

BASE DE DATOS DE Norma DEF.-

Referencia: NFJ090271

AUDIENCIA NACIONAL

Sentencia de 23 de marzo de 2023

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Rec. n.º 113/2020

SUMARIO:

IS. Base imponible. Operaciones vinculadas. Cash pooling. Lo que hace la recurrente es diferenciar entre el préstamo y el depósito, como si se tratase de una entidad financiera, lo que se traduce en la aplicación de un tipo más alto al préstamo que al depósito. Considera la Sala, siguiendo el informe de la ONFI, que lo lógico es que en el *cash pooling* los tipos de interés que se aplican a las entidades prestatarias sean generalmente menores y distintos a los que se aplican por las entidades financieras independientes en contratos de financiación a corto plazo. Mientras que los rendimientos obtenidos por las entidades que suministran financiación deberían, generalmente ser mayores, a los que se habrían obtenido en el mercado, mediante un simple depósito en una entidad financiera independiente. Y, por último, lo razonable es que «ambos tipos de interés (por operaciones deudoras y acreedoras entre las entidades participes) deberían coincidir en el acuerdo de *cash pooling*, en la medida en que todas las compañías que forman parte del *cash pooling* pueden tener la condición de aportantes o receptoras de fondos, sin que, con carácter general, se sepa a priori cual va a ser la posición deudora o acreedora de cada una de ellas». Asimismo, se concluye que la entidad líder del *cash pooling* solo realiza «funciones de gestión y administrativas, pudiendo retirar del pool las entidades participes las cantidades que precisasen en cada momento, con el límite previsto en los contratos de crédito suscritos con la entidad líder». De forma que la entidad líder se limita a actuar como *clearing* o cámara de compensación entre los aportantes de fondos y prestatarias, sin que esta función pueda entenderse que va más allá de los límites de una función puramente administrativa o de gestión. En definitiva, las funciones de gestión y administración realizadas, no son comparables con las realizadas por una entidad financiera. Como conclusión, afirma la Audiencia, en contra de lo sostenido por la recurrente, que la asimetría no es razonable en un supuesto de *cash pooling zero balancing*, en el que parece más lógico y acorde con la realidad entender que la idea mutua que preside la figura jurídica por la que se ha optado implica que sea más razonable entender que debe existir una cierta simetría cuando se actúa como prestamista o como prestatario, máxime en un caso como el de autos en el que la entidad *pooler* no aporta valor añadido alguno. Lo pretendido por la recurrente se traduciría en un deterioro significativo de las bases imposables, en este caso de la entidad española, en beneficio de la entidad gestora del cash pool residente en Holanda, que simplemente realiza funciones de gestión y sin asumir riesgo alguno. Dicho de otra manera, se consigue que el beneficio se coloque en la entidad líder, sin que se haya probado que esta entidad sea merecedora de tal beneficio. También considera más acertado la Sala utilizar la calificación crediticia del grupo, pues el diseño de la operativa es mutua, de hecho, tras el «barrido», la entidad no sabe de cuál entidad del grupo presta o de cuál entidad del grupo recibe el dinero, no resultando relevante ni conocida la identidad de las destinatarias, limitándose la entidad aportante a cumplir con el «barrido» de su saldo excedentario. Por lo tanto, se aporta o se retira dinero del cash pool sin conocer el concreto destino de los fondos. Por lo que la Sala coincide con la Administración en entender que, en el caso enjuiciado, «la calificación del grupo es el modo más aproximado de reconstruir la comparabilidad de operaciones».

PRECEPTOS:

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

PONENTE:

Don Manuel Fernández-Lomana García.

