

BASE DE DATOS DE [NORMACEF](#)

Referencia: NFJ060577

TRIBUNAL ECONÓMICO-ADMINISTRATIVO CENTRAL

Resolución de 5 de noviembre de 2015

Vocalía 3.^a

R.G. 5110/2012

SUMARIO:**IS. Gastos deducibles. Gastos financieros. Convenio con Países Bajos. Préstamo participativo.**

Dejando al margen la cuestión de que el sujeto pasivo prestó su conformidad, el motivo por el que se practica la regularización es, básicamente, la negativa a considerar deducibles los gastos financieros contabilizados por el sujeto pasivo en relación a préstamos concedidos por su socio único, la holding holandesa. No se trata de determinar si los intereses son o no de mercado, como parece alegar la interesada al invocar una valoración a mercado, sino si la operación se ha realizado en condiciones de libre competencia. Habrá que analizar si la conducta del obligado tributario se ajusta a la conducta que, en circunstancias comparables, habría seguido una empresa independiente o si, por el contrario, su conducta se debe a la imposición de otra empresa u otras empresas del grupo. Pues bien, el obligado tributario, sin tener la suficiente capacidad económica, adquiere los títulos de PX y XP a través del endeudamiento con su socio único, siendo ello una decisión que se toma a nivel de grupo, buscando el interés global de éste sin perjuicio de que la consecuencia directa de tal actuación, como bien recoge la Inspección, fuera la generación de unas elevadas bases imponibles negativas para el sujeto pasivo en España. Siendo admisible que cualquier empresa, incluidas las «holdings», puedan endeudarse y deducir los gastos financieros vinculados a la adquisición de participaciones en otras entidades, lo trascendente es, en un caso como este, comprobar si las operaciones globalmente han sido impropias o artificiosas para la consecución del resultado obtenido, más aun si, como es el caso, es notoria la vinculación entre todas las partes intervinientes. Dicho esto, la concesión de un préstamo por el socio único residente en Holanda de la entidad española para la adquisición de participaciones en terceras entidades, contemplándola globalmente y desde el punto de vista de su adopción por una empresa independiente carece de racionalidad; nunca habría sido adoptada por una empresa independiente, por lo que debe concluirse que no se realizó en condiciones normales de plena competencia difiriendo de las normales de mercado entre partes independientes. Por ello, no se admite la deducibilidad de los gastos financieros derivados del citado préstamo. **(Criterio 1 de 1)**

PRECEPTOS:

Ley 58/2003 (LGT), art. 226.

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

Convenio de 16 de junio de 1971 (Convenio con Países Bajos), art. 9.

Convenio de 21 de octubre de 1975 (Convenio con Reino Unido), art. 9.

Convenio de 22 de febrero de 1990 (Convenio con EE.UU), art. 9.

Convenio de 27 de junio de 1973 (Convenio con Francia), art. 9.

En la Villa de Madrid, en fecha 5 de noviembre de 2015, vista la reclamación económico – administrativa que, en única instancia, pende de resolución ante este Tribunal Económico – Administrativo Central promovida por **MM, SL**, y en su nombre y representación **D^a. Nx**, con domicilio a efectos de notificaciones en ... contra acuerdo liquidatorio por el Impuesto sobre Sociedades correspondiente a 2007 y 2008 dictado en 26 de junio de 2012 por la Dependencia Regional de Inspección de la Delegación Especial de Madrid de la AEAT

ANTECEDENTES DE HECHO**Primero.**

MM, S.L presenta, en plazo, sus declaraciones tributarias por el Impuesto sobre Sociedades correspondiente a 2007 y 2008 .

Segundo.

El 18 de febrero de 2011, **MM S.L** recibe la notificación de la comunicación de inicio de un procedimiento de investigación y comprobación al objeto de verificar y, en su caso, regularizar su situación tributaria en relación al Impuesto sobre Sociedades correspondiente a 2007 y 2008.

Tras el desarrollo de dichas actuaciones, el 22 de marzo de 2012 se firman dos ACTAS, una de Conformidad (A01 –...) y otra de Disconformidad (A02 – ...). En ambas se recoge que, a efectos del cómputo del plazo de duración de las actuaciones inspectoras, ha de tenerse en cuenta que del tiempo total transcurrido desde el inicio del procedimiento no se deben considerar un total de 166 días de acuerdo con la normativa tributaria vigente ya que se ha solicitado, expresamente, un aplazamiento para la firma de las actas (21 días) y que se ha requerido determinada información a la Administración Tributaria Holandesa (145 días, del 1 de julio de 2011 al 23 de noviembre de 2011).

En el ACTA de DISCONFORMIDAD A02 – ..., tras hacer referencia al resultado de la conformidad anterior prestada por el sujeto pasivo, se recogen aquellos aspectos por los que se propone regularización y respecto de los que el sujeto pasivo no está de acuerdo. Concretamente, la cuestión principal se refiere a la consideración, por la Inspección, como improcedente, de la deducción de los gastos financieros correspondientes a los intereses relativos a préstamos obtenidos para la compra de los títulos de **PX** y **XP**, y ello al amparo de lo establecido en el artículo 9 del Convenio de Doble Imposición suscrito por España con el Reino de los Países Bajos de 16 de junio de 1971.

En este sentido, se recoge que la matriz brasileña del grupo mundial (**BR, S.A**), el 17 de octubre de 2002, había firmado un contrato, denominado “**Stag**” por el que adquirió el derecho de compra de las participaciones en las sociedades argentinas referidas a determinados vendedores, firmando, a continuación, otro documento por el que designa a **MM, S.L** como el comprador final de dichas participaciones, estipulándose que para el pago del importe correspondiente (1.102.355.769 €) dicho adquirente (el sujeto pasivo objeto del procedimiento inspector) obtendría de **MIB, BV** – participada mayoritariamente por **BR, S.A** – un préstamo denominado “**préstamo zzz**” por importe original de 738.936.178 USD y un préstamo denominado “**préstamo Nt**” por importe original de 338.416.000 USD (1.077.352.178 USD al tipo de cambio USD/€ de 17 de octubre de 2002 (0.9763 USD/€)). A este respecto, el actuario recoge que tras no haber constancia de que se solicitara, por parte del obligado, informe alguno sobre la valoración de las referidas participaciones a un tercero especializado, cabe concluir que el precio y las demás condiciones de la compra no se negociaron por éste con los vendedores sino que se pactaron entre la matriz del grupo mundial y los vendedores, en el referido “Stock Purchase Agreement” de 17 de Octubre de 2002. Dado que la entidad había comenzado su actividad en 2002, y considerando el elevado endeudamiento derivado de la operación descrita, se incurrieron en elevadas pérdidas en el ejercicio 2003 lo que dio lugar a que se acordara una ampliación de capital íntegramente suscrita por **MIB, BV** mediante aportación dineraria, que comprende tanto la parte correspondiente a capital (10.000,00 euros) como la parte correspondiente a prima de asunción, (10.990.000 Euros). Teniendo su solvencia respaldada a pesar de su elevado endeudamiento (el ratio de endeudamiento en 2007 era 1.6297 y en 2008 era de 1.3094) pues, además, la entidad prestamista “tiene previsto prorrogar, en la medida que sea necesario, la exigibilidad de los citados préstamos hasta que la sociedad disponga de recursos suficientes para proceder a su pago”; se indica que en la contestación al requerimiento de información realizado por la inspección a la Administración Holandesa, se constata que el prestamista **MIB, BV**, socio único del obligado tributario, tiene también contabilizados dichos préstamos.

