

**BASE DE DATOS DE [NORMACEF](#)**

Referencia: NFJ062610

**AUDIENCIA NACIONAL***Sentencia 59/2016, de 28 de enero de 2016**Sala de lo Contencioso-Administrativo**Rec. n.º 78/2013***SUMARIO:**

**IS. Base imponible. Valoración de operaciones vinculadas. Métodos de valoración.** *Precio de reventa. Ventas de activos mobiliarios de restaurantes.* En las ventas de mobiliario a los franquiciados, la entidad lo transmite primero a una intermediaria vinculada, que es la que vende o cede al franquiciado. Para determinar el valor de mercado la Inspección acudió a comparables internos: Las mismas ventas a los franquiciados y descontando un margen del 10% de comisión de intermediación. La clave está en considerar a la vinculada como intermediaria. En informe pericial se asemeja la operación a un *leasing*. La que vende o cede los activos a los franquiciados no es intermediaria sino que es la que realiza la actividad básica y la recurrente será una entidad permanente inmobiliaria. La vinculada que vende al franquiciado asume riesgo como gestora del contrato de franquicia y en ocasiones obtiene por la venta de los equipos un importe inferior a su valor de compra, por lo que se estima el recurso y se considera correcto el criterio de valoración de la entidad. *Precio libre de mercado. Préstamos.* La Inspección consideró aplicable el tipo de interés aplicado en préstamos recibidos por otras empresas del grupo de entidades financieras. La entidad mediante informe pericial, pretende que se aplique el de la deuda pública. Se considera más ajustado un tipo que atiende a las circunstancias particulares de la sociedad que el interés legal [Vid STS 4 de octubre de 2010, recurso n.º 4954/2105 (NFJ040875)]. En este caso se da la razón a la Administración.

**PRECEPTOS:**

RDLeg 4/2004 (TR Ley IS), art. 16.

**PONENTE:***Don Manuel Fernández-Lomana García.*

Magistrados:

Don ANGEL NOVOA FERNANDEZ  
Don CONCEPCION MONICA MONTERO ELENA  
Don FERNANDO ROMAN GARCIA  
Don JESUS MARIA CALDERON GONZALEZ  
Don MANUEL FERNANDEZ-LOMANA GARCIA

**AUDIENCIA NACIONAL**

Sala de lo Contencioso-Administrativo

SECCIÓN SEGUNDA

Núm. de Recurso: &lt; i&gt; 0000078 / 2013

Tipo de Recurso: &lt; i&gt; PROCEDIMIENTO ORDINARIO

Núm. Registro General: 00497/2013

Demandante: RESTAURANTE MC DONALD'S S.A.

Procurador: BLANCA MARIA GRANDE PESQUERO

Demandado: TRIBUNAL ECONOMICO ADMINISTRATIVO CENTRAL

Abogado Del Estado

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

**S E N T E N C I A N.º:**

Ilmo. Sr. Presidente:

D. JESÚS MARÍA CALDERÓN GONZALEZ

Ilmos. Sres. Magistrados:

D. ÁNGEL NOVOA FERNÁNDEZ

D. MANUEL FERNÁNDEZ LOMANA GARCÍA

Dª. CONCEPCIÓN MÓNICA MONTERO ELENA

D. FERNANDO ROMÁN GARCÍA

Madrid, a veintiocho de enero de dos mil dieciséis.

Ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, se ha tramitado el recurso n.º 78/2013 seguido a instancia de RESTAURANTES McDONALD'S SA que comparece representada por el Procurador Dª. Blanca M. Grande Pesquero y dirigido por el Letrado D. Miguel Baz Baz, contra la Resolución dictada por el Tribunal Central Económico Administrativo de 29 de noviembre de 2012 (RG4881-10), representada y defendida el Sr. Abogado del Estado. La cuantía ha sido fijada en 1.651.794,84 €.

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

#### **Primero.**

Con fecha 1 de febrero de 2013 se interpuso recurso contencioso-administrativo contra la Resolución dictada por el Tribunal Central Económico Administrativo de 29 de noviembre de 2012 (RG4881-10) que estimó en parte el recurso interpuesto anulando, en parte, la liquidación impugnada.

#### **Segundo.**

Reclamado el expediente se formalizó demanda el 2 de julio de 2013 solicitando la anulación de la Resolución recurrida y los actos administrativos de los que trae causa. La Abogacía del Estado contestó a la demanda el 30 de septiembre de 2013 oponiéndose a la misma.

#### **Tercero.**

Admitida y practicada la prueba solicitada; se señaló para votación y fallo el 4 de diciembre de 2013; no obstante, visto la conexión de éste proceso con el Rec.79/2013, la Sala dejó el señalamiento sin efecto y acordó nuevo señalamiento para la deliberación conjunta el día 14 de enero de 2013.

Siendo Magistrado Ponente el Ilmo. Sr. D, MANUEL FERNÁNDEZ LOMANA GARCÍA, quien expresa el parecer de la Sala.

### **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

#### **Primero.**

El 25 de mayo de 2012 los Servicios de Inspección de la Delegación Central de Grandes Contribuyentes incoaron a la entidad RESTAURANTES McDONALD'S SA (RMSA) acta de disconformidad por el Impuesto de Sociedades ejercicio 2005, emitiéndose en igual fecha informe ampliatorio. En dicho acta se proponían las siguientes modificaciones en relación con la declaración-liquidación en su día presentada:

-Incremento de la base imponible en 2.748.596 € como consecuencia del expediente de valoración de operaciones vinculadas 2/2010, relativo a los gastos financieros derivados de los préstamos recibidos de la entidad vinculada GOLDEN ARCHES OF SPAIN SA (GAOS). -Incremento de la base imponible en 647.452,30 € como consecuencia del expediente de valoración de operaciones vinculadas 4/2010 relativo a la valoración de ingresos financieros derivados de la cuenta corriente mantenida con su socio McDONALD S SISTEMAS DE ESPAÑA INC. SUCURSAL EN ESPAÑA (MSE).

-Incremento de la base imponible en 400.429,02 € como consecuencia del expediente de valoración de operaciones vinculadas 6/2010 relativo a la valoración de operaciones de venta de equipamiento (mobiliario, rótulos y elementos de decoración del sistema McDonald s) a su socio MSE.

