hasta el importe de las cuantías mínimas previstas en las normas establecidas por el Banco de España, a excepción de las mencionadas en los dos apartados siguientes. La misma regla se aplicará en relación a las dotaciones para la cobertura del denominado riesgo-país.

2. No serán deducibles las dotaciones respecto de los créditos que seguidamente se citan, excepto si son objeto de un procedimiento arbitral o judicial que verse sobre su existencia o cuantía:

a) Los adeudados o afianzados por entidades de derecho público.

b) Los garantizados mediante derechos reales, pactos de reserva de dominio y derecho de retención cuando el objeto de los citados derechos reales sean viviendas terminadas. No obstante, cuando haya transcurrido más de tres años desde el vencimiento de la primera cuota o plazo impagado y en los casos de pérdida o envilecimiento de la garantía, sí serán deducibles las dotaciones que se hubieren practicado.

c) Los garantizados con depósitos dinerarios o contratos de seguro de crédito o caución.

d) Los que se hallen sujetos a un pacto o acuerdo interno de renovación, entendiéndose que tal sujeción se da cuando, con posterioridad a la aparición de las circunstancias determinantes del riesgo de las posibles insolvencias de los deudores, el sujeto pasivo conceda crédito al deudor. No se considerará producida la renovación en los siguientes casos:

1. Concesión de nuevas facilidades o renegociación de las deudas contraídas por los acreditados, residentes o no residentes, en caso de procedimientos concursales, planes de viabilidad, reconversión o situaciones análogas.

2. Concesión de facilidades financieras al deudor relacionadas exclusivamente con la financiación de sus ventas.

3. Prórroga o reinstrumentación simple de las operaciones, efectuadas con el fin de obtener una mejor calidad formal del título jurídico sin obtención de nuevas garantías eficaces.

e) Los adeudados por personas o entidades vinculadas de acuerdo con lo establecido en el artículo 16 de la Ley del Impuesto, excepto si las mismas se hallan en situación de quiebra, concurso de acreedores, insolvencias judicialmente declaradas o en otras circunstancias debidamente acreditadas que evidencien una reducida posibilidad de cobro.

f) Los adeudados por partidos políticos, sindicatos de trabajadores, asociaciones empresariales, Colegios Profesionales y Cámaras Oficiales, salvo en los casos de procedimientos concursales, insolvencias judicialmente declaradas o concurrencia de otras circunstancias debidamente justificadas que evidencien unas reducidas posibilidades de cobro.

g) Tratándose de la cobertura del denominado riesgo país, no serán deducibles las dotaciones relativas a: 1.- Los créditos y riesgos de firma garantizados indirectamente por cualquier tipo de operación comercial o financiera; 2.- La parte del crédito no dispuesta por el deudor; 3.- Los países incluidos en el grupo de países no clasificados, excepto en la parte que afecte a operaciones interbancarias.

3. No serán deducibles las dotaciones basadas en estimaciones globales, incluso estadísticas, del riesgo de insolvencia de los deudores. No obstante, serán deducibles las dotaciones derivadas de la aplicación de lo previsto en el apartado 6 de la norma undécima de la Circular 4/1991, de 14 de junio, del Banco de España, excepto en la parte que de las mismas corresponda a valores negociados en mercados secundarios organizados créditos cubiertos con garantía real y cuotas pendientes de vencimiento de contratos de arrendamiento financiero sobre bienes inmuebles".

El Reglamento del Impuesto sobre Sociedades, aprobado por Real Decreto 2631/1982, de 15 de octubre, recogía, a su vez, en el artículo 82, apartados 1 a 6, todos los requisitos que con carácter general han de concurrir en un crédito para que pueda ser calificado de "dudoso cobro" a los efectos de la "provisión por insolvencias", y en concreto, por lo que ahora importa, dispone en el apartado sexto que:

"Alternativamente, las Sociedades podrán realizar sus dotaciones a la provisión por insolvencia mediante una dotación del 0'50 por 100 sobre los saldos pendientes de cobro al cierre del ejercicio o período impositivo de las cuentas representativas de créditos y derechos, excluidas las operaciones a que se refiere el apartado 3 de este artículo y los saldos de depósitos y cuentas bancarias y de dinero efectivo. No tendrán la consideración de créditos y derechos los valores mobiliarios".

Señala el referido apartado 3) que: "En ningún caso tendrán la consideración de saldos de dudoso cobro...c) Los garantizados por hipoteca, prenda, pacto de reserva de dominio o garantías reales equivalentes, en cuanto a la parte garantizada, salvo en los casos de pérdida o envilecimiento de la garantía, así como de los que hayan sido objeto de renovación o prórroga".

A su vez, el número 7 del referido precepto reglamentario, contempla la posibilidad de establecer normas especiales para determinados sectores de actividad, entre los que se encuentran las entidades financieras sometidas a la tutela administrativa del Banco de España, que a través de sus Circulares impone a dichas entidades un tratamiento específico de los créditos dudosos. En efecto, dispone el referido precepto reglamentario en su número 7 que:

"No obstante lo dispuesto en los números anteriores, las Entidades inscritas en los correspondientes registros especiales podrán realizar dotaciones a la cuenta Provisión para Insolvencias con el alcance y limitaciones que se establezca por el Ministerio de Hacienda".

De dicha autorización, contenida en el invocado artículo 82.7 del Reglamento del Impuesto sobre Sociedades de 1982, se ha hecho uso en varias ocasiones. En concreto, y por lo que al presente expediente afecta, hay que remitirse a la Circular número 4/1991, de 14 de junio, del Banco de España, y a la Orden Ministerial de 13 de julio de 1992, que supone el acogimiento expreso, en el terreno de lo fiscal, de las Circulares del Banco de España, en virtud de la autorización citada.

La mencionada Circular 4/1991, en el apartado 6 de la Norma Undécima, en su redacción originaria, señala que:

"Con independencia de los fondos previstos en los apartados anteriores, las entidades deberán provisionar, con cargo a pérdidas y ganancias, el fondo de insolvencia por un importe igual al 1 por 100 de las inversiones crediticias, títulos de renta fija, pasivos contingentes, y activos dudosos sin cobertura obligatoria, de otros sectores residentes y no residentes... Aquél porcentaje será sólo del 0,50 por 100 para las operaciones descritas en el apartado 4.a).2 anterior".

El apartado 4.a).2 de la mencionada Circular a que se refiere el último párrafo transcrito anteriormente, aludía, entre otros, a los "Créditos y préstamos hipotecarios sobre viviendas, oficinas y locales polivalentes y fincas rústicas, cuyas garantías hayan nacido con la financiación.

A su vez, la citada Orden Ministerial de 13 de julio de 1992, en el número primero establece que:

"Con carácter general, las Entidades de crédito sometidas a la tutela y control administrativo del Banco de España, ajustarán el tratamiento tributario de los saldos de dudoso cobro y de las dotaciones a la provisión por insolvencias, cuando aquéllas correspondan a bienes procedentes de la regularización de tales saldos, a las normas actualmente vigentes dictadas por el mismo, y en particular, a las de... la Circular 4/1991, de 14 de junio...

No obstante lo previsto en el párrafo anterior, la deducibilidad de la dotación prevista en el número 6 de la Norma Undécima de la Circular 4/1991, de 14 de junio, no alcanzará a la parte de la misma que corresponda a... créditos cubiertos con garantía real".

Finalmente añade en el Número Tercero, apartado 2, que:

"No tendrán la consideración de partidas deducibles las dotaciones a la provisión por insolvencias que correspondan a:

a) *Operaciones cubiertas con garantía real, excepto que fuese insuficiente o de difícil realización. Se entenderá que son de difícil realización las garantías relativas a bienes que no se hallen destinados a viviendas, tanto principal como secundaria, oficinas y usos polivalentes, así como las fincas rústicas, excepto que hayan transcurrido más de tres años desde el vencimiento de la primera cuota o plazo impagado...*

b) *Operaciones vinculadas, tal y como éstas se definen en la normativa del Impuesto sobre Sociedades, salvo en los casos de procedimientos concursales, insolvencias judicialmente declaradas u otras circunstancias debidamente justificadas que evidencien una reducida probabilidad de cobro..."*

Por lo que se refiere a los créditos por operaciones vinculadas afectados por el ajuste practicado, sostiene la recurrente, al igual que ya hiciera en la vía económico-administrativa previa, que la exclusión a la provisión por insolvencias de las operaciones vinculadas a que se refiere el apartado Tercero de la Orden Ministerial de 13 de julio de 1992, no afecta a la provisión genérica, alegando que la citada Orden distingue perfectamente entre ambos tipos de provisiones, afectando su apartado primero a las provisiones genéricas y su apartado tercero, exclusivamente, a las provisiones específicas.

La Sala, partiendo de que la Ley General Tributaria de 1964, en su artículo 23.1 señala que: «Las normas tributarias se interpretarán con arreglo a los criterios admitidos en Derecho», y que el Código Civil en el artículo 3.3 dispone que: «Las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos, y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquéllas», considera que debe ratificarse la conclusión alcanzada en la resolución que se enjuicia por las siguientes razones:

En primer término, porque la norma que se analiza, párrafo segundo del apartado Tercero de la Orden Ministerial de 13 de julio de 1992, como se desprende de su tenor literal, no distingue o concreta el tipo de provisión a que se refiere, genérica o específica, limitándose a señalar que "no tendrán la consideración de partidas deducibles las dotaciones a la provisión por insolvencias que correspondan a...", enumerando posteriormente los supuestos oportunos. Así, pues, al no haber hecho distinción alguna, cabe entender referida la exclusión a que se ha hecho alusión a todo tipo de provisiones por insolvencias, máxime teniendo en cuenta que cuando la Orden ha querido referirse a uno u otro tipo de provisión, a otros efectos, lo ha hecho de forma concreta, identificando el objeto de su regulación, como se comprueba en el segundo párrafo del apartado primero de la Orden cuando se refiere, mediante su remisión a la Circular 4/91 del Banco de España, a las provisiones por insolvencias genéricas del 1 ó del 0,5%.

En segundo término, porque tal y como se recoge en la resolución del TEAC que se enjuicia, no tendría sentido aplicar las restricciones del apartado Tercero de la referida Orden Ministerial sólo a las provisiones específicas y no a las genéricas, ya que ello haría de mejor condición a la dotación basada en la estimación global de riesgo de insolvencia que a la dotación derivada del riesgo singular y específico que concurre en cada crédito.

Esta posición viene ratificada por la Consulta nº 0298-98, de la Dirección General de Tributos, emitida el 25 de febrero de 1998, aplicable al caso por tratar la misma cuestión ahora suscitada, referida ya a Real Decreto 537/1997, aplicable al caso, siendo así que las anteriores sentencias de esta Sala, repetidamente citadas, aluden a esta consulta, estableciendo la salvedad, que en este litigio es innecesaria, de la norma reglamentaria que en aquellos casos no regía, aunque en este sí. El citado reglamento, que recogió la redacción de la OM de 13 de julio de 1992, es interpretado de la siguiente manera:

"El apartado 3 del artículo 7 del Real Decreto 537/1997, de 14 de abril, contiene dos mandatos, uno principal y otro, secundario, que opera a modo de excepción del principal. El mandato principal excluye de la deducción fiscal a las dotaciones basadas en estimaciones globales del riesgo de insolvencias, en tanto que el mandato secundario exceptúa el mandato principal respecto de determinados créditos. La forma en cómo se construye el mandato secundario, esto es, remisión a la norma contable del Banco de España exceptuando a determinados créditos que en la misma expresamente se mencionan, pudiera dar a entender que respecto de los créditos no exceptuados la dotación contable es, en todo caso, válida fiscalmente aunque en los mismos concurrese alguna de las circunstancias previstas en el apartado 2 del mismo artículo. Ahora bien, esta interpretación no es consistente en el contexto del artículo 7 del Real Decreto 537/1997, de 14 de abril, porque haría de mejor condición a la dotación basada en la estimación global del riesgo de insolvencia que a la dotación derivada del riesgo que concurre en cada crédito, lo que no parece correcto.

De lo anterior se deduce que las restricciones a la deducibilidad de las dotaciones a las provisiones a las que se refiere el apartado 2 del artículo 7 del Real Decreto 537/1997, de 14 de abril, se aplican con carácter general cualquiera que sea la forma que adopten las dotaciones a la provisión que cubre el riesgo de insolvencia de los deudores, es decir, tanto respecto de las dotaciones de carácter directo o individualizado como de las dotaciones basadas en estimaciones globales del riesgo de insolvencia.

En consecuencia, la parte de dotación basada en estimaciones globales del riesgo de insolvencia que corresponda a créditos concedidos a entidades vinculadas con la entidad consultante en el sentido del artículo 16 de la Ley 43/1995, de 27 de diciembre, no será fiscalmente deducible para la determinación de la base imponible del Impuesto sobre Sociedades, de acuerdo con lo establecido en el citado artículo 7 del Real Decreto 537/1997, de 14 de abril".

En último término, hay que tener en cuenta que la limitación que la Orden Ministerial contempla en la letra b) del número 2 de su apartado tercero, tiene su razón de ser en la especial relación existente entre el deudor y el acreedor del crédito de que se trate, relación que, como se expone en el acuerdo de liquidación tributaria, puede dar lugar a que por motivos de "política interna" -del Grupo consolidado, de la matriz y las filiales- los créditos que surjan entre ellas no sean exigibles en las mismas condiciones que entre sociedades independientes, lo que podría originar que, sin haber realmente dudas sobre la realización de los créditos, los acreedores obtuviesen una "ventaja fiscal" dotándose unas provisiones que no cumplen con su verdadera finalidad.

De esta forma, resulta improcedente la deducción por dotación a la provisión genérica por insolvencias, porque las normas citadas sobre exclusión de la deducibilidad de determinadas provisiones para insolvencias, entre ellas las referidas a los créditos adeudados por entidades vinculadas, son aplicables con carácter general; y además, porque uno u otro tipo de provisiones no pueden basarse en principios contradictorios entre sí.

Conforme a cuanto antecede, la Sala considera, en los mismos términos de la Administración, que una interpretación conforme a Derecho de la referida Orden Ministerial de 13 de julio, en relación con la dotación a la provisión genérica por insolvencias a que se refiere el apartado 6 de la norma undécima de la Circular 4/91 del Banco de España, lleva a concluir que a dicha provisión le afectan tanto las limitaciones contempladas en el apartado primero, como las del segundo párrafo del apartado tercero, por lo que debe ratificarse la regularización practicada en este punto» .

Los razonamientos expuestos resultan íntegramente aplicables al supuesto ahora enjuiciado, por lo que procede la desestimación del motivo de impugnación aducido.

QUINTO .- DEDUCIBILIDAD DE LAS DOTACIONES A LA PROVISIÓN POR OPERACIONES DE FUTUROS FINANCIEROS (EJERCICIOS 2001 Y 2002) .

También esta cuestión, aunque respecto de otros ejercicios -1997, 1998 y 2000-, ha sido resuelta por esta Sala y Sección en sentencias de fechas 18 de diciembre de 2008 -recursos núms. 635/2005 y 633/2005 , períodos 1997 y 1998, respectivamente- y 2 de marzo de 2011 -recurso núm. 97/2008, período 2000- en procedimientos también interpuestos por la entidad hoy recurrente, BANCO SANTANDER CENTRAL HISPANO, S.A.

Dada la identidad sustancial de pretensiones, procede por razones de unidad de doctrina y seguridad jurídica reproducir lo declarado allí por la Sala :

«La entidad dotó esta provisión al amparo de la norma 12.2 de la Circular 4/1991, del Banco de España, a cuyo tenor: "Las entidades realizarán, al menos al fin de cada mes, cierres teóricos de sus posiciones que no sean de cobertura en operaciones de futuro sobre valores y tipos de interés contratadas fuera de mercados organizados y efectuarán, con cargo a pérdidas y ganancias, las provisiones necesarias cuando de tales cierres resulten pérdidas potenciales netas para cada clase de riesgo".

La Inspección entiende que es una provisión destinada a cubrir riesgos previsibles o pérdidas eventuales, por lo que no sería deducible, según el art. 13.1 LIS .

La entidad sostiene que todas las provisiones obedecen a correcciones valorativas por pérdidas reversibles, siendo la de riesgos y gastos relativa a ciertas situaciones caracterizadas por su excepcionalidad; en tanto que las provisiones sobre pérdidas potenciales de futuro responden, no a un hipotético riesgo excepcional o extraordinario, sino a pérdidas que se producen en la actividad ordinaria de estas entidades.

La Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, hace referencia en su art. 2º, a las denominadas "operaciones de futuros", al establecer:

"Quedan comprendidos en el ámbito de la presente ley los valores negociables emitidos por personas o entidades, públicas o privadas, y agrupados en emisiones.

Reglamentariamente se establecerán los criterios de homogeneidad en virtud de los cuales un conjunto de valores negociables se entenderá integrado en una emisión.

También quedarán comprendidos dentro de su ámbito los siguientes instrumentos financieros:

a) Los contratos de cualquier tipo que sean objeto de negociación en un mercado secundario, oficial o no.

b) Los contratos financieros a plazo, los contratos financieros de opción y los contratos de permuta financiera, siempre que sus objetos sean valores negociables, índices, divisas, tipos de interés, o cualquier otro tipo de subyacente de naturaleza financiera, con independencia de la forma en que se liquiden y aunque no sean objeto de negociación en un mercado secundario, oficial o no.

c) Los contratos u operaciones sobre instrumentos no contemplados en las letras anteriores, siempre que sean susceptibles de ser negociados en un mercado secundario, oficial o no, y aunque su subyacente sea no financiero, comprendiendo, a tal efecto, entre otros, las mercancías, las materias primas y cualquier otro bien fungible.

A los instrumentos financieros, les serán de aplicación, con las adaptaciones precisas, las reglas previstas en esta ley para los valores negociables." (Párrafos 2 º y 3º añadidos por art. 1.uno Ley 37/1998 de 16 noviembre).

La Norma Quinta de la citada Circular 4/1991, de 14 de junio, del Banco de España, establece: "11. Salvo lo dispuesto en el apartado siguiente, los quebrantos o beneficios que resulten de las operaciones de futuro sobre valores y tipos de interés, se contabilizarán según las reglas siguientes:

a) En el caso de los futuros financieros u opciones, contratados en mercados organizados, las diferencias que resulten de las variaciones, en más o en menos, en las cotizaciones del respectivo mercado se llevarán íntegramente a la cuenta de pérdidas y ganancias.

b) Los resultados de las operaciones realizadas fuera de dichos mercados se contabilizarán en el momento de la liquidación de aquéllas, sin perjuicio de las provisiones que en su caso deban constituirse de acuerdo con la norma duodécima. (...).