Magistrados:

Don MANUEL FERNANDEZ-LOMANA GARCIA

Don JOSE FELIX MARTIN CORREDERA

Don RAFAEL VILLAFANEZ GALLEGO

AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Contencioso-Administrativo

SECCIÓN SEGUNDA

Núm. de Recurso: 0000113 /2020

Tipo de Recurso: PROCEDIMIENTO ORDINARIO

Núm. Registro General: 00366/2020

Demandante: BUNGE IBERICA SA

Procurador: D. JACOBO DE GANDARILLAS MARTOS

Demandado: TRIBUNAL ECONOMICO ADMINISTRATIVO CENTRAL

Abogado Del Estado

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

S E N T E N C I A Nº :

Ilmo. Sr. Presidente:

D. MANUEL FERNÁNDEZ-LOMANA GARCÍA

Ilmos. Sres. Magistrados:

D. JOSE FELIX MARTIN CORREDERA
D. RAFAEL VILLAFANEZ GALLEGO

Madrid, a veintitrés de marzo de dos mil veintitrés.

Ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, se ha tramitado el recurso nº 113/2020, seguido a instancia de BUNGE IBERICA SA, que comparece representada por el Procurador D. Jacobo de Gandarillas Martos, y asistido por Letrado, contra la Resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central de 8 de octubre de 2019 (RG 5536/2018); siendo la Administración representada y defendida por el Sr. Abogado del Estado. La cuantía ha sido fijada en indeterminada.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.

Con fecha 14 de enero de 2020, se interpuso recurso contencioso-administrativo.

Segundo.

Tras varios trámites se formalizó demanda el 7 de octubre de 2020. Presentado la Abogacía del Estado escrito de contestación el 28 de octubre de 2020.

Tercero.

Se admitió la prueba instada. Se presentaron escritos de conclusiones los días 15 de marzo y 15 de abril de 2021. Procediéndose a señalar para votación y fallo el día 8 de marzo de 2023.

Siendo Magistrado Ponente el Ilmo. Sr. D. MANUEL FERNANDEZ-LOMANA GARCIA, quien expresa el parecer de la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. Sobre la Resolución recurrida.

Se interpone recurso contencioso-administrativo contra la Resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central de 8 de octubre de 2019 (RG 5536/2018), que desestimó el recurso en relación con el IS ejercicios 2014 y 2015.

Los motivos de impugnación son:

1. Procedencia de la utilización de la calificación crediticia del obligado tributario para la realización del análisis de comparabilidad y la búsqueda de las operaciones comparables -pp. 9 a 24-.
2. Procedencia de la asimetría en los tipos de interés -pp. 25 a 32-.

Segundo. Sobre la regularización efectuada. Cash Pooling.

A. El contrato de cash pooling o de centralización de la gestión de la tesorería del grupo de sociedades se celebra entre la sociedad pooler, líder o centralizadora (generalmente, la sociedad matriz, aunque no siempre) y las sociedades filiales o participantes. Se trata de un contrato de gestión y además un contrato de financiación por los fondos prestados, en virtud de la disposición concedida por las sociedades participantes a la sociedad pooler con un interés pactado.

A este contrato atípico se refiere los ATS (Civil) de 3 de marzo de 2021 (Rec. 6082/2018) y 2 de junio de 2021 (Rec. 427/2019). También el ATS de 29 de septiembre de 2022 (Rec. 1878/2022) o la STS de 3 de marzo de 2020 (Rec. 5448/2018).

De la práctica mercantil se infiere la existencia de varios tipos de cash pooling. En el caso de autos nos encontramos ante un cash pooling de traspaso a saldo cero o zero balancing, donde la cuenta central recibe los saldos de las cuentas de las filiales dejando estas a saldo cero.

Los traspasos positivos y negativos realizados hacia la sociedad matriz tienen la consideración de préstamos entre empresas. Si el saldo barrido es positivo, se considera un préstamo de la filial a la matriz, mientras que un traspaso negativo a central se considera un préstamo de la matriz a filial. En consecuencia, cuando la valoración convenida entre las partes difiera del valor normas de mercado, la Administración Tributaria podrá valorar dichas operaciones según valores normales de mercado, en el caso de que la valoración pactada por las partes en la operación haya determinado una menor tributación o bien un diferimiento en dicha tributación, en comparación con la que hubiera resultado de aplicar valores de mercado.