También se reconoce que **MM, SL** adquirió participaciones en las filiales argentinas **PX** y **XP** (el 1 de julio de 2004 y el 5 de diciembre de 2006 respectivamente) pero haciéndolo con fondos propios (aumento de capital con aportación no dineraria).

Sin embargo, en el análisis de la operación de compra de los títulos de **PX** y **XP**, el actuario concluye que fue una decisión del grupo que tal adquisición se realizara, en su totalidad, con financiación intragrupo, y no con fondos propios, ya que, por razón de la vinculación de las partes, y a pesar del elevado nivel de endeudamiento del obligado tributario (al que no podría hacer frente salvo por las continuas renovaciones ofrecidas por su prestamista) no existiría riesgo ninguno; y es que el prestamista, también socio único de la sociedad, facilita la devolución de los préstamos hasta que la sociedad disponga de liquidez, que obtendrá del cobro de dividendos en las entidades participadas. Además, **MM, SL**, a pesar de ser una entidad holding, no paga nunca dividendos a su socio sino que, una vez que recibe los dividendos de las entidades filiales operativas (registrados y contabilizados en dólares), los entrega a quien es su socio único no como dividendos sino como pago de los préstamos contraídos, deduciéndose, en el Impuesto sobre Sociedades, los correspondientes gastos por intereses. Por todo ello, se estima que las operaciones de préstamo indicadas no son operaciones de mercado y, por tanto, los gastos que originan en **MM, SL** no tienen el carácter de deducibles. La Base Imponible del IS correspondiente a 2007 debe aumentarse en 703.762,51 € (39.325.205,30 - 38.621.442,79) como consecuencia de la no deducibilidad de los gastos registrados en la cuenta de pérdidas y ganancias que corresponden a los préstamos obtenidos del socio único del contribuyente para financiar la adquisición de participaciones en entidades extranjeras, teniendo en cuenta las diferencias positivas de cambio aparejadas. La Base Imponible del IS correspondiente a 2008 debe aumentarse en ese importe (36.394.851,67 €) como consecuencia de la no deducibilidad de los gastos registrados en la cuenta de pérdidas y ganancias que corresponden a los préstamos obtenidos del socio único del contribuyente para financiar la adquisición de participaciones en entidades extranjeras.

A la vista de todo lo expuesto, el ACTA formula una propuesta de regularización en los siguientes términos, teniendo en cuenta que el obligado tributario ha solicitado la compensación de las Bases Imponibles

negativas pendientes de ejercicios anteriores: se aplican Bases Imponibles negativas pendientes por los siguientes importes:

703.762,51 € en el ejercicio 2007 procedentes de la Base Imponible Negativa arrastrada desde 2002 (además de los 631.722,73 € ya compensados a consecuencia del ACTA de Conformidad relacionada);

35.956.527,83 € en el ejercicio 2008, que se distribuyen en 9.158.103,38 € procedentes de la Base Imponible Negativa arrastrada desde 2002 y el resto (26.798.424,45 €) de la Base Imponible Negativa arrastrada desde 2003.

Tercero.

Sin tener constancia de la presentación de alegaciones por parte del obligado tributario, el 26 de junio de 2012 el Jefe de la Oficina Técnica de la Dependencia Regional de Inspección adopta el correspondiente acuerdo liquidatorio a cargo de **MM, SL** por su Impuesto sobre Sociedades correspondiente a 2007 y 2008, confirmando la propuesta previa en todos sus términos.

La notificación del acto consta practicada el 28 de junio de 2012.

Cuarto.

El 24 de julio de 2012, **D^a Bx**, en nombre y representación de **MM, SL** interpone, contra dicha regularización, la presente reclamación económico – administrativa, en única instancia, ante este Tribunal Central.

Recibida en 30 de abril de 2013 la notificación de la puesta de manifiesto del expediente, y dentro del trámite de audiencia preceptivo, **D^a Nx**, en nombre y representación de la entidad reclamante, presenta su escrito de alegaciones el 30 de mayo de 2013.

Tras detallar cuál fue el proceso de constitución de la entidad en 2002 señalando que resultó del objetivo del grupo **MM** de tener en Europa una sociedad holding pura, aunando participaciones en diversas sociedades latinoamericanas con actividad industrial, desarrollada en el ámbito del sector energético, y detallar el proceso de adquisición de tales participaciones, trata de explicar cómo fue el proceso de financiación de las compras de las participaciones en **PX** y **XP**. En este sentido, indica que para realizar tal compra, optó por la financiación concedida por su socio directo (en vez de llevar a cabo una ampliación de capital – fondos propios – o acudir a la financiación de terceros). Con todo ello, pretende acreditar que hubo una importante alteración patrimonial a nivel de grupo, ya que las participaciones adquiridas con el importe de los préstamos se compraron efectivamente a terceros. Refiere que dada la actividad de **MM, SL** (una entidad holding pura), sus únicos ingresos anuales provienen de los dividendos repartidos por sus filiales extranjeras y que éstos, por decisión del legislador español, están exentos de tributación (régimen de Entidades de Tenencia de Valores Extranjeros – ETVE), por lo que cada año se generan Bases Imponibles Negativas “(...) que no puede compensar, y que muy probablemente “se pierdan” por caducidad del derecho a la compensación”; en este sentido, alude a que los controvertidos préstamos “(...) no sirvieron para compensar beneficios, puesto que la prestataria fue (con toda lógica) una sociedad holding, que no generaba ingresos tributables”.

En cualquier caso, en primer lugar plantea el reclamante la nulidad de la liquidación impugnada al hallarse prescrito el derecho de la Administración a liquidar el ejercicio 2002 incluso ya en la fecha de inicio de las actuaciones, lo cual supone, a su juicio, que “(...) no cabe analizar las operaciones realizadas a cabo en dicho ejercicio y concluir que no son de mercado” siendo evidente que el principal argumento en que se basa la regularización es la operación financiera (los préstamos) realizada en el año 2002 en base a consideraciones específicamente referidas a aquella y en la aplicación, a la misma, de los criterios que expone la normativa reguladora del Impuesto sobre Sociedades sobre las operaciones vinculadas (artículo 16 del Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades). Cita numerosos pronunciamientos jurisdiccionales que concluyen que la Inspección de los Tributos no puede comprobar y regularizar hechos u operaciones acaecidos en ejercicios prescritos aunque sólo exija en la práctica los efectos tributarios que dicha regularización comporte en los ejercicios no prescritos.

Asimismo, entiende que debe considerarse la nulidad de la regularización por haberse “(...) vehiculado ésta de forma improcedente vía artículo 16 TRLIS” ya que en el supuesto que nos ocupa no se ha utilizado ninguna corrección valorativa. Y es que la normativa sobre operaciones vinculadas o sobre precios de transferencia allí recogida permite a la Administración comprobar si se ajustan o no a mercado los precios o valores de las transacciones realizadas entre entidades vinculadas, procediendo, en su caso, a la práctica de los ajustes que resultaran oportunos pero no faculta para considerar, como es el caso, que los intereses devengados por unos préstamos no son deducibles, como si no hubieran existido. Según la Inspección, los préstamos obtenidos por **MM, SL** de su socio son operaciones que “(...) rara vez o nunca se efectuarían entre partes no vinculadas” y ello podría dar lugar, a lo sumo, a una recalificación de la operación (posiblemente, en base a una norma antielusión como la contenida en el artículo 13 Ley General Tributaria) pero nunca a un ajuste amparado en

el artículo 16 TRLIS, cuya razón de ser es confrontar el valor declarado por el contribuyente por el normal de mercado y, en caso de que no coincidan, efectuar la consiguiente corrección.

