



Roj: **STS 3952/2020** - ECLI: **ES:TS:2020:3952**

Id Cendoj: **28079130022020100575**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Madrid**

Sección: **2**

Fecha: **25/11/2020**

Nº de Recurso: **4993/2018**

Nº de Resolución: **1605/2020**

Procedimiento: **Recurso de Casación Contencioso-Administrativo (L.O. 7/2015)**

Ponente: **NICOLAS ANTONIO MAURANDI GUILLEN**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAN 1603/2018,**
ATS 13504/2018,
STS 3952/2020

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Segunda

Sentencia núm. 1.605/2020

Fecha de sentencia: 25/11/2020

Tipo de procedimiento: R. CASACION

Número del procedimiento: 4993/2018

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 10/11/2020

Ponente: Excmo. Sr. D. Nicolás Maurandi Guillén

Procedencia: AUD.NACIONAL SALA C/A. SECCION 4

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Gloria Sancho Mayo

Transcrito por: FGG

Nota:

Entrega de una cantidad global que comprende dos partes: el valor de las acciones transmitidas y otras suma correspondiente a dividendos no repartidos.

Fiscalmente la primera suma desde calificarse como rendimientos de capital mobiliario; y la segunda suma de ganancia patrimonial.

R. CASACION núm.: 4993/2018

Ponente: Excmo. Sr. D. Nicolás Maurandi Guillén

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Gloria Sancho Mayo

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Segunda

**Sentencia núm. 1605/2020**

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Nicolás Maurandi Guillén, presidente

D. José Díaz Delgado

D. Ángel Aguillo Avilés

D. José Antonio Montero Fernández

D. Francisco José Navarro Sanchís

D. Jesús Cudero Blas

D. Isaac Merino Jara

D^a. Esperanza Córdoba Castroverde

En Madrid, a 25 de noviembre de 2020.

Esta Sala ha visto el recurso de casación que con el número 4993/2018 ante la misma pende de resolución, interpuesto por Promociones Agrarias de Levante, S.A., representada por la procuradora doña Pilar Cermeño Roco y defendida por el abogado don Jesús de Grado Trabanca, contra la sentencia de 11 de abril de 2018 de la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional (dictada en el recurso contencioso-administrativo núm. 42/2016).

Siendo parte recurrida la Administración General del Estado representada y defendida el Abogado del Estado.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Nicolás Maurandi Guillén.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La sentencia aquí recurrida tiene la siguiente parte dispositiva:

" **FALLAMOS:**

DESESTIMAMOS el recurso contencioso-administrativo núm. **42/2016**, interpuesto por la Procuradora doña Pilar Cermeño Roco, en nombre de **PROMOCIONES AGRARIAS DE LEVANTE, S.A.** contra la resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central (TEAC), dictada el 5 de noviembre de 2015 en la reclamación núm. (...).

CONDEMAMOS (sic) a la recurrente al pago de las costas procesales".

SEGUNDO.- Notificada la anterior sentencia, por la representación procesal de Promociones Agrarias de Levante, S.A., se preparó recurso de casación, y la Sala de instancia lo tuvo por preparado y remitió las actuaciones a este Tribunal con emplazamiento de las partes.

TERCERO.- Recibidas las actuaciones, el auto de 12 de diciembre de 2018 de la Sección Primera de esta Sala Tercera del Tribunal Supremo resolvió admitir el recurso de casación y determinar cuál era la cuestión que presentaba interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia, lo que efectuó en los términos que se indican más adelante en el apartado de "*fundamentos de derecho*" de la actual sentencia.

CUARTO.- La representación procesal de Promociones Agrarias de Levante, S.A., presentó escrito de interposición de su recurso de casación en el que, tras exponer las infracciones normativas y jurisprudenciales reprochadas a la sentencia recurrida, se terminaba así:

" **A LA SALA SUPLICO:** Que habiendo presentado este escrito, con sus copias, se sirva admitirlo, y, en su virtud, me tenga por personada y parte, y tenga por **INTERPUESTO RECURSO DE CASACIÓN**, en tiempo y forma, contra la Sentencia de **11 de abril de 2018 dictada por la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, Sección Cuarta, recurso 42/2016**, previos los trámites procesales procedentes, en su día dictar Sentencia por la que, casando y anulando la Sentencia recurrida ya referenciada, se estime plenamente nuestro recurso en los términos interesados".

QUINTO.- El Abogado del Estado también formalizó su oposición al recurso de casación con un escrito que finalizaba así:

" **SUPLICA A LA SALA:** que (...) por formulada oposición al recurso de casación, previo los trámites oportunos e interpretando los artículos 25.1 y 33.1 de la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y sobre el Patrimonio y de modificación parcial de las leyes de los Impuestos sobre



Sociedades, sobre la Renta de no Residentes y sobre el Patrimonio, así como los artículos 13 y 15 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, en la alegación TERCERA de este escrito, dicte sentencia por la que lo desestime confirmando la sentencia recurrida".

SEXTO.- Se señaló para votación y fallo del presente recurso la audiencia de 10 de noviembre de 2020.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- *Reseña inicial de los hechos y actos administrativos litigiosos y del proceso jurisdiccional seguido en la instancia; e indicación de quien es la parte recurrente en la actual casación.*

1.- Como consecuencia de las actuaciones de comprobación e investigación que se siguieron a Promociones Agrarias de Levante, S.A. (PRALESA), la Dependencia de Control Tributario y Aduanero, Delegación Central de Grandes Contribuyentes de la A.E.A.T., resolvió practicarle liquidación por el concepto de Retenciones/Ingresos a cuenta del capital mobiliario 2017 del ejercicio 2007.

A este respecto la sentencia recurrida hace constar lo siguiente:

"La regularización practicada consistió en calificar, en base al artículo 13 de la Ley General Tributaria, Ley 58/2003, como rendimiento de capital mobiliario sujeto a retención la compra en 19 de noviembre de 2007, de 74 acciones propias por parte de Promociones Agrarias de Levante, S.A. a sus accionistas".

2.- La mencionada mercantil planteó reclamación económico-administrativa y le fue desestimada por resolución de 5 de noviembre de 2015 del Tribunal Económico Administrativo Central.

3.- Promociones Agrarias de Levante, S.A., interpuso recurso contencioso-administrativo frente a la resolución anterior y le fue desestimado por la sentencia que es objeto de esta casación.

4.- El recurso de casación ha sido interpuesto también por Promociones Agrarias de Levante, S.A.