B. En el caso de autos nos encontramos, como hemos dicho, ante un cash pooling zero balancing pues así se infiere del informe ONFI en el que se indica que BUNGE EUROPE FINANCE BV -sociedad pooler- " dirige los excesos de tesorería a aquellas sociedades que los tienen hacia aquellas sociedades que los precisan. Cuando el grupo no es capaz de autofinanciarse por sí mismo, entra en juego el vehículo THE BUNGE MASTER TRUST que capta esos recursos del exterior como grupo y en base a la calidad crediticia del grupo....de manera que se prescinde de la ratio crediticia de cada una de las empresas del grupo a nivel individual" -pp. 4 y 5-. Añadiéndose en la p. 13 que "todas las cuentas bancarias de BUNGE IBERICA SA, terminan el día con saldo cero -sistema comúnmente conocido como de barrido diario...traspasándose la posición de dichas cuentas a las cuentas corrientes abiertas con BUNGE FINANCE BV". De forma que " existe un sistema de centralización de tesorería, en el que...BUNGE IBERICA SA, es partícipe, en sus dos direcciones o sentidos, como aportante de fondos y como prestataria de fondos y en el que la entidad BUNGE FINANCE BV actúa como entidad líder del sistema" -p. 13-.

C. La Sala, por razones de claridad expositiva, entiende que lo procedente es exponer como ha fijado la Administración el precio de transferencia entre las vinculadas y, a lo largo de la exposición, detenernos en el análisis de las críticas realizadas por la recurrente.

No obstante, nos gustaría empezar por indicar que como razonamos en nuestra SAN (2ª) de 19 de noviembre de 2022 (Rec. 103/2019), " el método empleado es aproximativo", no estamos ante una ciencia exacta y lo único que se puede pedir a las partes es una " aproximación razonable", debiendo prevalecer en supuestos en los que las partes sostienen criterios distintos aquella que se considere más ajustada a la realidad. Se trata de saber quién aporta un criterio más adecuado. En la misma línea las SAN (2ª) de 4 de febrero de 2021 (Rec. 658/2017) y 21 de mayo de 2021 (Rec. 1153/2017).

Por lo demás, el informe aportado por la recurrente, como indica la Abogacía del Estado, es general, es decir " el perito ni conoce ni se basa ni analiza el BUNGE MASTER FILE REPORT ni el BUGE MASTER TRUST que constituyen la base contractual analiza por la inspección", lo que, sin duda, resta valor al dictamen.

D. En la p. 18 del informe se explican, básicamente, las diferencias entre la recurrente y la ONFI. Así, se razona que las operaciones analizadas " se enmarcan en un sistema de centralización de tesorería o cash pooling cuyo objetivo es la financiación circulante".

Pue bien, la ONFI no se muestra conforme en la " asimetría en el tratamiento". En efecto, lo que hace la recurrente es diferenciar entre el préstamo y el depósito, como si se tratase de una entidad financiera. Lo que se traduce en la aplicación de un tipo más alto al préstamo que al depósito. Como se explica en la p. 6 de las conclusiones del Abogado del Estado " las operaciones de retirada, se consideran por el contribuyente como de préstamo y se establece un tipo de interés elevado, mientras que a las de aportación se las equipara a un depósito fijando una remuneración no significativa. Bajo esta propuesta del contribuyente se origina un diferencial por dicha distinción o asimetría de tipos de interés, no admisible conforme a mercado y que tiene a implicar un deterioro significativo de las bases imponibles de las entidades prestatarias, en beneficio de la jurisdicción en la que se ubica la entidad/es gestora/s del cash pool (Holanda)". Para la ONFI " ambos tipos de operaciones deberían tener el mismo tratamiento", sin que pueda considerarse a la entidad líder como " una entidad de crédito que asumiese las consecuencias de las aportaciones y detracciones al/del pool de tesorería".

En esta línea sostiene la ONFI que " no nos encontramos ante operaciones de depósitos bancarios, sino de préstamos a corto plazo entre entidades no financieras".

Por último, en relación a la retribución de la financiación mediante el empleo de curvas bloomberg de rendimiento -yield-, la ONFI no considera acertada " ni la elección de la calificación crediticia (por haber recurrido a la de la entidad beneficiaria del grupo.....) ni de vencimiento (al haberse alargado el plazo -5 años- en lugar de un tipo corto, que es el plazo al que responden estas operaciones".