Resultando una deuda de 1.636.504,91 € (1.328.767,76 € de cuota y 307.737,15 € de intereses).

El Acuerdo de liquidación de 3 de septiembre de 2010 confirmó la propuesta contenida en el acta.

Contra dicho Acuerdo se interpuso recurso ante el TEAC que estimó en parte el recurso en relación con el cálculo de los intereses, en los términos que se infieren en el Fundamento de Derecho Octavo de la Resolución del TEAC y en cuya descripción no nos detenemos al no ser objeto de debate ante esta Sala.

## **Segundo.**

El debate se centra en la legalidad de los Acuerdos de determinación del valor normal de mercado 2, 4 y 6/2010. Los cuales pueden ser ordenados en dos grupos: Por una parte los Acuerdos 2 y 4/2010 relativos a operaciones de financiación. Y, por otra parte, el Acuerdo 6/2010 relativo a la compraventa de mobiliario. Siguiendo el orden contenido en la demanda analizaremos primero el Acuerdo 6/2010; para analizar posteriormente los Acuerdos 2 y 4/2010, los cuales, como se verá, guardan conexión.

Antes de analizar las concretas operaciones objeto de debate, con carácter general, conviene recordar que el art. 16 del Real Decreto-Legislativo 4/2004, de 5 de marzo, Texto Refundido del Impuesto sobre Sociedades (TRLIS), en la redacción aplicable al caso -recordemos que analizamos un supuesto referido al IS de 2005-, dispone, en lo que nos interesa, que:

1- " La Administración tributaria podrá valorar, dentro del período de prescripción, por su valor normal de mercado, las operaciones efectuadas entre personas o entidades vinculadas cuando la valoración convenida hubiera determinado, considerando el conjunto de las personas o entidades vinculadas, una tributación en España inferior a la que hubiere correspondido por aplicación del valor normal de mercado o un diferimiento de dicha tributación".

2- "Para la determinación del valor normal de mercado la Administración tributaria aplicará los siguientes métodos:

a)- Precio de mercado del bien o servicio de que se trate o de otros de características similares, efectuando, en este caso, las correcciones necesarias para obtener la equivalencia, así como para considerar las particularidades de la operación.

b)- Supletoriamente resultarán aplicables:

1.º- Precio de venta de bienes y servicios calculado mediante el incremento del valor de adquisición o coste de producción de aquéllos en el margen que habitualmente obtiene el sujeto pasivo en operaciones equiparables concertadas con personas o entidades independientes o en el margen que habitualmente obtienen las empresas que operan en el mismo sector en operaciones equiparables concertadas con personas o entidades independientes.

2.º- Precio de reventa de bienes y servicios establecido por su comprador, minorado en el margen que habitualmente obtiene el citado comprador en operaciones equiparables concertadas con personas o entidades independientes o en el margen que habitualmente obtienen las empresas que operan en el mismo sector en operaciones equiparables concertadas con personas o entidades independientes, considerando, en su caso, los costes en que hubiera incurrido el citado comprador para transformar los mencionados bienes y servicios.

c)- Cuando no resulten aplicables ninguno de los métodos anteriores, se aplicará el precio derivado de la distribución del resultado conjunto de la operación de que se trate, teniendo en cuenta los riesgos asumidos, los activos implicados y las funciones desempeñadas por las partes relacionadas".

El debate jurídico se centra en la corrección de la valoración efectuada por la Administración. Pues como sostiene el TEAC " no se discute que existe vinculación entre las entidades que intervienen en las operaciones según el art 16.2 del TRLIS, ni que concurren los requisitos exigidos por el art 16.1 TRLIS para que la Administración valore las operaciones por su valor normal de mercado". El debate se centra, por lo tanto, en el método de valoración.

El criterio que sienta el art 16.1 TRLIS -en consonancia con la doctrina elaborada por la OCDE- es el del "valor normal de mercado", es decir, el valor que se hubiera acordado en condiciones normales de mercado entre partes independientes o precio que pagarían empresas independientes por bienes o productos idénticos o análogos en condiciones similares de mercado – arm s length principle-.

En desarrollo de éste principio el art 16.3 TRLIS establece una relación de métodos cerrados de valoración. En primer lugar el método de precio de mercado - comparable uncontrolled price method- ; el método de coste incrementado - cost plus method- ; el método de precio de reventa - resale price method- y por último, frente a los anteriores métodos agrupados como "tradicionales", basados en las transacciones y operaciones, un método basado en la división del beneficio - profit split method-.

A la necesidad de valorar las operaciones entre entidades societarias con arreglo a mercado, se refiere la STS de 11 de febrero de 2000 (Rec. 25/1999 ) donde se razona que "la ausencia de voluntades contrapuestas dentro del grupo societario origina que sus transacciones económicas no sigan la ley de la oferta y la demanda, por lo que, por muy diversos motivos, los precios de dichas transacciones no son los propios del mercado de libre competencia. Estos precios dirigidos se denominan "precios de transferencia", porque permiten transferir el beneficio de unas sociedades a otras, por conveniencias muy diversas, entre ellas la minoración de la carga fiscal"..

### **Tercero.**

Procede por lo tanto que, como anticipamos, analicemos, en primer lugar, el Acuerdo de determinación del valor normal de mercado 6/2010. En dicho Acuerdo, la Administración analiza que entre las sociedades MSE y RMSA se produjeron una serie de compra venta de activos consistentes en la venta de activos mobiliarios de una serie de restaurantes que se enumeran y describen en el punto 2 del antecedente de hecho de la Resolución.

A nivel de organización, el grupo McDonald s, decidió separar en diferentes entidades la titularidad de activos inmobiliarios y mobiliarios frente a la explotación de negocios de franquicia, de forma que RMSA es la titular de los bienes que posteriormente y en los términos que describiremos, MSE arrienda a los franquiciados en el marco de los contratos de franquicia. RMSA, como se indica en la p. 5 del Acuerdo, " no tiene estructura ni medios que le permitan llevar a cabo las operaciones de compra-venta, ni ninguna otra operación, no tiene medios personales y lleva a cabo todas las tareas administrativas y de gestión a través del contrato suscrito con su matriz" MSE.