SEGUNDO.- *La cuestión que presenta interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia según el auto de admisión del recurso de casación.*

" 2º) Precisar la cuestión que presenta interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia, que consiste en:

Determinar si, conforme a los artículos 25.1 y 33.1 de la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y de modificación parcial de las leyes de los Impuestos sobre Sociedades, sobre la Renta de no Residentes y sobre el Patrimonio, en el supuesto de transmisión de acciones o participaciones sociales a una sociedad, que las adquiere como autocartera, cuando el dominio sobre tales títulos-valores se encuentra desmembrado en usufructo y nuda propiedad, debe calificarse la renta derivada de tal transmisión como rendimiento del capital mobiliario o como ganancia de patrimonio.

3º) Identificar como normas jurídicas que, en principio, serán objeto de interpretación los artículos 25.1 y 33.1 de la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y de modificación parcial de las leyes de los Impuestos sobre Sociedades, sobre la Renta de no Residentes y sobre el Patrimonio, así como los artículos 13 y 15 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria".

TERCERO.- *Los hechos que, según la sentencia recurrida, tomo en cuenta la Administración tributaria para practicar liquidación que es objeto de controversia en el actual litigio.*

La sentencia recurrida describe tales hechos en su fundamento de derecho (FJ) segundo; y parten de los mismos y se apoyan en ellos los argumentos que luego desarrolla la Sala de instancia para justificar su fallo desestimatorio del recurso contencioso-administrativo.

La descripción básica de hechos que efectúa es ésta:

"Los hechos de los que trae causa la resolución impugnada son recogidos en ésta sin que al respecto exista controversia, y son los siguientes:

a) PROMOCIONES DE LEVANTE, S.A., (PRALESA) se constituyó como Sociedad Anónima mediante escritura pública otorgada el 10 de junio de 1986.

Desde dicha fecha, se han ido realizando sucesivas ampliaciones de capital y compraventas, de tal forma que en todo momento se respeta la circunstancia de que el matrimonio formado por (...) son los usufructuarios de la totalidad de las acciones creadas por ampliaciones de capital, cuya nuda propiedad se reparte entre los 4 hijos a partes prácticamente iguales (...).



En cuanto a las 80 acciones suscritas inicialmente en el momento de la constitución de la sociedad, la propiedad de las mismas se reparte entre los 4 hijos a razón de 20 acciones cada uno.

Asimismo, el Consejo de Administración de la sociedad en el período objeto de comprobación, lo integraban los padres y los 4 hijos en calidad de consejeros, más el secretario del Consejo que no ostentaba el cargo de consejero.

b) En la Junta General universal de accionistas, celebrada el 15 de noviembre de 2007, se acordó autorizar al Consejo de Administración de la Sociedad, conforme a lo dispuesto por el artículo 75 de la Ley de Sociedades Anónimas, para que adquiriese un máximo de 1.261 acciones de la Sociedad (esto es, hasta un máximo del 10% del capital social), las cuales están íntegramente suscritas y desembolsadas, mediante la adquisición de las mismas a sus actuales titulares según, entre otros, (...) los siguientes términos y condiciones:

- El precio mínimo de adquisición del pleno dominio de cada una de las acciones de la Sociedad será de 60.243,41 euros y, el precio máximo será el que resulte de adicionar un 10% a la cantidad mínima antes mencionada.

- El órgano de administración deberá comprobar, en cada ocasión en la que se haga uso de la presente autorización, la efectiva posibilidad de constituir la reserva indisponible prevista en el artículo 79.3º de la Ley de Sociedades Anónimas, en los términos previstos en el artículo 75.3º del mismo texto legal.

La autorización tiene por finalidad general la de permitir la legal y ordenada creación de una autocartera en la sociedad, al objeto de que ésta pueda beneficiarse de las posibilidades que permite dicho mecanismo financiero para la eventual entrada inmediata de nuevos accionistas en el capital social, especialmente a la vista de las diversas alternativas estratégicas que se están estudiando en el desarrollo de las actividades del grupo cuya cabecera es la sociedad PRALESA.

En este marco, es previsible la necesidad de nuevos recursos con los que se financien los proyectos a desarrollar. Y dentro de las diversas alternativas consideradas, cabe la posibilidad de dar entrada en el capital de la Sociedad a uno o varios socios inversores que aporten los recursos necesarios para acometer las inversiones y proyectos que forman parte del desarrollo estratégico del grupo empresarial. Así, para la eventual formalización y ejecución de algunas de dichas alternativas, resulta aconsejable disponer en la sociedad de una autocartera, a los efectos de ampliar las posibilidades concretas de la estructuración económica y jurídica con entrada de nuevos socios inversores, dadas las facilidades en cuanto a inmediatez y efectividad que esta alternativa ofrece.

En este sentido, se ha decidido proceder a satisfacer los requisitos legalmente exigidos para posibilitar, desde este mismo momento, su existencia legal, ello sin perjuicio de la utilización de la autocartera ahora autorizada en cualquier otra forma que, en cada caso, se estime conveniente.

c) Haciendo uso de dicha autorización la sociedad adquirió 74 acciones al precio unitario de 60.243,41 euros por acción, el 19 de noviembre de 2007, por importe total de 4.458.012,34 euros, sin que la entidad demandante hiciese e ingresase retención alguna en concepto de rendimientos del capital mobiliario, al entender que en sede de los socios se han producido ganancias patrimoniales por las que deben tributar en sus correspondientes autoliquidaciones de IRPF y sobre las que no ha de practicarse retención.

d) Durante los ejercicios 2004, 2005 y 2006, la sociedad realizó asimismo operaciones de compra de sus propias acciones a los socios, de modo que, adicionando las acciones propias adquiridas en 2007, se obtiene que la autocartera de la entidad está compuesta por 282 que los accionistas habían adquirido (nuda propiedad y usufructo) en junio y julio de 1986. Las 282 acciones representan un 2,24% del capital social y figuran en el activo por un importe de 11.068.790,54 euros (coincidente con el precio de compra de conjunto de todas ellas); y por el mismo importe consta en el pasivo del balance la preceptiva "Reserva indisponible por acciones propias".

e) La aplicación de los coeficientes de abatimiento prevista en la Disposición transitoria novena del Texto Refundido del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2004, redactado con efectos desde el 1 de enero de 2006, por la disposición final 1.ª de la Ley 35/2006, ha determinado que las ganancias patrimoniales de los socios derivadas de transmisión de las acciones (nuda propiedad y usufructo) efectuadas en 2004 y 2005, (...) al paso que respecto de las transmisiones en 2006 y en 2007, se sujeta únicamente la ganancia patrimonial generada desde 20 de enero de 2006 hasta la fecha de transmisión".

