

Roj: **SAN 762/2013 - ECLI:ES:AN:2013:762**Id Cendoj: **28079230022013100084**Órgano: **Audiencia Nacional. Sala de lo Contencioso**Sede: **Madrid**Sección: **2**Fecha: **21/02/2013**Nº de Recurso: **47/2010**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **CONTENCIOSO**Ponente: **MARIA DE LA ESPERANZA CORDOBA CASTROVERDE**Tipo de Resolución: **Sentencia**

SENTENCIA

Madrid, a veintiuno de febrero de dos mil trece.

Visto el recurso contencioso-administrativo que ante esta Sección Segunda de la **Sala de lo Contencioso-Administrativo** de la Audiencia Nacional y bajo el número 47/2010, se tramita a instancia de la entidad **ACCENTURE HOLDING IBERIA, S.L.**, representada por el Procurador D. RAMON RODRIGUEZ NOGUEIRA, contra resolución del Tribunal Económico Administrativo Central, de fecha 24 de noviembre de 2009, relativo al **IMPUESTO SOBRE SOCIEDADES**, ejercicios 2003 a 2005, en el que la Administración demandada ha estado representada y defendida por el Sr. Abogado del Estado, siendo la cuantía del recurso la de 7.096.969,35 euros, por lo que supera la suma de 600.000 euros a efectos casacionales.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. La parte indicada interpuso en fecha 29 de enero de 2010 este recurso respecto de los actos antes aludidos. Admitido a trámite y reclamado el expediente administrativo, se entregó éste a la parte actora para que formalizara la demanda, lo que hizo en tiempo, en la que realizó una exposición fáctica y la alegación de los preceptos que estimó aplicables, concretando su petición en el Súplico de la misma, en el que literalmente dijo:

«Que, teniendo por presentado este escrito con la documentación que se acompaña y por devuelto el expediente administrativo, se sirva admitirlo y tener por formulada la presente demanda y, previos los trámites oportunos, estimar la misma, anulando tanto la Resolución del TEAC de 24 de noviembre de 2009 impugnada como la declaración de fraude de Ley y las liquidaciones del Impuesto sobre Sociedades de los períodos comprendidos entre el 21 de agosto de 2003 y el 31 de agosto de 2005, confirmadas por aquélla, que han sido identificadas en el cuerpo de este escrito, declarando ajustadas a derecho las autoliquidaciones de los mencionados ejercicios formuladas en su día por la demandante».

SEGUNDO. De la demanda se dio traslado al Sr. Abogado del Estado, quien en nombre de la Administración demandada contestó en un relato fáctico y una argumentación jurídica que sirvió al mismo para concretar su oposición al recurso en el súplico de la misma, en el cual solicitó:

«Que, teniendo por presentado este escrito con sus copias y por devuelto el expediente entregado, previos los trámites oportunos, dicte sentencia en cuya virtud desestime el recurso formulado de contrario, con expresa imposición de costas a la parte recurrente».

TERCERO. Solicitado el recibimiento a prueba del recurso, fue acordada por Auto de fecha 21/03/2011. Siendo el siguiente trámite el de conclusiones, a través del cual, las partes, por su orden, han concretado sus posiciones y reiterado sus respectivas pretensiones. Por providencia de fecha 11/01/2013 se hizo señalamiento para votación y fallo el día 24 de enero de 2013, en que efectivamente se deliberó y votó.

CUARTO. En el presente recurso contencioso-administrativo no se han quebrantado las formas legales exigidas por la Ley que Regula la Jurisdicción. Ha sido Ponente la Ilma. Sra. D^a. ESPERANZA CORDOBA CASTROVERDE, Magistrada de esta Sección.



FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO . En el presente recurso contencioso administrativo interpuesto por la representación procesal de la Entidad **ACCENTURE HOLDINGS IBERIA S.L.** se impugna la resolución del Tribunal Económico Administrativo Central, de 24 de noviembre de 2009, que desestima las reclamaciones económico-administrativas acumuladas, núms. RG 1852/2007, 3336/2008, 3337/2008 y 3339/2008, deducidas en única instancia, de una parte, contra el acuerdo de la Delegada Central de Grandes Contribuyentes de la Agencia Estatal de Administración Tributaria, de 7 de mayo de 2007, por el que se declaraba la existencia de Fraude de Ley, en relación con el Impuesto sobre Sociedades (régimen de tributación individual y régimen de tributación consolidada, **Grupo 302/2003**, según los períodos), períodos comprendidos entre 21 de agosto de 2003 y 31 de agosto de 2005; y, de otra parte, contra los acuerdos de liquidación del Impuesto sobre Sociedades correspondiente a dichos periodos, dictados por la Dependencia de Control Tributario y Aduanero de la Delegación Central de Grandes Contribuyentes de la Agencia Estatal de la Administración Tributaria, de fecha 27 de diciembre de 2007.

SEGUNDO. La adecuada solución del recurso exige partir de los datos que, a renglón seguido, se relacionan y que resultan del expediente remitido a la Sala.

Mediante comunicación notificada el 25 de mayo de 2006, se iniciaron las actuaciones de comprobación del **Grupo 302/03**, como sujeto pasivo del Impuesto sobre Sociedades. Dicha comunicación se dirigió a la sociedad **ACCENTURE HOLDINGS IBERIA SL**, como sociedad dominante del **Grupo** citado que tributa en régimen de tributación consolidada, respecto de los periodos comprendidos entre el 01/09/2003 al 31/08/2004 y 01/09/2004 al 31/08/2005. Posteriormente, mediante comunicación notificada el 22 de junio de 2006 se acordó la ampliación de las actuaciones en relación al mismo concepto, respecto al periodo comprendido entre el 21/08/2003 al 31/08/2003, en que la sociedad tributó en régimen individual.

El 13 de febrero de 2007, comunicado el siguiente día 22, la Delegada Central de Grandes Contribuyentes adoptó acuerdo relativo al inicio de un expediente especial para la declaración de fraude de ley por el concepto y periodos referidos. En dicho acuerdo se nombraba al Instructor del expediente.

Puesto de manifiesto el expediente, el sujeto pasivo, previa solicitud de ampliación del plazo al efecto, presentó alegaciones el 30 de marzo de 2007.

El 20 de abril de 2007 se procedió por parte del Instructor a elevar la correspondiente propuesta de resolución a la Delegación Central de Grandes Contribuyentes.

La Delegada Central de Grandes Contribuyentes, con fecha 7 de mayo de 2007, dictó acuerdo por el que declaraba la existencia de fraude de ley, en relación con la sociedad **ACCENTURE HOLDINGS IBERIA SL.**, periodos comprendidos entre el 21 de agosto de 2003 y el 31 de agosto de 2005 y que afecta a las declaraciones presentadas por la entidad como sociedad individual por el ejercicio comprendido entre 21 de agosto de 2003 y 31 de agosto de 2003 y a las declaraciones presentadas por la sociedad como dominante del **Grupo** fiscal **302/2003**, por los periodos impositivos englobados entre el 01/09/2003 al 31/08/2004 y 01/09/2004 al 31/08/2005, en los términos previsto en el expediente instruido al efecto.

El 6 de julio de 2007 se incoaron a **ACCENTURE HOLDINGS IBERIA SL** las actas siguientes:

-Acta A02, de disconformidad, nº 71328960, en relación con el Impuesto sobre Sociedades, periodo impositivo desde 21 de agosto de 2003 a 31 de agosto de 2003.

-Acta A02, de disconformidad, nº 71328705, como sociedad dominante del **Grupo** de sociedades 302/03, periodo impositivo desde 1 de septiembre de 2003 a 31 de agosto de 2004. Este acta completa la propuesta de regularización realizada en acta de la misma fecha, A01 7536725.

-Acta A02, de disconformidad **nn** ° 71329195, como sociedad dominante del **Grupo** de sociedades 302/03, periodo impositivo desde 1 de septiembre de 2004 a 31 de agosto de 2005. Este acta completa la propuesta de regularización realizada en acta de la misma fecha, A01 7539954.

Puestos de manifiesto los expedientes, se presentaron alegaciones por la interesada, reproduciendo los motivos de oposición manifestados contra la declaración de fraude de ley y aduciendo, con relación al ajuste contable derivado de la consideración de ingreso computable de la reversión de la provisión de cartera de **Accenture**, SL. en Alnova Technologies, SL. regularizado en el acta nº 71329195, relativa al periodo 1 de septiembre de 2004 a 31 de agosto de 2005, que la eliminación inversión-fondos propios no tiene, en la ley, un tratamiento especial y diferenciado del resto de las eliminaciones; que la reversión de la provisión realizada en 2004/2005 ha de entenderse asignable, en primer lugar, a las dotaciones efectuadas desde la incorporación de **Accenture**, SL. y Alnova Technologies Corporation SL en el **grupo** fiscal **302/2003**; y, subsidiariamente, de la necesaria distinción entre el ajuste realizado a nivel individual y el realizado a nivel consolidado.



Con fecha 27 de diciembre de 2007, se dictaron los acuerdos de liquidación siguientes:

- Confirmatorio del acta A02, de disconformidad nº 71328960, periodo impositivo desde 21 de agosto de 2003 a 31 de agosto de 2003. Del mismo resulta un incremento en la base imponible de 140.642,35 euros, en concepto de gastos financieros no deducibles. La deuda resultante es de 0 euros. La entidad había presentado por tal periodo declaración-liquidación con una base imponible negativa de -140.642,35.

- Confirmatorio (excepto una ligera modificación de los intereses de demora) del Acta A02, de disconformidad nº 71328705, como sociedad dominante del **Grupo** de sociedades 302/03, periodo impositivo desde 1 de septiembre de 2003 a 31 de agosto de 2004. Del mismo resulta un incremento en la base imponible comprobada del **Grupo** (en el acta A01) de 7.634.952,75 euros, en concepto de gastos financieros no deducibles. La deuda resultante a ingresar es de 3.019.898,36 euros, integrada de cuota e intereses de demora.

- Confirmatorio (excepto una ligera modificación de los intereses de demora) del Acta A02, de disconformidad nº 71329195, como sociedad dominante del **Grupo** de sociedades 302/03, periodo impositivo desde 1 de septiembre de 2004 a 31 de agosto de 2005. Del mismo resultan unos incrementos en la base imponible comprobada del **Grupo** (en el acta A01) de: 7.233.644, 32 euros, en concepto de gastos financieros no deducibles; 1.574.863,53 euros correspondiente a la disminución practicada en la base imponible de la sociedad denominada **Accenture SL**, en concepto de reversión de la dotación a la provisión por depreciación de la participación en la sociedad dominada del **grupo** Alnova Technologies Corporation, SL, practicada en el ejercicio anterior, que se considera no procedente por corresponder a provisiones dotadas en periodos en que la participada no formó parte del **grupo** fiscal; y 1.977.426,40 euros correspondiente al ajuste de consolidación en concepto de reversión de la dotación a la provisión por depreciación de la participación en la sociedad dominada del **Grupo** Alnova Technologies Corporatin, SL, practicada en el ejercicio anterior, que se considera no procedente por corresponder a provisiones dotadas en periodos en que la participada no formó parte del **grupo** fiscal.

La deuda resultante a ingresar es de 4.077.470 euros, integrada de cuota e intereses de demora.

De las actas, informes y liquidaciones expuestos se desprenden básicamente los siguientes datos de relevancia:

1. En el periodo impositivo de 21/08/2003 a 31/08/2003, la entidad tributó en régimen de tributación individual.
2. En el segundo periodo impositivo, la entidad pasó a formar parte del **Grupo** Consolidado nº **302/2003**.

Las actuaciones de comprobación con relación al IS de los dos periodos, 01/09/2003 al 31/08/2004 y 01/09/2004 al 31/08/2005, se realizan sobre las siguientes sociedades:

Dominante: **ACCENTURE HOLDINGS IBERIA, S.L.**

Dominadas: **ACCENTURE, SL** y **ALNOVA TECHNOLOGIES CORPORATION, SL**.

3. A efectos del plazo máximo de duración de las actuaciones establecido en el artículo 150 de la Ley 58/2003, General Tributaria, deben descontarse las interrupciones justificadas y las dilaciones no imputables a la Administración tributaria recogidas en el acta y que hasta la fecha del acta suponen un total de 282 días. Con el siguiente detalle:

Imputable al contribuyente: de 2/07/06 a 12/01/07

Petición de información a terceros países: de 13/03/07 a 27/06/07.

4. En resolución de 7 de mayo de 2007, la Delegada Central de Grandes Contribuyentes dictó acuerdo por el que declaraba la existencia de fraude de ley, en relación con el Impuesto sobre Sociedades, periodos comprendidos entre el 21 de agosto de 2003 y el 31 de agosto de 2005. En dicha resolución no se consideran deducibles en concepto de gastos financieros derivados de los pasivos contraídos por **Accenture Holdings Iberia, S.L.** para la adquisición del 100% del capital de la sociedad **Accenture SL** a la entidad luxemburguesa **Accenture, SARL**.

En base a lo anterior, se procede a incrementar la base imponible en el importe correspondiente a tales gastos financieros, en cada uno de los ejercicios, en el IS en régimen general en el primer periodo impositivo y en régimen de consolidación fiscal en los otros dos periodos, según el detalle que se explicita en cada acuerdo de liquidación.

En el acta relativa al periodo 1/09/2004 a 31/08/2005, se produce, asimismo, la regularización de los ajustes por la reversión de la provisión por depreciación de cartera de participaciones de **Accenture SL**, en Alnova TC SL.

En el cuerpo de las actas respectivas se indica que en relación con los gastos financieros objeto de regularización no procede la apertura de procedimiento sancionador, en virtud de lo dispuesto en el artículo 24.3 de la Ley 230/1963 General Tributaria, en redacción dada por la Ley 25/1995. Además se manifiesta que en opinión de los actuarios firmantes, no existen indicios de la comisión de infracciones tributarias tipificadas en el art. 183 de la Ley 58/2003, al tratarse de errores interpretativos en la aplicación de criterios en los que no se aprecia intencionalidad.

Notificado el acuerdo declarativo del fraude de ley el 8 de mayo de 2007, la interesada presentó contra el mismo, el 25 de mayo de 2007, reclamación económico-administrativa, para ante el Tribunal Económico-Administrativo Central, que fue registrada con el nº de RG. 1852/07.

Puesto de manifiesto el expediente, la interesada presentó escrito de alegaciones con fecha 17 de julio de 2007, formulando las siguientes alegaciones:

1. Critica o matiza la valoración de los presupuestos de hecho que lleva a cabo la resolución.
2. Rechaza la valoración hecha en la resolución sobre los motivos económicos de las transacciones realizadas, argumentando que la Administración valora de forma subjetiva lo que a su juicio es relevante o no a efectos de enjuiciar la coherencia de las decisiones adoptadas y entender el papel de AHI como el resultado de una estrategia integral de mayor alcance del **Grupo Accenture** para la Península Ibérica y su área de influencia.
3. Improcedencia de la aplicación de la figura del fraude de ley al supuesto contemplado, por no concurrencia de las características del mismo.
4. Al no encajar la regularización propuesta en ninguno de los elementos del fraude de ley, la Administración persigue simplemente el desconocimiento absoluto de los efectos de la transacción sin cumplir las normas que regulan el tratamiento de las operaciones vinculadas y, por tanto, la utilización del procedimiento de declaración de fraude de ley constituye un supuesto de desviación de poder.
5. Destaca las incorrecciones en que incurre la tesis de la Administración, lo que expone fundándose en consideraciones sobre la causa típica de los contratos realizados, sobre la incorporación de la motivación a la causa de los negocios y su fiscalización.
6. Existencia de actos previos en los que la Administración tributaria, con carácter definitivo, ha aceptado los mismos intereses que ahora se discuten, sometidos a tributación por el IRNR.
7. Incompatibilidad con el Derecho Comunitario: Infracción de la libertad de establecimiento, Infracción de la libertad de circulación de capitales e Infracción del principio de confianza legítima.
8. Vulneración de los Convenios y concretamente el firmado para evitar la doble imposición con Luxemburgo.

Solicita, en consecuencia, que se anule la resolución del expediente de fraude de ley y, subsidiariamente, para el caso de que no fuera estimada dicha pretensión, que se acuerde la procedencia de anular las liquidaciones del IRNR y la devolución de las retenciones practicadas.

En el mismo escrito de alegaciones solicita la práctica de prueba consistente en que por el TEAC se oficie al Director de la AEAT para que emita informe sobre los siguientes extremos, en síntesis: si la AEAT ha acordado en algún caso la declaración de fraude de ley en relación con la venta de participaciones en el seno de un **grupo** de empresas de matriz española, rechazando la deducción de los gastos financieros satisfechos a otras sociedades del **grupo**, sin aplicar las normas sobre operaciones vinculadas; si la AEAT ha acordado en algún caso, en relación con alguna ETVE integrada en un **grupo** de empresas de matriz española la declaración de fraude de ley en relación con alguna adquisición por la ETVE de participaciones en el capital de otras sociedades, resolviendo que dichas adquisiciones y su financiación deben ser ignoradas a efectos fiscales; y, en caso de que la respuesta fuera positiva, indicar el número de expediente, la fecha del acuerdo y el órgano autor del acuerdo declarando el fraude de ley.

Notificados los acuerdos de liquidación referidos, se interpusieron contra los mismos tres reclamaciones económico-administrativas para ante el Tribunal Económico-Administrativo Central, que fueron registradas recibiendo los num. de RG. 3336-08 (Acta A02, nº 71328705; periodo 1/09/2003 a 31/08/2004), RG. 3337-08 (Acta A02, nº 71328960; periodo 21/08/2003 a 31/08/2003), y RG. 3338-08 (Acta A02, nº 71329195; periodo 1/09/2004 a 31/08/2005). Por acuerdos del Abogado del Estado- Secretario, de 17 de diciembre de 2007 y de 2 de julio de 2009, fue decretada la acumulación de las tres reclamaciones, así como de éstas con la interpuesta contra el acuerdo declarativo de fraude de ley.

Puestos de manifiesto los expedientes, la entidad presentó escritos de alegaciones.



En los RG. 3336/08 y 3337/08, la entidad formuló una alegación única, relativa al ajuste al resultado contable derivado de la declaración de fraude de ley, en la que, en síntesis, exponía:

1.- Da por reproducidos los motivos de oposición manifestados ante la Delegación Central, resaltando que dicha declaración no ha adquirido firmeza al haber sido recurrida ante el TEAC.

2.- La declaración de fraude de ley no puede dar lugar a la práctica de la liquidación que se propone, pues conllevaría infracción de los Convenios de Doble Imposición suscritos por España y de las libertades básicas del Derecho Comunitario; y en relación con ello hay que considerar el contexto en el que se ha producido la declaración de fraude de ley y, en concreto, la incidencia que en la misma han tenido los Informes previos emitidos por la Dirección General de Tributos y por la Subdirección General de Ordenación Legal y Asistencia Jurídica de la Agencia Tributaria. Considera que, dado que en los mismos no se ha planteado una situación específica como su caso, era imprescindible que antes de dictar cualquier tipo de liquidación tributaria la Inspección pueda contrastar con la DGT si, a la vista de sus circunstancias individuales, considera aplicable a la misma las conclusiones del Informe. En consecuencia, solicita, como ya solicitó en su momento, que se remitan las actuaciones del procedimiento a la DGT para que la misma dictamine si, en su opinión, a la vista de las circunstancias concurrentes es posible aplicar la declaración de fraude de ley.

En el RG. 3339/08, la entidad formuló dos alegaciones: una primera relativa al ajuste al resultado contable derivado de la declaración de fraude de ley, en los mismos términos que la manifestada en los otros dos expedientes; otra segunda, relativa al ajuste al resultado contable derivado de la consideración de ingreso computable de la reversión de la provisión de cartera de **Accenture** SL. en Alnova Technologies Corporation, SL.

Con posterioridad a la presentación de alegaciones efectuadas al expediente nº 3339/08, presenta, en relación con el mismo, nuevo escrito en el que expone que, en referencia a la segunda de las alegaciones, la relativa al ajuste por la reversión de la provisión por depreciación de la cartera de **Accenture** SL. en Alnova Technologies Corporation, SL, ha tenido conocimiento de una resolución de este Tribunal de la Vocalía cuarta, Sala Primera, con RG. 1927-04, RS. 460/04, en la que se resuelve un caso similar al suyo en el sentido defendido por su representada, contrario a la Inspección, cuya fotocopia aporta. Manifiesta que dada la identidad entre el supuesto analizado y el planteado por su representada, ha de resolverse en el mismo sentido.

El Tribunal Económico Administrativo Central, en resolución de 24 de noviembre de 2009, ahora combatida, acordó, en relación con las reclamaciones económico-administrativas acumuladas, " *Desestimarlas, confirmando el Acuerdo declarativo del fraude de ley y las liquidaciones impugnados* ".

TERCERO. Aduce la parte recurrente los siguientes motivos de impugnación:

1. Regularidad de las operaciones que motivaron la declaración de fraude de ley.
2. Utilización del procedimiento de declaración de fraude de Ley para una finalidad distinta de las que le atribuye el artículo 24 de la Ley General Tributaria y la consiguiente desviación de poder.
3. Incorrecta aplicación de las normas reguladoras de la prueba por parte del Tribunal Económico Administrativo Central.
4. Discrepancia sobre el tratamiento fiscal de la reversión de la provisión por depreciación de cartera en 2004.

CUARTO. Aduce la recurrente la regularidad de las operaciones que motivaron la declaración de fraude de ley.

Hay que partir de que el acuerdo de declaración de Fraude de Ley impugnado declara realizados en fraude de ley los negocios jurídicos por los que la entidad hoy recurrente, **ACCENTURE** HOLDINGS IBERIA SL, adquirió la titularidad jurídica de las acciones de **ACCENTURE** SL mediante una operación de compraventa con pago aplazado realizada el 28 de agosto de 2003, en la que la entidad transmitente era **ACCENTURE** INTERNATIONAL SARL, matriz de **ACCENTURE** HOLDINGS IBERIA SL, adquisición que se realizó por un precio de 740 millones de euros y que se financió mediante aplazamiento de pago por parte de la entidad transmitente, **ACCENTURE** INTERNATIONAL SARL, fijándose un plazo de pago de 10 años y devengando las cantidades aplazadas unos intereses de Libor + 0,15.

A su vez, las liquidaciones practicadas son consecuencia de no considerar deducibles los gastos financieros derivados de los pasivos contraídos por **ACCENTURE** HOLDINGS IBERIA SL para la adquisición, el 28 de agosto de 2003, mediante compraventa con pago aplazado, de parte del capital de la sociedad **ACCENTURE** SL a la entidad luxemburguesa **ACCENTURE** INTERNATIONAL SARL, matriz de la hoy recurrente, así como del tratamiento de la reversión de una provisión de cartera en el ejercicio 2004.

Señala el TEAC en la resolución, ahora recurrida, que el conjunto de la operativa que origina la calificación de fraude de ley podría condensarse en que, con ella se lleva a cabo una reordenación patrimonial de entidades del **Grupo Accenture**, colocando a la operativa del **grupo** en este país bajo la entidad holding, **ACCENTURE**



HOLDINGS IBERIA SL, en España, merced a la obtención de préstamos de entidades del **grupo** para generar unos gastos financieros derivados de ese endeudamiento, cuya virtualidad y licitud discute la Inspección.

Con esta actuación se consigue que los resultados contables positivos, que son las rentas gravables de la entidad operativa **ACCENTURE** SL, queden compensadas con resultados contables negativos, por lo que se está defraudando es el propio hecho imponible, la obtención de renta, que debe gravarse conforme a las leyes y al principio de capacidad contributiva. El motivo por el que no se admiten estos gastos como deducibles radica en que, con fundamento en las operaciones analizadas, dichas operaciones no tienen ningún sentido económico o empresarial sustancial para el **Grupo**, fuera de las ventajas fiscales que se analizan, ni suponen ninguna nueva inversión real ni la ampliación a nuevos mercados, sino que se trata de "un simple intercambio de participaciones dentro del **Grupo**, que sólo significa un cambio en la titularidad formal de las mismas, sin modificación en la situación de dominio".

Frente a ello sostiene la recurrente lo siguiente:

- **ACCENTURE** HOLDINGS IBERIA SL se constituyó como sociedad legalmente.
- **ACCENTURE** HOLDINGS IBERIA SL era y es una sociedad con una estructura suficiente para el desarrollo de sus funciones como sociedad holding.
- La compraventa realizada ha sido absolutamente regular, y constituía una alternativa expresamente prevista en la normativa para la adquisición por **ACCENTURE** HOLDINGS IBERIA SL de **ACCENTURE** SL.
- El precio de la compraventa es el de mercado.
- La estructura financiera de la adquisición fue también planteada en términos de mercado.
- No ha existido artificiosidad alguna en la operación.
- La operación ha tenido otros efectos distintos a los meramente fiscales.
- La sociedad holding ha constituido un instrumento clave en la actividad empresarial.
- Hay un claro motivo económico para las operaciones realizadas.

QUINTO. Sobre la figura jurídica del fraude de ley tributaria, su finalidad institucional, su fundamento estructural en la institución del fraude de ley como categoría específica de los negocios anómalos, a la que se refiere el art. 6.4 del Código Civil, sus requisitos necesarios, contruidos legal, jurisprudencial y doctrinalmente y su diferenciación con otras figuras afines, así como los efectos que provoca su declaración, se ha pronunciado esta Sala reiteradamente. A título meramente ejemplificativo, dado el gran número de sentencias que abordan la naturaleza de la institución y sus perfiles constitutivos, cabe mencionar las afirmaciones contenidas en la Sentencia de esta Sala de 18 de diciembre de 2007 (dictada en el recurso 864/04), en la que se menciona otra anterior de 6 de julio de 2005 (recurso 780/03), sustanciado ante la Sección 4ª de esta Audiencia Nacional:

"IV. Sobre la existencia del fraude de ley y la eventual infracción del artículo 20, apartado 8, letra c), de la Ley 44/1978 .

SEXTO .- Los motivos cuarto y quinto constituyen el núcleo sustancial del recurso, que también han recibido adecuada respuesta en la repetida sentencia de 6 de julio de 2005; al motivo cuarto se destinan sus fundamentos jurídicos 5º a 8º:

«QUINTO.- El estudio del cuarto de los motivos que invoca el actor, la inexistencia de fraude de ley, requiere que nos detengamos en el análisis de tal institución, primero en el ámbito civil y después tributario.

En el ámbito civil el art. 6.4 del Código Civil tras la reforma del Título Preliminar por Decreto de 31.5.1974 dispone que "los actos realizados al amparo del texto de una norma que persigan un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico o contrario a él se considerarán ejecutados en fraude de ley y no impedirán la debida aplicación de la norma que se hubiere tratado de eludir".

"Doctrina y Jurisprudencia civil han reconocido que la aplicación de tal figura presupone la concurrencia de dos normas: una de cobertura y otra de elusión, que es aquella cuyo contenido ético se infringe, y que es la tenida por fundamental en la regulación de la materia. Mas es comúnmente aceptado que tal norma de cobertura no puede proporcionar tal amparo de forma suficiente, pues en ese caso se produciría un conflicto de normas, sin que se eleve a requisito general el que se refiere a la existencia de un ánimo o intención especial de burlar la ley. Así se ha recogido en la doctrina del Tribunal Supremo de la Sala 1ª (STS de 14.2.1986, 30.3.1988, 12.11.1988, 20.6.1991, 3.11.1992, 30.6.1993, 23.2.1993, 5.4.1994 por todas)".

"En el ámbito del negocio jurídico en fraude de ley, la doctrina civilista mayoritariamente lo incluye en el capítulo de los negocios jurídicos anómalos, como una modalidad de los denominados negocios indirectos -en virtud



de los cuales se pretende indirectamente el resultado propio de otro negocio distinto del realizado-, si bien esta categoría se presenta con carácter general embediendo diversas figuras jurídicas entre las que se encuentra el negocio simulado (en el que existe una apariencia negocial sin voluntad negocial alguna, como es el caso de la simulación absoluta, o por el contrario se quiere otro negocio jurídico distinto del verdaderamente manifestado), siendo preciso que concurren los requisitos de validez exigidos por el ordenamiento jurídico para que el negocio simulado o más bien debe decirse, disimulado produzca sus efectos jurídicos conforme al art. 1276 del CC . Es el caso de la simulación relativa. Así STS de 7.2.1994 , 8.2.1996 , 26.3.1997 , 22.3.2001 . Y respecto al negocio en fraude de ley éste es verdaderamente querido por las partes, sin que exista apariencia negocial alguna, al margen de lo que luego exponemos y siempre concurriendo una norma de cobertura y otra de elusión".

"Por consiguiente, aunque pueda existir una finalidad de engaño en el negocio o contrato simulado al igual que en el negocio o contrato en fraude de ley no son figuras semejantes, aunque en no pocas ocasiones se solapen una y otra, contemplándose en una ocasiones por la jurisprudencia desde el punto de vista de los vicios de consentimiento y en otros, más acertadamente desde el punto de vista de la causa negocial, siendo así que en abstracto se admite doctrinalmente que el negocio en fraude de ley a diferencia del simulado, es verdaderamente querido, sin apariencia negocial, con la finalidad de dañar o perjudicar a un tercero, no siendo necesario la existencia de acuerdo simulatorio. Se acepta también en la doctrina civilista de forma mayoritaria que el negocio formulado por persona interpuesta con finalidad ilícita o de engaño es un supuesto de acto realizado en fraude de ley".

"SEXTO.- En el ámbito tributario, la figura del fraude de ley se encuentra recogida en el art. 24 de la LGT , que tras la Ley 20/1995 de 20 de julio dispone que: 1. Para evitar el fraude de ley se entenderá que no existe extensión del hecho imponible cuando se graven hechos, con el propósito de eludir el pago del tributo, amparándose en el texto de normas jurídicas con distinta finalidad, siempre que se produzca un resultado equivalente al derivado del hecho imponible. El fraude de ley tributaria deberá ser declarado en expediente especial en el que se dé audiencia al interesado. 2. Los hechos, actos o negocios jurídicos ejecutados en fraude de ley tributaria no impedirán la aplicación de la norma tributaria eludida ni darán lugar al nacimiento de las ventajas fiscales que se pretendía obtener mediante ellos. 3. En las liquidaciones que se realicen como resultado del expediente especial de fraude de ley se aplicará la norma tributaria eludida y se liquidarán los intereses de demora que correspondan, sin que a estos solos efectos proceda la imposición de las sanciones".

"De la citada redacción, como la anterior del art. 24.2 en la que se decía que "Para evitar el fraude de ley se entenderán a los efectos del número anterior, que no existe extensión del hecho imponible cuando se graven hechos realizados con el propósito probado de eludir el impuesto, siempre que se produzca un resultado equivalente al derivado del hecho imponible. Para declarar que existe fraude de ley será necesario un expediente especial en el que se aporte por la Administración la prueba correspondiente y se dé audiencia al interesado", se deduce una serie de notas que caracterizan al fraude de ley tributaria, tal como aceptan doctrina y jurisprudencia mayoritariamente:

- 1.- Supone una modalidad del fraude de ley civil (SAN de 20.4.2002).
- 2.- La norma eludida ha de ser necesariamente tributaria, pero la de cobertura no tiene por qué serlo aunque tampoco exige que no lo sea el art. 24 de la LGT .
- 3.- Se configura legalmente como una no extensión del hecho imponible, pero se discute si así debe entenderse por voluntad del legislador existiendo tal extensión del hecho imponible o por el contrario verdaderamente no existe tal extensión del hecho imponible.
- 4.- Se diferencia de la simulación regulada en el art. 25 de la LGT , aunque en alguna sentencia se aplique indistintamente el régimen de uno u otra (STS de 2.11.2002), o se relacione con el negocio indirecto (SAN de 20.4.2002), no obstante la jurisprudencia y doctrina mayoritaria diferencian una y otra figura (SAN de 3.10.1997 , 14.2.2002 , 14.3.2002 , 20.12.2001 , 4.3.2004), no obstante se acusa una tendencia progresiva en evitar acudir a la utilización de la figura de los negocios jurídicos anómalos (SAN de 3.10.1997 , 20.12.2001 , 24.1.2002 , 14.2.2002 , 14.3.2002 , 20.4.2002 , 6.2.2003 , 27.5.2004 , 16.10.2003)".

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

- 1.- La doble presencia de una norma de cobertura, pero no de forma suficiente como hemos indicado, y otra eludida de carácter esencialmente tributaria.
- 2.- El empleo de formas jurídicas insólitas y desproporcionadas para evitar el efecto exigido por el ordenamiento jurídico tributario, lo que le diferencia de la economía de opción.



3.- La finalidad puramente fiscal de los negocios jurídicos realizados de modo que la causa de los mismos responde a la realidad de evitar la tributación o que ésta se realice en cuantía inferior a la ordinariamente exigida, pero como tales, dichos negocios jurídicos son verdaderamente queridos.

4.- La consecución de un efecto fiscal equivalente a la realización del hecho imponible, cuya tributación se quiere evitar, pero el ordenamiento la impone".

"La nueva regulación del fraude de ley previsto en la vigente LGT bajo la denominación de conflicto en la aplicación de las normas tributarias, art. 15 de la LGT, 58/2003 de 17 de diciembre, aún con perfiles nuevos, no se presenta como una institución esencialmente distinta a la manera en que fue configurada jurisprudencial y doctrinalmente, siguiendo claramente la regulación prevista en la Ordenanza Tributaria alemana, art. 10".

"Todo lo expuesto nos permite diferenciar tal figura del negocio simulado, pues en este último no hay negocio jurídico efectivamente querido por las partes que sí existe en el fraude de ley. Y aun cuando la Jurisprudencia haya traído a colación la figura del negocio indirecto (STS de 2.10.1999, 25.4.2000) una y otra categoría jurídica no son fácilmente deslindables, partiendo de la base de que los negocios jurídicos indirectos también pueden ser admisibles en Derecho".

"SÉPTIMO.- Presupuesto todo lo anterior habremos de reconocer que los actos y negocios jurídicos examinados en autos y en las resoluciones impugnadas han constituido una actuación en fraude de ley cuya declaración es conforme a Derecho. Para realizar dicho examen partiremos de la afirmación de que la operación realizada debe ser tratada y considerada de forma unitaria, tal como ha reconocido la doctrina de esta Sala cuando ha examinado supuestos análogos al de autos (SAN de 6.2.2003, 27.5.2004, 8.7.2004, 23.9.2004). Y es así que en efecto, podremos apreciar la concurrencia de todos y cada uno de los elementos que configuran el fraude de ley:

A/ En primer lugar, habremos de reconocer que la causa que ha guiado la realización de todas las operaciones y negocios realizados ha sido exclusivamente de índole fiscal, al objeto de obtener un crédito de tal clase que permitiese obtener una tributación notoriamente más baja que la legal y ordinariamente previsible. En este sentido, hemos de reconocer que la actora no ha alegado causa alguna que justifique el conjunto de las operaciones realizadas, con excepción de la referida a la adquisición de las acciones de C..., en la que se indicaba que se trataba de adquirir una posición dominante en dicha empresa en relación con B... Sin embargo, tal finalidad expuesta en el F.3 de la demanda es más aparente que real, pues contrasta con la rápida y posterior venta de un elevado paquete de acciones de dicha sociedad. Por consiguiente, a los efectos del art.1276 del CC la verdadera causa negocial ha sido la de conseguir un crédito fiscal para obtener una tributación notoriamente rebajada para un incremento de patrimonio (49.436.575,81 euros) mediante la técnica de adquisición de sociedades con bases imponibles negativas y de sociedades de inversión mobiliaria sujetas a un tipo impositivo notoriamente bajo para compensar el incremento producido, declarando decrementos en vez de incrementos de patrimonio".

"B/ En segundo lugar, hemos de reconocer que las formas jurídicas utilizadas cabe calificarlas de insólitas o inusuales, y así se deduce del conjunto de las operaciones realizadas: compra de acciones de C...-venta de acciones de dicha sociedad- adquisición de sociedades que permiten obtener créditos fiscales (con bases imponibles negativas o de inversión mobiliaria para tributar al 1%), participadas directamente por la familia S... a través de sociedades interpuestas-venta de acciones de D..., de la que el recurrente es socio, antes de que finalice el ejercicio a las cuatro sociedades con pérdidas y a las siete SIM-financiación de la operación a través de sociedades prestamistas que a su vez son prestatarias de D... por estar participadas por sociedades pertenecientes a la familia S..., y todo ello en un corto espacio de tiempo, antes de que finalice el ejercicio fiscal, lo que permite dar a entrever que el conjunto de las operaciones realizadas escapa de lo normalmente considerado como ejercicio ordinario de las libres facultades de contratación".

"C/ Todo lo expuesto nos obliga a introducir en el examen de las normas de cobertura y eludidas que justificarían la existencia de fraude de ley.

Así podemos afirmar que la norma de cobertura viene representada por el art. 3.2 de la ley 44/1978 del IRPF en relación con el art.5.1 del Reglamento del IRPF (RD 2384/1981 de 3 de agosto) y 14.2 del RD 2631/1982 de 15 de octubre, que contiene el Reglamento del Impuesto de Sociedades, los cuales permiten imputar las bases imponibles de las sociedades transparentes a los socios que lo sean al final del ejercicio, 31.12.1990 (art. 28 y 109.3 del RIRPF citado). Por consiguiente, no siendo las personas físicas de la familia Serratoso socios al final del ejercicio no han de declarar las bases imponibles en las que se recoge el mencionado incremento sobre el patrimonio que luego examinaremos".

"La norma eludida viene representada por el art. 12.2 de la ley 44/1978 del IRPF según redacción dada por la ley 44/1978 que permite imputar a los socios y se integrarán en la base imponible del Impuesto sobre la Renta o en su caso, en el de Sociedades, las bases imponibles positivas obtenidas por las sociedades de mera tenencia de bienes".



"D/ Por último, también debe decirse que la producción del efecto equivalente al hecho imponible también ha tenido lugar al final del cierre del ejercicio, pues sin perjuicio de que analicemos este extremo con posterioridad, resulta claro que el incremento de patrimonio obtenido no ha escapado del círculo de intereses de la familia S..., pues a la postre los adquirentes de las acciones de D... han sido las propias sociedades participadas por dicha familia, con lo cual se ha alcanzado el mismo efecto que si no hubiese tenido lugar la venta de acciones de D...: éstas siguen quedando en poder de los socios, personas físicas, de D... a fecha 31.12.1990, aunque en ese momento lo sea de forma indirecta a través de sociedades instrumentadas".

"OCTAVO .- Examinado lo anterior rebatiremos los argumentos opuestos de contrario por el actor frente a la construcción del fraude de ley hecha por el AEAT y ratificada por el TEAR, el TEAC y ahora por esta Sala.

I- En cuanto al fin perseguido ha de afirmarse que partiendo de la base de la existencia de un indubitado fin fiscal de elusión que inspiró la actuación de la familia S... huelga cualquier consideración sobre lo que hubiera sido más conveniente para los intereses de D...en C... (...), rechazándose con ello el argumento de que los medios utilizados no eran los idóneos para el fin imputado por la Administración Tributaria.

II- En relación con la inexistencia de verdadero beneficio, o de beneficio real y su consideración como plusvalía meramente contable, que el actor pretende justificar con el dictamen pericial contable de dos profesores de dicha disciplina en modo alguno puede ser aceptada por esta Sala, apreciada dicha prueba con arreglo a las reglas de la sana crítica. En primer lugar, porque la propia entidad D... contabilizó y declaró el incremento patrimonial de la venta de las acciones de C...en el documento de ingreso y de devolución por declaración anual sobre la base del cómputo del coste medio de adquisición (art. 83 del RD 2384/1981). En segundo lugar, porque la alegación de que las 1.776.828 acciones vendidas han de imputarse al paquete de 1.756.334 adquirido en 1990 y las otras 20.494 acciones restantes al paquete histórico carece de una mínima lógica y consistencia jurídica, pues no existe constancia alguna en autos de que el denominado paquete histórico (que la actora considera como inmovilizado) y el paquete adquirido (que lo concibe como activo circulante con destino a la inversión en corto plazo) tengan una naturaleza diferente en cuanto al valor nominal o derechos inherentes, pues ambos paquetes están constituidos por acciones homogéneas en el sentido del art.74 del RD 2631/1982 de 15 de octubre o art.84.4 de RD 2384/81 , por tener el mismo valor nominal y derechos inherentes, siendo así que tal afectación al fin inversor que alegan los peritos contables y la consiguiente vulneración de los principios contables de prudencia y precio de adquisición invocados no se apoya en dato alguno que lo avale que no sea la mera y subjetiva apreciación pericial. A este respecto no puede olvidarse que conforme al art.17.1 del Real Decreto 116/1992 de 14 de febrero a efectos de valoración de las acciones éstas tienen carácter fungible, lo cual justificaría la regla del prorrateo utilizado por la Administración demandada. En consecuencia, queda acreditado que el beneficio real de las operaciones no fue de 2.096,23 millones de ptas como alega el actor, sino de 8.225 millones de ptas una vez descontados los gastos financieros".

"Por consiguiente, el incremento patrimonial producido por la venta de las acciones de C...es una verdadera realidad; así fue contabilizado por D...y su determinación deriva por un lado, la aplicación del coste medio de adquisición e importe real efectivamente percibido (art. 20.8.13 de la Ley 44/78 del IRPF); y respecto de la enajenación de las acciones de D... el citado valor no se ajustaba al de mercado como era exigible. Y aún cuando se ajustase al mayor valor de cualquiera de los dos alegados (teórico resultante del último balance aprobado o el que resulte de la capitalización al tipo del 8% del promedio de los beneficios de los tres ejercicios sociales cerrados con anterioridad a la fecha de devengo del impuesto conforme a lo dispuesto en el art.20.8.b de la ley 44/78 citada) lo cierto es que no tenía en cuenta la plusvalía adquirida por D... por la venta de acciones de C...".

"III- La actuación del actor no puede ampararse por otro lado, en la denominada economía de opción, en virtud de cual los contribuyentes pueden utilizar las vías jurídicas amparadas por la ley para conseguir un resultado efectivamente querido y buscado con el menor coste fiscal posible, basándose por tanto, en la autonomía de la voluntad y en la libertad de contratación (STS 2.11.2002). Y en este sentido mal puede hablarse de economía de opción cuando para perseguir un fin fiscal se utilizan formas jurídicas insólitas en detrimento de la Hacienda Pública. Y esa así que para realizar tal operación no contrató el actor ni su familia con terceros, sino que utilizando sociedades interpuestas participadas por la familia S...previamente adquiridas con fines fiscales -que además financiaba a los compradores de las acciones vendidas pertenecientes a D...- la operación no salía de su círculo o esfera jurídica de intereses obteniendo con las sociedades adquiridas un beneficio mayor que el coste de las inversiones. En consecuencia, era obligado el levantamiento del velo del conjunto de las sociedades interpuestas que han participado en la operación, pues fácilmente se comprueba que ha existido un abuso de la citada personalidad jurídica. Y es así que, en aplicación de dicha doctrina, y penetrando en el sustrato personal de dichas entidades, como exige una clara jurisprudencia tanto de la Sala 1ª como 3ª del Tribunal Supremo (STS de 28.5.1984 , 24.12.1988 , 2.4.1990 , 5.6.1990 , 26.5.1994 , 31.10.1996 , 24.9.1999)- cuya doctrina responde a la idea de considerar que en la fase de liquidación se pueden imputar los rendimientos producidos al verdadero sujeto pasivo- se trata de evitar un abuso de derecho o ejercicio antisocial del mismo, debiéndose comprobar



quienes son los adquirentes de las acciones a fecha 31.12.1991: la familia S... a través de S... Y S'..., estando detrás de éstas dos últimas, las sociedades D... y L..., participadas también por dicha familia, siendo todos ellos datos que la actora no ha desvirtuado frente a lo que se deduce de los anexos que constan en el expediente administrativo".

"Por tanto, mal puede hablarse de economía de opción cuando la opción o alternativa a contratar con personas jurídicas interpuestas era hacerlo precisamente con personas físicas o jurídicas reales, independientes de la familia S..., no con sociedades vinculadas a dicha familia que actuaban sin realizar actividad empresarial alguna y de forma instrumental a los fines de dicha familia. De haber actuado así, se hubiese justificado la legitimidad de la opción de comprar y vender acciones de una sociedad dentro del mismo ejercicio fiscal. Y no se olvide que como ha tenido ocasión de proclamar esta Sala el reconocimiento legal de ventajas fiscales responde a la idea de incentivar la actividad empresarial, no de perseguir fines especulativos carentes de rendimiento productivo alguno (SAN de 16.10.2003 , por todas)".

"En cualquier caso, el citado levantamiento del velo, efectuado con prudencia, como exige la Jurisprudencia (STS de 31.10.1996), no es incompatible con el recurso al fraude de ley, o al empleo de la figura de los negocios jurídicos anómalos, habiéndose manifestado aquélla por su compatibilidad (STS de 19.4.2003), considerándose en esta sentencia incluso que el levantamiento del velo no requiere un acto específico de derivación de la deuda".

"IV- En cuanto a las objeciones impuestas a la aplicación de la norma de cobertura y de elusión, han de ser igualmente rechazadas. Ni puede admitirse que la norma de cobertura no puede ser tributaria -pues ello no lo exige el art. 24 LGT - ni puede objetarse que la norma de cobertura y de elusión sean las mismas, toda vez que entre las tenidas en cuenta por la resolución impugnada, aunque se hallan íntimamente relacionadas existe una diferencia: conforme a lo dispuesto en el art. 34 del RD 2384/81 los socios de D..., personas físicas, pretendían no serlo formalmente a fecha 31-12-90, lo que se ha conseguido mediante el ejercicio de la facultad de libre contratación que prevé el art. 1255 C.C . Y ello se ha pretendido realizar con la finalidad de ponerse a cubierto de lo dispuesto en el art. 12.2 ley 44/78 , norma de elusión, la cual establece la obligación de imputación de las bases imponibles positivas obtenidas, sin indicar el momento concreto, a los socios de las sociedades en régimen de transparencia fiscal. Mas ello no quiere decir que dichos preceptos indicados sean contradictorios ni que un precepto reglamentario pretenda eludir el contenido de un precepto de carácter legal, pues el citado art. 34 del RD 2384/81 se encarga de fijar el momento concreto en que tiene lugar la imputación de las citadas bases imponibles positivas conforme al citado precepto legal: el cierre del ejercicio".

"Y en cuanto a las normas de valoración invocadas por la Administración (art. 28.2.b) de la ley 44/78) aunque admitamos que las mismas no pueden actuar como normas de cobertura de un fraude de ley, lo cierto es que la omisión de un incremento patrimonial declarado como activo de dicha sociedad en la venta de sus acciones sí revela una intención fraudulenta cuando se hace con el propósito de ocultarlo a la Hacienda Pública al socaire de una valoración que no se ajusta a la realidad económica y contable de dicha sociedad".

"No obstante, puede aceptarse que los arts. 18 y 23.2 de la ley 61/78 del Impuesto de la Renta de Sociedades - con independencia de si se le aplica o no a sociedades con actividad real-, en cuanto regulan la compensación de las bases imponibles positivas y la aplicación de los tipos reducidos del 1% para las sociedades de inversión mobiliaria, si bien no pueden entenderse estrictamente como normas de cobertura es evidente que han formado parte de la técnica operativa llevada a cabo para conseguir la captación del crédito fiscal ejercitable frente a la Administración tributaria".

"Sin embargo, debe quedar constancia en autos de que la mencionada técnica descrita en el fundamento jurídico segundo ha respondido a la idea clara de colocar a los socios de la familia S... al final del ejercicio fiscal 31-12-90, y conforme al art. 34,1 del RD 2384/81 fuera del concepto de socios de D..., a los cuales ha de imputarse las bases imponibles positivas obtenidas por la venta de las acciones de C..., conforme al art. 12.2 de la ley 44/78 , para lo cual se han obtenido los créditos fiscales correspondientes (adquisición de sociedades instrumentales con bases imponibles negativas y de tributación mínima), mediante la financiación y dominio jurídico de la operación por parte de la familia Serratos, y eludiendo con ello una tributación que hubiese alcanzado el 56% de la base imponible".

"V.- Por otro lado, el equivalente al hecho imponible conseguido a través de la técnica defraudatoria no viene dado por la mera imputación de las bases imponibles de sociedad transparentes, que a la fecha de tales operaciones y bajo el contexto de la Ley 44/78 y a diferencia del art. 5.4.e) de la ley 18/91 de 6 de junio del IRPF , no formaba parte del hecho imponible, sino por la percepción de una renta por parte de los socios de D... que a través de sociedades participadas por la familia S... ha quedado bajo la titularidad de aquéllas formalmente, pero bajo el dominio y disponibilidad de dichos socios, y ello a los efectos del art.3 de la ley 44/1978 ".

"En consecuencia, no obstante el notable y elogiado esfuerzo intelectual de la defensa del actor en acreditar la inexistencia de fraude de ley, hemos de reconocer que ha existido fraude de ley y no simulación, aún cuando



admitamos que en casos semejantes, la doctrina de esta Sala ha sido más proclive a predicar la existencia de un negocio simulado cuando se ha utilizado una entidad interpuesta para dar cabida a operaciones jurídicas que perseguían un detrimento para la Hacienda Pública y un beneficio para los contribuyentes (Así SAN de 19.2.2004 , 4.3.2004 , 1.4.2004 , 8.7.2004 , 23.9.2004 , 20.1.2005); aunque tampoco puede obviarse que la doctrina civilista y tributarista han venido admitiendo que las fronteras entre el negocio simulado, fraudulento e indirecto son difusas, debiéndose estar a las circunstancias del caso concreto. Y es así que en el presente caso, no puede obviarse que la pluralidad de los negocios jurídicos realizados, concebidos unitariamente han sido directamente queridos por los socios del **grupo** familiar sin crear apariencia comercial alguna en virtud de un acuerdo simulatorio".

"Por otro lado, no aceptamos que el fraude de ley declarado produce los efectos de la inexistencia del negocio de cobertura: la norma de cobertura permite conseguir que quien no sea socio a 31 de diciembre no tenga que declarar un incremento de patrimonio. Pero levantando el velo de la persona jurídica interpuesta apreciamos que quien vendió las acciones de D... a fecha 24-12-90 lo sigue siendo de forma material, aunque indirecta, a fecha 31-12-90, por lo que debe declarar ese incremento de patrimonio, que es el objeto y efecto pretendido por la norma jurídica eludida. Y en este sentido tampoco puede aceptarse que no exista un eslabón o línea de continuidad en la resolución impugnada a la hora de considerar quién es socio a fecha 24-12-90, 31-12-90 o 1-1-91, pues la Administración Tributaria parte de la base, y esto no se ha desvirtuado en autos, que más allá de la titularidad formal de dichas acciones- y no estamos hablando de negocios simulados- en fecha 24-12-90 la Familia S... contrató consigo misma, por lo que no ha perdido la titularidad de dichas acciones ni a fecha 31-12-90 ni a fecha 1-1-91. Y a este respecto no puede invocarse que la compraventa de acciones no es contraria a derecho, pues ello constituye una afirmación orientada a desconocer que lo que sí repudia el Ordenamiento jurídico tributario es el abuso de la personalidad jurídica para encubrir un enriquecimiento patrimonial a través del uso de técnicas jurídicas insólitas o inusuales".

"Tampoco puede decirse que haya habido extensión analógica del hecho imponible. El recurso al expediente del fraude de ley, acreditada la concurrencia de los requisitos de aplicación, no supone extensión del hecho imponible, tal como lo indica el propio art. 24 de la LGT, siendo claro y diáfano el mandato previsto en el art.12.2 de la ley 44/78 en el sentido de que quien es verdadero socio, desentrañando los entresijos de las personas jurídicas interpuestas, debe declarar el incremento patrimonial producido".

"Y tampoco cabe hablar de incongruencia en la actuación de la Administración: la venta de las acciones de D... ha sido reconocida como tal porque existía voluntad de enajenar. Otra cosa es que no se acepte la liquidación porque no se haya computado la plusvalía producida por la venta del paquete de acciones de C... En consecuencia, no existe contradicción en admitir la validez del negocio traslativo y considerar al actor socio a los efectos de imputar la base imponible al momento del cierre del ejercicio, pues ello responde a la realidad material existente y que subyace en las personas jurídicas dominadas y participadas por el **grupo** S... que adquirieron las acciones de D...".

"Lo expuesto además, no significa que se haya vulnerado el art. 31 de la CE que consagra el principio de capacidad económica. Lo cierto es que este principio no se respetaría si manifestada una capacidad económica por la obtención de una renta la utilización de formas jurídicas insólitas para evitar su declaración que impidiesen la generación de la deuda tributaria a favor de la Administración tributaria. Y ello en línea con la doctrina del Tribunal Constitucional (STC 46/2000 de 17 de febrero), de la que se deduce que las economías de opción que escapan del deber de contribuir del art. 31 de la CE no son deseadas y por tanto amparables en Derecho".

A su vez, el Tribunal Supremo se ha pronunciado sobre el fraude de ley en Sentencia de fecha 22 de marzo de 2012 -rec. casa num. 2293/2008 -, entre otras, en los siguientes términos:

«El art. 6.4 del Código Civil define el fraude de ley como «los actos realizados al amparo del texto de una norma que persigan un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico o contrario a él», añadiendo el art. 7.2 que «la Ley no ampara el abuso del derecho o el ejercicio antisocial del mismo».

La Sentencia de 24 de noviembre de 2011 (rec. cas. núm. 1231/2008), señala que «...la Sentencia de esta Sala de 29 de enero de 2004 (recurso 1160/01 ha declarado: "el fraude de ley es una forma de "ilícito atípico", en la que asimismo se busca crear una apariencia, que aquí es la de conformidad del acto con una norma ("de cobertura"), para hacer que pueda pasar desapercibida la colisión del mismo con otra u otras normas defraudadas que, por su carácter imperativo, tendrían que haber sido observadas. "El negocio fraudulento --como señaló la Sala en la SAN de 20 de abril de 2002 --, como concreción de la doctrina de Ley a que alude el artículo 6.4 del Código Civil , supone la existencia de un negocio jurídico utilizado por las partes buscando la cobertura o amparándose en la norma que regula tal negocio y protege el resultado normal del mismo (ley de cobertura) con el propósito de conseguir, no tanto ese fin normal del negocio jurídico elegido, como oblicuamente un resultado o fin ulterior distinto que persigue una norma imperativa (ley defraudada)» (FD Tercero).



El fraude de Ley es una forma de «ilícito atípico», en la que se busca crear una apariencia, que aquí es la de conformidad del acto con una norma (de cobertura), para hacer que pueda pasar desapercibida la colisión del mismo con otra u otras normas defraudadas que, por su carácter imperativo, tendrían que haber sido observadas. Así lo establece la STC 120/2005, de 10 de mayo, que dice:

«La premisa principal de la que arranca todo el razonamiento esgrimido por el demandante de amparo al efecto de fundamentar este motivo es la siguiente: del art. 24 de la Ley 230/1963, general tributaria (LGT), se desprende que el fraude de ley tributaria es un hecho que no da lugar a la imposición de una sanción administrativa, sino que, una vez declarado, sus efectos se ciñen a imponer la aplicación de la norma eludida y, en consecuencia, el pago del tributo que, a través de la llamada norma de cobertura, se pretendía evitar, con sus correspondientes intereses por mora. De ello deduce, como consecuencia inmediata, que no siendo sancionable dicho comportamiento en vía administrativa, tampoco podría serlo en vía penal como delito contra la hacienda pública, por lo que la Sentencia dictada en apelación habría incurrido en una aplicación extensiva de dicho tipo penal que resultaría contraria a las exigencias derivadas del derecho reconocido en el art. 25.1 CE. - Ha de convenirse con el recurrente en la primera parte de su razonamiento, a la vista de que el art. 24.3 LGT, en la versión vigente tras las modificaciones introducidas en dicha normativa por la Ley 25/1995, de 20 de julio, disponía que "en las liquidaciones que se realicen como resultado del expediente especial de fraude de ley se aplicará la norma tributaria eludida y se liquidarán los intereses de demora que correspondan, sin que a estos solos efectos proceda la imposición de sanciones". Es cierto que, en el momento en que tuvieron lugar los hechos (1990-1991), aún no estaba en vigor el referido texto introducido por la Ley 25/1995, pero ello no obsta para que pueda considerarse de aplicación en este caso, dada su naturaleza de ley posterior más favorable en materia sancionadora. Conviene además señalar que en dicho precepto se exigía que "para declarar que existe fraude de ley será necesario un expediente especial en el que se aporte por la Administración la prueba correspondiente y se dé audiencia al interesado", lo que no consta que sucediera en el supuesto de autos habida cuenta de que la acusación formulada por la Administración tributaria lo fue en todo momento por negocio simulado y no por fraude de ley. - Más discutible resulta la segunda parte del razonamiento esgrimido por el actor, en el sentido de que la falta de configuración legal del fraude de ley tributaria como ilícito administrativo-tributario impediría su consideración como ilícito penal. Según señalan tanto el Abogado del Estado como el Ministerio Fiscal esa atipicidad administrativa del indicado comportamiento obviamente significaba -y todavía significa puesto que el art. 15.3 de la nueva Ley 58/2003, de 17 de diciembre, general tributaria, excluye asimismo la posibilidad de imponer sanciones en los supuestos ahora calificados como conflictos en la aplicación de la norma tributaria-, que la Administración no estaba autorizada a sancionar en tales casos, pero no que no lo estuvieran los órganos de la jurisdicción penal cuando pudieran estimarse concurrentes todos y cada uno de los elementos típicos que configuran la conducta punible a título de delito fiscal» (FD 3). - «Una vez concluido que, en contra de lo que sostiene el demandante de amparo, no existe una relación de consecuencia necesaria entre la atipicidad administrativa del fraude de ley tributaria y su atipicidad penal, lo que a continuación se ha de determinar es si la propia figura del fraude de ley excluye, como también se sugiere en la demanda, la posibilidad de apreciar la concurrencia de determinados elementos típicos integrantes del delito contra la hacienda pública actualmente penado en el art. 305.1 CP. - (...) Sentado lo anterior, procede asimismo señalar que el concepto de fraude de ley (tributaria o de otra naturaleza) nada tiene que ver con los conceptos de fraude o de defraudación propios del Derecho penal ni, en consecuencia, con los de simulación o engaño que les son característicos. La utilización del término "fraude" como acompañante a la expresión "de Ley" acaso pueda inducir al error de confundirlos, pero en puridad de términos se trata de nociones esencialmente diversas. En el fraude de Ley (tributaria o no) no hay ocultación fáctica sino aprovechamiento de la existencia de un medio jurídico más favorable (norma de cobertura) previsto para el logro de un fin diverso, al efecto de evitar la aplicación de otro menos favorable (norma principal). Por lo que se refiere en concreto al fraude de Ley tributaria, semejante "rodeo" o "contorneo" legal se traduce en la realización de un comportamiento que persigue alcanzar el objetivo de disminuir la carga fiscal del contribuyente aprovechando las vías ofrecidas por las propias normas tributarias, si bien utilizadas de una forma que no se corresponde con su espíritu. De manera que no existe simulación o falseamiento alguno de la base imponible, sino que, muy al contrario, la actuación llevada a cabo es transparente, por más que pueda calificarse de estratagema tendente a la reducción de la carga fiscal; y tampoco puede hablarse de una actuación que suponga una violación directa del ordenamiento jurídico que, por ello mismo, hubiera que calificar per se de infracción tributaria o de delito fiscal. Por ello mismo, la consecuencia que el art. 6.4 del Código civil contempla para el supuesto de actos realizados en fraude de Ley es, simplemente, la aplicación a los mismos de la norma indebidamente relegada por medio de la creación artificiosa de una situación que encaja en la llamada "norma de cobertura"; o, dicho de otra manera, la vuelta a la normalidad jurídica, sin las ulteriores consecuencias sancionadoras que generalmente habrían de derivarse de una actuación ilegal.- (...)» (FD 4).- «(...) Ni en una ni en otra Sentencia se consideró, por consiguiente, acreditada la existencia, pretendida en todo momento por las acusaciones, de negocio simulado alguno, ni, por lo tanto, de engaño u ocultación maliciosa de cualquier género por parte de los acusados. Ello no obstante la Sentencia de apelación apreció que "la entrada de Pinyer en la



sociedad Cajun podía suponer un fraude de ley por aplicación de la normativa referente a la transparencia fiscal y de compensación de pérdidas en la base imponible del impuesto de sociedades", al haberse derivado la mayor parte de la cuota tributaria por razón de plusvalías, que correspondía satisfacer a los anteriores socios de Cajun, a ese nuevo socio, representado por el demandante de amparo que, al tener una importante cantidad de pérdidas reconocidas, hizo prácticamente desaparecer dicha cuota tributaria reduciéndola significativamente. - (...)-La evidente merma de los ingresos a la hacienda pública que determinó la actuación conjuntamente emprendida por el recurrente y por sus socios y coencausados no era, sin embargo, como parece latir en el fondo de la Sentencia recurrida, requisito suficiente para considerar cometido el delito descrito en el art. 349 del Código penal de 1973. Junto a ese resultado perjudicial para los legítimos intereses recaudatorios del Estado había de darse el elemento subjetivo característico de toda defraudación, esto es, un ánimo específico de ocasionar el perjuicio típico mediante una acción u omisión dolosa directamente encaminada a ello, elementos ambos que, si bien encajan perfectamente con la presencia de un negocio simulado dirigido a ocultar el hecho imponible, no se acompañan sin embargo con la figura del fraude de ley tributaria como medio comisivo del referido delito, lo que parece reconocerse en la propia Sentencia recurrida al tener que acompañar a dicho fundamento de la afirmación, desmentida por la Sentencia de instancia y contradictoria con la confirmación por la Sentencia de apelación de la inexistencia de simulación u ocultación alguna, de que el recurrente había procedido a una "ocultación maliciosa de la auténtica base imponible". La utilización de dicha figura para fundamentar la condena del demandante de amparo como autor responsable de un delito contra la hacienda pública ha de considerarse en consecuencia -como ya afirmamos en la precitada STC 75/1984, de 27 de junio - una aplicación analógica del tipo penal contemplado en el art. 349 del Código penal de 1973 que, como tal, resulta lesiva del derecho a la legalidad penal reconocido en el art. 25.1 CE » (FD 5).

También analiza la cuestión la Sentencia de 6 de mayo de 2010 (rec. cas. núm. 7524/2005), que expone la nueva regulación del art. 15 de la Ley General Tributaria de 2003 :

«5. Podemos también traer a colación la nueva regulación de la LGT de 2003 sobre la figura del fraude de ley, actualmente denominada "conflicto en la aplicación de la norma", en la medida en que la misma recoge la doctrina jurisprudencial anteriormente existente sobre la materia, centrada en el abuso de las formas jurídicas, así como la realidad social del momento, de interés a efectos de interpretación de la norma anterior (art. 3.1 CC) ».

Y la Sentencia de 29 de abril de 2010 (rec. cas. núm. 100/2005) examina la intencionalidad recogiendo que «no es necesario que la persona o personas que realicen el acto o actos en fraude de ley tengan la intención o conciencia de burlar la ley, ni consiguientemente prueba de la misma, porque el fin último de la doctrina del fraude de ley es la defensa del cumplimiento de las leyes, no la represión del concierto o intención maliciosa» (Sentencia de 13 de junio de 1959). Por consiguiente, «debe probarse la intención de eludir el impuesto, pero nada exige que se haga un juicio de intenciones del actor, tratando de penetrar en la conciencia de quien, en su proceder, se ajusta formalmente a una conducta de impecable textura legal. Se puede y se debe pretender probar que el camino elegido para alcanzar el resultado económico que se obtiene es, pese a su legalidad, artificioso, y de ahí deducir que se pretendía eludir el impuesto». En fin, «la intencionalidad no debe considerarse requisito necesario del fraude puesto que ésta deberá exigirse y probarse para la imposición de sanciones, pero no para conseguir que se aplique la norma eludida que es la finalidad de la regulación del fraude de ley, y a esa finalidad debe llegarse con independencia de la intencionalidad o propósito del agente». De lo expuesto «se deduce la existencia del propósito de eludir el impuesto por parte de los obligados tributarios obteniendo un ahorro fiscal como consecuencia de las operaciones realizadas en fraude de ley» (FD Quinto).

Por su parte, la Sentencia de 25 de marzo de 2010 (rec. cas. núm. 2559/2006) señala que «[s]e considera probada la intención elusiva, esto es, que "la causa que ha guiado la realización de todas las operaciones y negocios realizados ha sido exclusivamente de índole fiscal, al objeto de obtener un crédito de tal clase que permitiese obtener una tributación notoriamente más baja que la legal y ordinariamente previsible", poniéndose de relieve que no se ha alegado causa suficiente que justifique el conjunto de operaciones, calificadas de "insólitas e inusuales" en muy corto espacio de tiempo y "antes de que finalice el ejercicio fiscal» (FD Quinto).

En igual sentido cabe destacar las Sentencias de 25 de febrero de 2010 (rec. cas. núm. 4820/2006) y 1 de octubre de 2009 (rec. cas. núm. 2535/2003), exponiendo esta última:

«El fraude de Ley es una forma de "ilícito atípico", en la que asimismo se busca crear una apariencia, que aquí es la de conformidad del acto con una norma ("de cobertura"), para hacer que pueda pasar desapercibida la colisión del mismo con otra u otras normas defraudadas que, por su carácter imperativo, tendrían que haber sido observadas. El negocio fraudulento, como señaló la Sala en la sentencia de 20 de abril de 2002, como concreción del artículo 6.4 del Código Civil, supone la existencia de un negocio jurídico utilizado por las partes buscando la cobertura o amparándose en la norma que regula tal negocio y protege el resultado normal del mismo (Ley de cobertura) con el propósito de conseguir, no tanto ese fin normal del negocio jurídico elegido, como oblicuamente un resultado o fin ulterior distinto y contrario a una norma imperativa (Ley defraudada)» (FD Sexto).



A lo expuesto se añade lo expuesto por el Alto Tribunal, en Sentencia de 20 de septiembre de 2012 -rec. cas. 6231/2009 -, en la que se declara:

"Como ha puesto de relieve la doctrina actual más autorizada, en muchas ocasiones, las posibilidades de actuación (planificación fiscal) tienen origen en ciertas lagunas legales, que son aprovechadas de forma sibilina por el contribuyente "eludiendo" o "reduciendo" considerablemente la carga tributaria. Estas operaciones ciertamente complejas de "ingeniería fiscal" que aprovechan el "resquicio" que deja la Ley presentan contornos ciertamente confusos por la dificultad de distinguir en la práctica entre negocios jurídicos "válidos", a través de las que se conocen comúnmente como "economías de opción", de otro tipo de negocios jurídicos que podríamos llamar "anómalos", o con abuso de derecho (tax avoidance empleando la terminología anglosajona). Estos últimos a su vez podrían ser de dos tipos:

A.- El conflicto en la aplicación de la norma tributaria (fraude de ley bajo la vigencia de la Ley anterior) caracterizado porque a través de una conducta artificiosa pero con apariencia de legalidad se "elude" la realización del hecho imponible; la esencia de la elusión fiscal es que no se produce vulneración directa de norma alguna y tiene sus límites con la planificación fiscal lícita.

Lo que integra el fraude es una conducta que en apariencia es conforme a una norma ("norma de cobertura") pero que produce un resultado contrario a otra u otras o al orden jurídico en su conjunto (norma defraudada). Y ambas conductas (en fraude de ley o en simulación) quedan claramente delimitadas de las denominadas economías de opción. En el fraude de ley no hay ocultación fáctica sino aprovechamiento de la existencia de un medio jurídico más favorable (norma de cobertura) previsto para el logro de un fin diverso, al efecto de evitar la aplicación de otro menos favorable (norma principal) y ello con el objeto de disminuir la carga tributaria.

B.- La simulación o conducta engañosa que de forma indirecta "evade" la norma tributaria. La simulación a diferencia del "conflicto" se caracteriza porque las partes quieren un fin distinto de la causa típica del negocio. En la simulación se "evade" la norma, mientras que en el "conflicto", no existe "evasión" sino "elusión" del precepto aplicable. En efecto, en el fraude a la ley tributaria, se intenta "eludir" la realización del presupuesto de hecho de la imposición, poniendo en práctica otros hechos que permiten la consecución de análogo resultado económico.

Vendría a suponer "la consecución de un resultado económico por medios jurídicos distintos a los normales, medios jurídicos que natural y primariamente tienden al logro de fines diversos, que no están gravados o lo están en medida más reducida que aquellos medios normales o usuales".

La evasión, frente a la elusión fiscal, se caracteriza por concurrir una violación de la obligación tributaria, caracterizada por una particular intensidad del dolo, mientras que la elusión ha sido identificada "como aquel proceder que sin infringir el texto de la ley, procura el alivio tributario mediante la utilización de estructuras jurídicas atípicas o anómalas". Este Tribunal Supremo ha declarado fraude de ley determinadas conductas realizadas con un motivo propia mente fiscal, v.gr. en relación con la aplicación forzada del régimen ya derogado de sociedades transparentes (SSTS de 25 de marzo de 2010).

En la elusión fiscal no se infringe la ley tributaria sino que se soslaya su aplicación; en la evasión fiscal se vulnera directamente, normalmente mediante ocultación, dicha opción; y en la economía de opción se elige lícitamente entre diversas alternativas jurídicas en función de su menor carga fiscal.

En el fraude de ley nada se oculta a la Administración; las relaciones o las situaciones que se crean son artificiosas pero están a la vista. En la evasión fiscal, por el contrario, lo esencial es precisamente el engaño consistente en mantener oculta para el Fisco la riqueza imponible (el hecho imponible o la base), para, de esta manera, escapar al pago del tributo".

SEXTO . La adecuada solución de la cuestión controvertida hace necesario recordar los hechos a partir de los cuales la AEAT considera producido el fraude de ley, que aparecen recogidos tanto en la resolución de 7 de mayo de 2007 que declara la existencia de fraude de ley en relación con el obligado tributario **ACCENTURE HOLDINGS IBERIA SL**, por el concepto de Impuesto sobre Sociedades, ejercicios comprendidos entre el 21 de agosto de 2003 y el 31 de agosto de 2005, como en la resolución del Tribunal Económico Administrativo Central ahora recurrida.

A. Entidades intervinientes .

Grupo ACCENTURE: Grupo multinacional, con implantación a nivel mundial, especializada en la prestación de servicios de consultoría de gestión. Servicios Tecnológicos y subcontratación de servicios. Inicialmente estaba formado por sociedades que operaban en distintos países y actúan relacionadas entre sí bajo el control de los socios del Grupo. A partir de 2001 se adopta nueva estructura corporativa. La cabecera mundial del Grupo es **ACCENTURE** Ltd., sociedad holding residente en Bermudas, que resulta de la transformación en marzo de 2001 de la entidad **Accenture** NV, residente en las Antillas Holandesas.

ACCENTURE SL.: Entidad operativa del **Grupo** en España. Constituida en julio de 1989 con la denominación de "Andersen Consulting, SA. Transformada en 1991 en sociedad regular colectiva con la denominación de "E. Andersen y Cía. SRC". Transformada en 1996 en sociedad de responsabilidad limitada. Transformada de nuevo en sociedad anónima en 1998. En el año 2001 transforma su denominación en la de **Accenture SA**, vuelve a transformarse en SL, destacando que en la nueva estructura corporativa implantada a nivel mundial en 2001, los socios de esta entidad aportaron sus participaciones a la entidad luxemburguesa del **grupo, ACCENTURE SCA.**, recibiendo acciones de ésta última.

ACCENTURE HOLDINGS IBERIA SL : Entidad hoy recurrente, sociedad holding residente en España, que se constituyó en 2003 y a la que se traspasó por su socio, **ACCENTURE INTERNATIONAL SARL**, el 100% de **ACCENTURE SL**.

ACCENTURE INTERNATIONAL SARL : Sociedad holding residente en Luxemburgo, filial de la también luxemburguesa **ACCENTURE SCA**, a la que ésta última aporta las acciones de **Accenture SL**, constituye **ACCENTURE HOLDINGS IBERIA SL** y traspasa a esta sociedad las acciones de **Accenture SL.**, a la vez que le presta los fondos para ello.

B) *Antecedentes a destacar* .

Relativos a la estructura mundial del Grupo:

Hasta que se adopta la nueva estructura corporativa en 2001, el **grupo Accenture** operaba a través de una serie de sociedades limitadas y anónimas en distintos países, que actuaban relacionadas entre sí, bajo el control de los socios del **Grupo**.

En el año 2001 se lleva a cabo una reestructuración del **grupo** a nivel mundial: en marzo de ese año **Accenture NV**, residente en Antillas Holandesas, se transforma en **Accenture Ltd.**, sociedad holding residente en Bermudas, que se convierte en cabecera del **Grupo** mundial, y en julio de ese mismo año sale a cotización en la Bolsa de Nueva York.

Esa reestructuración del **grupo** consistió, básicamente, en que los socios, con carácter general, canjearon la totalidad de sus participaciones y acciones en el capital social de las sociedades del **grupo** de los diversos países en los que el **grupo** estaba implantado, por acciones de **ACCENTURE Ltd**. En el caso de socios de determinados países, por acciones de sociedades participadas directa o indirectamente por ésta. Este fue el caso de los socios de la entidad española, **ACCENTURE SL**, cuyas participaciones fueron adquiridas por **ACCENTURE SCA**. Esta es una sociedad comanditaria por acciones domiciliada en Luxemburgo, participada por **ACCENTURE Ltd.**, cuya actividad es la propia de las sociedades holding, si bien no cuenta con consejo de administración o comité de dirección. Así, los socios españoles de **ACCENTURE SL** aportaron en mayo de 2001 todas sus participaciones en el capital social de esta sociedad (en total 34.950.837 participaciones) **ACCENTURE SCA**, recibiendo a cambio acciones de esta última. Para esta operación, **ACCENTURE SL** se valora en 43.688.546,25 euros, según se desprende del apartado (b) "The Spanish contribution" de la escritura de ampliación de capital de **Accenture S.C.A.**, de 25 de mayo de 2001.

Días después de esta operación de canje de valores, el 30 de mayo de 2001, **ACCENTURE SCA**, en una operación de ampliación de capital, aporta, junto a otras participaciones y acciones de empresas del **grupo**, todas las participaciones de **ACCENTURE SL** de las que es titular a su filial luxemburguesa **ACCENTURE INTERNATIONAL SARL**, pasando esta entidad a ser el socio único de **ACCENTURE SL**. Las participaciones de **ACCENTURE SL** se valoran en esta operación en 348 millones de euros.

Esta última entidad, **ACCENTURE INTERNATIONAL SARL**, tiene como titular a **ACCENTURE SCA** y, como titular última a **ACCENTURE Ltd**.

Concluida esta reorganización en relación con su transformación en una estructura corporativa, **ACCENTURE** contabiliza en el ejercicio fiscal 2001 el saldo de las obligaciones surgidas de la misma. Este saldo de obligaciones por reorganización pasa a los ejercicios posteriores, computándose en cada ejercicio el saldo al inicio y al final del mismo, según nota 2 a los Estados financieros consolidados de **Accenture SCA**.

Relativos a la configuración del Grupo en España:

Antes de la constitución de **ACCENTURE HOLDINGS IBERIA SL**, las sociedades del **grupo ACCENTURE** en España estaban participadas por **ACCENTURE SL**, principal sociedad operativa del **grupo** por volumen de negocio y que consolidaba mercantilmente en los ejercicios finalizados el 31 de agosto de 2002 y 2003 y fiscalmente como sociedad dominante en el **grupo** fiscal 243/02 en el ejercicio comprendido entre el 1 de septiembre de 2002 y el 31 de agosto de 2003.

Este **Grupo** fiscal 243/02 estaba formado por las siguientes sociedades, como dominadas:



-ALNOVA TECHNOLOGIES CORPORATION SL.

-CORITEL SA.

-BUSINESS PROCESS MANAGEMENT SA.

Este esquema varía a resultas de las operaciones que son objeto del presente expediente y que determina que ese **grupo** fiscal se sustituya por otro cuya dominante es la nueva holding constituida.

C) *Conjunto de operaciones articuladas* :

Se detallan a continuación las sucesivas transacciones en relación con la entidad operativa española, así como, paralelamente, el endeudamiento generado en la entidad hoy recurrente para llevarlas a cabo y los ajustes de valoración efectuados, todo ello a partir de 2003.

C.1) Constitución de **ACCENTURE HOLDINGS IBERIA SL** (AHI).

Como se desprende de la escritura de constitución de 21 de agosto de 2003 y Estatutos, esta entidad se constituye como sociedad de responsabilidad limitada, unipersonal, con un capital de 3.200 euros, que suscribe íntegramente la fundadora, **ACCENTURE INTERNATIONAL SARL**, y que se desembolsa en efectivo (320.000 participaciones de 1 céntimo de valor nominal).

Dicho único socio, **ACCENTURE INTERNATIONAL SARL**, está domiciliada en Luxemburgo, y a su vez participada al 100% por la también luxemburguesa **ACCENTURE SCA**. El titular último de la inversión, a tenor del modelo D-1A presentado ante el Ministerio de Economía, es **Accenture Ltd**.

El objeto social de **ACCENTURE HOLDINGS IBERIA SL** es la tenencia, administración y gestión de títulos y acciones o cualquier forma de representación de participaciones en el capital de entidades no residentes y adicionalmente de residentes, así como la prestación de servicios financieros tales como la gestión y colocación de recursos propios y otros a las entidades participadas y otras vinculadas.

Inmediatamente después (seis días después de su constitución) y mediante dos operaciones sucesivas de ampliación de capital y compraventa, **ACCENTURE HOLDINGS IBERIA SL** adquiere de su socio único la titularidad del 100% de las participaciones en el capital social de **ACCENTURE SL** y del 90% de las de **ACCENTURE CONSULTORES DE GESTAO SA**. Estas operaciones son las que a continuación se describen:

C.2) Ampliación de capital con Prima de Emisión.

El 27 de agosto de 2003, **ACCENTURE HOLDINGS IBERIA SL** amplía capital en la cantidad de 3.000 euros, quedando fijado en 6.200 euros, mediante la creación de 300.000 participaciones de 1 cts. de euro de valor nominal, íntegramente asumidas y desembolsadas por el socio único. Estas nuevas participaciones se crean con una prima de emisión de 866,6566 euros por participación, lo que suma 259.997.000 euros de prima de asunción total. El contravalor de las nuevas participaciones asumidas por **Accenture Int. Sarl** junto con la referida prima de asunción, consiste en la aportación no dineraria de los siguientes activos de los cuales el socio único es propietario:

2.822.117 participaciones de **ACCENTURE SL** (representan el 8,07% del total del capital). Dado que le corresponden 75.000 participaciones emitidas (con la prima de asunción de 866,6566, lo que suma 64.999.250 euros de prima), se valora esta aportación en 64.999.320 euros (23,0321 euros por participación).

1.799.996 acciones de **ACCENTURE CONSULTORES DE GESTAO SA**. Dado que le corresponden 225.000 participaciones emitidas (con la prima de asunción de 866,6566, lo que suma 194.997.750 euros de prima), se valora esta aportación en 194.997.975 euros (108.3324 euros por acción).

Esta aportación de las acciones de la sociedad portuguesa se realiza al amparo del régimen especial de fusiones, escisiones y aportaciones de activos y canjes del Capítulo VIII, del Título VIII de la Ley 43/1995, del IS.

C.3) Compraventa con pago aplazado.

Al día siguiente de la ampliación de capital, es decir, el 28 de agosto de 2003, **ACCENTURE HOLDINGS IBERIA SL** compra a su socio único **ACCENTURE INTERNATIONAL SARL**, 32.128.720 participaciones de **ACCENTURE SL** (el 91,93% restante de su capital social) por el precio de 740 millones de euros (23,0323 euros por participación).

Esta compra se financió por la misma sociedad del **grupo** transmitente de las participaciones, **ACCENTURE INTERNATIONAL SARL**, dejando aplazado en su totalidad el pago del precio pactado, según cláusula segunda de la propia escritura pública de compraventa, en la que se hace constar que la operación se financia con pago aplazado, a devolver en 10 años (27 de agosto de 2013), a interés LIBOR+0,15%, pagaderos los primeros días de cada mes, a cuyos efectos inmediatamente después de la firma de esa escritura el comprador suscribe



carta de reconocimiento de deuda ("promisory note" de 28 de agosto de 2003) a favor del vendedor con estas mismas condiciones.

Según explicación del representante de la propia entidad, en nota explicativa aportada en diligencia nº 2, de 22 de junio de 2006 (pág. 211 a 213 del expte.), la sociedad acreedora cedió parte de la deuda del precio aplazado, por valor de 640 millones de euros, a una sucursal que tiene en Suiza denominada **ACCENTURE** SARL Schaffhausen Finance Branch, "por lo que los intereses se han hecho efectivos, por una parte a la sociedad luxemburguesa directamente (los correspondientes a la parte de 100 millones de euros) y por otra a la sucursal suiza (por los 640 millones restantes)".

Posteriormente, una parte de la deuda con **ACCENTURE** INTERNATIONAL SARL por valor de 480 millones de euros, se reconvierte en préstamo participativo, según documento formalizado el 25 de agosto de 2005 entre la citada entidad, a través de su sucursal suiza y **ACCENTURE** HOLDINGS IBERIA SL.

En resumen, el resultado final de estas dos operaciones de ampliación de capital y compraventa de valores es la adquisición por **ACCENTURE** HOLDINGS IBERIA SL del 100% de las participaciones de **ACCENTURE** SL (el 8% mediante aportación no dineraria y el restante 92% mediante compraventa a su socio único financiada por este mismo) y el 90% de las de **ACCENTURE** CONSULTORES DE GESTAO SA.

Derivada de la compraventa de las participaciones de **ACCENTURE** SL, la sociedad **ACCENTURE** HOLDINGS IBERIA SL contrae una deuda con la transmitente y socio único por importe de 740 millones de euros, que se descompone en 100 millones con la propia sociedad y 640 millones con su sucursal suiza. Al año siguiente, la deuda se reduce a 260 millones de euros al reconvertirse los 480 millones restantes en un préstamo participativo.

C.4) Ajustes realizados sobre el valor de las participaciones adquiridas.

a) Reconocimiento de un fondo de comercio en agosto de 2004:

Con fecha 31 de agosto de 2004, **ACCENTURE** HOLDINGS IBERIA SL reclasificó el coste de las participaciones en empresas del **grupo**, distribuyéndolo entre coste de la cartera y fondo de comercio. El motivo de esta reclasificación, según manifiesta la propia entidad en el escrito explicativo, fue ajustarse al criterio mantenido por el auditor de la sociedad.

El fondo de comercio se generó por la diferencia existente entre los valores de adquisición de las participaciones de **ACCENTURE** SL y **ACCENTURE** CONSULTORES DE GESTAO SA, que ascienden a 1.000 millones de euros (805 millones y 195 millones respectivamente) y sus valores teóricos contables en el momento de la adquisición (25,7 millones y 10,3 millones), lo que arroja un resultado de 964 millones de euros.

ACCENTURE HOLDINGS IBERIA SL contabiliza en el ejercicio fiscal 2003 (periodo 01/09/03 a 31/08/04) un fondo de comercio de 963.947.869,47 millones de euros, con una dotación a la amortización en el ejercicio de 48.197.393,47 euros. Con este ajuste la participación en empresas del **grupo** queda registrada con un saldo de 36.052.130,53 euros y el inmovilizado inmaterial con un saldo de 915.750.476 euros.

b) Corrección del valor de las participaciones mediante traspaso del fondo de comercio en agosto de 2005.

Un año más tarde, en la Memoria del ejercicio finalizado el 31 de agosto de 2005 se informa sobre una corrección en el valor de las participaciones de **ACCENTURE** SL y de **ACCENTURE** CONSULTORES DE GESTAO SL, aumentándolo. El ajuste consistente en aumentar el valor de las participaciones en 314.402.883 euros, como estaba contabilizado en 36.052.130,53 euros, queda en 350.455.013,5. Como resultado de ello, se elimina el fondo de comercio de 915.750.476 euros con cargo a la prima de emisión (259.997.00 euros) y reconociendo unos resultados negativos de 341.350.593 euros.

Después de este ajuste las participaciones con las entidades del **grupo** quedan registradas con los siguientes valores:

ACCENTURE SL: 348.655.019

ACCENTURE CONSULTORES DE GESTAO SL : 1.799.995

D) Otros datos relevantes :

Respecto a **Accenture** Holdings Iberia .

Otros datos relevantes son:

-No dispone de Inmovilizado material alguno; el inmaterial solo existe en el ejercicio 2003/04, como consecuencia de la contabilización del fondo de comercio, por traspaso de lo que se hallaba contabilizado como inmovilizado financiero en el ejercicio anterior, cerrado a agosto 2003.



-Tiene su domicilio social y fiscal en el de su filial, **Accenture SL.**, en Torre Picasso, Plaza de Pablo Ruiz Picasso, sin nº, Madrid en los ejercicios objeto de análisis.

-El personal está constituido por 9 empleados: 8 profesionales y 1 personal de administración, en el periodo 2003/2004 y 5 profesionales y 4 personal de administración en el 2004/2005.

-Su activo está formado por las participaciones en las Empresas del **Grupo**, exclusivamente, en la española **Accenture SL.** y, en **Accenture** Consultores de Gestao, SA.

Tributación en régimen de consolidación fiscal :

Accenture Holdings Iberia tributó individualmente en el primer período trascurrido tras su constitución, el 21 de agosto de 2003, periodo que concluye el 31 de agosto de ese mismo año.

Pero en los periodos siguientes comprobados (2003/04 y 2004/05), tras el cambio de cierre de periodo impositivo de 31 de agosto e inicio del nuevo el 1 de septiembre de 2003, para ajustarlo al del **Grupo**, tributó en régimen de consolidación, creándose el **Grupo** fiscal 302/03, en el que la entidad dominante es **Accenture** Holdings Iberia y las sociedades dominadas son

-**ACCENTURE** S.L, y las filiales de ésta:

-ALNOVA TECHNOLOGIES CORPORATION S.L,

-CORITEL S.A,

-BUSINESS PROCESS MANAGEMENT S.A

-NET PERSONAS SOLUCIONES INTEGRADAS DE GESTION DE PERSONAS S.L

Desaparece, pues, el **grupo** fiscal existente hasta entonces, 243/02, en el que era sociedad dominante la operativa **ACCENTURE** SL y dominadas, las mismas que se acaban de referir, con la excepción de Net Personas Soluciones integradas, que no estaba en el anterior **grupo** fiscal pues es adquirida por **Accenture** SL (80% de la misma) en 2003.

Cuentas anuales consolidadas mercantilmente :

En la Memoria de las Cuentas anuales de **Accenture** Holdings Iberia, del ejercicio cerrado a 31 de agosto de 2005, se recoge que "no formula cuentas anuales consolidadas porque pertenece a un **grupo** superior residente en la Unión Europea que presenta estados financieros consolidados en los que se incluye al **grupo** del que la sociedad es cabecera en España y cuya matriz es la sociedad de nacionalidad luxemburguesa **ACCENTURE** SCA".

Ello significa que no se han depositado en el Registro Mercantil las cuentas consolidadas en **Accenture** Holdings Iberia, puesto que, aún cuando la Sociedad sea dominante de un **grupo** de sociedades en el sentido del Real Decreto 1815/1991 de 20 de diciembre, por lo que está sometida a la obligación general de formular cuentas anuales consolidadas, se aplica la excepción sobre formulación y depósito de cuentas anuales consolidadas de la sociedad dominante.

La sociedad manifestó, asimismo, que tampoco lleva los estados contables consolidados a efectos de la consolidación fiscal. Sin embargo, se llevan y se han aportado los estados contables consolidados de **ACCENTURE** S.L y sus dependientes correspondientes a los ejercicios 01/09/2003 a 31/08/2004 y 01/09/02004 a 31/08/2005, puesto que sólo se realiza la consolidación en **ACCENTURE** S.L en relación con sus sociedades participadas dependientes.

Señala la Administración que el efecto o impacto en las bases imponibles que se intenta resaltar es el correspondiente a la minoración de la carga fiscal en la B.I. del **Grupo** 302/03, de la carga financiera que suponen los pasivos contraídos en la adquisición de las acciones de **Accenture** SL. La adquisición de las acciones de **Accenture** Consultores de Gestao, sin embargo no tiene incidencia en la base imponible, toda vez que la incidencia que tenía en el resultado contable, a través de la amortización del fondo de comercio generado como consecuencia de su adquisición, sin embargo se anula finalmente ese efecto por los ajustes realizados al resultado contable, aumentándolo, que se incorporan en la declaración complementaria del ejercicio fiscal 2003/2004, y en el mismo sentido en la de 2004/2005. La Inspección en sus Informes y acuerdos hace hincapié en este extremo, si bien refleja y expone las operaciones y ajustes relativos a la entidad portuguesa, que se han sinterizado en los apartados anteriores, puesto que al formar parte del diseño conjunto de la operación, su conocimiento facilita la comprensión global de la misma.

Como síntesis de los importes deducidos como gastos financieros y que la Inspección rechaza, siendo los aquí debatidos, tenemos:



Ejercicio 21 de agosto a 31 de agosto de 2003.....140.642,35 euros.
Ejercicio 01/09/2003 a 31/8/2004.....7.634.952,75 euros
Ejercicio 01/09/2004 a 31/08/2005.....7.233.644,32 euros
Total deducido:15.009.239,42 euros

Sólo han sido efectivamente deducidos para determinar la base imponible del Impuesto sobre Sociedades los intereses de la deuda que financia la compra de las participaciones de **ACCENTURE S.L.**, excluyendo los correspondientes a la parte del principal que financia el exceso del precio sobre el valor de los títulos en la transmitente y, por ende, estos son los que la Inspección rechaza.

SÉPTIMO. Es preciso trasladar a los hechos que nos ocupan, anteriormente referidos, la aplicación de los principios dogmáticos que configuran el fraude de ley, en vistas a la constatación sobre su concurrencia en el presente caso. A tal fin, la Sala acepta la conclusión establecida en los acuerdos impugnados, tanto los gestados en la vía de inspección como el dictado en el ejercicio de la función revisora, que en este caso ha conocido una única instancia. Las razones que avalan esta coincidencia en el criterio, determinante de la desestimación del recurso en este punto, son las siguientes.

Se comparte plenamente la afirmación de que en los negocios ejecutados por la entidad hoy recurrente **ACCENTURE HOLDINGS IBERIA SL** no existe una motivación económica distinta de la meramente fiscal y que, por tanto, se han realizado con el propósito de eludir el Impuesto sobre Sociedades reduciendo su base imponible. En efecto, con el conjunto de operaciones realizadas se lleva a cabo una reordenación patrimonial de entidades del **Grupo Accenture**, colocando a la operativa del **grupo** en este país bajo la entidad holding **ACCENTURE HOLDINGS IBERIA SL** en España, gracias a la obtención de préstamos de entidades del **grupo** para generar unos gastos financieros derivados de ese endeudamiento, consiguiendo que los resultados contables positivos, que son las rentas gravables de la entidad operativa **ACCENTURE SL**, queden compensadas con resultados contables negativos. El motivo por el que no se admiten estos gastos como deducibles radica, con fundamento en las operaciones analizadas, en que dichas operaciones no tienen ningún sentido económico o empresarial sustancial para el **Grupo**, fuera de las ventajas fiscales que se analizan, ni suponen ninguna nueva inversión real ni la ampliación a nuevos mercados, sino que se trata de "un simple intercambio de participaciones dentro del **Grupo**, que sólo significa un cambio en la titularidad formal de las mismas, sin modificación en la situación de dominio".