A continuación, argumenta sobre la nulidad de la liquidación habida cuenta de la ausencia de labor probatoria por parte de la Dependencia Regional de Inspección, que, a juicio de la reclamante, mas bien ha tomado una decisión arbitraria (que **MM, SL** no podría haber obtenido en el mercado la financiación que le otorgó su socio único) alejada de lo que sería una objetiva y ardua actuación inspectora. No ha existido una tarea en base a la cual quedara ciertamente acreditado por qué no se podría haber obtenido tal financiación en el mercado por parte del obligado tributario.

En cuanto a las cuestiones de fondo planteadas en el acuerdo liquidatorio, sostiene que ha de tenerse en cuenta que la adquisición de valores que se acometió en 2002 y por la que se suscribieron los préstamos objeto de la controversia fue una decisión empresarial razonable y adecuada al marco y sector en el que se movía el grupo **MM**. Y ante la necesidad de financiación, no puede discutirse que se prefiriera acudir a la entidad matriz y no directamente al mercado. De hecho, resalta que en ningún momento la Inspección ha tratado de calificar la operación como de fraude de ley o de simulación, dando a entender que, en su conjunto, fue real y legal. Remarca que *“Desde el año 2002, **MM, SL** ha ido devolviendo a **MIB, BV** el capital prestado, junto con los intereses ínsitos a los contratos de préstamo, si bien es cierto que la exigibilidad del capital ha sido prorrogada en alguna ocasión (lo cual no debe verse como algo “extraño”, puesto que la concesión de prórrogas y períodos de carencia en contratos de préstamo está a la orden del día)”* y que, *atendiendo a los datos, la operación ha sido beneficiosa pues “(...) los dividendos recibidos anualmente permiten sufragar los gastos financieros y, con el remanente, amortizar parcialmente el importe del préstamo pendiente de devolver”*. En definitiva, la aquí analizada “(...) se sitúa en las antípodas de las operaciones de financiación en la adquisición de participaciones en entidades del mismo grupo empresarial que, de forma fraudulenta, han venido realizando algunos grupos societarios durante los últimos años y que han sido analizadas por los Tribunales españoles”. De hecho, resalta que la sociedad prestamista, residente en Holanda, tributó allí por los ingresos correspondientes a los intereses de los préstamos, tal y como pudo comprobar la Inspección mediante requerimiento a las autoridades tributarias de los Países Bajos, concluyendo que no puede apreciarse ningún beneficio fiscal derivado de que **MM, SL**, cuyos únicos ingresos ya estaban exentos de tributación como se ha dicho, fuera la prestataria destacando, además, el hecho de que la operación tenía como objeto la adquisición real de participaciones en entidades terceras, ajenas al grupo. De hecho, el reclamante sostiene que la regularización provoca una sobreimposición al grupo **MM** *“(...) puesto que, mientras los intereses abonados por **MM SL** no se consideran como fiscalmente deducibles, sí que se incluyen en la base imponible de la sociedad holandesa”* tal y como ha confirmado la Administración Tributaria de Holanda que, además, indicó que tributaron sobre la base del tipo general de gravamen sin beneficiarse de ninguna exención ni beneficio fiscal.

Finalmente, y con carácter subsidiario, se expone que la liquidación supone una vulneración al derecho a la libre circulación de capitales consagrada en el artículo 63 del Tratado de la Unión Europea dado que no se ha tenido en cuenta un planteamiento global de la operación.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.

Concurren los requisitos de legitimación, cuantía e interposición en plazo que son presupuesto para la admisión a trámite de la presente reclamación económico - administrativa, en los términos que recogen los **artículos 226 y siguientes Ley 58/2003, de 17 de diciembre, Ley General Tributaria** (en adelante, LGT), promovido contra acuerdo liquidatorio por el Impuesto sobre Sociedades correspondiente a dictado por Dependencia Regional de Inspección por importe de €.

Segundo.

En primer lugar, el reclamante alude a la nulidad de la liquidación impugnada por *“(...) hallarse prescrito el derecho de la Administración a liquidar el ejercicio 2002 (...) incluso cuando se iniciaron las actuaciones inspectoras”*.

Sin perjuicio de que pueda tratarse de una cuestión que, en ocasiones, ha originado alguna polémica, tanto doctrinal como jurisprudencialmente, ha de destacarse que un reciente pronunciamiento del Tribunal Supremo sirve como importante elemento clarificador al respecto. Se trata de la **Sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, de 5 de febrero de 2015 (Recurso Nº 4075/2013)** en la que, básicamente, se afirma que el derecho de la Administración Tributaria a comprobar e investigar no prescribe – lo que prescribe es el derecho de la Administración para determinar la deuda tributaria mediante la liquidación – por lo que la Administración puede usar dichas facultades para liquidar periodos no prescritos. De dicho pronunciamiento pueden extractarse los siguientes párrafos, muy relevantes a la hora de analizar un supuesto como el aquí planteado:

“CUARTO.- 1. En el presente caso la discusión versa sobre el alcance de la potestad comprobadora de la Administración respecto de actos, hechos, negocios u operaciones realizadas en periodos afectados por el instituto de la prescripción cuando se proyectan fiscalmente en ejercicios no prescritos o, dicho de otro modo, se trata de determinar qué ocurre cuando la Administración Tributaria pretende regularizar los efectos, en un ejercicio no prescrito, de aquellos negocios que, celebrados en un ejercicio prescrito, se considera que lo fueron en fraude de ley y por ello sus efectos en los ejercicios susceptibles de comprobación pueden regularizarse.

2. La Administración tributaria siempre ha entendido que, de acuerdo con el artículo 66 de la LGT 2003 (antiguo 64 de la LGT 1963), prescribe el derecho para determinar la deuda tributaria mediante la oportuna liquidación. La comprobación e investigación de la situación tributaria, aunque necesaria para liquidar la deuda tributaria, no estaba sometida a plazo de prescripción o caducidad alguno y ello porque se trata de un poder de la Administración distinto del de liquidar, que siempre ha estado regulado en un precepto propio (art. 115 de la LGT 2003 y 109 de la LGT 1963) y respecto del cual la legislación nunca ha establecido expresamente que su ejercicio esté sometido a plazo. El artículo 115 de la LGT 2003 califica a dicho poder de potestad. Estamos por tanto ante una potestad administrativa puesta al servicio de la Administración para poder liquidar un tributo pero que, salvo que la Ley diga otra cosa, es imprescriptible como todas las potestades administrativas. El artículo 115 de la LGT 2003 (art. 109 LGT 1963) no somete a plazo el ejercicio de las potestades de comprobación e investigación y el artículo 66 de la misma Ley tampoco las incluye dentro de los derechos de la Administración llamados a prescribir.

Esta tesis de que "lo que prescribe es el derecho de la Administración a determinar la deuda tributaria mediante la liquidación y a exigir el pago de las deudas liquidadas, no la actividad de comprobación, y que lo contrario sería como reconocer una especie de ultraactividad de la prescripción a ejercicios no afectados por ella", no es ni mucho menos ajena a la previa jurisprudencia de este Alto Tribunal, pudiendo encontrarla sustentada, por todas, en sentencia de 19 de enero de 2012 (recurso 3726/2009 F. de D. Sexto). No se puede, pues, excluir la posibilidad de que, dentro de las actuaciones de comprobación, puedan verificarse operaciones que integran el hecho imponible aún cuando tengan su origen en ejercicios fiscales ya prescritos.