Esta Norma Duodécima establece: "2. Las entidades realizarán, al menos a fin de cada mes, cierres teóricos de sus posiciones que no sean de cobertura en operaciones de futuro sobre valores y tipos de interés contratadas fuera de mercados organizados y efectuarán con cargo a pérdidas y ganancias las provisiones necesarias cuando de tales cierres resulten pérdidas potenciales netas por cada clase de riesgo. Esta norma se aplicará también a las opciones sobre divisas contratadas fuera de mercados organizados.

En el caso de las opciones emitidas se tendrán muy en cuenta las pérdidas potenciales derivadas de las condiciones de los mercados de los activos subyacentes, pudiendo aplicar para su cobertura los modelos estadísticos habituales de valoración de opciones (cobertura delta)."

De las normas transcritas se aprecia que los riesgos derivados de dichos productos financieros, "quebrantos o beneficios", se contabilizan como "pérdidas o ganancias" en el supuesto de que "los futuros financieros u opciones sean contratados en mercados organizados"; o efectuarán con cargo a pérdidas y ganancias las provisiones necesarias, en el supuesto de su contratación fuera de mercados organizados.

El tratamiento contable se reconduce, en definitiva, a la categoría de "pérdidas y ganancias". En este sentido, retomando de nuevo el art. 13.1, de la Ley 43/95, que dispone: "1. No serán deducibles las dotaciones a provisiones para la cobertura de riesgos previsibles, pérdidas eventuales, gastos o deudas probables.", es correcta la regularización fiscal practicada por la Inspección, pues, cabe considerar los rendimientos obtenidos de las operaciones de opciones y futuros como rendimientos de la actividad económicas, puesto que su fin no es otro que la cobertura del riesgo derivado del propio quehacer diario de la empresa, dado que, los rendimientos que se deriven de operaciones de cobertura tratan de minimizar el riesgo propio de la actividad empresarial, y porque dichos rendimientos, normalmente, son obtenidos por el sujeto pasivo en el desarrollo de la intermediación financiera, sean o no derivados de operaciones de cobertura, teniendo entonces el carácter de rendimientos de las actividades económicas.

Como consecuencia de ello, las operaciones con opciones y futuros se han de englobar en el concepto fiscal de ganancias y pérdidas patrimoniales, (conforme a lo contemplado, por ejemplo, en el art. 31.1 de la Ley del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, - "Son ganancias y pérdidas patrimoniales las variaciones en el valor del patrimonio del contribuyente que se pongan de manifiesto con ocasión de cualquier alteración en la composición de aquél, salvo que por esta Ley se califiquen como rendimientos."-).

Por ello, no es procedente su deducción por el concepto de cobertura de riesgos en dichas operaciones, pues como también declarada la resolución impugnada, en estos contratos de futuros, una de las partes, la que compra un futuro, lo hace porque espera que el subyacente aumente de precio, y a la inversa el que vende un futuro, puesto que los contratantes se obligan a comprar o a vender (según la posición que hayan asumido en la operación) los bienes o valores de que se trate a un precio y en una fecha determinados. Además, durante la vigencia del contrato, cada parte puede ceder la posición inicialmente tomada, según sus conveniencias financieras y la situación del mercado, realizándose la correspondiente liquidación o cálculo de las pérdidas o ganancias. En tal momento, o en el del vencimiento del contrato, la parte que compró un futuro habrá obtenido una ganancia si el precio del subyacente es superior al convenido; y el que tomó posición de vendedor tendrá ganancias si dicho precio del subyacente es inferior.

Teniendo en cuenta, además, que "podrán negociarse tanto contratos cuyo cumplimiento exija la entrega efectiva, al precio convenido, del valor o instrumento financiero a que se refieran o de otro que resulte financieramente equivalente, de acuerdo con lo en ellos previsto, como contratos cuya liquidación se efectúe por diferencias, abonándose por la parte obligada el importe que resulte de la diferencia entre el precio inicialmente convenido y el precio de liquidación" (artículo 5.4º RD. 1814/1991).

En cuanto a la opción, es también un contrato a plazo (artículo 1º. 2 RD. citado) en cuya virtud el titular de la misma tiene el derecho de comprar, o vender, un bien o valor durante un plazo o en una fecha determinadas, al precio convenido en aquél.

Aparte de la similitud de su función económica, es claro, como entiende la Inspección y se deduce de lo expuesto, que no se trata de valores; estas opciones y futuros no son otra cosa que instrumentos financieros; no son valores respecto de los que hayan de practicarse, en su caso, correcciones valorativas dotando la oportuna provisión (artículo 12 LIS), sino que son operaciones contractuales en las que puede producirse eventualmente una pérdida, por lo que, de acuerdo con el artículo 13 LIS, no tienen el carácter de deducibles las dotaciones que se hagan para su cobertura. En suma, nada tienen que ver con las provisiones por riesgo de crédito (provisión para insolvencias; cf. artículos 6 a 9 RIS). Y, como se decía antes al tratar de las provisiones genéricas, las normas reglamentarias, como la Circular 4/91 en cuanto tenga este carácter, no pueden interpretarse de manera que resulten contradictorias con los principios básicos e imperativos de

la Ley, tal como el recogido en su artículo 13.1: "No serán deducibles las dotaciones a provisiones para la cobertura de riesgos previsibles, pérdidas eventuales, gastos o deudas probables".

En consecuencia, procede la desestimación de dicho motivo de impugnación».

La aplicación al caso del criterio expuesto determina, por tanto, la desestimación de este segundo motivo de impugnación.

SEXTO.- APLICACIÓN DEL DIFERIMIENTO POR REINVERSIÓN Y LA CORRECCIÓN MONETARIA A LA TRANSMISIÓN DE INMUEBLES ADQUIRIDOS POR APLICACIÓN DE OTROS ACTIVOS .

Sostiene la parte actora, al igual que hiciera en la vía económico-administrativa previa, la idoneidad, en los ejercicios regularizados, de los inmuebles adjudicados para la aplicación de la citada deducción, cuestión que también ha sido abordada y resuelta por esta Sala en las sentencias más arriba mencionadas en los siguientes términos:

" Respecto de dicha cuestión, relativa, como se ha expuesto, a la procedencia de la aplicación del sistema de reinversión de beneficios extraordinarios regulado en el art. 21 de la Ley 43/1995 del Impuesto sobre Sociedades y de la corrección monetaria regulada en el art. 15.11, a los inmuebles adjudicados a una entidad financiera en pago de deudas, ya se ha pronunciado esta Sala y Sección en Sentencias de fecha 23 de febrero de 2006 y 19 de septiembre de 2006 , entre otras, recaídas en los recursos núms. 965/2003 y 986/2003 respectivamente, a cuyos pronunciamientos procede, ahora, remitirnos por razones de unidad de doctrina y seguridad jurídica, en los que se declara:

"La cuestión que subyace en este motivo es la calificación que ha de darse a los inmuebles incorporados al patrimonio de la entidad entregados o adjudicados en pago, y su repercusión en los inmuebles adquiridos de estos activos. Dicha calificación es crucial, pues la aplicación de los preceptos citados depende del resultado de dicha calificación".

"En este sentido, el art. 21, de la Ley 43/1995 , del Impuesto sobre Sociedades, establece: "1. No se integrarán en la base imponible las rentas obtenidas, una vez corregidas en el importe de la depreciación monetaria, en la transmisión onerosa de elementos patrimoniales del inmovilizado, material o inmaterial, y de valores representativos de la participación en el capital o en fondos propios de toda clase de entidades que otorguen una participación no inferior al 5 por 100 sobre el capital social de las mismas y que se hubieren poseído, al menos, con un año de antelación, siempre que el importe de las citadas transmisiones se reinvierta en cualquiera de los elementos patrimoniales antes mencionados, dentro del plazo comprendido entre el año anterior a la fecha de la entrega o puesta a disposición del elemento patrimonial y los tres años posteriores".

"La reinversión se entenderá efectuada en la fecha en que se produzca la puesta a disposición de los elementos patrimoniales en que se materialice. (...)."

Por su parte, el art. 15.11, de la citada Ley, dispone: "11. A los efectos de integrar en la base imponible las rentas positivas obtenidas en la transmisión de elementos patrimoniales del inmovilizado, material o inmaterial, se deducirá, hasta el límite de dichas rentas positivas, el importe de la depreciación monetaria producida desde el día 1 de enero de 1983, calculada de acuerdo con las siguientes reglas: (...)."

En ambos preceptos, las "rentas" a las que se refieren son las derivadas u obtenidas de "la transmisión de elementos patrimoniales del inmovilizado, material o inmaterial", es decir, que la "reinversión de los beneficios extraordinarios" se aplica exclusivamente respecto de las rentas generadas en la transmisión de elementos patrimoniales del inmovilizado.

Para afrontar esta cuestión debemos acudir a la normativa definidora de estos elementos patrimoniales.

En este sentido, el art. 184.2 de la Ley de Sociedades Anónimas , dispone: "El activo inmovilizado comprenderá los elementos del patrimonio destinados a servir de forma duradera en la actividad de la sociedad". Según este precepto, la adscripción de los elementos patrimoniales, su "afectación" a la "actividad social" con vocación duradera, es esencial a la hora de catalogar dichos elementos patrimoniales en el "inmovilizado material". De forma que, ni el tiempo de tenencia de dichos elementos cambia la naturaleza del bien o lo transforma en inmovilizado, ni su conversión en dichos elementos.

El Plan General de Contabilidad de 1990, en su Parte Tercera, "Definiciones y relaciones contables", al tratar del Grupo 2, Inmovilizado, reproduce la definición anterior, sin más cambio que el de la palabra "sociedad" por "empresa".

Como declara la resolución impugnada, efectivamente, la calificación de un elemento patrimonial se hace por su finalidad o destino, no por la condición del elemento en sí mismo considerado.

En esta misma línea, la Circular 4/1991, de 14 de junio, del Banco de España, sobre Normas de Contabilidad y Modelos de Estados Financieros, cuya Norma 88 establece que "todos los activos y pasivos se clasificarán en balance según su naturaleza instrumental".

Es cierto que la Norma 29 de la Circular, de rúbrica "Inmovilizado", comprende en su epígrafe "A) Inmovilizado material", párrafo 3, los "inmuebles adquiridos por aplicación de otros activos" (normalmente, inmuebles adjudicados al Banco como acreedor por créditos impagados y en pago de ellos), pero en ella también se distingue entre los que se incorporan al "inmovilizado funcional de la entidad" y los que no se incorporan a él (que son todos aquellos que, como es lo general, se destinan a la enajenación, puesto que el objetivo del Banco es generar liquidez de cara a optimizar su actividad de intermediación en el mercado de dinero, no acumular un patrimonio inmobiliario); en relación con estos últimos, la propia Circular reconoce que estos bienes "no precisan ser amortizados" (Norma 29.3).

La interpretación de estos preceptos en el contexto del concepto de la "reversión", como mecanismo por el que se les facilita o favorece a las empresas o sociedades la renovación de los activos empresariales productivos, impide, en el presente caso, aplicar la deducción pretendida en relación con los inmuebles adjudicados a la entidad, pues su destino no es el de permanencia en el inmovilizado material de la entidad para satisfacer o destinarse a la actividad empresarial, sino su reconversión en otros activos que permiten a la entidad incrementar su liquidez.

También en dicho contexto, se ha de traer a colación lo declarado por el legislador en la Exposición de Motivos de la Ley 43/1995, cuando expresa: "Debe igualmente ponerse de relieve la sustitución del vigente sistema de exención por inversión de las ganancias obtenidas en la transmisión de elementos del inmovilizado material afectos a actividades empresariales por un sistema de diferimiento del gravamen de dichas ganancias.

Como declara la resolución impugnada, lo que transcurre en los sucesivos regímenes evolutivos de esta materia, lo que se exige es que, bajo uno u otro régimen legal, ha de tratarse de elementos afectos actividades empresariales y de ganancias procedentes de su transmisión; pues, la exigencia de inversión no tendría sentido alguno en el supuesto de que la entidad de crédito lo que persigue no es reinvertir el producto de la en otros inmuebles -lo que atentaría frontalmente a la lógica y a las exigencias, incluso, la normativa que regula sus coeficientes de liquidez-, sino recuperar esta liquidez para realizar nuevas operaciones de crédito a terceros.

Los bienes enjuiciados, que dan lugar a la impugnación de la liquidación, no estaban destinados a servir a la actividad empresarial de forma duradera, sino que se trataba de bienes adquiridos como consecuencia de operaciones crediticias fallidas, de tal manera que vienen a sustituir al pago de los créditos. La entidad los adquiere por esa vía y los destina a su venta inmediata, por lo que no resulta posible considerarlos parte del activo inmovilizado de la sociedad actora -entidad bancaria o crediticia-, a tenor de lo dispuesto en la Ley de Sociedades Anónimas, que establece el criterio de la afectación de los bienes a la actividad de la sociedad con total nitidez, a lo que se añade la necesidad de que esa afectación sea duradera.

Por otra parte, si alguna duda plantea la literalidad de los mencionados artículos 21 y 15.11 de la LIS, Ley 43/1995, anteriormente transcritos, sobre la necesidad de afectación de los bienes a la actividad de la sociedad para gozar de los beneficios fiscales que dichos preceptos establecen, esas dudas quedan definitivamente resueltas con la lectura de la Exposición de Motivos de la Ley, que al explicar las novedades de la reforma y en relación con la base imponible, dice lo que más arriba quedó transcrito.

En último término, el requisito de la afectación del bien para su consideración como inmovilizado no queda desvirtuado en forma alguna por las normas de contenido contable invocadas por la parte actora».

Por lo demás, los reiterados pronunciamientos de esta Sala en el sentido expuesto (que exigen la afectación de los inmuebles a la actividad de la sociedad) han sido confirmados por el Tribunal Supremo en sentencias de 30 de mayo de 2011 (recurso de casación núm. 5486/2008) ó 14 de diciembre de 2011 (recurso de casación núm. 558/2010), despejándose -además- cualquier duda que pudiera suscitarse sobre el alcance del requisito de la afectación con anterioridad a la reforma operada en la ley del impuesto por la ley 35/2006, cuestión en la que parece centrarse el recurrente para defender que solo después de la entrada en vigor de dicha ley a la condición de "inmovilizado" debe unirse la necesaria afectación. Dice el Tribunal Supremo, en la segunda de las sentencias mencionadas, lo siguiente:

" De esta redacción (se refiere a la contenida en el artículo 21, en el posterior 36.ter y en el artículo 15.11 de la ley 43/1995, así como en el artículo 42 del texto refundido) se desprende que no fue necesario esperar hasta el 1 de enero de 2007, con la modificación del artículo 42 del Texto Refundido de la Ley del impuesto sobre sociedades de 2004 por la disposición final segunda, apartado 22, de la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del impuesto sobre la renta de las personas físicas y de modificación parcial de las leyes de los impuestos sobre sociedades, sobre la renta de no residentes y sobre el patrimonio (BOE de 29 de noviembre), para ver indicios claros de que el incentivo fiscal, con independencia de su forma, estaba pensado para la transmisión de los elementos patrimoniales afectos a la actividad empresarial.

En definitiva, la interpretación lógica, la sistemática y la histórica del artículo 21.1 de la Ley 43/1995 conducen a la conclusión que obtiene la Sala de instancia, esto es, que dicho precepto no es aplicable a los inmuebles adjudicados a las entidades de crédito en regularización de créditos.

Y lo dicho en relación con el artículo 21 de la Ley 43/1995, concluye el Tribunal Supremo, es plenamente aplicable al artículo 15 respecto de las correcciones monetarias, ya que al no considerarse los bienes en cuestión como inmovilizado material, la deducción procedente por depreciación monetaria prevista en dicho precepto, no puede tener efectividad, al referirse el precepto a "elementos patrimoniales del inmovilizado material".

La aplicación de la doctrina expuesta al supuesto que nos ocupa comporta, necesariamente, la desestimación del motivo de impugnación esgrimido.

SÉPTIMO .- **DEDUCCIÓN POR REINVERSIÓN. RENTAS OBTENIDAS POR TRANSMISIÓN DE ACTIVOS ADQUIRIDOS POR APLICACIÓN DEL RÉGIMEN DEL CAPÍTULO VIII DEL TÍTULO VIII DE LA LIS. VODAFONE (EJERCICIOS 2001 y 2002)** .

Según consta en autos, en el ejercicio 2000 BS y CÁNTABRA DE INVERSIONES, S.A. realizan una operación de canje de valores acogida al régimen especial de fusiones y absorciones del Capítulo VIII del Título VIII de la ley del impuesto. En virtud de tal operación, entregan acciones de la sociedad española AIRTEL (que representaban una participación de capital superior al 5%) y reciben otras de la inglesa **VODAFONE** (que representaban una participación en el capital inferior al 5%).

En los años 2001 y 2002, BS y CÁNTABRA DE INVERSIONES, S.A. transmiten las acciones de **VODAFONE** recibidas, obteniendo unas plusvalías que se acogen al régimen del diferimiento del artículo 21 y de la deducción del 36 ter de la ley del impuesto.

Como el valor de mercado de las acciones de **VODAFONE** era superior en el momento del canje al valor que tenían cuando se transmiten, la parte actora pretende acoger al diferimiento o a la deducción lo que él mismo denomina "renta diferida", que es la que queda "congelada" en su momento (superior al valor de transmisión) al realizarse el canje accionarial. Después, tendría en cuenta la renta negativa obtenida en el período que media entre el canje y la transmisión, pues las acciones de **VODAFONE** han bajado de precio en ese período, circunstancia no controvertida.

Para la Administración, sin embargo, no hay dos rentas, sino una sola y su cuantía, además, es la determinada por la plusvalía realmente obtenida en la transmisión, que es menor y que genera que la deducción por reinversión sea también menor que la postulada por la entidad recurrente. Señala al respecto el TEAC que el artículo 101 de la ley del impuesto dice en su apartado 3 (respecto del canje de valores) que los valores recibidos por los socios se valorarán, a efectos fiscales, "por el valor de los entregados". De esta forma, siempre según el órgano de revisión, las rentas positivas han de ser las determinadas por la diferencia entre el valor de transmisión de las acciones recibidas en canje (las de **VODAFONE**) y el de las entregadas en él (las de AIRTEL), valor que es el que tuvo en cuenta la Inspección para calcular la deducción.

