

BASE DE DATOS NORMACEF FISCAL Y CONTABLE

Referencia: NFJ057488

TRIBUNAL SUPREMO

Sentencia de 9 de febrero de 2015

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Rec. n.º 188/2014

SUMARIO:

Aplicación e interpretación de las normas. Fraude de ley. Transmisión de acciones de una sociedad del grupo con endeudamiento intragrupo. Lo que buscó y provocó la matriz holandesa a través de préstamo concedido a la filial española para financiar la compra de participaciones fue erosionar su base imponible, incrementando su pasivo, al mismo tiempo que trasladaba los intereses y los beneficios a otro país de baja, o en este caso nula tributación, sin otra razón económica o empresarial que lo justificara. En cuanto al abuso de derecho, detrás de la operación de financiación y compra venta de las acciones no existe ningún motivo económico válido que justifique el préstamo y la adquisición de las acciones por parte de la recurrente. [Vid., en el mismo sentido, SAN, de 14 de noviembre de 2013, recurso n.º 368/2010 (NFJ053878), que se recurre en esta sentencia]. **Interpretación de las normas.** La aplicación de un Convenio para evitar la doble imposición no puede amparar operaciones que a la postre conduzcan a la desimposición, salvo que los Estados signatarios así lo hayan acordado de forma expresa; lo contrario, sería admitir que los Convenios pudieran constituirse en instrumento para legitimar comportamientos elusivos o para anular las facultades que el ordenamiento reconoce a la Administración tributaria en pos de una correcta tributación, como ocurre con las posibilidades de recalificación o la institución del fraude de ley. Dicho de otra forma, la aplicación y la interpretación de los Tratados internacionales no pueden desplazar sin más la eficacia de los principios básicos de la tributación recogidos en el artículo 31 CE. Por tanto, que la Administración acudiera a la declaración de fraude de ley, conforme al art. 24 Ley 230/1963 (LGT), sin aplicar las disposiciones de los Convenios concurrentes, de ningún modo puede ser tachado *per se* como una actuación contraria a Derecho.

PRECEPTOS:

Ley 230/1963 (LGT), art. 24.

Constitución Española, art. 31.

Ley 58/2003 (LGT), arts. 105 y 108.

PONENTE:

Don Emilio Frías Ponce.

Magistrados:

Don ANGEL AGUALLO AVILÉS

Don EMILIO FRIAS PONCE

Don JOAQUIN HUELIN MARTINEZ DE VELASCO

Don JOSE ANTONIO MONTERO FERNANDEZ

Don JUAN GONZALO MARTINEZ MICO

Don MANUEL MARTIN TIMON

Don MANUEL VICENTE GARZON HERRERO

Don RAFAEL FERNANDEZ MONTALVO

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a nueve de Febrero de dos mil quince.

Visto por la Sección Segunda de la Sala Tercera del Tribunal Supremo el presente recurso de casación número 188/2014, interpuesto por SABIC INNOVATIVE PLASTICS DE ESPAÑA, SCPA, (anteriormente GE PLASTICS DE ESPAÑA), en lo sucesivo GEPESA, representada por la Procuradora Doña Blanca Maria Grande Pesquero, contra la sentencia de 14 de noviembre de 2013, dictada por la Sala de lo Contencioso Administrativo,

Sección Segunda de la Audiencia Nacional en el recurso contencioso administrativo número 368/2010 , en relación con el Impuesto sobre Sociedades, ejercicio 2002.

Ha sido parte recurrida la Administración General del Estado, representada y defendida por el Abogado del Estado.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.

La sentencia impugnada desestimó el recurso contencioso administrativo interpuesto por GEPESA, contra la resolución del Tribunal Económico Administrativo Central, de 26 de julio de 2010.

Dicha resolución del TEAC, por un lado, desestimaba la reclamación deducida contra el acuerdo de la Delegación Central de Grandes Contribuyentes de la Agencia Estatal de Administración Tributaria, de 6 de mayo de 2008, por el que se declaraba la existencia de fraude de ley, en relación con la deducibilidad de los gastos financieros soportados por GEPESA en el Impuesto sobre Sociedades del ejercicio 2002, por importe de 170.982.223 euros, como consecuencia de la financiación de la adquisición del 70 por ciento del capital social de la entidad vinculada holandesa GE ENERGY EUROPE (en adelante GEEE) a su sociedad matriz holandesa GE INTERNACIONAL BENELUX BV (en adelante GEIB); y por otro lado, estimaba parcialmente la reclamación promovida contra el acuerdo de liquidación del Impuesto sobre Sociedades, correspondiente al mismo periodo y ejercicio, (régimen de tributación consolidada del Grupo núm. 73/96, del que GEPESA es sociedad dominante), dictado por la Dependencia de Control Tributario y Aduanero de la Delegación Central de Grandes Contribuyentes de 1 de julio de 2008, exclusivamente en lo relativo al cómputo de la reversión de una provisión dotada por la dominante en 2001, por importe de 26.982.000 euros, por la depreciación de la cartera de valores de GEEE, correspondiente a la depreciación de la participación de ésta en GE PLASTICS, confirmando el acuerdo liquidatorio en todo lo demás, que afectaba a la regularización también practicada por la Inspección de los Tributos, al denegar la deducibilidad fiscal por la entidad dominante de gastos financieros, atendiendo a lo concluido en la resolución de la Delegada Central de Grandes Contribuyentes de 6 de mayo de 2008, que declaró la existencia de un fraude de ley en la operación de adquisición y financiación del capital de GEEE en 2001 por GEPESA.

Como consecuencia de la estimación parcial de la resolución del TEAC de 26 de julio de 2010, con fecha 10 de diciembre de 2010, la Adjunta al Jefe de la Oficina Técnica de la Dependencia de Control Tributario y Aduanero de la Delegación Central de Grandes Contribuyentes dictó acuerdo de ejecución, por el que se practicaba nueva liquidación al grupo consolidado correspondiente al Impuesto sobre Sociedades, ejercicio 2002, que sustituía a la anulada por el mismo concepto y ejercicio.

La base regularizada ascendió a 31.930.709,91 euros, que fue integralmente compensada con las bases imponibles del grupo de los ejercicios 1998 a 2001.

El recurso contencioso administrativo fue ampliado a dicho acuerdo de ejecución por Auto de 17 de marzo de 2011.

Segundo.

La Sala de instancia en su Fundamento Jurídico Cuarto se remite a la sentencia dictada el mismo día, en el recurso 367/2010, que resolvió idéntica cuestión sobre la declaración de fraude de ley, si bien referida al ejercicio 2001, en relación con la adquisición por GEPESA de GEEE y financiación del precio por GEIB.

Dicha sentencia, tras recordar los hechos fácticos a partir de los cuales la AEAT considera producido el fraude de ley, y que aparecían recogidos tanto en la resolución de 27 de marzo de 2007 que declara la existencia de fraude de ley en relación con el obligado tributario GEPESA, por el concepto del impuesto de Sociedades, ejercicio 2001, como en la resolución del Tribunal Económico Administrativo Central recurrida, acepta la conclusión establecida en los referidos acuerdos, en el sentido de que no existía en la operación realizada una motivación económica distinta de la meramente fiscal, al tratarse de una mera recolocación formal de carteras en el interior del grupo sin eficacia patrimonial real, y que el endeudamiento intragrupo, afecto a la compra de acciones, no era en último término sino la colocación de los activos y pasivos en la entidad española con la única finalidad de la reducción de tributación conseguida en España.

Por otra parte, rechaza la vulneración del derecho comunitario y de los convenios para evitar la doble imposición suscritos con Holanda, Luxemburgo y Estados Unidos, así como la infracción de la libertad de establecimiento, de la libre circulación de capitales y del principio de confianza legítima argumentando:

" Sostiene que la discriminación surge cuando en lugar de aplicar las normas sobre operaciones vinculadas para valorar con criterios de mercado las operaciones realizadas se acude a un mecanismo excepcional como el fraude de Ley, en virtud del cual se ignoran las operaciones realizadas y los gastos fiscales asociados a ellas en razón exclusivamente del ámbito internacional del grupo y de las sociedades intervinientes.