Por las razones expuestas creemos que el derecho a comprobar e investigar no prescribe y que la Administración puede usar dichas facultades para liquidar periodos no prescritos, pudiendo para ello comprobar e investigar operaciones realizadas en periodos que sí lo están, pero que sigan produciendo efectos. Consecuentemente, con superación del criterio mantenido en la sentencia de 4 de julio de 2014 (casa. 581/2013), puede declararse en fraude de ley una operación realizada en ejercicio prescrito si fruto de dicha operación se producen efectos tributarios en ejercicios no prescritos.

Lo que se pretende es evitar que no se pueda actuar frente a la ilegalidad porque en un ejercicio prescrito la Administración no actuó frente a ella, pues ello equivaldría a consagrar en el ordenamiento tributario una suerte de principio de "igualdad fuera de la ley", "igualdad en la ilegalidad" o "igualdad contra la ley", proscrito por el Tribunal Constitucional en, entre otras, la siguientes sentencias 88/2003, de 19 de mayo y 181/2006, de 19 junio.

(...)"

Este criterio se ha visto reiterado en posteriores pronunciamientos del Tribunal Supremo (Sentencia de 26 de febrero de 2015, Rec. Nº 4072/2013; Sentencia de 23 de marzo de 2015, Rec. Nº 682/2014).

En base a ello, debe desestimarse la pretensión que, en este punto, manifiesta la entidad reclamante, confirmando que si lo estima procedente, la Administración, a la hora de practicar la regularización que entiende procedente para ejercicios no prescritos, puede entrar a comprobar y analizar operaciones realizadas en ejercicios prescritos, sin perjuicio de que éstos ya no puedan ser objeto de regularización.

Tercero.

Adicionalmente, el sujeto pasivo alude a la nulidad de la regularización por "(...) haberse vehiculado ésta de forma improcedente vía artículo 16 TRLIS". Según expone en su escrito, **PP, S.L** entiende errónea la regularización en aplicación de dicho precepto "(...) ya que en el supuesto que nos ocupa no se ha utilizado ninguna corrección valorativa".

Tal y como recoge el acuerdo liquidatorio, y dejando al margen la cuestión sobre la que el sujeto pasivo prestó su conformidad (el ajuste fiscal negativo aplicado por el contribuyente en la base imponible del Impuesto de los ejercicios objeto de comprobación, correspondiente a los dividendos percibidos de las cuatro sociedades argentinas en las que participaba como consecuencia de la aplicación del Régimen Especial de ETVE), el motivo por el que se practica la regularización es, básicamente, la negativa a considerar deducibles los gastos financieros contabilizados por el sujeto pasivo en relación a préstamos concedidos por su socio único, la holding holandesa **MIB, BV**.

En este sentido, tras detallar las razones por las que se concedieron dichos préstamos – para llevar a cabo la adquisición de participaciones en ciertas sociedades argentinas del sector, **PX** y **XP**– y analizar las

circunstancias de las entidades intervinientes (sujeto pasivo – prestatario, socio único – prestamista y entidad matriz del grupo) el acuerdo recoge que aunque según el ordenamiento tributario español “(...)cualquier empresa, incluidas las “holdings”, puede endeudarse y deducir los gastos financieros vinculados a la adquisición de participaciones en otras entidades” no puede negarse la facultad de la Inspección para “(...) comprobar si las operaciones globalmente han sido impropias o artificiosas para la consecución del resultado obtenido; analizar la naturaleza y justificación de cualquier gasto y entre ellos los gastos financieros, teniendo en cuenta que existe un factor determinante añadido, la vinculación entre las partes”. A este respecto, una vez efectuado el referido análisis, la Inspección concluye que “(...) los gastos financieros relativos a los préstamos para la compra de las participaciones de PX y XP (...) no están asociados a unas responsabilidades, funciones o riesgos asumidos por la española, sino que derivan de una estrategia del grupo”, cuyo detalle y descripción también se recoge, por lo que termina cuestionando su deducibilidad a efectos del Impuesto sobre Sociedades.

En definitiva, la base del argumento por el que se adopta el acuerdo liquidatorio es que los préstamos que **MM, SL** recibe de **MIB, BV** no son operaciones de mercado pues, según recoge el acuerdo de liquidación :

- la entidad prestamista es socio único de la prestataria y, a su vez, está participada mayoritariamente por la matriz brasileña **MM**;

- no se aprecia una autonomía de voluntad en el propio sujeto pasivo, cuya decisión (compra de los títulos de **PX** y **XP** endeudándose con una sociedad vinculada) es impuesta de acuerdo con la estrategia global del grupo, pues el origen está en la opción de compra de los títulos que adquiere la matriz brasileña – que es la que pacta con los vendedores el precio y demás condiciones de la compra; el obligado tributario ni siquiera negoció con los vendedores las condiciones de la compra, le vienen impuestas por la matriz del grupo mundial. Las decisiones relevantes o estratégicas se adoptan por la matriz o por el grupo.

- el obligado está controlado por el grupo.

- el obligado tributario es una holding que nunca ha repartido beneficios a su único socio, si bien sí canaliza hacia él los dividendos percibidos de las entidades operativas extranjeras en las que participa utilizando, para ello, la vía de la devolución de los préstamos concedidos (amortización de principal y pago de intereses).

- No ha quedado acreditado que el sujeto pasivo tuviera una gran relevancia en el grupo global; mas bien, parece ser una mera intermediaria (cobrando dividendos de sus filiales y transfiriendo dichos importes a su socio pagando los préstamos recibidos); los préstamos no se cancelan a su vencimiento pues son continuas las renovaciones de los mismos; se renegocian continuamente los vencimientos y los intereses vencidos no pagados se suman como mayor valor del principal del préstamo, ya que su pago se realiza cuando la española recibe dividendos de las participadas.

- La entidad española **ETVE** es una mera instrumental, su actividad es exclusivamente la “mera tenencia de participaciones”. Se podría decir que la entidad española no tiene relevancia en el funcionamiento operativo del grupo, es una mera intermediaria en el cobro de dividendos de sus filiales y el pago de los mismos a su prestamista y socio único.

De este modo, de acuerdo con todo lo anterior, la Inspección concluye que una “(...)operación financiera con consecuencias tan gravosas para la española no hubiera sido realizada si no concurriera vinculación entre las partes. La operación se ha realizado con endeudamiento intragrupo por el importe de la operación de adquisición de las participaciones. La decisión del grupo ha sido la de crear una deuda a corto plazo que se renueva reiteradamente y, con los dividendos cobrados de las filiales argentinas, pagar intereses y principal de dichos préstamos, intereses que el obligado se deduce en el Impuesto sobre Sociedades, en lugar de, aumentar los fondos propios de la entidad española para la adquisición de las participaciones y con los dividendos cobrados, pagar dividendos a su socio que no serían deducibles en el Impuesto sobre Sociedades. La consecuencia inmediata para la española, es por tanto un coste financiero muy elevado que genera unas elevadas bases imponibles negativas en España, si bien no implica nuevas responsabilidades, funciones o riesgos.” afirmando que “(...) no se hubiera pactado entre partes independientes y en condiciones de libre mercado. El obligado con su capacidad económica no podría encontrar en el mercado un tercero que le financiase la totalidad de la operación de compra de las participaciones con renovaciones continuas en los plazos para la devolución del préstamo, sin ventaja a cambio, ni ofrecería respaldo financiero, ni prorrogaría “en la medida que sea necesario, la exigibilidad de los citados préstamos hasta que la sociedad disponga de recursos suficientes para proceder a su pago.”... Todo ello es consecuencia de su condición de empresas vinculadas.”