Los hechos anteriores se completaron con estos otros:



"Finalmente, en la resolución impugnada se deja constancia de que las operaciones reales significativas que trascendieron en el perímetro del Grupo cuya sociedad matriz era la entidad Promociones Agrarias de Levante, S.A., en los ejercicios 2006 y 2007, fueron:

- a) En 2006, la adquisición del 100% de las acciones de la empresa Uicesa Obras y Construcciones, S.A., por parte de Ploder, S.A., una sociedad filial de Promociones Agrarias de Levante, SA.
- b) En 2007, tuvo lugar una operación de Escisión Parcial, por la que PRALESA (sociedad escindida), transfirió a la entidad Eurogranson, S.L. (sociedad beneficiaria), seis sociedades SICAV (adquiridas una en 2006 y cinco en 2007) más otras tres sociedades".

CUARTO.- *La regularización tributaria que determinó la liquidación; y las razones que llevaron al TEAC a confirmar esa liquidación.*

Aparecen en el FJ tercero de la sentencia recurrida, cuya exposición debe sistematizarse así:

1.- La regularización practicada a PRALESA.

"La regularización practicada consistió en calificar, en base al artículo 13 de la Ley General Tributaria, Ley 58/2003, como rendimiento de capital mobiliario sujeto a retención la compra en 19 de noviembre de 2007, de 74 acciones propias por parte de Promociones Agrarias de Levante, S.A. a sus accionistas.

El acuerdo de liquidación originario sostiene que la operación de adquisición de acciones propias es meramente instrumental respecto del fin perseguido que sería la distribución de dividendos a los socios.

Se obtiene tal resultado tras el análisis de las peculiares circunstancias que rodean esta operación:

la escasa consistencia de la justificación declarada para la creación de autocartera (eventual venta de acciones a terceros que permitirían la entrada de recursos financieros en forma de capital);

la existencia de reservas sin distribuir;

la falta de reparto de dividendos;

la operativa de ejercicios anteriores;

la ventajosa fiscalidad que para los socios supone el tratamiento de las rentas obtenidas como ganancias patrimoniales; la existencia de vinculación familiar entre todos los socios, que además componen al consejo de administración. En apoyo de la calificación efectuada la Inspección aduce la doctrina emanada de las SSAN de 23 de febrero de 2011 (rec. 45/2010) y de 4 de junio de 2008 (rec. 395/2007), confirmada esta última por STS de 16 de mayo de 2011 (cas. 4702/2008).

Por ello, la Inspección entendió que la demandante debió retener en el cuarto trimestre de 2007 e ingresar dentro de los 20 primeros días del mes de enero de 2008, 802.041,96 euros,

que resulta de aplicar el tipo del 18%, a los 4.455.788,64 euros que representan la contraprestación íntegra de las reservas voluntarias repartidas [4.458.012,34 menos 2.223,70 euros (74 x 30,05 euros de valor nominal) de devolución de capital]."

2.- La regularización practicada a los socios de PRALESA.

"Correlativamente al anterior ajuste, a los socios de PRALESA se les practicaron los siguientes ajustes:

a) ajuste positivo, resultante de calificar como rendimiento de capital mobiliario sujeto a retención el importe obtenido por la venta de acciones de PRALESA a la propia sociedad. Las retenciones procedentes se aplican en las liquidaciones de los socios, toda vez que se han exigido previamente a la entidad PRALESA.

b) ajuste negativo, eliminando la ganancia patrimonial declarada por los socios a consecuencia de la misma venta de acciones a PRALESA".

3.- Las razones del TEAC.

"El acuerdo del TEAC abunda en las razones expuestas y se detiene en el análisis de la documentación aportada en justificación de la razón aducida para la generación de la autocartera, esto es, facilitar la entrada de nuevos accionistas de manera ordenada y sin acudir a procedimientos más costosos como la ampliación de capital.

Llega a la conclusión de que ni la documentación aportada acredita que la creación de la autocartera obedeciese a la intención manifestada por la actora, ni la realidad de los hechos acaecidos apoya la adquisición de acciones propias con la finalidad que la reclamante pretende, pues desde el año 2004 en que comenzó la creación de la autocartera no se produjo la entrada de nuevos accionistas en el capital de la sociedad".



QUINTO.- *La sentencia recurrida: la delimitación que efectúa de la controversia enjuiciada en el proceso de instancia; y de la posición defendida por la parte demandante en ese proceso.*

Lo anterior lo incluye la sentencia de la Audiencia Nacional, respectivamente, en sus FFJJ quinto (primera parte) y cuarto, que se expresan así:

1.- Delimitación de la controversia.

"La cuestión controvertida en este litigio se contrae a decidir si la adquisición por la entidad demandante de 74 acciones propias transmitidas por sus socios en calidad de nudos propietarios (los hijos del matrimonio) y usufructuarios (los cónyuges) de las mismas instrumentó un reparto de beneficios a los socios con cargo a las reservas disponibles de PRALESA que ha de ser calificada como utilidad percibida por su condición de socios, esto es, rendimientos de capital mobiliario -postura de la Administración-;

o si, por el contrario, la adquisición de la autocartera referida tiene para los socios la consideración de incremento patrimonial derivado de la venta de sus derechos sobre las acciones. En función de cuál de las calificaciones se considere correcta, la entidad demandante tendría obligación de practicar retención a cuenta como se ha considerado en la liquidación originariamente impugnada, o se trataría de un rendimiento no sujeto a retención".

2.- Posición defendida por la parte demandante.

"La demandante aduce

i) que la resolución del TEAC es contraria a la normativa reguladora del régimen de retenciones, porque aplica el régimen de los rendimientos de capital mobiliario pese a que en el caso controvertido existe un incremento patrimonial;

ii) que la Administración aplica la doctrina fijada por la Audiencia Nacional en casos de adquisición de acciones propias con reducción de capital para devolución de aportaciones cuando en el presente caso no se ha producido reducción de capital alguna;

iii) que se ha probado el fin específico y cierto de la creación de la autocartera en el ejercicio de su libertad de empresa, mientras que la Administración no ha acreditado que la adquisición de acciones propias responda a la finalidad de repartir las reservas sociales;

iv) que la Administración se ha excedido en ejercicio de la potestad de calificación atribuida por el art. 13 LGT, debiendo haber acudido al procedimiento de conflicto en aplicación de la ley o, en su caso, al de fraude - arts. 15 y 16 LGT -;

v) que ha realizado una interpretación económica del hecho imponible que está vedada por el Ordenamiento jurídico, vulnerándose así también su derecho de opción económica;

vi) que se vulneraron los principios de interdicción de la arbitrariedad, legalidad y reserva de ley en materia tributaria y el derecho de propiedad".