La Sala ratifica en este punto la decisión de la Administración en el sentido de que ha de rechazarse la discusión en términos de conculcación de normas internacionales (Convenios de Doble Imposición, normativa comunitaria europea) o discriminación de entidades pertenecientes a un grupo multinacional en circunstancias que permitirían la consolidación a un grupo de matriz nacional. En efecto, no se cuestiona la deducibilidad de unos gastos o la consolidación entre dos entidades residentes porque estén insertas en un grupo multinacional sino porque se demuestre que no responde a una finalidad económico empresarial auténtica y fundada, de forma que se hubiera cuestionado igual y se hubiera concluido en el mismo sentido de tratarse de un grupo de matriz nacional con idéntica actuación. En efecto, si la operativa examinada y su "abusiva" utilización de las normas sobre consolidación y composición de la base imponible hubiese sido desplegada por un Grupo totalmente nacional, la conclusión hubiera sido la misma y la aplicación de la figura del fraude de ley y la reacción del ordenamiento jurídico ante ella idéntica "porque ni las normas ni la aplicación que de ellas ha hecho la Inspección autoriza a concluir el supuesto trato de diferencia que la reclamante trata de presentar". Tal y como recoge la resolución que se revisa "...el fundamento de la calificación de fraude de ley, como ya se ha resaltado, tampoco radica en la minimización de tributación o, en su caso, no tributación efectiva de los intereses obtenidos por la no residente del Grupo, aunque ello sea un elemento más de convicción; si esta circunstancia hubiera podido darse en un centro financiero localizado en España, de un grupo autóctono y concurrieran los mismos elementos configuradores del fraude de ley, la conclusión hubiera sido la misma. Se reitera que el fundamento de la regularización no radica, ni comporta un juicio peyorativo de los grupos multinacionales ni en que en las transacciones y préstamos intervengan sociedades residentes en diversos estados...La reprobación no se produce por tratarse de empresas multinacionales sino porque se han utilizado unos instrumentos, unas vías ofrecidas por las normas tributarias, en palabras del Tribunal Constitucional, contrariando el espíritu de las mismas. No subyace, por tanto, como se pretende hacer aparecer, ninguna discriminación a no residentes, ni el Acuerdo declarativo del fraude supone vulneración alguna del Derecho Comunitario; la regularización propuesta se hace a una residente, no se modifican valores que puedan afectar a no residentes ni determinan para las mismas obligaciones tributarias en España; y la circunstancia de que haya implicadas entidades no residentes no es en modo alguno lo determinante de la tacha; como ya se ha dicho, sería igual si la operativa se hubiera llevado a cabo sólo entre entidades residentes".

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

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

Igual conclusión desestimatoria se alcanza respecto de la supuesta vulneración de los Convenios de Doble Imposición pues, nuevamente se reitera, que ni el acuerdo declarativo de fraude de Ley, ni la regularización lleva a cabo, tienen su fundamento en la aplicación de las normas sobre operaciones vinculadas, ni en la vulneración de la norma sobre subcapitalización, por lo que no resultan de aplicación los preceptos de los Convenios de Doble Imposición que regulan la materia.

A lo expuesto se añade que la liquidación impugnada no implica tampoco obligación tributaria alguna para entidades no residentes en España y residentes en países convenidos, que pudiera determinar la aplicación de un Convenio de Doble Imposición, ni se niega a éstas la deducibilidad de un gasto, pues es al grupo fiscal español al que se examina, ni tampoco aplica valoración alguna de transacciones entre entidades vinculadas que pudiera circunscribirse al ámbito de los precios de transferencia del art. 9 del Modelo de Convenio para evitar la doble imposición. No se trata de distribuir potestades tributarias a la hora de gravar rentas ni de evitar una doble imposición que en el presente caso, como se ha razonado, no concurre"

Finalmente, en el último Fundamento de Derecho razona así: .

"Alega, seguidamente, que no existe la más mínima justificación en el expediente de porqué el gasto financiero incurrido por GEPESA como consecuencia de las adquisición de la sociedad holandesa GEEE es rechazado por la Delegación Central y, en cambio, el incurrido por la misma sociedad GEPESA y en el mismo

ejercicio como consecuencia del préstamo obtenido para financiar la adquisición de la sociedad española GE Capital Largo Plazo SL, dedicada al arrendamiento de vehículos, sí es admitido por la Delegación Central y se considera deducible a efectos fiscales, no habiendo sido objeto de regularización, lo que a juicio de la actora vulnera la libertad de establecimiento y de circulación de capitales tanto de GEPESA como de GEIB.

La alegación de la parte no puede ser aceptada por la Sala, pues ni existe identidad entre ambos supuestos, pues haya datos que diferencian ambas compraventas (rama de la actividad en la que actúan las sociedades compradas), ni el hecho de que no haya sido objeto de regularización la compraventa de acciones de la sociedad GE Capital Largo Plazo SL puede comportar, en forma alguna, la existencia de un acto propio de la Administración, máxime teniendo en cuenta que, como esgrime el Abogado del Estado en su escrito de contestación a la demanda, no puede pretenderse la aplicación del principio de igualdad para extenderlo a situaciones antijurídicas.

En último término, aduce la nulidad de la resolución del TEAC por la vulneración de las normas en materia de prueba.

Igual suerte desestimatoria que los anteriores debe correr dicho motivo bastando para ello con recordar la doctrina constitucional sobre la materia de la que es un ejemplo la STC 1/1996 . La tesis que se infiere de dicha sentencia, que en este punto ratifica una consolidada doctrina anterior del Tribunal Constitucional que también ha sido posteriormente confirmada, es la de que para que una denegación de prueba, aún indebida, tenga como consecuencia la anulación del acto administrativo, es preciso que la citada infracción procesal haya causado en el recurrente una indefensión material, siendo por lo tanto determinante del fallo. Efectivamente, como subyace en las alegaciones de la recurrente, es conveniente que los órganos inspectores y revisores aprecien con flexibilidad los requisitos de procedencia para la admisión y práctica de las pruebas con las que se pretende hacer valer los hechos que les favorecen, pero ello no significa que toda denegación o incluso una indebida denegación de prueba tengan relevancia constitucional y como consecuencia la nulidad de la liquidación, pues ello sólo acontece en aquellos supuestos en que se haya producido una indefensión material, que en ningún caso resulta concurrente en el supuesto examinado; máxime teniendo en cuenta que la prueba rechazada por el Tribunal Económico Administrativo Central fue admitida y practicada por esta Sala en el recurso num. 47/2010, siendo así que el informe emitido por el Director del Departamento de Inspección Financiera y Tributaria en fecha 14 de junio de 2011 ha sido incorporado al presente recurso a solicitud del Abogado del Estado, por lo que debe concluirse, sin dificultad, que no ha existido la indefensión material necesaria para provocar la nulidad pretendida.

Conforme a cuanto antecede procede confirmar la adecuación a Derecho del acuerdo declarativo de fraude de ley, lo que, asimismo, comporta la conformidad de la regularización practicada en el acuerdo de liquidación tributaria en relación a la no deducibilidad de los gastos financieros correspondientes al ejercicio 2001."

Tercero.

Contra la sentencia dictada, la representación de GEPESA preparó recurso de casación y, una vez que se tuvo por preparado, fue interpuesto, articulando, al amparo del art. 88. 1 d) de la ley jurisdiccional, cuatro motivos.

Suplicó sentencia que previos los trámites preceptivos, inclusive el planteamiento de una cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, conforme a lo señalado en el primer motivo casacional para el supuesto de que albergue alguna duda en relación con la vulneración de las libertades comunitarias de establecimiento y de circulación de capitales, denunciados, se estime los motivos de casación, case y anule la sentencia impugnada, dictando otra más ajustada a Derecho.

En un primer otrosí, suplicó al amparo de lo dispuesto en el art. 88. 3 de la Ley Jurisdiccional, proceda a integrar como hechos probados los que son citados en los informes periciales aportados en la instancia que no fueron tenidos en cuenta por la Sala enjuiciadora, tanto los que obran en el expediente administrativo como los que se derivan de las fuentes referidas en los anexos de aquéllos, así como los identificados en el motivo casacional tercero.

Cuarto.

Conferido traslado del escrito de interposición al Abogado del Estado, para el trámite de oposición, interesó sentencia por la que se inadmita o subsidiariamente se desestime, con expresa imposición de costas a la parte recurrida.

En un otrosí se opuso a la solicitud hecha de contrario sobre planteamiento de cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

Quinto.

Para el acto de votación y fallo se señaló la audiencia del día 4 de febrero de 2014, fecha en la que tuvo lugar la referida actuación procesal.