La operativa de McDonald s es la siguiente:

Los restaurantes McDonald s se explotan o bien directamente por McDonald s o bien mediante franquicia con terceros interesados. Dentro de la modalidad de franquicia se distingue entre la modalidad convencional y la modalidad " Business Facility Lease" ( BFL):

-Franquicia convencional. La entidad McDonald s busca y adquiere o arrienda el local y realiza la construcción del restaurante. Los derechos sobre el local corresponden siempre a McDonald s sin que está prevista su transmisión al franquiciado.

Centrándonos en el equipamiento, RMSA adquiere el equipamiento, el cual se transmite al franquiciado en la fecha de firma del contrato de franquicia, pues el franquiciado viene obligado a realizar una inversión inicial, la mayor parte de la cual va destinada a la adquisición del equipamiento del restaurante (cocina, rótulos, decoración, etc.) y otros gastos menores (entrenamiento del personal, gastos de constitución, lanzamiento, etc.). Así como al pago de una franquicia mensual, sin que la duración del contrato supere los 20 años.

RMSA, por lo tanto, adquiere el equipamiento con carácter temporal, no añadiendo ningún valor a los equipos, no corre ningún riesgo y no obtiene ningún beneficio, pues el equipamiento se transmite al franquiciado a precio de coste.

-Franquicia BFL. Esta modalidad está pensada para aquellos franquiciados que carecen de los recursos necesarios para hacer frente a la inversión inicial que exige una franquicia convencional.

En esta modalidad el franquiciado no viene obligado a la adquisición del equipamiento en el momento inicial. El equipamiento lo adquiere McDonald s, en concreto RMSA adquiere el equipamiento y lo cede en arrendamiento a MSE a cambio de un precio y hasta su adquisición por el franquiciado.

En efecto, el equipamiento se cede al franquiciado en el marco del contrato de franquicia y se atribuye al franquiciado una opción de compra sobre el equipamiento, con un plazo máximo de 3 años para su ejercicio. Con ello se permite al franquiciado hacer frente a los costes necesarios de equipamiento a través de los ingresos derivados de la explotación del negocio. Ejercitada la opción de compra en el plazo indicado, el contrato se prorroga hasta un máximo de 20 años. Si la opción de compra no se ejercita en el plazo indicado, el contrato de extingue -si bien cabe su renegociación-.

El precio de compra del equipamiento se fija en el contrato de franquicia, pues dicho precio forma parte de la estructura del modelo de negocio y en el mismo influye la rentabilidad esperada que el restaurante ofrecerá al franquiciado y al franquiciador.

Consecuencia de lo anterior es que el canon a pagar por el franquiciado es superior al aplicado en la franquicia convencional, ya que incluye el precio de cesión del equipamiento; materializada la opción de compra se aplica un canon post-opción, inferior al canon pre-opción, pues ya no se aplica la opción de compra.

Cuando se ejercita la opción de compra RMSA transmite el equipamiento a MSE que, a su vez, lo transmite al franquiciado. El precio al que vende RMSA a MSE el equipamiento es igual al valor neto contable más un 10%. MSE vende el equipamiento de conformidad con lo pactado en el contrato de franquicia y, como reconoce la Administración, en ocasiones revende los activos a un precio inferior -p. 5 y 10 del Acuerdo-, en función de las modificaciones que hayan experimentado estos contratos.

#### **Cuarto.**

Sin perjuicio de un mayor detalle la operativa descrita nos permite entender la posición de la Administración tributaria. La Administración, como indica el TEAC, se basa esencialmente en la Memoria presentada por MSE en la que se dice que, durante el ejercicio 2005, MSE " ha actuado como intermediario, entre RMSA y licencitarios del sistema McDonald s en la compraventa de activos" . Reflejándose el beneficio obtenido por dichas operaciones bajo el epígrafe "Ingresos Extraordinarios".

El Acuerdo -folio 11- sostiene que " se han encontrado comparables que permiten aplicar el "método de precio de mercado" al que se refiere el art. 16.3.a) del TRLIS y los párrafos 2.6 y 2.9 de las Directrices OCDE". Añadiendo que " los comparables son internos. Las mismas operaciones, realizadas por alguna de las sociedades con sociedades independientes (los franquiciados)". El Acuerdo, además, aplica al precio de venta así obtenido el criterio de reventa establecido en el art 16.3.b).2 TRLIS.

Partiendo, por lo tanto, de la consideración de MSE como mero intermediario, la Administración parte del precio de venta a un tercero, el franquiciado, de los activos o equipamientos -que es el precio de venta a un tercero conforme a criterios de mercado- y fija la comisión a percibir en el 10% -que es el porcentaje que fijan las sociedades entre sí y como hemos visto, es el porcentaje que sobre el valor neto contable MSE paga a RMSA cuando se le cede el equipamiento-. Concluyendo que el precio de venta de los activos transmitidos por RMSA - recordemos que según la Administración MSE es un mero intermediario- será la diferencia resultante en el precio de venta a terceros (franquiciados) y el margen del 10% de comisión de intermediación. De este modo, el beneficio/pérdida a distribuir a RMSA será la diferencia entre el resultado neto contabilizado por MSE por la venta del equipamiento (cuenta 778-Ingresos excepcionales menos cuenta 668-Gastos excepcionales) y el margen del 10% de comisión de intermediación.

Lo que se traduce en un ajuste al alza de la base imponible del IS sobre RMSA y un ajuste a la baja en MSE. En RMSA el efecto del ajuste es una mayor cuota a ingresar; mientras que en el MSE, como en el ejercicio 2005 su base imponible era negativa, el ajuste no supone una minoración de cuota a ingresar, sino un aumento de la base imponible negativa.