Según el BS hay que distinguir: a) La diferencia entre el precio obtenido en la transmisión de las acciones de **VODAFONE** y su valor de mercado en el momento de efectuar el canje (que es cuando se adquirieron); b) El resto de la renta obtenida, esto es, la diferencia entre ese valor de mercado y el coste fiscal de las acciones de **VODAFONE**, que no es otro que el coste fiscal que tuvieron las acciones de AIRTEL para el socio que realizó la operación. Ambas rentas se integraron en la base imponible de la actora, pretendiendo la aplicación del beneficio derivado de la reinversión sobre la parte de cálculo de la segunda renta.

Como se sigue del expediente, BS aportó 1.270.184 acciones de AIRTEL, recibiendo en canje 984.951.441 acciones de **VODAFONE**. El coste de adquisición histórico atribuible a dichas acciones era de 1,8505047386 euros (o 115,49 peniques por acción). El valor de mercado en el momento de la aportación ascendía a 245,38 peniques por acción (su cotización en el momento del canje). La renta obtenida es diferida

en el ejercicio 2000 por aplicación del régimen especial del canje de valores. En 2001 y 2002 se venden las acciones a un precio inferior al valor de mercado que tenían en el momento del canje y lo que realmente se plantea en autos es si cabe integrar en la base de la deducción la renta "diferida" en el momento de la operación de canje (que se acogió al régimen de diferimiento especial).

Lo cierto es que la cuestión planteada ha sido resuelta por la Dirección General de Tributos en consulta vinculante de 28 de febrero de 2005 (núm. V0314-05) en los siguientes términos:

"La renta obtenida como consecuencia de la transmisión de una participación viene determinada por la diferencia entre el valor de transmisión de la misma y su valor fiscal de adquisición. En el caso de transmisión de participaciones en entidades no residentes, adquiridas como consecuencia de una operación amparada en el capítulo VIII del título VII del TRLIS a cambio de participaciones cuyas rentas no podían aplicar lo dispuesto en el artículo 21 del mismo texto legal, la exención prevista en dicho artículo sólo se aplicará respecto de la diferencia positiva entre el valor de transmisión de la participación en la entidad no residente y el valor de mercado de la misma en el momento de adquisición por la entidad transmitente.

La razón de ser de esta regla especial reside en que existe una renta que, por aplicación del capítulo VIII del título VII del TRLIS, ha sido objeto de diferimiento, de tal forma que la renta a integrar en la base imponible, en aplicación del artículo 21.2.d) del TRLIS, se corresponde con aquella que no procede de participaciones en entidades no residentes sino de participaciones en entidades residentes, como es el caso de la participación en la entidad E.

Tal y como se ha expuesto anteriormente, la renta integrada en la base imponible por la transmisión a que se refiere el escrito de consulta corresponde en su totalidad a renta diferida por aplicación del capítulo VIII del título VII del TRLIS, en concreto, la renta diferida por la transmisión del 5,48% del capital de la entidad E. Por tanto, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 42.2 del TRLIS, la renta a integrar en la base imponible corresponde a elementos patrimoniales transmitidos susceptibles de generar rentas que constituyen la base de la deducción prevista en dicho artículo".

A tenor de dicha Consulta, con cuyos razonamientos coincide plenamente la Sala, existe ciertamente una única operación, pero la misma permite desglosar dos rentas: en primer lugar, la que se corresponde con la diferencia entre el valor de transmisión de la participación y su valor de mercado en el momento de su adquisición en la operación que se acoge al régimen de neutralidad; en segundo lugar, el resto de la renta obtenida en la transmisión. La primera (renta de fuente extranjera) está exenta de tributación; la segunda (renta de fuente española) se integra en la base imponible a tenor de las reglas generales.

Trasladando tal criterio al supuesto analizado, debe acogerse la pretensión de la demandante, de manera que al transmitirse las acciones de **VODAFONE** (ejercicios 2001 y 2002) ha de integrarse en la base imponible la renta positiva que se difirió en el ejercicio 2000 como consecuencia de la operación de canje de valores (acogida al régimen de neutralidad fiscal) en virtud de la cual se aportaron acciones de AIRTEL y se recibieron acciones de **VODAFONE**.

Por lo demás, la resolución del TEAC sobre este punto (fundamento de derecho tercero, apartado 4º) resulta ser extraordinariamente escueta y en la misma ni siquiera se hace referencia a la Consulta Vinculante aducida por el contribuyente. Por otra parte, la Inspección, que sí alude a tal consulta, se limita a afirmar que en la renta en cuestión "han de distinguirse dos partes" (que es lo que dice cabalmente la consulta) aunque, finalmente, señala que solo hay una renta positiva que es la que debe constituir la base de cálculo de la deducción (lo que no se deduce en absoluto de aquella consulta en la que, insistimos, el supuesto de hecho planteado es idéntico que el que ahora nos ocupa).

En definitiva, y a tenor de los datos que constan en el expediente, debe reconocerse al recurrente una deducción adicional de 60.4121.954 euros en el ejercicio 2001 y de 134.210.150 euros en el ejercicio 2002.

OCTAVO .- EXENCIÓN DE RENTAS PROCEDENTES DE ESTABLECIMIENTO PERMANENTE UBICADO EN ALEMANIA (EJERCICIOS 2001 y 2002) .

En los dos ejercicios regularizados, la parte actora practicó unos ajustes negativos a la base imponible en relación con su sucursal en Frankfurt, por los importes correspondientes al beneficio antes de impuestos de dicha sucursal, aplicando el método de exención previsto en el artículo 23.2.a) del Convenio Hispano-Alemán .

Las resoluciones impugnadas entendieron que no podía determinarse la renta exenta sin minorar los ingresos del establecimiento en el importe de los gastos de dirección y generales de administración imputables a él, aunque sí hizo un ajuste extracontable negativo a efectos de la tributación del mismo en Alemania.

La cuestión que se plantea ha sido ya abordada y resuelta por esta misma Sección en anteriores pronunciamientos, concretamente en dos sentencias de 18 de diciembre de 2008 (dictadas en los recursos núms. 635/2005 y 633/2005), interpuestos por la misma entidad recurrente en relación con el Impuesto sobre Sociedades, régimen de declaración consolidada, ejercicios 1997 y 1998, y en otra de 19 de febrero de 2009 (recurso núm. 560/2005, también relativo al ejercicio 1997) a cuyos pronunciamientos procede ahora remitirnos por razones de unidad de doctrina y seguridad jurídica, con la única salvedad de que las referencias hechas a los Convenios para evitar la doble imposición en materia de renta, deben entenderse hechas al Convenio de 5 de diciembre de 1996 suscrito con Alemania. Se dice en tales sentencias y reiteramos en ésta lo siguiente:

« El siguiente motivo de impugnación viene referido a la eliminación de la doble imposición en el caso de rentas procedentes de un establecimiento permanente ubicado en Alemania. Manifiesta la actora que, independientemente de lo regulado en los Convenios para evitar la Doble Imposición, el artículo 29.bis de la Ley 43/1995, del Impuesto sobre Sociedades, reconoce la deducibilidad, al cumplirse los requisitos que el precepto exige, sin que introduzca restricciones en relación con los gastos de dirección y generales de administración mencionados en los Convenios. La Inspección entiende que la manera de calcular el ajuste negativo para eliminar la doble imposición de los beneficios procedentes de los establecimientos permanentes en dicho país, a los efectos de determinar la renta exenta, es la del resultado contable de las sucursales menos la parte que les ha sido imputada de los gastos de dirección y generales de administración. La entidad recurrente sostiene que la aplicación directa del artículo 29.bis permite la deducibilidad.

El Convenio aplicable es el INSTRUMENTO de Ratificación del Convenio Hispano-Alemán para evitar la doble imposición y prevenir la evasión fiscal en materia de Impuestos sobre la Renta y sobre el Patrimonio. "Boletín Oficial del Estado" de 8 de abril de 1968. Dicho Convenio, al igual que los demás Convenios de doble imposición suscritos por España aplican, conforme a lo establecido en sus artículos 23.2, el método de exención para evitar el doble gravamen de las rentas obtenidas (artículo 23.2: "Cuando un residente de España obtenga rentas que, de acuerdo con las disposiciones de este Convenio puedan someterse a imposición en el país correspondiente, España, salvo lo dispuesto en el párrafo 3, eximirá tales rentas, pero para calcular el impuesto correspondiente a las restantes rentas de esta persona puede aplicar el tipo impositivo que correspondería sin esta exención").

Por su parte, los artículos 7º de los citados Convenios, disponen: "2. Cuando una empresa de un Estado contratante realice negocios en el otro Estado contratante por medio de un establecimiento permanente situado en él, en cada Estado contratante se atribuirán al establecimiento permanente los beneficios que éste obtendría si fuese una empresa distinta y separada que realizase las mismas o similares actividades, en las mismas o similares condiciones, y tratase con total independencia con la empresa de la que es establecimiento permanente. 3. Para la determinación del beneficio del establecimiento permanente se permitirá la deducción de los gastos realizados para los fines del establecimiento permanente, comprendidos los gastos de dirección y generales de administración realizados para los mismos fines, tanto si se efectúan en el Estado en que se encuentre el establecimiento permanente o en otra parte".

En el presente caso, la entidad recurrente contabilizó la totalidad de estos gastos en la central y realizando una imputación parcial a los establecimientos permanentes, conforme a lo establecido en dichos Convenios. La actora, a su vez, tiene en cuenta dicho total como gasto fiscal de la central y al propio tiempo se practica un ajuste negativo, para aplicar la exención derivada de los Convenios, por el importe del resultado contable de los establecimientos permanentes, sin considerar la parte imputada de aquellos gastos. Pues bien, la Sala considera que esa conducta contable produce como repercusión fiscal que, la entidad se deduce dos veces los mismos gastos: primero, por la imputación total de los gastos en la central, deducibles como gasto de la central; y segundo, al realizar el ajuste negativo, que supone otra disminución a los efectos fiscales.

Por otra parte, no se puede prescindir de lo regulado en los Convenios de Doble Imposición, pues, conforme a lo establecido en el artículo 7º de la Ley General Tributaria, de rúbrica "Fuentes del ordenamiento tributario", los Convenios internacionales desplazan en su aplicación a la normativa nacional (artículo 7.1: "Los tributos se regirán: a) Por la Constitución . b) Por los tratados o convenios internacionales que contengan cláusulas de naturaleza tributaria y, en particular, por los convenios para evitar la doble imposición, en los términos previstos en el artículo 96 de la Constitución"» .

Frente a tales razonamientos, no puede prosperar la alegación de la parte actora según la cual es la propia ley española la que autoriza la deducción que se defiende por aplicación del artículo 20.ter.1 de la ley del impuesto, vigente desde el ejercicio 2001 y aplicable, por tanto, a los ejercicios regularizados. Aunque las sentencias anteriormente citadas partían de lo dispuesto en el artículo 29.bis de la Ley 43/1995 (introducido

por Ley 10/96), ninguna modificación relevante, a los efectos que nos ocupan, ha incorporado el nuevo artículo 20 .ter.

Por más que ambos preceptos pretendan "apoyar las iniciativas de internacionalización de nuestras empresas", es lo cierto que en su respectiva aplicación no puede desconocerse el régimen tributario que deriva de los correspondientes Convenios Internacionales, que permiten efectuar una deducción (de los gastos realizados para los fines del establecimiento permanente, comprendidos los gastos de dirección y generales de administración realizados para los mismos fines, tanto si se efectúan en el Estado en que se encuentre el establecimiento permanente o en otra parte) que no puede volver a realizarse, tal y como expusimos en las sentencias más arriba señaladas, mediante el ajuste negativo que nos ocupa, lo que determina la desestimación de este motivo impugnatorio.

NOVENO.- RENTAS EXENTAS POR APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 20.TER DE LA LEY 43/1995, DE 27 DE DICIEMBRE, DEL IMPUESTO SOBRE SOCIEDADES , EN RELACIÓN CON EL ESTABLECIMIENTO PERMANENTE UBICADO EN LONDRES (EJERCICIO 2001) .

En cuanto a la eliminación de la doble imposición en el caso de rentas procedentes de un establecimiento permanente de Londres, la Inspección sostiene que el criterio fiscal aplicable debe ser idéntico al anterior (la sucursal en Frankfurt) tanto en lo que hace a la determinación de la renta del establecimiento permanente como a las imputaciones por "head office charges" y "head office costs".

En el ejercicio 2001, BSCH se dedujo de su base imponible global o mundial la cifra de 41.602.836,23 euros, que era el beneficio contable, antes de impuestos, de su sucursal londinense, como resultado de no deducirse los gastos de dirección y generales de administración fijados teóricamente por los conceptos de "head office charges" y "head office costs" por importe, respectivamente, de 20.068.429 euros y 876.632.5 euros.

Señala la demandante, en relación a la imputación de esos gastos, que dicho concepto responde a un cálculo teórico de un gasto cuya deducción no se condiciona en el Reino Unido al reembolso efectivo y que se trata de gastos reales y efectivos incurridos por la casa matriz para la realización de sus actividades, que las autoridades británicas presumen y admiten su deducibilidad a efectos fiscales sin necesidad de que se contabilicen. Por ello entiende la parte que la correcta interpretación de la normativa interna española lleva a concluir que la base de la deducción del artículo 20.ter de la ley del impuesto por los beneficios de la sucursal en Londres coincide con el importe integrado en la base imponible española como resultado contable obtenido y declarado por la sucursal.

El artículo 20.ter de la Ley 43/1995 , señala en su apartado primero lo siguiente: "Estarán exentas las rentas obtenidas en el extranjero a través de un establecimiento permanente situado fuera del territorio español cuando se cumplan los siguientes requisitos: a) Que la rentas del establecimiento permanente proceda de la realización de actividades empresariales en el extranjero; b) Que el establecimiento permanente haya sido gravado por un impuesto de naturaleza idéntica o análoga a este impuesto, en los términos del artículo anterior, y que no se halle situado en un país o territorio calificado reglamentariamente como paraíso fiscal".

En la sentencia de esta misma Sala y Sección de 18 de diciembre de 2008 (recurso núm. 633/2005) se abordaba un supuesto idéntico al que ahora se suscita en relación con la misma entidad, respecto de la propia sucursal en Londres y a tenor de semejantes razonamientos jurídicos, solo alterados por el concreto precepto aplicable al caso (el artículo 29.bis de la ley del impuesto entonces, anterior al que aquí resulta de aplicación, el artículo 20.ter de la misma norma). En dicha sentencia, cuyos pronunciamientos resultan claramente trasladables al caso, se rechazaba la pretensión actora en los siguientes términos:

" Por ello resulta determinante concretar el importe de la renta obtenida por el sujeto pasivo derivada de sus actividades a través del establecimiento permanente, ya que conforme a dicha renta debe calcularse la deducción establecida.

Según consta expresamente en el acuerdo de liquidación, en el caso presente, y mediante Diligencia de 12 de septiembre de 2001, la Actuaría solicitó a la entidad recurrente la cuantificación de la financiación no básica recibida por el establecimiento permanente de la casa central así como los intereses correspondientes, recibiendo como respuesta que dicha cifra ascendía a 5.989.019.944 pesetas y en base a esta respuesta la actuaría consideró como intereses de la financiación no básica facilitada por la central al establecimiento permanente los declarados por el sujeto pasivo ante las autoridades fiscales británicas, y que en unión de los gastos de dirección y generales ascendían a 1.748.790.973 pesetas.

La argumentación contenida en dicho acuerdo de liquidación es que partiendo del contenido del artículo 29.bis citado, el importe de la renta exenta vendrá constituido por la parte de la base imponible del sujeto pasivo imputable a las rentas obtenidas a través del establecimiento permanente, lo que, conforme al artículo 10.3 de la Ley, vendrá a su vez determinado por el resultado contable conforme a las normas mercantiles, y en este sentido es el artículo 35.2 del Código de Comercio el que describe el resultado contable como la diferencia entre ingresos y gastos.

En consecuencia, el siguiente paso será determinar si en el caso presente los gastos financieros derivados de la financiación no básica facilitada por la matriz al establecimiento permanente debe tenerse en cuenta a la hora de determinar el resultado contable imputable a las operaciones efectuadas a través del establecimiento permanente, lo que debe responderse en sentido afirmativo, por cuanto, resulta obvio que los fondos cedidos por la central al establecimiento permanente suponen un coste para la central y dicho coste debe ser imputable a la hora de determinar el resultado imputable al establecimiento permanente. La consecuencia que se extrae es que los gastos financieros imputables a la financiación no básica deben tener la consideración de gastos para calcular el resultado contable así como la renta procedente del establecimiento permanente. Por ello, concluye dicho acuerdo afirmando que, de acuerdo con lo previsto en el artículo 29.bis y 10.3 de la Ley 43/1995 y artículo 35.2 del Código de Comercio, ha de concluirse que los gastos de dirección y generales de administración y los gastos financieros imputables a la denominada financiación no básica deben tomarse en consideración para determinar la renta obtenida por el sujeto pasivo derivada de las actividades y operaciones realizadas a través del establecimiento permanente imputables al mismo.

La Sala confirma íntegramente la conclusión alcanzada por la actuario, de que la renta exenta es el resultado contable del establecimiento permanente menos la parte que se les ha imputado de los gastos de dirección y generales de administración, y no la postura de la recurrente que contabilizó la totalidad de los gastos en la central y efectuó una imputación parcial a los establecimientos permanentes coincidente con el convenio de doble imposición, pero teniendo en cuenta el total como gasto fiscal de la central y al tiempo practicando un ajuste negativo para aplicar la exención derivada del convenio por el resultado contable de los establecimientos permanentes sin considerar la parte imputada a aquellos gastos, por lo que el resultado que se produce es que la entidad ha deducido dos veces los mismos gastos".