Siendo Ponente el Excmo. Sr. D. Emilio Frias Ponce,

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.

En el primer motivo de casación la parte recurrente achaca a la sentencia impugnada la infracción de la libertad de establecimiento reconocida en los artículos 43 y 48 del Tratado de Roma -actualmente artículos 49 y 54 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea de 13 de diciembre de 2007-, cuyo alcance ha sido definido por el jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea; entre otras muchas, en las sentencias de 12 de septiembre de 2006, asunto C-196/04, Cadbury Schweppes , y 13 de marzo de 2007, asunto C-524/04 , Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation , en cuanto viene a confirmar la praxis y actuación de la Administración Tributaria que no permitió la deducibilidad de los gastos financieros generados por el préstamo concedido por la matriz holandesa para la adquisición de las participaciones de otra entidad del grupo residente en los Países Bajos, mientras que sí admitió la deducibilidad de los gastos financieros generados en una operación que considera cualitativamente análoga, al haberse adquirido del mismo modo a la matriz holandesa, con la única diferencia de que la entidad del grupo adquirida era residente en territorio español

Por otra parte, reputa infringidos por la sentencia recurrida los artículos 16 y 20 de la Ley 43/1995, de 27 de diciembre, del Impuesto sobre Sociedades (BOE 28 de diciembre), relativos a la valoración de operaciones vinculadas y al régimen de subcapitalización, respectivamente, así como los correlativos del Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades, aprobado por Real Decreto Legislativo 4/2004, de 5 de marzo, para el caso de que se considerase que existe algún tipo de irregularidad en las operaciones intragrupo realizadas, como parece señalar la sentencia, al sugerir que las operaciones podían haberse articulado de otra forma.

Adicionalmente, señala que la sentencia infringe la doctrina sobre los actos propios, mantenida por esta Sala en su sentencia de 4 de noviembre de 2013, dictada en el recurso de casación 3262/2012 , por cuanto el hecho de no haber declarado en fraude de ley la operación de adquisición y financiación de GE Capital Largo Plazo S.L., sí debe entenderse como un acto propio de la Administración que le vincula pues con ello considera conforme a Derecho esas operaciones y la deducibilidad del gasto financiero de ellas derivadas, mientras que declara abusivas las mismas operaciones cuando se adquiere una sociedad establecida en otro Estado miembro distinto de España.

Por último critica la argumentación de que "no puede pretenderse la aplicación del principio de igualdad para extenderlo a situaciones antijurídicas", ya que el análisis de la presencia o ausencia de una situación antijurídica debe hacerse a la luz del Derecho de la Unión Europea

Estas infracciones son ampliamente desarrolladas, sosteniendo que existe un total paralelismo entre la adquisición de GEEE a su matriz holandesa GEIB y la adquisición de GE Capital Largo Plazo, S.L., sociedad española dedicada al arrendamiento de vehículos, propiedad en un 99% de GEIB, dado que la matriz holandesa igualmente financió esa segunda adquisición producida en el mismo año 2001, y, que, sin embargo, la Administración Tributaria declara la primera realizada en fraude de ley, negando la deducibilidad fiscal de los gastos financieros, pero no cuestiona la segunda, admitiendo la deducibilidad fiscal de los gastos financieros.

También considera que el único motivo o circunstancia que diferencia ambas adquisiciones es la residencia fiscal de la sociedad adquirida; en el caso de GEEE es Holanda y en GE Capital Largo Plazo, S.L., España, por lo que entiende que se produce una discriminación incompatible con el Derecho Comunitario que vulnera la libertad de establecimiento, tanto de GEPESA como de GEIB, y al mismo tiempo la libre circulación de capitales y pagos reconocida en el artículo 63 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea , haciendo la Delegación Central de Grandes Contribuyentes, el TEAC y la Audiencia Nacional de peor condición la toma de participación en una sociedad de otro Estado miembro, que la toma de participación en una sociedad española en circunstancias equivalentes, sin justificación alguna, siendo el resultado primar la inversión en sociedades españolas en detrimento de la inversión en otras sociedades comunitarias, que resultan proscritas, cuando tan auténtica y real es una como otra inversión, resultando idénticas desde el punto de vista cualitativo, aunque el valor de cada entidad y el importe de los préstamos evidentemente difieren.

Luego, después de recordar que la vulneración del Derecho de la Unión Europea puede venir dada no sólo por una discriminación contenida en una norma jurídica, sino también por la praxis de la Administración, y que defendió la existencia de una discriminación encubierta, que produce idénticos efectos, aún cuando no se utilice expresamente el criterio de la residencia, el domicilio o la nacionalidad de las sociedades intervinientes, mantiene que la infracción denunciada debe resolverse desde la óptica del Derecho comunitario no desde la óptica del Derecho interno, por lo que resulta contrario a Derecho concluir, como hace la Sala de instancia, que se produjo una situación antijurídica, sin haber seleccionado correctamente el cuerpo normativo aplicable, que es el Derecho de la Unión Europea referido a la libertad de establecimiento, tal y como ha sido interpretado por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, y que el único argumento ofrecido por la Sala a quo para justificar que las

situaciones no son idénticas es que ambas compañías actúan en distintas ramas de actividad, criterio que no ha sido considerado relevante a la hora de identificar el término de comparación por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

Finalmente, reconoce que la jurisprudencia del Tribunal de Justicia no cuestiona los mecanismos internos para evitar el fraude o el abuso del Derecho, pero recuerda que los somete a su control con un doble objetivo: (i) evitar que se utilicen de forma discriminatoria y (ii) asegurar que sólo se utilizan para reaccionar frente a montajes puramente artificiales, objetivamente demostrables y ajenos a la realidad económica, lo que no concurre en el supuesto enjuiciado, porque no sólo existe una actividad económica en España muy relevante, sino que además es creciente, habiéndose extendido a otros Estados miembros de la Unión Europea, como son los Países Bajos, solicitando, de no compartirse la tesis por la Sala, el planteamiento de cuestión prejudicial, porque el Tribunal Supremo es la última instancia jurisdiccional y, cuando menos, existen dudas razonables sobre la posible lesión

Segundo.

Opone el Abogado del Estado a este primer motivo, ante todo, que la entidad se olvida de la naturaleza y carácter del recurso de casación, puesto que se limita a reproducir las alegaciones jurídicas que viene haciendo a lo largo de la vía económico-administrativa, y posteriormente ya en vía judicial ante la Audiencia Nacional. Considera así evidente que el recurso de casación no sólo debe ser desestimado, sino tan siquiera admitido.

No obstante, entrando en el fondo le llama la atención que, pese a su extensión, GEPESA silencie todo lo referente al análisis de la figura del fraude de ley en el ámbito tributario, que es lo auténticamente relevante en la sentencia impugnada, destacando, como dice la sentencia, recogiendo la resolución del TEAC, que «el fundamento de la regularización no radica, ni comporta un juicio peyorativo de los grupos multinacionales ni en que en las transacciones y préstamos intervengan sociedades residentes en diversos estados... La reprobación no se produce por tratarse de empresas multinacionales sino porque se han utilizado unos instrumentos, unas vías ofrecidas por las normas tributarias, en palabras del Tribunal Constitucional, contrariando el espíritu de las mismas. No subyace, por tanto, como se pretende hacer aparecer, ninguna discriminación a no residentes, ni el Acuerdo declarativo del fraude supone vulneración alguna del Derecho Comunitario; ni la regularización propuesta se hace a una [no] residente, no se modifican valores que puedan afectar a no residentes ni determinan para las mismas obligaciones tributarias en España; y la circunstancia de que haya implicadas entidades no residentes no es en modo alguno lo determinante de la tacha; como se ha dicho, sería igual si la operativa se hubiera llevado a cabo sólo entre entidades residentes». lo que le lleva a concluir que no existe infracción del derecho de establecimiento ni de la libre circulación de capitales, ni de la jurisprudencia asociada a ese derecho y libertad comunitaria.

En cuanto a los artículos 16 y 20 de la Ley del Impuesto sobre Sociedades, se remite al fundamento jurídico décimo de la sentencia, en la que se tratan las dos infracciones, para evitar inútiles repeticiones.

Tercero.

No podemos aceptar la inadmisión que se postula por la representación estatal, pues el motivo, aunque en ciertos pasajes viene a reproducir las alegaciones que la recurrente formuló en la instancia, cita como infractora de los preceptos legales a la sentencia, por lo que formalmente respeta la técnica procesal.