En relación con este último punto, en la p. 12 consta que la Inspección solicitó a la recurrente que explicase el motivo por el que había procedido al alargamiento del plazo a 5 años a partir de enero de 2010, cuando antes utilizaba un plazo menos y la recurrente respondió que " no existen razones específicas que justificasen el cambio de plazos de vencimiento en la línea de crédito".

E. En efecto, Como se explica en la p. 20 del informe ONFI, lo lógico es que en el cash pooling, los tipos de interés que se aplican a las entidades prestatarias sean, generalmente menores y distintos a los que se aplican por las entidades financieras independientes en contratos de financiación a corto plazo. Mientras que los rendimientos obtenidos por las entidades que suministran financiación deberían, generalmente ser mayores, a los que se habrían obtenido en el mercado, mediante un simple depósito en una entidad financiera independiente. Y, por último, lo razonable es que " ambos tipos de interés (por operaciones deudoras y acreedoras entre las entidades partícipes) deberían coincidir en el acuerdo de cash pooling, en la medida en que todas las compañías que forman parte del cash pooling pueden tener la condición de aportantes o receptoras de fondos, sin que, con carácter general, se sepa a priori cual va a ser la posición deudora o acreedora de cada una de ellas".

La recurrente, que reconoce, lógicamente, que BUNGE FINANCE BV no es una entidad financiera, sostiene que aporta un "valor añadido" y, de alguna forma, viene a sostener que realiza una actividad próxima a la de una entidad financiera. Pero el análisis concreto de los hechos -de aquí la insuficiencia de la pericial- lleva a otra conclusión.

En efecto, basta la lectura de las pp. 6 y ss. para ver que con el fin de realizar un análisis funcional la Inspección requirió información sobre BUNGE FINANCE BV, contestando la recurrente que no se aportaría la documentación al considerar esta entidad que era una " entidad ajena al procedimiento inspector". Como se explica en las pp. 25 y ss., de la documentación obtenida se infiere que BUNGE FINANCE BV, " simplemente gestiona las posiciones de las entidades partícipes". La entidad líder " no decide a qué entidades se destinan los fondos que aportan otras, tampoco puede rechazar las aportaciones de fondos de las entidades que las realizan". En suma, la entidad líder solo realiza " funciones de gestión y administrativas, pudiendo retirar del pool las entidades partícipes las cantidades que precisasen en cada momento, con el límite previsto en los contratos de crédito suscritos con la entidad líder". De forma que la entidad líder se limita a actuar como clearing o cámara de compensación entre los aportantes de fondos y prestatarias, sin esta función pueda entenderse que va más allá de los límites de una función puramente administrativa o de gestión".

Como se indica en el informe ONFI y la Sala está de acuerdo, las funciones de gestión y administración realizadas, no con comparables con las realizadas por una entidad financiera, " que toma dinero prestado para invertirlo por cuenta propia, bien a través de préstamos o de cualquier otra operación, siendo el diferencial de intereses su margen financiero. Margen que no justifica [véanse las Memorias trascritas en las pp. 6 y ss. del informe ONFI] la retribución de las funciones llevadas a cabo por las entidades líderes...que deben retribuirse como corresponde a un prestador de servicios de bajo valor añadido, aplicando un margen sobre sus costes".

Repárese, además, en que los activos son de las entidades aportantes y que BUNGE FINANCE BV, no tiene personal propio. Los riesgos son asumidos por BUNGE ESPAÑA, en efecto, cuando esta entidad actúa como prestataria, el riesgo de impagos es de las entidades aportantes o prestamistas y cuando actúa como depositaria o aportantes, BUNGE ESPAÑA asume el riesgo de insolvencia de las prestatarias, para el caso de que no devuelvan

lo recibido. Es decir, la entidad líder " no asume riesgo alguno de impago al no tener el control....ni capacidad financiera que esta radica en las entidades partícipes".

Y es que como se explica en las p. 29 " en el sistema de cash pooling del que BUNGE IBERICA es parte, la entidad líder no asume la misma posición de una entidad bancaria, sino simplemente labores administrativas y de gestión, pero no asume el riesgo de impagos ni desde el punto de vista económico ni contractual (de hecho en la memoria de BUNGE FINANCE BV no aparece ninguna mención a esta cuestión, como tampoco se recoge en el contrato de cuenta corriente), sino que dicho riesgo es asumido por todas las entidades participantes. La entidad líder centraliza la tesorería y concede financiación a entidades de cash pooling, pero por cuenta de las entidades aportantes que los las que realmente tienen los fondos para prestar y asumen el riesgo de impago".

D. Como se explica en las p. 31 lo lógico es que el cash pooling produzca una ventaja "mutual". En efecto, " las ventajas deben ser compartidas entre todos los participantes de la operación: de la misma forma en que todos los miembros del cash pooling aportan solvencia al grupo en su conjunto, el ahorro global también debe ser compartido. Lo que no sucede en este caso, en que el beneficio se localiza en la ..entidad líder, sin que se haya probado a lo largo del periodo de comprobación que ...fuera merecedora de tal beneficio".

Y añade, lo que nos parece muy relevante, es cierto que el tipo de interés se basa en el riesgo que asume la parte prestamista -como se dice en el informe pericial aportado- y que, en un contexto en el que intervienen dos partes, será decisiva la solvencia y liquidez de la prestataria; pero en " un sistema de centralización de tesorería intervienen muchos más partícipes -normalmente todas las sociedades del grupo- y todas ellas indistintamente ostentan posiciones deudoras y acreedoras, esa diseño mutual genera sinergias....que deben redundar en beneficio de todo el grupo". Por ello es lógico partir del rating del grupo, de hecho " se ha destacado el rol desempeñado por el denominado "The Bunge Master Trust" en la ejecución material de las operaciones de centralización de tesorería, en cuanto interlocutor único con entidades terceras a los efectos de obtener para el grupo la financiación que el mismo no puede obtener vía las operaciones de cash pooling de las distintas entidades que conforman dicho grupo. Asimismo, se ha indicado que cuando el grupo acude a terceros la credencial que exhibe es la ratio crediticia del grupo, a la que contribuyen la ratio crediticia de las diferentes entidades, que le integran. Y esta es la razón por la que, en la determinación del tipo de interés, las Inspección ha tomado como referente la ratio del grupo".

Como se razona en la p. 33 de aplicar el criterio de asimetría " podría darse ...un efecto perverso, para las entidades miembros. [pues] es posible que en un determinado periodo en el que las cuantías retiradas del pool por una entidad hubieran sido inferiores a las aportadas, el resultado global para esta entidad, en términos netos, derivase en gasto financiero, precisamente por esta retribución asimétrica", de forma que la entidad obtendría desventajas.

Y es que como se afirma en las pp. 34 y 35 del informe ONFI, " desde el punto de vista operativo, dado el espíritu de mejora del grupo en su conjunto, elemento presente en cualquier tráfico mercantil, carecería de sentido la obtención de financiación a un precio superior al que pudiera resultar de una actuación en su conjunto. Tampoco revestiría especial lógica el recurso a la financiación ajena cuando pueden suplirse con facilidad las necesidades de tesorería con aquella que deriva de la propia actividad, aun cuando la misma proceda de otras entidades. Ambas consideraciones conducen a que atender a la calificación del grupo es el modo más aproximado de reconstruir la comparabilidad de operaciones como las que son objeto de estudio y que este supone, además, un proceder de cierta prudencia...".

Partiendo de las anteriores premisas, que la Sala considera correctas, la Administración explica la concreta metodología aplicada -método del precio libre comparable- en las pp. 39 y ss.

E. En resumen, dos son básicamente los argumentos por los que la recurrente discrepa del informe ONFI y, por lo tanto, de la regularización efectuada:

1. La procedencia de la utilización de la calificación crediticia del obligado tributario para la realización del análisis de comparabilidad y la búsqueda de las operaciones comparables.
2. La procedencia de la asimetría en los tipos de interés.