SEXTO.- *Regulación mercantil aplicable, según la sentencia recurrida, a esa adquisición de acciones propias que es aquí objeto de polémica.*

La expresa el FJ quinto de la sentencia de instancia:

"Hemos de partir de que la adquisición de acciones propias es una operación lícita si se mantiene dentro de los márgenes establecidos en la regulación aplicable, que en el ejercicio 2007 se contenía en los arts. 75 y 79 del Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas, cuyo tenor era el siguiente:

"Artículo 75. Adquisiciones derivativas de acciones de propias.

La sociedad sólo podrá adquirir sus propias acciones o las emitidas por su sociedad dominante dentro de los límites y con los requisitos que se enuncian seguidamente:

1º Que la adquisición haya sido autorizada por la junta general, mediante acuerdo que deberá establecer las modalidades de la adquisición, el número máximo de acciones a adquirir, el precio mínimo y máximo de adquisición y la duración de la autorización, que en ningún caso podrá exceder de dieciocho meses.

Cuando la adquisición tenga por objeto acciones de la sociedad dominante, la autorización deberá proceder también de la junta general de esta sociedad.



Cuando la adquisición tenga por objeto acciones que hayan de ser entregadas directamente a los trabajadores o administradores de la sociedad, o como consecuencia del ejercicio de derechos de opción de que aquéllos sean titulares, el acuerdo de la junta deberá expresar que la autorización se concede con esta finalidad.

2º Que el valor nominal de las acciones adquiridas, sumándose al de las que ya posean la sociedad adquirente y sus filiales y, en su caso, la sociedad dominante y sus filiales no exceda del diez por ciento del capital social.

3º Que la adquisición permita a la sociedad adquirente y, en su caso, a la sociedad dominante dotar la reserva prescrita por la norma 3ª del artículo 79, sin disminuir el capital ni las reservas legal o estatutariamente indisponibles.

Cuando la adquisición tenga por objeto acciones de la sociedad dominante, será necesario además que ésta hubiera podido dotar dicha reserva.

4º Que las acciones adquiridas se hallen íntegramente desembolsadas".

"Artículo 79. Régimen de las acciones propias.

Cuando una sociedad hubiere adquirido acciones propias o de su sociedad dominante se aplicarán las siguientes normas:

1ª Quedará en suspenso el ejercicio del derecho de voto y de los demás derechos políticos incorporados a las acciones propias y a las de la sociedad dominante.

Los derechos económicos inherentes a las acciones propias, excepción hecha del derecho a la asignación gratuita de nuevas acciones, serán atribuidos proporcionalmente al resto de las acciones.

2ª Las acciones propias se computarán en el capital a efectos de calcular las cuotas necesarias para la constitución y adopción de acuerdos en la junta.

3ª Se establecerá en el pasivo del balance de la sociedad adquirente una reserva indisponible equivalente al importe de las acciones propias o de la sociedad dominante computado en el activo. Esta reserva deberá mantenerse en tanto las acciones no sean enajenadas o amortizadas.

4ª El informe de gestión de la sociedad adquirente y, en su caso, el de la sociedad dominante, deberán mencionar como mínimo:

- a) Los motivos de las adquisiciones y enajenaciones realizadas durante el ejercicio.
- b) El número y valor nominal de las acciones adquiridas y enajenadas durante el ejercicio y la fracción del capital social que representan.
- c) En caso de adquisición o enajenación a título oneroso, la contraprestación por las acciones.
- d) El número y valor nominal del total de las acciones adquiridas y conservadas en cartera por la propia sociedad o por persona interpuesta y la fracción del capital social que representan".

SÉPTIMO.- *Rechazo por parte de la sentencia recurrida de algunas de las razones que fueron desarrolladas por la Administración tributaria y el TEAC para justificar la liquidación objeto de controversia.*

Figura en los FFJJ sexto y séptimo de la sentencia de instancia, cuyo contenido es el que sigue:

1.- Planteamiento general.

"Ciertamente no cabe realizar una ponderación aislada de los indicios a partir de los cuales se alcanza una conclusión, de modo que se prive a los mismos de la fuerza de convicción que les dota su integración en un conjunto y su consideración global.

Pero, como seguidamente veremos, el análisis individualizado de los indicios manejados por la Inspección y el TEAC no permite desvirtuar la finalidad expresada en el acuerdo social de autorización de la adquisición de acciones propias, ni tampoco encontramos que la reducida fuerza de los indicios aisladamente considerado cobre mayor importancia por su contemplación global".

2.- El beneficio fiscal pretendido por los accionistas no es determinante para la calificación jurídica de la operación de adquisición de acciones propias por parte de PRALESA.

"Con este punto de vista hemos de aceptar que el hecho de que los accionistas pudieran beneficiarse de los coeficientes reductores a los que ya hicimos referencia (coeficientes de abatimiento) no resulta determinante para la calificación jurídico fiscal de la operación contemplada. La posibilidad de beneficiarse de los coeficientes de abatimiento debido a la fecha de adquisición de las acciones es una posibilidad que se incorpora a la titularidad de las acciones en la medida en que cuando el titular las enajene se beneficiará de una



importantísima reducción de tributación que no es ilegítimo pretender optimizar. Es más, la decisión misma de enajenar unas acciones en un concreto momento y contexto puede estar condicionada precisamente por la posibilidad de acogerse a su menor tributación.

Pero es que además no se comprende del todo que en la liquidación se objete que la finalidad perseguida con la creación de la autocartera -permitir en el futuro la entrada de nuevos accionistas- se podría conseguir acudiendo a otras formas jurídicas como la ampliación de capital -que además permitiría obtener recursos- o la venta directa de las acciones por parte de los accionistas. Así, la tributación de la venta directa de las acciones por los socios se beneficiaría también de los mismos coeficientes reductores, pues su aplicación no depende de quién sea el comprador, sino de la fecha de adquisición de los bienes transmitidos. Y por lo que se refiere a la ampliación de capital, además de que, tal como se aduce en la demanda, se trata de instrumentos de complejidad y costes distintos (no vamos a decir mayores, como afirma la demanda), ha de precisarse que según el acuerdo social autorizando la adquisición de acciones propias, la finalidad de la creación de la autocartera no era únicamente allegar fondos con los que acometer nuevas inversiones. Lo que se adujo fue que se barajaba la conveniencia de la entrada de otros socios por razones que bien pudieran calificarse de estrategia empresarial a fin de acometer nuevos proyectos, pero no que la demandante necesitase ampliar sus fondos con nuevo capital, sino más bien la entrada de nuevos socios empresariales.