#### **Quinto.**

El debate se centra, no en tener en cuenta el precio de venta al franquiciado; sino en la consideración de MSE como mero intermediario. En opinión de la Sala tiene razón la parte demandante cuando se queja de que la Administración, partiendo de una interpretación literal de la memoria, sostiene que MSE es un intermediario, obviando el análisis de toda la documental aportada en relación con los contratos de franquicia y no realizando un examen o análisis funcional de los negocios jurídicos aportados durante la actuación inspectora. Pues no cabe estar al tenor literal de lo descrito en la memoria, ignorando la realidad comercial que se infiere de la documental aportada. Como afirma la recurrente, MSE no desarrolla " las funciones de un intermediario en el sentido atribuido por la Inspección y confirmado por el TEAC". La realidad comercial es mucho más compleja y debió ser objeto de un más detenido examen.

Ahora bien, como se afirma en la demanda, para la Administración, MSE, que es un mero intermediario, no asume riesgo alguno, que siempre percibe un margen fijo del 10% de cada operación. Sin embargo, lo cierto es que en ocasiones el precio de venta del equipamiento es menor al del activo. Pues como se reconoce en el acuerdo, MSE " revende los activos a los franquiciados a un precio notoriamente distinto (superior o inferior), siendo éste último el que figura en los contratos de franquicia originales u otro distintos, en función de las modificaciones que hayan experimentado esos contratos" -p. 5-. La Administración es consciente de lo anterior y de que, ciertamente, esta idea no cuadra con la atribución a MSE de funciones de simple mediación, pero obvia el problema razonando que " al computar los precios reales de venta a terceros se producen pérdidas en algunos casos, pero el resultado global es claramente favorable para la empresa".

**Sexto.**

La Sala considera importante determinar cómo se fija el precio de venta por MSE a los franquiciados, lo que nos permitirá observar si, efectivamente, el precio de venta del equipamiento puede o no separarse del resto del contrato de franquicia -el riesgo en la gestión del negocio lo asume MSE-.

Al fijar el precio del contrato de franquicia MSE parte de unas proyecciones económicas -rentabilidad mínima esperada-, que pueden o no cumplirse. El riesgo de que las ventas proyectadas se cumplan o no, lo asume, por lo tanto MSE. MSE se atribuye una rentabilidad mínima esperada de X% y al franquiciado común se le estima una rentabilidad mínima esperada del Y%. En la modalidad BFL la rentabilidad Y% es menor, pues el franquiciado asume riesgos menores al no haber realizado inversión en equipamiento. Lo que se traduce en un canon de franquicia incrementado y un coste del equipo calculado atendiendo a las ventas del restaurante. En la opción BFL para asegurar que la rentabilidad del franquiciado se mantiene en el porcentaje estimado se utilizan dos mecanismos: el canon (que es un porcentaje del precio de ventas) y el precio de venta del equipamiento (que se fija en función del volumen de ventas).

Las posibilidades son así las siguientes:

a- Que al cabo de los tres años en que debe realizarse la opción, las ventas del franquiciado se hayan correspondido con las proyectadas. En tal caso, los equipos de venta se venden con arreglo al precio de venta establecido en el contrato por una suma alzada.

b- Que las ventas en esos tres años hayan sido superiores a las esperadas. En tal caso MSE trata de recuperar el beneficio a través del canon, pero también a través de la venta de equipos, pues si el precio de venta se mantuviese fijo, la rentabilidad obtenida por el franquiciado, que no ha hecho inversión alguna en equipos, se situaría, realmente, por encima del porcentaje establecido en el contrato de franquicia. De aquí que en los contratos se prevea un incremento del precio de venta.

c- Que el franquiciado venda menos de lo esperado. En este caso MSE si considera que las ventas tienen una proyección de incremento, vende al franquiciado el equipamiento, aunque sea con pérdidas -de aquí que en algunos casos el precio sea inferior-, pero mantiene o aumenta el canon para recuperar la rentabilidad cuando las ventas suban. Si considera que las ventas no se incrementarán a corto plazo, prorroga la opción de compra o resuelve el contrato.

Ante el TEAC se aportó como documentos n.º 8 y 9, un supuesto de restaurante con pérdidas. En este contrato se observa cómo se pacta un canon base que siempre se paga; un canon pre-opción y un canon post-opción menor que el pre-opción. También se observa como el precio de la opción de compra varía en función de las ventas, incrementándose en función de las mismas. Cómo se novaron las condiciones en sucesivos contratos y cómo, al final, el precio abonado por la opción de compra fue menor del inicialmente pactado.

Todas estas alteraciones en el precio no son asumidas por RMSA; sino por MSE, de lo que se desprende que aislar el precio de venta del equipamiento del contrato de franquicia, considerando a MSE como simple mediador, tal y como pretende la Administración no se corresponde con la realidad.

Por lo tanto, la Sala considera que en este punto asiste la razón a la entidad demandante, pues no es posible, por las razones expuestas, separar y valorar de forma independiente la compraventa de mobiliario y el contrato de franquicia.

**Séptimo.**

En la pericial aportada en autos y en la demanda, se sostiene que más que a una operación de mediación, la operativa enjuiciada se asemeja a un contrato de leasing. Conviene exponer, sucintamente, la operativa del dictamen que se asume en la demanda y en conclusiones por la sociedad recurrente.

Sobre el precio de adquisición del equipamiento no existe debate en la medida en que se adquiere a terceros con arreglo a criterios de mercado y queda reflejado contablemente como activo.

Se indica en el informe pericial -p. 43 y 44- que las funciones de MSE y RMSA son distintas dentro de la operatividad de la compañía. Es MSE quien realiza la actividad básica para la empresa - core bussines o core competent- de conceder las franquicias a terceros -selección de la ubicación; adquisición; gestión de bienes de equipo, etc-. Es, en palabras del dictamen, el "franquiciador master" . Por lo demás, el negocio de MSE consiste en la explotación de la franquicia McDonald s, siendo el arrendamiento necesario del equipamiento para operar una actividad auxiliar.

Mientras que RMSA es una entidad puramente inmobiliaria que tiene como único negocio la adquisición o arrendamiento de locales de negocio para su posterior arrendamiento. Y, además, adquiere el equipamiento necesario para operar en los restaurantes. El negocio de inmuebles representa el 88% del volumen de negocio en el año 2005 y el 12% el volumen de negocio en relación con los bienes muebles.