Conforme a todo este planteamiento, el acuerdo dispone que el referido endeudamiento de **MM, SL** con **MIB, BV** “(...) debe analizarse a la luz del principio de libre competencia”, resultando de aplicación el Convenio de Doble Imposición (CDI) suscrito entre España y los Países Bajos de 16 de junio de 1974 y el **artículo 16 RD Legislativo 4/2004, de 5 de marzo**, por el que se aprueba el **Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades** (en adelante, TRLIS) como normas de valoración de las operaciones vinculadas. Y señala la inspección: “la aplicación de ambos preceptos lleva a ponderar la adecuación del endeudamiento y los gastos financieros del obligado tributario al principio de libre competencia”

El **artículo 9** del referido CDI señala que:

“Cuando:

- a) Una empresa de un Estado participe directa o indirectamente en la dirección, el control o el capital de una empresa del otro Estado, o
- b) Unas mismas personas participen directa o indirectamente en la dirección, el control o el capital de una empresa de un Estado y de una empresa del otro Estado.

En uno y otro caso las dos empresas estén, en sus relaciones comerciales o financieras, unidas por condiciones aceptadas o impuestas que difieran de las que serían acordadas por empresas independientes, los beneficios que habrían sido obtenidos por una de las empresas de no existir estas condiciones, y que de hecho no se han producido a causa de las mismas, pueden ser incluidos en los beneficios de esta empresa y sometidos a imposición en consecuencia”.

Por su parte, el **artículo 16 TRLIS**, señalaba que:

“1. 1º Las operaciones efectuadas entre personas o entidades vinculadas se valorarán por su valor normal de mercado. Se entenderá por valor normal de mercado aquel que se habría acordado por personas o entidades independientes en condiciones de libre competencia.

2º La Administración tributaria podrá comprobar que las operaciones realizadas entre personas o entidades vinculadas se han valorado por su valor normal de mercado y efectuará, en su caso, las correcciones valorativas que procedan respecto de las operaciones sujetas a este Impuesto, al Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas o al Impuesto sobre la Renta de No Residentes que no hubieran sido valoradas por su valor normal de mercado, con la documentación aportada por el sujeto pasivo y los datos e información de que disponga. La Administración tributaria quedará vinculada por dicho valor en relación con el resto de personas o entidades vinculadas.

La valoración administrativa no determinará la tributación por este Impuesto ni, en su caso, por el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas o por el Impuesto sobre la Renta de No Residentes de una renta superior a la efectivamente derivada de la operación para el conjunto de las personas o entidades que la hubieran realizado. Para efectuar la comparación se tendrá en cuenta aquella parte de la renta que no se integre en la base imponible por resultar de aplicación algún método de estimación objetiva.

(...)”.

Por su parte, la entidad reclamante alega que la normativa sobre operaciones vinculadas, particularmente el **artículo 16 TRLIS**, faculta a la Administración a comprobar si el precio o valor estipulado entre partes vinculadas al realizar una operación se ajusta al que sería una valor normal de mercado para, en su caso, ajustar cualquier desviación que pudiera observar pero no para tratar dicha operación como no realizada, que es, justamente, lo que hace aquí la Inspección de los Tributos. A su juicio, la única posibilidad con que contaba la Administración para fundamentar su actuación era haber empleado una norma de las denominadas “antiabuso” (la apreciación se simulación, la declaración de fraude de ley...) que son las que permiten corregir la transferencia de bases imponibles derivadas de anomalías apreciadas en operaciones entre partes vinculadas

Cuarto.

Pues bien, tal y como ya señaló la inspección en el acuerdo impugnado, en el presente no se trata de determinar si los intereses son o no de mercado, como parece alegar la interesada al invocar una valoración a mercado, sino si la operación se ha realizado en condiciones de libre competencia.

El principio de plena competencia viene consagrado en el apartado 1 del artículo 9 del Modelo de Convenio Fiscal de la OCDE, que constituye el fundamento de los convenios fiscales bilaterales entre países miembros de la OCDE y entre un número cada vez mayor de países no miembros.

Con el objeto de ajustar los beneficios por referencia a las condiciones que hubieran concurrido entre empresas independientes en operaciones comparables, el principio de plena competencia persigue tratar a los miembros de un grupo multinacional como si operaran como empresas separadas en lugar de cómo partes inseparables de una sola empresa unificada. La preocupación se centra en la índole de las negociaciones entre esos partícipes porque su consideración como empresas separadas lleva a tratar a los miembros del grupo multinacional como si fueran entidades independientes.

Por lo tanto, habrá que analizar si esta operación considerada de forma global y valorando todos los elementos que concurren en la misma es congruente con el principio de libre competencia.

Las directrices aplicables en materia de precios de transferencia para empresas multinacionales y administraciones fiscales aprobadas por el Comité de Asuntos Fiscales de la OCDE desarrollan la forma correcta de aplicación de este principio.

Para aplicar el principio de plena competencia, las directrices establecen varios criterios, que toman en consideración diferentes aspectos que han de ser examinados en función de la naturaleza de la operación que es objeto de análisis.

Los criterios que establecen las directrices para la aplicación del principio de plena competencia y que resultan relevantes en esta operación son: 1º) Análisis de comparabilidad y dentro del mismo, como factores fundamentales, destaca el análisis funcional, las cláusulas contractuales y las estrategias mercantiles; 2º) Identificación de las operaciones realmente efectuadas; 3º) Utilización de datos de varios años.

Por tanto, habrá que analizar si la conducta de la obligado tributario se ajusta a la conducta que, en circunstancias comparables, habría seguido una empresa independiente o si, por el contrario, la conducta de la reclamante se debe a la imposición de otra empresa u otras empresas del grupo.

Y a la vista de las premisas recogidas por la inspección en el acuerdo de liquidación, este Tribunal comparte la conclusión inspectora.

Así, en el expediente queda de manifiesto que siendo la sujeto pasivo una holding acogida al régimen de **ETVE** recibió, de la matriz del grupo mundial al que pertenece (**BR, SA – MM**) el derecho de compra de las participaciones en las sociedades argentinas **PX** y **XP**; asimismo, ha quedado constancia de que es su socio único (la holding holandesa **MIB, BV**) la que le concedió los préstamos para poder acometer la compra de dichas participaciones.

Dichos préstamos (denominados inicialmente por el obligado tributario, según el expediente, como “Préstamo **zzz**” [1] – importe 738.936.178 USD – y “préstamo **Nt**” – importe 338.416.000 USD) son, además, objeto de reiteradas renovaciones en los siguientes términos, según recoge el acuerdo liquidatorio:

*“En relación al **Préstamo zzz** consta en las cuentas anuales presentadas en el Registro Mercantil que el obligado tributario obtiene un:*