Consecuentemente, no es únicamente que la demandante era libre de decidir el modo a través del cual instrumentar la consecución de un objetivo lícito como entrada de nuevos socios, sino que las alternativas que en la liquidación se planteaban para conseguir el objetivo manifestado por la entidad demandante, o no tenían un coste fiscal diferente para los socios, o podrían no resultar idóneas. No son descartables, por ejemplo, opciones tales como la entrada de un nuevo socio en el accionariado de una sociedad cuya contrapartida sea precisamente la participación recíproca a través de la permuta de las correspondientes acciones; o que se prefiriese mantener en la propia sociedad el control de la entrada de nuevo accionariado transmitiéndole las acciones de la autocartera en lugar de residenciar el consentimiento a la entrada de nuevos accionistas en cada uno de los socios individualmente considerados, con el riesgo de alterar el peso relativo de cada uno de ellos en el accionariado o, en definitiva, de atomizar la decisión al respecto".

3.- Solución que sigue la sentencia recurrida sobre la documentación que fue aportada para justificar la finalidad a la que, según el acuerdo social de autorización de las adquisiciones propias iba dirigida la creación de la autocartera.

La sentencia de instancia dice en su FJ octavo lo siguiente:

"En línea con lo anteriormente afirmado, la Sala tampoco cree razonable la desacreditación que la liquidación y la resolución del TEAC hacen en conjunto de la idoneidad de los documentos aportados para respaldar la finalidad a la que, según el acuerdo social de autorización de la adquisición de acciones propias, se dirige la creación de una autocartera.

En efecto, se razona sustancialmente que los informes acerca de las posibilidades estratégicas de integración de otras empresas son informes elaborados a iniciativa propia de las consultoras correspondientes, movidas por el interés en la generación de negocio propio si tales operaciones se llegaran a culminar y las consultoras a dirigir los procesos correspondientes.

Pues bien, no se advierte la razón por la cual el interés de las consultoras en realizar el trabajo para la búsqueda de potenciales clientes desvirtúa la realidad de la expectativa o la posibilidad de llegar a alianzas empresariales y que en razón a ello la demandante hubiera podido considerar oportuna la creación de una autocartera con el fin de materializar alguna de las operaciones sugeridas.

El hecho de que finalmente no se llevara a cabo ninguna reestructuración empresarial en los años siguientes no desmerece la finalidad a la que pudiera haberse orientado la creación de la autocartera.

Y es que, si bien no puede desconocerse la fuerza de convicción de los hechos subsiguientes para justificar las intenciones con las que se realizaron, tampoco puede ignorarse que no se enjuicia aquí el éxito de la estrategia diseñada por PRALESA, sino si la inicial creación de la autocartera respondía o no a un criterio empresarial razonable que excluya considerar el ahorro fiscal de los socios como el único motivo de la operación.

Por lo demás ni la liquidación ni el acuerdo del TEAC se refieren a la oferta concreta remitida en diciembre de 2006 por el Grupo San José (de relevancia notoria en el sector) para su integración con el grupo PLODER, dependiente de PRALESA. El hecho de que se trate de una oferta concreta de integración, trasciende su significación individual y dota de relieve y seriedad a los informes sobre las posibilidades de integración efectuados por terceros, al menos en la consideración que de ellos tuviera la demandante como para justificar la creación de la autocartera que se encuentra en el origen de este litigio".



OCTAVO.- *El razonamiento principal de la sentencia recurrida para justificar su definitivo pronunciamiento desestimatorio del recurso contencioso administrativo dirigido contra la liquidación y la resolución del TEAC que confirmó dicha liquidación.*

Ese razonamiento se encuentra en el FJ noveno de la sentencia de instancia, cuya exposición cabe sistematizar de la manera que sigue:

1.- La cuestión principal a decidir no es la finalidad perseguida con la generación de la autocartera, sino la consideración objetiva de la atribución patrimonial efectuada por la sociedad a los socios como consecuencia de la generación de autocartera:

"Ya hemos descartado que los indicios barajados permitan concluir de modo inexorable que la compra de acciones propias de la sociedad, analizada en el contexto en el que se produjo conjunto, persiguiera repartir reservas voluntarias a través de un negocio sujeto a la tributación propia de los incrementos de patrimonio en lugar de la de los rendimientos de capital mobiliario con la consiguiente obligación de retener por parte de la actora.

Ocurre, sin embargo, que el foco no ha de ponerse tanto en la finalidad que pudiera perseguir la sociedad con la generación de autocartera como en la calificación jurídico tributaria que merezca el negocio jurídico en sede de los socios; pues de ella depende que surja o no obligación de retener a cargo de la sociedad.

Lo determinante es, por tanto, la consideración objetiva de la atribución patrimonial de la sociedad a los socios como consecuencia de la generación de autocartera a través de la compra de acciones propias a los socios, negocio cuya calificación jurídico-privada no se cuestiona. Y ello a causa de las específicas particularidades de la operación efectuada, apreciada en su conjunto.

Este enfoque objetivo no está ausente en la liquidación y el acuerdo del TEAC, sino que alienta el conjunto del razonamiento y tiene reflejo en las consideraciones vertidas en ambas sobre la aplicabilidad al caso de los criterios sentados en las SSAN de 23 de febrero de 2011 (rec. 45/2010) y de 4 de junio de 2008 (rec. 395/2007), confirmada esta última por STS de 16 de mayo de 2011 (cas. 4702/2008), sobre la calificación tributaria de las operaciones de autocartera seguidas de reducción de capital social, de modo que la dimensión objetiva de la cuestión estuvo siempre en el debate trabado ante la Administración.

Así, a lo largo del acuerdo de liquidación se destaca

"que lo relevante para la calificación es la existencia de reservas en la sociedad, la entrega dineraria a los socios",

"el control de la sociedad por una unidad familiar".

Y más en concreto, a partir de las circunstancias concurrentes, se afirma que, aunque en el caso controvertido no se haya reducido el capital,

"no cabe sino entender que se trata en su integridad de una retribución a los accionistas y por tanto, de un rendimiento de capital mobiliario para los mismos, salvo por la parte del nominal de las acciones adquiridas por la sociedad".

Se concluye rechazando la posibilidad de que por este medio se distribuyan reservas de la sociedad a sus socios por el simple mecanismo de la compra de acciones propias en casos como el presente de sociedades familiares. (pág. 18 de la liquidación)".

2.- Existen diferencias entre el actual caso litigioso con otros casos de adquisición de acciones propias.

"Ahora bien, tal como pone de manifiesto la entidad demandante, en el presente caso, la creación de la autocartera no supuso la disminución del patrimonio de la sociedad y su transferencia a los accionistas, pues si bien el patrimonio se vio disminuido por el pago realizado para la compra de las acciones, éstas pasaron a integrar el patrimonio social y se constituyó la reserva obligatoria prevista en el art. 79.3 TRLSA como garantía patrimonial.