Sin embargo, la correcta resolución del recurso de casación, como recurso extraordinario apegado a la sentencia que se combate, requiere partir de la respuesta que la Sala de instancia dió a GEPESA, sin que en esta vía se permita abrir los términos del recurso más allá de los pronunciamientos y límites marcados por la Sala de instancia, como ha dicho esta Sala, entre otras ocasiones, en la sentencia de 1 de diciembre de 2008 (casación 3910/05, FJ 2º).

Sentado lo anterior, lo primero que debemos tener presente es que la sentencia impugnada en su motivación se remite en su práctica totalidad a otra de la misma Sala de instancia de 14 de noviembre de 2013, por la que resuelve el recurso 367/10. En ambos casos la Sala de instancia confirmó el criterio de la Administración tributaria, que consideró realizada en fraude de ley la operación préstamo de la matriz holandesa a su filial española para financiar la adquisición de otra entidad participada residente también en los Países Bajos, denegando por este motivo la deducibilidad de los gastos financieros en sede de la filial española.

Los hechos de los que partió la Administración fueron, en síntesis, los siguientes:

"La operación de adquisición del 100% de las participaciones de GEEE por la entidad GEPESA, tuvo lugar en el año 2001. Para llevar a cabo la operación se hicieron las siguientes operaciones:

Primera fase. Adquirió el 70% del capital de GEEE mediante una operación de compraventa de acciones, el 27 de abril de 2001, por un importe de 2.380.000.000 de euros.

Para poder efectuar el pago de los 2.380.000.000 de euros a su matriz, la filial española recibió un préstamo del mismo importe, 2.380.000.000 de euros, de la propia matriz -Memoria del ejercicio 2001-.

Dicho préstamo se formalizó en contrato fechado en el mismo día de la compraventa, 27 de abril de 2001, estableciéndose el reintegro del principal y el tipo de interés a satisfacer por la filial española en los siguientes términos:

27 abril 2006 (5 años) 476.000.000 € 5,22%
27 abril 2011 (10 años) 476.000.000 € 6,24%
27 abril 2021 (20 años) 476.000.000 € 7,17%
27 abril 2031 (30 años) 952.000.000 € 7,75%

El préstamo lo efectuó la matriz holandesa pero no directamente desde su sede en Holanda, sino a través de un centro de coordinación belga, donde goza de un régimen fiscal privilegiado, que supone que los ingresos financieros obtenidos por estos centros no tributan o lo hacen en un porcentaje mínimo.

Segunda fase . Adquirió el 30% restante del capital de GEEE por aportación no dineraria de GEIB a su filial española, GEPESA, valorada en 1.020 millones de euros, el 29 de junio de 2001. El aumento de capital de GEPESA ascendió a 204 millones de euros y hubo una prima de emisión de 816 millones de euros.

Como consecuencia de dicha adquisición, la inversión de GEPESA en GEEE se contabilizó en libros por 3.400.000.000 de euros.

Según consta de la propia memoria de GEPESA de su ejercicio 2002, su matriz holandesa GEIB cedió a su matriz, la entidad residente en Luxemburgo GE Holdings Luxembourg & Co., Sarl (GE Holdings L), la titularidad de todos los préstamos a largo plazo y líneas de crédito debidos por la filial española y residenciados en el centro de coordinación belga, consiguiéndose con esta fórmula de financiación en generar en España en sede de la sociedad GEPESA unas bases imponibles negativas en cantidades más que notables, trasladando los ingresos generados por los pagos de los gastos financieros de la española a otras entidades residenciadas en lugares donde tributaban por estos conceptos a tipos privilegiados o simplemente no se producía tributación efectiva por estos conceptos."

Cuarto.

Pues bien, el minucioso análisis que la Administración tributaria realizó de este proceso desveló que la compraventa de participaciones y financiación de la adquisición de los títulos solo tenía una finalidad fiscal o tributaria, lo que confirmó la Sala acertadamente, pues nada tuvo que ver, ni el tipo de operación o forma de financiación, ni el que la matriz fuera residente en Holanda y la prestataria española; la razón fue la ausencia constatada de motivos económicos válidos que justificaran la adquisición de las acciones de otra participada del grupo.

Efectivamente la Sala de instancia hace una tajante afirmación, tras reconocer que el grupo multinacional puede organizarse de la forma que estime más conveniente: las operaciones de endeudamiento intragrupo realizadas, amparándose en operaciones de reorganización empresarial, « carecen de fundamento económico o empresarial y cuya motivación no es otra que la meramente fiscal », desgranando después las razones que le llevan a sostener tal conclusión.

Detalla cuanto sigue:

(i) Que la participación del 100 por 100 que la matriz holandesa GEIB tenía de forma directa sobre GEPESA y GEEE, continúa siendo directa tras la operación discutida sobre la filial española GEPESA y pasa a ser indirecta, a través de dicha filial, sobre GEEE; es decir, que el cambio de titularidad de las participaciones no altera la posición de dominio en el grupo, pero sí comporta un importante incremento del pasivo a largo plazo en la sociedad española.

(ii) Que no se produjo ninguna variación en el control, dirección ni funcionamiento de la entidad adquirida, GEEE, pues el control de la gestión y dirección efectiva sigue estando, al igual que antes de las operaciones examinadas, en poder de la matriz GE Company, a través de la holding holandesa GEIB, sin que tampoco se haya producido ninguna variación en la organización y funcionamiento de las sociedades.

(iii) Que tampoco puede considerarse que la sociedad española GEPESA haya asumido un papel más destacado en la política comercial del grupo, convirtiéndose en centro de decisión comercial, puesto que sigue siendo la matriz norteamericana la que adopta dichas decisiones, a través de un responsable por cada línea de producto, y que sigue siendo Holanda el país cuya oficina comercial se encarga de controlar a nivel comercial, administrativo y logístico la totalidad de los pedidos, sin liderazgo alguno por la filial española.

(iv) En cuanto a la valoración de las acciones de GEEE adquiridas, si bien la Inspección no rechazó la realizada, sí evidenció la existencia de una valoración «agresiva» por parte de la matriz holandesa, destacando

que «[d]e conformidad con la información suministrada por las autoridades fiscales holandesas, la matriz GEIB tenía valorada la cartera de GEEE en el momento de la transmisión a la española en 1.061 M €, lo que comporta que, teniendo en cuenta que GEIB percibió por la transmisión de GEE a GEPESA 2.380 M € en metálico por la venta del 70% y 1.020 M € en acciones de la filial española su ampliación de capital, ha obtenido una plusvalía de 2339 M €, lo que confirma esa "valoración agresiva" a que alude la Administración, dado que no se justifica ese extraordinario aumento de valor en dos años, y que partir de dicha fecha empieza a depreciarse».

(v) Que constituye un plus que aumenta la eficacia de la estrategia, el que la plusvalía obtenida por GEIB estuviera exenta de tributación en Holanda.

(vi) Que el endeudamiento afecto a la compra de las acciones de GEEE a su sociedad matriz, supuso para la entidad española más de cinco veces el nivel de endeudamiento a largo plazo necesario para la construcción de las plantas productivas.

(vii) Que la entidad española en los ejercicios siguientes a haber contraído el préstamo, no hizo frente al pago de los intereses, de forma total en el ejercicio 2002 y parcial en el 2003, los que se capitalizaron, aumentando el pasivo, sin perjuicio de su deducción en la base imponible, transformándose en préstamo participativo un 40% del total pasivo en 2003.

(viii) Que los intereses percibidos por el préstamo concedido por GEIB, a través del centro de coordinación belga, no han tributado en Bélgica, ni en Holanda, ni en España por el concepto de IRNR, y si bien es cierto que esta razón de manera aislada no justifica por si sola la existencia de fraude a la ley, no es menos cierto que constituye un elemento más de convicción acerca del propósito elusivo. Es verdad que a partir de 2003 GEIB no percibió los intereses, toda vez que en enero de ese año satisfizo a su matriz GE Holdings Luxembourg & Co., Sarl, un dividendo en especie por valor de 3.981 M €, señalando que una parte del dividendo son los préstamos otorgados a la sociedad española, habiendo informado las autoridades tributarias luxemburguesas que esa sociedad no era un holding que disfrutase de ventajas particulares, pero no es menos cierto que a partir del ejercicio 2003 una parte importante se transformó en préstamo participativo, que sólo devenga intereses si se obtienen beneficios.