*“Préstamo de fecha de 17 de Octubre de 2002 otorgado por el socio único **MIB, BV**, destinado a financiar la adquisición de las sociedades argentinas **PX** y **XP**, por importe de USD 738.936.178, pagadero el 17 de abril de 2003, devengando un interés anual del 4.80188% pagadero en dicha fecha de vencimiento. Con fecha 15 de Abril de 2003, se acordó prorrogar la exigibilidad del préstamo al 17 de Octubre de 2003, y en esta última fecha se acordó prorrogar nuevamente el préstamo al 17 de Octubre de 2004, pasando los intereses vencidos a 17 de Octubre de 2003, USD 35.737.177, como mayor valor del principal del préstamo. Con fecha de 17 de Octubre de 2004 se volvió a acordar prorrogar la exigibilidad del préstamo al 17 de Octubre de 2005, pasando los intereses vencidos a 17 de Octubre de 2004, USD 37.326.477, como mayor valor del principal del préstamo. Con fecha 17 de Octubre de 2005 también se volvió a acordar prorrogar la exigibilidad del préstamo al 17 de Octubre de 2006, pasando los intereses vencidos a 17 de Octubre de 2005, USD 37.857.410, como mayor valor del principal del préstamo. Con fecha 17 de Octubre de 2006 se volvió a acordar prorrogar de nuevo la exigibilidad del préstamo al 17 de Octubre de 2007, pasando los intereses vencidos a 17 de Octubre de 2006, USD 39.026.242, como mayor valor del principal del préstamo”. “El 17 de Octubre de 2007 se volvió a acordar prorrogar de nuevo la exigibilidad del préstamo al 17 de Octubre de 2008, pasando los intereses vencidos a 17 de Octubre de 2007, USD 38.148.363, como mayor valor del principal del préstamo. El 17 de Octubre de 2008 se volvió a acordar prorrogar de nuevo la exigibilidad del préstamo al 17 de Octubre de 2009, pasando los intereses vencidos a 17 de Octubre de 2008, USD 35.166.330, como mayor valor del principal del préstamo”.*

*También las cuentas anuales se refieren al “**Préstamo Nt**” en los siguientes términos:*

*“Por otra parte, el préstamo cuyo principal es de USD 338.416.000 se corresponde a obligaciones negociables “**Nt**” emitidas el 17 de Octubre de 2002, a pagar a su socio **MIB, BV**, destinadas a financiar la adquisición de las sociedades argentinas **PX** y **XP**, por un importe de USD 338.416.000 y con fecha de vencimiento el 4 de Octubre de 2007, garantizadas por la compañía **BR, SA- MM**. Devengan un interés anual del 4.76% pagadero semestralmente el 4 de abril y 4 de octubre de cada año. En esta última fecha se acordó prorrogar nuevamente el préstamo al 4 de Octubre de 2008, devengando un tipo de interés del 5,65% pagadero semestralmente el 4 de Abril y 4 de Octubre de cada año. De nuevo, en esta última fecha se acordó prorrogar el préstamo al 4 de Octubre de 2009, devengando un interés anual de 4.80%.”*

Respecto al préstamo notes, consta en el Acta del Consejo de Administración de 4 de Octubre de 2007:

“Que el Consejo considera que es el mejor interés de la Sociedad complementar y enmendar el “Indeture” modificando los términos aplicables a los Pagarés relativos a la fecha de vencimiento, la tasa de interés, el impago

de intereses y añadir la opción de prepago, corrigiendo una ambigüedad y liberando a **BR, SA**, como “Standby Purchaser Agreement” en conexión con el “Indeture”...” (First Supplemental Indenture”).

Y en el Acta del Consejo de 3 de Octubre de 2008, se acuerda una segunda modificación (“Second Supplemental Indenture”).

También destaca la Inspección que en las cuentas anuales de los ejercicios objeto de comprobación se recoge que dicha adquisición de sus inversiones financieras en sociedades dependientes, financiada, en gran parte, con préstamos con vencimientos a corto plazo ha originado que, al cierre de cada ejercicio, la sociedad mantuviera un “fondo de maniobra negativo” (833,4 millones de euros en 2007 y 779 millones de euros en 2008), habiendo incurrido en notorias pérdidas en ejercicios anteriores por la misma carga financiera aludida si bien dichos documentos contables reflejan con claridad que se considera “(...) adecuada la presentación de las cuentas anuales normales siguiendo el principio de empresa en funcionamiento *ya que el Grupo al que pertenece se ha comprometido a continuar prestando a la Sociedad el apoyo financiero necesario*”, incidiendo en que la entidad prestamista (**MIB, SA**) “(...) tiene previsto prorrogar, en la medida que sea necesario, la exigibilidad de los citados préstamos hasta que la sociedad disponga de recursos suficientes para proceder a su pago”. Ha de señalarse que la empresa comenzó su actividad a finales de 2002, incurriendo en las elevadas pérdidas referidas en el ejercicio 2003 por efecto del elevado endeudamiento derivado de las operaciones anteriormente descritas, y, con ello, la entidad aumenta considerablemente las Bases Imponibles negativas declaradas fiscalmente a partir de dicho ejercicio.

Otra cuestión a resaltar es que no constando que el obligado solicitara ningún informe de valoración de las participaciones adquiridas, a terceros, la Inspección afirma que “El precio y demás condiciones de la compra, no se negocian por el obligado con los vendedores sino que se pactó entre la matriz del grupo mundial y los vendedores, en el “Stock Purchase Agreement” de 17 de Octubre de 2002”.

Parece evidente, a la vista de lo expuesto por la Inspección en el Acta y en el propio acuerdo liquidatorio, que el argumento del que deriva la regularización acordada se refiere a considerar improcedente una actuación enmarcada en una planificación fiscal contraria al ordenamiento jurídico, rechazándose la deducibilidad de los gastos financieros en que incurre anualmente el sujeto pasivo derivados de unos préstamos obtenidos de su socio único, entre los que existe una indudable vinculación, habida cuenta de considerar que se trata de operaciones “no de mercado”, esto es, que no realizarían partes independientes en situaciones de libre competencia. La Inspección ha constatado la realidad de las operaciones realizadas por el grupo **MM**, detallando las condiciones en las que la holding española llevó a cabo la adquisición de los paquetes accionariales de **PX** y **XP** y explicando, de forma pormenorizada, las vicisitudes de los préstamos recibidos para acometer la operación, así como las actuaciones encaminadas a su devolución. De ello, la conclusión alcanzada es que la obtención / concesión de dichos créditos quedaba “fuera del mercado” entendiéndose que ninguna entidad independiente hubiera estado dispuesta a otorgar dichas vías de financiación al sujeto pasivo. De ahí, que se haya negado la deducibilidad, para éste, de los gastos financieros derivados de los préstamos, lo que, en definitiva, ha supuesto tratarlos como inexistentes a efectos tributarios. En este sentido, el acuerdo destaca que “(...) si bien **MM, SL** es una entidad holding, no paga nunca dividendos a su socio. Recibe los dividendos de las entidades filiales operativas y como figura en su contabilidad y en la cuenta bancaria en dólares, éstos se entregan a su socio único (y también prestamista) **MIB, BV**, no como dividendos sino como pago de los préstamos, y por tanto el obligado se deduce los intereses de los mismos en el Impuesto sobre Sociedades”.

En todo caso, el acuerdo afirma que “en el presente caso no hablamos de una operación simulada o fraudulenta. Partimos de operaciones reales pero en las que conviene destacar que se realizan entre empresas vinculadas” recordando que, conforme a todo lo ya expuesto, la decisión de comprar las acciones de **PX** y **XP**, no fue tomada por el obligado tributario, sino por la matriz del grupo **MM** (es esta quien firma el contrato de compraventa con los vendedores, quien negocia el precio y demás condiciones de la compra, y quien teniendo la opción de compra de las participaciones la cede y designa al obligado tributario, para que sea éste quien las compre, en los términos pactados por la matriz brasileña con los vendedores).