La aplicación al caso del criterio expuesto conduce a la desestimación de este motivo de impugnación por análogas razones a las expuestas en el fundamento de derecho anterior: no hay modificación sustancial alguna derivada del artículo 20.ter de la ley del impuesto y no cabe, como pretende el recurrente, la deducción de la totalidad del resultado contable de su establecimiento permanente en Londres, sino exclusivamente de la diferencia entre tal resultado y los gastos de dirección y generales de administración fijados teóricamente por los conceptos "head office charges" y "head office costs" por cuanto, de admitirse la tesis de la parte actora, se produciría en realidad una doble deducción de idénticos gastos.

DÉCIMO.- EXENCIÓN DE DIVIDENDOS DE FUENTE EXTRANJERA. DEPRECIACIÓN DE LA PARTICIPACIÓN (EJERCICIO 2001).

Durante el ejercicio 2001 la entidad residente en España ADMINISTRACIÓN DE BANCOS LATINOAMERICANOS, S.A. (ABLASA) percibió un dividendo de su participada BANCO SANTANDER BRASIL, S.A., entidad residente en Brasil, por importe de 4.600.690 euros, cantidad que fue minorada del resultado contable a efectos de determinar la base imponible del impuesto sobre sociedades por aplicación del convenio de doble imposición internacional suscrito entre España y Brasil (artículo 23).

Ese mismo año, la entidad contabiliza una dotación a la provisión por depreciación de valores de su participación en BANCO SANTANDER BRASIL, S.A. por importe de 117.235.656,58 euros y aumenta el resultado contable en 10.209.817,01 euros.

La cuestión que se plantea entonces es la siguiente: si una vez aplicada la exención de los dividendos por aplicación del artículo 23 del Convenio, procede aplicar la limitación establecida en el artículo 20.bis.4 de la ley del impuesto, a cuyo tenor: *"En cualquier caso, si se hubiera aplicado la exención a los dividendos de fuente extranjera, no se podrá integrar en la base imponible la depreciación de la participación, cualquiera que sea la forma y el período impositivo en que se ponga de manifiesto, hasta el importe de dichos dividendos"*.

No se discute que el dividendo percibido está exento de tributación. Lo que se suscita es si dicha exención es o no compatible con la deducción fiscal de la dotación por depreciación de valores. Para el TEAC, si a causa de la distribución del dividendo se produce un descenso en el valor de la participación y ese descenso se integra en la base imponible, no solo se elimina la doble imposición sino que se produce un déficit de imposición y una renta fiscal negativa. De esta forma, procederá evitar este defecto, pero solo en

el caso y medida en que la depreciación esté causada por la distribución del dividendo, lo que en este caso ocurre, según la Administración, a la vista del expediente.

La parte actora rechaza, en primer lugar, la incompatibilidad entre la exención del dividendo y la deducción de la provisión por depreciación pues dice que el artículo 23 del Convenio no establece limitación o restricción alguna respecto de las provisiones de cartera como consecuencia de la exención de dividendos, tesis que no puede en modo alguno ser admitida por la Sala por cuanto, de acogerse dicho criterio, lo que indudablemente se estaría consiguiendo es un doble aprovechamiento de una ventaja fiscal: la sociedad no tributa por el dividendo de fuente extranjera y, además, se lo deduce por efectuar una provisión derivada de la depreciación de la cartera que ha sido ocasionada, precisamente, por el reparto del dividendo.

Más problemas plantea la segunda cuestión que se aduce por el recurrente según la cual, aun aceptando la tesis de la Administración, del expediente de comprobación no se sigue, como pretenden la Inspección y el TEAC, que el dividendo ocasionara la depreciación de la participación en el ejercicio 2001. Para fundamentar esa alegada falta de prueba dice la entidad demandante lo siguiente: a) Que el dividendo fue acordado en 1999 y, por tanto, ya minoró los fondos propios de la entidad en ese ejercicio; b) Que la pérdida del valor de la participación en el ejercicio 2001 no deriva de la distribución del dividendo aprobada en 1999; c) Que la entidad consideró deducible la parte de la deducción por depreciación de los valores representativos en atención al valor contable al inicio y al cierre del ejercicio 2001, valores que no se ven afectados por el dividendo acordado en 1999; d) Que aportó a la Inspección el acta de la Junta General del BANCO SANTANDER BRASIL, S.A., de 28 de abril de 2001, en la que se dice expresamente que se acuerda destinar el beneficio del ejercicio 1999 a la distribución de dividendos.

En relación con los hechos de trascendencia procesal, debe precisarse, como reflexión de orden general, que la carga de acreditar los hechos constitutivos del derecho que se invoca y, en particular, en lo que hace al caso, la prueba de que la depreciación de la participación no tenía su origen en la distribución del dividendo, corresponde a la sociedad que pretende esa deducción, como resulta de lo establecido en el artículo 217.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, aplicable a nuestro proceso contencioso-administrativo, conforme al cual:

"1. Cuando, al tiempo de dictar sentencia o resolución semejante, el tribunal considerase dudosos unos hechos relevantes para la decisión, desestimaré las pretensiones del actor o del reconviniente, o las del demandado o reconvenido, según corresponda a unos u otros la carga de probar los hechos que permanezcan inciertos y fundamenten las pretensiones.

2. Corresponde al actor y al demandado reconviniente la carga de probar la certeza de los hechos de los que ordinariamente se desprenda, según las normas jurídicas a ellos aplicables, el efecto jurídico correspondiente a las pretensiones de la demanda y de la reconvencción".

Este precepto, por lo demás, concuerda con la regla sobre la carga de la prueba que rige para los procedimientos tributarios tanto en el artículo 114 de la Ley General Tributaria de 1963 como en el actual artículo 105 de la Ley de 2003, pues en los procedimientos de aplicación de los tributos quien haga valer su derecho deberá probar los hechos constitutivos del mismo.

Pues bien, a juicio de la Sala, hay en este caso una total falta de prueba, por parte de la demandante, acerca de los hechos sustentadores del derecho a la deducción que pretende satisfacer, hechos que estarían constituidos por la circunstancia de que la depreciación de valores de su participación en BANCO SANTANDER BRASIL, S.A. está desvinculada del dividendo percibido en ese ejercicio de la citada sociedad. Frente a los contundentes datos que constan en autos (la percepción del dividendo, que implica, indefectiblemente, la correlativa minoración del valor de los títulos) los datos aducidos en la demanda no permiten concluir que esa minoración es ajena a la depreciación de tal valor por cuanto: a) La suma correspondiente a tales dividendos fue efectivamente percibida en el ejercicio 2001, por más que fuera acordada en el año 1999, lo que permite presumir razonablemente que la disminución del valor de la participación está asociada al descuento derivado de la distribución de tal dividendo; b) La alegación consistente en que "la pérdida del valor de la participación en el ejercicio 2001 no deriva de la distribución del dividendo aprobada en 1999" resulta ser puramente apodíctica, no sustentada en dato objetivo alguno e insuficiente, por tanto, como para enervar la anterior presunción, según la cual la minoración está correlacionada con el descuento correspondiente al dividendo distribuido.

Ha de rechazarse, por tanto, el motivo del recurso.

UNDÉCIMO .- *REGULARIZACIÓN DE LA BASE IMPONIBLE DERIVADA DE LA INVERSIÓN EN EL BANCO DEL ESTADO DE SAO PAULO (BRASIL). EJERCICIOS 2001 Y 2002 .*

En el ejercicio 2001 la entidad consideró deducibles los siguientes importes registrados en su cuenta de pérdidas y ganancias:

a) Dotación a la provisión por depreciación del valor de su participación en BANCO DEL ESTADO DE SAO PAULO (BANESPA) por importe de 74.515.709,67 euros. La provisión es aplicada a su finalidad al aportar posteriormente BS las acciones de BANESPA a SANTANDER HOLDING LIMITADA. Es finalmente admitida por el Jefe de la Oficina Técnica al resolver el recurso de reposición.

b) Pérdida neta por amortización y venta, por 739.421.708,45 euros, en la citada aportación de las acciones de BANESPA a SANTANDER HOLDING LIMITADA. Es parcialmente admitida en vía administrativa, pues se reconoce la existencia de una pérdida fiscalmente deducible en la aportación no dineraria de las acciones a SANTANDER HOLDING LIMITADA por 485.880.167,45 euros, reduciendo la regularización a 253.541.541 euros.

c) Dotación a la provisión por depreciación de valores por su participación en BANCO SANTANDER DE BRASIL por 1.344.544.296,09 euros, que no es admitida en su integridad.

En relación con el ejercicio 2002, y aprovechando la regularización, BS interesó la integración en la base imponible de una renta negativa generada en la fusión de BANCO SANTANDER SA (BRASIL) Y MERIDIONAL HOLDING LIMITADA por importe de 1.943.008.900 euros, que tanto la Inspección como el TEAC han denegado.

Por lo que se refiere a la *pérdida fiscal por la transmisión de la participación en BANESPA a Santander Holding Limitada*, señala el TEAC en la resolución recurrida que resulta aplicable el artículo 15.2.b) de la ley del impuesto, lo que significa que para que fiscalmente se produzca una pérdida de valor de mercado de la participación ésta debería haberse situado por debajo de su valor contable. Y el valor de la participación sobre BANESPA en el momento de la aportación, siempre según el órgano de revisión, ha de calcularse aplicando el tipo de cambio en dicho momento al valor de mercado en moneda extranjera.

Respecto a cuál es el valor de mercado en moneda extranjera, el TEAC considera que la Inspección no ha determinado el valor de mercado, concluyendo que la única cifra que puede consignarse como tal (valor de mercado de la participación en BANESPA) es la consignada en el informe realizado por KPMG a los efectos de la aportación (concretamente, 10.078.626.000 reales). Y respecto al tipo de cambio en el momento de la aportación, el TEAC considera que éste ha de ser el vigente en la fecha en que los valores se hubieran incorporado al patrimonio, fecha que se identifica con el momento de la suscripción de las acciones (acuerdo de aportación) ya que desde ese momento existe la obligación de hacer la aportación.

Para el TEAC, por tanto, hay una pérdida fiscalmente deducible de 485.880.167,45 euros, inferior a la considerada por la parte recurrente (739.421.708,45 euros).

Según la parte actora, sin embargo, la pérdida de valor de las acciones de BANESPA es la que efectivamente consignó en su declaración, porque coincidía con el precio de adquisición que BANCO SANTANDER pagó a terceros independientes en las operaciones de adquisición de las mismas, y que tuvieron lugar en fecha muy próxima en el tiempo con la operación de aportación.

Dice la actora que, efectivamente, no ha existido depreciación en la participación en BANESPA en reales brasileños, pero sí en euros: BANCO SANTANDER aportó las acciones de BANESPA a SANTANDER HOLDING LIMITADA en reales brasileños, como procedía; pero si se contabiliza la adquisición y posterior aportación según cotización del real/euro, la pérdida declarada por BS es procedente. Lo justifica así:

a) Las adquisiciones de BANESPA al Estado brasileño (realizadas en el cuarto trimestre de 2000 y hasta abril de 2001) supusieron al BS un coste de adquisición de 9.574.795.201,93 reales, equivalentes -teniendo en cuenta un tipo de cambio medio de 0,5948 euros por real- a 5.695.184.696,24 euros.

b) Como consecuencia del proyecto de reorganización societaria de sus participaciones en Brasil, BS transmite por aportación no dineraria el 97,9% de las acciones de BANESPA a la sociedad residente en Brasil SANTANDER HOLDING LIMITADA. De esta forma, SANTANDER HOLDING LIMITADA acuerda el 29 de mayo de 2001 ampliar su capital social en 9.574.900.000 reales, creando otras tantas acciones nuevas, ampliación que es suscrita y desembolsada por BS mediante la aportación de la totalidad de las acciones de BANESPA que había adquirido con anterioridad por ese valor total. En el momento en que se efectúa la

aportación, la divisa brasileña se había desplomado, de forma que el tipo de cambio era de 0,49862 euros por real.

c) BS participaba prácticamente en el 100% de SANTANDER HOLDING LIMITADA y ésta, a su vez, poseía el 97,9% de las acciones de BANESPA. La escritura de ampliación de capital se presentó en la Junta Comercial (equivalente a nuestro Registro Mercantil) el 19 de junio de 2001 y fue inscrita el 7 de diciembre de 2001; el tipo de cambio cuando se presentó a la inscripción se había desplomado nuevamente: 0,4742 euros por real.

d) Consecuencia: aunque el valor en reales se mantiene, su contravalor en euros disminuye considerablemente como consecuencia de la depreciación del real brasileño, lo que supone -a juicio del actor- una pérdida real en la inversión.

La Inspección admite el tratamiento contable efectuado por BS respecto de la pérdida reflejada con motivo de la aportación. Admite también la deducción fiscal correspondiente, pero rechaza que el valor de adquisición de la participación sobre BANESPA sea el efectivamente pagado por BS, acudiendo a la cantidad al respecto consignada por KPMG, en cuyo informe remitido -como es obligatorio- a las autoridades brasileñas se señala que tal valor es el de 10.078.626.000 reales.

El actor señala que hay que estar al precio pagado por la operación en la medida en que el mismo ha sido realizado entre entidades independientes (BS y Estado brasileño). Este precio fue de 9.574.795.202 reales, equivalente a 5.695.184.696,24 euros, criterio que está respaldado por un informe auditor distinto (el emitido el 28 de junio de 2001 por Arthur Andersen Consultoría Fiscal Financiera).

La Sala coincide en este punto plenamente con la parte actora. Como se señala con acierto en la demanda, no existe una justificación racional (por parte de la Inspección o del TEAC) sobre la consideración del valor establecido por KPMG como "valor de mercado", máxime si se tiene en cuenta que dicho informe se refiere a un momento previo a la operación y, sobre todo, que el precio efectivamente pagado por Banco Santander en la compra de las acciones fue fijado entre partes independientes.

Éste, y no otro, es el que ha de contemplarse como verdadero "precio de mercado" pues es "el que ha sido acordado en condiciones normales de mercado entre partes independientes" (artículo 15 de la ley del impuesto, en relación con el artículo 16.3 del mismo texto legal). Y es que, como se ha expuesto más arriba, en el período que media entre el 20 de noviembre de 2000 y el 6 de abril de 2001, BS adquiere al Estado brasileño, a los empleados de BANESPA y a los particulares que acuden a la OPA un 97,9% de dicha sociedad por 9.575 millones de reales; posteriormente, el 29 de mayo de 2001, los aporta a Santander Holding Limitada (entidad vinculada) por 9.575 millones de reales (el mismo precio pagado).

Debe admitirse entonces que el valor de la participación en BANESPA asciende a lo efectivamente pagado por BS para su adquisición.

La siguiente cuestión entonces es determinar cuándo se produce la adquisición por SANTANDER HOLDING LIMITADA. Hay dos opciones: o la fecha del acuerdo de aportación o la fecha de la presentación del mismo en la Junta Comercial (nuestro Registro Mercantil). En cualquiera de los casos, la pérdida fiscal es superior a la permitida por la Inspección (788.299.700 euros ó 1.022.116.199 euros) y también superior a la reflejada contablemente por BS en su declaración del impuesto.

A juicio de la Sala, esta última cuestión resulta irrelevante pues, en cualquier caso, entendemos que ha de estarse a la cifra acreditada y constatada contablemente por el propio Banco Santander, esto es, a 739.421.708,45 euros, por así deducirse del reflejo contable expresado por la propia entidad y que trasladó a su propia declaración del impuesto.

En resumen: a) Hay que estar al valor real de la operación (lo que efectivamente pagó BS por la compra de las acciones de BANESPA); b) Este mismo valor es el que ha de tenerse en cuenta para la aportación no dineraria a SANTANDER HOLDING LIMITADA (realizada inmediatamente después); c) Es irrelevante cuál sea el momento de esta segunda aportación, pues tanto si tomamos el de la fecha del acuerdo de aportación, como si tomamos la presentación en la Junta Comercial de dicho acuerdo, la pérdida fiscal resulta superior a la consignada contablemente por el sujeto pasivo, a la que debe estarse.

Ello determina la estimación parcial de este motivo de impugnación, fijándose la pérdida neta por amortización y venta en la suma de 739.421.708,45 euros, aplicada por el actor en su declaración tributaria.

Por otra parte, tal y como se indicó al inicio de este fundamento jurídico, la recurrente registró, al cierre del ejercicio 2001, una *provisión por depreciación de valores (o fondo de fluctuación de valores) en relación*

con su inversión en el BANCO SANTANDER, S.A. (BRASIL) de 1.344.544.296,09 euros, que consideró fiscalmente deducible, que la Inspección y el TEAC han rechazado en su integridad. Además, al cierre del ejercicio 2002 registró un incremento del fondo de fluctuación de valores en relación con la misma inversión por importe de 124.096.991,86 euros, que también consideró deducible y fue aceptado por la Inspección.

Señala la parte actora que las pérdidas generadas por la sociedad participada en el ejercicio 2001 según sus cuentas anuales (auditadas sin salvedad) ascienden a 6.489.250.000 reales, por lo que la caída del valor teórico contable es de 3.080 millones de euros. La deducción aplicada (1.334 millones de euros) es notoriamente inferior a la pérdida.

Las pérdidas derivarían de las que registra la filial SANTANDER HOLDING LIMITADA con motivo de su fusión con BANESPA y de la provisión que la primera tiene que dotar para compensar el fondo de comercio que tenía registrado en sus libros respecto a la participación en BANESPA (cuestión exigida por las autoridades económicas brasileñas).

El TEAC rechaza la deducibilidad fiscal de la dotación a la provisión por depreciación de valores por las razones siguientes:

a) Porque el origen de la depreciación de la participación que BS tenía en el BANCO SANTANDER, S.A. (BRASIL) no era otro que la amortización anticipada del fondo de comercio implícito en la adquisición de la participación en BANESPA. Para el TEAC la amortización anticipada es, realmente, eso y no una corrección valorativa por pérdidas que realmente no existieron.

b) Resulta entonces aplicable el artículo 12.3 de la ley del impuesto, que solo permitía (en el ejercicio 2001) la deducción en concepto de dotación por depreciación de los valores representativos de la participación en fondos propios de entidades que no coticen en un mercado secundario organizado, señalando que no podrá exceder de la diferencia entre el valor teórico contable al inicio y al cierre del ejercicio. Dice el TEAC que este precepto no permite la deducibilidad de la amortización de fondos de comercio financieros.

El recurrente niega el silogismo aplicado en la resolución impugnada, tanto en su premisa mayor como en su premisa menor. A su juicio, la dotación es fiscalmente deducible porque ni está prohibida por la ley ni refleja una amortización anticipada del fondo de comercio. En efecto:

a) El precepto solo se refiere a la provisión "por depreciación de valores mobiliarios"; ni prohíbe, ni impone. BS ha contabilizado exclusivamente la depreciación de su participación en BANCO SANTANDER SA (BRASIL) debido a la disminución de valor teórico contable de esta sociedad.

b) BS, entidad española residente en España, tiene personalidad jurídica distinta de SANTANDER HOLDING LIMITADA, brasileña, y del propio BANCO SANTANDER SA (BRASIL) y no ha llevado a cabo amortización alguna de fondo de comercio financiero: se ha limitado a contabilizar la depreciación experimentada en su participación accionarial en su filial y a deducirse fiscalmente la depreciación o corrección valorativa.

c) Y lo que, a su juicio, es más importante: 1. El ordenamiento español obliga a contabilizar y reflejar la depreciación monetaria (con la deducción correspondiente); 2. El ordenamiento brasileño obliga a BANCO SANTANDER SA (BRASIL) a contabilizar el efecto de las pérdidas de una filial como consecuencia de la provisión correctora del fondo de comercio existente en la adquisición de las acciones de BANESPA, dotación que resulta obligatoria según la legislación brasileña.

La Sala coincide en este punto con las conclusiones obtenidas por la resolución impugnada. Según se desprende del expediente y de las alegaciones de las partes, la sociedad brasileña cabecera del grupo, BANCO SANTANDER SA (BRASIL), tiene que dotar una provisión como consecuencia de las pérdidas sufridas por una filial (SANTANDER HOLDING LIMITADA) al adquirir una sociedad que antes era pública (BANESPA), pérdidas que tienen por consecuencia la provisión que hubo de hacer SANTANDER HOLDING LIMITADA por la amortización anticipada del fondo de comercio de BANESPA. La citada provisión de BANCO SANTANDER SA (BRASIL) determinó una depreciación de su valor contable. Por último, como BS, entidad española, es dueña de BANCO SANTANDER SA (BRASIL) dotó una provisión, que pretende deducirse, por la diferencia de valor contable al inicio y al cierre del ejercicio de su participación en la misma.

Con independencia de los argumentos de naturaleza contable aducidos por la entidad (señaladamente, la contabilización de la dotación al fondo de fluctuación de valores aplicando las normas de la circular 4/91, la anuencia del Banco de España y las exigencias derivadas del principio de prudencia) es lo cierto que la pretensión del recurrente supondría, de ser acogida, un doble aprovechamiento de una única pérdida o,

dicho de otro modo, una doble deducción por una única circunstancia (la amortización anticipada del fondo de comercio), lo que no resulta legalmente posible, a lo que debe añadirse que el tenor literal del precepto contenido en el artículo 12.3 de la ley del impuesto (en redacción aplicable al ejercicio 2001) no permite la deducibilidad de la amortización de fondos de comercio financieros en estos supuestos.

La tercera cuestión que ha de abordarse en el presente fundamento es la relativa a la *integración en la base imponible de 2002 de una renta negativa generada en la fusión de BANCO SANTANDER, SA (BRASIL) y MERIDIONAL HOLDING LIMITADA* por 1.943.008.900 euros (si se sigue el criterio de la inspección) o inferior en el caso de acogerse las otras dos cuestiones analizadas en este mismo razonamiento jurídico.

Tal y como consta en el expediente, BS intervino en tres operaciones mercantiles en el año 2001: a) Aportación de las acciones de BANESPA a SANTANDER HOLDING LIMITADA; b) Aportación de las acciones de SANTANDER HOLDING LIMITADA a MERIDIONAL HOLDING LIMITADA; c) Fusión entre BANCO SANTANDER SA (BRASIL) y MERIDIONAL HOLDING LIMITADA.

Todas las operaciones se hacen por el mismo valor en reales (9.574,8 millones) coincidente con el valor satisfecho por BS a terceros no vinculados para adquirir BANESPA. En la fusión, las sociedades fusionadas suscriben un protocolo por virtud de cual la absorbente amplía capital en 9.593 millones de reales e incorporaba la totalidad de los elementos patrimoniales de la absorbida, extinguiéndose ésta.

La relación de canje de la fusión se estableció en 0,49987834 acciones de BANCO SANTANDER SA (BRASIL) por cada acción de MERIDIONAL HOLDING LIMITADA. La escritura de fusión se presentó en la Junta Comercial -una vez obtenida la autorización de las autoridades brasileñas- el 13 de septiembre de 2002. En esa fecha, el tipo de cambio comprador era de 3.05787 reales por euro y el tipo de cambio vendedor de 3,06486 reales por euro, resultando un tipo de cambio "fixing" de 3,01365 reales por euro.

Para el recurrente, a tenor de la relación de canje y del tipo de cambio, la fusión generó una renta negativa adicional a la admitida por la Inspección y por el TEAC que debe integrarse en la base imponible del impuesto sobre sociedades de 2002.

El problema, como se señala en la resolución del TEAC, es que nada se dice en la liquidación impugnada sobre este ajuste ni, sobre todo, esas eventuales partidas negativas fueron imputadas contablemente por la propia entidad. Dice la resolución recurrida que el actor pretende, en realidad, una ampliación tácita de la liquidación, a lo que éste se niega aduciendo que la Inspección debe recoger en sus actos de comprobación tanto los aspectos favorables como los desfavorables.

Resulta incontrovertido que la sociedad demandante no realizó imputación contable alguna de la renta negativa cuyo reconocimiento se solicita. Es más: reconoce expresamente que, aunque se estimaran correctas sus declaraciones en lo que hace a los dos ajustes más arriba analizados (pérdida fiscal por transmisión de la participación en BANESPA de SANTANDER HOLDING LIMITADA -acogida por la Sala en los términos previstos en su autoliquidación- y dotación a la provisión por depreciación de valores por la participación en BANCO SANTANDER SA (BRASIL) -rechazada en este mismo fundamento-), existiría una renta negativa (que cifra en 296.045.072 euros) que no fue imputada contablemente por la sociedad ni recogida en su declaración.

Quiere ello decir, por tanto, que la renta negativa que ahora nos ocupa no fue considerada por el demandante en su autoliquidación, que no deja de ser un acto de voluntad del que no puede desligarse el interesado a menos que justifique la razón por la que originariamente incurrió en un error insalvable o invencible. La ahora pretendida "renta negativa" derivada de la fusión no solo no fue considerada en dicho acto, sino que tampoco fue objeto de reflejo contable alguno ni en el ejercicio concernido, ni en el ejercicio anterior.

A juicio de la Sala, esta última cuestión adquiere especial relevancia pues la ley del impuesto (artículo 19.3) exige indefectiblemente la imputación contable para que pueda producirse la deducción, siendo así que, en el caso analizado, la sociedad no consideró existente (en su contabilidad) la renta negativa que, ahora, se pretende que se integre en su base imponible, lo que obliga, en los términos reflejados en la resolución recurrida, a desestimar este motivo de impugnación.

DUODÉCIMO .- PROVISIÓN POR DEPRECIACIÓN DE VALORES MOBILIARIOS (GESSINEST-CARVASA) Y PROCEDENCIA DE SU DEDUCCIÓN

Con fecha 2 de agosto de 2001 GESSINEST CONSULTING SA adquiere el 100% de la entidad CARVASA INVERSIONES SL por 149.076.492,28 euros.

En el ejercicio 2001 GESSINEST realiza una dotación por depreciación de valores correspondiente a su participación en CARVASA de algo más de 13.057.413,17 euros, considerando fiscalmente deducibles

11.989.836,25 euros, lo que no es admitido por la Inspección por la sola razón de que la deducibilidad de la dotación está legalmente condicionada (artículo 12.3 de la ley del impuesto) a que exista una diferencia entre el valor teórico contable al inicio y al cierre del ejercicio y según consta en autos CARVASA declaró beneficios en el ejercicio 2001.

Frente a tal rechazo, aduce la entidad demandante que en el ejercicio 2000 CARVASA no era propiedad de GESSINET por lo que no intervino en el cierre contable de dicho ejercicio. En ese mismo ejercicio, y en atención a un criterio contable que se califica como "muy discutible", CARVASA realizó una serie de apuntes contables que determinó que el cierre del ejercicio 2000 fuera negativo. Cuando GESSINET adquiere CARVASA entendió que el tratamiento contable aplicado no era admisible, por lo que adecuó su contabilidad a lo que entendía que exigía el PGC, deshaciendo ciertos apuntes de 2000, rehaciendo, en definitiva, su contabilidad, lo que fue declarado correcto por la firma auditora correspondiente (ARTHUR ANDERSEN).

Para el recurrente este hecho "sobrevenido" debe ser tenido en cuenta por la Inspección, que debió admitir los nuevos valores a tenor de las correcciones efectuadas por la adquirente. Es más: si la Inspección hubiera comprobado la contabilidad de CARVASA debería haber llegado a la misma consecuencia. Y es que, por mor de la nueva contabilización (esta vez correcta), la depreciación del valor de la participación se ajusta a lo declarado por la entidad en su declaración del impuesto.

La tesis del demandante no puede ser acogida. La Inspección y el TEAC se han atenido a la diferencia entre el valor teórico contable al inicio y al cierre del ejercicio en los términos establecidos en la norma tributaria (el artículo 12.3 de la ley del impuesto sobre sociedades), sin que el mecanismo empleado por la actora para defender su planteamiento (la necesidad de "rehacer" la contabilidad de la sociedad que adquirió por ampararse ésta en criterios discutibles o incorrectos) esté amparado en prueba alguna, más allá de su propia decisión de efectuar esas "correcciones contables" del ejercicio anterior a la adquisición.

Resulta especialmente ilustrativo que la parte actora, pudiendo hacerlo, no solicite de la Sala la práctica de prueba alguna (v.gr., la pericial contable) para llevar al Tribunal al convencimiento, siquiera presuntivo o indiciario, de que la contabilidad de la entidad que adquirió era incorrecta y que la "corregida" después por ella respetaba la normativa contable que resulta de aplicación, actividad probatoria que aparece como esencial para determinar si, efectivamente, resultan o no procedentes los beneficios fiscales que pretende aplicarse (derivados de la dotación a la provisión por depreciación de su participación social en CARVASA INVERSIONES, S.L.), aunque solo sea por el hecho de que tales beneficios (la deducción correspondiente) están legalmente vinculados al correspondiente valor teórico reflejado en la contabilidad de la compañía.

Por último, no deja de sorprender a la Sala que en una operación como la que ahora nos ocupa (que asciende a una suma próxima a los 150 millones de euros) el adquirente (GESSINET CONSULTING, S.A.) no compruebe en profundidad el valor contable de la compañía que va a adquirir por tan relevante precio, que dé carta de naturaleza a lo que se refleja en la contabilidad efectuada por la propia sociedad adquirida y que solo detecte que los valores tenidos en cuenta eran erróneos (por atender a criterios contables discutibles) después de efectuada la adquisición.

Procede, por ello, desestimar este motivo y declarar en este punto las resoluciones recurridas ajustadas a Derecho.

DÉCIMOTERCERO .- DEDUCCIÓN POR DOBLE IMPOSICIÓN INTERNACIONAL. DIVIDENDOS DE VODAFONE (EJERCICIOS 2001 Y 2002) .

La sociedad demandante pretender tener derecho a deducirse de la cuota íntegra del impuesto sobre sociedades una cantidad adicional a la derivada del convenio para evitar la doble imposición internacional en relación con los dividendos percibidos por CÁNTABRA DE INVERSIONES, S.A. y BANCO SANTANDER CENTRAL HISPANO, S.A. procedentes de la sociedad británica **VODAFONE**.

La cuestión ha sido resuelta por la Sala en sentido desestimatorio en la sentencia de 23 de febrero de 2012, dictada en el recurso núm. 182/2009, a cuyos razonamientos procede ahora remitirse por exigencias de los principios de seguridad jurídica y unidad de criterio. Dice así la indicada resolución, y reiteramos ahora:

" Cabe finalmente referirse al Convenio entre España y Reino Unido para evitar la doble imposición de 21-10-1975, en concreto, a los preceptos del Tratado que hacen referencia a esta materia, que son los arts. 10 y 24 . El primero de ellos establece:

"2. Los dividendos pagados por una sociedad residente del Reino Unido a un residente de España pueden someterse a imposición en España. Estos dividendos pueden también someterse a imposición en el

Reino Unido, pero siendo el beneficiario efectivo de estos dividendos residente de España, el impuesto así exigido no puede exceder:

a) Del 10 por 100 del importe bruto de los dividendos si el beneficiario es una Sociedad que posee directa o indirectamente el 10 por 100 o más del derecho al voto en la sociedad que paga los dividendos;

b) En todos los demás casos, del 15 por 100 del importe bruto de los dividendos.

3. Sin embargo, en tanto en cuanto una persona física residente en el Reino Unido tenga derecho a un crédito fiscal respecto de los dividendos pagados por una sociedad residente en el Reino Unido, se aplicarán en sustitución de las disposiciones del párrafo (2) de este artículo, las establecidas a continuación:

a) i. Los dividendos pagados por una sociedad que es residente del Reino Unido a un residente de España pueden someterse a imposición en España.

ii. Cuando un residente de España tenga derecho a un crédito fiscal respecto de dicho dividendo, de acuerdo con lo establecido en el apartado (b) de este párrafo, la suma de éste más el crédito fiscal correspondiente puede someterse a imposición en el Reino Unido y, de acuerdo con la legislación de este Estado, a un tipo que no exceda del 15 por 100.

iii. Salvo lo establecido en el apartado (a) (ii) de este párrafo, los dividendos pagados por una sociedad residente del Reino Unido, y cuyo beneficiario efectivo sea residente de España, no se someterán a ningún impuesto sobre dichos dividendos en el Reino Unido.

b) Un residente de España que perciba dividendos de una sociedad residente del Reino Unido tendrá derecho, sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado (c) de este párrafo y siempre que sea el beneficiario efectivo de los dividendos, al crédito fiscal en una medida equivalente al que habría disfrutado una persona física residente del Reino Unido que hubiera percibido dichos dividendos y, por tanto, a la devolución de cualquier exceso de tal crédito sobre su deuda tributaria en el Reino Unido.

c) Las disposiciones del apartado (b) de este párrafo no se aplican cuando el beneficiario efectivo de los dividendos sea una sociedad que, bien sola o bien junto con una o más entidades asociadas, posea directa o indirectamente el 10 por 100 o más del derecho al voto de la sociedad que paga los dividendos. A los efectos de este párrafo, se considera que dos entidades están asociadas cuando una posea directa o indirectamente más del 50 por 100 del derecho al voto en la otra, o una tercera sociedad detente más del 50 por 100 del derecho al voto en las dos primeras".

Por su parte, el art. 24.2 del Convenio, relativo al método para evitar la doble imposición, establece que: "a) Cuando un residente de España obtenga rentas que, de acuerdo con las disposiciones del presente Convenio, puedan someterse a imposición en el Reino Unido, España deducirá del impuesto sobre la renta de esa persona una cantidad igual a la del impuesto pagado en el Reino Unido. Sin embargo, dicha deducción no podrá exceder de aquella parte del impuesto computada antes de que fuera efectuada la deducción, que corresponde a las rentas obtenidas en el Reino Unido. El impuesto pagado en el Reino Unido se deducirá también de los impuestos españoles a cuenta de los generales sobre la renta, de acuerdo con las disposiciones de este párrafo".

En el Reino Unido, el dividendo era sometido, cuando se distribuía, a un impuesto, el ACT (Advance Corporation Tax), concediéndose a la persona física residente en el Reino Unido un crédito fiscal con derecho a la devolución de la diferencia entre el tipo de renta personal del socio y tipo del ACT. Es decir, a efectos del socio, era una retención sobre el dividendo con derecho a deducción y devolución. Este tratamiento aplicable con carácter general al residente fiscal en el Reino Unido, se extiende al residente en España al amparo del art. 10.3 del Tratado.

Sin embargo, el sistema de imputación inglés se modifica con la FINANCE ACT de 1998, con efectos desde 6 de abril de 1999, de manera que la Advance Corporation Tax desaparece al ser derogada su normativa reguladora, por lo que los dividendos no se someten a retención o gravamen equivalente alguno por el hecho de su distribución y paralelamente desaparece como regla general el derecho a la devolución a las personas físicas. Consecuencia de todo ello es que la deducción prevista en el artículo 24.2 resulta inaplicable".

DECIMOCUARTO .- COMPENSACIÓN DE BASES IMPONIBLES NEGATIVAS DE SOCIEDADES GENERADAS POR ÉSTAS ANTES DE SU INCORPORACIÓN AL GRUPO (EJERCICIO 2001).

La Sección Séptima de esta Sala, en sentencia de fecha 23 de marzo de 2009, dictada en el recurso núm. 551/2007, y esta misma Sección en el recurso 77/2008, se han pronunciado sobre la cuestión ahora

controvertida, respecto de otros ejercicios fiscales, cuyos razonamientos procede ahora reproducir por razones de unidad de doctrina y de seguridad jurídica, en los que se declara:

« Se parte de la idea inicial, que nos encontramos, con la existencia de un régimen especial de tributación, consistente en el régimen de consolidación fiscal, entendiéndose por tal, el conjunto de sociedades anónimas, limitadas y comanditarias por acciones, residentes en territorio español formado por una sociedad dominante y todas las sociedades dependientes de la misma, (art. 81.1 de la Ley 43/95), pudiendo optar los grupos fiscales por el régimen tributario previsto en el capítulo VII del Título VIII, (art. 78), en cuyo caso las entidades que en ello se integran no tributarán en régimen individual. Al tratarse de un régimen especial de tributación, sus normas deberán interpretarse de manera restrictiva.

La cuestión discutida se limita a determinar cómo debe interpretarse el artículo 85.1.d) en relación con el artículo 88.2 de la Ley 43/95 , llegándose a la conclusión que para que tenga lugar la compensación de bases imponibles negativas con positivas, o se pueda incrementar las bases negativas del grupo con las bases negativas de cualquier sociedad pendientes de compensar en el momento de su integración en el grupo fiscal se requiere que las bases imponibles del grupo y de la sociedad sean positivas.

Se llega a esta conclusión en base a las siguientes razones:

Aplicando los criterios de interpretación de normas, recogidos en el artículo 3 del Código Civil , debe utilizarse un criterio literal, complementado con un criterio sistemático, inspirado en lo realmente querido por el legislador de la norma.

Analizando por separado los preceptos aplicables al presente supuesto, nos hallamos que el artículo 23 de la citada Ley 43/95 , establece, con carácter general, que las bases imponibles negativas que hayan sido objeto de liquidación o autoliquidación podrán ser compensadas con las rentas positivas de los períodos impositivos que concluyan en los quince años inmediatos y sucesivos. Es decir, para llevar a cabo esta compensación se requiere que la base imponible de cada ejercicio sea positiva, concediéndose un aplazamiento de tal compensación, total o parcial hasta los quince años siguientes a su producción.

Conforme con la redacción de este precepto, cuando el artículo 85.1 de la citada Ley fija la forma de determinar la base imponible del grupo sujeto al régimen de tributación de consolidación fiscal, admite que tal compensación se lleve a cabo, tanto con bases imponibles negativas del grupo, como de las sociedades integrantes pendientes de compensar en el momento de su integración en el grupo fiscal.

Pero para que se pueda llevar a cabo esta compensación se exige un requisito, que la base imponibles del grupo sea positiva, y cuando después de esta compensación, el resultado sea una base positiva, podrá compensarse con las bases negativas aportadas por las sociedades a las que se refiere el apartado 2 del artículo 88, y hasta el límite de las bases positivas de éstas.

Y este mismo requisito se exige para que se sumen, a la base negativa del grupo, las bases negativas pendientes de compensar en el momento de su integración al grupo.

Y ello es así, puesto que este precepto ordena, primero que la compensación de las bases imponibles positivas del grupo, se compensen primero con las bases negativas del grupo. Segundo, cuando a pesar de esta compensación resulte todavía una base imponible positiva en el grupo, se compensen con las bases negativas de la sociedad, pendientes al integrarse en el mismo, pero hasta el límite de la base imponible positiva de la misma.

Así debe entenderse, pues en otro caso se quebrantaría el requisito general exigido de la existencia de bases imponibles positivas para poder llevar a cabo la compensación. Es decir, para poder acumular a las bases imponibles negativas del grupo, las bases negativas, de una sociedad, pendientes al tiempo de su integración en el grupo, es necesario que, la base imponible del grupo, o la de dicha sociedad, tengan bases imponibles positivas, por dos razones: una porque no puede ser una carga para el grupo incrementando con sus bases, las bases imponibles positivas del mismo, cuando existen bases compensables. Segundo, porque el grupo no puede, tributariamente, beneficiarse ilimitadamente, con la suma, a las suyas, de las bases negativas de la sociedad integrada, pues se quebrantaría el requisito exigido de la existencia de bases imponibles positivas, logrando de esta forma, con integración en el grupo de sociedades con bases negativas, mejorar su situación tributaria, pues así como esta integración no debe ser una carga ilimitada para el grupo, tampoco puede constituir un beneficio ilimitado, y ello se deduce tanto de la frase del artículo 85.1.d) "...cuando el importe de la suma de las letras anteriores resultase positiva...", como de la contenida en el apartado 2 del artículo 88, "... podrán ser compensada en la base imponible del mismo, con el límite de la base imponible individual de la propia sociedad...".

No constituye obstáculo para ello, el hecho de que la sociedad individual pueda llevar a cabo esta acumulación de bases imponibles negativas, puesto que, cuando se trata de un régimen tributario de consolidación fiscal, nos hallamos ante un régimen especial, que debe regirse por sus reglas, lo mismo que el régimen general lo hace por las suyas, y se es libre de someterse a uno u otro régimen, pero una vez aceptado, debe regirse por sus normas.

El criterio expuesto ha sido ratificado íntegramente en la sentencia del Tribunal Supremo de 22 de diciembre de 2011, que declara lo siguiente:

" A través de lo expuesto en los Antecedentes y de lo adelantado en estos Fundamentos, el problema que hemos de resolver en el presente recurso de casación es el de si, a la vista de la regulación especial del régimen de consolidación fiscal de la Ley 43/1995, del Impuesto de Sociedades, con las modificaciones introducidas por Ley 24/2001, la compensación de pérdidas de ejercicios anteriores por parte de sociedades que se integren en el grupo, está sometida a un doble tope, representado por el menor importe entre el de la base imponible positiva de la propia sociedad en el ejercicio y el del base imponible positiva del grupo antes de que se realice la compensación o, por el contrario, solo rige el primer límite y, en consecuencia, es posible la compensación aun cuando la base imponible del grupo fuese negativa, con la consecuencia añadida de suponer un incremento de ella.

Pues bien, comencemos por indicar que el artículo 10.1 de la Ley 43/1995 (mismo precepto en el Texto Refundido, aprobado por Real Decreto Legislativo 4/2004, de 5 de marzo), establece que " la base imponible estará constituida por el importe de la renta en el período impositivo minorada por la compensación de bases imponibles negativas de ejercicios anteriores". Es esta una regla que se impone por razones lógicas y de equidad, pues es la forma de dar entrada en cada ejercicio a las operaciones de los anteriores, siempre que en ellos se hubieren producido pérdidas.

El precepto legal supone, de un lado, reconocer el principio de independencia de los ejercicios, según las reglas de imputación temporal de ingresos y gastos que se recogen en el artículo 19 de la Ley (mismo precepto del Texto Refundido actualmente vigente) y, de otro, una excepción al mismo principio, al permitir que la renta imputable al período se vea minoradas por las bases imponibles negativas de ejercicios anteriores.

Sin embargo, no ha sido siempre así en nuestro Derecho, pues hasta la Reforma Tributaria de la Ley de 4/1964, en que el artículo 95 introdujo, no sin ciertas limitaciones, la compensación de pérdidas, la aplicación del principio de independencia de ejercicios, impedía la compensación y así la Disposición Adicional 13ª del Texto Refundido de 22 de septiembre de 1922 disponía que "la contribución a esta tarifa se liquidará por el mismo período de tiempo del ejercicio económico de la empresa y atendiendo solamente a los resultados económicos obtenidos en dicho ejercicio".

En cualquier caso, sin embargo, el artículo 23.1 de la Ley 43/1995, de 27 de diciembre, del Impuesto de Sociedades, en la redacción aplicable en el ejercicio 2003, a virtud de la redacción dada por Ley 24/2001, dispone que "Las bases imponibles negativas que hayan sido objeto liquidación o autoliquidación podrán ser compensadas con las rentas positivas de los períodos impositivos que concluyan en los quince años inmediatos y sucesivos".

Se culmina así una evolución que ha ido ampliando el plazo, que si era de 5 años en la Ley 61/1978, pasó a ser de 7 en la Ley 43/1995, para luego ser de 10, tras la nueva redacción del precepto por Ley 40/1998, a 15, por imperio de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social y a 18, en virtud de lo establecido en el artículo 9.Segundo del Real Decreto Ley 9/2011, de 19 de agosto, de Medidas para la mejora de la calidad y cohesión del sistema nacional de salud, de contribución a la consolidación fiscal, y de elevación del importe máximo de los avales del Estado para 2011 (la regla de compensación se recoge en el artículo 25.1 del Texto Refundido de 2004).

En todo caso, la interpretación conjunta de los artículos 10.1 y 23 de la Ley 43/1995 permite llegar a la conclusión de que la cuantía de la base imponible a compensar en un determinado período, no puede sobrepasar el importe de la renta positiva de dicho período. En efecto, el primero, dispone que la base imponible del período impositivo sea el importe de la renta obtenida en el mismo minorado por las bases imponibles negativas de ejercicios anteriores, mientras que el segundo, establece la posibilidad de compensar bases negativas con las rentas positivas de los ejercicios que concluyan en los 15 años inmediatos y sucesivos.

La aplicación del régimen de compensación no deja de plantear problemas de mayor complejidad en el caso del régimen de declaración consolidada, siendo buena prueba de ello la controversia que ha desembocado en el presente recurso de casación.

El artículo 2. Diecisiete, de la ley 24/2001 modificó la denominación del Capítulo VIII del título VIII de la ley 43/1995, del Impuesto sobre Sociedades, que en aquél momento se encontraba vigente.

En efecto, en la redacción anterior el Capítulo recogía la regulación del régimen de los grupos de sociedades, que pasó a denominarse tras la ley "Régimen de consolidación fiscal", en el que manteniéndose la misma estructura de los preceptos afectados, se introdujeron determinadas modificaciones de carácter técnico, que motivaron una nueva redacción de todo el Capítulo, aunque en muchos apartados se mantenga en términos idénticos a la redacción anterior, con la salvedad del nuevo cambio de denominación de este régimen especial. Asimismo se sustituyó la expresión "grupos de sociedades" por "grupos fiscales".

Lo que interesa al presente recurso de casación, en todo caso, es que el artículo 85 de la ley del Impuesto 43/1995, en la Ley 24/2001, bajo el título de "Determinación de la base imponible del grupo fiscal", quedó redactado en los siguientes términos:

"1. La base imponible del grupo fiscal se determinará sumando:

a) Las bases imponibles individuales correspondientes a todas y cada una de las sociedades integrantes del grupo fiscal, sin incluir en ellas la compensación de las bases imponibles negativas individuales.

b) Las eliminaciones.

c) Las incorporaciones de las eliminaciones practicadas en ejercicios anteriores.

d) La compensación de las bases imponibles negativas del grupo fiscal, cuando el importe de la suma de las letras anteriores resultase positiva, así como de las bases imponibles negativas referidas en el apartado 2 del artículo 88 de esta Ley.

2. Las eliminaciones y las incorporaciones se realizarán de acuerdo con los criterios establecidos en el Real Decreto 1815/1991, de 20 de diciembre, por el que se aprueban las normas para la formulación de cuentas anuales consolidadas.

3. No tendrá la consideración de partida fiscalmente deducible de la base imponible del grupo fiscal la diferencia positiva entre el valor contable de las participaciones en el capital de las sociedades dependientes que posea, directa o indirectamente, la sociedad dominante y la parte proporcional que dichos valores representan en relación a los fondos propios de esas sociedades dependientes.

La diferencia negativa no tendrá la consideración de renta gravable.

La diferencia referida en los dos párrafos anteriores es la existente en la fecha en que la sociedad o sociedades dependientes se incluyan por primera vez en el grupo fiscal."

El precepto transcrito responde al contenido del actual artículo 71 del Texto Refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2004, y supone:

- Que la Ley, para la cuantificación de la base consolidada del grupo parte, no del resultado contable del mismo, sino que se incorporan a la base imponible del mismo las bases imponibles obtenidas a nivel individual por las sociedades que forman parte del mismo, pero sin que se produzca ahora la compensación de bases imponibles negativas.

- Que se eliminan de las rentas procedentes de las operaciones intragrupo, que quedan diferidas hasta que se realice frente a terceros ajenos al grupo fiscal. Al considerarse al grupo como una sola entidad, no se tienen en cuenta las ganancias o pérdidas que se produzcan en las ventas o compras entre sociedades del grupo. Solo cuando la operación llegue a salir al exterior y se trate, por tanto, de relaciones con terceros, será cuando se tenga en cuenta el beneficio o la pérdida.

- Que por lo expuesto, se incorporan las eliminaciones de ejercicios anteriores, que se hayan traducido en operaciones con terceros en el que sea objeto de consideración.

- Que cuando la suma de los factores anteriormente enumerados determine resultado positivo, se pueden compensar las bases imponibles negativas del grupo "así como de las bases imponibles negativas referidas en el apartado 2 del artículo 88 de esta Ley".

Desde luego, la compensación de bases imponibles negativas supone una ventaja para el grupo que tributa en régimen de consolidación fiscal sobre el supuesto de que cada sociedad lo hiciera por separado, pues en este último caso, las que tuvieran base positiva deberían ingresar y las que la tuvieran negativa, deberían esperar a cambiar el signo de las mismas; en cambio el régimen de consolidación fiscal, cada una

de las sociedades tiene la posibilidad de ver compensadas sus bases negativas con la del grupo fiscal, en las condiciones indicadas.

Ahora bien, el precepto al que acabamos de referirnos remite también para la compensación al artículo 88 que, con el título de "Bases impositivas negativas", quedó redactado por la Ley 24/2001, en los siguientes términos:

"1. Si en virtud de las normas aplicables para la determinación de la base imponible del grupo fiscal ésta resultase negativa, su importe podrá ser compensado con las bases impositivas positivas del grupo fiscal en los términos previstos en el artículo 23 de esta Ley .

2. Las bases impositivas negativas de cualquier sociedad pendientes de compensar en el momento de su integración en el grupo fiscal podrán ser compensadas en la base imponible del mismo, con el límite de la base imponible individual de la propia sociedad, excluyéndose de la base imponible, a estos solos efectos, los dividendos o participaciones en beneficios a que se refiere el apartado 2 del artículo 28 de esta Ley . (Hoy, dicho precepto se encuentra recogido en el artículo 74 del Texto Refundido, aprobado por Real Decreto Legislativo 4/2004, de 5 de marzo).

La primera conclusión que se extrae del precepto indicado es la muy clara de que si la base imponible del grupo fiscal para un ejercicio resulta negativa, su importe puede ser compensado con las bases impositivas del grupo fiscal en los períodos que concluyen en los quince años inmediatos y sucesivos (actualmente dieciocho según lo antes dicho) al período en que se haya generado dicha base imponible negativa.

Naturalmente, si la base resulta positiva, entonces se produce el presupuesto necesario para que se produzca la compensación de bases negativas, tal como antes quedó señalada (artículo 85 de la Ley, y especialmente de la letra d) del apartado 1).

Llegamos con ello al problema central del recurso de casación, referido a la existencia de un solo límite o dos, en lo que respecta a la compensación en el grupo de las bases impositivas negativas de las sociedades que fueran anteriores a la integración.

No se discute la existencia del límite de la base imponible negativa a compensar de la propia base imponible positiva de la sociedad, excluidos los dividendos percibidos por la misma, con derecho a deducción del 100 por 100, por doble imposición. Este límite hace que la sociedad que forma parte del grupo, pero que tuvo pérdidas anteriores, pueda compensarlas y que como consecuencia de ello su base imponible puede ser, pero nunca negativa. Por tanto, la base imponible del ejercicio actúa como límite de compensación.

Pero también, existe un segundo límite derivado de la necesidad de que la base imponible del grupo sea positiva y ello por cuanto el derecho a la compensación pertenece al grupo, debiendo cumplirse la regla general del artículo 23.1 de la Ley 43/1995, de 27 de diciembre, del Impuesto de Sociedades (artículo 25.1 del actual Texto Refundido), en el sentido de que las bases negativas han de compensarse con la positivas de los quince años o, en su caso, dieciocho, inmediatos sucesivos.

Por ello, en contra de lo que se sostiene en el recurso de casación, hay que entender que el artículo 85.1 de la Ley (74.1 del Texto Refundido) somete al mismo nivel de exigencia a las bases impositivas negativas del grupo fiscal y a "las bases impositivas negativas referidas en el apartado 2 del artículo 88 de esta Ley ", esto, es, las bases impositivas anteriores a la integración y pendientes de compensación, que, por ello solo podrán compensarse si la base del grupo es positiva.

La exigencia de este segundo límite impone que la base consolidada del grupo puede llegar a ser, como máximo, pero nunca podrá ser negativa.

Por tanto, y compartiendo también los argumentos del Abogado del Estado, que han sido recogidos con anterioridad, se concluye que para que las bases impositivas negativas de las sociedades integradas en el grupo sean comprensibles en éste, se requiere que la base imponible del mismo, después de las eliminaciones e incorporaciones, y antes de la compensación, sea positiva".

La aplicación al caso de la doctrina expuesta determina la desestimación de la esta pretensión.

DECIMOQUINTO .- AJUSTES EN CONSOLIDACIÓN REFERENTES A LA PROVISIÓN POR DEPRECIACIÓN DEL VALOR DE PARTICIPACIONES EN SOCIEDADES. REVERSIÓN DE AJUSTES POSITIVOS (EJERCICIO 2001) .

En el acuerdo de liquidación correspondiente al ejercicio 2001 (fundamento de derecho decimoséptimo), se señala que el grupo fiscal procedió a efectuar una incorporación con carácter negativo, concerniente a

reversiones de provisiones por depreciación de la participación dotadas en un ejercicio anterior a la integración de las sociedades concernidas en el grupo fiscal, añadiendo que el obligado tributario ha procedido a la incorporación con carácter negativo de reversiones relativas a provisiones por depreciación de la participación ajustadas con carácter positivo, siendo así que las reversiones se han producido sin que las sociedades participadas recuperasen la situación patrimonial previa a la participación.

La Inspección rechaza tales incorporaciones por los siguientes motivos: a) Respecto de la primera, porque de acuerdo con lo previsto en el artículo 87 de la Ley 43/1995 la incorporación está supeditada a la previa eliminación y en el caso presente la eliminación no tuvo lugar por cuanto la entidad respecto de la cual se practicó la corrección de valor no formaba parte del grupo fiscal en el período impositivo en el que se efectuó tal corrección, citándose en apoyo de este criterio la sentencia de esta Sala de 24 de junio de 2004 ; b) En cuanto a la incorporación negativa basada en la reversión de la provisión por depreciación de la participación, porque la misma no debió revertir a causa de la no recuperación de la situación patrimonial por imperativo del artículo 39.4 del Código de Comercio , interpretado en sentido contrario.

Señala el recurrente en su escrito de demanda que, en relación con la incorporación con carácter negativo de reversiones de provisiones por depreciación de la participada dotadas en ejercicios anteriores a su integración al Grupo Fiscal, se limitó a aplicar el tenor literal de los preceptos correspondientes de la ley del impuesto (artículos 86, 87.2 y 95) tal y como han sido interpretados por la doctrina administrativa, sin que la Administración haya probado que la dotación a la provisión fuera gasto para la matriz y no motivara ajuste alguno de consolidación.