Centrándonos en las franquicias BFL el dictamen sostiene, como hemos anticipado, que la operativa se asemeja al contrato de leasing -p. 45- no disponiendo RMSA " de personal significativo ni prestando servicios de naturaleza distinta al arrendamiento". En efecto, RMSA compra el equipamiento necesario y lo cede a MSE. La rentabilidad de este arrendamiento se calcula teniendo en cuenta el coste de los equipos adquiridos y sobre la base del periodo de alquiler esperado se calcula una rentabilidad de mercado anual. Las fórmulas de cálculo se describen en el dictamen al folio 47. Como se indica en el mismo para el cálculo de la renta de equipos " al coste de adquisición se le aplica el 1% del factor financiero y un mes de amortización, y al producto de ese cálculo se añade un 10% de margen de beneficio". Y así aparece regulado en el contrato suscrito entre RMSA y MSE. Cuando se realiza la opción de compra, como se indica en la demanda, se percibe por RMSA el valor neto contabilizado de los equipamientos, incrementado en un 10%. Cifra esta última que no se corresponde con la actividad de mediación, sino, según se dice en la demanda " con la de retribuir al arrendador del precio que deja de percibir a la finalización del periodo de arrendamiento".

Acto seguido, el dictamen razona que no ha sido posible identificar " comparables internos o externos ", dado que MSE adquiere los equipos únicamente a RMSA, ni ha " resultado posible identificar un mercado de referencia en relación con este tipo de operaciones de compraventa relacionadas con la firma posterior de contratos de franquicia por una de las partes" -p.49-. También razona el dictamen -p.49-, las razones por las que no es posible aplicar el método de reventa. En este punto se razona que " MSE no actúa como intermediario en esta operación, sino que el arrendamiento a RMSA se configura como un mero requisito necesario para el cumplimiento de sus obligaciones contractuales con el franquiciado, tratándose de una operación no vinculada a ningún otro negocio jurídico, y dado que no se puede comparar el precio pactado en el interior del contrato de franquicia con el precio pactado entre RMSA y MSE, se ha considerado que el precio de revente minorado no es un método aplicable para la valoración de esta operación".

Ante la ausencia de comparables internos o externos, se optó por realizar " un análisis sobre la rentabilidad sobre activos y la rentabilidad a nivel operativo obtenida por RMSA frente a otras entidades dedicadas al arrendamiento operativo o leasing". El perito describe en las p. 50 y siguientes indicado que " se ha considerado adecuado agregar los dos negocios de arrendamiento de RMSA con la finalidad de validar si la rentabilidad obtenida se corresponde con la rentabilidad registrada por entidades comparables de mercado". Y tras seleccionar empresas con una actividad comparable, llega a la conclusión de que " la rentabilidad sobre activos obtenidos por RMSA en sus operaciones de arrendamiento, tanto de bienes inmuebles (locales) como de bienes muebles (equipos) se encuentra dentro del intervalo de valores obtenido por entidades independientes que realizan el mismo tipo de actividades de arrendamiento o leasing, y específicamente por encima de la mediana obtenida en el mercado. Asimismo, la rentabilidad operativa segmentada del negocio de arrendamiento de muebles y equipos es incluso superior a la rentabilidad media de entidades independientes dedicadas a la explotación de activos".

Frente a los anteriores argumentos la Abogacía del Estado pone el énfasis en el carácter instrumental de RMSA y razona que el perito no expone las razones de carácter instrumental -" tal vez colocar los beneficios donde interesen" -. Ahora bien, esta no es la cuestión objeto de debate. La Inspección no ha discutido la legalidad de la opción organizativa del grupo, siendo RMSA una sociedad con actividad económica. Lo que se discute es cómo valorar, conforme a criterios de mercado, la operación de venta de equipamiento.

#### **Octavo.**

Llegados a este punto la Sala, ya lo expusimos con detalle, considera que la actividad de SME no puede calificarse de simple mediación en la compraventa de los equipos. SME asume riesgos como gestora del contrato de franquicia y, en ocasiones, obtiene por la venta de los equipos una cantidad inferior al valor de compra de los mismos, lo que no resulta compatible con la idea de su participación como simple mediador. Por su parte RMSA obtiene una renta por la cesión de los equipamientos en los que incluye los costes de amortización y, finalmente, recupera el valor de los activos incrementado en un 10%. De forma que no participa ni en los incrementos, ni en las disminuciones generadas en la cuantía de la opción de compra. Tales riesgos se asumen por MSE. Ciertamente la actividad de RMSA no puede ser subsumible estrictamente en el tipo contractual del leasing -el dictamen habla de "forma muy similar a la que sería un contrato de leasing incorporado dentro del propio contrato de franquicia"- . Ahora bien, como se razona en el informe -p. 7-. , en la medida en que "RMSA no hace otra cosa que ceder el uso -y posteriormente vender- a MSE los activos de su propiedad, desde un punto de vista económico, la remuneración de tal cesión puede asimilarse a una inversión financiera, en la que el inversor aspira a obtener un determinado retorno sobre el capital invertido en los activos objeto de cesión, acorde con el mayor riesgo de la inversión". Por ello, " se realizó un análisis de la rentabilidad sobre activos (ROA) obtenida por RMSA frente a una muestra de entidades de leasing independientes identificadas como comparables".

En suma, se ha buscado una "operativa equiparable", que permita inferir cuál es la rentabilidad que se obtiene en el mercado en supuestos en los que la actividad de la sociedad se limita a la inversión de un activo, sin aportar ningún valor añadido -caso de RMSA- por parte de quien vende -art. 16.3.b)1-. Proceder que consideramos razonable en atención a las circunstancias del caso y con los datos aportados a la Sala.

El motivo por lo tanto, debe estimarse, pues no se considera correcto el criterio de valoración del Acuerdo 6/2010.

#### **Noveno.**

Debemos ahora proceder al examen de los Acuerdos de determinación del valor normal de mercado n.º 2 y 4/2010.

El primer Acuerdo, el 2/2010, analiza una serie de préstamos concedidos por GOLDEN ARCHES OF SPAIN SA (GAOS) da a RMSA, los mismos se describen en la p. 1 del Acuerdo y como se ve fueron concedidos a lo largo del periodo 2000/2004 por importes que oscilan entre 10.000.000 y 86.650.000 €, a un tipo de interés que Dentre el 3,450% y el 6,020%.