La diferencia entre uno y otro supuesto estriba, por tanto, en que cuando a la adquisición de acciones propias sigue la disminución del capital con devolución de aportaciones, los socios perciben patrimonio social sin que la sociedad perciba equivalente alguno.

En cambio, en el caso de la generación de autocartera aquí abordado, la sociedad percibe las acciones adquiridas, las cuales se integran en su patrimonio, si bien ha de constituir la reserva indisponible a la que ya hemos hecho referencia".



3.- Las razones principales para advertir en el actual caso que los socios han obtenido un rendimiento económico que tiene la consideración de utilidad derivada de la condición de socio, accionista, asociado o partícipe.

"Sin embargo, aunque entre los supuestos analizados en aquellas SSAN y el caso ahora enjuiciado existen diferencias sustanciales que no permiten la traslación mecánica de la doctrina sentada en ellos, sí resulta aplicable el enfoque objetivo que en ellas se pone de manifiesto.

(...) Es esta perspectiva, que atiende a la finalidad objetiva de los negocios jurídicos y a los efectos que producen, la que conlleva que el tratamiento fiscal de la compra de acciones propias a los socios haya de ser, en este concreto caso, el de los rendimientos del capital mobiliario que le ha dado la Administración tributaria, y, por tanto, sujetos a retención por parte de la actora.

Para llegar a esta conclusión no atribuimos al negocio celebrado entre la sociedad y los socios una funcionalidad distinta a la que objetivamente revela la compraventa concertada entre partes (art. 1.274 Cc), y tampoco consideramos desvirtuada la finalidad que en el acuerdo social por el que se autorizó la compra de acciones propias la sociedad afirma buscar.

Nos fijamos en los efectos que tiene la compra de las acciones propias en las relaciones de la sociedad con los socios.

Así, a tenor del art. 79 del Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre , por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas, anteriormente transcrito, el derecho de voto y los demás derechos políticos incorporados a las acciones propias queda en suspenso, aun cuando las acciones propias se computarán en el capital a efectos de calcular las cuotas necesarias para la constitución y adopción de acuerdos en la junta.

Sin embargo, los derechos económicos inherentes a las acciones propias, se atribuyen proporcionalmente al resto de las acciones. De manera que si, tal como acontece en este caso, las acciones se adquieren a los socios en la misma proporción, éstos seguirán teniendo los mismos derechos económicos que con anterioridad a la generación de la autocartera.

Se percibe por tanto que, no alterándose la posición relativa de los socios (nudo propietarios o usufructuarios de las acciones transmitidas a la sociedad), el efecto producido es la atribución a estos de las reservas con cargo a las cuales se pagaron las acciones compradas por la sociedad.

Lo cual, no constituyendo propiamente un reparto de beneficios, sí merece la consideración de atribución patrimonial derivada de la condición de socio o accionista ex art. 25.1.d) de la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del IRPF , y, consecuentemente, con el tratamiento fiscal de los rendimientos del capital mobiliario sujeto a retención en la fuente.

El hecho de que la sociedad se ajustase a la LSA al autorizar la adquisición de acciones propias, y que efectivamente las adquiriera después, no es obstáculo para que el rendimiento obtenido por los socios tenga la consideración de utilidad derivada de la condición de socio, accionista, asociado o partícipe, y, consecuentemente, de rendimiento del capital mobiliario.

La razón estriba en que mediante la venta de las acciones los vendedores no se desligan del negocio societario, sino que mantienen su posición relativa en el capital social y reciben parte de las reservas con cargo a las cuales se compraron las acciones, esto es, beneficios sociales no distribuidos a quienes, en su condición de usufructuarios, tendrían derecho a ello si se acordase su reparto (art. 67 LSA entonces vigente).

Finalmente, ha de resaltarse que los vendedores de las acciones no son ajenos al afecto producido en la sociedad como consecuencia de la operación de compra de acciones propias -reparto de reservas-, pues el accionariado lo compone un grupo familiar y la venta de las acciones se produce en proporción prácticamente idéntica a la participación de cada uno de sus integrantes".

"(...) Con lo hasta ahora expuesto damos respuesta global a la totalidad de las alegaciones sustanciales de la demanda, respetando así la obligación de congruencia que abarca a estas (por todas STC 85/2006, de 27 de marzo).

Hemos afirmado, en positivo, la calificación de los rendimientos cuestionados como rendimientos del capital mobiliario, con lo que rechazamos la pretensión de que sean calificados como incrementos de patrimonio y las alegaciones de arbitrariedad y vulneración del principio de legalidad que se anudan a aquella.

Por otra parte, al dar prioridad a los aspectos objetivos del razonamiento empleado en la liquidación y en la resolución de TEAC, no resulta atendible el aducido exceso de la Administración en sus facultades de calificación y sobre la necesidad de acudir al procedimiento de conflicto en aplicación de la ley o al de fraude



de ley, puesto que la calificación fiscal sostenida se realiza sin alterar la naturaleza jurídica de los negocios realizados y sin atribuir a su utilización una finalidad oblicua".

NOVENO.- *El recurso de casación de Promociones Agrarias de Levante, S.A. (PRALESA).*

Invoca en su apoyo la infracción de las normas y jurisprudencia siguientes:

(A) Los artículos 33.1 y 25.1 de la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y de modificación parcial de las leyes de los Impuestos sobre Sociedades, sobre la Renta de no Residentes y sobre el Patrimonio (Ley IRPF 2006).

En relación con el 8 de la LGT 2003; con el artículo 99 de la mencionada Ley IRPF 2006; y con los artículos 75 y 93 del Rto IRPF 2007 aprobado por Real Decreto 439/2007, de 30 de marzo.

Y la jurisprudencia del Tribunal Supremo en relación con la reserva de ley tributaria.

1.- Lo principalmente aducido para sostener la infracción de todo anterior es que los hechos apreciados por la Administración tributaria no permiten apreciar una ventaja económica en los vendedores de las acciones que pueda ser calificada como renta del capital mobiliario del artículo 25 de la Ley IRPF 2006, y no como ganancia patrimonial del artículo 33.1 de ese mismo texto legal; y que la calificación así efectuada supone crear un nuevo supuesto de rendimiento de capital con vulneración del principio de reserva de ley del artículo 8 de la LGT 2003.

Añadiéndose que se establece una base de retención que igualmente carece del más mínimo respaldo en la Ley IRPF 2006 y en su Reglamento de desarrollo.