La tesis contenida en la demanda no puede ser acogida. Esta misma Sala ya señaló, en sentencia de su Sección Quinta de 24 de junio de 2004 (recurso núm. 721/2002), citada por la Inspección y el TEAC, que la sociedad no puede efectuar el ajuste extracontable negativo en la base fiscal del grupo por el mismo importe de la dotación recuperada "pues esa conducta duplica a favor del contribuyente los efectos derivados de la consolidación, sin que sea aceptable el argumento de que la desdotación de la provisión por ambas sociedades del grupo empresarial consolidado duplica la base del grupo ya que hay que tener en cuenta que también se ha duplicado el cómputo de las bases negativas ya que las pérdidas de la sociedad ahora dominada no sólo disminuyeron la base imponible de esa sociedad en el periodo 1985 a 1988 (que era negativa) sino que también dichas pérdidas disminuyeron la base imponible de la dominante, ya que las provisiones por depreciación efectuadas en el ejercicio 1988 y 1989 y que disminuyeron la base imponible de la matriz derivan de las pérdidas de la dominada teniendo ambas sociedades al inicio del ejercicio 1990 pérdidas propias pendientes de compensación que produjeron al ser compensadas en el ejercicio 1990 el efecto equivalente de una reducción de la base fiscal del Grupo".

Por lo que se refiere a la incorporación, con motivo de la salida del grupo de una sociedad participada, de las provisiones anteriormente eliminadas, la cuestión está resuelta legalmente en el artículo 87 de la ley del impuesto, en la redacción dada por la Ley 24/2001, de 27 de diciembre . El nuevo apartado tercero de dicho precepto (hoy 73 del Texto Refundido de 2004) tiene en cuenta para admitir o no la incorporación si la pérdida fiscal que motivó la provisión ha sido o no compensada por el grupo al tiempo del abandono de la sociedad participada, pues sólo si la pérdida no ha sido compensada por el grupo y la sociedad que abandona el mismo hace uso del derecho a la compensación de la base imponible negativa correspondiente a la pérdida que determinó la corrección del valor, puede incorporarse la eliminación de la corrección de valor inicialmente practicada, minorando la base imponible consolidada, pues en esta situación el grupo ha dejado de tener derecho a la compensación de las bases imponibles negativas de ejercicios anteriores.

A juicio del recurrente, el precepto señalado no resulta de aplicación al ejercicio regularizado, lo que determina que la normativa aplicable a la cuestión relativa a la provisión de cartera y las bases imponibles negativas permitiera la actuación de la recurrente. El Tribunal Supremo, en su sentencia de 20 de noviembre de 2007, dictada en el recurso de casación núm. 551/2006 , abordó el alcance de la nueva redacción del artículo 87.3 de la Ley 43/1995 (consecuencia de la citada ley de 27 de diciembre de 2001) coincidiendo con el TEAC en el carácter puramente aclaratorio o de mejora técnica de la regulación anterior. Dice en efecto el Alto Tribunal en la sentencia citada que "en la actualidad el tema aparece clarificado como consecuencia de la introducción por la Ley 24/2001 de un tercer apartado al artículo 87 de la Ley del Impuesto sobre Sociedades de 1995 , que es citado por la parte recurrente", añadiendo que "el precepto fue incorporado a la Ley del Impuesto en calidad de norma aclaratoria, sin que suponga una modificación sustancial del régimen de consolidación fiscal, sino una mera interpretación del mismo, como se deduce de la enmienda presentada en el Senado, que justifica el precepto como mejora técnica para clarificar cómo debe producirse la incorporación".

Frente a tan contundentes argumentos, no puede argüirse con éxito que la Administración no ha probado el soporte fáctico en el que se asienta su razonamiento. Ciertamente, la regularización se ha amparado en los datos incorporados a la declaración del grupo, modelo 220; se ha efectuado, además, en los términos previstos en la normativa vigente. Si, tal y como parece postularse, los datos tenidos en cuenta son insuficientes para determinar la ausencia de resultado contable que justifique la reversión de las provisiones, pudo la actora interesar (en sede inspectora, en vía de revisión económico-administrativa o ante esta misma Sala) que esos datos (a su juicio esenciales) fueran incorporados a las actuaciones para probar que los hechos en que descansa la regularización son erróneos o incompletos. Sin embargo, nada ha pretendido la actora al respecto, limitándose a argüir el déficit probatorio en que ha incurrido la Inspección, olvidando que la carga de la prueba en materia tributaria, cuando de beneficios o deducciones fiscales se trata, corresponde a quien aduce su procedencia, no a la Administración que, insistimos, ha rechazado la declaración de la contribuyente en este punto en atención a las exigencias contenidas en la normativa vigente y conforme a lo declarado por el propio sujeto pasivo.

Por último, respecto de la subsanación de los errores materiales, tal pretensión fue interesada del TEAC en el escrito de alegaciones de 25 de febrero de 2008 (folio 99) y la misma iba referida a las dotaciones revertidas por referencia a Urbe Publicaciones, a dos reversiones del Fondo de Fluctuación de Valores por cuantía de 1.544.995,05 euros, a la falta de inclusión de la reversión en relación con la sociedad Centradia y a las reversiones correspondientes a Sayona, BCH Investment y Desarrollo y La Pradera del Rincón.

El órgano administrativo de revisión rechaza esta pretensión por entender que la misma exigiría de dicho Tribunal "la realización de actuaciones de comprobación que exceden del ámbito de revisión que le es propio y son cuestiones que pudieron y debieron plantearse en las alegaciones previas a la liquidación, lo que la sociedad no hizo".

En la demanda se rechaza este argumento por entender que el TEAC estaba obligado a resolver la cuestión (artículo 40 del Reglamento de Procedimiento de las Reclamaciones Económico-Administrativas), que la rectificación de errores es una modalidad de la revisión administrativa que debió ser cumplida por el TEAC y al considerar que éste debió acordar en pieza separada la práctica de las pruebas necesarias para la rectificación de los errores alegados.

Frente a esta concreta pretensión, nada se dice en la contestación a la demanda.

El motivo aducido debe prosperar. Ciertamente, resulta obligado para los órganos de revisión "resolver todas las cuestiones que ofrezca el expediente", incluida -lógicamente- la solicitud de modificación del acto recurrido (la liquidación tributaria) por entender el reclamante que incurre en errores de naturaleza puramente material. En contra de lo afirmado por el TEAC, con tal pretensión no se exige al órgano de revisión que se transforme en órgano de comprobación o liquidación sino, simplemente, que revise el contenido de la liquidación impugnada para determinar si, efectivamente, el mismo ha incurrido en el error que se denuncia.

Por otra parte, por más que, ciertamente, el interesado hubiera podido aducir tales equivocaciones en un trámite anterior (las alegaciones al acta de disconformidad), no puede dejar de recordarse que los errores materiales o de puro hecho (como parecen ser los alegados por la parte actora) son susceptibles de corrección en cualquier momento (artículo 105.2 de la Ley 30/1992) y que ello significa que la falta de alegación previa de su existencia no cierra al interesado la vía para su planteamiento posterior, máxime si, como sucede en el caso que nos ocupa, la pretensión ha sido ejercitada en sede de revisión del acto administrativo en el que, supuestamente, estarían incluidos los errores en cuestión.

Ahora bien, la estimación de este motivo no puede dar lugar a la corrección en los términos interesados por el recurrente, pues la Sala carece de los datos necesarios para determinar si, efectivamente, tales errores concurren en la liquidación impugnada en los términos propuestos. Deberá ser, por tanto, la Administración Tributaria la que, en ejecución de sentencia y previa verificación de la concurrencia de aquellas equivocaciones, rectifique en su caso el acto de liquidación una vez constatada la existencia de esos errores, lo que determina el acogimiento parcial del presente motivo de impugnación.

DECIMOSEXTO .- *AJUSTES EN CONSOLIDACIÓN REFERENTES A LA PROVISIÓN POR DEPRECIACIÓN DEL VALOR DE PARTICIPACIONES EN SOCIEDADES. REVERSIÓN DE AJUSTES POSITIVOS (EJERCICIO 2002)* .

Las cuestiones controvertidas se refieren aquí a las eliminaciones de la recuperación del valor de la participación de BSCH en CANFY, S.L., a la recuperación de la provisión por depreciación de la participación de Hispamer Servicios Financieros en HBF Autorenting y a la incorporación con carácter negativo de

reversiones de provisiones por depreciación de la participada dotadas en ejercicios anteriores ajustadas con signo positivo.

Dado que las alegaciones sobre estos particulares coinciden plenamente con las aducidas respecto de similares ajustes practicados en el ejercicio 2001, no procede sino remitirse en su integridad al fundamento de derecho anterior de esta sentencia, lo que conduce a la desestimación de este motivo de impugnación al no aducirse respecto de estos ajustes error material alguno.

DECIMOSÉPTIMO .- DEDUCIBILIDAD DEL FONDO DE COMERCIO PAGADO EN LA ADQUISICIÓN DE PARTICIPACIONES EN ENTIDADES NO RESIDENTES. AKB HOLDING (EJERCICIO 2002) .

Según consta en autos, el 14 de mayo de 2002 la entidad actora adquirió el 100% del capital social de la sociedad alemana AKB Holding GMBH por el sistema de canje de valores (los accionistas de esta última entidad aportaron a Banco de Santander sus acciones, recibiendo a cambio acciones de éste).

Por lo que ahora interesa, el precio de adquisición para BS ascendió a 1.099.999.999,07 euros, generando un fondo de comercio financiero (diferencia entre aquel coste contable y el valor en libros) de 916.091.000 euros, respecto del cual -y por aplicación del artículo 12.5 de la ley del impuesto-, la entidad practicó una deducción en la base imponible por importe de 27.482.730 euros, equivalente a la vigésima parte de aquel fondo de comercio ponderada en función del tiempo de tenencia de la participación en el ejercicio 2002.

Con fecha 18 de diciembre de 2002, BS transmitió acciones representativas del 12.75% de la sociedad alemana (absorbida en septiembre de 2002 por otra alemana denominada CC Holding GMBH) a una entidad holandesa (HOLNETH BV) por importe de 290.072.188 euros. Al día siguiente, BS y la sociedad holandesa aportaron a HBF Banco Financiero, S.A. la participación del 48,35% de CC Holding GMBH como suscripción de una ampliación capital.

La cuestión tributaria que se plantea entonces es simple. Para la entidad recurrente la transmisión de una parte de su participación en la entidad alemana (que había generado un fondo de comercio deducible en una veinteava parte) no tenía efecto fiscal alguno respecto de la deducción practicada, criterio que rechazan la Inspección y el TEAC al considerar que, efectuada la transmisión, debe producirse un incremento en la base imponible de 7.215.356 euros correspondiente a la amortización del fondo de comercio atribuido a los títulos transmitidos por cuanto el precio recibido por los mismos incluye el fondo de comercio pagado en su adquisición.

Dispone el artículo 12.5 de la ley del impuesto que "cuando se adquieran valores representativos de la participación en fondos propios de entidades no residentes en territorio español, cuyas rentas puedan acogerse a la exención establecida en el artículo 20 bis de esta Ley, el importe de la diferencia entre el precio de adquisición de la participación y su valor teórico contable a la fecha de adquisición se imputará a los bienes y derechos de la entidad no residente en territorio español, de conformidad con los criterios establecidos en el Real Decreto 1815/1991, de 20 de diciembre, por el que se aprueban las normas para la formulación de cuentas anuales consolidadas, y la parte de la diferencia que no hubiera sido imputada será deducible de la base imponible, con el límite anual máximo de la veinteava parte de su importe, salvo que se hubiese incluido en la base de la deducción del artículo 34 de esta Ley, sin perjuicio de lo establecido con la normativa contable de aplicación", añadiendo que "la deducción de esta diferencia será compatible, en su caso, con las dotaciones a que se refiere el apartado 3 de este artículo".

Según se defiende en la demanda, el incentivo fiscal previsto en el precepto citado tiene carácter definitivo y no puede "revertirse" en el futuro, de manera que la posterior transmisión de una parte de la participación cuya adquisición generó el derecho a la deducción no puede motivar el ajuste positivo propuesto por la Inspección y aceptado por las resoluciones recurridas.

La cuestión ha sido abordada y resuelta por la Dirección General de Tributos con fecha 10 de noviembre de 2006 (consulta V2245/2006) en los siguientes términos:

"El artículo 12.5 del TRLIS recoge una corrección de valor (como tal regulada en el artículo 12) si bien, a diferencia del resto de correcciones de valor reguladas en el mismo, no requiere un registro contable, siendo independiente del mismo.

En este sentido, resulta destacable lo establecido en la letra b) del artículo 21.2 del TRLIS, conforme al cual " cuando el sujeto pasivo hubiera efectuado alguna corrección de valor sobre la participación transmitida que hubiera sido fiscalmente deducible, la exención se limitará al exceso de la renta obtenida en la transmisión

sobre el importe de dicha corrección ", considerándose que dicha corrección incluye la computada por aplicación del artículo 12.5 del TRLIS en la medida en que tuvo efectos fiscales.

De lo que cabe deducir que el artículo 12.5 del TRLIS determina un ajuste temporal en la base imponible del Impuesto, ya que, cuando se transmitan las participaciones correspondientes a entidades no residentes en territorio español que cumplan los requisitos mencionados anteriormente, la exención se aplicará sólo por aquella parte de renta que sea superior a la corrección valorativa prevista en el artículo 12.5 del TRLIS, lo que en la práctica se traduce en una reversión fiscal de la mencionada corrección, dando lugar, por tanto, a la integración del importe de las correcciones valorativas realizadas en aplicación del artículo 12.5 del TRLIS en la base imponible del período impositivo en el que se transmitan las participaciones".

La Sala coincide plenamente con la indicada interpretación (totalmente trasladable a la normativa vigente en el ejercicio 2002). Frente a tal conclusión no puede aducirse con éxito, en primer lugar, que la aplicación de la deducción prevista en el artículo 12.5 de la ley del impuesto "no está condicionada al principio de inscripción contable". Como se señala con acierto por la Inspección, el artículo 12 lleva por rúbrica "correcciones de valor: pérdida de valor de los elementos patrimoniales", lo que provoca la aplicación al caso del artículo 39.4 del Código de Comercio , a cuyo tenor "la valoración por el valor inferior, en aplicación de lo dispuesto en los párrafos anteriores, no podrá mantenerse si las razones que motivaron las correcciones de valor hubieran dejado de existir". Ello implica, indefectiblemente, que la corrección de valor debe revertir cuando no concurren las circunstancias que la motivaron, cual sucede al transmitirse el elemento patrimonial (o una parte de él) que determinó en su momento tal corrección.

Debe, pues, rechazarse el carácter absoluto, indefinido o permanente de la deducción prevista en el artículo 12.5 de la ley del impuesto, pues la corrección de valor originaria ya no subsiste una vez transmitida la participación que la determinó. Dicho de otro modo, con independencia de que la aplicación del precepto indicado exija o no la correspondiente imputación contable del gasto, es lo cierto que el mismo constituye un supuesto de "corrección de valor", pero con un efecto temporal en cuanto subsistirá en la medida en que la participación correspondiente permanezca en el sujeto pasivo del tributo.

Presupuesto lo anterior, debe ahora analizarse la siguiente alegación que, en relación con el presente ajuste, realiza la parte recurrente. En ella se defiende la improcedencia de la reversión acordada por la Inspección por cuanto el fondo de comercio financiero se ha mantenido, en términos consolidados, por el grupo fiscal en el ejercicio que nos ocupa.

Y es que, ciertamente, la transmisión realizada por el sujeto pasivo el 18 de diciembre de 2002 (del 12,75% de su participación en la entidad que absorbió a ABK) lo fue a una entidad del propio grupo residente en Holanda y posteriormente a una sociedad también integrada en dicho grupo, lo que implica que el fondo de comercio financiero incluido en la originaria adquisición permanece invariable en el grupo fiscal como consecuencia de la transmisión. Abonaría la tesis expuesta la propia dicción literal del artículo 12.5 de la ley del impuesto y la remisión que en el mismo se realiza "a los criterios establecidos en el Real Decreto 1815/1991, de 20 de diciembre , por el que se aprueban las normas para la formulación de cuentas anuales consolidadas".

A pesar de la relevancia de este motivo de impugnación, nada se aduce al respecto por el Abogado del Estado en su escrito de contestación a la demanda, en el que se limita a rechazar el mantenimiento íntegro de la deducción, una vez transmitido un porcentaje de la participación, al haber dejado de existir las razones que la motivaron.

La Sala considera procedente acoger el motivo de impugnación planteado por el demandante por tres razones: a) Porque el sujeto pasivo del impuesto sobre sociedades es el grupo fiscal 17/89; b) Porque la transmisión de su participación en CC Holding GmbH (absorbente de AKB Holding GmbH) se efectuó a una entidad holandesa perteneciente al propio grupo y, posteriormente, a otra entidad española también incluida en el repetido grupo fiscal; c) Porque la aplicación de las normas reguladoras de las cuentas anuales consolidadas (a las que se remite el precepto que disciplina la deducción porcentual del fondo de comercio financiero) implica que no ha existido variación formal o material en el grupo fiscal por la circunstancia de que la participación pase de estar en sede de BS, a pertenecer a la holandesa HOLNETH BV o a HBF Banco Financiero, S.A., pues estas dos entidades forman parte del grupo fiscal consolidado.

En definitiva, como se señala con acierto en la demanda, para el grupo fiscal 17/89, la situación a 19 de diciembre de 2002 (fecha de la suscripción del aumento de capital de HBF) no había experimentado, propiamente, variación alguna, ni alteración contable y fiscal que afecte al fondo de comercio financiero, pues el mismo se mantuvo, en términos consolidados, por el grupo fiscal en el ejercicio objeto de regularización, lo que determina la estimación del presente motivo de impugnación.

DECIMOCTAVO.- DEDUCCIÓN DE LA AMORTIZACIÓN DEL FONDO DE COMERCIO EN LA ADQUISICIÓN DE LAS ACCIONES DE BANCO RÍO DE LA PLATA, S.A. Y BRS INVESTMENT (EJERCICIO 2002).

La sociedad del grupo residente en España ADMINISTRACIÓN DE BANCOS LATINOAMERICANOS, S.A. (en adelante, ABLASA) adquirió el 21 de enero de 2002 el 7,21% de las acciones de BANCO RÍO DE LA PLATA, S.A. y el 100% de las acciones de BRS INVESTMENT (residentes en Argentina), que cumplen los requisitos del artículo 12.5 de la ley del impuesto.