Pero ya hemos explicado que, en contra de lo sostenido por la recurrente, la asimetría no es razonable en un supuesto de cash pooling zero balancing, en el que nos parece más lógico y acorde con la realidad, entender que la idea mutual que preside la figura jurídica por la que se ha optado implica que sea más razonable entender que debe existir una cierta simetría cuando se actúa como prestamista o como prestatario, máxime en un caso como el de autos en el que la entidad pooler, no aporta valor añadido alguno. Lo pretendido por la recurrente se traduciría en un deterioro significativo de las bases imponibles, en nuestro caso de la entidad española, en beneficio de la entidad gestora del cash pool residente en Holanda, que simplemente realiza funciones de gestión y sin asumir riesgo alguno. Dicho de otra manera, se consigue que el beneficio se coloque en la entidad líder, sin que se haya probado que esta entidad sea merecedora de tal beneficio.

También nos parece más acertado utilizar la calificación crediticia del grupo, pues como hemos explicado, el diseño de la operativa es mutual, de hecho, tras el "barrido", la entidad no sabe de cuál entidad del grupo presta

o de cuál entidad del grupo recibe el dinero, no resultando relevante ni conocida la identidad de las destinatarias, limitándose la entidad aportante a cumplir con el "barrido" de su saldo excedentario. Por lo tanto, se aporta o se retira dinero del cash pool sin conocer el concreto destino de los fondos. Por lo que coincidimos con la Administración en entender que, en el caso enjuiciado, " la calificación del grupo es el modo más aproximado de reconstruir la comparabilidad de operaciones".

En efecto, la Sala comparte la argumentación del TEAC, cuando afirma que " tal y como ha sido diseñada la operación de centralización de tesorería se proporcionan facilidades de préstamo de una forma recíproca a las diversas entidades del cash pooling, puesta en común que favorece a los partícipes respecto de una situación de financiación aislada que pudiera haberse instrumentado mediante el recurso al depósito o al préstamo, por lo que carece de sentido que el beneficio de la operación se localice en la entidad líder, sin que las funciones que esta desarrolla en la operativa puesta de manifiesto en la documentación analizada por la inspección se corresponde con este beneficio". Siendo conveniente destacar que " esta entidad no decide a que entidades se destinan los fondos que aportan otras y tampoco puede rechazar las aportaciones de fondos de las entidades que las realizan, lo que nos confirma la idea de que las funciones a atribuir a esta entidad serían, como señala la inspección, funciones de gestión y administrativas. Ello, unido a la imposibilidad de identificar individualmente al prestatario y al prestamista en cada aportación o retirada de fondos nos lleve a situar la función de prestamista y prestatario en el grupo en su conjunto tal y como plantea la inspección en su informe, por lo que entendemos acertado adoptar como referencia en el cálculo de comparables externos, el riesgo crediticio del grupo" -pp. 5 y 6-.

La demanda, por lo tanto, se desestima.

Tercero. Sobre las costas.

Procede imponer las costas a la parte demandante - art 139 LJCA-.

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

FALLO

Desestimar el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la Procurador D. Jacobo de Gandarillas Martos, en nombre y representación de BUNGE IBERICA SA, contra la la Resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central de 8 de octubre de 2019 (RG 5536/2018), la cual confirmamos por ser ajustada a Derecho. Con imposición de costas a la parte demandante.

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

La presente sentencia es susceptible de recurso de casación que deberá prepararse ante esta Sala en el plazo de 30 días contados desde el siguiente al de su notificación; en el escrito de preparación del recurso deberá acreditarse el cumplimiento de los requisitos establecidos en el art 89.2 de la Ley de la Jurisdicción justificando el interés casacional objetivo que presenta.

PUBLICACIÓN. Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Ilmo. Sr. Magistrado Ponente D. Manuel Fernandez-Lomana García, estando la Sala celebrando audiencia pública en el mismo día de su fecha, de lo que, como Letrado de la Administración de Justicia, 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.