2.- Se invoca la jurisprudencia del Tribunal Constitucional de este Tribunal Supremo que ha declarado el principio de reserva de ley o del tipo en todo caso en relación con la determinación de los elementos esenciales un configuradores de la obligación tributaria.

3.- Tras recordar lo establecido en los artículos 99.2 de la Ley IRPF y 75 del Rto IRPF, se afirma que ningún precepto legal o reglamentario, reguladores de las rentas sujetas a retención y de los obligados a practicarla, establece la obligación de practicarla por los rendimientos obtenidos por la transmisión de participación.

4.- Se mencionan las Consultas de la Dirección General de Tributos que han declarado que la compra de acciones propias por una sociedad mercantil tiene la calificación de ganancia o pérdida patrimonial no de rendimientos de capital mobiliario.

5.- Se sostiene también que no es aplicable al actual caso litigioso la doctrina de esta Sala y Sección (plasmada, entre otras, en la STS de 16 de mayo de 2011, casación 4739/2011) que ha permitido la calificación de rentas producidas por la adquisición de autocartera, cuando esta ha sido acompañada de una reducción de capital con devolución de las aportaciones; y se dice que las sentencias expresivas de esa doctrina se refieren a situaciones de hecho distintas a las del actual caso litigioso.

(B) Los artículos 13 y 15 de la LGT 2003.

Lo que principalmente se sostiene en apoyo de este reproche es que no fue correcto el camino seguido por la Administración para desvirtuar esa calificación jurídica que había sido otorgada por PRALESA y sus socios, consistente en considerar incremento o ganancia patrimonial el resultado económico que conlleva para dichos socios la venta de sus acciones y no renta de capital mobiliaria.

Y se viene a argüir que para alterar esa calificación no bastaba con seguir un mero criterio interpretativo de los artículos de la Ley y Reglamento IRPF que regulan esta materia sustantiva, pues lo que hubo de hacer la Administración es la aplicación de los mecanismos establecidos para declarar la existencia de conflicto en la aplicación de la norma o simulación.

(C) Los artículos 25.1 Ley IRPF, en relación con los artículos 14 y 25 LGT 2003, y la jurisprudencia relativa a la prohibición de la analogía y la interpretación económica del hecho imponible.

La argumentación esgrimida para apoyar esta tercera denuncia es que el artículo 25.1.d) de la Ley IRPF no habilita a la Administración para calificar como rendimientos de capital mobiliario cualquier rendimiento que se obtenga por la condición de socio, accionista, asociado o partícipe; pues queda fuera del ámbito de ese precepto la ganancia que pueda ser generada a causa de la transmisión de la titularidad que se ostente sobre las acciones.

Y es con base en lo que antecede como se reprocha a la Administración haber efectuado una prohibida extensión analógica.

(D) El artículo 11.3 de la Ley 35/2006 IRPF.



1.- El punto de partida que se establece para sostener este reproche es este: que las retenciones acordadas en la regularización tributaria aquí controvertida fueron imputadas a los usufructuarios y nudos propietarios en la misma proporción que la que había sido señalada cuando el total resultado económico de venta de acciones fue declarado como ganancia de patrimonio.

2.- Se dice después que la sentencia recurrida incurre en error jurídico conceptual cuando declara que, en función de cuál de las calificaciones se considere correcta, la entidad demandante tendrá la obligación de practicar retención a cuenta, como ha considerado la liquidación originariamente impugnada, o se trataría de un rendimiento no sujeto a retención.

La razón de ese error estriba, en el criterio del recurso de casación, en que tal afirmación de la Sala de instancia olvida que existe rentas que, aunque tienen la calificación de rendimientos de capital mobiliario, el Reglamento IRPF los exonera de la retención [se cita el artículo 75.3.h)]; y renta que tienen la consideración de ganancia de patrimonio sobre las que se impone la obligación de retener [aquí se cita el artículo 75.1.d)].

3.- Se afirma seguidamente que esa conclusión automática e inmediata de retención, que se establece una vez realizada la calificación de rendimientos capital mobiliario, supone ignorar las exigencias impuestas por el principio de reserva de ley.

Añadiéndose que lo expuesto en relación con obligación de retener es extensible a la cuestión relativa a la base de la retención, aspecto o uno de la sentencia se limita a aceptar el criterio utilizado por la Administración tributaria, que carece del más mínimo del reflejo tanto o en la Ley como en el Reglamento IRPF.

4.- Se censuran después los razonamientos que desarrolla la sentencia recurrida, en su fundamento de derecho décimo, sobre la necesidad de atender a la finalidad objetiva de los negocios jurídicos y a los efectos que producen; y la conclusión a la que llega, desde esa perspectiva, de que el resultado económico derivado de la venta de acciones merece la calificación de rendimiento de capital mobiliario.

Para el recurso de casación esa interpretación económica no resulta admisible, porque no tiene en cuenta que ese efecto que es apreciado, consistente en atribuir a los socios vendedores de las acciones las reservas con cargo a las cuales se pagaron esas acciones, es temporal en el caso en el que las acciones en autocartera sean enajenadas por la sociedad a un tercero.

5.- Más adelante se reprocha una aplicación analógica de la sentencia de 16 de mayo de 2011 esta Sala Tercera y Sección Segunda del Tribunal Supremo porque, según el recurso de casación, son diferentes el actual caso litigioso y el que contemplaba esa sentencia.

6.- Luego se aborda directamente lo establecido en el artículo 11.3 de la Ley IRPF; y se viene a reiterar que las retenciones acordadas en la regularización tributaria aquí controvertida fueron imputadas a los nudos propietarios en la misma proporción que la que había sido señalada cuando el total resultado económico de venta de acciones fue declarado por las personas físicas en su IRPF como ganancia de patrimonio.

DÉCIMO.- Razones que no permiten compartir las infracciones aducidas en el recurso de casación.

I.- Análisis de la infracción referida a los artículos 33.1 y 25.1 de la Ley IRPF 2006 y la jurisprudencia del Tribunal Supremo en relación con la reserva de ley tributaria.

Ha de partirse de la apreciación fáctica que realiza la sentencia recurrida de que el importe que recibieron los socios como consecuencia de las ventas de sus acciones procedía de las reservas voluntarias que tenía la sociedad por no haber repartido dividendos.

Eso impide compartir la tesis de la actora que viene a sostener que el resultado económico que para ella conllevó la transmisión de acciones materializó únicamente el valor del capital que es inherente a esa participación societaria, pues la total magnitud económica que recibió comprendía, junto al valor de la acción, una cantidad procedente de esa reserva voluntaria existente la sociedad a causa de la falta de reparto de los dividendos.