No se discute que nos encontramos ante sociedades vinculadas. Si bien GAOS está domiciliada en Irlanda. No obstante, conviene indicar que GAOS " no tiene estructura ni medios que le permitan conceder el préstamo y llevar un seguimiento del cumplimiento de las condiciones del mismo...no tiene fondos propios para prestar, los recibe de otras empresas del grupo". De hecho la Administración hace referencia a un préstamo recibido por GAOS de la matriz a un tipo del 0%, que cancela anticipadamente para recibir otro con un interés del 3,3%. Indicando la Administración que " nadie, en condiciones normales de mercado, cancela un préstamo para constituir otro en condiciones claramente peores" - p.17-.

La Administración al analizar las operaciones indica que son préstamos de elevada cuantía entre 10.000.000 y 86.650.000 €; que el plazo de vencimiento es superior a 5 años -el préstamo de 12/12/2005 que aparentemente tiene una duración menor, realmente tiene su origen en un préstamo anterior-; que no tienen cuotas de amortización periódica; que permiten la amortización anticipada de todo o parte del préstamo, con cláusula de penalización en los contratos de menor importe consistente en un " recargo basado en el valor de mercado del préstamo" y en los de mayor importe " consistente en unas comisiones de cancelación calculadas entre la diferencia de tipos existente entre el tipo del contrato y el tipo que a estos efectos fije el prestamista"; que los impuestos correspondientes a los intereses pagados por el prestatario, así como los correspondientes a reembolsos anticipados o al reembolso final, los paga el prestatario; y que no tienen garantías.

La Administración trató de buscar operaciones en el mercado que reunieran estas características y al efecto consultó a varias entidades bancarias. Las cuales -p. 19- indicaron que con las condiciones señaladas no existían préstamos. Si bien si con las condiciones de falta de garantía real; plazo de duración, importe y devolución al fin del plazo sin amortizaciones anticipadas si existían préstamos concedidos a las Administraciones Públicas.

Con base a ello, la Administración concluye que los préstamos entre GAOS y RMSA " no responden a lo que se habría pactado en condiciones de mercado" y que " por tributar una de las sociedades vinculadas en Irlanda se ha producido una tributación en España inferior a la que hubiese correspondido por aplicación del valor normal de mercado".

La Administración razona que no puede aplicar los mecanismos de los arts 16.3.b) 1 y 2 del art 16 TRLIS y opta por aplicar el método del art. 16.3.a) es decir, el "método del precio de mercado". En los folios 26 y siguientes del Acuerdo la Administración expone como ha utilizado comparables internos y externos y cómo, al final, tras ir descartando distintos supuestos como no comparables, termina por acudir a los " créditos recibidos de entidades financieras independientes por otras entidades del Grupo en España".

Y así, utilizando la Memoria de la entidad, se observó que en el ejercicio 2005 consta la existencia de líneas de crédito por importe de más de 100.000.000 € por tipos medios del 2,57% (líneas de crédito de un año y renovables); y otros préstamos a tipos de entre 2,75 y 3,75%.

De los préstamos al 2,57% por importe de más de 100.000.000 € sólo se había dispuesto de 60.000.000 €, de lo que infiere la Administración que " si la propia entidad y el propio grupo están consiguiendo líneas de crédito con entidades financieras al tipo del 2,57%, por importes que no llegan a utilizarse, no tiene necesidad de acudir a empresas vinculadas que le conceden préstamos con tipos que van desde el 3,45% al 6,02 %".

Sostiene la Administración que " no se puede tratar el préstamo intragrupo de forma diferente a los préstamos facilitados por un banco a un empresa independiente..." y " a la vista de los problemas que hay para localizar comparables externos y teniendo comparables internos como éste último, será éste el que nos permite tener un valor de mercado para las operaciones vinculadas analizadas". Destaca, además, la Administración que " la propia entidad procede a la novación del préstamo de mayor importe, en diciembre de 2005, pasando a fijarse el tipo en el 3,45% tipo muy similar al que se paga a entidades financieras independientes en el año siguientes. Por lo tanto la sociedad podría haber efectuado la novación del resto de los préstamos e irlos adecuando a los tipos de mercado".

Acto seguido -p. 29- la Administración expone los correspondientes cálculos fijando el valor de mercado de los intereses celebrados entre GAOS y RMSA en el ejercicio 2005, al tipo del 2,57% en la cifra de 3.660.878 €.

#### **Décimo.**

En relación con la operación 4/2010, como se verá, la valoración guarda conexión con el expediente anterior.

Entre RMSA y SME existe un contrato de cuenta corriente entre sociedades del grupo, sin remuneración. Según la memoria la cuenta, al inicio del ejercicio 2005, tenía un saldo a cobrar de 6.805.000 € y al final de 16.210.000 €. En esta cuenta no sólo existen cobros y pagos por operaciones comerciales, derivados del contrato de arrendamiento de locales y equipos, sino que también existen pagos por recibos de electricidad, teléfono, agua, nóminas, etc.

No se discute la existencia de vinculación entre las sociedades. Si bien, como ya hemos dicho, RMSA no tiene estructura ni medios personales que le permitan conceder el préstamo y llevar un seguimiento del cumplimiento de las condiciones del mismo. De hecho existe un contrato de prestación de servicios entre RMSA y SME, pagando RMSA los servicios recibidos a SME.

Por otra parte, RMSA recibe préstamos de otras entidades del grupo por importe de 145.558.833 € - GAOS-, habiéndose contabilizado gastos, como consecuencia del pago de tales préstamos. Paralelamente RMSA presta a través de la cuenta corriente que se está valorando, fondos a su matriz SME, no recibiendo nada a cambio. De esta forma, razona la Administración, " se ponen los gastos en la sociedad que tiene beneficios y no en la que tiene pérdidas, lo que supone una minoración o un diferimiento de la tributación en España". Añadiendo que " aunque se pusieran los gastos en la sociedad que actualmente tiene pérdidas, MSE, no serían gasto deducible para ésta por aplicación de las reglas de subcapitalización".