(ix) Y, en fin, que en las operaciones realizadas no existe intervención de ningún tercero, todas ellas se llevan a cabo dentro del propio Grupo.

Leída en su conjunto se trata de una convincente explicación de la inexistencia de otros motivos o razones económicas, más allá de las fiscales, que justifiquen las operaciones discutidas.

Sobre estos razonados argumentos para justificar la ausencia de motivos económicos válidos en las operaciones, que conforman la ratio decidendi de la sentencia impugnada, nada se dice por GEPESA.

Quinto.

Debemos añadir que la Sala, para llegar a esta conclusión, inexistencia de motivos económicos válidos, ha considerado las circunstancias anteriores, coetáneas y posteriores, como exige la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el examen de las operaciones de reestructuración empresarial, y recuerda las sentencias de esta Sala de 14 de mayo de 2012 (casación 2144/10, FJ 3 °) y 18 de junio de 2012 (casación 5352/09 , FJ 3°).

Por tanto, el test de viabilidad que realiza la sentencia recurrida para determinar la posible concurrencia de motivos económicos válidos en las operaciones discutidas, resulta perfectamente compatible con lo exigido por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

Es verdad que no se trata de un supuesto acogido al régimen especial de neutralidad fiscal, pero la adquisición de las acciones tuvo como finalidad declarada una reestructuración empresarial, por lo que puede aplicarse mutatis mutandi lo dicho tanto por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea como por la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo, en relación con ese régimen fiscal de diferimiento.

A tal efecto el Tribunal de Justicia de Unión Europea, interpretando el artículo 11.1.a) de la Directiva 90/434 , señala en diversas ocasiones que, « [c]on arreglo al artículo 11, apartado 1, letra a), de la Directiva, los Estados miembros pueden negarse a aplicar total o parcialmente las disposiciones de esta Directiva o a retirar el beneficio de las mismas cuando la operación de canje de acciones tenga, en particular, como principal objetivo o como uno de los principales objetivos el fraude o la evasión fiscal. Esta misma disposición precisa, entre otras cosas, que el hecho de que la operación no se efectúe por motivos económicos válidos , como son la reestructuración o la racionalización de las actividades de las sociedades que participan en la operación, puede constituir una presunción de que esta operación tiene tal objetivo.[...] » (STJUE de 17 de julio de 1997, Leur-Bloem , C-28/95 , apartados 38 y 39; STJUE de 5 de julio de 2007, Kofoed , C-321/05 , apartado 37, y STJUE de 20 de mayo de 2010 , [Modehuis A. Zwijnenburg BV] C-352/08 , apartado 43). Y, como se lee en la sentencia de 27 de mayo de 2013 (casación 1668/11 , FJ 3°): « [I]a inexistencia de motivos económicos válidos puede constituir una presunción de que la operación ha tenido como principal objetivo el fraude o la evasión fiscal [...] ».

Pocas dudas existen en torno a que la actuación del grupo fue realizada en claro abuso de derecho, práctica proscrita por el propio Tribunal de Justicia de la Unión Europea en la sentencia de 10 de noviembre de 2011, Foggia (asunto C- 126/10 , apartado 50): « [...] el artículo 11, apartado 1, letra a), de la Directiva 90/434 , refleja el principio general del Derecho de la Unión según el cual está prohibido el abuso de derecho. La aplicación de estas normas no puede extenderse hasta llegar a cubrir prácticas abusivas, esto es, operaciones que no se realicen en el marco de transacciones comerciales normales, sino únicamente para beneficiarse abusivamente de las ventajas establecidas en dicho Derecho (véanse, en ese sentido, las sentencias de 9 de marzo de 1999 , Centros , C-212/97, Rec. p. I- 1459, apartado 24; de 21 de febrero de 2006, Halifax y otros , C-255/02 , Rec. p. I- 1609, apartados 68 y 69, y Kofoed [...], apartado 38) ».

En definitiva, la conclusión a la que llegó la Administración tributaria en su procedimiento de declaración de fraude de ley fue ajustada a derecho, como lo fue la sentencia de la Audiencia Nacional ratificando esa decisión y criterio.

Sexto.

Sentado lo anterior, para justificar la supuesta transgresión de la libertad de establecimiento, sostiene que en otra operación de financiación entre GEPESA y su matriz holandesa para la adquisición de otra participada GE Capital Largo Plazo S.L., también propiedad en un 99% de GEIB, no fue declarada en fraude de ley y, por lo tanto, la deducibilidad fiscal de los gastos financieros del préstamo concedido por la matriz holandesa sí fue admitida por la Administración tributaria. La única diferencia entre esta última y la enjuiciada en el presente recurso de casación, a juicio de GEPESA, radica en la residencia fiscal de GE Capital Largo Plazo S.L., que está en España, al margen de que la sociedad se dedique a un sector de actividad distinto, como pone de manifiesto por la Sala de instancia, diferencia que se le antoja irrelevante a fin de apreciar o no la existencia de fraude a la ley.

A su juicio, el solo hecho de que las entidades cuyas participaciones fueran adquiridas tuvieran diferente domicilio fiscal, pone de manifiesto que se trata de dos operaciones sustancialmente idénticas, y que la Administración ha vulnerado la libertad de establecimiento en los términos del artículo 49 y 54 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea , también la libre circulación de capitales y pagos. Con su proceder, dice, ha favorecido la inversión en participaciones de una entidad residente, frente a la inversión en participaciones de una entidad no residente.

Para empezar el análisis de comparabilidad que realiza la recurrente no es correcto y obvia aspectos esenciales capaces de justificar, en todo caso, la aplicación de un diferente criterio a una y a otra operación.

Al margen de la puesta de manifiesto por la Sala de instancia, la distinta rama de actividad de las dos sociedades adquiridas por GEPESA, donde sí se aprecia una diferencia relevante es en el importe de los préstamos percibidos para la adquisición de la participada GEEE y para la compra de las acciones de GE Capital Largo Plazo, S.L. Mientras que el préstamo concedido para la adquisición de GE Capital Largo Plazo, S.L., ascendió a 89.991.000 de euros, la financiación para la adquisición de GEEE llegó a los 2.380.000.000 de euros (los 1.020.000.000 de euros restantes procedieron de una aportación no dineraria de la matriz holandesa, en los términos arriba descritos). Esta enorme diferencia cuantitativa alcanza relevancia cualitativa a la hora de valorar ambas operaciones, cuando se evidencia la erosión de las bases imponibles generadas por la sociedad residente en España y el correspondiente traslado de los beneficios a jurisdicciones fiscales más benignas.

En esta situación, resulta esencial recordar que, en la sentencia de 21 de febrero de 2006 (asunto C-255/02), el TJUE ya declaró que « [94] [las] operaciones realizadas en el marco de una práctica abusiva deben ser redefinidas para restablecer la situación a cómo habría sido de no haber existido operaciones constitutivas de esta práctica abusiva. [...] », aunque lo hiciera en un asunto referido al IVA, habiendo proclamado en relación con la restricción de la libertad de establecimiento por la tributación que un Estado miembro haya dispensado a las sociedades prestatarias residentes en función del lugar de domicilio de la sociedad vinculada prestamista en la sentencia 13 de marzo de 2007, Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation (asunto C-524/04), lo que sigue:

« [64] Sólo puede admitirse tal restricción si está justificada por razones imperiosas de interés general. Pero, en tal caso, es preciso además que su aplicación sea adecuada para garantizar la realización del objetivo así perseguido y que no vaya más allá de lo necesario para alcanzarlo (sentencias, antes citadas, Marks & Spencer, apartado 35, y Cadbury Schweppes y Cadbury Schweppes Overseas, apartado 47).

[72] Una medida nacional que restrinja la libertad de establecimiento puede estar justificada cuando tenga por objeto específico los montajes puramente artificiales cuyo objetivo sea eludir la aplicación de la legislación del Estado miembro de que se trate (véanse, en este sentido, las sentencias de 16 de julio de 1998 , ICI, C-264/96, Rec. p. I-4695, apartado 26; Lakhorst-Hohorst, antes citada, apartado 37; Marks & Spencer, antes citada, apartado 57 y Cadbury Schweppes y Cadbury Schweppes Overseas, antes citada, apartado 51).

74. Para que una restricción a la libertad de establecimiento pueda estar justificada por motivos de lucha contra prácticas abusivas, el objetivo específico de tal restricción debe ser oponerse a comportamientos consistentes en crear montajes puramente artificiales, carentes de realidad económica, con el objetivo de eludir el impuesto normalmente adeudado sobre los beneficios generados por actividades llevadas a cabo en el territorio nacional (sentencia Cadbury Schweppes y Cadbury Schweppes Overseas, antes citada, apartado 55).

75. Al igual que las prácticas, mencionadas en el apartado 49 de la sentencia Marks & Spencer, antes citada, que consisten en organizar transferencias de pérdidas, dentro de un grupo de sociedades, a sociedades establecidas en los Estados miembros que apliquen los tipos impositivos más elevados y donde, en consecuencia, el valor fiscal de dichas pérdidas sea mayor, el tipo de comportamientos descritos en el apartado anterior puede menoscabar el derecho de los Estados miembros a ejercer su competencia fiscal en relación con las actividades realizadas en su territorio y poner de este modo en peligro el equilibrio en el reparto de la potestad tributaria entre los Estados miembros (sentencia Cadbury Schweppes y Cadbury Schweppes Overseas, antes citada, apartado 56).

82. Como ha señalado el Abogado General en el punto 67 de sus conclusiones, una legislación nacional que se basa en un examen de elementos objetivos y verificables para determinar si una transacción presenta el carácter de un montaje puramente artificial con fines exclusivamente fiscales debe considerarse que no va más allá de lo necesario para evitar prácticas abusivas cuando, en primer lugar, en cada caso en que no cabe excluir la existencia de tal montaje, el contribuyente puede presentar, sin estar sujeto a restricciones administrativas excesivas, elementos relativos a los posibles motivos comerciales por los que se celebró dicha transacción. [...]».

Ante esta jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, hemos de rechazar la infracción de la normativa comunitaria, pues la Administración tributaria en una actuación que, a priori, podría parecer restrictiva de la libertad de establecimiento, cumplió con los estándares comunitarios: razón imperiosa de interés general como es la lucha contra conducta abusiva.

Bajo el prisma de la existencia de una razón imperiosa de interés general, la práctica abusiva que detecta y corrige la Administración tributaria constituye en la actualidad una de las mayores preocupaciones en el seno de la OCDE, reflejada en el BEPS (Base Erosion and Profit Shifting) Action Plan, Plan de acción contra la erosión de la base imponible y el traslado de beneficios, habiendo reaccionado también el legislador español ante el nuevo tratamiento de la deducción de los gastos financieros en los grupos de sociedades dado por el Real Decreto Ley 12/2012, de 30 de marzo . Efectivamente lo que buscó y provocó la matriz holandesa a través de préstamo concedido a la filial española para financiar la compra de participaciones, fue erosionar su base imponible, incrementando su pasivo, al mismo tiempo que trasladaba los intereses y los beneficios a otro país de baja, o en este caso nula tributación, sin otra razón económica o empresarial que lo justificara.

Pero no sólo es una preocupación actual de la OCDE, también lo es de la Unión Europea, como se deduce de la recomendación que la Comisión emitió sobre la planificación fiscal agresiva el 6 de diciembre de 2012, Considerandos 7 y 8.

En cuanto al abuso de derecho, detrás de la operación de financiación y compra venta de las acciones de GEEE no existe ningún motivo económico válido que justifique el préstamo y la adquisición de las acciones por parte de GEPESA, por todas las razones apuntadas por la Sala de instancia en la sentencia recurrida. Por consiguiente, contrariamente a lo que sucedía en la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 12 de septiembre de 2006, Cadbury Schweppes (asunto C-196/04), la operación enjuiciada en el presente recurso carecía de una auténtica sustancia económica, siendo la finalidad fiscal la única destacable.

Por lo expuesto, procede desestimar el primer motivo, sin que resulte necesario detenerse en la infracción de los artículos 16 y 20 de la Ley del Impuesto sobre Sociedades , al no haberse rebatido la fundamentación que ofrece la Sala de instancia de que no estamos ante un problema de precios de transferencia ni ante un supuesto de subcapitalización.

Séptimo.

En el segundo motivo denuncia la entidad la infracción de los artículos 9, 11.6 y 26.4 del Convenio para evitar la Doble Imposición suscrito entre España y Holanda el 16 de junio de 1972; los artículos 9, 11.7 y 25.5 del Convenio para evitar la Doble Imposición celebrado entre España y el Grand Ducado de Luxemburgo el 3 de junio de 1986; y el artículo 25.5 del Convenio que con el mismo objeto suscribieron España y los Estados Unidos de América el 22 de febrero de 1990. También considera vulnerados el artículo 96.1 de la Constitución Española y el 7.1.b) de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria , y la jurisprudencia sentada, entre otras, en las sentencias de 18 de mayo de 2005 (casación 754/00), 25 de marzo de 2010 (casación 9020/04) y 14 de julio de 2011 (casación 1623/08), en relación con la primacía de los Convenios Internacionales sobre la normativa interna.

Defiende, en sustancia, que la Administración tributaria debería haber aplicado de manera preferente los tratados internacionales para evitar la doble imposición.

Sostiene que, a la hora de enjuiciar la declaración de fraude de ley, resulta imprescindible acudir a las disposiciones de los convenios, contrariamente a lo afirmado por la Sala de instancia, para determinar el tratamiento que debe darse a las operaciones realizadas, porque dichos tratados internacionales, que tienen primacía sobre la norma interna por mandato constitucional (artículo 96.1 de la Constitución Española), «contienen normas específicas para prevenir el fraude y la elusión fiscal y regulaciones específicas, referidas al tratamiento de las operaciones entre empresas asociadas y el tratamiento de los intereses satisfechos por entidades residentes en España a entidades residentes en los países convenidos, que son vinculantes para los Estados signatarios» (sic). Difícilmente será compatible con la exigencia de que los Tratados Internacionales sean interpretados de buena fe, como demanda el artículo 3.1 de la Convención de Viena, una metodología que califica una operación como realizada en fraude de ley centrándose exclusivamente en consideraciones de carácter unilateral, sin aplicar las reglas específicas contenidas en los convenios para tratar las operaciones entre empresas asociadas.

Aduce que, «[e]n la medida en que los Convenios con Holanda y Luxemburgo contienen sus propias reglas específicas para evitar la elusión fiscal y para el tratamiento de operaciones entre entidades vinculadas y de la tributación de los intereses satisfechos entre residentes en los Estados signatarios, no se puede invocar una disposición interna (la norma antiabuso del fraude de Ley incluida en el artículo 24 de la Ley General Tributaria de 1963) para ignorar, sin más, como hace la sentencia de instancia, las operaciones realizadas privando de toda eficacia a lo convenido» (sic).

Entiende, en fin, «que la invocación de los criterios de fraude de ley conforme a la normativa nacional (artículo 24 de la Ley General Tributaria), inaplicando las normas generales sobre gastos deducibles y operaciones vinculadas (artículos 10 , 16 y 20 LIS y TRLIS), tropieza frontalmente contra la letra y el espíritu de los Convenios internacionales para evitar la doble imposición y conlleva, asimismo, un tratamiento discriminatorio -pues constituye un tratamiento más oneroso que el que se aplica a los grupos españoles-» (sic), lo que está expresamente prohibido en los tres convenios internacionales para evitar la doble imposición referidos.

Para oponerse al segundo motivo, el Abogado del Estado se remite a la oposición que ha hecho al motivo anterior y a los argumentos contenidos en el fundamento jurídico decimotercero de la sentencia.

Octavo.

La Sala anticipa que el motivo no puede prosperar.

Los Convenios invocados, con similar redacción, establecen, de un lado, en relación con el tratamiento de los intereses, que cuando, debido a relaciones especiales existentes entre el deudor y el beneficiario de los intereses o entre ambos y cualquier otra persona, el importe de los intereses pagados, habida cuenta del crédito por el que se paguen, exceda del importe que habría sido acordado por el deudor y el beneficiario en ausencia de tales relaciones, las disposiciones concretas no se aplicarán más que a este último importe; en este caso, el exceso podrá someterse a imposición, de acuerdo con la legislación de cada Estado, teniendo en cuenta las demás disposiciones del Convenio; y, por otro lado, que los nacionales de un Estado, sean o no residentes de este Estado, no serán sometidos en el otro Estado a ningún impuesto ni obligación relativa al mismo que no se exijan o que sean más gravosos que aquellos a los que están o puedan estar sometidos los nacionales de este último Estado que se encuentren en las mismas condiciones.