Tiene, pues, que darse la razón al Abogado del Estado, en lo que viene afirmar sobre que el hecho de que venimos hablando acredita que la finalidad principal de la operación societaria fue la retribución de los socios mediante un reparto a los mismos de las reservas voluntarias existentes en la sociedad.

También en lo que sostiene sobre que sea retribución o reparto sí que tiene encaje en lo establecido en el artículo 25.1.d) de la Ley IRPF 2006, que atribuye la consideración de rendimientos íntegros del capital mobiliario a lo siguiente:

"d) Cualquier otra utilidad, distinta de la anterior ley, procedente de una entidad por la condición de socio, accionista, asociado o partícipe".



Como así mismo acierta el defensor de la Administración cuando aduce que, habiendo sido la finalidad principal de la venta de acciones la distribución de la reserva voluntaria derivada del no reparto de dividendo, este dato permite apreciar una situación sustancialmente coincidente con la enjuiciada en la ya citada STS de 16 de mayo de 2011; y cuando afirma que resulta intrascendente las Consultas que se citan de la Dirección General de tributos.

II.- Análisis de la infracción referida a los artículos 13 y 15 de la LGT 2003.

Lo que acaba de exponerse en el apartado anterior válido también para rechazar este segundo grupo de infracciones.

Así ha de ser considerado porque se ha constatado el hecho de que la venta de acciones estuvo acompañada de esta doble entrega económica a los accionistas vendedores: (i) el importe correspondiente al valor del capital social que representa cada acción; y (ii) otra suma correspondiente al diferente concepto del reparto de la reserva voluntaria originada por los dividendos no repartidos.

Y lo que hizo la Administración no fue prescindir de la existencia jurídica de un acto traslativo de la titularidad de las acciones, sino apreciar, junto a la contraprestación correspondiente a esa transmisión de titularidad, la entrega adicional de otra suma retributiva de esos dividendos no repartidos y atribuir a la misma la específica calificación jurídica que le correspondía por su pleno encaje en lo establecido en ese antes mencionado artículo 25.1.d) de la Ley IRPF 2006.

III.- Análisis de la infracción referida a los artículos 25.1 Ley IRPF, en relación con los artículos 14 y 25 LGT 2003, y la jurisprudencia relativa a la prohibición de la analogía y la interpretación económica del hecho imponible.

Lo que ya ha sido expuesto es también bastante, sin necesidad ya de cualquier otro razonamiento complementario, para rechazar este tercer grupo de infracciones.

IV.- Análisis de la infracción referida al artículo 11.3 de la LGT.

1.- Debe tener en cuenta lo siguiente.

Que el acuerdo de la liquidación aquí controvertida primero califica como rendimiento de capital mobiliario sujeto a retención la compra de 74 acciones por parte de Promociones Agrarias de Levante SA a sus accionistas.

Que a continuación señala que lo que debió retenerse e ingresarse fueron 802.041,96 euros.

Que la anterior suma es el resultado de aplicar el tipo de 18% a 4.455.788,64 euros.

Que este importe de 4.455.788,64 euros representa la contrapartida íntegra de las reservas voluntarias repartidas; y es el resultado de lo siguiente: restar a la cifra total de 4.458.012,34 euros la suma de 2.223,70 euros de devolución de capital.

Y que esta última cifra es el resultado de este cálculo del valor nominal de las acciones (74 x 30,05 euros).

2.- Lo anterior es suficiente para rechazar la infracción de ese artículo 11.3 Ley IRPF al que ha sido circunscrito este reproche.

Pues la retención de 802.041,96 euros fue calculada a partir de la cifra de 4.455.788,64 euros antes mencionada; y este último importe correspondía únicamente a las reservas voluntarias repartidas y no abarcaba el valor nominal de las acciones que fue entregado como devolución de capital (2.223,70 euros).

Y como bien aduce el Abogado del Estado en ningún lugar del acuerdo de liquidación aparece el reparto de esos 802.041,96 euros entre usufructuarios y nudos propietarios.

UNDÉCIMO.- Criterio interpretativo sobre la cuestión de interés casacional objetivo.

1.- La cuestión, como antes se dijo, es ésta:

"Determinar si, conforme a los artículos 25.1 y 33.1 de la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y de modificación parcial de las leyes de los Impuestos sobre Sociedades, sobre la Renta de no Residentes y sobre el Patrimonio, en el supuesto de transmisión de acciones o participaciones sociales a una sociedad, que las adquiere como autocartera, cuando el dominio sobre tales títulos-valores se encuentra desmembrado en usufructo y nuda propiedad, debe calificarse la renta derivada de tal transmisión como rendimiento del capital mobiliario o como ganancia de patrimonio".

2.- En función de lo antes razonado la cuestión debe ser debidamente matizada y respondida en los siguientes términos:



En el supuesto de una transmisión de acciones o participaciones sociales a una sociedad por parte de sus socios, que las adquiere como autocartera, si la total magnitud económica que se entrega a cada uno de los socios comprende, junto al valor de sus acciones transmitidas, una cantidad procedente de la reserva voluntaria existente en la sociedad a causa de la falta de reparto de dividendos, son de diferenciar dos entregas diferenciadas: (i) una con el carácter de rendimiento de capital mobiliario; y (ii) otra como precio de las acciones transmitidas, que podrá constituir en su caso ganancia de patrimonio.

DUODÉCIMO.- *Decisión final y costas procesales.*

Todo lo antes razonado conduce a declarar no haber lugar al recurso de casación.

Y en cuanto a costas procesales, en virtud de lo dispuesto en los artículos 93.4 y 139 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso- Administrativa cada parte abonará las causadas a su instancia y la comunes por mitad.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido

- 1.- Fijar los criterios interpretativos expresados en el fundamento jurídico undécimo de esta sentencia.
- 2.- Declarar no haber lugar al presente Recurso de Casación número interpuesto por Promociones Agrarias de Levante, S.A., contra la sentencia de 11 de abril de 2018 de la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional (dictada en el recurso contencioso-administrativo núm. 42/2016).
- 3.- En cuanto a costas procesales, cada parte abonará las causadas a su instancia y la comunes por mitad.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

D. Nicolás Maurandi Guillén D. José Díaz Delgado

D. Ángel Aguallo Avilés D. José Antonio Montero Fernández

D. Francisco José Navarro Sanchís D. Jesús Cudero Blas

D. Isaac Merino Jara D^a. Esperanza Córdoba Castroverde

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior Sentencia por el Excmo. Sr. Don Nicolás Maurandi Guillén, Magistrado Ponente en estos autos, estando celebrando audiencia pública la Sala Tercera del Tribunal Supremo, lo que como Letrada de la Administración de Justicia, certifico.-