El obligado tributario, sin tener la suficiente capacidad económica, adquiere los títulos de **PX** y **XP** a través del endeudamiento con su socio único, siendo ello una decisión que se toma a nivel de grupo, buscando el interés global de éste sin perjuicio de que la consecuencia directa de tal actuación, como bien recoge la Inspección, fuera la generación de unas elevadas bases imponibles negativas para el sujeto pasivo en España. El acuerdo señala que, siendo admisible que cualquier empresa, incluidas las “holdings”, puedan endeudarse y deducir los gastos financieros vinculados a la adquisición de participaciones en otras entidades, lo trascendente era, en un caso como este, comprobar si las operaciones globalmente han sido impropias o artificiosas para la consecución del resultado obtenido, más aun si, como es el caso, es notoria la vinculación entre todas las partes intervinientes. A este respecto, la conclusión alcanzada es clara: “La decisión del grupo fue la de realizar la compra de estas participaciones endeudándose la **ETVE** española por el importe total de la operación, lo que supone una erosión de las bases imponibles españolas, y sin embargo no aporta ninguna ventaja económica adicional, ni supone ninguna responsabilidad adicional en la toma de decisiones, ni la asunción de riesgos. Es una decisión tomada

únicamente por motivos fiscales y sólo supone un ahorro fiscal”, resaltando el hecho de que el prestamista (socio único del obligado tributario) no ha percibido nunca dividendos de la española, pero habiéndose constatado que se canalizan hacia ella los dividendos de las filiales operativas “(...) ya que (como refleja su contabilidad y sus extractos bancarios) cuando la entidad española cobra dividendos de cualquiera de sus filiales, dichos fondos se entregan a su socio único en pago de los préstamos a la holding española, y los intereses de los mismos se deducen en el Impuesto sobre Sociedades (si fueran dividendos a su socio, no serían deducibles para la entidad española). La empresa española es una mera instrumental entre los socios brasileños y las empresas operativas generadoras de dividendos; dichos dividendos se canalizan desde el obligado hacia su socio único y se pagan cuando el grupo decide, mediante las continuas renovaciones de los préstamos, en las que se renegocian los plazos de vencimiento”.

Quinto.

Una vez concluido que los referidos préstamos son operaciones que se han realizado como consecuencia de la vinculación entre las partes independientes y en condiciones que quebrantaban el principio de libre competencia, es plenamente procedente la regularización fiscal de la operación al amparo del citado artículo 9 del Convenio de Doble Imposición, siendo esta posibilidad de regularizar vía la aplicación del artículo 9 CDI entre España y los Países Bajos referido, una cuestión ya analizada por este Tribunal Central (Resolución de 19 de mayo de 2005, recaída en las reclamaciones registradas con números de R.G.5051-01, 5071-01 y 3529-02, en la que se confirmaron los ajustes inspectores realizados en aplicación del artículo 9 de los Convenios entre España y Reino Unido y España y EEUU; Resolución de 8 de enero de 2015, recaída en las reclamaciones con números RG 5850-11, 6843-12 y 3189-13 en la que se confirman los ajustes inspectores realizados en aplicación del citado artículo 9 del Convenio entre el Reino de España y la República Francesa).

Concretamente, la Resolución de 19 de mayo de 2005 recogía:

“Por ello, en base a las circunstancias que se dan tanto antes, durante, como con posterioridad a la perfección de la operación, y en la medida que la conducta de la obligado tributario no ha sido la que correspondería a una empresa independiente en circunstancias similares procede anular cualquier efecto fiscal en la sede de la reclamante que se derive de la operación controvertida, con el fin de corregir las distorsiones producidas en las deudas tributarias y asegurar de este modo que se cumple el principio de libre competencia. Y como las pérdidas obtenidas se derivan del hecho de pertenecer a un grupo multinacional y de asumir esta operación por imposición de la matriz sin ajustarse al principio de plena competencia, y como los libros no reflejan los beneficios imponibles reales - aquellos que se hubieran logrado en ausencia de las condiciones que no responden a la plena competencia-, y como en base al artículo 9 de los Convenios entre España y Reino Unido y España y EEUU, la administración fiscal española está autorizada para ajustar de las bases imponibles de la entidad filial residente en España los beneficios, entendidos en el conjunto de la operación, proceden los ajustes efectuados por la Inspección”.

Hay que resaltar que dicha Resolución fue objeto de recurso contencioso – administrativo (Nº 416/2005) ante la Audiencia Nacional, siendo éste desestimado mediante Sentencia de 21 de mayo de 2009 en la que se confirmaba el referido criterio del Tribunal Central indicando que:

“CUARTO.- Presupuesto lo anterior, la primera cuestión por resolver se refiere a los términos en los que resultan de aplicación al caso los Convenios suscritos entre España y el Reino Unido e Irlanda del Norte (de ...) y entre España y los Estados Unidos de Norteamérica (de ...), ambos encaminados a “evitar la doble imposición y prevenir la evasión fiscal en materia del impuesto sobre la renta y sobre el patrimonio”.

Considera la actora que el artículo 9 de tales Convenios carece de “aplicabilidad directa” por (...)

La Sala no alberga duda alguna sobre la aplicabilidad al caso de los Convenios Internacionales que nos ocupan. Así se infiere del artículo 96.1 de la Constitución y así lo establece expresamente, en materia tributaria, el artículo 3º de la Ley 43/1995, de 27 de diciembre (Impuesto de Sociedades) al señalar que lo previsto en el artículo anterior (referido a la aplicación del impuesto en todo el territorio español) “se entenderá ...”.

Partiendo de tal circunstancia, ha de convenirse que el precepto en cuestión, como señalan con acierto las resoluciones recurridas, recoge el principio de libre competencia y permite, en lo que aquí interesa, que las autoridades fiscales del Estado competente puedan realizar los ajustes correspondientes en el caso de que se constate que las condiciones en que se han efectuado determinados operaciones entre empresas asociadas difieren de las normales del mercado entre sociedades independientes. En definitiva, los Convenios autorizan a regularizar al contribuyente cuando se acredite que la actuación realizada (de la que derivan beneficios o pérdidas con trascendencia tributaria) ha estado exclusivamente determinada por su vinculación con las empresas a las que está asociado, de suerte que pueda colegirse que esa misma operación no habría sido realizada si no concurriera esa vinculación.

La aplicación al caso del precepto en cuestión no aparece supeditada, en contra de lo afirmado en la demanda, a la calificación de la operación de que se trate como "simulada" o "fraudulenta". Si se constata la ausencia de libre voluntad en el contribuyente, si puede afirmarse que la actividad en cuestión ha estado exclusivamente determinada por la vinculación entre las sociedades y si se infiere claramente -de los datos acreditados- que idéntica operación no habría sido efectuada por sociedades independientes las autoridades fiscales competentes podrán efectuar los ajustes correspondientes y, entre ellos y en lo que hace al caso, la anulación de cualquier efecto fiscal que pudiera derivarse de la operación de que se trate (...)

Los datos expuestos permiten concluir, en coincidencia con las resoluciones recurridas, que la operación ha supuesto la obtención por B...Inc. (B...) de unos importantes recursos financieros sin que se hayan incorporado accionistas ajenos al grupo; además, ha originado unos gastos a la entidad española que no ha obtenido ventaja o utilidad alguna, sino exclusivamente pérdidas. Fácilmente ha de concluirse entonces que la operación fue decidida e impuesta por la matriz del grupo para incrementar los recursos de su filial americana y que, en todo caso y a la vista de los datos más arriba expresados, una operación de estas características no hubiera sido realizada por una empresa independiente".