Pues bien, la primera regulación no puede afectar al presente caso, ya que versa sobre la tributación en España de las rentas obtenidas por los residentes españoles, sin cuestionar la calificación como intereses de las rentas derivadas de las operaciones financieras que fueron realizadas entre entidades vinculadas, conforme a lo previsto en tales convenios, y sin afectar tampoco al reparto del poder tributario entre los Estados signatarios de los mismos.

Al ser esto así, nada impediría que la Administración acudiera a la declaración de fraude de ley conforme al artículo 24 de la Ley General Tributaria de 1963 , hoy conflicto en la aplicación de la norma, contemplado en el artículo 15 de la Ley General Tributaria de 2003 , para hacer frente a prácticas que tratan de eludir el deber de contribuir de acuerdo con la capacidad económica.

En todo caso, la aplicación de un Convenio para evitar la doble imposición no puede amparar operaciones que a la postre conduzcan a la "desimposición ", salvo que los Estados signatarios así lo hayan acordado de forma expresa; lo contrario sería admitir que los Convenios pudieran constituirse en instrumento para legitimar comportamientos elusivos o para anular las facultades que el ordenamiento reconoce a la Administración tributaria en pos de una correcta tributación, como ocurre con las posibilidades de recalificación o la institución del fraude de ley.

Dicho de otra forma, la aplicación y la interpretación de los Tratados internacionales no pueden desplazar sin más la eficacia de los principios básicos de la tributación, recogidos en el artículo 31 de la Constitución española . Por tanto, que la Administración acudiera a la declaración de fraude de ley, conforme al artículo 24 de

la Ley General Tributaria de 1963 , de ningún modo puede ser tachado per se como una actuación contraria a Derecho.

Por otra parte, desde la perspectiva del principio de no discriminación, tampoco puede estimarse producido el tratamiento discriminatorio por el mero hecho de que todas las operaciones declaradas en fraude de ley por la Inspección de los Tributos se refirieran a grupos multinacionales, si no se habían apreciado los mismos resultados de elusión fiscal en referencia a grupos españoles, cuando la Administración Tributaria no descartaba el recurso a la declaración del fraude de ley, si se apreciaban en este segundo supuesto.

Noveno.

En el tercer motivo denuncia la infracción de los artículos 9.3 y 24.1 de la Constitución , en la medida que se vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva, en relación con los artículos 105 a 108 de la Ley General Tributaria de 2003 y los artículos 217 a 348 y, en particular, los artículos 319 , 322 , 323 , 326 y 349 de la Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil, por haberse valorado la prueba de manera ilógica, poco razonable y arbitraria.

Asimismo, entienden infringidos, los artículos 47 y 52 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, que reconocen el derecho a la tutela judicial efectiva y a un juez imparcial, aplicables en este supuesto de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 51 de este mismo texto ; los artículos 6 y 13 del Convenio de Europeo de los Derecho Humanos firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950; que recoge los derechos a un proceso equitativo y a un recurso efectivo; el artículo 6.4 del Código Civil ; el artículo 24 de la Ley General Tributaria de 1963 , así como la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo en relación con dichos preceptos; entre otras, sentencias de 20 de septiembre de 2012 (casación 6231/09), 22 de marzo de 2012 (casación 2293/08) y 6 de mayo de 2010 (casación 7524/05).

Afirma la recurrente, que la Sala de instancia únicamente tiene en cuenta los hechos descritos por la Inspección y confirmados después por el TEAC, concluyendo que las operaciones no tienen ningún sentido económico o empresarial para el Grupo, fuera de las ventajas fiscales, pero sin entrar a analizar aquellas pruebas que acreditan lo contrario, puesto que, de haberlas considerado su conclusión hubiera sido radicalmente distinta.

Sostiene, en síntesis, que las infracciones denunciadas se producen al privar la Sala a quo de toda virtualidad a la prueba propuesta y practicada a instancia de GEPESA:

(i) Prueba pericial. Las conclusiones que todos los peritos alcanzan es que las operaciones examinadas son empresarialmente racionales, tanto desde el punto de vista económico como contable, estratégico y financiero, más allá de cualesquiera efectos fiscales que pudieran producir. Los tres dictámenes elaborados y ratificados por los peritos el 4 de junio de 2012, en el recurso 367/2010, tenían por objeto plasmar la opinión profesional en relación con la sustancia y motivación económica de las operaciones discutidas, sin que sea cierto, como se afirma en la sentencia recurrida por remisión, que examinen cuestiones jurídicas, puesto que su objeto es fáctico: la existencia de ventajas económicas que, desde el punto de vista empresarial y financiero, hacían que la operación tuviera vocación innegablemente empresarial, más allá de los efectos fiscales que pudiera producir. Le llama la atención que se admita la prueba pericial, se declare pertinente y se celebren los correspondientes actos de ratificación (extendiendo los efectos de la prueba practicada en el recurso 367/2010), y, a pesar de ello, la sentencia concluya que tal prueba trata sobre cuestiones jurídicas. En realidad, la Sala de instancia no ha valorado las pruebas periciales aportadas (tres), si lo hubiera hecho habría llegado a una conclusión radicalmente opuesta, dado que en esos dictámenes se acreditaba la existencia de razones económicas que justificaban la operación.

(ii) Prueba documental. Documentación aportada con el escrito de demanda, en orden a acreditar que la tecnología empleada por GEPESA en sus instalaciones de Cartagena eran pioneras en su campo y representan los procesos más avanzados en el mercado mundial (Documentos IV, V y VI), evidenciando la independencia tecnológica de GEPESA y el sentido económico y empresarial de la operación discutida, al objeto de convertirse en la matriz del negocio de plásticos en Europa. Nada dice la sentencia impugnada sobre esta cuestión, cuando la dependencia tecnológica de GEPESA había sido uno de los indicios usados por la Administración tributaria para declarar la existencia de fraude de ley; ni siquiera hace referencia a la prueba documental aportada, limitándose a reproducir las conclusiones alcanzadas por la Delegación Central en la resolución que declaraba el fraude de ley, confirmada por el TEAC.

(iii) Prueba documental pública. Informe emitido con fecha 14 de junio de 2011 por el Director del Departamento de Inspección Financiera y Tributaria de la Agencia Estatal de Administración Tributaria, cuya lectura permite concluir que la Administración tributaria no ha considerado realizada en fraude de ley la financiación de la adquisición de participaciones societarias cuando la sociedad adquirente pertenece a un grupo de matriz española, mientras que sí ha calificado en fraude de ley operaciones idénticas, nada menos que un mínimo de 39, cuando la sociedad adquirente es una sociedad española integrante de un grupo multinacional de matriz extranjera; acreditando, dice, el tratamiento discriminatorio denunciado, que ni siquiera es mencionado por la sentencia recurrida cuando descarta la concurrencia de ese trato discriminatorio.

Concluye que, si la Sala a quo hubiera valorado todas estas pruebas, debería haber concluido: (i) que existieron motivos económicos en la operación cuestionada, distintos de los meramente fiscales; (ii) que GEPESA tenía capacidad suficiente para gestionar y controlar su subgrupo, teniendo independencia comercial, política y tecnológica, y (iii) que ha existido discriminación en la actuación de la Administración tributaria en relación con el tratamiento dado a los grupos extranjeros y nacionales, lo que constituye una barrera al ejercicio de libertades comunitarias.

Sentado lo anterior, en su opinión, la sentencia infringe el principio de carga de la prueba (artículo 105 de la Ley General Tributaria de 2003), así como los requisitos exigidos legalmente por la prueba de presunciones (artículo 108 de la Ley General Tributaria de 2003), realizando además una valoración arbitraria de la prueba, hasta el punto de convertirla en irrazonable o ilógica, vulnerando las reglas de la sana crítica e infringiendo, por ende, el derecho a la tutela judicial efectiva y la prohibición de indefensión.