No se cuestiona por la Inspección las razones en que pueda basarse el **grupo ACCENTURE** para organizarse de la forma que estime más conveniente, ni se enjuicia la decisión del **grupo** de crear o no la sociedad holding, **ACCENTURE HOLDINGS IBERIA SL**, sino las operaciones de endeudamiento intragrupo realizadas amparándose en operaciones de reorganización empresarial, pero que carecen de fundamento económico o empresarial y cuya motivación no es otra que la meramente fiscal.

Para llegar a dicha conclusión basta con tener en cuenta los siguientes elementos obrantes en las resoluciones recurridas:

1. Titularidad de la sociedad adquirida. Tal y como sostiene el TEAC, reproduciendo los términos de la resolución de 7 de mayo de 2007 que declara el fraude de ley, tras la operativa desarrollada no se ha producido ninguna variación en la titularidad del **Grupo ACCENTURE** respecto de las participaciones que a través de dichas operaciones se colocan en **ACCENTURE HOLDINGS IBERIA SL**, pues con anterioridad a dichas operaciones el **grupo** tenía la totalidad de la operativa en España **ACCENTURE SL**. En efecto, en la situación anterior a la constitución de **ACCENTURE HOLDINGS IBERIA SL** el **grupo ACCENTURE** ya controlaba el 100% de las participaciones de **ACCENTURE SL** adquiridas por dicha sociedad, pues la totalidad de las participaciones de **ACCENTURE SL** eran propiedad de **ACCENTURE INTERNATIONAL SARL**, sociedad participada por **ACCENTURE SCA**, quien a su vez lo está por **ACCENTURE Ltd**, de forma que el **grupo ACCENTURE** tenía el control pleno de la filial española, situación que permanece inalterada después de las operaciones de reestructuración societaria que se efectúan a través de **ACCENTURE HOLDINGS IBERIA SL**.

El único efecto real que se produce es la ubicación de la titularidad de las participaciones de una sociedad del **grupo, ACCENTURE SL**, en otra sociedad del **grupo, ACCENTURE HOLDINGS IBERIA SL**, que se interpone sin ninguna virtualidad real a estos efectos.

2. Dirección y control de la sociedad adquirida. El cambio en la titularidad de las participaciones tampoco afectó al control de la gestión y dirección efectiva de la entidad adquirida, **ACCENTURE SL**, que siguió en poder de la matriz, a través de la luxemburguesa **ACCENTURE INTERNATIONAL SARL**, de tal forma que si la entidad hoy recurrente no se hubiera "interpuesto" en el esquema existente con anterioridad al 31 de agosto de 2003, la situación hubiera sido la misma, solo que colgando **ACCENTURE SL** y sus filiales, que lo eran antes y siguieron

siéndolo después, directamente de la luxemburguesa **ACCENTURE INTERNATIONAL SARL**, sin que resulte ningún otro beneficio económico para el **grupo**.

Así **ACCENTURE INTERNATIONAL SARL** siguió con el dominio y control de gestión sobre **ACCENTURE SL**, igual que antes de la constitución de la sociedad **ACCENTURE HOLDINGS IBERIA SL**. Buena prueba de que se mantuvo el dominio y control es la configuración de la titularidad del capital de **ACCENTURE SL** y la estructura de los órganos de decisión. En efecto, concurre también la circunstancia de que miembros del Consejo de Administración de la hoy recurrente pertenecen también al Consejo de **ACCENTURE SL**, lo que comporta que la situación realmente no supuso cambio alguno.

Cabe también destacar que **ACCENTURE SL** continuó elaborando los estados financieros consolidados de las entidades del **grupo** en España, en lugar de hacerlo **ACCENTURE HOLDINGS IBERIA**, que únicamente efectúa la consolidación a efectos fiscales en las correspondientes declaraciones del Impuesto sobre Sociedades.

3. Efectos patrimoniales. Contemplada la operativa desde la óptica del **Grupo ACCENTURE** en su conjunto, se comprueba que la reubicación de las participaciones en empresas del **grupo**, financiada con el préstamo asimismo intragrupo, que implica el aplazamiento del precio, parcialmente transformado después en préstamo participativo, carece de efectos patrimoniales reales. Ello supone dos cosas, tal y como resalta el TEAC en la resolución que se revisa. En primer término, que con tales operaciones no se acometieron realmente inversiones nuevas, no se abordaron proyectos o mercados ni se fortalecieron en segmentos determinados. En segundo término, no supuso ningún ahorro de costes.

En efecto, por un lado el **grupo** mantiene la titularidad de las participaciones que se reubican, **ACCENTURE SL**, sin que se produzca alteración alguna en este activo. Por otro, el pasivo que la operación de compraventa con pago aplazado genera en la sociedad del **grupo** adquirente de las participaciones, **ACCENTURE HOLDINGS IBERIA SL**, se compensa con el crédito que por el mismo importe se reconoce en la sociedad del **grupo** transmitente, **ACCENTURE INTERNATIONAL SARL**, anulándose de esta forma todo efecto patrimonial en el **grupo** mundial. Por último, la consecuencia que se produce es la ventaja fiscal por la deducibilidad en la sociedad deudora, **ACCENTURE HOLDINGS IBERIA SL**, de los intereses generados por tales pasivos.

Destaca el acuerdo impugnado que el elemento clave en el análisis de los flujos de caja y la aportación a los resultados del **grupo** que causa la operación, es que la compra de las participaciones se financia con fondos procedentes de otra empresa del **grupo**, generando importantes gastos financieros. Estos gastos financieros representan la magnitud más importante de los resultados de la sociedad holding española y que en la consolidación del **grupo** fiscal español absorben una parte significativa de los beneficios de la sociedad **ACCENTURE SL**.

Asimismo apreció la Inspección, deduciéndolo de las propias manifestaciones de la obligada tributaria, que los ingresos derivados del aplazamiento en el pago no tributan efectivamente en la acreedora, o lo hacen de forma muy poco significativa, toda vez que se aplica una metodología de cálculo que minorra la renta imponible a través de gastos, dado el régimen fiscal que se aplica para estas rentas tanto en su país de residencia, Luxemburgo, como en el de la sucursal suiza. Es cierto, tal como reconoce el TEAC, que la circunstancia de que la tributación efectiva de los intereses obtenidos por otra entidad del **Grupo** residente en otro país (Luxemburgo), sea nula o mínima no es razón que justifique por sí misma la regularización de los correlativos gastos financieros, si bien no es menos cierto que supone un elemento a valorar, pues constituye "un plus que aumenta la eficacia de la estrategia, el que, además de erosionar la base imponible española, sustrayendo a la tributación en España los beneficios de las operativas, se consiga colocar esos beneficios por la vía de intereses satisfechos en un país de reducida o nula tributación".

4. Ajustes en el valor contable de las participaciones. La Sala presta su conformidad a la declaración contenida en la resolución que se revisa, relativa a que el resultado final que obtiene la sociedad hoy recurrente es "dejar registradas contablemente las participaciones en el capital de **ACCENTURE SL** y **ACCENTURE CONSULTORES DE GESTAO SA** por el mismo valor que tenían en la sociedad transmitente, pero después de un proceso con el que se ha logrado un doble efecto: por un lado, contraer pasivos financieros para financiar una compraventa a un precio muy superior al valor por el que finalmente se registran los activos adquiridos, y poder minorar así el resultado contable en el importe de los intereses correspondientes; y por otro, generar unos fondos propios en cuantía suficiente que eviten la aplicación de la norma sobre subcapitalización" y "si bien es cierto, como reconoce la Inspección, que tales correcciones valorativas no han tenido efecto directo sobre la base imponible del Impuesto sobre Sociedades en los ejercicios que se comprueban, pues dieron lugar a diversos ajustes sobre el resultado contable" no es menos cierto que "constituye una nueva demostración de la artificiosidad de todo el montaje y de su exclusiva finalidad fiscal".

La realidad es que, finalmente, las acciones de **ACCENTURE SL** que estaban en **ACCENTURE INTERNATIONAL SARL** están en la holding española, **ACCENTURE HOLDINGS IBERIA SL**, que depende al 100% de aquélla, y por



el mismo valor que tenían en aquélla, lo que demuestra que el único fin "evidente" era la finalidad fiscal, esto es, las pérdidas generadas a deducir en el Impuesto sobre Sociedades.

También resulta relevante destacar, en línea con lo expuesto por la Administración, la distinta valoración dada a la sociedad **ACCENTURE SL**. En efecto, dicha sociedad se valoró en 43 millones de euros cuando en mayo de 2001 se aportaron por los socios de la filial española todas sus participaciones a la luxemburguesa **ACCENTURE SCA**, y ello con motivo de la reestructuración corporativa del **Grupo**. Sin embargo, días después esa misma sociedad, en una transacción entre dos sociedades luxemburguesas del **grupo** (la aportación por **ACCENTURE SCA** a **ACCENTURE INTERNATIONAL SARL**), pasó a valorarse en 348 millones de euros. Por último, dos años después esa misma sociedad en otra transacción intragrupo, esta vez para pasarla a la holding española, su valoración ascendió a 1.000 millones de euros.

5. Consolidación fiscal. La creación a partir del ejercicio fiscal iniciado el 1 de septiembre de 2003 del **grupo** fiscal 302/03, con **ACCENTURE HOLDINGS IBERIA SL** como sociedad dominante y **ACCENTURE SL** y las filiales de ésta como dominadas, es lo que permite que los gastos financieros de la hoy recurrente, **ACCENTURE HOLDINGS IBERIA SL**, puedan compensarse. En resumen, dicha consolidación no tiene más eficacia que el aprovechamiento de las bases negativas para lo que era necesario "insertar" el eslabón de la holding española y posicionar a **ACCENTURE SL** dependiendo directamente de ella, pues de haberse mantenido **ACCENTURE SL** en la situación de depender de la holding luxemburguesa, al no ser residente en territorio español, no podía formar **grupo** consolidado a efectos fiscales con la operativa española.

6. Otro dato relevante lo constituye el aprovechamiento de la excepción para la no presentación de las cuentas consolidadas por parte de **ACCENTURE HOLDINGS IBERIA SL** con **ACCENTURE SL**.

En efecto, aún siendo sociedad dominante de un **grupo** de sociedades en el sentido del RD 1815/1991, de 20 de diciembre, la sociedad no presenta cuentas anuales consolidadas por formar parte de un **grupo** consolidado de mayor tamaño que presenta sus cuentas consolidadas dentro de la Unión Europea. Así el art. 43.1, 2ª del Código de Comercio contempla una dispensa a la obligación general de formular cuentas anuales consolidadas, consistente en que la sociedad dominante sometida a la legislación española que sea al mismo tiempo dependiente de otra que se rija por la legislación de otro Estado miembro de la Unión Europea, no está obligada a efectuar la consolidación si se cumplen determinados requisitos, entre ellos que tanto la dispensada como sus filiales consoliden en las cuentas de un **grupo** mayor cuya dominante esté bajo la legislación de un Estado de la UE y se depositen las cuentas consolidadas de la dominante extranjera, debidamente traducidas, en el Registro Mercantil.

Es cierto, tal y como esgrime la recurrente, que se trata de una posibilidad prevista en las normas mercantiles, pero no es menos cierto que de ello pueden extraerse unas consecuencias que la resolución impugnada refiere: de un lado, pone de manifiesto que el propio **grupo**, frente a terceros distintos de la Hacienda Pública, no atribuye trascendencia mercantil o empresarial a la sociedad holding española, **ACCENTURE HOLDINGS IBERIA SL**, lo que ratifica el carácter meramente formal de la misma. De otro, que con el depósito en el Registro Mercantil exclusivamente de las cuentas consolidadas de la matriz extranjera, aparece sólo el resultado "saneado y competitivo del **Grupo** y no el resultado de las entidades españolas mermado por los gastos financieros intragrupo asumidos, que es el que se hace ostensible a la Hacienda Pública Española, reduciendo de modo efectivo la carga tributaria en el Impuesto sobre Sociedades".

OCTAVO. Ninguna dificultad tiene la Sala en compartir la fundamentación de los actos impugnados en cuanto a la normativa de cobertura y defraudada.

La normativa de cobertura esta representada por la normativa mercantil, en concreto normas reguladoras de los negocios jurídicos utilizados por los sujetos pasivos para conseguir su propósito elusorio -constitución de sociedad, ampliación de capital y compraventa con precio aplazado de participaciones de sociedades del **grupo**- y normativa fiscal, en concreto los artículos 10.3 y 20 de la Ley 43/1995, en cuanto que el primero de tales preceptos se remite para la determinación de la base imponible del Impuesto al resultado contable que, en principio, considera como gastos los gastos financieros derivados de deudas, sin que se establezcan más restricciones a los intereses devengados que la contenida en el artículo 20 de la Ley del Impuesto, que admite la deducibilidad de los intereses correspondientes a deudas con entidades no residentes vinculadas siempre y cuando el importe de la financiación no sea superior a tres veces el capital fiscal. La norma de subcapitalización prevista en el indicado precepto intenta evitar que las sociedades españolas puedan reducir la base imponible del Impuesto sobre Sociedades a través de deudas con entidades vinculadas no residentes que no se correspondan con las que obtendrían en condiciones normales de mercado. Por tanto, el artículo 20 de la Ley del Impuesto responde a esta finalidad y niega el carácter de gasto deducible a los intereses correspondientes al endeudamiento, directo o indirecto, con entidades vinculadas no residentes en la parte



que exceda del resultado de aplicar el coeficiente tres al capital fiscal (recursos propios), pasando el exceso a considerarse retribución de capitales propios que no es deducible por aplicación del art. 14 de la Ley.

Consecuentemente, la finalidad de la norma es la de evitar la manipulación de la financiación de sociedades del **grupo** mediante la elección de capitalización o endeudamiento en función de motivos fiscales.

Ahora bien, la norma de subcapitalización parte del supuesto, tal y como se expresa en la resolución que declara el fraude de ley, de que las necesidades de financiación sean **reales**, pues de ser así, la financiación obtenida por una sociedad española de otra sociedad del **grupo** no residente generará unos gastos financieros que serán deducibles sin más límite que los que impone el referido art. 20 LIS.

Sin embargo, esto no es lo sucedido en el supuesto que se examina puesto que las operaciones de financiación entre empresas del **grupo** que originan los gastos financieros que minoran la base imponible del Impuesto sobre Sociedades, "no surgen de la necesidad de financiar las actividades corrientes o las inversiones productivas de la sociedad prestataria, **ACCENTURE HOLDINGS IBERIA SL**, sino como consecuencia de operaciones de reordenación societaria realizadas con la única finalidad de generar dichos gastos y obtener con ello una menor tributación".

Tal y como declara la resolución que se revisa "...es cierto que el principio de libertad de empresa y el de autonomía de la voluntad para elegir los negocios jurídicos (compra, préstamo, ampliación de capital etc.) parecen abocar a concluir que eran deducibles los intereses devengados excepto si excediesen del límite impuesto por la norma de subcapitalización, que en el presente caso se respetaba (aún cuando en el periodo 2004/05, que cerraba el 31 de agosto de 2005, siendo los fondos propios negativos, a fin de evitar estar incurso en el supuesto de disolución ex LSRL, el 25 de agosto se transformó parte del endeudamiento contraído en un préstamo participativo), lo que refrendaría que las operaciones en cuestión no incurrieran en ninguna ilegalidad. Ahora bien, precisamente esta irreprochabilidad formal es lo que, atendido todo lo anteriormente expuesto, corrobora la existencia del fraude de ley. Las operaciones llevadas a cabo, en términos utilizados por el Tribunal Constitucional, no violan directamente el ordenamiento jurídico pero utilizan las vías ofrecidas por las propias normas tributarias de una forma que no se corresponde con su espíritu para alcanzar el objetivo de disminuir la carga fiscal."

Entramos, pues, a examinar las normas defraudadas que no son otras que el art. 4.1 de la Ley 43/1995 e igualmente del Texto Refundido, que define el hecho imponible como "la obtención de renta, cualquiera que fuera su fuente u origen por el sujeto pasivo" y el artículo 10.3 que concibe la base imponible como constituida por el importe de la renta en el periodo impositivo minorada por la compensación de bases imponible negativas de periodos impositivos anteriores, señalando que en el régimen de estimación directa la base imponible se calculará corrigiendo, mediante la aplicación de los preceptos establecidos en esta ley, el resultado contable.

En este sentido, tal y como declara la Administración, se pone de manifiesto que el **grupo** fiscal español que se constituye en 2003, **grupo** 302/03, cuya dominante es la sociedad hoy recurrente, **ACCENTURE HOLDINGS IBERIA SL**, ha determinado la base imponible a partir del resultado contable consolidado de dicha sociedad con su dependiente **ACCENTURE SL**, de manera que en el seno de ese **grupo** fiscal se han compensado los gastos financieros derivados de la adquisición de las participaciones de esa entidad por la holding articulada al efecto. Comparte la Sala la conclusión alcanzada en la resolución que se revisa, consistente en que "Así, la conducta del sujeto pasivo cumple con el literal del artículo 10.3 y 20 de la LIS, pero con ello defrauda precisamente el mandato del artículo 4, toda vez que el **grupo** español no ha tributado por los beneficios reales obtenidos en España. Por ello, si la base imponible ha de ser fiel reflejo de la obtención de la renta por el sujeto pasivo, ello exige la corrección de la misma cuando las operaciones del sujeto pasivo se han efectuado en fraude de ley precisamente con el fin de desvirtuar la renta real obtenida".

El **grupo** fiscal constituido viene a sustituir al que se formó en el ejercicio anterior, cuya dominante era la ahora dominada, **ACCENTURE SL**, de la que dependen y consolidan mercantilmente las filiales ya referidas, por lo que la situación es "la misma que existía", con la diferencia de que en este nuevo **grupo** fiscal se enjagan los gastos financieros de la dominante **ACCENTURE HOLDINGS IBERIA SL**.

A lo expuesto no obsta el carácter "amplio" de los preceptos citados, pues el fraude de ley se refiere al hecho imponible, en cualquiera de sus elementos integrantes, y por tanto, también, de la base imponible. Ya expuso esta Sala con anterioridad que:

"...el hecho imponible sólo se trae a colación en la definición de fraude de ley ...para poner de manifiesto que no se incurre en una prohibida analogía cuando se califican los hechos actos o negocios conforme a su verdadera naturaleza real, al margen de las apariencias, lo que no significa que la norma de cobertura haya de venir referida, únicamente, a la existencia o no del hecho imponible, de forma que lo que se busque sea una no sujeción (pues ni siquiera la exención, que presupone el acaecimiento del hecho imponible, quedaría bajo el



ámbito objetivo del fraude, en la muy restrictiva visión de la demanda), sino que caben otras posibilidades, como la utilización de una norma de valoración diferente que afecte a la base imponible, la desviación del beneficio a terceros que tributen a un tipo de gravamen inferior y, en suma, a cualquier maquinación destinada a cumplir el propósito de eludir la contribución, o, en otras palabras, a aparentar una capacidad contributiva inferior a la que realmente derive de los actos o negocios traslativos contemplados.

El fraude de ley no consiste sólo en no pagar ningún impuesto, esto es, en eludir por completo el cumplimiento del deber fiscal, sino que, sin ningún género de dudas, puede igualmente consistir en la utilización de artificios para reducir cuantitativamente el importe de la deuda que se ingresa, como ya hemos visto".

Por otra parte, tampoco cabe aducir la coincidencia entre norma de cobertura y norma defraudada, pues dicha posibilidad ha sido admitida por el Tribunal Supremo en Sentencia de fecha 18 de abril de 2010 -rec. casación 96/2007 -, entre otras, en la que se declara:

«Sin embargo, la alegación no puede ser estimada, entre otras razones porque como bien apunta la sentencia de instancia, existe la posibilidad de que coincidan norma de cobertura y norma defraudada.

Siempre se pone de ejemplo de la coincidencia de norma de cobertura y norma eludida el llamado fraude intrínseco, que tiene lugar cuando se trata de amparar la actuación en la letra de la Ley desconectando totalmente de su espíritu, sancionado ya en el Derecho Romano (Digesto 1.3.29), al margen de que hoy se entienda fácilmente detectable como acto "contra legem" a partir de una interpretación que tenga en cuenta el sentido lógico de la norma y, por tanto, también su espíritu.

Otro caso de coincidencia de norma de cobertura y norma aludida, aún cuando tenga cierta similitud con el antes indicado, es el de conductas que pretenden ampararse en lo que las leyes no dicen a fin de evitar un mandato imperativo de la misma, poniéndose como ejemplo la aportación a sociedad de una finca urbana sujeta a arrendamiento cuando la ley concede un derecho de preferente adquisición al arrendatario en caso de venta.

En fin, la posibilidad de coincidencia ha de admitirse siempre a partir de una concepción moderna del fraude como es la que se establece en el Código Civil, cuyo artículo 6.4 no coloca frente a la norma de cobertura otra concreta y distinta, sino el ordenamiento jurídico en su conjunto, al señalar que "los actos realizados al amparo del texto de una norma que persigan un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico, o contrario a él, se considerarán ejecutados en fraude de ley y no impedirán la debida aplicación de la norma que se hubiera tratado de eludir". Y no puede olvidarse que la Sentencia del Tribunal Constitucional 120/2005, de 10 de mayo, señala que "el concepto de fraude de ley tributaria no difiere el concepto de fraude de ley ofrecido por el art. 6.4 del Código Civil "».

NOVENO. Concorre igualmente el elemento del resultado equivalente, toda vez que, como se ha expuesto anteriormente, el **grupo** mantiene los mismos porcentajes de participación en las sociedades afectadas, no ha existido variación significativa en la gestión y administración de las sociedades afectadas, tampoco se han alterado los recursos del **grupo**, pues los obtenidos por la entidad española son cedidos por otra y la carga financiera de la entidad española no representa tal para el **Grupo**, puesto que los intereses deudores en dicha entidad tienen carácter acreedor en otra del mismo **grupo** mercantil; y, por último, desde el punto de vista mercantil "el **grupo** ha actuado como siempre, es decir, con anterioridad a las operaciones analizadas, ya que la consolidación como **grupo** fiscal queda relegada al ámbito tributario español".

Así, pues, en el análisis de las operaciones realizadas no se aprecia ninguna diferencia entre que **ACCENTURE** SL dependa directamente de la luxemburguesa **ACCENTURE** INTRNATIONAL SARL o que lo haga indirectamente a través de la holding **ACCENTURE** HOLDINGS IBERIA SL.