No se suscita controversia entre las partes sobre la aptitud de esta adquisición para acogerse al beneficio fiscal contenido en el citado artículo 12.5 (deducción del fondo de comercio financiero existente tras las repetidas adquisiciones de las entidades argentinas). El único punto de discrepancia se refiere a la determinación cuantitativa de los respectivos fondos de comercio, esto es, cuál sea realmente la diferencia entre el precio de adquisición de la participación y su valor teórico contable en el momento en que tal adquisición se produjo.

Entiende el recurrente que el valor teórico contable a 31 de diciembre de 2001 debe fijarse según el cambio peso argentino/euro en dicha fecha; la Inspección, por el contrario, defiende que ha de estarse a las previsiones de la Ley argentina núm. 25.561, de Emergencia Pública y Reforma del Régimen Cambiario, sancionada el 6 de enero de 2002 y en cuya virtud los balances de las entidades sujetas a las leyes contables argentinas estaban obligadas a modificar el valor de sus elementos patrimoniales, lo que dio lugar a un valor teórico-contable diferente.

Según las resoluciones impugnadas, la citada ley argentina es anterior en el tiempo a la adquisición por BS de las acciones de BANCO RÍO DE LA PLATA, S.A. y de BRS INVESTMENT BANCO RÍO DE LA PLATA, S.A., de donde se infiere que la misma está referida a valores ya existentes en el momento de la adquisición de la participación. Y es que, siempre según la Inspección y el TEAC, la deducción del fondo de comercio financiero viene referida, según el artículo 12.5 de la ley del impuesto, al importe de la diferencia entre el precio de adquisición de la participación y su valor teórico contable *a la fecha de adquisición*, de suerte que -adquirida la participación cuando ya estaba vigente la norma que obligaba a la reexpresión de los balances- el valor teórico-contable de la misma ha de adaptarse a las previsiones de la ley.

A juicio de la parte actora, el ajuste practicado por la Inspección en punto a la cuantía del fondo de comercio financiero derivada de aquellas dos adquisiciones supone una aplicación retroactiva de la ley argentina de 6 de enero de 2002 que reconvierte artificialmente el balance que debe ser tenido en cuenta para determinar el valor teórico-contable de las participaciones accionariales adquiridas, que no es otro que el último aprobado por tales entidades el 31 de diciembre de 2001, al que se atuvo la entidad para practicarse la deducción del artículo 12.5 de la ley del impuesto.

La Sala coincide en este punto con las resoluciones recurridas. La claridad de la norma que regula el beneficio fiscal que nos ocupa (el artículo 12.5 de la Ley 43/1995) en cuanto que el fondo de comercio financiero es aquel que se produce "a la fecha de adquisición" permite concluir que el valor teórico-contable que debe tenerse en cuenta para fijar la suma de dicho fondo de comercio es el existente en el momento en que tiene lugar la compra de las acciones que, en el caso de autos, se ha producido el 21 de enero de 2002, cuando ya estaba en vigor la norma argentina que obligaba a las entidades residentes de ese país a reexpresar sus balances, circunstancia perfectamente conocida por la entidad en el momento de tal adquisición y que obliga a calcular el fondo de comercio financiero en relación con el valor teórico resultante de la aplicación de la ley 6 de enero de 2002 (anterior, insistimos, a la fecha que ha de tomarse en consideración para la aplicación del beneficio, que no es otra que la de la adquisición).

DECIMONOVENO.- SOBRE LAS RESOLUCIONES SANCIONADORAS CORRESPONDIENTES A LOS EJERCICIOS 2001 y 2002 .

Según se desprende de los acuerdos sancionadores que obran en el expediente, las conductas que han sido consideradas como infracción tributaria son las siguientes:

En relación con el ejercicio 2001: a) Fondo de Fluctuación de Valores; b) Exención de dividendos y rentas de fuente extranjera (dejada sin efecto por el TEAC en la resolución recurrida); c) Gastos sin justificar (excluida también al resolverse la reclamación ante el TEAC); d) Retención de dividendos; e) Amortización de "software"; f) Sucursales; g) Depreciación de la participación en Banespa (considerada no sancionable por el TEAC); h) Provisión por insolvencias; i) Cantidades aportadas a planes de pensiones; j) Minoración de determinadas deducciones realizadas por la entidad (gastos de formación, reinversión de beneficios, doble

imposición de dividendos, doble imposición de plusvalías de fuente interna, doble imposición internacional); k) Eliminación de la dotación a la provisión por depreciación del valor de la participación en ABLASA y reversiones relativas a provisiones por depreciación de participaciones antes ajustadas con signo positivo.

Respecto del ejercicio 2002: a) Eliminación del ajuste negativo practicado por importe de 1.1145.521 euros por no existir dotación que recuperar; b) Reversiones incorporadas con carácter negativo relativas a provisiones por depreciación de participaciones anteriormente ajustadas con signo positivo con infracción del artículo 39.4 del Código de Comercio .

Es sabido que el principio de "responsabilidad" (mencionado en el artículo 77 de la Ley General Tributaria y en los artículos 178 y 179 de la actual), el propio concepto de infracción tributaria recogido en la normativa tributaria y los principios de seguridad jurídica y legalidad permiten concluir que no existe un régimen de responsabilidad objetiva en materia de infracciones tributarias y que, por tanto, la comisión de las mismas exige constatar y justificar -en el comportamiento del sujeto infractor- una conducta dolosa o, al menos, negligente, excluyéndose la imposición de sanciones por el mero resultado y sin atender al concreto comportamiento del contribuyente. Nuestra legislación (desde el artículo 33 de la Ley de Derechos y Garantías del Contribuyente) presume que la actuación de los obligados tributarios está realizada de buena fe, por lo que corresponde a la Administración la prueba de que concurren las circunstancias que determinan la culpabilidad del infractor en la comisión de infracciones tributarias.

Además, en el ámbito del Derecho tributario sancionador, el Tribunal Supremo ha venido construyendo en los últimos años una sólida doctrina en el sentido de vincular la culpabilidad del sujeto infractor a la circunstancia de que su conducta no se halle amparada por una interpretación jurídica razonable de las normas fiscales aplicables. Especialmente, cuando la Ley haya establecido la obligación a cargo de los particulares de practicar operaciones de liquidación tributaria, la culpabilidad del sujeto infractor exige que tales operaciones no estén respondiendo a una interpretación razonable de la norma tributaria, pues si bien esta interpretación puede ser negada por la Administración su apoyo razonable, sobre todo si va acompañada de una declaración correcta, aleja la posibilidad de considerar la conducta como infracción tributaria, aunque formalmente incida en las descripciones del artículo 79 de la Ley General Tributaria o de los artículos 183 y siguientes de la actualmente vigente (sentencias, entre otras muchas de 24 de enero y 28 de febrero de 1994 y 6 de julio de 1995).

Por ello "cuando el contribuyente no sustrae el conocimiento de los elementos determinantes de la base impositiva, sino que la rectificación obedece a una laguna interpretativa o a una interpretación razonable y discrepante de la norma, que la Administración entiende vulnerada por el sujeto pasivo y obligado tributario, no procede la imposición de sanciones puesto que para ello se exige el carácter doloso o culposo de aquella conducta y no una simple discrepancia de criterios" (sentencias de 5 de septiembre de 1991 y 8 de mayo de 1997 , entre otras).

La culpabilidad, por tanto, debe ser apreciada, en principio, en las infracciones administrativas en función de la voluntariedad del sujeto infractor en la acción u omisión antijurídica.

Y, en tal sentido el Tribunal Supremo ha establecido, de manera reiterada, el criterio de estimar que la voluntariedad de la infracción concurre cuando el contribuyente conoce la existencia del hecho imponible y lo oculta a la Administración tributaria, a diferencia de los supuestos en que lo declara, aunque sea incorrectamente, en razón a algunas deficiencias u obscuridades de la norma tributaria que justifican una divergencia de criterio jurídico razonable y razonada, en cuyo caso nos encontraríamos ante el mero error, que no puede ser sancionable precisamente por no concurrir el elemento subjetivo que debe acompañar a toda infracción, la culpabilidad.

La propia Ley General Tributaria dispone que las acciones u omisiones tipificadas en las leyes no darán lugar a responsabilidad por infracción tributaria cuando se haya puesto la diligencia necesaria en el cumplimiento de las obligaciones y deberes tributarios, añadiendo que entre otros supuestos, se entenderá que se ha puesto la diligencia necesaria cuando el obligado haya actuado amparándose en una interpretación razonable de la norma.

Ahora bien, el hecho de que la ley establezca una causa de exención o exclusión de la culpabilidad, ejemplificando el supuesto en que el interesado se haya amparado en una interpretación razonable de la norma, no agota todas las hipótesis de ausencia de culpabilidad, en el sentido de que, si no es apreciable esa "interpretación razonable", quepa presumir la culpabilidad. Conviene insistir al respecto en que el artículo 33 de la Ley 1/1998, de 26 de febrero, de Derechos y Garantías del Contribuyente , estableció que "1. La actuación de los contribuyentes se presume realizada de buena fe", señalándose a renglón seguido que "2.

Corresponde a la Administración tributaria la prueba de que concurren las circunstancias que determinan la culpabilidad del infractor en la comisión de infracciones tributarias".

Por eso, y teniendo en cuenta esa presunción de buena fe, debe ser el acuerdo correspondiente el que, en virtud de la exigencia de motivación que impone a la Administración la Ley General Tributaria, refleje todos los elementos que justifican la imposición de la sanción, sin que la mera referencia al precepto legal que se supone infringido (sin contemplar la concreta conducta del sujeto pasivo o su grado de culpabilidad) sea suficiente para dar cumplimiento a las garantías de todo procedimiento sancionador, ya que tal proceder impide el control jurisdiccional sobre el modo en que la Administración ha hecho uso de su potestad, al desconocer las razones o valoraciones que ha tenido en cuenta para imponer una determinada sanción.

En el caso que nos ocupa, debe adelantarse que no aparece constatada en modo alguno la culpabilidad del sujeto infractor en la comisión de las infracciones que, finalmente, han dado lugar a las sanciones que ahora se impugnan. Y ello por las razones que a continuación se exponen.

En primer lugar, no puede afirmarse que la normativa reguladora de la materia que nos ocupa presente la absoluta sencillez que parece señalar el TEAC en la resolución recurrida, aunque solo sea por el hecho de que los conceptos controvertidos no aparecen perfilados con unos contornos tan extraordinariamente nítidos como se presumen en aquella resolución. Basta con tener en cuenta los anteriores fundamentos de derecho de esta sentencia para comprobar la complejidad que los mismos entrañan: no puede admitirse la "claridad" de esas normas (sostenida apodícticamente por los acuerdos sancionadores y el propio TEAC) en materias tan complejas como los fondos de fluctuaciones de valores, la depreciación de participaciones, las amortizaciones o los supuestos de doble imposición a los que se refieren las liquidaciones impugnadas.

En segundo lugar, la justificación de la culpabilidad del demandante se hace descansar exclusivamente en el contenido de las liquidaciones que le sirven de base, en los ajustes practicados por la Inspección como consecuencia de la regularización practicada y, en todos los casos, en una supuesta "claridad" de la norma fiscal que debería haber impedido al sujeto pasivo actuar como lo hizo en su correspondiente declaración tributaria. Destaca al respecto la escasísima fundamentación de la resolución del TEAC, que se limita a afirmar en todos los casos que la norma aplicable "es clara" o que los errores cometidos por la contribuyente "han de calificarse de culposos" o que los preceptos en cuestión "no admiten ni exigen posterior interpretación".

A todo lo anterior debe añadirse que las declaraciones formuladas por la actora en su día deben reputarse indubitadamente como "veraces" y "completas", esto es, sin que haya sustraído dato alguno que pueda inducir a engaño a la Administración Tributaria o que responda a la pretensión de obtener un beneficio fiscal improcedente, o un aprovechamiento ilícito y sin que exista ánimo defraudatorio o pretensión de incumplir con las obligaciones tributarias.

Además, en la práctica totalidad de los ajustes que han sido considerados sancionables, la demandante ha aportado argumentos razonables y consistentes (en algunos casos estimados por la Sala, lo que, obviamente, excluye la existencia de infracción respecto de tales conductas) y dudas más que relevantes sobre la procedencia de los ajustes practicados, comprobándose por este mismo Tribunal la complejidad intrínseca que las materias regularizadas comporta.

En definitiva, si la declaración del contribuyente ha sido, como se ha dicho, completa y veraz, si la Administración Tributaria (sea en los dos acuerdos sancionadores -que se limitan a traer al expediente sancionador el resultado de la liquidación comprobada y a reproducir los razonamientos contenidos en el acto que culminó la regularización-, sea en la propia resolución del TEAC que constituye el objeto del presente recurso), como también hemos expuesto, no ha justificado de manera suficiente la culpabilidad del citado obligado en la comisión de las infracciones que se le imputan y si, por último, los contornos de los conceptos regularizados no presentan, ni mucho menos, la claridad aducida por la Administración, forzoso será concluir que no puede afirmarse que concurra en la conducta del obligado tributario la culpabilidad (ni siquiera a título de negligencia) a la que debe supeditarse el ejercicio por la Administración de la potestad sancionadora.

Procede entonces estimar este motivo del recurso, anulando las resoluciones impugnadas en este particular y dejando sin efecto, en consecuencia, las sanciones impuestas.

VIGÉSIMO .- Lo hasta aquí razonado determina la estimación parcial del recurso en los términos señalados, con la consiguiente anulación de las resoluciones impugnadas en los extremos expuestos en los anteriores fundamentos jurídicos, sin que, a tenor del artículo 139.1 de la Ley Jurisdiccional, se aprecien méritos que determinen la imposición de una especial condena en costas.

Por lo expuesto,

FALLAMOS

Que **estimando parcialmente** el recurso contencioso administrativo interpuesto por la representación de la entidad BANCO SANTANDER, S.A. contra la resolución del Tribunal Económico Administrativo Central de 22 de octubre de 2009 (aclarada por otra de 17 de diciembre de 2009) por la que: a) Se estimó parcialmente la reclamación económico-administrativa (número de Registro General 3986/07) interpuesta por la citada sociedad frente al acuerdo de 22 de noviembre de 2007, del Jefe de la Oficina Técnica de la Dependencia de Control Tributario y Aduanero de la Delegación Central de Grandes Contribuyentes de la AEAT, por el que se estimó parcialmente el recurso de reposición deducido frente a la liquidación por impuesto sobre sociedades del ejercicio 2001; b) Se estimó parcialmente (tras la aclaración) la reclamación económico-administrativa (número de Registro General 3988/07) interpuesta por la entidad frente al acuerdo dictado en la misma fecha (22 de noviembre de 2007) y el mismo órgano (el Jefe de la Oficina Técnica de la Dependencia de Control Tributario y Aduanero de la Delegación Central de Grandes Contribuyentes de la AEAT), por el que se estimó parcialmente el recurso de reposición deducido frente a la liquidación por impuesto sobre sociedades del ejercicio 2002; c) Se estimó parcialmente la reclamación económico-administrativa (número de Registro General 1509/08, sanción) dirigida frente al acuerdo dictado el 26 de noviembre de 2007 por el indicado Jefe de la Oficina Técnica, por el que se imponía una sanción de 446.566,25 euros en relación con el impuesto sobre sociedades del ejercicio 2002; d) Se desestimó la reclamación económico-administrativa (número de Registro General 1508/08, sanción) interpuesta frente a acuerdo de 26 de noviembre de 2007, también dictado por el Jefe de la Oficina Técnica, por el que se imponía a la entidad una sanción de 88.759.196,18 euros en relación con el impuesto sobre sociedades del ejercicio 2001, debemos anular y anulamos las mencionadas resoluciones, por su disconformidad a Derecho, exclusivamente en los siguientes extremos:

a) Respecto de la deducción por reinversión por las rentas obtenidas por transmisión de activos adquiridos por aplicación del régimen del Capítulo VIII del Título VIII de la ley del impuesto, **Vodafone**, ejercicios 2001 y 2002, reconociendo al recurrente una deducción adicional de 60.4121.954 euros en el ejercicio 2001 y de 134.210.150 euros en el ejercicio 2002 (fundamento de derecho séptimo de esta sentencia).

b) En relación con la regularización de la base imponible derivada de la inversión en el Banco del Estado de Sao Paulo (Brasil), fijándose la pérdida neta por amortización y venta en la suma de 739.421.708,45 euros, aplicada por el actor en su declaración tributaria (fundamento de derecho undécimo de esta sentencia).

c) Respecto de la subsanación de los errores materiales referidos a las dotaciones revertidas por referencia a Urbe Publicaciones, a dos reversiones del Fondo de Fluctuación de Valores por cuantía de 1.544.995,05 euros, a la falta de inclusión de la reversión en relación con la sociedad Centradia y a las reversiones correspondientes a Sayona, BCH Investment y Desarrollo y La Pradera del Rincón, condenando a la Administración Tributaria a que, en ejecución de sentencia y previa verificación de la concurrencia de aquellas equivocaciones, rectifique en su caso el acto de liquidación una vez constatada la existencia de esos errores (fundamento de derecho decimoquinto).

d) En cuanto a la deducibilidad del fondo de comercio financiero derivado de la adquisición de participaciones en entidades no residentes, ejercicio 2002, rechazando y dejando sin efecto el ajuste practicado por la Inspección consistente en el incremento en la base imponible de 7.215.356 euros (fundamento de derecho decimoséptimo).

e) En relación con los expedientes sancionadores, dejando sin efecto las sanciones impuestas (fundamento de derecho decimonoveno).

Asimismo, desestimamos el resto de las pretensiones contenido en la demanda, declarando las resoluciones impugnadas, en relación a estas otras pretensiones, ajustadas a Derecho.

Todo ello, sin hacer mención especial en relación con las costas procesales, al no apreciarse méritos para su imposición.

Notifíquese la presente resolución expresando que contra la misma cabe preparar, ante esta misma Sección para ante la Sala Tercera del Tribunal Supremo, recurso de casación en el plazo de diez días a contar desde su notificación.

Así por esta nuestra sentencia, testimonio de la cual será remitido en su momento a la oficina de origen a los efectos legales, junto con el expediente administrativo, en su caso, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.



PUBLICACIÓN .- Leída y publicada ha sido la anterior Sentencia por el Magistrado Ponente en la misma, Ilmo. Sr. D. JESUS CUDERO BLAS estando celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional; certifico.

FONDO DOCUMENTAL • CENDOJ