Adicionalmente solicita, al amparo del artículo 88.3 de la Ley reguladora de esta Jurisdicción Contencioso-Administrativa , la integración de los hechos omitidos por la Sala de instancia, que sirven de base a los informes periciales aportados, así como aquellos otros citados en el motivo de casación, suficientemente acreditados en las actuaciones, que no sean contradictorios, cuya toma en consideración resulta necesaria para apreciar las infracciones denunciadas del ordenamiento jurídico o de la jurisprudencia

En relación a este tercer motivo opone el Abogado del Estado, siguiendo a la sentencia recurrida, que la controversia examinada, conformidad o no a Derecho de la declaración de fraude de ley, no puede resultar alterada por los informes periciales, a tratarse de una cuestión jurídica. Añade que la parte recurrente intenta desvirtuar la apreciación de la prueba hecha por el tribunal de instancia, cuestión inviable en sede casacional, donde no cabe hacer supuesto de la cuestión, conforme a la consolidada jurisprudencia de la Sala.

Décimo.

Este motivo tampoco puede prosperar.

Conviene comenzar recordando que según jurisprudencia constante de esta Sala, la formación de la convicción sobre los hechos en presencia para resolver las cuestiones objeto del debate procesal está atribuida al órgano judicial que, con intermediación, se encuentra en condiciones de examinar los medios probatorios, sin que pueda ser sustituido en tal cometido por el Tribunal de casación, porque la errónea valoración probatoria ha sido excluida del recurso de casación en la jurisdicción civil por la Ley de Medidas Urgentes de Reforma Procesal, y no ha sido incluida como motivo de casación en el orden contencioso- administrativo, regulado por primera vez en dicha ley, como consecuencia de la naturaleza de la casación como recurso especial, cuya finalidad es la de corregir errores en la interpretación y aplicación del ordenamiento jurídico, y no someter a revisión la valoración de la prueba realizada por el tribunal de instancia [entre muchas otras, sentencias de esta Sala de 25 de marzo de 2002 (casación 9171/96 , FJ 1º); de 9 de julio de 2007 (casación 4449/04 , FJ 4º); de 14 de marzo de 2008 (casación 1629/07 , FJ 3º); de 21 de mayo de 2008 (casación 8380/04 , FJ 4º); de 18 de junio de 2008 (casación 11399/04 , FJ 4º); de 8 de octubre de 2008 (casación 6220/04, FJ 4 º); y de 22 de octubre de 2009 (casación 8460/03 , FJ 3º)].

No obstante, esta regla general conoce una excepción cuando, por el cauce de la letra d) del artículo 88.1 de la LJCA , se denuncie la infracción de los preceptos reguladores de la valoración de pruebas tasadas o que la apreciación de las practicadas resultó contraria a la razón e ilógica, conduciendo a resultados inverosímiles y evidenciando un ejercicio arbitrario del poder jurisdiccional, vulnerador del artículo 9.3 de la Constitución Española [sentencias de 17 de noviembre de 2008 (casación 5707/2007 , FJ 2º); de 24 de noviembre de 2008 (casación 3394/05 , FJ 1º); de 16 de febrero de 2009 (6092/05 , FJ 4º); de 8 de febrero de 2010 (casación 6411/04 , FJ 4º); de 18 de octubre de 2010 (casación 1787/05, FJ 5 º); y de 10 de febrero de 2011 (casación 3271/08 , FJ 3º)].

En el caso que nos ocupa la Sala de instancia analiza y plasma las inferencias fácticas que le llevan a la convicción de que la operación discutida carece de fundamento económico o empresarial, siendo su motivación meramente fiscal, no dando relevancia a las pruebas sobre las que insiste particularmente la entidad recurrente, ante los elementos obrantes en el expediente.

Situados en esta perspectiva, el planteamiento del recurso no puede ser acogido, ya que el mismo supone una revisión del sustento fáctico de la sentencia, debiendo reconocerse que la parte apenas se detiene en examinar la valoración que hace la sentencia, al centrarse en criticar las omisiones que en realidad no son tales.

Por otra parte no basta con alegar que el resultado probatorio obtenido por la Sala pudo ser más acertado o ajustado al contenido real de la prueba sino que es menester demostrar que dicha apreciación es arbitraria o irrazonable o conduce a resultados inverosímiles, lo que desde luego no ha sido evidenciado.

Por consiguiente, sólo la acreditación de contraindicios suficientes para contrarrestar los indicios en que se sustenta, habilitaría para descartar la concurrencia del fraude de ley declarado por la Administración, y la Sala de instancia estima que no concurrían, sin que tal conclusión sea ilógica, irracional o arbitraria, con independencia de que, obviamente, la recurrente no la comparta.

Conviene recordar, no obstante, que en el acto de ratificación de los dictámenes periciales ante la Sala de instancia se puso de manifiesto que éstos fueron emitidos con la simple documentación mercantil proporcionada por la entidad sobre el grupo empresarial a nivel europeo, obviando, sin embargo, todos los antecedentes que figuraban en el expediente administrativo sobre la situación del grupo anterior al año 2000, previa a la adquisición de los títulos por GEPESA, y sobre los cambios experimentados con posterioridad, que ponían de manifiesto que la sociedad holding GEP BV ya existía y que dirigía de manera efectiva todas las filiales, incluida GEPESA, sin que variase la situación durante los años 2001 a 2004.

Undécimo.

Finalmente, en el cuarto y último motivo se denuncia la vulneración de los artículos 9.3 , 14 , 31.1 y 38 de la Constitución Española y de la jurisprudencia dictada por el Tribunal Constitucional en aplicación de esos preceptos, como es el caso de las sentencias 96/2002, de 25 de abril ; 13/2007, de 18 de enero ; 120/2010 de 24 de noviembre y 112/2006, de 5 de abril , entre otras muchas.

Sostiene que la disparidad del criterio utilizado por la Administración tributaria, considerando fraudulenta la adquisición por GEPESA de participaciones de la sociedad holandesa, y no considerando fraudulenta la adquisición de participaciones de la sociedad española, habiéndose realizado ambas operaciones del mismo modo, implica una discriminación, porque la diferencia de trato no está justificada, habiendo infringido la sentencia al confirmar la actuación de la Administración tributaria, el artículo 9.3 de la Constitución Española , que garantiza la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos; los principios de igualdad y generalidad previstos en los artículos 14 y 31.1 de la Constitución Española , tal y como han sido interpretados por el Tribunal Constitucional en relación con la materia tributaria, y la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado, reconocida por el artículo 38 de nuestra Carta Magna , en la interpretación que de la misma ha hecho el Tribunal Constitucional en la sentencia 112/2006 .

Frente a ello, el Abogado del Estado, transcribe en parte los argumentos de las sentencias de 29 de abril de 2008 (casación 6396/04) y 8 de mayo de 2008 (sin referencia completa), en torno a la credibilidad de los negocios jurídicos realizados, pese a la certeza de que han sido celebrados.

Este motivo, a igual resultado desestimatorio está abocado y ello sin necesidad de mayores argumentos, puesto que lo dicho hasta ahora pone de manifiesto que la actuación de la Administración tributaria estuvo plenamente justificada, tanto en lo que atañe al diferente trato dispensado a las dos adquisiciones realizadas por GEPESA en 2001, como en lo que se refiere a la declaración en fraude de ley de operaciones como la discutida realizadas por grupos multinacionales, lo que descarta cualquier género de discriminación o arbitrariedad en su actuación y, por ende, las infracciones jurídicas denunciadas en el motivo de casación.

Duodécimo.

Desestimado el recurso procede imponer las costas a la parte recurrente, de conformidad con lo previsto en el art. 139.2 de la Ley Jurisdiccional , si bien la Sala, haciendo uso de la facultad que le otorga el apartado tercero, limita su importe a la cantidad máxima de 8000 euros.

En su virtud, en nombre de su Majestad el Rey y por la autoridad que nos confiere la Constitución Española.

FALLAMOS

Que debemos desestimar y desestimamos el recurso de casación interpuesto por SABIC INNOVATIVE PLASTICS ESPAÑA SCPA, contra la sentencia de 14 de noviembre de 2013, dictada por la Sala de lo Contencioso Administrativo , Sección Segunda, de la Audiencia Nacional, en el recurso contencioso Administrativo número 368/2010 , con imposición de costas a la parte recurrente, con el límite establecido en el último Fundamento de Derecho.

Así por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos D. Rafael Fernandez Montalvo D. Manuel Vicente Garzon Herrero D. Emilio Frias Ponce D. Ángel Aguallo Avilés D. Joaquin Huelin Martinez de Velasco D. Jose Antonio Montero Fernandez D. Manuel Martin Timon D. Juan Gonzalo Martinez Mico PUBLICACIÓN.- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia, por el Excmo. Sr. Magistrado Ponente de la misma, en el mismo día de su fecha, ante mi la Secretaria 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.