En definitiva, tal y como declara la resolución de fraude de ley, "mediante estas operaciones y sin haberse alterado los recursos del **grupo** multinacional **ACCENTURE**, se ha tratado de utilizar por éste la capacidad de endeudamiento del **grupo** a través de **ACCENTURE** INTERNATIONAL SARL para reducir las bases imponibles de **ACCENTURE** HOLDINGS IBERIA SL y, por efecto de la consolidación fiscal, del **grupo** en España, mediante la generación artificial de gastos financieros que conducen a una menor tributación en el Impuesto sobre Sociedades".

Asimismo, resulta acreditada la artificiosidad que, como indicio o característica del fraude, lo diferencia de la economía de opción. En efecto, el sujeto pasivo crea artificiosamente las condiciones que determinan el resultado pretendido, lo que se desprende de la operativa desarrollada: de una parte, los movimientos para la colocación de la operativa de **ACCENTURE** SL bajo la holding **ACCENTURE** HOLDINGS IBERIA SL; de otra, los flujos de fondos intergrupo y el análisis del endeudamiento asumido por la holding española para sus adquisiciones, reforzando el esquema la consolidación fiscal en España entre la holding y la operativa; y por



último, como un elemento más, la circunstancia de que la tributación efectiva de la prestamista ha sido baja, habida cuenta de las pérdidas generadas en ciertos ajustes de valoración.

En resumen, cuando todas estas operaciones, en su conjunto consideradas, no responden a una lógica empresarial pues la compleja operativa se revela innecesaria y contraria a la eficiencia económica, de modo que no se habría llevado a cabo de no ser por la ventaja fiscal, la finalidad elusoria resulta evidente, pudiendo tenerse por probada la existencia de un propósito elusorio del impuesto que es otro de los requisitos constitutivos del fraude de ley en el art. 24 LGT : "...cuando se graven hechos, actos o negocios jurídicos realizados con el propósito de eludir el pago del tributo...", que queda acreditado cuando, conforme a lo expuesto, los motivos invocados en la demanda no son en absoluto convincentes.

Frente a ello no cabe oponer las conclusiones alcanzadas por el perito en el informe acompañado por la actora con su escrito de demanda -documento num 7- que, a su juicio, "acredita" la razonabilidad económica de las operaciones cuestionadas por la Administración, en el que se afirma que en el caso de España la constitución de la sociedad holding intermedia "tuvo como propósito principal impulsar la gestión conjunta de **Accenture** en el Mercado Ibérico (España y Portugal) así como en otros países próximos (Marruecos, hasta el momento) y tratar de obtener sinergias en la gestión conjunta de los recursos en dicho área que permitieran minimizar los costes a la que vez que mejorasen los ingresos" lo que responde a una "práctica habitual en **grupos** multinacionales". En efecto, la controversia examinada, conformidad o no a Derecho de la declaración de fraude de Ley, no puede resultar alterada por el referido informe que la actora acompaña, al tratarse de una cuestión jurídica cuya apreciación corresponde a este Tribunal. La opinión contenida en el citado informe, que si bien formalmente resulta admisible, no puede aceptarse en su contenido como base de la controversia jurídica, toda vez que, como bien conoce la parte actora, la materia de interpretación de las normas es atribución exclusiva del tribunal sentenciador, que no precisa de auxilio alguno en esa tarea esencial. En resumen, aceptar que fuese el perito economista en el informe emitido y que la parte acompañó a su escrito de demanda, quien interpretando las mismas normas que son objeto de debate procesal, ofreciese una solución, señalando si resultaba o no procedente la declaración de fraude de Ley examinada, sería tanto como deferir a la decisión de éste el proceso mismo.

DÉCIMO. Reitera la recurrente, al igual que hiciera en la vía económico-administrativa previa, la preferente aplicación de las normas sobre subcapitalización y operaciones vinculadas, señalando que el art. 16 de la Ley del Impuesto sobre Sociedades resulta aplicable "no sólo porque es una norma especial, que excluye la general del art. 24 de la LGT , sino también porque, como acertadamente aprecia el TJCE, la aplicación de criterios de mercado a las transacciones realizadas es el único baremo que puede utilizarse para enjuiciar si el motivo de la transacción intragrupo era la elusión fiscal", añadiendo que "ni la Ley del Impuesto sobre Sociedades ni ninguna otra norma permiten rechazar la deducción de gastos generados en operaciones reales y adecuadas al resto de las exigencias del tributo. Sólo las normas especiales sobre operaciones vinculadas permiten atribuir determinados efectos fiscales a ciertas operaciones para situarlas en pie de igualdad con los operadores económicos independientes".

La Sala ratifica el criterio de la Administración en cuanto recuerda que no estamos ante un problema de precios de transferencia, por lo que no resulta de aplicación el artículo 16 de la Ley del Impuesto sobre Sociedades . En efecto, que el expediente no versa sobre precios de transferencia queda claro desde el momento en que el objeto de la discusión es la validez o licitud del conjunto de las operaciones realizadas, y no si su valoración es adecuada o no, razón por la cual no se entiende aplicable el artículo 16 que regula qué normas deben seguirse para valorar las operaciones vinculadas. Así, como recuerda la Inspección, lo que se discute no es una cuestión de valoración de operaciones, sino la cuestión previa de determinación de la renta cuya obtención constituye el hecho imponible, de forma que nos encontramos "ante un supuesto en que se pretende hacer valer la obtención de una renta negativa, artificialmente generada a través del complejo entramado que se enjuicia, a fin de que la obtención de una renta positiva obtenida por la entidad operativa del **grupo** en España quede sin tributar en contra del espíritu de las normas (de compensación de rentas, de consolidación fiscal, etc) que, en palabras del TC, constituyen las vías ofrecidas por las propias normas tributarias".

Por lo que respecta a la norma prevista en el artículo 20 de la LIS , ya se ha expuesto en esta resolución que la referida norma de subcapitalización intenta evitar que las sociedades españolas puedan reducir la base imponible del Impuesto sobre Sociedades a través de deudas con entidades vinculadas no residentes que no se correspondan con las que obtendrían en condiciones normales de mercado. Por tanto, el artículo 20 de la Ley del Impuesto responde a esta finalidad y niega el carácter de gasto deducible a los intereses correspondientes al endeudamiento, directo o indirecto, con entidades vinculadas no residentes en la parte que exceda del resultado de aplicar el coeficiente tres al capital fiscal (recursos propios), pasando el exceso a considerarse retribución de capitales propios que no es deducible por aplicación del art. 14 de la Ley. Consecuentemente, tal



y como se ha expuesto, la finalidad de la norma es la de evitar la manipulación de la financiación de sociedades del **grupo** mediante la elección de capitalización o endeudamiento en función de motivos fiscales.

Ahora bien, la norma de subcapitalización parte del supuesto, tal y como se expresa en la resolución que declara el fraude de ley, de que las necesidades de financiación sean **reales**, pues de ser así, la financiación obtenida por una sociedad española de otra sociedad del **grupo** no residente generará unos gastos financieros que serán deducibles sin más límite que los que impone el referido art. 20 LIS.

Sin embargo, esto no es lo sucedido en el supuesto que se examina puesto que las operaciones de financiación entre empresas del **grupo** que originan los gastos financieros que minoran la base imponible del Impuesto sobre Sociedades, "no surgen de la necesidad de financiar las actividades corrientes o las inversiones productivas de la sociedad prestataria, **ACCENTURE HOLDINGS IBERIA SL**, sino como consecuencia de operaciones de reordenación societaria realizadas con la única finalidad de generar dichos gastos y obtener con ello una menor tributación".

En efecto, en el supuesto enjuiciado, no se cuestiona la validez o legalidad de cada una de las operaciones realizadas, sino todo el conjunto de operaciones, sobre la base de considerar que las transmisiones de participaciones entre empresas del **grupo** y con financiación de empresas del **grupo** no presentan un contenido económico real sino que tienen como motivo único el fiscal de reducción de la base imponible, por lo que las necesidades de financiación no son reales, sino que se han articulado las operaciones de trasvases de participaciones intragrupo para provocar una aparente necesidad de financiación. En este sentido, tal y como se recoge en la resolución que se revisa, "se evita el incurrir en una vulneración flagrante del artículo 20, merced a una adecuada combinación de ampliación de capital y endeudamiento con el **grupo**, hasta el punto de que, tras el vaivén de ajustes expuestos, ha de transformar parte de ese endeudamiento en préstamo participativo. Precisamente en ese cuidado detalle con que se traza la delimitación y combinación entre ampliación de capital con prima de emisión (aunque posteriormente se reduzca en contrapartida de esa corrección valorativa) y financiación con aplazamiento del precio y posterior conversión en préstamo participativo, a fin de evitar incidir en un supuesto ya no sólo de subcapitalización, sino de disolución, y a la vez contraer el máximo de pasivos financieros, minorando el resultado contable en los intereses, se revela con mayor nitidez la figura del fraude de ley, al resaltar tanto la artificiosidad del montaje como la exclusiva finalidad fiscal".

Por este mismo motivo se entiende que las sentencias y resoluciones que trajo a colación el contribuyente en sus alegaciones no eran aplicables al caso pues se refieren a supuestos de hecho distintos a los que aquí se enjuician; debiendo, no obstante, destacar, en relación con las conclusiones que extrae el contribuyente de la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas que cita y de las Directrices de la OCDE sobre precios de transferencia, que, en ningún caso, se puede deducir que un elemento sustancial sea la pertenencia de las sociedades intervinientes a un **Grupo** multinacional, como tampoco que sea relevante el que dichas sociedades estén domiciliadas en una u otra jurisdicción fiscal, y por tanto no se puede sostener que el tratamiento de las mismas "artificiosas" operaciones efectuadas por sociedades independientes, residentes o no en España, hubiera sido diferente al que aquí se examina

Asimismo, la actuación de la recurrente no puede ampararse en la economía de opción, como pretende. Respecto de la económica de opción ha declarado el Tribunal Supremo en Sentencia de 20 de septiembre de 2012 -rec. cas. num 631/2009-, lo siguiente:

«Tampoco cabe, finalmente, presentar el fraude de ley cometido como ejercicio de la economía de opción.

Como hemos dicho en la sentencia de 22 de marzo de 2012 (rec. cas. 2293/2008), la llamada economía de opción sólo puede concurrir en aquellos casos en los que el ordenamiento jurídico abre al sujeto distintas posibilidades de actuación, a las que podría acomodar la suya propia en función de sus particulares intereses y expectativas. Se trata, así, de un supuesto, en el que resulta indiferente, desde la perspectiva del ordenamiento, que el particular se decante por una u otra de las alternativas posibles, todas igualmente legítimas (STS de 27 de enero de 2010 rec. cas. 5670/2004).

En esta línea, el Tribunal Constitucional, STC 46/2000, rechaza las que califica de "economías de opción indeseadas", considerando como tales "la posibilidad de elegir entre varias alternativas legalmente válidas dirigidas a la consecución de un mismo fin, pero generadoras las unas de alguna ventaja adicional respecto de las otras", y que tienen como límite "el efectivo cumplimiento del deber de contribuir que impone el artículo 31.1 de la Constitución " y de una más plena realización de la justicia tributaria (pues "lo que unos no paguen debiendo pagar, lo tendrán que pagar otros con más espíritu cívico o con menos posibilidades de defraudar" como se dijo en la sentencia 110/1984, de 26 de noviembre). En consecuencia, "si bien el respeto al expresado principio plasmado en el artículo 31.1 CE no exige que el legislador deba tomar en consideración cada una de las posibles conductas que los de su autonomía patrimonial" (en sentido similar, STC 214/1994, de 14 de julio), no es menos cierto que del mismo puede deducirse que la Ley debe necesariamente arbitrar los medios oportunos



o las técnicas adecuadas que permitan reflejar la totalidad de los rendimientos obtenidos por cada sujeto pasivo en la base imponible del ejercicio" (FD Tercero).

La sentencia de 29 de marzo de 2010 (rec. cas. núm. 7552/2005) proscribe esta posibilidad en determinados supuestos:

"La admisibilidad de la "economía de opción" o "estrategia de minoración de coste fiscal" puede ser admitida en cuanto no afecta ni al principio de capacidad económica ni al de justicia tributaria. En este sentido, aparece fundada en el principio de autonomía de la voluntad, en la libertad de contratación establecida en el artículo 1255 del Código Civil y produce un ahorro fiscal que no es contrario al ordenamiento jurídico. Ahora bien, aunque la precisión conceptual de la "economía de opción" no es fácil y tampoco son nítidos sus límites, ha de entenderse que, en cualquier caso, no incluye las actuaciones que incidan en cualquier tipo de negocio jurídico anómalo, fraude de Ley, abuso de derecho, ni, en general, aquellos criterios que comporten una exención de la norma al amparo de una interpretación errónea o improcedente, por extensiva, para incluir supuestos no contemplados por la Ley al ser contrarias a su finalidad. En este sentido, la "economía de opción" que comporta una discrepancia interpretativa no alcanza a comprender el intento de una minoración de la base o de la deuda tributaria mediante actos o negocios que, individualmente o en su conjunto, sean notoriamente artificiosos o impropios para la consecución del resultado obtenido y que de su utilización no resulten efectos jurídicos o económicos relevantes distintos del ahorro fiscal. Previsión hoy explícita en el artículo 15 de la actual Ley General Tributaria en lo que denomina "conflicto en la aplicación de la norma tributaria", y que, aunque la vigencia de la norma sea posterior a los actos administrativos que se revisan, viene a confirmar una conclusión a la que se debía llegar mediante una interpretación teleológica de las normas tributarias entonces vigentes, conforme al artículo 23.1 LGT/1963, eliminando la ventaja fiscal que se trata de obtener como único y exclusivo objetivo de las operaciones realizadas.

Este es también el criterio que refleja la doctrina del **TJCE** (Cfr. STJCE de **21 de febrero de 2006**, Halifax, Ar. C 255/02 y University of Huddersfield, Ar. C 223/03) que aprecia abuso de derecho cuando se aprecien cumulativamente dos requisitos:

- a) que la ventaja fiscal que se pretende sea contraria al objetivo y finalidad de las normas aplicables;
- b) que del conjunto de elementos objetivos concurrentes resulte que la finalidad esencial de las operaciones por las que se reclama una exención o minoración de la carga tributaria consista precisamente en obtener tal ventaja fiscal.

Dicho en otros términos, la doctrina del abuso del derecho se inscribe en el ámbito de la correcta exégesis de las normas que han de aplicarse al supuesto concreto, teniendo en cuenta el criterio de la interpretación teleológica debe prevalecer frente a la interpretación estrictamente literal.

El uso legítimo de la economía de opción tiene como límite la artificiosidad que se crea en el negocio jurídico cuando tiene por exclusiva finalidad la reducción tributaria en detrimento de la finalidad de la norma cuya aplicación se invoca. Cuando el contribuyente traspasa el límite que representa la aplicación común de la norma para utilizarla contrariando su finalidad y espíritu no puede invocarse el principio de seguridad jurídica, pues es lógico pensar que el legislador es contrario a admitir el fraude a los intereses recaudatorios.

En los supuestos de abuso de derecho lo procedente es restablecer la situación que se ha pretendido evitar con el uso indebido de las formas jurídicas y hacer tributar de acuerdo con la naturaleza de la esencia o naturaleza del negocio jurídico realizado" (FD Tercero).

En igual sentido se pronuncian las Sentencias de esta Sala y Sección de 24 de mayo de 2010 (rec. cas. núm. 2053/2005), FD Tercero; de 29 de marzo de 2010 (rec. cas. núm. 7552/2005), FD Tercero; de 1 de marzo de 2010 (rec. cas. núm. 9645/2004), FD Sexto; de 16 de noviembre de 2009 (rec. cas. núm. 3862/2007), FD Tercero; y de 20 de octubre de 2008 (rec. cas. núm. 2825/2006), FD Tercero».

En el presente supuesto, la actuación de la recurrente no puede ampararse en la economía de opción, como pretende, pues mal puede hablarse de economía de opción cuando para perseguir un fin fiscal se utilizan formas jurídicas insólitas en detrimento de la Hacienda Pública. Así, el empleo de formas jurídicas insólitas y desproporcionadas para evitar el efecto exigido por el ordenamiento jurídico tributario diferencia a los actos y negocios anómalos, indirectos, fraudulentos o simulados, de los actos lícitos, desde el punto de vista fiscal, que pueden ampararse en la denominada economía de opción, sin perjuicio de recordar que el Tribunal Constitucional, en su Sentencia 46/2000, ha rechazado las que califica de "economías de opción indeseadas", considerando como tales "la posibilidad de elegir entre varias alternativas legalmente válidas dirigidas a la consecución de un mismo fin, pero generadoras las unas de alguna ventaja adicional respecto de las otras", y que tienen como límite "el efectivo cumplimiento del deber de contribuir que impone el artículo 31.1 de la Constitución y de una más plena realización de la justicia tributaria (pues «lo que unos no paguen debiendo pagar, lo tendrán que pagar otros con más espíritu cívico o con menos posibilidades de defraudar» como se



dijo igualmente en la Sentencia del Tribunal Constitucional 110/1984, de 26 de noviembre, en su fundamento jurídico tercero, a propósito de las citadas "economías de opción".

UNDÉCIMO. Por lo que respecta a la denunciada desviación de poder, más allá de las conjeturas que expresa la recurrente, en cuanto plantean de forma genérica la hipótesis de un uso desviado o torticero de las potestades tributarias, sus alegaciones únicamente discurren en el campo de las suposiciones, pues tal alegato no se acompaña, como sería exigible, de una exposición de los objetivos que, diferentes de los legalmente previstos para los actos administrativos aquí revisados, habría perseguido la Administración recurrida (art. 70.2 de la LJCA), pues ésta se ha limitado a ejercitar precisamente las potestades tributarias encaminadas al adecuado cumplimiento de las competencias que la Ley define, sin perjuicio de que, en el desarrollo de tal actividad, se hubiera incumplido la ley, lo que no sería en rigor desviación de poder, sino eventual causa de nulidad por infracción del concreto deber de que se tratase.

Es jurisprudencia reiterada y constante, surgida al amparo de la vieja Ley de Procedimiento Administrativo pero que conserva toda su vigencia, que la desviación de poder requiere una prueba, al menos indiciaria o semiplena, acerca del uso por parte de la Administración de sus potestades para fines distintos a los previstos por el ordenamiento jurídico en cada caso, sin que baste para acreditar su concurrencia con las meras sospechas o indicios infundados. Además, la imputación que al respecto se efectúa en la demanda no se completa con la definición de la finalidad realmente perseguida -y con desviación del fin natural del acto-, por lo que se trata de una alegación inconcreta, inhábil de suyo para sustentar el supuesto carácter desviado del acto.

En suma, las alegaciones de la demanda no han sido completadas con la prueba pertinente dirigida a la demostración de la finalidad desviada de la actividad administrativa puesta en tela de juicio y, menos aún, de que supongan un uso de la potestad ejercitada para fines distintos de los propios de ese acto, pues del acuerdo que declara la existencia de Fraude de Ley y de los actos de liquidación subsiguientes no se extrae, ni subjetiva ni objetivamente, otra intención que la de regularizar la situación tributaria de la sociedad comprobada.

DECIMOSEGUNDO. Asimismo aduce la vulneración del derecho comunitario y de los Convenios para evitar la doble imposición suscritos por España, así como infracción de la libertad de establecimiento, de la libre circulación de capitales y del principio de confianza legítima.

Sostiene que la discriminación surge cuando en lugar de aplicar las normas sobre operaciones vinculadas para valorar con criterios de mercado las operaciones realizadas se acude a un mecanismo excepcional como el fraude de Ley, en virtud del cual se ignoran las operaciones realizadas y los gastos fiscales asociados a ellas en razón exclusivamente de la vinculación, la residencia y el régimen fiscal de la entidad financiadora de la operación efectuada. Reitera que existe una clara discriminación en el tratamiento dispensado a la recurrente por la simple evidencia de que "en la consulta de cualquier base de datos de jurisprudencia o de resoluciones administrativas es imposible encontrar un solo caso en el que la financiación de la adquisición de participaciones societarias entre entidades españolas o extranjeras pero integradas en un **grupo** español haya sido considerada en fraude de Ley" y, adicionalmente, "aunque no existiera discriminación, sería igualmente contraria a Derecho comunitario cualquier barrera o restricción en el ejercicio de las libertades comunitarias que no esté justificada en la necesidad de evitar el abuso de Derecho comunitario o de los Estados miembros en el modo que el TJCE considera aceptable".

La Sala ratifica en este punto la decisión de la Administración en el sentido de que ha de rechazarse la discusión en términos de conculcación de normas internacionales (Convenios de Doble Imposición, normativa comunitaria europea) o discriminación de entidades pertenecientes a un **grupo** multinacional en circunstancias que permitirían la consolidación a un **grupo** de matriz nacional. En efecto, no se cuestiona la deducibilidad de unos gastos o la consolidación entre dos entidades residentes porque estén insertas en un **grupo** multinacional sino porque se demuestre que no responde a una finalidad económico empresarial auténtica y fundada, de forma que se hubiera cuestionado igual y se hubiera concluido en el mismo sentido de tratarse de un **grupo** de matriz nacional con idéntica actuación. En efecto, si la operativa examinada y su "abusiva" utilización de las normas sobre consolidación y composición de la base imponible hubiese sido desplegada por un **Grupo** totalmente nacional, la conclusión hubiera sido la misma y la aplicación de la figura del fraude de ley y la reacción del ordenamiento jurídico ante ella idéntica "porque ni las normas ni la aplicación que de ellas ha hecho la Inspección autoriza a concluir el supuesto trato de diferencia que la reclamante trata de presentar". Tal y como recoge la resolución que se revisa "...el fundamento de la calificación de fraude de ley, como ya se ha resaltado, tampoco radica en la minimización de tributación o, en su caso, no tributación efectiva de los intereses obtenidos por la no residente del **Grupo**, aunque ello sea un elemento más de convicción; si esta circunstancia hubiera podido darse en un centro financiero localizado en España, de un **grupo** autóctono y concurrieran los mismos elementos configuradores del fraude de ley, la conclusión hubiera sido la misma. Se reitera que el fundamento de la regularización no radica, ni comporta un juicio peyorativo de los **grupos** multinacionales ni en que en las transacciones y préstamos intervengan sociedades residentes en diversos



estados...La reprobación no se produce por tratarse de empresas multinacionales sino porque se han utilizado unos instrumentos, unas vías ofrecidas por las normas tributarias, en palabras del Tribunal Constitucional, contrariando el espíritu de las mismas. No subyace, por tanto, como se pretende hacer aparecer, ninguna discriminación a no residentes, ni el Acuerdo declarativo del fraude supone vulneración alguna del Derecho Comunitario; la regularización propuesta se hace a una residente, no se modifican valores que puedan afectar a no residentes ni determinan para las mismas obligaciones tributarias en España; y la circunstancia de que haya implicadas entidades no residentes no es en modo alguno lo determinante de la tacha; como ya se ha dicho, sería igual si la operativa se hubiera llevado a cabo sólo entre entidades residentes".

En definitiva, no se puede hablar de trato discriminatorio puesto que los fundamentos de la resolución que declara el fraude de ley no se basan en la residencia de las entidades intervinientes ni en su pertenencia a **grupos** multinacionales, sino que lo que se enjuicia es la licitud de unas operaciones en función de las circunstancias objetivas que concurren en las mismas, en las que se aprecia el abuso de derecho en su realización, dándose la circunstancia de la participación en dichas operaciones de entidades que pertenecen a **grupos** multinacionales, pero sin que la residencia fiscal de ninguna de dichas entidades ni el régimen fiscal que les resulta aplicable en sus países de residencia sea un elemento decisivo a la hora de calificar dichas operaciones, pues tal y como declara la Administración "la misma calificación se hubiera propuesto si hubieran intervenido entidades con otra residencia y hubieran concurrido los mismos elementos fácticos".

Debe reiterarse que los gastos financieros que en este caso se discuten no fueron satisfechos por una entidad española para realizar adquisiciones a terceros (en este caso de acciones), de forma que la titularidad de las mismas fuera incorporada por primera vez al **grupo** económico, sino que dichas acciones ya eran del **Grupo Accenture** y las operaciones de reestructuración realizadas no se han efectuado para financiar inversiones o gastos corrientes, sino únicamente para "remansar" gastos que redujeran las bases imponibles de la entidad holding española y por efecto de la consolidación fiscal de todo el **grupo** español.

Por ello, los argumentos alegados en relación con las sentencias del TJCE no resultan de aplicación, pues como señala la resolución de 7 de mayo de 2007 que declara la existencia de fraude de Ley:

*"Ni la condición de no residente de la matriz ni de las entidades del **grupo** intervinientes, ni la deducibilidad de los gastos financieros de **grupos** multinacionales, se pone en cuestión, y ni siquiera se alude a ella como fundamento alguno, únicamente se cuestiona la artificiosa forma en que se sitúa una carga financiera en España, siendo irrelevante a estos efectos donde se encuentre el domicilio de la matriz o de otras entidades intervinientes y su condición de sociedades no españolas o pertenecientes a un **grupo** español. La regularización que se propone se basa en la concurrencia de los elementos que configuran el fraude de ley, sin que se valore ninguna otra circunstancia. Y a estos elementos no se refieren las sentencias aludidas.*

En consecuencia, no se está aplicando una norma a entidades no residentes que no deba aplicarse a entidades residentes, no se está dispensando trato distinto a unas y otras y, por tanto, no hay discriminación ni se está contraviniendo la doctrina del TJCE ni infringiendo el principio de libertad de establecimiento.

*A modo de conclusión, las Sentencias a las que acude el contribuyente se formulan ante normas dictadas por los estados miembros que obstaculizan el ejercicio de la libertad de establecimiento, y sin embargo, la regularización que se propone en este expediente no supone ninguna discriminación ni atenta a dicho principio porque se fundamenta en una norma antiabuso de general aplicación como es el fraude de ley, que no tiene por objeto a los **grupos** multinacionales sino que se aplicará siempre y cuando concurren los supuestos determinantes de la misma".*

Igual conclusión desestimatoria se alcanza respecto de la supuesta vulneración de los Convenios de Doble Imposición pues, nuevamente se reitera, que ni el acuerdo declarativo de fraude de Ley, ni la regularización lleva a cabo, tienen su fundamento en la aplicación de las normas sobre operaciones vinculadas, ni en la vulneración de la norma sobre subcapitalización, por lo que no resultan de aplicación los preceptos de los Convenios de Doble Imposición que regulan la materia. A lo expuesto se añade que las liquidaciones impugnadas no implican tampoco obligación tributaria alguna para entidades no residentes en España y residentes en países convenidos, que pudiera determinar la aplicación de un Convenio de Doble Imposición, ni se niega a éstas la deducibilidad de un gasto, pues es al **grupo** fiscal español al que se examina, ni tampoco aplica valoración alguna de transacciones entre entidades vinculadas que pudiera circunscribirse al ámbito de los precios de transferencia del art. 9 del Modelo de Convenio para evitar la doble imposición. No se trata de distribuir potestades tributarias a la hora de gravar rentas ni de evitar una doble imposición que en el presente caso, como se ha razonado, no concurre.

DECIMOTERCERO. Alega, seguidamente, la existencia de actos previos en los que la Administración Tributaria ha aceptado los mismos intereses que se discuten sometiéndolos a tributación por el Impuesto sobre la Renta de No Residentes.



Reitera la recurrente que los intereses satisfechos han estado sujetos a retención por el Impuesto sobre la Renta de No Residentes y la tributación por dicho impuesto ha sido confirmada por la Administración. En efecto, alega que la Administración "no sólo ha aceptado la tributación de dichos intereses por el Impuesto sobre la Renta de No Residentes, sino que dicha decisión se ha plasmado en Acuerdos firmes en vía administrativa", toda vez que en fecha 9 de diciembre de 2005 la Inspectora Jefa Adjunta de la Unidad Central de Grandes Empresas de la AEAT dictó Acuerdos por los que se desestimaba la devolución de las retenciones practicadas en los pagos de dichos intereses, acuerdos que fueron confirmados por resolución del Tribunal Económico Administrativo Central de 21 de diciembre de 2006, habiéndose interpuesto recurso contencioso-administrativo contra dicha resolución ante la Sección Séptima de la Audiencia Nacional, registrado con el núm. 147/2007, en el que ha recaído sentencia firme desestimatoria de fecha 9 de diciembre de 2008.

La Sala comparte las consideraciones efectuadas por el Tribunal Económico Administrativo Central en la resolución que se enjuicia en este punto, en la que se declara:

"En este sentido, este Tribunal comparte lo razonado en el Acuerdo impugnado, pues efectivamente el procedimiento se refiere al Impuesto sobre Sociedades y las consecuencias de la declaración de fraude de ley, tramitado con posterioridad a los acuerdos de denegación de devolución a que se refiere la interesada.

En contra de lo que arguye la reclamante, ello no supone una vulneración del principio de buena fe -en su concreción de "non venire contra factum proprium"-, por cuanto el que en el Impuesto sobre Sociedades se niegue la deducibilidad de los intereses a que hace referencia el expediente de fraude de ley por las razones ya extensamente razonadas y confirmadas por este Tribunal en los fundamentos anteriores, no implica en modo alguno que tales importes no se hayan satisfecho a la luxemburguesa perceptora de los mismos. No se ha negado la realidad de su existencia, ni se ha considerado que existiese simulación; antes al contrario, reconociendo la realidad de tales pagos, se ha considerado el conjunto de la operativa analizada en fraude de ley, sin que el endeudamiento contraído y los intereses satisfechos coadyuvasen en nada a la actividad de la holding y operativas españolas que los deducían de su base imponible. Lo anterior no significa que los importes percibidos por la no residente no constituyeran un ingreso para ella. Y tanto lo acuerdos de denegación de devolución, como la resolución de este TEAC, que los confirma, se fundamentan en a no procedencia de la exención invocada en los recursos".

A lo expuesto se añade que esta Sala y Sección en Sentencia de fecha 31 de enero de 2013, dictada en el recurso num. 86 / 2010, interpuesto por la entidad **ACCENTURE HOLDINGS IBERIA, S.L.** contra la resolución del Tribunal Económico Administrativo Central de 20 de enero de 2010 por la que se desestimó la reclamación económico-administrativa interpuesta por aquella sociedad contra el acuerdo del Jefe de la Oficina Técnica de la Dependencia de Control Tributaria y Aduanero de la Delegación Central de Grandes Contribuyentes de fecha 27 de diciembre de 2007, que confirma la sujeción a retención, en el impuesto sobre la renta de no residentes, de los intereses pagados por la sociedad recurrente a un establecimiento permanente en Suiza de la entidad **ACCENTURE INTERNATIONAL, SARL**, residente en Luxemburgo, ha declarado lo siguiente:

«SEGUNDO.- Como la propia actora reconoce (v. "antecedentes" del fundamento jurídico sustantivo único de su demanda), la cuestión de fondo que ahora suscita ha sido ya abordada y resuelta por esta misma Sala (Sección Séptima) en su sentencia, firme, de 9 de diciembre de 2008 en la que, tras analizar la normativa aplicable al caso planteado (artículo 14 del Real Decreto Legislativo 5/2004, de 5 de marzo), concluye lo siguiente:

*" En el caso que nos ocupa consisten en unas retenciones de intereses que se abonan a un establecimiento permanente que la entidad **Accenture** Internacional SARL con residencia en Luxemburgo tiene en Suiza, esto es se abonan a Suiza, y conforme a ese apartado c) mencionado anteriormente (del artículo 14.1) son rentas exentas: Los intereses y demás rendimientos obtenidos por la cesión a terceros de capitales propios a que se refiere el art. 23.2 del texto refundido de la Ley del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2004, de 5 de marzo, así como las ganancias patrimoniales derivadas de bienes muebles, obtenidos sin mediación de establecimiento permanente, por residentes en otro Estado miembro de la Unión Europea o por establecimientos permanentes de dichos residentes situados en otro Estado miembro de la Unión Europea.*

*Pero Suiza, pues es al establecimiento de **Accenture** en Suiza a quien se han pagado esos intereses, no pertenece a la Unión Europea por lo que al no ser un estado miembro no procede la exención y por ende no es procedente la devolución solicitada".*

Frente a dicha declaración (que goza a su favor de la santidad de la cosa juzgada, dada la firmeza de la sentencia en la que se contiene) no cabe argüir, como hace la demandante, que concurre o ha surgido un "hecho nuevo", que estaría constituido por la declaración de fraude de ley, dictada por la Inspección con fecha 7 de mayo de 2007 y confirmada por el TEAC en resolución que también ha sido cuestionada por el interesado ante esta misma Sala y Sección en el recurso núm. 47/2010. Con independencia del contenido de la declaración



de fraude de ley y sean cuales sean sus efectos, una eventual modificación del régimen fiscal de los intereses abonados al establecimiento permanente suizo, de la sujeción o no de los mismos al tributo que nos ocupa o de las retenciones que se practicaron por el sujeto pasivo supondría una alteración de lo ya resuelto por una sentencia firme en la que, insistimos, el Tribunal declaró improcedente la exención pretendida por la actora y la necesidad, por tanto, de practicar las correspondientes retenciones.

Dicho en otros términos, no cabe ahora, ni siquiera en atención al hecho nuevo y sobrevenido que aduce la parte actora, reabrir un debate que quedó definitivamente cerrado por la tantas veces citada sentencia de la Sección Séptima de esta Sala de 9 de diciembre de 2008, que rechazó expresamente la pretensión que ahora vuelve a ejercitarse: la devolución de lo ingresado en el Tesoro Público en concepto de retención por los pagos efectuados al establecimiento permanente que la entidad **Accenture** Internacional SARL, con residencia en Luxemburgo, tiene en Suiza».

En último término, aduce la nulidad de la resolución del TEAC y de los acuerdos administrativos impugnados por la vulneración de las normas en materia de prueba.

Igual suerte desestimatoria que los anteriores debe correr dicho motivo bastando para ello con recordar la doctrina constitucional sobre la materia de la que es un ejemplo la STC 1/1996. La tesis que se infiere de dicha sentencia, que en este punto ratifica una consolidada doctrina anterior del Tribunal Constitucional que también ha sido posteriormente confirmada, es la de que para que una denegación de prueba, aún indebida, tenga como consecuencia la anulación del acto administrativo, es preciso que la citada infracción procesal haya causado en el recurrente una indefensión material, siendo por lo tanto determinante del fallo. Efectivamente, como subyace en las alegaciones de la recurrente, es conveniente que los órganos inspectores y revisores aprecien con flexibilidad los requisitos de procedencia para la admisión y práctica de las pruebas con las que se pretende hacer valer los hechos que les favorecen, pero ello no significa que toda denegación o incluso una indebida denegación de prueba tengan relevancia constitucional y como consecuencia la nulidad de la liquidación, pues ello sólo acontece en aquellos supuestos en que se haya producido una indefensión material, que en ningún caso resulta concurrente en el supuesto examinado; máxime teniendo en cuenta que la prueba rechazada por el Tribunal Económico Administrativo Central fue admitida y practicada por esta Sala, obrando en el presente recurso contencioso-administrativo cumplimentado el informe emitido por el Director del Departamento de Inspección Financiera y Tributaria en fecha 14 de junio de 2011, por lo que debe concluirse, sin dificultad, que no ha existido la indefensión material necesaria para provocar la nulidad pretendida.

DECIMOCUARTO. Finalizado el examen de los motivos de impugnación relativos a la resolución declarativa del fraude de ley, procede, seguidamente, analizar el ajuste al resultado contable en el ejercicio 2004 derivado de la consideración de ingreso computable de la reversión de la provisión de cartera de ACCENTRUE SL en ALNOVA TECHNOLOGIES CORPORATION SL.

La adecuada solución de dicha cuestión aconseja partir de los siguientes datos relevantes recogidos por el TEAC en la resolución que se enjuicia, relativos al régimen tributario de las sociedades implicadas, la evolución del valor de la participación de **Accenture** SL en Alnova y la forma de operar de las entidades implicadas y del **grupo** en los diversos ejercicios.

En el periodo de 1-9-2001 a 31-8-2002, cada una tributa en régimen general. **Accenture** SL tiene un 96,63%.

En el periodo de 1-9-2002 a 31-8-2003, ambas forman parte del **grupo** fiscal 243/02, que tributa en consolidación, siendo **Accenture** SL la sociedad dominante y Alnova una de las integradas en el **grupo** fiscal. **Accenture** SL tenía en ese ejercicio asimismo un 96,63%.

En los dos siguientes periodos, de 1-9-2003 a 31-8-2004 y 1-9-2004 a 31-09-2005, las dos sociedades se integran en el nuevo **grupo** fiscal, 302/03, del que es dominante la nueva holding, AHÍ y tributan en régimen de consolidación fiscal. En el primer periodo citado **Accenture** SL incrementa su participación en Alnova, llegando al 98,65%, que se mantienen en el siguiente periodo.

Según se desprende del expediente, en el primer periodo de los mencionados, 1-9-2001 a 31-8-2002, **Accenture**, en régimen de tributación individual, dotó una provisión en Alnova por importe de 22.905.386 euros, que fue íntegramente deducida en la base imponible.

Por su parte Alnova al término del periodo 2001/2002 tiene unas bases imponibles negativas pendientes de compensar de 11.388.139 euros.

En el periodo 1-9-2002 a 31-8-2003, al haber obtenido Alnova beneficios, **Accenture** SL procedió a una reversión de la provisión en la parte correspondiente a su participación, por importe de 8.101.072 euros, reconociendo el ingreso correspondiente contablemente y en su declaración individual del Impuesto sobre Sociedades, pero al



tratarse de una provisión dotada antes de la incorporación al **grupo** fiscal, en la consolidación (**grupo** 243/02) no se efectuó ninguna eliminación de ese ingreso.

Por otra parte, en la base individual de Alnova compensó BINs por importe de 7.945.709 y la base imponible declarada, que fue a la declaración consolidada fue de "0".

En el periodo 1-9-2003 a 31-8-2004, Alnova tuvo pérdidas. **Accenture** SL dotó una provisión por depreciación de la cartera por importe de 5.658.139 euros. Dado que la provisión que correspondía, en proporción a su participación en el capital y en la pérdidas (98,65%), era de 4.083.276 euros, en su declaración individual del IS **Accenture** SL realizó un ajuste extracontable positivo por la diferencia, 1.574.863 euros. En la declaración consolidada (**grupo** 302/03) se realizó la eliminación de la dotación a la provisión, por importe de 4.083.276 euros.

Por su parte Alnova declara una base imponible negativa de 6.248.154 euros.

En el periodo 1-9-2004 a 31-8-2005, Alnova obtiene beneficios por importe de 3.600.901 euros. **Accenture** SL aplica la provisión por depreciación de la cartera en la proporción pertinente y reconoce contablemente y en su declaración individual un ingreso por 3.552.290 euros. Este ingreso no tiene incidencia en la base imponible consolidada, toda vez que resulta anulado por los dos siguientes ajustes: Uno, ajuste extracontable negativo en la declaración individual, por 1.574.863 euros, importe que coincide con la diferencia que anteriormente se ha expuesto que ajustó extracontablemente en su declaración individual del periodo anterior. Es decir el exceso en la dotación que se había ajustado en la declaración anterior vuelve a computarse como deducible en este ejercicio. Dos, ajuste de consolidación, en la declaración consolidada, con el que se incorpora la eliminación de la reversión, por diferencia entre el ingreso contable reconocido (3.552.290 euros) y el ajuste extracontable negativo de la declaración individual, referido como Uno (1.574.863 euros); es decir, por 1.977.426 euros. Señala la Inspección que con estos dos ajustes se anuló en la base imponible consolidada el efecto de la reversión de la provisión por depreciación de la participación en Alnova.

Son estos dos ajustes los que la Inspección regulariza y con los que la entidad hoy recurrente muestra su discrepancia. Asimismo, se señala que Alnova, por su parte, compensa BINs pendientes por importe de 3.252.122 euros, con lo que la base imponible declarada a verter a la consolidada es de "0".

Sostiene la recurrente, reiterando lo expuesto en la vía económico-administrativa previa, que el ajuste negativo del ingreso derivado de la reversión (por **Accenture**) de la provisión de cartera (en Alnova) efectuada en 2004/2005 es una "eliminación" de un resultado intragrupo (y no una incorporación de una eliminación previa, dado que las incorporaciones sólo están previstas para casos en los que los resultados intragrupo se realizan frente a terceros). Afirma que este ajuste procede en todo caso, de acuerdo con los artículos 71 y 72 del TRLIS.

Pero, aún cuando se admitiera que estamos ante un tipo de eliminación especial (inversión fondos propios), lo que supone, según la Inspección y el TEAC, que el ingreso por la reversión de una provisión de cartera (realizada en consolidación) sólo será no computable si dicha provisión se dotó en consolidación, "debemos entender que tal reversión deberá asignarse a la provisión acumulada, no conforme a un criterio FIFO, sino desde la parte de la provisión dotada tras la incorporación en el **grupo** fiscal". Ello nuevamente comporta que el ingreso habido en 2004/2005 deba eliminarse, puesto que todas las provisiones dotadas en consolidación (en 2003/2004) fueron eliminadas, bien a nivel individual, bien en la declaración consolidada.

Subsidiariamente defiende la necesaria distinción entre el ajuste realizado a nivel individual y el realizado a nivel consolidado.

DECIMOQUINTO. Esta Sala y Sección en Sentencia de fecha 15 de abril de 2010, recaída en el recurso núm. 101/2007, entre otras, ya se ha pronunciado sobre las cuestiones ahora debatidas, tanto en relación con la primera de las discrepancias que manifiesta la recurrente relativa a considerar que no estamos ante una eliminación inversión-fondos propios, como en relación a la segunda atinente al método a aplicar para realizar el ajuste, cuyos razonamientos procede reproducir por razones de identidad de doctrina y de seguridad jurídica, en los que se declara:

« **TERCERO** .- Respecto de las eliminaciones e incorporaciones a efectos de determinar la base imponible consolidada, debe significarse que esta Sala, en diversas sentencias, ha acogido la tesis del TEAC en relación con la naturaleza y efectos de la recuperación de las dotaciones por depreciación de cartera -o los denominados fondos de fluctuación de valores, que es otra denominación para provisiones de la misma esencia-, fundamentalmente en lo que se refiere a la diferencia sustancial entre las eliminaciones a que se refiere el artículo 85.1.b) y c) de la Ley 43/1995, dirigidas en su finalidad a neutralizar los efectos de signo contrario en las operaciones intragrupo, con las eliminaciones que discurren en la denominada relación inversión-fondos propios, que no vienen referidos a esa necesidad, sino a la corrección de valor de las sociedades participadas basadas en provisiones dotadas para precaverse de la eventual pérdida de valor de la cartera, que es cuestión distinta.



A tal respecto, procede recoger los razonamientos del TEAC en relación con este motivo, que esta Sala acoge en su integridad:

"TERCERO.- La segunda cuestión planteada se refiere a la procedencia de los ajustes de consolidación practicados por la reclamante y correspondientes a la reversión de provisiones que fueron dotadas en periodos en los que el **grupo** no tributó en régimen de consolidación fiscal".

"La cuestión que debe resolverse, en síntesis, consiste en determinar si es correcta la operativa de la entidad en el ejercicio 2001, consistente en llevar a cabo lo que en la terminología del régimen especial de consolidación fiscal se denomina incorporación de una eliminación, centrada en la provisión por depreciación de la cartera de acciones que la dominante tiene de una dependiente, cuando la dotación a la provisión se produjo en un ejercicio en que no formaban parte del **grupo** fiscal".

"Como primera consideración, ha de advertirse, que la eliminación de la dotación a la provisión por depreciación de la participación de una sociedad dependiente no es una "eliminación de resultados por operaciones internas" sino una "eliminación inversión-fondos propios"; y ello puede afirmarse tanto desde el punta de vista de su naturaleza, pues no se trata de transacciones entre entidades, determinante de resultados, sino del registro contable en la participante de las pérdidas de la participada; como desde el de la clasificación mercantil de las eliminaciones. Así se desprende de los artículos 22 a 33 del R.D. 1815/1991, de 20 de diciembre, por el que se aprueban las normas para la formulación de las cuentas anuales consolidadas, en desarrollo reglamentario de los artículos 42 a 49 del Código de Comercio. La normativa contable contempla la eliminación de la provisión de cartera en relación con la eliminación inversión-fondos propios y no en las eliminaciones por operaciones internas. En particular resulta significativo a este respecto el artículo 22.1, a cuyo tenor "la eliminación inversión-fondos propios es la compensación del valor contable de la participación, directa o indirecta, de la sociedad dominante en el capital de la sociedad dependiente con la parte proporcional de fondos propios de la mencionada sociedad dependiente en la fecha de la primera consolidación...". Este criterio ha sido mantenido por este Tribunal Central en Resoluciones de 26 de septiembre de 2003 y de 30 de marzo de 2006".

"Lo anterior es importante para comprender la correcta aplicación de la normativa. El artículo 85.1 de la Ley 43/1995, en la redacción anterior a la Ley 24/2001, disponía: "La base imponible del **grupo** de sociedades se determinara sumando:

- a) Las bases imponibles correspondientes a todas y cada una de las sociedades integrantes del **grupo**.
- b) Las eliminaciones.
- c) Las incorporaciones de las eliminaciones practicadas en ejercicios anteriores".

"El apartado 1 anterior contiene una enumeración general de partidas determinantes de la base imponible. Por lo tanto, ello autoriza, a juicio de este Tribunal, a entender que bajo la expresión "incorporaciones de las eliminaciones practicadas en ejercicios anteriores" se ampara cualquier incorporación de eliminaciones, siempre que se hubiera realizado con posterioridad a su pertenencia al **grupo**, pues dado que la norma está destinada a regular la determinación de la base imponible del **grupo** de sociedades es dentro de este especial régimen donde desenvuelve su eficacia, de modo que las incorporaciones requieren una previa eliminación practicada en ejercicios anteriores en los que fuese de aplicación dicho régimen; además, resulta evidente que la existencia de una eliminación de las aquí contempladas sólo tiene razón de ser en el régimen de los **grupos** de sociedades y no en el de tributación individual, en el que de cumplirse los requisitos previstos para la provisión en cuestión, las dotaciones a la provisión por depreciación de cartera no son objeto de eliminación y son plenamente deducibles en la base imponible individual de una empresa".

"Ante esa falta de precisión del precepto, la especificación de las eliminaciones que han de tenerse en cuenta para la determinación de la base imponible del **grupo** fiscal, ha de buscarse en el ámbito mercantil contable y es ahí donde encontramos la clasificación de las eliminaciones que recoge el R.D. 1815/1991, al que nos hemos referido en el fundamento segundo, entre las que se encuentran tanto las eliminaciones por inversión-fondos propios (artículos 22 a 33) como las correspondientes a partidas recíprocas y a resultados por operaciones internas (artículos 34 a 42). El artículo 27.3 dispone, a propósito de la eliminación inversión-fondos propios en consolidaciones posteriores a la primera consolidación: "En todo caso, se eliminarán previamente las correcciones valorativas correspondientes a la inversión en el capital de la sociedad dependiente realizadas con posterioridad a su pertenencia al **grupo**". Esta norma regula el tratamiento de esta corrección valorativa de forma completa: la corrección de valor (provisión) debe eliminarse en el ejercicio en el que se practica; y correlativamente la anulación de dicha eliminación (la incorporación) debe practicarse cuando se produzca la anulación de la corrección de valor (reversión), siempre, naturalmente que la primera, de la que la incorporación no es sino el colofón, se hubiera realizado con posterioridad a la inclusión en el **grupo**".



"En el caso que nos ocupa, la interesada minoró la base imponible del **Grupo** en el importe del ingreso contabilizado por la recuperación de valor de las participaciones. Ahora bien, cuando la entidad dotó la provisión que ahora revierte fue en ejercicios en los que no tributaba en el régimen especial de consolidación, por lo que no se llevó a cabo eliminación alguna de la base imponible del Impuesto, que no procedía en régimen de tributación individual, y, por ende, la dotación a la provisión por depreciación de valores tuvo la consideración de gasto fiscalmente deducible, de cumplir con los requisitos previstos, para la determinación de la base imponible individual de la sociedad que la dotó. Quiere esto decir que cuando en el ejercicio aquí en cuestión, en que tributa en régimen de consolidación, a la hora de determinar la base imponible del **Grupo**, minoró el importe contabilizado como ingreso por la recuperación de valor, está en realidad llevando a cabo una incorporación de una eliminación que no practicó. Como se ha expuesto, la incorporación de una eliminación, que justificaría que la reclamante pudiese corregir la base del **grupo**, minorando el ingreso contabilizado, requeriría que previamente se hubiera producido en la base del **grupo** la eliminación de la corrección valorativa en que la dotación a la provisión consistía; ese aumento entonces de la base del **grupo** justificaría ahora, en el ejercicio de la recuperación de valor, que la reversión de la provisión coincidiera positivamente en la base y, por ende, se minorase fiscalmente el ingreso contabilizado".

"Este esquema de tributación en el régimen consolidado tiene coherencia en la medida en que se mantiene el tratamiento previsto dentro del **Grupo** en los distintos estadios por los que la provisión puede atravesar. Así, la eliminación de la corrección valorativa en cuanto a la depreciación de valores se proyecta, básicamente en lo que aquí interesa, en dos momentos: uno en el que se dota la provisión y, por tanto, se practica la corrección valorativa en la contabilidad individual; en éste es en el que, de tributarse en el régimen especial de consolidación, procede la eliminación a efectos del **Grupo**, aumentando la base imponible del Impuesto sobre Sociedades en el importe de la dotación; y otro, en el que, por producirse la recuperación de valor, se aplica la provisión en la contabilidad individual de la dominante, es decir, la corrección valorativa se deshace y se integra como ingreso en aquélla; la simetría de tratamiento requiere que en este segundo momento "se incorpore" la eliminación, es decir, se lleve a cabo en la base del **Grupo** la eliminación en sentido contrario del ingreso contabilizado. La necesidad de esta simetría ha sido ya puesta de manifiesto por este Tribunal en Resolución de 16 de diciembre de 2005, que se pronunciaba ya en los siguientes términos:

"De conformidad con la normativa reguladora de la base imponible en consolidación, recogida en el RD. 1414/1977, de 17 de junio, que desarrolló lo previsto en el Decreto Ley 15/1977, de 25 de febrero, sobre **Grupos** de Sociedades, y en concreto con su artículo 11, así como con lo dispuesto en el R.D. 1815/91, de 20 de diciembre, que aprobó las normas para la formulación de las cuentas anuales consolidadas (artículos 22 y 23 sobre eliminaciones inversión-fondos propios), resulta que la provisión dotada por la dominante del **grupo** por la depreciación de su participación en el capital de las dependientes y la recuperación de dicha depreciación contabilizada como ingreso han de eliminarse en la determinación de la base imponible del **grupo**. Al contrario, no será objeto de eliminación la recuperación de valor en la medida en que la provisión se haya dotado con anterioridad a la pertenencia al **grupo** de la sociedad dependiente, lo cual es lógico pues la recuperación se corresponde con una dotación que fue gasto fiscalmente deducible".

"La conclusión que aquí se alcanza se extrae de una combinación de los criterios interpretativos literal, lógica y sistemática de la normativa vigente en los periodos impositivos afectados. No es necesario acudir a la versión del artículo 87.3 según la redacción que dio la Ley 24/2001, que a juicio de la reclamante introdujo una restricción, cuya aplicación a unos ejercicios anteriores supone un atentado al principio de seguridad jurídica. Por el contrario este Tribunal considera que esta limitación no es introducida "ex novo" por la mencionada Ley sino que responde a una simetría, consecuencia lógica del propio sistema de tributación de los **grupos** de sociedades, que se hallaba subsumida ya en el artículo 85.1 en su redacción inicial, y en la normativa contable supletoria de aquélla, que ya hemos tenido ocasión de analizar".

"La redacción dada al artículo 87.3 por la Ley 24/2001 fue la siguiente: "Se practicará la incorporación de la eliminación de la corrección de valor de la participación de las sociedades del **grupo** fiscal cuando las mismas dejen de formar parte del **grupo** fiscal y asuman el derecho a la compensación de la base imponible negativa correspondiente a la pérdida que determinó la corrección de valor. No se incorporará la reversión de las correcciones de valor practicadas en periodos impositivos en los que la entidad participada no formó parte del **grupo** fiscal". La precisión introducida en el artículo 87.3 por la Ley posterior ciertamente supone una explicitación en el ámbito tributario del criterio en cuestión y en ese sentido, una mejora técnica, pero no una innovación. Así se desprende también de la justificación de la enmienda publicada en el B.O. de las Cortes-Senado, de 30 de noviembre de 2001, que propuso la redacción del mencionado artículo 87 en los términos en que quedó finalmente redactado en la Ley 24/2001. Dicha justificación rezaba así: "Mejora técnica para clarificar cómo debe producirse la incorporación de la eliminación relativa a la corrección de valor correspondiente a las participaciones de las sociedades que forman el **grupo** fiscal".



"En conclusión, pues, de todo lo anterior este Tribunal confirma que no procede el ajuste negativo pretendido por el **Grupo** en el ejercicio comprobado, dada la inexistencia de una previa eliminación de la dotación realizada en su día. Lo que conduce a desestimar la pretensión formulada por la reclamante".

CUARTO .- El expresado criterio del TEAC coincide con el fijado por esta Sala en diversas sentencias, entre las que cabe mencionar la de 18 de febrero de 2010 (recurso nº 471/06) y la que ésta cita, desestimando el motivo aducido al respecto en el proceso en que se planteó, la de esta Sala y sección de 28 de octubre de 2008, recaída en el recurso nº 542/2005, que se pronuncia en los siguientes términos sobre la cuestión:

"NOVENO: INCORPORACIÓN DE ELIMINACIONES POR DOTACIONES A LA PROVISIÓN POR DEPRECIACIÓN DE CARTERA.

El último de los motivos es el relativo a la procedente incorporación de eliminaciones (con signo negativo) por dotaciones a la provisión por depreciación de cartera de sociedades excluidas del **Grupo**, realizada conforme al art. 95.3, de la Ley 43/95 , de forma que determinó la base imponible del Impuesto y autoliquidó el mismo. Cita resoluciones de la Dirección General de Tributos, manifestando que no existe laguna legal acudiendo al concepto de "operación interna", sin que exista doble aprovechamiento de pérdidas".

"Los hechos que dieron a la regularización practicada por la entidad en su autoliquidación fueron, primero, el que en 1994 y 1995 el **Grupo** practicó eliminaciones positivas de las dotaciones efectuadas por depreciación de las participaciones accionariales en varias sociedades del **Grupo** que sufrieron pérdidas, con el fin de evitar un doble cómputo de éstas, en las bases de las dominadas y en la del **Grupo**; actuación que fue correcta. Y segundo, que al abandonar a partir de 1 de enero de 1996 el **Grupo** aquellas sociedades (como consecuencia de haberse enajenado las acciones de las mismas por las sociedades participantes), el propio **Grupo**, en la declaración-liquidación consolidada de 1996 incorporó con signo negativo aquellas eliminaciones, con fundamento en el artículo 87 LIS".

"Sobre las "incorporaciones" trata el art. 87, de la Ley del Impuesto sobre Sociedades , al disponer: "1. Los resultados eliminados se incorporarán a la base imponible del **grupo** de sociedades cuando se realicen frente a terceros.

2. Cuando una sociedad hubiere intervenido en alguna operación interna y posteriormente dejase de formar parte del **grupo** de sociedades, el resultado eliminado de esa operación se incorporará a la base imponible del **grupo** de sociedades correspondiente al período impositivo anterior a aquel en que hubiere tenido lugar la citada separación".

"Como se desprende de la lectura de este precepto, las "incorporaciones" responden a los "resultados eliminados" derivados de "operaciones internas" en las que intervino una sociedad del **grupo** que con posterioridad "deja de formar parte del **Grupo**". Este es el sustrato fáctico en el que se asientan las "incorporaciones".

"En el presente caso, como se ha expuesto antes, el origen de las incorporaciones realizadas por la entidad no derivan de "operaciones internas", sino por la depreciación de las participaciones accionariales en varias sociedades del **Grupo** que sufrieron pérdidas, cuyo tratamiento tributario es distinto".

"Se trata más bien, como declara la Inspección, de una eliminación "inversión-fondos propios", a la que es aplicable el Real Decreto 1815/1991, y que, en su art. 27.3 se refiere a las eliminaciones de las correcciones valorativas relativas a las participaciones intragrupo, que sólo deben anularse, es decir, incorporarse cuando la corrección de valor se anule por haber desaparecido la causa que la motivó (art. 39.4 del Código de Comercio), o sea, cuando beneficios posteriores compensen las pérdidas que la motivaron".

"Entender lo contrario supondría, como estima la Inspección, el cómputo por partida doble de una misma pérdida, aunque en diferente ejercicio: primero, en aquel en que la pérdida se produjo en la participada; después, en el ejercicio en que ésta sale del **Grupo**".

"Ya, en el art. 87.3 de la Ley 43/1995 , redacción dada por la Ley 34/2001, se trata de forma más clara esta cuestión, al establecer que: "3. Se practicará la incorporación de la eliminación de la corrección de valor de la participación de las sociedades del **grupo** fiscal cuando las mismas dejen de formar parte del **grupo** fiscal y asuman el derecho a la compensación de la base imponible negativa correspondiente a la pérdida que determinó la corrección de valor. No se incorporará la reversión de las correcciones de valor practicadas en períodos impositivos en los que la entidad participada no formó parte del **grupo** fiscal"; pues esta norma admite la incorporación de la eliminación antes practicada cuando las pérdidas de la participada que sale del **grupo** no se pudieron compensar con los beneficios de las demás integrantes de éste mientras perteneció a él, pues entonces no se computa doblemente la pérdida; de forma que, si la sociedad que sale del **grupo** no vuelve a obtener beneficios tras su salida del **grupo**".



Procede, por tanto, la desestimación del recurso en cuanto al presente motivo, a lo que debe añadirse que, pese al meritorio esfuerzo dialéctico desplegado en la demanda a propósito de si la reforma operada en el artículo 87.3 LIS por la Ley 34/2001, que ambas partes admiten como inaplicable al caso de autos, entraña una reforma sustantiva del precepto en su versión anterior o, por el contrario, es una clarificación de mero alcance interpretativo, la Sala no considera admisible la interpretación propugnada en el escrito de demanda, dicho sea con el máximo respeto, y ello no sólo porque los antecedentes citados en relación con los trabajos parlamentarios que condujeron a la redacción final del precepto -y en la parte que interesa, en la Exposición de Motivos- no son tan claramente expresivos de esa tesis, pues el TEAC ha opuesto a esa opinión el hecho de la justificación de la enmienda que condujo al texto final; sino porque en la interpretación de las normas no ha de estarse a la denominada *mens legislatoris*, esto es, a la intención de los autores de la ley, sino a la *mens legis*, de la que esta Sala estima que ya en el espíritu de la norma *ratione temporis* aplicable al caso se encontraba la exigencia indeclinable, necesaria para evitar la doble deducción de una misma pérdida, del tratamiento fiscal diferenciado de las eliminaciones por corrección de valor respecto de las derivadas de operaciones internas del **grupo**, al margen de que en la sentencia mencionada, de 28 de octubre de 2008, recaída en el recurso nº 542/2005, esta Sala afirmó con total claridad que "...Ya, en el art. 87.3 de la Ley 43/1995, redacción dada por la Ley 34/2001, se trata de forma más clara esta cuestión...".

QUINTO.- Una vez determinada la procedencia de la regularización en cuanto a la naturaleza jurídica del ajuste de consolidación practicado por la Inspección, que esencialmente cabe resumir diciendo que no estamos ante una eliminación *ex novo*, como se sostiene en la demanda, sino ante la recuperación de una eliminación que es improcedente por no haberse producido previamente la eliminación de que aquélla es su reverso y, a la vez, condición necesaria, con fundamento en que procede diferenciar, atendido su régimen jurídico, el tratamiento fiscal de las eliminaciones que discurren en el seno de las correcciones de valor propias del ámbito objetivo de "inversión-fondos propios", como la que nos ocupa, de las eliminaciones por operaciones internas o intragrupo, queda la cuestión valorativa, subordinada a la anterior, en cuanto al método que debe aplicarse para realizar el ajuste, habida cuenta que las provisiones proceden de dotaciones llevadas a cabo en ejercicios distintos, sólo algunos de los cuales fueron anteriores a la aplicación del régimen de consolidación fiscal propia del **grupo** demandante. A tal fin, cabe también reproducir los razonamientos del TEAC al respecto:

"CUARTO.- En el caso que nos ocupa, se plantea una cuestión adicional: cuando las provisiones de cartera que revierten en un periodo impositivo en el que es de aplicación el régimen de consolidación fiscal, proceden de dotaciones efectuadas, parcialmente, tanto en periodos impositivos en los que ha sido de aplicación el régimen de tributación individual como en periodos impositivos en los que se ha aplicado el régimen de consolidación fiscal, ¿de qué periodos impositivos proceden las correcciones de valor que revierten; de los de tributación individual, de los de tributación consolidada o de ambos? La Inspección aplicó un criterio FIFO, pretendiendo la reclamante la aplicación del criterio LIFO".

"Para resolver esta cuestión, es preciso acudir al artículo 88.2 de la LIS, según el cual "las bases imponibles 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...". De acuerdo con lo anterior, la compensación de las pérdidas obtenidas en periodos impositivos de tributación individual, se encuentra vinculada a la obtención de beneficios por la propia sociedad en los periodos impositivos en los que se aplica el régimen de consolidación fiscal. Esta vinculación, unida a la estrecha relación existente entre las pérdidas y la provisión dotada por la entidad titular de la participación, permiten concluir que la reversión de la corrección de valor debe asignarse, en primer lugar, a las dotaciones efectuadas en los ejercicios en los que fue de aplicación el régimen de tributación individual (criterio FIFO), ya que los beneficios obtenidos por la sociedad participada, que determinan dicha reversión, serán objeto de compensación en la base imponible del **grupo** fiscal. Además, la aplicación de esta regla permite mantener la neutralidad del tributo".

La Sala comparte este razonamiento del TEAC, que se funda acertadamente en la vinculación entre las provisiones por depreciación de los valores de la cartera de las sociedades participadas con las pérdidas que puedan ser el resultado de la consumación de esa depreciación y, por ende, con la eventual generación de bases imponibles negativas. Por lo demás, ni la doctrina científica es fuente del Derecho -a los efectos de conceder valor vinculante a las opiniones de los juristas mencionados en la demanda-, ni la condición de "destacados miembros de la Administración tributaria" que de los autores citados se predica no puede ser interpretada como la asunción de aquéllas por la Administración a los efectos de la aplicación de la doctrina de los actos propios que parece sugerirse y que, para tener virtualidad, requeriría su plasmación en actos de decisión. A tal efecto, por elevada que sea la posición funcional de tales autores -cuyo criterio esta Sala respeta- ni su opinión puede equivaler al criterio de la Administración, que actúa a través de sus órganos propios y conforme a los procedimientos establecidos, ni alcanza mayor valor que la opinión de otros autores que opinasen cosa distinta, todo ello partiendo de la improcedente cita de doctrina para sustentar las pretensiones procesales, amén de que



las citas que se plasman en la demanda no son expresivas per se del pretendido error jurídico que se imputa a la Administración.

Tampoco puede aceptarse la tesis de que la postura del TEAC no encuentra amparo legal, al no preverse para esta excepcional situación que haya de aplicarse el sistema FIFO y no el LIFO pues, aun siendo así, el TEAC ha acudido razonablemente a la interpretación del artículo 88.2 LIS con arreglo a su tenor literal, naturaleza y finalidad; siendo así que, llevado al extremo el razonamiento, tampoco la demanda hallaría apoyo en la Ley, por las mismas razones, para aplicar el método que propugna».

Las consideraciones expuestas, con las necesarias adaptaciones temporales -el artículo 73.3 TRLIS se expresa en idénticos términos que el artículo 87.3 anteriormente referido- resultan de aplicación al supuesto ahora enjuiciado.

En efecto, tal y como expone la resolución que se revisa, es precisa una simetría de tratamiento entre la eliminación del gasto a efectos del **Grupo** de sociedades en el ejercicio en que se dota la provisión y la posterior anulación de dicha eliminación también a efectos del **Grupo** en el ejercicio en que se produzca la reversión de dicha provisión no considerando el correspondiente ingreso. Este juego de las eliminaciones e incorporaciones de las correcciones valorativas de las participaciones en sociedades del **grupo** solo tiene sentido en el régimen de los **grupos** de sociedades y no en el de tributación individual, en el que las dotaciones a la provisión por depreciación de cartera no son objeto de ninguna eliminación y son plenamente deducibles. Por ello, en la medida en que la provisión se haya dotado con anterioridad a la incorporación de la participada en el **grupo** fiscal, la recuperación de valor (es decir, el ingreso), nunca podrá ser objeto de eliminación, puesto que dicha recuperación se corresponderá con una dotación que previamente habrá sido gasto fiscalmente deducible.

Aplicado al caso que nos ocupa, si se siguiera el criterio aplicado por la entidad hoy recurrente (criterio LIFO) se obtendría un doble beneficio fiscal, por un lado la deducibilidad del gasto por depreciación de la cartera, cuando esta cartera ya ha recuperado su valor en el importe de ese gasto, y por otro la compensación de las pérdidas que han dado lugar a la depreciación de la participación. Así se pone de manifiesto en que, conforme al criterio aplicado por el sujeto pasivo, el impacto de la tributación del **grupo**, en los dos ejercicios 2003/04 y 2004/05 es: minoración de la BI consolidada en 6.248.154, de la BI de Alnova, en el periodo que la base positiva de Alnova no tributa en el seno del **grupo**. En suma, provoca que en el periodo 2004/05 deje de tributarse por la renta obtenida en el ejercicio.

Por el contrario del criterio aplicado por la Inspección se sigue la neutralidad, al quedar gravada precisamente la renta obtenida en el ejercicio, que coincide con el gasto deducido al dotarse la provisión en ejercicios anteriores a la incorporación al **grupo** fiscal.

Si **Accenture** SL hubiera tributado en régimen general y no en consolidación fiscal, la recuperación de valor de la participación se hubiera recogido como ingreso en la base imponible, compensando el gasto de la dotación a la provisión y Alnova por su parte hubiera compensado las pérdidas, quedando esta compensación como único beneficio. Como este Tribunal ha venido sosteniendo, debe procurarse que este esquema no se vea alterado por razón de la consolidación fiscal. Por ello se considera más conforme con esta neutralidad en los ajustes del valor de la participación sobre la base imponible consolidada, que la aplicación de la provisión se corresponda con las dotaciones inicialmente efectuadas. Por ello ha de concluirse con la Inspección en la improcedencia de la anulación de la reversión que el **grupo** realiza con los ajustes debatidos, confirmándose la regularización practicada en este punto.

Conforme a cuanto antecede, la conclusión que se alcanza no es otra que la desestimación de los motivos de impugnación esgrimidos, y la consiguiente confirmación de la resolución del TEAC combatida.

DECIMOSEXTO. En virtud de lo expuesto, procede la desestimación del recurso y consiguiente confirmación de la resolución recurrida por su conformidad a Derecho.

De conformidad con el art. 139.1 de la LRJCA de 13 de julio de 1998, en su redacción anterior a la Ley 37/2011, de 11 de octubre, de medidas de agilización procesal, no se aprecian circunstancias de mala fe o temeridad que determinen expresa imposición de las costas causadas en este proceso.

FALLO

En atención a lo expuesto y en nombre de Su Majestad El Rey, la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional ha decidido:

DESESTIMAR



el recurso contencioso administrativo interpuesto por la representación procesal de la Entidad **ACCENTURE HOLDINGS IBERIA S.L.** contra la resolución del Tribunal Económico Administrativo Central de fecha 24 de noviembre de 2009, a que las presentes actuaciones se contraen, y **CONFIRMAR** la resolución recurrida por su conformidad a Derecho.

Sin imposición de costas.

Al notificarse la presente sentencia se hará la indicación de recursos que previene el artículo 248.4 de la Ley Orgánica 6/1985 de 1 de julio, del Poder Judicial .

Así por esta nuestra Sentencia, testimonio de la cual será remitido en su momento a la Oficina Pública de origen, a los efectos legales oportunos, junto con el expediente de su razón, en su caso, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN. Leída y publicada ha sido la anterior Sentencia por la Magistrada Ponente en la misma, Ilma Sra. D^a ESPERANZA CORDOBA CASTROVERDE, estando celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional; Certifico.

FONDO DOCUMENTAL CENJOS