La Administración aplica el criterio de valoración regulado en el art. 16.3.a) del TRLIS. Y, al final, viene aplicar el criterio utilizado en el Expediente 2/2010. Pues es la entidad RMSA " la que tiene la mayoría de las cuentas de crédito con entidades financieras y al ser esta la sociedad que presta, a través de una cuenta corriente a SME, el tipo del 2,57% es el tipo coste para el prestamista, por lo que es razonable que por su función de intermediación cobre una comisión". Lo que, efectuados los correspondientes cálculos, se traduce en que el valor de mercado de la retribución de la cuenta corriente entre RMSA y SME en el ejercicio 2005 se fija en el tipo del 2,57%, en la cifra de 645.452,30 €.

Se observa, en suma, como anticipamos, la conexión entre los expedientes 2 y 4/2010, pues ambos parten de un tipo del 2,57% tanto para las operaciones de préstamo/línea de crédito entre GAOS y RMSA; como para el contrato de cuenta corriente entre RMSA y SME.

#### **Undécimo.**

En el informe pericial aportado, que la sociedad demandante hace suyo, es posible distinguir dos partes. En una parte -folios 20 y ss-, se exponen los motivos en que se basa el perito para entender que las operaciones de crédito tenidas en cuenta por la Administración no son comparables. En la segunda parte, el perito expone los criterios que, a su juicio, deben ser tenidos en cuenta para fijar el valor de mercado y al final concluye que el precio de mercado debe estar entre el tipo de interés al que se remuneraba la deuda pública en la fecha de suscripción del préstamo o línea de crédito como límite inferior y el IRS ( Interes Rate Swap) como límite máximo -p. 24 y ss-.

El TEAC, por su parte, razonó que " consta la obtención de financiación externa, concertadas con entidades de crédito vinculadas, lo que ha permitido conocer los términos en los que se financiaban el obligado tributario y su socio en condiciones de mercado" y añade que estos datos son relevantes porque " indican los tipos de interés a los que los operadores independientes estarían dispuestos a financiar a dichas entidades sin que dichas circunstancias se vea influida por la fórmula jurídica utilizadas para la financiación".

Añadiendo que " la valoración obtenida por el obligado tributario de la entidad vinculada irlandesa debe ser coherente con la valoración asignada a la financiación que a su vez el obligado tributario suministraba a su socio, MSE, a través de la cuenta corriente. A estos efectos, debe tenerse en cuenta que una parte de los fondos obtenidos en el préstamo por el obligado tributario de la entidad vinculada irlandesa sirvieron para financiar a su socio, y por lo tanto, frente a las alegaciones del obligado tributario sobre la no comparabilidad por razones de plazo de las operaciones de financiación, si resultan plenamente comparables, en la medida en que, en última instancia, fue GAOS quien financió a MSE. Dado que la financiación se efectuó a través del obligado tributario, RMSA, no parece lógico que la simple intermediación de esta entidad permitiese alterar los plazos de financiación para aplicarse un gasto a tipos de interés superiores, por provenir de préstamos otorgados por la entidad irlandesa a largo plazo, computando al mismo tiempo ingresos a tipo de interés inferiores, por la financiación a su socio en operaciones a corto plazo a través de la cuenta corriente".

Rechazando que pueda servir a efectos de comparación datos relativos a operaciones de mercado, " sin identificar a los prestatarios pues el informe [se refiere al aportado en vía económico-administrativa] contiene fundamentalmente gráficos que muestran tendencias de tipos de interés". Concluyendo que " considera más correcto y adecuado, a las circunstancias de la entidad reclamante el método y cálculos utilizados por la Inspección".

#### **Duodécimo.**

Antes de analizar el caso enjuiciado la Sala cree conveniente traer a colación la doctrina contenida en la STS de 4 de octubre de 2010 (Rec. 4954/2005 ) esta sentencia ratifica el criterio de utilización de "tipos preferenciales" sobre los "tipos de interés legal". De sus razonamientos conviene destacar que: " El artículo 16.3 hace referencia explícita a los precios que serían acordados en condiciones normales de mercado entre partes independientes con el fin de evitar la discrecional fijación de beneficios entre entidades no independientes, fijando un criterio objetivo de valoración de ingresos y gastos. Podrá tener más o menos dificultad al determinar el precio o precios (el interés de mercado en nuestro caso) que serían acordados en condiciones normales de mercados entre sociedades independientes, pero lo que parece claro es que el precepto no hace referencia alguna al rendimiento mínimo (el interés legal del dinero). La consecuencia inmediata es que cualquier interés que se pacte, que difiera del interés de mercado, lleva implícito el correspondiente ajuste al resultado contable para determinar la base imponible del Impuesto sobre Sociedades. La norma transcrita no ofrece duda en cuanto a las consecuencias que comporta la no aplicación del precio o interés de mercado, que constituye una declaración legal de imperativo cumplimiento, que obra con la eficacia de una presunción "iuris et de iure", que excluye cualquier posibilidad de prueba en contrario, pues no tendría sentido probar que se han realizado efectivamente tales operaciones a precios inferiores a los de mercado; simplemente se sustituyen tales precios por un modelo fiscal que tiende a determinar la base imponible del Impuesto sobre Sociedades conforme a precios teóricos de mercado". En el caso enjuiciado la Administración no tuvo en cuenta el tipo de interés legal, sino el " interés preferencial que las entidades financieras aplican a sus mejores clientes" razonando que " el tipo tomado en consideración que la banca aplica en sus operaciones activas a sus mejores clientes, dado el volumen de operaciones que estas entidades realizan y las condiciones en que se desarrolla su actividad, normalmente será inferior al tipo de interés que una entidad no financiera aplique en un préstamo concedido a otra entidad independiente, por lo que este Tribunal considera que el tipo preferencial aplicado responde a un criterio de prudencia valorativa que debe ser mantenido".

Por lo tanto, la sentencia da preferencia a la aplicación de tipos de interés que tienen en cuenta las circunstancias particulares de la sociedad, sobre los tipos de interés generales. Se invita, por lo tanto, en la sentencia a obtener de la forma más ajustada posible el precio de mercado, atendiendo, cuando sea posible a las circunstancias particulares, si se tienen datos para ello. Esta doctrina se encuentra también latente en la STS de 11 de marzo de 2013 (Rec. 3854/2010 ), en esta sentencia el debate se centra entre la aplicación del tipo de interés legal -criterio de la Administración- y el Euribor, entendiéndose la Sala que éste indicador es más ajustado a la finalidad de la norma, pues se acerca más a la realidad del mercado en materia de préstamos y, por lo tanto, a la realidad operativa de la empresa.

### **Decimotercero.**

Tras describir los términos del debate y la doctrina aplicable la Sala entiende que, en este caso concreto, la razón asiste a la Administración y ello con base a los siguientes argumentos:

1- En el caso enjuiciado la Administración se ha dirigido a diversas entidades financieras con el fin de determinar si existían préstamos equivalentes en el mercado a los suscritos entre GAOS y RMSA y la respuesta ha sido negativa. De hecho, tanto la Administración como la sociedad demandante no discuten que no existen operaciones equivalentes en el mercado.

Precisamente por ello, la Administración acude a un criterio que, en principio, resulta razonable. Analiza la financiación obtenida por el grupo en el ejercicio analizado por entidades financieras independientes y obtiene que el tipo de interés es del 2,57 % en líneas de crédito de un año y este es el tipo que aplica, pues desde una perspectiva de mercado no tiene sentido que se estén pagando a GAOS un tipo de interés que oscila entre el 3,45% y el 6,02 €, cuando puede obtenerse a un 2,57%. Es más, consta en autos que de los préstamos al tipo de interés del 2,57% sólo se había dispuesto de 60.000.000 €, frente a los 100.000.000 € obtenidos, lo cual es difícilmente entendible atendiendo a criterios de mercado.

Frente a tal argumento, en la demanda y en el informe se realiza un esfuerzo para indicar que las operaciones no son comparables. Así, se viene a resaltar que los préstamos se efectuaron en un año distinto; que los plazos de crédito son inferiores; que no se concedieron garantías, etc.

Pero la Sala entiende que las diferencias alegadas, que sin duda existen, no impiden la comparabilidad exigida por la norma, siendo las operaciones equiparables. De hecho, las diferencias indicadas no explican una diferencia tan notable entre los préstamos obtenidos de entidades financieras y los obtenidos de GAOS.

En efecto, se dice que en un caso la firma de los créditos lo es por ejercicios distintos. Sin embargo, de la propia prueba pericial aportada se infiere que ha existido una cierta estabilidad en los tipos de interés aplicados en diferentes años, sin que pueda explicar una diferencia tan significativa como la existente, por ejemplo, entre el 2,57% y el 6,02%.

Ciertamente los contratos no tienen la misma duración -aunque se reconoce que algunos de ellos son prorrogables-, pero tal dato tampoco es significativo, además de por la razón anterior, porque la sociedad demandante no ha tenido problema en novar los préstamos y alterar los tipos pactados; en esta línea en el Acuerdo -p.28- se razona que " la sociedad podría haber efectuado la novación del resto de los préstamos e irlos adecuando a los tipos de mercado". Pero como indica la Abogacía del Estado, el perito omite decir que el préstamo más importante procede de 1996 y que fue renovado en 2003 y 2005.

La ausencia de garantías entre entidades del grupo tampoco nos parece una justificación suficiente para sostener que las operaciones no son equiparables. En efecto, como razona la Abogacía del Estado, GAOS es una sociedad del grupo cuyos fondos proceden de otras del grupo, no siendo frecuente que las entidades vinculadas ofrezcan garantías entre ellas.

En suma, entendemos que las operaciones sí resultan razonablemente equiparables, pues los factores diferenciadores no tienen la relevancia suficiente como para quebrar la equiparación.

2- En cuanto al método de valoración nos parece más ajustado el empleado por la Administración que el propuesto por la sociedad. En efecto, conforme hemos razonado, se ajusta más a la realidad y a la línea jurisprudencial que antes hemos indicado, acudir a los préstamos concretos que las entidades financieras conceden en el mercado teniendo en cuenta la realidad de la empresa, que acudir a tipos generales tales como la deuda pública o el IRS ( Interes Rate Swap) . No es que tales indicadores no tengan valor, pero los indicadores utilizados por la Administración, en este caso, se ajustan más a la realidad de la actividad empresarial objeto de análisis.

Todo ello, sin olvidar, que el perito centra su análisis en el Acuerdo 2/2010, siendo lo cierto que del Acuerdo 4/2010 se infiere que una parte considerable de los préstamos recibidos se cedía, vía cuenta corriente, a SME, sin ninguna remuneración. Es decir, como afirma la Abogacía del Estado, " se estaban colocando gastos por intereses en la sociedad que tenía beneficios - RMSA- y no percibía nada por la cesión de los mismos capitales", de la entidad MSE que tenía pérdidas.

Todas estas razones nos llevan al entendimiento de que los Acuerdos 2 y 4/2010 son conformes a Derecho.

#### **Decimocuarto.**

En consecuencia procede la estimación parcial del recurso, sin condena en costas - art 139 LJCA -.

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

#### **FALLO**

Estimamos en parte el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el Procurador D<sup>a</sup>. Blanca M. Grande Pesquero, en nombre y representación de RESTAURANTES McDONALD'S SA contra la Resolución dictada por el Tribunal Central Económico Administrativo de 29 de noviembre de 2012 (RG4881-10), la cual anulamos en parte por ser contraria a Derecho en los términos que se infieren del Fundamento de Derecho octavo, con las consecuencias legales inherentes a dicha declaración y confirmando el resto de la Resolución recurrida. Sin imposición de costas.

Intégrese la presente sentencia en el libro de su clase y una vez firme remítase testimonio de la misma junto con el expediente administrativo al lugar de procedencia de éste.

Así por esta nuestra sentencia que se notificará a las partes haciéndoles saber, con las demás prevenciones del artículo 248.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que contra la misma cabe recurso de casación para ante la Sala tercera del Tribunal Supremo, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACION Leída y publicada ha sido la anterior Sentencia por el Magistrado Ponente de la misma, el Ilmo. Sr. D. MANUEL FERNÁNDEZ LOMANA GARCÍA estando celebrando Audiencia Publica la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional; Certifico.

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