Y finalmente, el Tribunal Supremo ha dictado Sentencia en 18 de julio de 2014 desestimando el recurso de casación nº. 3779/2009, pronunciándose en su Fundamento de Derecho cuarto del siguiente tenor:

"CUARTO.- Los motivos de casación esgrimidos son, en primer término: "Infracción de las normas del ordenamiento jurídico o de la jurisprudencia que fueran aplicables para resolver las cuestiones objeto de debate al amparo del artículo 88.1 d) LJCA: Por infracción de los artículos 114 y 118 de la Ley 230/1963, General Tributaria , del artículo 24 de la Constitución Española y la jurisprudencia aplicable."

A) Se arguye, en primer lugar, que el Banco ... ajeno a los sujetos intervinientes, aceptó la operación, y que en todo caso, se debería haber acreditado que con ella se eludía el pago del impuesto en España. El argumento no es de recibo, el hecho de que el Banco ... consintiera (que no autorizara) la operación no puede entenderse como un márchamo sacralizador de la operación, en sí misma incomprensible, desde una perspectiva mercantil. (Si este tipo de operaciones son frecuentes en el campo mercantil, llama la atención que nuestras dificultades económicas actuales no sean todavía mayores de las que sufrimos).

Tampoco conviene olvidar como explicación de la conducta del Banco ... las garantías que sobre este extremo el grupo B... acompaña a la memoria de las cuentas anuales de 1977.

Finalmente, el efecto elusivo es evidente cuando se obtiene unos gastos incomprensibles como consecuencia de una operación difícilmente aceptable, y que son, precisamente, los que la liquidación impugnada trata de eliminar.

B) Se afirma que la disminución de la base imponible tiene lugar como consecuencia del préstamo suscrito con una entidad británica, que no tiene relación con la recurrente.

Al hacer semejante afirmación se divide la operación, cuando ésta es única, y forzosamente el préstamo tuvo que ser tenida en cuenta desde el inicio pues este era el medio de financiar la adquisición del bien.

Es decir, sin préstamo no habría sido posible la operación, y el hecho de que el prestamista fuera un tercero no altera los desequilibrios de los parámetros básicos de la operación.

C) Llamar elucubraciones a las dudas que suscita la operación, así como la aceptación de un informe sobre el valor del bien transmitido encargado por la sociedad transmitente, supone ignorar principios básicos de fijación de precios en cualquier operación en la que intervienen adquirente y transmitente, que, por esencia, ha de ser equilibrada y no un desajuste tan pronunciado, como el que aquí concurre.

D) La participación del 15% obtenida en la entidad transmitida, tras una inversión a la que correspondería, sin embargo, casi el 50% y eso conforme a la valoración reseñada, es evidente que no queda compensada con un dividendo del 4,5%, ni atenúa el desequilibrio de las prestaciones, que es, en sí mismo, demostrativo del tipo de operación efectuada.

E) La argumentación sobre lo modélica que resulte la operación de pago de dividendos en dinero, o en especie, que duran indefinidamente en comparación con el préstamo que acaba extinguiéndose olvida un dato fundamental y es que los intereses del préstamo bajan porque se amortiza sucesivamente el principal, circunstancia que no se da en el dividendo. En el caso analizado, además, el dividendo sólo duró un año.

F) Lo referente a la garantía específica ofrecida al Banco ... ya ha sido analizado.

En conclusión cuando una operación es "intrínsecamente asombrosa" es la parte que realiza la operación la que debe justificar su razonabilidad pese a la apariencia que de ella se infiere, actividad que en este caso no ha sido ni siquiera intentada al no pedir el recibimiento a prueba. Parece evidente que ante un tribunal han de desplegarse razones mucho más sólidas y convincentes para que un motivo del tipo expuesto pueda prosperar.

QUINTO

El segundo motivo tiene el siguiente contenido: "Por infracción de las normas del ordenamiento jurídico o de la jurisprudencia que fueran aplicables para resolver las cuestiones objeto de debate al amparo del artículo 88.1

d) LJCA: *Por infracción de los artículos 9 del Convenio de Doble Imposición suscrito entre España y Estados Unidos y 105 de la Constitución Española y la jurisprudencia aplicable.*"

La recurrente sostiene en el motivo con abundante cita doctrinal la imposibilidad de aplicar directamente el Modelo de Convenio.

Por lo pronto había de distinguirse entre el Modelo de Convenio y los Convenios efectivamente celebrados. Así como la aplicación de aquél necesitará la legislación interna no es dudosa la aplicación, en nuestro derecho, de los Convenios suscritos, por la elemental razón de que los mismos conforman nuestra legislación interna.

En cualquier caso, es evidente que la Administración ha hecho uso de las normas antielusivas que el artículo nueve del Convenio de Doble Imposición contiene lo que constituye nuestro derecho interno.

Ha de subrayarse, además que el poder de calificación que el artículo 28 de la L.G.T. previgente atribuía a la Administración habilitaba a esta, a la vista de los hechos expuestos, a dictar el acto impugnado.

SEXTO

Por lo que hace al tercero de los motivos, se afirma: "Infracción de las normas del ordenamiento jurídico o de la jurisprudencia que fueran aplicables para resolver las cuestiones objeto de debate al amparo del artículo 88.1 d) LJCA : Por infracción del artículo 24 de la LGT y la jurisprudencia aplicable."

Asombra que en supuestos como éste la Administración no utilice, no ya el fraude, sino las facultades derivadas de los contratos simulados, que es, por lo antes razonado, la figura que cuadra a los hechos analizados y que es lo que suele hacerse cuando de ciudadanos se trata.

Ahora bien, el hecho de que la Administración no utilice por causas que desconocemos, y que resultan difíciles de comprender, las facultades más gravosas de que dispone, no puede impedir el uso de las facultades más livianas, el poder de calificación, que recogía el artículo 28.2 de la L.G.T . previgente, a fin de anular los efectos tributarios perjudiciales que de actuaciones como la analizada se deriva, además, naturalmente, de las que ofrecía el artículo noveno del Convenio, y cuya aplicación al asunto decidido no ofrece dudas.

Es decir, el no uso por la Administración de un procedimiento agravado, el simulatorio, no puede convertirse en una ventaja para el simulador."

En base a todo lo expuesto, este Tribunal Central entiende que en este caso la Inspección ha actuado conforme a derecho considerando que la operativa empleada por el sujeto pasivo para llevar a cabo la adquisición de las participaciones en PX y XP carece de racionalidad pues nunca se habría realizado en condiciones normales de mercado entre empresas independientes. El elevado importe de la financiación obtenida por el obligado tributario, pese a su escasa capacidad económica, junto con las continuas prórrogas o renovaciones de los préstamos recibidos (que supone un ilimitado respaldo o apoyo financiero del prestamista en la práctica), no son, como bien dice la Inspección, las condiciones que encontraría el obligado entre partes independientes en el mercado sino que vienen determinadas por su condición de empresas vinculadas.

Por ello, debe confirmarse la regularización llevada a cabo por la Inspección, pues de los hechos acreditados en el expediente resulta, sin que la interesada haya acreditado lo contrario, que la operación financiera controvertida no se habría pactado entre partes independientes y en condiciones de libre mercado, operación financiera que generó en el sujeto pasivo una importantísima carga financiera y, en último término, unas notorias pérdidas contables (Bases Imponibles Negativas).

Por lo expuesto,

EL TRIBUNAL ECONÓMICO-ADMINISTRATIVO CENTRAL, EN SALA, en la presente reclamación económico – administrativa

ACUERDA:

Desestimarla, confirmando la liquidación impugnada.

[1] Posteriormente el obligado lo reclasifica en el "préstamo 330" en el ejercicio 2007 y éste a su vez en el "préstamo 123" en el ejercicio 2008

Fuente: Sitio web del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas.