



**Fundación para la Promoción de los Estudios Financieros**

**MONOGRAFIA**

RESOLUCIONES DEL TRIBUNAL ECONÓMICO-ADMINISTRATIVO CENTRAL  
(TEAC)

**«Los procesos de resolución bancaria con recapitalización interna»**

Autor: ALBERTO MARZAL CERVANTES

----

**«Operaciones vinculadas y Precios del Transferencia»**

Autora: AMELIA MAROTO SÁEZ

Edición actualizada a 17 de mayo de 2023



**FUNDEF**  
(1980-2023)  
FUNDACIÓN para la  
Promoción de los  
Estudios Financieros

Foro  
**DOCTRINA ADMINISTRATIVA  
RESOLUCIONES del TEAC**

"RESOLUCIÓN de 24 Nov. 2022,  
Rec. 6459/2020"

"RESOLUCIÓN de 23 Mar. 2022,  
Rec. 4377/2018"

**Sesión: 15 de marzo de 2023**



15/03/2023





## INDICE

### I. Presentación.

José María López Geta

Presidente del Patronato

Fundación para la Promoción de los Estudios Financieros

II. Los procesos de resolución bancaria con recapitalización interna. Efectos fiscales para los accionistas «cualificados» en el ámbito del impuesto sobre sociedades. Al hilo de la decisión del TEAC de 24 de noviembre de 2022 recaída en la reclamación 6459/2020.

 Autor: ALBERTO MARZAL CERVANTES

III. Recorrido por el tormentoso mundo de las operaciones vinculadas, en el que juega un rol fundamental su necesaria pareja: los precios de transferencia. A propósito de la resolución de 23 mar. 2022, rec. 4377/2018 del Tribunal Económico-Administrativo Central.

 Autora: AMELIA MAROTO SÁEZ

### IV. Anexo

IV.1. Resolución de 23 Mar. 2022 (Rec. 4377/2018)

IV.1 Resolución de 24 Nov. 2022 (Rec. 6459/2020)



## I. PRESENTACIÓN

El día 15 de marzo de 2023 se celebró, organizada por la Fundación para la Promoción de los Estudios Financieros, Sesión del FORO «DOCTRINA ADMINISTRATIVA», en concreto se trató de la doctrina administrativa-tributaria del Tribunal Económico-Administrativo Central plasmada en dos de sus Resoluciones.

En la Resolución de 24 de noviembre 2022 (Rec. 6.459/2020) abordó una cuestión verdaderamente problemática y cuya solución pasó por rechazar el Acuerdo de liquidación de la Oficina Técnica de Inspección de la Dependencia de Control Tributario y Aduanero de la Delegación Central de Grandes Contribuyentes de la AEAT relativo al Impuesto sobre Sociedades del ejercicio 2017 y anula el acto impugnado que privaba de efectos fiscales de la pérdida sufrida por los accionistas de cierta Entidad bancaria y que tuvo su origen en una resolución administrativa especial.

El análisis de la Resolución a que se hace referencia en el párrafo anterior, se asumió por ALBERTO MARZAL CERVANTES, cualificado especialista en materia de tributación de operaciones financieras como tuvo ocasión de acreditar durante los años en que formó parte del equipo de fiscalistas del BBVA. Ahora, ALBERTO, en la presente Monografía, amplía el análisis que hiciera en el FORO de referencia y que las personas interesadas en la materia pueden completar con el contenido del Capítulo VI («El procedimiento de resolución de las entidades de crédito: consideraciones fiscales») de la obra «Entidades de Crédito y Actividad Financiera (Tributación de determinadas operaciones)» del que es autor ALBERTO y editado recientemente por TIRANT LO BLANCH.

El análisis que AMELIA MAROTO SÁEZ (reconocida especialista en fiscalidad internacional, autora de numerosas publicaciones, una de las últimas -Monografía sobre los Pilares I y II- ha sido difundida por FUNDEF) hizo de la Resolución de 23 de marzo de 2022 (Recurso 4377/2018) se centró en la técnica financiera conocida como *Cash Pooling* (participación de entidad residente en el sistema de centralización de tesorería de un Grupo) y en cómo la Inspección de Hacienda del Estado rechaza el tratamiento asimétrico de las operaciones acreedoras y deudoras características del dichos *Cash Pooling*. AMELIA, en la presente Monografía, además de ofrecernos sus consideraciones sobre el repetido *Cash Pooling*, analiza otras operaciones financieras no menos interesantes que se abordan en la antes citada Resolución de 23 de marzo de 2022 del Tribunal Económico-Administrativo Central.

José María López Geta

Presidente del Patronato

Fundación para la Promoción de los Estudios Financieros



## II

LOS PROCESOS DE RESOLUCIÓN BANCARIA CON RECAPITALIZACIÓN INTERNA. EFECTOS FISCALES PARA LOS ACCIONISTAS "CUALIFICADOS" EN EL ÁMBITO DEL IMPUESTO SOBRE SOCIEDADES. AL HILO DE LA DECISIÓN DEL TEAC DE 24 DE NOVIEMBRE DE 2022 RECAÍDA EN LA RECLAMACIÓN 6459/2020.



Autor: ALBERTO MARZAL CERVANTES

SUMARIO: I.-DELIMITACIÓN PREVIA Y ALGUNAS PRECISIONES DE PARTIDA II.- SUPUESTO DE HECHO III.- REGULACIÓN FISCAL IV. DESCRIPCIÓN DE LA CONTROVERSIA V.- EL ACUERDO DEL TRIBUNAL ECONÓMICO-ADMINISTRATIVO CENTRAL (TEAC) VI.- RESUMEN A MODO DE REFLEXIÓN

### II.1.- DELIMITACIÓN PREVIA Y ALGUNAS PRECISIONES DE PARTIDA

1) La decisión del TEAC que vamos a analizar se refiere, exclusivamente, a los efectos fiscales que, para determinados accionistas, depara la ejecución de un proceso de resolución de una entidad de crédito, un banco, utilizando como instrumento de resolución la recapitalización interna («bail in» en terminología inglesa).

Quedan fuera, por tanto, el régimen sancionador administrativo y las responsabilidades que, en su caso, pudieran derivarse en otras instancias.

2) Que nosotros sepamos, como veremos a continuación, se trata de la primera resolución acordada en el seno de la Unión Europea por el Banco Central Europeo y la Junta Única de Resolución, al tratarse de un Banco sujeto a supervisión en base consolidada por parte del Banco Central Europeo.

La medida se adopta de conformidad con las normas de derecho positivo aplicables: Directiva 2014/59/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de Mayo de 2014, por la que se establece un marco para la reestructuración y resolución de entidades de crédito, Reglamento (UE) nº 806/2014, de 15 de Julio de 2014, por el que se establecen normas uniformes y un procedimiento uniforme para la resolución de entidades de crédito, Ley 11/2015, de 18 de Junio, de



recuperación y resolución de entidades de crédito y Real Decreto 1012/2015, de 6 de Noviembre, que le sirve de desarrollo.

Hasta entonces, con la legislación anterior, cuyo antecedente más inmediato viene constituido por la Ley 9/2012, de 14 de Noviembre, de reestructuración y resolución de entidades de crédito, en España, la reordenación del sector financiero se había llevado a cabo mayoritariamente a través de procesos de reestructuración, integración y recapitalización externa o apoyos financieros con intervención directa del FROB y del Fondo de Garantía de Depósitos.

Todo ello de la mano de las autoridades concernidas, particularmente las autoridades europeas, al tratarse de procesos complejos que inciden en multitud de aspectos: competencia, ayudas de Estado, etc.

Es cierto, sin embargo, que ya antes en el tiempo, se había adoptado un acuerdo de resolución de otra entidad, pero, como hemos dicho, bajo la vigencia de una normativa distinta, que, si bien ya contenía los principios inspiradores de la actualmente aplicable, no regulaba de forma tan explícita, precisa e imperativa los instrumentos de recapitalización interna.

En efecto, por Resolución del FROB de 26 de Diciembre de 2012 (B.O.E. del 27 de Diciembre), se acordó la ejecución del Plan de Resolución de la entidad afectada aprobado el 27 de Noviembre de 2012, al amparo de lo dispuesto en la Ley 9/2012, que contemplaba como mecanismo de ejecución la venta de las acciones poseídas por el FROB, todo ello bajo las previsiones contempladas en el Memorando de Entendimiento sobre Condiciones de Política Sectorial Financiera (MoU) hecho en Bruselas y Madrid el 23 de Julio de 2012.

Decir que se trataba de una entidad ya inmersa en un proceso de reestructuración que, con la entrada en vigor de la Ley 9/2012, pasa a considerarse entidad sujeta a un proceso de resolución, de acuerdo con el Plan de Resolución autorizado por Banco de España y autoridades europeas.

3) Tampoco inciden en el tema planteado otras cuestiones publicadas y conocidas, previas a la resolución, sin perjuicio de su eventual consideración en otros ámbitos y, en su caso, de las consecuencias que de las mismas pudieran derivarse.

Nos referimos a aquellos otros aspectos publicados en prensa que, parece, guardan relación con refinanciaciones de deuda, financiación para la suscripción de valores y ampliaciones de capital anteriores, cuestiones todas ellas que, en su caso, deberían sustanciarse en el ámbito que les fuera propio.

En este sentido, tal y como se describe en el Informe del Departamento de Gestión Tributaria de 21 de Diciembre de 2017, los bancos afectados llevaron a cabo una acción comercial dirigida a determinados clientes, accionistas y obligacionistas, que lo fueran a 6 de Junio de 2017, y que hubiesen adquirido sus acciones entre el 26 de Mayo y el 21 de Junio de 2016 o fueran titulares de instrumentos de capital



adicional de nivel 2 que cumplieran ciertas condiciones, a cambio de renunciar al ejercicio de acciones o reclamaciones legales.

## II.2.- SUPUESTO DE HECHO

Con fecha 6 de Junio de 2017, el Banco Central Europeo comunica a la Junta Única de Resolución la inviabilidad de la entidad, del banco.

En el ejercicio de sus competencias y de acuerdo con lo dispuesto en el Reglamento (UE) 806/2014, la Junta (Decisión SRB/EES/2017/08) declara la resolución de la entidad y aprueba el dispositivo de resolución en el que se contienen las medidas de resolución a aplicar sobre la misma.

Los instrumentos de resolución consisten en la venta del negocio de la entidad previa la amortización y conversión de los instrumentos de capital que determinen la absorción de las pérdidas necesarias para alcanzar los objetivos de la resolución.

En definitiva, el dispositivo de resolución adoptado por la Junta (artículos 24 y 21 del citado Reglamento) indica las razones para la adopción del instrumento de resolución consistente en la venta del negocio de la entidad, justificando las medidas relativas a la amortización y conversión de los instrumentos de capital, que ordena ejercitar con carácter previo a la transmisión de las acciones.

El esquema de resolución adoptado pretende cumplir con los principios y objetivos que deben informar todo proceso de resolución:

.- El nuevo marco normativo, que se fundamenta en la idea según la cual los accionistas y los acreedores deben ser los primeros en soportar pérdidas. Se trata de minimizar los efectos de la resolución en los recursos de los contribuyentes, asegurando una adecuación de los costes de la misma entre accionistas y acreedores.

.- Debe respetarse el principio de que ningún accionista o acreedor soportará pérdidas superiores a las que habría soportado si la entidad fuera liquidada en el marco de un procedimiento concursal.

En cumplimiento de lo anterior se establece por la norma una clara prelación de créditos en el marco de la resolución: se ha de garantizar que los titulares de acciones ordinarias, los titulares de instrumentos de capital adicional de nivel 1 (coloquialmente conocidos como CoCo,s) y los titulares de instrumentos de capital adicional de nivel 2 absorban las pérdidas correspondientes ANTES de que se adopte cualquier otra medida de resolución (el resaltado es nuestro).

El FROB en su condición de autoridad de resolución ejecutiva, mediante Resolución de su Comisión Rectora de fecha 7 de Junio de 2017, acuerda adoptar las medidas necesarias para ejecutar la decisión de la Junta.

Resumidamente son las siguientes:

1.- Amortización de todas las acciones en circulación, reduciendo el capital a cero.



2.- Conversión de los instrumentos de capital adicional de nivel 1 en capital ordinario y amortización de las acciones de nueva emisión reduciendo el capital a cero.

3.- Conversión de los instrumentos de capital adicional de nivel 2 en capital ordinario.

4.- Venta de las acciones así emitidas por un euro.

La valoración de la entidad, como es sabido, arroja un patrimonio neto negativo.

Creemos interesante apuntar que, en nuestra opinión, todo este proceso administrativo, regulado de manera pormenorizada, contiene una serie de actos de contenido jurídico-mercantil con resultados económicos realmente queridos por el legislador que, por tanto, debieran tener los efectos fiscales que de los mismos se desprenden con arreglo a su propia naturaleza jurídica.

### II.3.- REGULACIÓN FISCAL

Se contiene en el artículo 21 de la Ley 27/2014, reguladora del Impuesto sobre Sociedades (LIS), donde se establece un régimen de exención para las rentas derivadas de participaciones "cualificadas".

Se trata de un régimen simétrico, en cuya virtud, las plusvalías obtenidas en su transmisión no se gravan y las minusvalías que resulten de la misma no son fiscalmente deducibles.

El régimen previsto para las plusvalías se aplica también en los casos de liquidación, separación de socio, reducción de capital y operaciones de reestructuración (fusión, escisión etc.).

Por excepción, sí computan fiscalmente las minusvalías en caso de extinción de la sociedad participada.

Aquí, efectuamos nosotros tres consideraciones.

.- La excepción reseñada tiene, a su vez, otra excepción: no son deducibles las pérdidas cuando la extinción traiga causa de una operación de reestructuración. Se justifica en razón de que, en estos casos (fusión, escisión), los socios de la entidad disuelta y extinguida siguen participando, a través del canje de valores, en la sociedad absorbente o beneficiaria de la escisión.

.- Por tanto, cuando la norma nos habla de extinción, sólo cabe entender que se refiere al proceso común de extinción, esto es, la disolución y liquidación de la sociedad. No abarca, como hemos visto, las operaciones de disolución sin liquidación. Tampoco, en principio, pese a que pueda entenderse que hay liquidación, la operación de reestructuración consistente en la cesión global de activos y pasivos.



Es, en definitiva, con la liquidación de la sociedad cuando procedería computar la eventual pérdida fiscal.

.- Precisamente esta excepción prevista expresamente por el legislador, que abre el portillo para el aprovechamiento de las pérdidas quebrando la simetría del régimen, es la que, como a continuación veremos, da pie a la controversia que analizamos.

#### II.4.- DESCRIPCIÓN DE LA CONTROVERSIA

Llegados a este punto, podemos ya abordar la cuestión de fondo que nos ocupa.

En efecto, la controversia se suscita en relación con el tratamiento tributario a otorgar a las pérdidas que sufren los accionistas "cualificados" que lo eran en el momento de la resolución y que ven amortizadas sus acciones, sin recibir contraprestación alguna, en el marco de la reducción de capital acordada por la Junta Única de Resolución y ejecutada por el FROB.

A).- La Inspección niega la deducción fiscal de las pérdidas esgrimiendo los argumentos siguientes que, en algún caso, iremos matizando:

1.- Hay una transmisión, si se quiere forzosa, de las acciones afectadas. Alude a la regulación contenida en la Ley 11/2015, mezclando las disposiciones de su Capítulo V. Instrumentos de resolución, en donde se contiene una referencia a la transmisión de acciones, con las de su Capítulo VI. Amortización y conversión de instrumentos de capital y recapitalización interna, que es donde verdaderamente se regula la operación enjuiciada que, recordemos, no es la transmisión de las acciones (otras acciones, las emitidas por conversión de los instrumentos de capital adicional de nivel 2), cuya venta por un euro es posterior, sino la reducción de capital a cero mediante la amortización de las acciones inicialmente en circulación con la finalidad de absorber pérdidas respetando el orden de prelación legalmente establecido.

Se remite igualmente a lo dispuesto en el Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital, obviando, creemos nosotros, que, simplemente por razones temporales, sus disposiciones no pueden haber tenido en cuenta las especialidades de un proceso tan complejo y singular como el de resolución de una entidad de crédito con recapitalización interna. Menciona, pues, preceptos pensados para otro tipo de situaciones.

2.- No hay extinción de la entidad, lo que parece obvio y nadie discute. Alude, además, a las diferencias sustanciales entre los procedimientos de liquidación y resolución, lo que tampoco se discute, acudiendo para ello a la propia Exposición de Motivos de la Ley 11/2015. En suma, en este punto, realiza una interpretación literal de la norma tributaria.

Como cierre afirma que, en el supuesto que pudiera entenderse que ha existido una extinción anticipada de la entidad que se consuma con la operación posterior



de fusión, tal extinción traería causa de una operación de reestructuración, lo que impediría nuevamente la deducción fiscal de la pérdida.

En resumen, para la Inspección hay transmisión de acciones y no se produce la extinción de la entidad, ergo la pérdida no es deducible a efectos fiscales.

B).- Por su parte, las alegaciones del contribuyente las resumimos como sigue, efectuando también, en su caso, nuestras pequeñas matizaciones:

1.- La decisión de la Junta Única de Resolución fue la primera y única hasta la fecha en el ejercicio de sus competencias en el marco de la nueva regulación sobre resolución de entidades. Por tanto, no hay antecedentes.

2.- La decisión supone la expulsión del accionariado para todos los accionistas sin compensación alguna.

3.- No hay transmisión de las acciones como erróneamente afirma la Inspección, sino amortización de las mismas. Coincide en este punto con nuestras apreciaciones del apartado A) anterior sobre las distintas disposiciones de los Capítulos V y VI de la Ley 11/2015 y sobre las acciones objeto de venta, que no son las amortizadas previamente.

4.- El proceso de resolución tiene efectos idénticos a los de una extinción societaria, a saber: la pérdida de la condición de accionista. Sus efectos son los mismos que se derivarían de un procedimiento de liquidación del haber social.

5.- Entiende que de la Directiva aplicable se deduce que del proceso de resolución resulta una liquidación de carácter extraordinario. Todo ello por motivos de interés público. Del mismo modo se regula en la Ley 11/2015, donde el proceso de resolución se concibe como un proceso de liquidación cuando esta no puede llevarse a cabo mediante liquidación concursal por razones de interés público y estabilidad financiera.

6.- No hay continuidad alguna en el accionariado de la entidad absorbente.

7.- Por razones de equidad tributaria, el hecho de que se aborde un procedimiento de resolución en lugar de una liquidación, cuando ambos procedimientos deparan efectos idénticos, no puede llevar a un peor tratamiento fiscal para los accionistas afectados.

8.- La interpretación literal que la Inspección efectúa conlleva mayores costes, contraviniendo el espíritu y finalidad de la Directiva y discrimina a unos contribuyentes frente a otros dependiendo del procedimiento o proceso elegible (resolución versus liquidación concursal).

Planteada la cuestión en estos términos, estamos ya en disposición de analizar y resumir la decisión del TEAC.

II.5.- EL ACUERDO DEL TRIBUNAL ECONÓMICO-ADMINISTRATIVO CENTRAL (TEAC)



Comienza el TEAC planteándose si puede entenderse o no que cuando se amortizan las acciones se produce jurídicamente una transmisión, aunque sea forzosa, de dichas acciones, premisa de la que entiende parte la Inspección.

Respecto a la postura inspectora, para el TEAC, las menciones que se efectúan a los Capítulos V y VI de la Ley 11/2015, ni responden al supuesto planteado, ni sirven como explicación de la misma.

En cuanto a la mención a la transmisión de las acciones que se recoge en el Capítulo V, el TEAC entiende, dando carta de naturaleza a uno de los argumentos del contribuyente, que se refiere, como instrumento de resolución, a la venta de las acciones procedentes de la conversión de los títulos de capital adicional de nivel 2.

Esas son las acciones que se venden al banco comprador y es en esa operación donde efectivamente sí hay una transmisión.

Respecto a la mención al Capítulo VI, considera el TEAC que no sirve como argumento para entender que exista una transmisión el que el instrumento de recapitalización interna lo sea con carácter permanente y sin recibir a cambio contraprestación alguna.

Considera, asimismo, que no resultan acertadas las remisiones a las disposiciones contenidas en el Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital por regular supuestos distintos. Tampoco, añade el Tribunal, puede equipararse a una expropiación forzosa ya que ni hay adquirente ni existe compensación.

En definitiva, parece entender el TEAC, para que exista verdadera transmisión no basta con utilizar la expresión sino que jurídicamente debe haber tal transmisión.

En el caso planteado, la amortización de las acciones equivale a su muerte jurídica con la desaparición del puesto de socio. Se trata de un instrumento de recapitalización interna que permite después proceder a la venta del negocio.

En conclusión, termina el TEAC, la amortización de las acciones no es una transmisión en sentido estricto.

Respecto a la circunstancia de si se ha producido o no la extinción de la entidad, resulta claro que la sociedad no se extingue, de modo, que en este punto, no hay controversia alguna.

La cuestión es otra y se circunscribe a dirimir si la amortización forzosa de las acciones realizada dentro del proceso de resolución, en el marco de la normativa comunitaria, puede equipararse a la extinción societaria a efectos de lo dispuesto en la Ley del Impuesto sobre Sociedades.

Entrando en su desarrollo, tras efectuar un recorrido por las normas "ad hoc" que regulan los procesos de resolución de entidades de crédito, el TEAC, resumidamente, concluye:



1.- El proceso de resolución de entidades sustituye a la liquidación por razones de interés público cuando la liquidación concursal no puede acometerse. Se trata de evitar que se produzcan daños irreparables en el sistema financiero y a la economía, minimizando su impacto en los contribuyentes y asegurando una adecuada distribución de sus costes entre accionistas y acreedores, garantizando con ello mayor protección a depositantes y clientes.

2.- Estamos en presencia de un procedimiento especial de liquidación de entidades financieras. Asegura la continuidad de funciones esenciales, pero no la continuidad de la propia entidad.

3.- La fusión posterior es ajena a los accionistas originarios previamente expulsados de la sociedad.

4.- Los efectos de la amortización de las acciones en el proceso de resolución no difieren de los que se habrían producido en caso de liquidación, siendo así que entonces la pérdida sí sería deducible.

Existe una pérdida total e irrevocable de la inversión con expulsión definitiva de la sociedad. La relación socio-sociedad queda pues extinguida.

En definitiva, por todo lo expuesto, considera el TEAC que el procedimiento especial de resolución tuvo para los socios los mismos efectos que los de una extinción sin reestructuración y que el hecho de no seguir el procedimiento de liquidación ordinaria por razones de interés público no debe suponer un distinto tratamiento tributario a los accionistas afectados de acuerdo con los principios constitucionales que inspiran nuestro sistema tributario (capacidad económica, justicia, equidad, generalidad, igualdad).

Se acogen, por tanto, los argumentos del contribuyente, acordándose la nulidad de la liquidación practicada y declarando la admisibilidad y virtualidad de la pérdida a efectos fiscales.

## II.6. RESUMEN A MODO DE REFLEXIÓN

Comenzando por el final, a nosotros nos parece que la decisión del TEAC es una decisión cabal y acertada.

No sólo está bien razonada, sino que, como más adelante se dirá, creemos que encaja adecuadamente con el espíritu y finalidad de la normativa tributaria vigente, teniendo en cuenta que nos encontramos ante unos contribuyentes que sufren una pérdida real e indiscutible. Y definitiva.

Y decimos esto porque, reconociendo que el régimen establecido en la LIS para las rentas procedentes de las participaciones cualificadas es un régimen inspirado en la simetría: las rentas positivas no se gravan, las negativas no se computan, también lo es que, por expreso deseo del legislador, la simetría quiebra en los supuestos de extinción de la sociedad participada, léase, en la generalidad de los casos, liquidación de la sociedad, puesto que en las operaciones de



reestructuración más comunes (fusión, escisión total) la extinción no conlleva dicha liquidación.

Sentado lo anterior, volviendo al fondo de la cuestión, el debate sobre si existe o no transmisión nos parece, dicho sea con el debido respeto, un tanto desenfocado, o, mejor un tanto estéril. Inevitable tal vez por ser el punto de partida de la postura inspectora y no estar, a nuestro juicio y al del TEAC, debidamente fundado.

Intentaremos explicar por qué.

En primer lugar, como ya hemos visto, el artículo 21.3 de la LIS menciona, no sólo la transmisión de acciones, sino que también contiene referencias a una serie de distintas operaciones, como por ejemplo, la liquidación, la separación de socio, la reducción de capital, etc.

Todas ellas expresamente acreedoras al régimen regulado en el mismo, en cuanto a la exención de las rentas positivas que de las mismas pudieran derivarse.

Es cierto que el apartado dedicado a las minusvalías no las menciona expresamente (artículo 21.6), pero de ahí no se sigue inmediatamente, creemos nosotros, que las eventuales pérdidas sean entonces fiscalmente deducibles. Máxime cuando resulta necesario habilitar una salida para el cómputo de esas pérdidas en el supuesto de liquidación (artículo 21.8).

Mantener que en esos casos la pérdida es siempre deducible significaría romper con el principio inspirador del régimen.

No decimos con ello que en el caso concreto planteado no pueda argumentarse, como hace el TEAC, que no estamos ante una transmisión en sentido estricto, sino que el "quid" de la cuestión radica, como realmente así se deduce de su decisión, en la aplicación o no del artículo 21.8 de la LIS.

Y para aplicar el artículo 21.8 parece que la operación debería subsumirse entonces en alguno de los supuestos regulados en los artículos 21.3 y 21.6.

En otras palabras, para nosotros, la interpretación que debería prevalecer del término transmisión en la norma fiscal que nos concierne, debería de ser una interpretación en sentido amplio, omnicomprensiva, por tanto, de todas aquellas operaciones que supongan, a la postre, una disposición de los valores poseídos o una pérdida total o parcial, o una ganancia, derivada de los mismos (piénsese en la reducción de capital con o sin devolución de aportaciones o en el estampillado de títulos).

No obstante, aunque aceptemos el debate e incluso la inexistencia de transmisión en sentido estricto, hay que señalar que el TEAC desemboca finalmente en el artículo 21.8, lo que nos induce a creer, como decíamos al principio de este



apartado, que, realmente, lo que se refuta es la posición inspectora sobre el particular, pero sin extender más allá de ese concreto ámbito sus efectos.

Llegados a este punto, como puede fácilmente entreverse, la clave para nosotros (también para el TEAC) reside en la consideración del proceso de resolución como un proceso especial, de carácter administrativo, imperativo y ejecutivo en sus distintas fases, que, por razones de interés público, sustituye a los procedimientos de liquidación concursal en el caso de aquellas entidades de crédito que la autoridad resolutoria considera inviables.

Bien se comprende que el texto del artículo 21 de la LIS no contenga ninguna mención a estos procesos sumarísimos, como acierta a decir en sus alegaciones el contribuyente, siendo además el primero que se lleva a cabo con arreglo a la nueva normativa uniforme aplicable en el ámbito de la unión Europea.

Se hace preciso, por tanto, interpretar e integrar las disposiciones contenidas en el artículo tantas veces mencionado, y si, en los casos de liquidación la pérdida es deducible, y el proceso de resolución sustituye al de liquidación y depara los mismos efectos para los accionistas afectados: reparto del haber social con cuota de liquidación igual a cero, entonces parece acertado concluir que la pérdida de la inversión es fiscalmente deducible.

Como decíamos, aparte otras posibles disquisiciones, creemos firmemente que la decisión así adoptada por el TEAC interpreta adecuadamente lo querido por el legislador y es conforme con el espíritu y finalidad de la norma aplicable.

Para finalizar, simplemente insistir en que, para nosotros, ante un proceso especial como el de resolución fiscalmente no regulado expresamente, en el contexto del artículo 21 en su integridad, y ante una pérdida real y definitiva, se nos hace difícil o al menos un poco cuesta arriba no llegar a la misma conclusión a que llega el TEAC.

Es por ello por lo que, volviendo al principio, entendemos que su decisión está bien construida y razonada, siendo pues acertada.

Para terminar, queremos dejar dos apuntes que no tienen que ver directamente con el asunto enjuiciado, pero que se relacionan con su tratamiento tributario. Uno de carácter material, el otro más del lado de la técnica tributaria en el ámbito del Impuesto sobre Sociedades.

El primero es que, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 21.8, la minusvalía computable debe minorarse en el importe de los dividendos con derecho a exención



o a deducción por doble imposición percibidos en los diez años anteriores a la fecha de la extinción. En nuestro caso, dicha fecha sería la fecha de la resolución.

El segundo viene a colación por la limitación existente para la subrogación en las bases imponibles negativas existentes en la sociedad absorbida en las fusiones impropias en las que, como aquí ocurre, el coste de cartera (un euro) es inferior a las aportaciones efectuadas por los socios (artículo 84 de la LIS).

La finalidad del precepto: evitar que la misma pérdida sea computada dos veces, se convertiría en su espejo de sentido contrario de no admitirse la pérdida de los socios "cualificados", pues en la cantidad coincidente, ni sociedad ni socios podrían entonces aprovechar esa pérdida efectivamente materializada.



### III

## **RECORRIDO POR EL TORMENTOSO MUNDO DE LAS OPERACIONES VINCULADAS, EN EL QUE JUEGA UN ROL FUNDAMENTAL SU NECESARIA PAREJA: LOS PRECIOS DE TRANSFERENCIA. A PROPÓSITO DE LA RESOLUCIÓN DE 23 MAR. 2022, REC. 4377/2018 DEL TRIBUNAL ECONÓMICO-ADMINISTRATIVO CENTRAL,**

**Autora: AMELIA MAROTO SÁEZ**

SUMARIO.

La Resolución del TEAC 23 Mar. 2022, Rec. 4377/2018, brinda la oportunidad de hacer un recorrido por el tormentoso mundo de las Operaciones Vinculadas, en el que juega un rol fundamental su necesaria pareja: los Precios de Transferencia, al plantear cuestiones muy sustanciosas, para cuyo estudio y comprensión los criterios que emanan de las Directrices de Precios de Transferencia OCDE constituyen una valiosa ayuda.

Por lo que se refiere a las operaciones en sí, ha habido ocasión de examinar, entre otros, los criterios OCDE siguientes: Delineación de la operación vinculada, desconsideración de la operación vinculada, contratación de una operación vinculada solo en el caso de que no exista una mejor opción disponible en el mercado y realización del análisis funcional de una sociedad vinculada, en punto a verificar su perfil funcional, como paso previo a la determinación de su retribución.



En cuanto a los precios de transferencia de las operaciones, los puntos que se han debatido en la Resolución han sido: selección de comparables -internos o externos-, ajustes de comparabilidad -definición/motivación, necesidad de aplicación, metodología de cálculo-, rango de libre competencia -razonado, amplio, estrecho-, posicionamiento dentro de este rango, puntos todos ellos con más aristas de las deseables para llegar al objetivo de "precio relativamente alineado al de plena competencia".

Finalmente, la RTEAC vuelve sobre una cuestión tratada y resuelta por el TS con anterioridad, como es: Si pueden tenerse por no realizadas varias operaciones vinculadas carentes de racionalidad económica, cuya única finalidad haya sido la de obtener una ventaja fiscal, al amparo del artículo 9 del Convenio de Doble Imposición respectivo o si por el contrario tal artículo debe acompañarse con los artículos de la norma interna que regulan cláusulas antiabuso general, artículos 15 y 16 de la Ley 58/2003.

## ANÁLISIS Y CONCLUSIONES.

I.- Introducción. La Resolución del Tribunal Económico Administrativo Central (en adelante RTEAC) que se comenta, versa sobre la regularización practicada sobre un Grupo Fiscal referida al Impuesto sobre Sociedades y más concretamente a varias operaciones financieras (seis) realizadas entre diferentes sociedades del Grupo Multinacional, con la singularidad de que cada una de ellas saca a la luz una o varias cuestiones debatibles. Todas ellas se corrigieron por la Inspección con sólidos argumentos, asumidos en su totalidad por el TEAC.

Estas operaciones primeramente se describen y posteriormente se analizan, motivándose finalmente su tratamiento fiscal, en base a normativa interna y convenida, a la luz de las Directrices de Precios de Transferencia OCDE. Pues bien, el análisis recogido en la Resolución pone de manifiesto la relevancia de algunos de los criterios recogidos en las Directrices, a la hora de enjuiciar operaciones vinculadas, tanto en lo que se refiere a la operación en sí, como al precio pactado, así como una serie de cuestiones controvertidas, cuyo horizonte de cierre todavía se ve lejano, por lo que el contenido de la Resolución bien puede servir de guía para el análisis no solo de operaciones vinculadas financieras, sino también de cualquier otra operación vinculada no financiera.

Es precisamente por lo destacado en el párrafo anterior, por lo que se considera que dicha RTEAC, contemplada en términos globales, muy bien puede decirse que constituye una herramienta de cercanía a aquellos lectores poco familiarizados con Precios de Transferencia.

II.- Normativa Aplicable. Se recuerda que las normas internas de aplicación al momento en que tuvieron lugar los hechos fueron el Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades, RDLeg 4/2004, de 5 de marzo y el Reglamento del



Impuesto sobre Sociedades, RD 1777/2004, de 30 de julio. En cuanto a la versión de las Directrices de Precios de Transferencia OCDE, cuyos principios y criterios se tuvieron en cuenta, fue la de (2010).

III.- Análisis de las operaciones financieras. En las líneas siguientes se resumen estas operaciones, con especial dedicación a las operaciones de centralización de tesorería, *cash pooling* en su acepción inglesa, debido a la creciente utilización de esta fórmula de financiación interna por los grupos multinacionales, comentando asimismo los puntos de desencuentro entre la Inspección y el contribuyente y finalmente los argumentos de regularización.

1.- **Operación recogida en los Fundamentos Jurídicos Décimo Segundo y Décimo Tercero.** Operaciones de cuenta corriente (dos) entre una entidad residente en España XZ SL y las entidades no residentes X SPA y XR NV. *Cash Pooling*.

Para una mejor comprensión de los hechos se reproduce a continuación la descripción que de los contratos se contiene en la RTEAC:

Primer contrato.- *"El 28-02-2007 **XZ SL** suscribe un contrato de cuenta corriente con la matriz ... **X SPA**, con un límite inicial de 10.000 millones de euros, y que tenía como finalidad la financiación de la adquisición de **W** (en 2007 adquiere el 67% y en 2009 alcanza el 92% de participación). De acuerdo con lo previsto en el contrato, **XZ, S.L.** puede depositar sus excedentes de liquidez en la cuenta corriente, comunicándolo por anticipado y también puede retirar fondos de la cuenta, previa comunicación, hasta el límite de los fondos previamente depositados. Cuando la solicitud de fondos exceda los previamente depositados, (descubiertos en la cuenta corriente), X SPA podrá transferir los fondos requeridos hasta el límite del crédito concedido.*

*Las condiciones financieras iniciales consistían en el Euribor a un mes con un diferencial de menos un 0,25% para los saldos a favor del obligado tributario y de más un 0,25% para los saldos a favor de la entidad ..., diferencial que sería de más un 2,16% cuando los fondos dispuestos superasen el límite, así como una comisión del 0,0625% para el capital no utilizado. Posteriormente, con fecha 29-12-2011, para ejercicios siguientes, el diferencial sobre el Euribor para saldos a favor de la entidad ... se estableció en el 1,50% que pasaría a ser del 4% para los importes que superasen el límite. A su vez el límite se redujo a 5.000 millones de euros el 08-04-2010 y a 1.500 millones de euros el 31-12-2012".*

Segundo contrato.- *"El 27-12-2011 XZ SL suscribe un contrato de cuenta corriente con la entidad ... XR que tenía como finalidad que el obligado tributario pudiera depositar la liquidez excedente de su operativa diaria así como la posibilidad de obtener financiación en determinados supuestos tasados. Las condiciones financieras consistían en el Euribor a una semana más un diferencial del 1,30% para saldos a favor del obligado tributario y del Euribor más cercano al tenor de los fondos obtenidos más un diferencial del 2% para los saldos a favor de la entidad*



.... Posteriormente, para los saldos a favor del obligado tributario, el 28-01-2014 se pactó tomar como referencia el Euribor a una semana, tres meses o seis meses, u otro acordado por las partes. Para los saldos a favor de la entidad ..., el 28-05-2013 el diferencial paso a ser del 1,60%”.

Pues bien, las cuestiones que se dilucidan respecto de estas operaciones se concretan:

1ª) Si se puede entender que los contratos de cuenta corriente suscritos por las entidades vinculadas se formalizaban en el marco de un sistema de centralización de tesorería. En ninguno de ellos se hacía referencia expresa a este término.

2ª) Si podía considerarse que la asimetría de tipos de interés recogida en los contratos para remunerar las posiciones acreedoras y deudoras de los partícipes del *cash pooling* respondía al principio de precio de libre competencia.

Respecto a la primera cuestión, se resuelve a favor de considerar dicha operatoria, como propia de un acuerdo de *cash pooling*, ello deducido de la forma de actuar de las entidades involucradas, así como de las manifestaciones de la representación del obligado tributario durante el periodo de comprobación.

Es la propia entidad la que reconoce expresamente en diligencia que ambas operaciones responden a una política centralizada de gestión de tesorería del grupo y que aunque no reciben la denominación expresa de *cash-pooling* sí funcionan de dicho modo, en la medida que cualquier entidad deposita sus excedentes de tesorería o solicita los mismos en función de sus necesidades y hasta el límite pactado en los contratos.

La Inspección en este punto remite al artículo 107.2 de la Ley 58/2003 (LGT), que dispone:

*"2. Los hechos contenidos en las diligencias y aceptados por el obligado tributario objeto del procedimiento, así como sus manifestaciones, se presumen ciertos y sólo podrán rectificarse por éstos mediante prueba de que incurrieron en error de hecho."*

De acuerdo con lo anterior, la Inspección determina que la operatoria consistente en aportaciones y retiradas de efectivo por parte de la sociedad residente XZ SL a o de las cuentas de las entidades no residentes XR NV y X SPA, se caracteriza como propia de un acuerdo de *cash pooling*, en el que todas las compañías que forman parte de tal acuerdo son aportantes o receptoras de fondos, desconociéndose en principio, cuál va a ser la posición deudora o acreedora de cada una de ellas, así como a que entidad o entidades del Grupo irán a parar los fondos, en este caso de la sociedad española, en caso de excesos de tesorería, y de que sociedad o sociedades del Grupo recibirá fondos esta entidad, en caso de déficits de tesorería.



Salvada la primera cuestión, la siguiente se refiere a la determinación de la retribución de las entidades que conforman el acuerdo. En este caso, el obligado tributario otorga un tratamiento asimétrico respecto de las operaciones acreedoras y deudoras. Por el contrario, la Inspección disiente de este tratamiento, al estimar que debe aplicarse el mismo tipo de interés tanto a posiciones deudoras como a acreedoras, esto es: aplicar principio de simetría.

Las razones de la Inspección y el contribuyente pueden sintetizarse:

Por la Inspección:

*a) Las sociedades **X SPA y XR** no son entidades financieras, el cash pooling tiene por objetivo la gestión eficaz de la tesorería del grupo, por tanto, sus funciones son de gestión y administración, funciones en absoluto comparables a las de una entidad de crédito y por ello, la retribución de estas entidades no puede venir del margen de intereses, obtenido por diferencia entre los tipos deudores y acreedores, propio de las entidades financieras. Para alcanzar esta conclusión, la Inspección previamente ha realizado un minucioso examen de las funciones (analiza la naturaleza y características de un cash pooling), de los activos y riesgos, considerando que una operación bancaria no es adecuada como comparable de este tipo de operaciones tal y como el contribuyente ha realizado y, por tanto, la remuneración de las operaciones de las entidades bancarias (depósitos bancarios y préstamos bancarios) no deben utilizarse, con carácter general, para valorar las operaciones internas del cash pooling*

*b) Continuando con este razonamiento, la Inspección en base a lo dispuesto en el artículo 16 del TRLIS, 16 del RIS y en las Directrices de Precios de Transferencia de la OCDE de 2010, entiende que no es aceptable la asimetría en la remuneración de las operaciones de aportación y de obtención de fondos dentro del cash pooling de **XZ** con **XR** y con **X SPA** y determina el valor normal de mercado aplicando "el tipo del 1,5%, utilizado por el propio contribuyente en sus operaciones de crédito con **X SPA**, a todas las operaciones, tanto de crédito como de débito, y tanto con **X SPA** como con **XR**, considerando ésta una forma prudente de romper la indebida asimetría de la operativa del contribuyente".*

Por el obligado tributario:

a) Por lo que se refiere al perfil funcional de las entidades líderes, no cuestiona el minucioso examen de las funciones (la naturaleza y características del *cash pooling*), de los activos y de los riesgos realizado por la Inspección.

b) En cuanto a los tipos de interés, se reafirma en la aplicación de tipos de interés distintos en los saldos deudores y acreedores en las operaciones analizadas. No comparte el criterio de la Inspección respecto de aplicar el



mismo tipo de interés para los saldos deudores y acreedores, más aún cuando se aportó durante el procedimiento inspector un comparable interno, de entidad de crédito, cuya práctica habitual en el mercado consiste en la formalización de líneas de crédito y la aceptación de depósitos con/de clientes con precios distintos en cada operación.

Siguiendo la narrativa del TEAC:

*"La Inspección considera que tanto los saldos deudores como los saldos acreedores deben remunerarse de la misma manera; no acepta la asimetría aplicada por el contribuyente en la remuneración de las operaciones y considera que las operaciones del CP entre sí y las operaciones del CP con terceros (normalmente entidades de crédito) no son comparables, en síntesis, por los siguientes motivos:*

*1) La entidad líder del CP no suele tener la condición de entidad de crédito. Por ello no cumple con los requisitos especiales que se exigen a este tipo de entidades.*

*Además, nuestra legislación prohíbe la captación de depósitos para conceder préstamos si se carece de las condiciones de entidad de crédito.*

*2) El análisis funcional realizado demuestra que las funciones desarrolladas, los activos aportados y los riesgos asumidos por la entidad líder no son comparables a los de una entidad crediticia.*

*3) En una relación de cash pooling las entidades pueden variar su posición pasando de deudora a acreedora y viceversa, lo cual diferencia las operaciones de aportación al cash pooling de las operaciones de depósito bancario y asimismo las de retirada de fondos con las de préstamo bancario.*

*Centrándose en el presente caso, señala la Inspección:*

**XZ** es una partícipe dentro de un acuerdo de cash pooling en el que tiene posibilidades de obtener financiación a corto plazo cuando la necesita y de aportar financiación a corto plazo cuando tiene exceso de tesorería. Las operaciones con entidades del grupo, como **XR** y **X Spa**, dentro de este acuerdo de cash pooling no son operaciones comparables a las que realiza una empresa con una entidad bancaria ya que, en el primer caso, la naturaleza mutua de las aportaciones hace que el principal riesgo (el de impago) se reparta entre todas las entidades del grupo, mientras que en el préstamo y línea de crédito bancaria el banco asume dicho riesgo. En el caso de los depósitos tampoco son equiparables dado el distinto riesgo que asume la entidad bancaria y las entidades que no lo son. Dado que, en último término, que no en un simple análisis de los dos contratos de cuenta corriente y de revolving facility, el origen último y el destino último de los fondos recibidos y aportados por **XZ** no se puede concretar en una entidad, sino que el origen y destino es el propio cash pooling en su conjunto, la remuneración de ambos tipos de operaciones debería ser el mismo, al venir motivado por el mismo riesgo en uno y otro tipo de operaciones. Es decir, como en último término se presta al grupo y se recibe dinero de todo el grupo, la remuneración debe coincidir.



*Por ello, no es aceptable la asimetría en la remuneración de las operaciones de aportación y de obtención de fondos dentro del **CP** de **XZ** con **XR** y con **X Spa**.*

Finalmente, el TEAC confirma la regularización efectuada por la Inspección desestimándose las alegaciones de la reclamante en este punto.

De esta Resolución merece destacarse:

1.1. *Delineación exacta de la transacción.*- Se muestra como el principio vertebrador en el análisis de cualquier operación realizada entre partes vinculadas. Los Párrafos 1.64 a 1.69 del Apartado D.2 del Capítulo 1 de las Directrices OCDE (2010), "Aceptación de las operaciones realmente efectuadas", se hacen eco de este principio y en la Resolución se puede observar cómo, una vez que se ha realizado esta tarea, se avanza en el análisis para llegar a la determinación del precio de transferencia de la operación cuestionada.

Demostrado que la operativa de las entidades responde a un acuerdo de centralización de tesorería y definido el perfil funcional de las entidades líderes, la Inspección desecha que las aportaciones de fondos puedan considerarse depósitos bancarios, así como que las retiradas de fondos puedan asimilarse a préstamos bancarios. En este escenario, solo cabe identificar estas operaciones como "**préstamos entre entidades no financieras**" y en ese contexto se ha determinado el precio de libre competencia.

1.2. *Filosofía y ventajas del Acuerdo de Cash Pooling.*- El escenario sobre el que se pronuncia el TEAC se repite en la mayoría de los grupos multinacionales, con variaciones de escasa relevancia. Financiarse intragrupo es una aspiración legal y loable, en base a los beneficios que se generan para el grupo. Por lo que se refiere a la matriz: dispone de la imagen dinámica de todas las sociedades del grupo, momento a momento, de manera que tiene información respecto de qué sociedad genera liquidez y qué sociedad lo precisa, en cuanto a las filiales: ahorro de costes a nivel individual, ya que necesitan menos personal para gestionar su departamento de tesorería, menores costes y comisiones bancarias, ya que el grupo solo acude a la financiación de terceros si con la fórmula indicada no alcanza los recursos necesarios para el desarrollo de sus actividades, tipos de interés mejorados respecto de terceros, pues cuando solicita un préstamo cuenta con el respaldo y la solvencia del grupo.

1.2 *Retribución basada en el Principio de Simetría.* - Suele ser bastante habitual en los acuerdos de *cash pooling* que los Grupos tomen como referente de tipo de interés para las posiciones deudoras el tipo de interés de los depósitos bancarios y como referente de tipo de interés para las posiciones acreedoras el tipo de interés de los préstamos bancarios, y esto se plasma de una manera más o menos abierta en los contratos, este esquema en definitiva es el que da lugar a la asimetría en los precios de estas operaciones. Pues bien, para aceptar la fórmula de retribución asimétrica, ésta debería garantizar que la entidad española, en cuanto aportante (prestamista)/prestataria de fondos, fura retribuida teniendo en cuenta las



funciones realizadas, los activos empleados y los riesgos asumidos, lo que sería respetuoso con los principios básicos que vertebran la fiscalidad internacional, como es el de asignación impositiva, fundamental para que cada Estado obtenga los ingresos tributarios que se correspondan con el valor añadido por sus entidades –principio de creación de valor- o el valor generado en su territorio -principio de territorialidad-, principios a los que ha venido a responder el Proyecto BEPS de la OCDE/G20, cuyo objetivo último es “garantizar que los resultados de los precios de transferencia estén en línea con la creación de valor”, Acciones 8, 9 y 10.

Si, como se ha apuntado, este sistema de financiación reporta beneficios al grupo por encima de los que obtendría de financiarse exclusivamente de terceros, estos beneficios tiene que manifestarse de algún modo, de forma que los intereses que obtienen las entidades del *cash pooling* que suministran financiación deberían ser distintos (generalmente superiores) a los que habrían obtenido en el mercado, mediante un simple depósito en una entidad de crédito independiente y asimismo los intereses que satisfacen las entidades del *cash pooling* que precisan de esa financiación deberían ser distintos (generalmente inferiores) a los que habrían pagado en el mercado, mediante un préstamo con una entidad de crédito independiente o con un tercero.

Esto se fundamenta en las diferentes funciones realizadas, activos poseídos y riesgos asumidos por las entidades participes y líder de un *cash pooling*, comparados con las diferentes funciones realizadas, activos poseídos y riesgos asumidos por las entidades financieras. A ello se suma, que ha de haber un incentivo para que las entidades de un grupo se financien intragrupo, en lugar de acudir a un tercero independiente, como también debe de haber una compensación para que las entidades aportantes de fondos renuncien a invertir sus excedentes de tesorería fuera del grupo.

Finalmente, ambos tipos de interés (por operaciones deudoras y acreedoras) deberían coincidir en el acuerdo de *cash pooling*. Esta forma de retribución asegura que todas las entidades integrantes del *cash pooling* se beneficien de las sinergias del sistema y asimismo que la entidad líder sea retribuida conforme a las funciones realizadas, activos poseídos y riesgos asumidos, por lo general funciones de administración del *cash pooling*, normalmente calificadas como “de bajo valor añadido”, si bien puede haber excepciones a esta caracterización.

La doctrina sentada por el TEAC, como se ha señalado anteriormente, se ha basado en normativa interna de 2004 y en la versión de las Directrices OCDE (2010), versión que no recogía el Capítulo 10, dedicado a “Operaciones Financieras”, no obstante, la misma viene a coincidir con los criterios recogidos en las Directrices de la OCDE (2022), versión en la que se integra el contenido de la Guía de Precios de Transferencia de Operaciones Financieras, publicada en 2020, sobre las Acciones 4, 8 a 10 del Plan BEPS. Esta incorporación motivó de un lado,



la inclusión de diversos párrafos en el Capítulo 1, referidos al estudio del riesgo (Párrafos 1.108 a 1.126) y de otro, la inserción del Capítulo 10 aludido.

En los Párrafos 10.143 a 10.148 del Capítulo 10 de la versión (2022), se dan pautas muy generales para determinar la recompensa de las entidades participes del *cash pooling*, poniendo énfasis en que la posición de éstas en cuanto a retribución/pago tiene que ser mejorada respecto de la que se obtendría/pagaría de/a un tercero (Párrafo 10.146); en este mismo Párrafo también se recoge la idea de que todos los miembros del sistema, por el hecho de serlo, tienen derecho a los beneficios derivados de su participación en el *cash pooling*, y esto alcanza no solo a una posición optimizada respecto de los tipos de interés a nivel interno, sino también a acceso permanente a fuentes de financiación, acceso a liquidez, tipos de interés mejorados respecto de terceros, beneficios a los que no podrían acceder de actuar a nivel individual.

Por otra parte, los Párrafos 10.133 a 10.137 y 10.138 a 10.142, a través de diversos ejemplos, muestran los mimbres necesarios para realizar el análisis funcional de la entidad líder, en punto a determinar su retribución ajustada a funciones realizadas, activos utilizados y riesgos asumidos. Del resultado del análisis funcional se deducirá si la actividad de la entidad líder es la propia de una prestadora de servicios administrativos o de gestión o si por el contrario nos encontramos ante una la realización de una actividad más compleja consistente en la prestación de servicios financieros, tales como, toma de decisiones, tanto en distribución de fondos aportados, como en inversión de los superávits del *cash pooling*, participación en el diseño y la generación del crédito, etc, servicios que, sin duda, aportan valor a un nivel superior al que venimos entendiendo como "bajo valor añadido".

La bondad del principio de simetría es posible que se comprenda mejor a través del análisis del efecto perverso que puede producir la aplicación de tipos de interés asimétricos en aportaciones y retiradas de fondos. Si partimos de un supuesto en el que se constata que, al finalizar un determinado ejercicio, una entidad participe de un acuerdo de *cash pooling* ha aportado la misma cantidad de efectivo que ha retirado, esta entidad, de aplicarse el principio de asimetría defendido por el contribuyente, tendría un gasto financiero neto positivo, cuando lo suyo sería que los intereses deudores y acreedores se igualaran, dando lugar a un gasto financiero cero. La solución asimétrica sería la que se habría obtenido de acudir a terceros no vinculados y en este escenario de asimetría dentro del grupo no parece que la entidad participe esté en mejor posición que si hubiera contratado con a una entidad financiera.

La perspectiva de mejora se entiende fundamental para cualquier operación vinculada, ya que la misma debe analizarse desde la orilla del comportamiento de un tercero independiente, de este modo las partes seleccionarán la alternativa que ofrezca una mayor ventaja. En este sentido, el Párrafo 1.34 de las Directrices



(2010): "Las empresas independientes, al evaluar las condiciones de una posible operación, las comparan con otras opciones disponibles de modo realista y sólo participarán en ella si no ven una alternativa claramente más atractiva". Párrafo que se contiene en términos idénticos en las versiones de las Directrices (2017) y (2022), número 1.38: "*Independent enterprises, when evaluating the terms of a potential transaction, will compare the transaction to the other options realistically available to them, and they will only enter into the transaction if they see no alternative that offers a clearly more attractive opportunity to meet their commercial objectives*".

El resultado asimétrico no es el que se espera de un acuerdo mutual de *cash pooling*, tal y como se desprende del Párrafo 10.146 del Capítulo 10 de las Directrices (2022). En resumen, tanto las entidades aportantes de fondos, como las que retiran fondos del *cash pooling* han de tener un incentivo para adherirse al acuerdo, las primeras están renunciando a colocar sus excedentes de tesorería fuera del grupo, por tanto el acuerdo de *cash pooling* ha de mejorar su posición, en cuanto a las segundas, si en la operación de obtención de fondos van a tener que pagar un tipo de interés igual o superior al que pagarían a un prestamista independiente, es claro que carecen de estímulo para adherirse al acuerdo.

En igual sentido se ha pronunciado el TEAC en resolución de 8 de octubre de 2019 (RG 6537-17 y acumulada):

**"No es admisible la asimetría en el tratamiento dado por el obligado tributario a las operaciones acreedoras y deudoras en el cash pooling:**

***Tal como está configurado este sistema, ambos tipos de operaciones deberían tener el mismo tratamiento; El análisis de la lógica y filosofía que existe en las operaciones con entidades financieras no es trasladable a las operaciones de centralización de tesorería aquí implicadas; en este, las operaciones que son canalizadas a través de la entidad líder del cash pooling, desprendiéndose del análisis funcional que actúa como prestadora de servicios gestionando y administrando el cash pooling, pero no como una entidad de crédito que asumiese las consecuencias de las aportaciones y detracciones al/del pool de tesorería. Y 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 cuál va a ser la posición deudora o acreedora de cada una de ellas.***"

Para finalizar dos apuntes:

- i) Respecto de la aplicación de tipos simétricos. - Decir que no es la única opción válida, es posible aplicar tipos diferentes para aportación y retirada de fondos, esto es admitir la generación de un diferencial de intereses. Si



bien, en este caso, y una vez asumida la naturaleza mutual del *cash pooling*, este diferencial debe revertir a todas las entidades participes del *cash pooling*, una vez retribuida la entidad líder de acuerdo con su perfil funcional; la atribución, en su caso, debería realizarse con arreglo a algún criterio razonado, que ponderara cantidades y tiempos. Esta es una de las opciones recogidas en la "Guía de *Cash Pooling*" británica, de la que se infiere la dificultad de seleccionar un criterio de asignación válido. Ahora bien, de esto no debe seguirse que el diferencial de intereses deba coincidir exactamente con la retribución que debe tener la entidad líder con funciones complejas, de intermediación, toma de decisiones, etc., esto habrá de comprobarse, mediante el correspondiente análisis funcional.

- ii) Tipos de depósitos y préstamos bancarios.- En líneas anteriores se indicó que no eran comparables adecuados, para las operaciones del *cash pooling*, al presentar éstas matices diferentes a las bancarias, ni las funciones de las entidades financieras son similares a las que lleva a cabo la entidad líder del *cash pooling*, pero cabe la posibilidad de partir de los tipos bancarios como referente y hacer los ajustes pertinentes, para ajustar funciones, activos y riesgos, tarea no exenta de dificultades, como se verá más adelante en el análisis de otras operaciones.

Las entidades financieras son entidades reguladas, sometidas a una serie de servidumbres que garantizan el buen funcionamiento del sistema financiero y a la vez protegen a los clientes. Así: Supervisión por parte de la Autoridad Competente, Aportaciones al Fondo de Garantía de Depósitos, Coeficientes de Solvencia, Liquidez, Apalancamiento, servidumbres, cuyo cumplimiento integra parte de las funciones de las entidades financieras (bastante diferentes a las que realiza la entidad líder), a título de ejemplo: presentación de documentos ante el Supervisor, estudio de la solvencia de los prestatarios (en vinculación no es preciso realizar este trabajo, se conoce la solvencia del grupo y la de todas sus sociedades), etc. Todo ello justifica que la retribución del "producto depósito bancario" deba ser más barata que la de las aportaciones al *cash pooling* (entre otros, por la mayor garantía que ofrecen las entidades financieras), así como que la retribución del "producto préstamo bancario" deba ser más elevada que la de las retiradas de fondos del *cash pooling* (por las funciones de evaluación de riesgos que realizan las entidades financieras y el propio riesgo que asumen cuando prestan dinero).

Otra cuestión a tener en cuenta y que diferencia las operaciones de *cash pooling* de las financieras, es que, en estas últimas, la entidad financiera suscribe dos contratos bilaterales diferentes, sin conexión alguna, uno para el depósito y otro para el préstamo, en el acuerdo de *cash pooling* prima la naturaleza mutual del mismo, todas las participes pueden aportar fondos, así como retirarlos.



1.3. *Tipo de interés a aplicar/Plazo.*- Dados el objetivo y la naturaleza de los acuerdos de *cash pooling*, que pretenden recoger los excesos de tesorería que se dan en determinadas entidades partícipes para encaminarlos a suplir los déficits de tesorería que se dan en otras participes del acuerdo, lo suyo es aplicar un tipo de interés de corto plazo. El ámbito propio del *cash pooling* es el circulante de la empresa, por ello, normalmente se elige un tipo de interés a plazo de un día incrementado en un spread que refleja la ratio crediticia del grupo.

En la medida en que la dinámica del *cash pooling* ofrezca datos que prueben que las aportaciones y retiradas de fondos no se han limitado al corto plazo, sino que los saldos se mantienen continuamente en el tiempo con escasas variaciones de cuantía, sin duda habrá que analizar estos hechos, para verificar si las operaciones de aportación y retirada de fondos responden a la operatoria clásica de *cash pooling* o por el contrario si han de recharacterizarse de otro modo, tal que préstamos a largo plazo y en consecuencia aplicar un tipo de interés acorde con dicha recharacterización.

En el expediente no se hace referencia a como se ha definido el tipo de interés simétrico finalmente aplicado, solo consta que dicho tipo del 1,5% es el que ha sido utilizado por el propio contribuyente en sus operaciones de crédito con X Spa y con XR, de lo que puede inferirse que dicho tipo cumple los requisitos de plazo y solvencia del grupo para retribuir las operaciones típicas del *cash pooling*.

En cuanto a la posibilidad de aplicar a cada una de las participes el *spread* propio de su ratio crediticia, argumentada en ocasiones por las entidades, ello no se entiende razonable, debido precisamente al carácter mutuo del acuerdo, en el que prima la ratio crediticia del grupo, que es en definitiva el que asume el riesgo de impago que pudiera producirse por parte de los prestatarios, a lo que se añade que esta ratio del grupo es la que ven los terceros que negocian con las sociedades del grupo, el grupo presta solvencia y balance a todas las entidades incluidas en su perímetro. La RTEAC de 8 de octubre de 2019, abunda en esta idea al rechazar fijar el tipo de interés del *cash pooling* considerando la calificación crediticia individual de las entidades participes. Aunque, por regla general, la ratio crediticia de las entidades participes del acuerdo suele ser de peor calidad que la del grupo, esto no siempre es así, en ocasiones esta regla quiebra, resultando que la ratio crediticia de la entidad operativa del grupo es de mejor calidad que la ratio crediticia del grupo. En este expediente se puede observar, concretamente en la operación de préstamo analizada en los FJ Séptimo, Octavo, Noveno y Décimo, que la ratio crediticia de la entidad prestataria es mejor que la ratio crediticia de la prestamista, que a su vez es la financiera del grupo.

1.4. *Jurisprudencia.* - La RTEAC en este su segundo pronunciamiento sobre los acuerdos de *cash pooling*, el primero, como se indicó, tuvo lugar en Resolución de 8 de octubre de 2019 (RG 6537-17 y acumulada, ha venido a formar Jurisprudencia, en el sentido recogido en el artículo 239.8 de la LGT, que dice:



*“La doctrina que de modo reiterado establezca el Tribunal Económico-Administrativo Central vinculará a los tribunales económico-administrativos regionales y locales y a los órganos económico-administrativos de las Comunidades Autónomas y de las Ciudades con Estatuto de Autonomía y al resto de la Administración tributaria del Estado y de las Comunidades Autónomas y de las Ciudades con Estatuto de Autonomía. El Tribunal Económico-Administrativo Central recogerá de forma expresa en sus resoluciones y acuerdos que se trata de doctrina reiterada y procederá a publicarlas según lo dispuesto en el apartado 2 del artículo 86 de esta Ley. En cada Tribunal Económico-Administrativo, el criterio sentado por su Pleno vinculará a las Salas y el de ambos a los órganos unipersonales. Las resoluciones y los actos de la Administración tributaria que se fundamenten en la doctrina establecida conforme a este precepto lo harán constar expresamente.”,*

en este caso en concreto, el TEAC hace alusión expresa de “doctrina reiterada” en el tratamiento de los acuerdos de *cash pooling* en el FJ Décimo Tercero de la Resolución.

Por ello, estas Resoluciones se valoran muy positivamente, por cuanto vienen a allanar el camino de las regularizaciones de la Inspección, siempre y cuando haya similitud de escenarios, esto es, no cabe hacer una extensión general de las Resoluciones a todos los acuerdos de *cash pooling* de los grupos multinacionales; por el contrario, deberán analizarse cuidadosamente todas y cada una de las cláusulas de éstos para determinar si cabe aplicar la solución defendida en las RTEAC señaladas, ya que en ocasiones estas condiciones pueden presentar variantes muy diversas, tanto en el *modus operandi* del *cash pooling*, como en las funciones realizadas por la entidad líder del *cash pooling*, funciones que han de dibujarse con toda nitidez, reconociendo en su caso la mayor o menor complejidad de las mismas.

Si se comparan las dos Resoluciones puede observarse que la determinación del precio de transferencia no sigue la misma metodología, como tampoco en esta última se hace referencia a la forma de cálculo de la retribución de la entidad líder, solamente se dice que su actividad no es la propia de una entidad financiera y por ello no se la puede retribuir del mismo modo que a aquellas; sobre este asunto si se pronuncia la RTEAC de 8 de octubre de 2019.

No obstante, en los FJ Décimo Cuarto, Décimo Quinto y Décimo Sexto se aborda precisamente este tema, recogiendo las pautas que deben seguirse en este tipo de procesos, a los efectos de dilucidar como ha de calificarse a la entidad vinculada que, de alguna forma u otra, interviene en operaciones financieras del grupo, de acuerdo con la actividad que desempeña: si como prestadora de servicios administrativos o de gestión de bajo valor añadido (funciones sencillas y limitadas)



o si atendiendo al ejercicio de funciones más complejas (de dirección y organización de la financiación del grupo, participación en la creación o generación del crédito, toma de decisiones respecto de la inversión de los superávits de fondos, siempre que exista capacidad y control para ello, etc) y a los riesgos que asume, su perfil se eleva por encima del "Bajo Valor Añadido". Como se verá más adelante, el resultado de este minucioso análisis lleva a la calificación de la entidad involucrada en la operación como una "Prestadora de servicios de bajo valor añadido", determinando su retribución por aplicación del Método del Margen Neto del Conjunto de Operaciones y utilizando como Indicador de Beneficios los Costes Totales. Tanto calificación, como fórmula de cálculo de retribución pueden muy bien exportarse a la entidad líder del *cash pooling*, en cuyo caso, la fórmula de retribución vendría a coincidir con la plasmada en la RTEAC de 8 de octubre de 2019, si bien al no constar alusión alguna a esta cuestión en la Resolución, parece que la misma no se planteó en el expediente.

En ocasiones, las funciones de administración y gestión del *cash pooling* las realiza una entidad financiera, facturando directamente el precio de sus servicios a las entidades partícipes, lo que indicaría que la entidad líder del *cash pooling* no ejerce actividad alguna.

De otro lado, estas Resoluciones también contribuyen a ayudar a los contribuyentes a la hora de encarar el diseño de los acuerdos de centralización de tesorería, tanto en lo que afecta a su organización y formato, como en lo que se refiere a la determinación de la retribución de las entidades adheridas a los mismos y de la entidad líder y asimismo a percibir por anticipado las posibles debilidades de los acuerdos.

Conviene tener presente que el sistema de financiación recíproco que aportan a los Grupos Multinacionales los Acuerdos de *Cash Pooling* representa una fórmula habitualmente utilizada por los mismos, para atender necesidades de financiación del circulante, debido a las sinergias y beneficios que conlleva para todas las sociedades que componen el perímetro del acuerdo del *cash pooling*, de ahí la importancia de las aportaciones contenidas en las RTEAC citadas que contribuyen a esclarecer la filosofía del acuerdo y la metodología a seguir en la determinación de las retribuciones de todas las partes del acuerdo.

**2.- Operación recogida en los Fundamentos Jurídicos Tercero, Cuarto, Quinto y Sexto.** Operaciones de línea de crédito y de préstamo concedidos por la entidad XR NV a W SA.

Aceptada la determinación del precio de transferencia por el Método del Precio Libre Comparable, lo que se cuestiona son los parámetros utilizados para llegar al mismo: i) el comparable seleccionado, ii) el vencimiento del instrumento financiero seleccionado y iii) el importe de la línea de crédito.

i) *Comparable seleccionado*.- La disyuntiva era elegir un comparable externo o un comparable interno, la Inspección se decanta por el comparable interno basado en



el *Credit Default Swap* (CDS) de la propia entidad prestataria, al considerarle más fiable que los comparables externos, cuyos datos se han tomado de diferentes bases de datos comerciales que pueden tener ciertas limitaciones, debido a que las obligaciones en materia de información varían dependiendo de la forma jurídica de la sociedad y de si sus acciones cotizan o no.

La selección de comparables ha sido y continúa siendo un auténtico quebradero de cabeza para los implicados en esta tarea, debido a que sería necesario estar en disposición de bastantes más datos acerca del comparable seleccionado, que los que aportan las bases de datos habitualmente utilizadas, que por lo general suelen mostrar estos datos en forma comprimida. La ampliación del estudio de los comparables a través de los Estados Financieros de éstos e incluso a través de lo reflejado en sus páginas web, puede mejorar la comparabilidad, aunque no siempre lo hace. Por otro lado, tanto en la elaboración de un análisis de comparabilidad, como en su revisión crítica, es prácticamente imposible no encontrar debilidades, puede decirse que los estudios de comparabilidad, como norma general, siempre son cuestionables, lo que complica extraordinariamente llegar al convencimiento, no ya de que se está en presencia del precio exacto, objetivo por otra parte de muy difícil alcance, sino de que se está ante el precio moderadamente aproximado al normal de mercado, que en definitiva es el camino hacia donde nos conducen las Directrices OCDE.

ii) Plazo del instrumento. - La entidad seleccionó como comparables la cotización de los CDS de varias entidades a 5 años; la Inspección acuerda como plazo del CDS de W SA uno más acorde con las características de la línea de crédito concedida, que si bien había sido concedida por plazo de 5 años, la posibilidad de disposición no excedía de 1 año.

iii) *Importe de la línea de crédito.*- El límite de la línea de crédito ascendía a 3.500 millones de €, la Inspección, del análisis realizado, determinó que dicho límite estaba sobredimensionado, respecto de las necesidades de la entidad prestataria, por lo que propuso la práctica de un ajuste en función de los datos observados: 1) en ningún momento las disposiciones superaron la cifra de 1.650 millones € y 2) durante un año y tres meses no se dispuso de cantidad alguna; precisamente el 6 de junio de 2014 (fecha en que finaliza el periodo de un año y tres meses aludido) se redujo el límite de la línea de crédito a 1.000 millones, lo que hace prueba de que, en efecto, el límite era excesivo. Por lo que se refiere a la base para cuantificar la comisión de no disponibilidad, la Inspección lo hizo sobre 2.650 millones € desde 30 de noviembre de 2011 hasta marzo de 2013 y sobre 1.000 millones € a partir de dicha fecha, aun cuando no se había dispuesto de cantidad alguna.

El TEAC se muestra conforme con todas las modificaciones propuestas por la inspección, respecto de esta operación.

**3.- Operación recogida en los Fundamentos Jurídicos Séptimo, Octavo, Noveno y Décimo.** Préstamo de 4.500 millones de euros concedido por la entidad



XR NV a favor de W SA, el 23-10-2014, con un tipo de interés base o de partida (2,189%) al que se le sumaron una prima de subordinación (0.49%) y otra por tamaño del crédito (0,35%).

En esta operación la reflexión estriba en la bondad de la práctica de ajustes de comparabilidad. Según se desprende de la Resolución, el contribuyente no argumenta la razón de su utilización, esto es que los ajustes propuestos sean oportunos, como tampoco prueba que su práctica realmente mejore la comparabilidad, sumándose a lo anterior la ausencia de rigor en su cuantificación, por lo que finalmente los ajustes por prima de subordinación y por tamaño del crédito terminan rechazándose por la Inspección y por el TEAC.

De nuevo se muestra un tema espinoso en precios de transferencia, las Directrices (2010) en la presentación de los ajustes insisten en que su utilización no es obligatoria, se practicarán según los casos y teniendo en cuenta las pautas recogidas en los Párrafos 3.47 a 3.54 (en los mismos términos y con la misma numeración en las versiones (2017) y (2022)). Los ajustes de comparabilidad se justifican en atención a que el resultado de la muestra seleccionada sea más fiable y esto, en principio, suena bien; en materia de Precios de Transferencia la literatura referida a los ajustes (como a muchas otras materias) resulta bastante convincente, pero a esa literatura finalmente hay que anudarla un número y eso es lo verdaderamente complicado. Es por ello por lo que no es tarea sencilla que los ajustes de comparabilidad pasen la doble prueba: i) que los motivos de su aplicación sean racionales y ii) que el método de cálculo sea apropiado, de ahí que difícilmente prosperen.

Por otra parte se indica que las Directrices (2010) muestran únicamente un ejemplo de ajuste de comparabilidad "*Example of a working Capital Adjustment*", "Ejemplo de ajuste del capital circulante", recogido en el Anexo al Capítulo 3, que se reproduce en idénticos términos en las versiones de las Directrices (2017) y (2022) y dirigido a un escenario muy concreto, como es subsanar las diferencias en los niveles de capital circulante que pueden darse entre la parte objeto de análisis "*tested party*" y una sociedad comparable.

Este ajuste por "*Working Capital*" no podría aplicarse fuera del ámbito señalado, por ejemplo, en el de las operaciones financieras que se están analizando, o en otras diferentes, tales como las relativas a prestaciones de servicios, de ahí que sean las personas que llevan a cabo la elaboración de los estudios de comparabilidad las que, según sus conocimientos y experiencia, perfilen el ajuste en términos conceptuales, considerando de un lado, la propia operación a valorar, las características del sector y de la empresa en concreto, y de otro, la información disponible y las diferentes maneras de interpretarla, con el objetivo de poner cifra a dicho ajuste y en la realización de esta tarea en ocasiones no puede evitarse un sesgo creativo o subjetivo.



En operaciones financieras, se han invocado, además de los ajustes recogidos en la Resolución, prima por subordinación (no necesariamente todos los préstamos entre vinculadas han de calificarse como "subordinados", esta calificación, en el ámbito fiscal, bien si se otorga directamente en el contrato por las partes o si se otorga por la Inspección, debería hacerse en función al tamaño del préstamo respecto de los fondos propios) y prima por tamaño (en este caso la prestamista tenía otra opción disponible para no concentrar los recursos en un único prestatario, como era inyectar financiación vía recursos propios), otros, tales como: plazo, divisa/territorio, solvencia, riesgo país, ventas de la prestataria en divisa distinta a la del préstamo, **opción de rescate sobre instrumento convertible (SAN de 15 de marzo de 2023. Rec 0000903/2019 (R. G. 17398/2019), gestión del crédito, etc.**

**4.- Operación recogida en el Fundamento Jurídico Décimo Primero.** Préstamo de 10.000 € concedido el 1 de diciembre de 2009, por la entidad XR NV a la entidad XZ SL con vencimiento a 3 años y tipo de interés fijo al 3,2%. El 16 de marzo de 2010 se modifican las condiciones del préstamo, elevándose el importe a 18.000 millones € y el tipo de interés a 4,5%. **"En el apartado 17 del contrato se establece que la finalidad de los fondos es "... de W..."**. En 2012 y 2014 se producen amortizaciones parciales del préstamo por 3.000 millones € y por 7.492 millones €.

Se reproducen a continuación los párrafos de la RTEAC que expresan la determinación de los precios de transferencia inicial y modificado, así como los argumentos de la regularización por la Inspección:

*"En la documentación de precios de transferencia, en un primer momento, el préstamo concedido por XR en 2009 se remuneraba a un tipo fijo del 3,2% calculado como Swap de Euribor a tres años incrementado en un margen, determinado por tres elementos: prima de riesgo asociada a X y W (calculada a partir de los CDS Swaps cotizados en el mercado para estas empresas), una prima por tamaño y un margen de cinco p.b.. Posteriormente, al ser modificadas las condiciones de la operación en marzo de 2010, se recalculó la tasa de interés de la deuda, ascendiendo el nuevo tipo de interés al 4,5%. Este tipo es el resultado de adicionar: a) Swap del euribor a 3 años; b) prima de riesgo asociada a X y W calculada a partir de los CDS de estas entidades a 10 años; c) prima por tamaño; d) prima por gestión.*

*La inspección rechaza la deducibilidad de parte del gasto financiero derivado de este préstamo; la regularización practicada por la inspección se fundamenta en que "ante la evolución favorable de los mercados financieros a partir de 2012" una entidad independiente hubiera procedido a la renegociación de las condiciones de financiación. Señala la inspección que "si bien las condiciones originales de la operación son razonables, dada la situación tanto contractual como factual de este préstamo (que se detallan más adelante) la evolución posterior de los tipos de*



*interés y de las condiciones de los mercados financieros, un tercero independiente hubiese cancelado el préstamo obteniendo otro en condiciones más ventajosas en el mercado o bien hubiese renegociado las condiciones originales de dicho préstamo".*

De nuevo en acción el Párrafo 1.34 de las Directrices (2010), una entidad solo entrará en una operación vinculada si no existe en el mercado una mejor opción disponible. En este caso, la había, puesto que los mercados financieros evolucionaban en sentido favorable con bajada de tipos de interés, por lo cual cabía perfectamente la posibilidad de negociar un préstamo con un tipo de interés más atractivo y acorde con los tipos de interés del momento.

Conocida la propuesta de la Inspección de renegociar o cancelar el préstamo, el contribuyente considera, en ese caso, la percepción de una comisión por cancelación anticipada.

La Inspección no se muestra conforme con esta posición, al entender que del contrato inicial se deducía una situación de equilibrio para prestamista y prestatario, pues *"el prestamista podría beneficiarse de situaciones de alza de interés en los mercados, mientras que el prestatario podría beneficiarse de situaciones de bajadas de tipos de interés en el mercado"*, según las cláusulas del contrato que se reproducen a continuación, cláusulas que se mantuvieron inalteradas en la renegociación del contrato:

*"La cláusula 18) de Cambio de Términos y Condiciones establece: "en cualquier momento el prestamista a fin de reflejar los cambios materiales en las condiciones de mercado, puede efectuar dichos cambios. El prestatario (XZ) se reserva el derecho a amortizar el préstamo en caso de no aceptar dichas condiciones".*

*Asimismo, contiene la cláusula 24 de Prepago, conforme a la que, en cada fecha de pago de intereses, el prestatario puede anticipadamente pagar parcial o en su totalidad el principal y el interés debido no cargado, notificándolo por escrito con 30 días de antelación".*

Conforme a la cláusula 24, las cinco amortizaciones parciales realizadas por el prestatario entre 2012 y 2017 no se habían penalizado.

La Inspección entiende que de aceptarse la comisión aludida se rompería la posición de equilibrio entre prestamista y prestatario, en beneficio del prestamista.

Esta operación evidencia la necesidad de que las operaciones vinculadas estén centradas en el marco del mercado del momento. Cualquier tercero independiente en una situación similar a la descrita habría negociado cláusulas de protección frente a la evolución de los mercados, a modo de ventanas que le permitieran salir del contrato con el menor coste posible en situaciones adversas, buscando opciones de financiación más atractivas y baratas en beneficio de su empresa. Desde el lado del prestamista, también es habitual blindarse ante bajadas de tipos de interés con penalizaciones por amortización anticipada.



El TEAC resuelve:

*"Por tanto, no se observa la falta de rigor técnico a la que alude la reclamante ni que se haya causado indefensión alguna a la entidad que, por otra parte, ha alegado cuanto ha considerado conveniente y sin que las alegaciones efectuadas hayan desvirtuado el exhaustivo análisis contenido en el acuerdo de liquidación".*

**5.- Operación recogida en los Fundamentos Jurídicos Décimo Catorce, Décimo Quince y Décimo Dieciséis.** Se analiza el perfil funcional de la sociedad TW BV (participada al 100% por la entidad W SA), a los efectos de determinar la retribución que le corresponde por su intervención puente en las operaciones de obtención de fondos con origen en operaciones realizadas en el mercado y con su filial WKK LLC (participación 100%) para su canalización hacia las sociedades W SA y WY SA.

Nos encontramos ante otro de los criterios fundamentales recogidos en las Directrices: Solo cuando se ha catalogado a la sociedad según el análisis funcional realizado, se puede seleccionar el Método de Precios y el Indicador de Beneficios más apropiados al caso.

De la comparación de la trilogía de funciones realizadas, activos utilizados y riesgos asumidos de esta sociedad, analizados minuciosamente, según consta en la RTEAC, con la correspondiente a entidades financieras, se concluye, por la Inspección, que la calificación funcional que corresponde a TW BV es la propia de un "prestador de servicios administrativos":

*"Por ello, la inspección concluye que la entidad **TW BV** "debe ser caracterizada esencialmente como prestadora de servicios de tipo administrativo" puesto que "no realiza funciones significativas en relación con la creación u "originación" de los préstamos, ni de activo, ni de pasivo, siendo estas funciones realizadas por **W** o por los intermediarios financieros. Las funciones que se le atribuyen en relación con su gestión y administración son de carácter rutinario o de apoyo (revisión de contratos, la llevanza de contabilidad, la cumplimentación de formalidades contractuales, el control de los plazos de cobro y pago de intereses, la ejecución de dichos pagos, proporcionar periódicamente información o rellenar declaraciones fiscales)"*

En base a esta caracterización, se rechaza la retribución de la entidad TW BV propuesta por el contribuyente, basada en el margen de interés, esto es, la propia de entidades financieras, determinándose la retribución por aplicación del Método del Margen Neto del Conjunto de Operaciones, utilizando como Indicador de Beneficios los Costes Totales

La Inspección elabora un estudio de comparabilidad, del que se da cuenta en la Resolución:

*"El resultado del estudio de comparables referido a entidades clasificadas en códigos de "actividades auxiliares a los servicios financieros" da un total de 9*



entidades cuyo rango en los ejercicios 2011 a 2014 se sitúa entre el 2,12% y el 24,71% con una mediana del 13,37%. **La inspección fija la política de precios de transferencia en un margen neto del 9,45%** sobre los gastos de explotación que corresponde al primer cuartil.

El rango del análisis de comparabilidad es:

Mínimo: 2,12

Primer cuartil: 9,45

Mediana: 13,37

Tercer cuartil: 22,95

Máximo: 24,71

La inspección tras destacar que de acuerdo con lo dispuesto en el párrafo 3.62 de las Directrices de la OCDE, cualquier punto del rango intercuartilico satisface el principio de plena competencia, justifica la aplicación del primer cuartil en la fiabilidad de los datos obtenido del análisis efectuado y en que la entidad vinculada realiza menos funciones que todos los comparables”.

La reacción de la empresa ante la posición de la Inspección de situar el margen neto en el primer cuartil es la siguiente:

“La reclamante señala que la inspección ha seleccionado de manera injustificada la banda inferior del rango intercuartilico (el primer intercuartil) en lugar de posicionarse en la mediana del rango de valores; considera que lo apropiado hubiera sido posicionarse en la mediana porque dice uno de los defectos de comparabilidad que puede predicarse del análisis de comparabilidad es que los comparables identificados “no realizan en su plenitud las mismas funciones ni actividades desempeñadas por la entidad **TW BV**, más aún si se tiene en cuenta que su representada y la inspección no coinciden en la caracterización funcional de esta entidad”.

El pronunciamiento del TEAC es como sigue:

1.- Perfil Funcional de TW BV.- “A la vista de los datos descritos y coincidiendo con lo razonado por la inspección cabe concluir que **TW BV** debe ser caracterizada como prestadora de servicios administrativos pues tal y como se expone en el Acuerdo de Liquidación en el ejercicio de sus funciones (desarrolla funciones muy similares a las que desarrolla el resto de empresas comparables al por mayor incluidas en la muestra de comparables), en la utilización de los activos y en la asunción de riesgos se corresponden con las de un prestador de servicios administrativos.”

2.- Procedencia de computar el rango correspondiente al primer cuartil en vez de utilizar la mediana.- “Por tanto, en contra de lo manifestado por la entidad la inspección sí ha justificado la aplicación del primer cuartil. Por otro lado, la entidad



*no ha justificado la existencia de defectos en la comparabilidad y además no ha cuestionado las entidades seleccionadas como comparables por la inspección."*

Pues bien, aquí tenemos nuevamente otro de los conflictos que se dan en la determinación de precios de transferencia, como es la localización del punto del rango más apropiado para alcanzar el precio de plena competencia. El Párrafo 3.62 de las Directrices (2010) se refiere a esta cuestión:

*"Para determinar este punto, cuando el rango comprende resultados muy fiables y relativamente iguales, puede argumentarse que cualquiera de ellos satisface el principio de plena competencia. Cuando persistan algunos defectos en la comparabilidad, como se vio en el párrafo 3.57, podría ser conveniente utilizar medidas de tendencia central que permitan determinar este punto (por ejemplo, la mediana, la media o la media ponderada, dependiendo de las características específicas de los datos) a fin de minimizar el riesgo de error provocado por defectos en la comparabilidad que persistan pero que no se conocen o no pueden cuantificarse."*

Mismos Párrafos y números en las versiones de las Directrices (2017) y (2022).

Varios son los comentarios que suscita esta cuestión:

- i) ¿Es el rango situado entre 9,45% y 22,95% un rango que "comprende resultados muy fiables y relativamente iguales"?, condición que se exige para que "puede argumentarse que cualquiera de ellos satisface el principio de plena competencia". Sobre este particular, seguramente caben opiniones muy diversas, pero lo cierto es que con esta horquilla la diferencia entre aplicar el punto inferior o el superior del rango, llevaría a más que duplicar la retribución de la entidad prestadora del servicio, así pues no es lo mismo la comparación cualitativa de "cualquier punto del rango intercuartílico" que si se cumplen las previsiones del Párrafo 3.62 *"puede argumentarse que cualquiera de ellos satisface el principio de plena competencia"*, que su comparación cuantitativa, que puede llevar a resultados dispersos. Se supone que el punto del rango no se ve de la misma forma, dependiendo de la parte que lo analice: Contribuyente y Estado que se anotan el gasto o Contribuyente y Estado que se anotan el ingreso. Un rango de valores muy amplio puede ser indicativo de defectos de comparabilidad en los valores que conforman dicho rango y por ello se aconseja analizar en profundidad los comparables seleccionados.

Por otra parte, en ocasiones, es la base sobre la que ha de aplicarse el tipo o margen en cuestión, la que empuja a discutir dicho punto. De hecho, en escenarios de endeudamiento, un ajuste de 0,10% sobre el tipo de interés a aplicar a un préstamo de 8.000 millones € puede resultar de importancia para las partes afectadas, contribuyentes y Estados y sin embargo el porcentaje 0,10%, en términos absolutos, es irrelevante.



- ii) Como se observa, la Inspección ha argumentado el porqué de situarse en el cuartil inferior, se ha producido un defecto de comparabilidad, *“la entidad testada realiza menos funciones que las entidades comparables”* y cuantifica el ajuste en el diferencial entre la mediana y el cuartil inferior, pero ¿realmente esas menores funciones justifican el diferencial aplicado? Por el contrario, siguiendo la RTEAC, la demandante no ha justificado defecto alguno, en principio, discrepa de la Inspección respecto de su consideración del perfil funcional de la entidad, sin embargo defiende la mediana de un set de comparables que realizan funciones administrativas en mayor o menor grado, funciones muy diferentes a las de un intermediario financiero. Desde cualquier ángulo que se mire, en un escenario como éste, resulta tarea ardua situarse en el punto del rango adecuado, aun cuando se constate, como parece ser el caso, que la entidad cuestionada realiza menor número de funciones que los comparables.

El TEAC ha concluido el debate, al estimar que el defecto se conoce y se puede cuantificar. La opinión del contribuyente parece ser la de que se conoce el defecto, pero no puede dimensionarse.

En fin, solo quería poner de manifiesto los problemas prácticos que implica la determinación del precio de transferencia, aun cuando se tengan los conceptos medianamente claros, lo que no siempre es posible. En todo momento cabe discutir sobre la debilidad de los estudios de comparabilidad, que cada parte argumentará de manera convincente, cómo de la necesidad o no de aplicar ajustes de comparabilidad, o de cómo han de valorarse esos ajustes, o cómo de cuál es el punto exacto del rango de valores que debe tomarse para hallar el precio de la operación vinculada, o cómo debería ser de amplia o reducida la horquilla del rango de valores para que cualquier punto del mismo pueda considerarse que satisface el “principio de plena competencia”. En este punto, la opinión generalizada es que el rango ha de ser adecuado, proporcionado, razonable y yo añadiría que también debe ser estrecho, pero no existe regla concreta para realizar esta “peculiar prueba del nueve” a los estudios de comparabilidad. Otro asunto merecedor de reflexión es la parte del Párrafo 3.62 de las Directrices en la que se alude a *“defectos en la comparabilidad que persistan pero que no se conocen ...”*, del que parece desprenderse que habrá de explicarse porque se supone que hay defectos en la comparabilidad, aunque no se puedan identificar; otras lecturas también pueden ser posibles.

Abundando en el tema, se trae a colación la RTEAC de 23 de enero de 2023, RG. 7503/2020), en ella el TEAC se refiere a la utilización de la mediana en los siguientes términos: *“el criterio determinante para acudir a la mediana...es la persistencia de defectos de comparabilidad”*, así pues *“debe motivarse el defecto, o defectos, de comparabilidad, que se aprecie que persisten y que hacen que el*



*rango no comprenda resultados muy fiables y relativamente iguales (ex regla 3.62 OCDE), de forma que puedan ser revisados por las distintas instancias juzgadoras de su adecuación”, indicando que “los posibles defectos de comparabilidad deben ser analizados y ponderados en función de las circunstancias concurrentes en cada estudio de comparabilidad”, la Resolución viene a reproducir la Jurisprudencia sentada en las Sentencias de la Audiencia Nacional de 6 de marzo de 2019 (Rec. 353/2015), de 4 de febrero de 2021 (Rec. 658/2017) y de 19 de noviembre de 2022 (Rec. 103/2019). Jurisprudencia que, en cierta forma se separa del contenido de la Nota de la AEAT de febrero de 2021, que refleja que “la utilización de una base de datos ya justifica per se la existencia de defectos en la comparabilidad y de límites al acceso a la información (Párrafo 3.62 Directrices)”.*

A modo de resumen de lo expuesto, el ajuste a la mediana no es automático, la Administración, en su caso, debe seguir los criterios manifestados en las SAN y en la RTEAC señaladas, razonando los defectos observados y su permanencia en el tiempo.

Todas estas discusiones no solo tienen lugar en la esfera de los procedimientos entre Contribuyente/Administración, también se producen en la esfera de los procedimientos Amistosos (MAP) que tienen lugar entre Administración / Administración.

**6.- Operación recogida en los Fundamentos Décimo Octavo y Décimo Noveno.** Relativa a las operaciones de préstamo y depósito realizadas por XZ SL y W SA (ambas residentes en España) con la sociedad no residente XR, relacionadas con la compra intragrupo de acciones de GH.

Dicha compra intragrupo, celebrada el 23 octubre de 2014, se articula a través de la siguiente estructura:

1.- La sociedad W SA vende acciones emitidas por GH a XZ SL, la venta se financia vía préstamo a 5 días concedido por la entidad XR, cuyo tipo de interés se pactó en (Euribor + 0,7%).

2.- En la misma fecha de compra, W SA acuerda el pago de un dividendo extraordinario por un importe igual al precio de venta de las acciones (8.253 millones €) a pagar el 29 de octubre de 2014. Previamente la sociedad había acordado la distribución de un dividendo a cuenta por importe de 6.352,5 millones, a pagar también el 29 de octubre de 2014. Asimismo, en el acta del Consejo de Administración de W SA se acuerda utilizar los fondos que se reciban por la venta de las acciones para el pago del dividendo.

3.- Por su parte, XZ SL aplicaría el dividendo recibido a cancelar el préstamo solicitado a XR.

4.- W SA a su vez concertó un depósito a 5 días con XR, tipo de interés (0,04% anual).



Se reproducen a continuación determinados párrafos de la Resolución que permiten una mejor comprensión de la cuestión debatida:

### **Fundamento Décimo Octavo.**

Encabezamiento.

*"La inspección considera que la concesión de un préstamo por la sociedad residente en ... (XR) a XZ SL para la adquisición de las acciones de GH, contemplándola globalmente y desde un punto de vista de su adopción por una empresa independiente carece de racionalidad; considera que no habría sido adoptada por una empresa independiente por lo que concluye que no se realizó en condiciones normales de plena competencia difiriendo de las normales de mercado entre partes independientes. Por ello y en aplicación del artículo 9 del Convenio Hispano Holandés para evitar la doble imposición no admite la deducibilidad de los gastos financieros del citado préstamo minorados en los ingresos del depósito".*

4)

...

*"En consecuencia, **XZ, S.L.** financió contablemente la compra mediante una operación bancaria intradía (los fondos salen y entran de las cuentas bancarias mediante apuntes contables realizados de forma simultánea) que refleja:*

- Un préstamo a cinco días obtenido por **XZ S.L.** de la entidad ... **XR**, por un importe equivalente al precio de adquisición de **GH**.*
- Un pago de **XZ, S.L.** a **W, S.A.** del importe del precio.*
- La contratación de un depósito a cinco días, por parte de **W, S.A.**, en la entidad ... **XR**, por un importe igual al de la venta de GH.*

*5) **W, S.A.** realizó el pago del total dividendo el 29 de octubre con abono a cuentas mantenidas con entidades financieras, y con salida efectiva de tesorería sólo en la parte correspondiente a los socios minoritarios. Por la parte que corresponde a **XZ, S.L.** se aplicó al pago el importe del depósito concertado con la sociedad ... **XR**, que se recupera contablemente (8.253 millones de euros), y el resto se financió con nuevos préstamos, concedidos igualmente por **XR**.*

*Por su parte, **XZ, S.L.**, con el registro contable del dividendo canceló el préstamo a corto plazo, concertado con la entidad ... **XR** para financiar la compra de **GH** por importe de 8.253 millones de euros, y con el resto canceló el préstamo obtenido de la misma sociedad ... en 2009 para hacer frente a la adquisición de **W**.*

*En consecuencia, el pago del dividendo, el depósito y el préstamo a corto plazo se anulan mediante una operación intradía en cuentas de entidades financieras por importe de 8.253 millones de euros, en sentido inverso a la de financiación del precio de venta, es decir:*



- Devolución a **W, S.A.** del depósito por la filial ... del grupo.
- Pago por parte de **W, S.A.** del dividendo a **XZ, S.L.**
- Devolución por parte de **XZ, S.L.** del préstamo a la entidad ...”

...

### **Fundamento Decimo Noveno.**

...

*Destaca la inspección que en este caso se produce una operación consistente en un préstamo de la entidad ... **(XR)** a **XZ**, con el que se paga a **W** la compra de las acciones en sus filiales y cuyo importe **W** deposita nuevamente en la entidad ... **(XR)**. Al mismo tiempo, se acuerda un reparto de dividendo por **W** cuyo beneficiario será el nuevo adquirente de las participaciones, **XZ**. Para dicho pago **W** recupera los fondos del depósito en la entidad ... para satisfacer el pago a **XZ** con el que, a su vez, ésta cancelará el préstamo que le concedió la propia entidad ... para la adquisición de las participaciones de las filiales de **W**. Se produce, por tanto, una operación triangular en dos sentidos opuestos, con la particularidad de que no se produce movimiento de fondos sino apuntes contables en sentido contrario, y que todas las operaciones se acuerdan en un mismo momento, aunque la ejecución se produce con un desfase inferior a siete días.*

*Ni en el momento de concertación de los contratos, ni en el momento de su extinción hubo movimiento efectivo de tesorería. Tampoco hubo ninguna alteración en la tesorería del Grupo multinacional. **Aunque las operaciones generaron únicamente movimientos contables de tipo circular, la intervención de una sociedad del Grupo multinacional no residente en la operación generó un gasto financiero en el Grupo fiscal español, que se ha considerado como deducible en la declaración del Impuesto sobre Sociedades en España, sin producir ningún otro efecto económico añadido.** La diferencia de los tipos de interés aplicados al préstamo y al depósito supone, así, la integración en la base imponible del Grupo fiscal en España, minorando ésta, por un importe neto de 883.071,67 euros”.*

Como se puede deducir de lo anterior, tanto la Inspección como el TEAC han desconocido las sucesivas operaciones realizadas en cadena, en el breve plazo de tiempo de 5 días, al considerar que las mismas en ningún caso se habrían dado entre partes independientes, ello en base a la falta de racionalidad de éstas, así como al hecho de que las operaciones no motivaron transferencia de efectivo entre las sociedades implicadas, sino meros apuntes contables de tipo circular. De otro lado, tampoco las operaciones produjeron modificaciones en la tesorería del grupo multinacional, sin embargo, el resultado global determinó un gasto financiero en España sin la contrapartida de un efecto económico añadido.

Los Párrafos 1.65 y 1.66 del Apartado D.2 del Capítulo 1 de las Directrices OCDE (2010), “Aceptación de las operaciones realmente efectuadas”, se hacen eco de



supuestos de esta naturaleza, que de modo excepcional pueden tenerse por no realizados.

*Párrafo 1.65.- "Sin embargo hay dos circunstancias particulares en las que excepcionalmente, puede resultar apropiado y legítimo que la administración tributaria ignore la estructura planteada por el contribuyente para la realización de la operación vinculada. La primera circunstancia surge cuando la sustancia económica de la operación difiere de su forma- En tal caso, las administraciones tributarias pueden ignorar la calificación que las partes hayan otorgado a la operación y recalificarla de acuerdo con su sustancia.*

*... La segunda circunstancia surge cuando coincidiendo la forma y el fondo de la operación, los acuerdos relativos a la misma valorados globalmente, difieren de los que habrían suscrito empresas independientes que actuarán de modo racional desde un punto de vista comercial, y su estructura real impide en la práctica que la administración tributaria determine el precio de transferencia apropiado".*

*Párrafo 1.66.- "En ambos conjuntos de circunstancias, el carácter de la operación puede provenir de las relaciones entre las partes, más que de las condiciones comerciales y habituales, y puede haber sido estructurado por el contribuyente para eludir o minimizar impuestos. En tales casos, todas las cláusulas serían el resultado de una condición a la que no se habría llegado si las partes hubieran negociado en condiciones de plena competencia".*

Párrafos 1.119 a 1.125 y 1.139/1.145, mismos Apartado y Capítulo, en las versiones de las Directrices OCDE (2017) y (2022), respectivamente.

Del contenido de estos Párrafos se deduce la importancia de delimitar exactamente la transacción vinculada, de manera que solo después de haber precisado la misma, se proceda a entrar en la determinación del precio de transferencia.

Asimismo, se reconoce que el hecho de que una operación vinculada no se realice entre partes independientes, no hace prueba de que no se den en la misma condiciones de libre competencia. Eso sí, en este caso, debería ponerse precio a la operación, aunque esta tarea estaría, sin duda, sembrada de dificultades.

Párrafo 1.69 Directrices (2010):

...

*"El hecho de que las empresas independientes no estructuren sus operaciones de una determinada manera puede ser una razón para examinar de cerca la lógica económica de una estructura determinada, pero no debería ser concluyente"*

...

Párrafos 1123 y 1.143 mismos Apartado y Capítulo, en las versiones de las Directrices OCDE (2017) y (2022), respectivamente:



...

*"Debe recordarse una vez más que el mero hecho de que la operación no pueda observarse entre partes independientes no significa que carezca de las características de un acuerdo de plena competencia".*

Volviendo a la operación que se comenta, también se somete a debate la cuestión de si es posible que la Inspección base su regularización en el artículo 9 del Convenio entre España y ... de 16 junio de 1971, para evitar la doble imposición en materia de impuestos sobre la renta y sobre el patrimonio, sin acudir a las normas contenidas en la legislación interna, artículo 16 del RDLeg 4/2004.

Se recuerda que el desconocimiento de una operación vinculada con la cobertura del artículo 9 del Convenio ya se había analizado por la Inspección, con Sentencia favorable del Tribunal Supremo de 18 de julio de 2012, recurso 3779/2009, (caso Bicc). En su FJ Tercero se reproduce, tomado a su vez de la Sentencia de instancia:

FJ Cuarto

...

*"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 21 de octubre de 1975) y entre España y los Estados Unidos de Norteamérica (de 22 de febrero de 1990), ambos encaminados a <<evitar la doble imposición y prevenir la elusión 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 cuanto no es suficiente que tal precepto reconozca a los Estados la potestad de regularizar los efectos de una operación cuando la misma presente unas condiciones que se aparten de las del mercado, sino que resulta además imprescindible que la Administración se fundamente en las previsiones de su normativa interna para justificar los motivos por los que efectúa la regularización y el método seguido para realizarla. Dicho en otros términos, y por lo que hace a la legislación española, la Administración sólo podía aplicar el artículo 9 citado acudiendo a uno de estos tres expedientes: o el de la simulación (artículo 25 de la Ley General Tributaria ), o el del fraude de ley (artículo 24 de dicho texto legal ) o el procedimiento de valoración recogido en el artículo 16 de la Ley del Impuesto.*

....

*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 sin perjuicio de lo dispuesto en los Tratados y Convenios Internacionales que hayan pasado a formar parte del ordenamiento interno>*

...

*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”.*

FJ Quinto

*“En definitiva, la Sala entiende que la forma en que se ha efectuado la adquisición de las acciones de la compañía norteamericana, la financiación de la misma, la retribución pactada y la posterior transmisión de los títulos a la entidad vinculada pone de manifiesto, más allá de toda duda razonable, que la citada operación fue impuesta a la demandante por la matriz del grupo, que la actora no obtuvo beneficio alguno -al contrario de lo sucedido con la titular de las acciones adquiridas-, y que se vulneró el principio de libre concurrencia en los términos acordados por las resoluciones recurridas”.*

A su vez, la STS razona en su FJ Quinto en los términos siguientes:

...

*“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”.*

Y asimismo en el FJ Sexto:

*“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”.*

A mayor abundamiento, la propia RTEAC comentada trae a colación la STS de 5 de noviembre de 2020, recurso de casación 3000/2018, (caso Sara Lee), expediente referido a la importación de pérdidas a España únicamente con finalidad fiscal, que se pronuncia al respecto como sigue:

Fundamento Jurídico Octavo.

“La cuestión que presentaba interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia consistía en:

*“Determinar si resulta posible o no regularizar operaciones entre empresas españolas y francesas, aplicando directamente el artículo 9.1 del Convenio entre España y Francia a fin de evitar la doble imposición y de prevenir la evasión y el fraude fiscal en materia de impuestos sobre la renta y sobre el patrimonio, firmado en Madrid el 10 de octubre de 1995, sin necesidad de acudir a los métodos previstos para determinar el valor de mercado en las operaciones vinculadas y al procedimiento establecido a tal efecto en la regulación interna”.*

...

Fundamento Jurídico Decimo. Apartado V.

...

*“Lo que antecede pone de manifiesto que la aplicación de ese artículo 9.1 CDI deberá ir acompañada de la aplicación de normas internas; y éstas podrán estar constituidas por el artículo 16 del TR/LISOC o por otras normas internas distintas, por las razones que seguidamente se expresan.*

*Así, habrá de aplicarse el artículo 10 del TR/LISOC cuando, sin cuestionarse ya la justificación de las operaciones concertadas entre entidades o personas que merezcan la consideración de “empresas asociadas”, lo único que sea materia de controversia sea la cuantificación o el valor, en términos de mercado, del objeto o precio de esas operaciones.*

*Pero habrán de aplicarse otras normas internas cuando lo discutido respecto de esas operaciones no sea la cuantía de su objeto sino la justificación del negocio jurídico que las materialice, por exteriorizar este un único propósito de elusión fiscal y no estar justificado con circunstancias o hechos que revelen su lógica jurídica o económica. Y estas normas, como en su oposición a la casación viene a sostener el Abogado del Estado, podrán estar encarnadas por aquellas que regulan las potestades reconocidas por la LGT 2003 a la Administración en orden a lograr una recta aplicación de las normas tributarias, como son las relativas a la calificación, el conflicto en la aplicación en la norma tributaria y la simulación (artículos 13, 15 y 16, de ese texto legal)”.*

...



Declarando finalmente en el Fundamento Jurídico Décimo. Apartado VI, lo siguiente:

*"Que la regularización de operaciones entre empresas españolas y francesas, mediante la aplicación del artículo 9.1 del Convenio entre el Reino de España y la República Francesa a fin de evitar la doble imposición y de prevenir la evasión y el fraude fiscal en materia impuestos sobre la renta y sobre el patrimonio, de 10 de octubre de 1995, puede efectuarse sin necesidad de acudir a los métodos previstos para determinar el valor de mercado en las operaciones vinculadas y al procedimiento establecido a tal efecto en la regulación interna".*

Pues bien, este es el caso, una vez que al amparo del artículo 9 del Convenio se concluye que la operación nunca se realizaría entre independientes, carece de fundamento la intervención del artículo 16 del TRLIS, norma de valoración de las operaciones vinculadas cuando tuvieron lugar los hechos. Cabe destacar que la aplicación del artículo 16 al estudio en sí de la operación vinculada ha sido cuestión ampliamente reñida, al menos hasta la entrada en vigor de la Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del Impuesto sobre Sociedades, cuyo artículo 18.10 prevé que: *"La Administración tributaria podrá comprobar las operaciones realizadas entre personas o entidades vinculadas y efectuará, en su caso, las correcciones que procedan..."*, texto que se viene interpretando en el sentido de que dicha norma no es solamente una norma de valoración, sino que va más allá, pues se refiere en primer lugar, a analizar la operación, situándola en el contexto debido, y en segundo lugar, si procede, a corregir la valoración pactada.

La no consideración de la operación, vigentes tanto el artículo 16 del TRLIS, como el artículo 18 de la Ley 27/2014, también podría realizarse al amparo de la norma antiabuso general contenida en el artículo 15 de la LGT "Conflicto en la aplicación de la norma tributaria", como se infiere de las STSs de 18 de julio de 2012 y de 5 de noviembre de 2020, anteriormente citadas y como de hecho se ha venido haciendo en diversos casos (ver SAN de 22 de abril de 2019).

Esto es, en supuestos como el que concurre en este expediente, la regularización de los hechos realizados podría haberse argumentado bien bajo la cobertura del artículo 9 de los Convenios, o bajo la del artículo 15 de la LGT. Sin embargo, no cabe duda de que, si la aplicación del artículo 9 de los Convenios se remata con la aplicación del artículo 15 de la Ley 58/2003, la regularización resulta mucho más potente, sin que a la misma se le puedan oponer críticas en el sentido de haber utilizado o no la norma de cobertura ad hoc. Claro está, que para que la Administración pueda declarar el conflicto en la aplicación de la norma tributaria es requisito necesario el previo informe favorable de la Comisión consultiva a que se refiere el artículo 159 de la LGT, y esto, en ocasiones, complica el procedimiento de inspección.



Respecto de esta operación, el TEAC manifiesta: *“Conforme lo expuesto se confirma la regularización efectuada por la inspección desestimándose las alegaciones de la reclamante”*.

Finalmente y por lo que hace al conjunto de las operaciones reflejadas en el expediente, el TEAC concluye:

*“El TEAC desestima reclamación económico-administrativa, confirmando el acto impugnado, relativo a liquidación por IS, régimen de declaración consolidada, ejercicios 2011 a 2014”*.

**IV. Finalización del expediente.-** Las diferentes operaciones analizadas y resueltas en esta RTEAC nos llevan a plantear la cuestión relativa a la finalización del expediente.

Puesto que la RTEAC es una Resolución administrativa, el obligado tributario mantiene abierta la vía judicial doméstica, cuyo pronunciamiento no tiene que corroborar necesariamente el derivado de la RTEAC, y por supuesto la vía del “Procedimiento Amistoso”, *Mutual Agreement Procedure* (MAP) (todas las operaciones se realizan entre entidades residentes y no residentes), ya sea bajo la cobertura del Convenio Europeo de Arbitraje para la corrección de beneficios entre empresas asociadas, Convenio 90/436/CEE, de 23 de julio (las iniciales con las que se han identificado las formas jurídicas de las entidades no residentes llevan a pensar que puede aplicarse), o bajo la cobertura del artículo correspondiente del Convenio para evitar la doble imposición entre España y el Estado de residencia de las diferentes entidades del grupo involucradas en las diversas operaciones financieras (artículo 25 del Modelo Convenio OCDE), lo que significa que con esta Resolución, aun en el supuesto de que el obligado tributario estuviese conforme con ella, que es de suponer que no será así, no se puede dar por terminado el expediente.

Hay que tener en cuenta que es muy posible que a resultas de la regularización practicada se haya producido doble imposición en sede de las entidades no residentes, la cual, en virtud de uno de los principios fundamentales de la Fiscalidad Internacional, ha de eliminarse. De ahí que sea razonable aventurar que el cierre definitivo del expediente vendrá del acuerdo alcanzado por las Administraciones tributarias de los dos Estados concernidos, en base a la solicitud de inicio de MAP por parte de las entidades afectadas, para eliminar la doble imposición, aunque no necesariamente tiene que suceder de esta manera en este supuesto concreto, esto es, es posible seguir la vía judicial ante la Audiencia Nacional y renunciar al inicio de MAP.

Ahora bien, de decidirse por la opción del MAP, es más que probable que vuelvan a plantearse y a discutirse las mismas cuestiones que se han discutido entre la Inspección y el contribuyente, y que el TEAC ha zanjado en los términos expuestos, pero ahora el campo de juego es otro, el debate se traslada al ámbito de las dos Administraciones tributarias, y su objetivo no es otro que garantizar al



contribuyente la eliminación de la doble imposición, en el menor tiempo posible y con el menor coste posible, así cómo, a la par, proteger los respectivos ingresos tributarios de las dos Administraciones.

Puesto que el contribuyente dispone de dos vías de acceso al MAP, se estima oportuno señalar que el hecho de acudir a una u otra vía -Convenio Europeo de Arbitraje o artículo 25 del Convenio- para iniciar el MAP no es baladí. Si el MAP se inicia bajo el paraguas del Convenio Europeo de Arbitraje, los dos Estados afectados disponen de un periodo de tiempo concreto para alcanzar el acuerdo que ponga término a la doble imposición, transcurrido este plazo sin que los Estados lleguen al acuerdo, se constituye una comisión consultiva que emite un dictamen que será obligatorio para ambos Estados, salvo que acuerden algo distinto en un plazo determinado. El panorama se presenta diferente cuando el MAP se inicia según la norma prevista en los Convenios para evitar la Doble Imposición, habida cuenta que en estos casos no existe la obligación de resolver y, en consecuencia, no hay plazo temporal concreto para resolver, el Convenio no obliga a los Estados a llegar a un resultado, sino a la voluntad de alcanzarlo; no obstante, los Estados, cuyos Convenios dispongan de apartado 5 (Arbitraje) en el artículo referente a los MAP, han de alcanzar un acuerdo para eliminar la doble imposición, precisamente por el mandato contenido en la cláusula de Arbitraje.

**V. Derecho Comparado.** - Se señala que existen otras maneras de ver Precios de Transferencia en operaciones financieras vinculadas, más concretamente en operaciones de préstamo, como es el caso de Suiza, que traemos a este apartado.

Este Estado recoge en su normativa de precios de transferencia una norma de "Puerto Seguro", relativa a los tipos de interés a aplicar en operaciones de préstamo entre entidades vinculadas, estableciendo reglas para tipos mínimos y para tipos máximos.

Para la determinación de los tipos de interés mínimos se tienen en cuenta:

- Denominación del préstamo: francos suizos y divisas extranjeras: euros, dólares estadounidenses o libras esterlinas
- Financiación de los préstamos: Diferenciando si los préstamos se financian con fondos propios o con deuda externa.

En cuanto a los tipos máximos, los límites giran en torno a:

- Importe de la financiación obtenida.
- Diferencial que se aplica en función de la actividad de la entidad prestataria, con independencia de la denominación del préstamo.

Una vez fijados los tipos de interés, se actualizan anualmente a través de Circulares, la correspondiente a la actualización para 2023 se publicó los días 7 y 8 de febrero, implicando dicha actualización un aumento relevante respecto de los tipos de interés "Puerto Seguro" del año 2022.



En la medida en que los tipos de interés de préstamos pactados por las entidades vinculadas se ciñan a la norma de "Puerto Seguro", la Administración no cuestionará los mismos. De otro lado, nada impide a los contribuyentes aplicar otros tipos de interés a sus operaciones vinculadas de endeudamiento, si bien en este caso habrá de respetarse el principio de plena competencia y justificar razonadamente la valoración dada.

Sin embargo, esta forma de apuntar a las operaciones financieras entre partes vinculadas, no parece que conduzca a un ahorro de recursos, pues las entidades habrán de contrastar que opción es más conveniente a sus intereses: si determinar el tipo de interés conforme al "Puerto Seguro" o realizar el estudio pertinente en orden a acercarse lo más posible al precio de mercado. Por otro lado, la norma de "Puerto Seguro" convive con la norma de "Limitación de gastos financieros", por lo que debe darse a cada una su espacio.

Tampoco puede asegurarse que con esta norma no se produzcan litigios, sobre todo en lo que atañe a "operaciones vinculadas transfronterizas", habida cuenta que la norma interna no obliga a otros Estados, de manera que, en la medida en que el tipo del "Puerto Seguro" no lleve al Estado en el que se apunta el ingreso a un ingreso inferior al que hubiera resultado de aplicar un precio alineado al mercado, es de suponer que no se plantearan litigios con Suiza, pero éstos pueden darse cuando suceda lo contrario.

Finalmente, señalar que la norma afecta a préstamos, pero al margen de los préstamos pueden existir otras operaciones financieras vinculadas, tales como acuerdos de centralización de tesorería, coberturas o garantías financieras, etc que al no estar cubiertas por la misma pueden indudablemente originar conflictos de precios, tanto a nivel interno, como internacional.

#### REFLEXIONES FINALES.

Las conclusiones vertidas en la RTEAC ponen de manifiesto las discrepancias que pueden darse entre las partes, tanto en la delimitación precisa de las operaciones vinculadas, como en la determinación de los precios de transferencia anudadas a las mismas.

Por lo que a delimitación y aceptación de operaciones se refiere, se destacan el delineamiento de operaciones de cuenta corriente como Acuerdo de *cash pooling* (FJ 12 y 13), así como el desconocimiento del conjunto de operaciones de compra de acciones, préstamo y depósito (FJ 18 y 19), al entender que las mismas analizadas desde una perspectiva global carecían de racionalidad económica, más allá de generar un gasto fiscal en España, la obligación antes de realizar una operación vinculada de ponderar otras opciones disponibles por si acaso fueran más favorable que la operación vinculada (FJ 11) y ya en otro orden, la delimitación del perfil funcional de una sociedad prestadora de servicios (FJ 14, 15, 16 y 17). Precisar correctamente las operaciones, los motivos para desconsiderarlas, valorar opciones o estudiar el perfil funcional de una sociedad requiere de un proceso de



investigación de los hechos, completado a través de evidencias, indicios y pruebas que corroboren finalmente la conclusión última, lo que no es fácil de conseguir y mucho menos que dicha conclusión sea compartida por las demás partes afectadas. En este sentido se insiste en que la decisión finalmente expresada en la RTEAC, hoy por hoy, no es definitiva.

En cuanto a la fijación de Precios de Transferencia en operaciones financieras entre partes vinculadas, de la propia RTEAC se infiere que se trata de una labor no exenta de dificultades (sin duda pueden generarse muchas más de las analizadas en esta RTEAC), que muy bien pueden exportarse a operaciones no financieras, por lo que no cabe otra opción realista que asumir las debilidades que la fijación de precios de transferencia conlleva, aun sin separarse de los criterios de las Directrices OCDE, y aceptar que lo más sensato en esta materia es reconocer que en la mayoría de los casos no es tarea fácil llegar al precio exacto de libre competencia, por lo que la prudencia aconseja llegar a un precio moderadamente alineado con el precio de mercado, y de esta forma está dicho en el Párrafo 1.13 Directrices (2010):

...

*“Es importante no perder de vista el objetivo de llegar a una aproximación razonable de lo que sería un resultado de plena competencia basado en información fiable. En este punto, se debería recordar también que los precios de transferencia no son una ciencia exacta, sino que exigen juicios de valor tanto por parte de la administración tributaria como de los contribuyentes”*

mismo Párrafo y contenido en las versiones (2017) y (2022).

Y en la búsqueda de esa aproximación razonable cobran un papel relevante los MAP, habida cuenta que los Estados en sus negociaciones pueden, sin perder de vista el mandato de la norma, flexibilizar sus posturas, con el objetivo último de llegar a un punto de encuentro que elimine la doble imposición producida al contribuyente y que equilibre los ingresos tributarios de los dos Estados involucrados en el MAP. Cuando los Estados se sientan en un encuentro bilateral, si se desea obtener éxito, no cabe sino un acercamiento de posiciones para eliminar la doble imposición, aun a riesgo de ceder ingresos. Llegados a este punto y puesto que en el desarrollo de los MAP no intervienen los contribuyentes afectados, surge otra cuestión, que se refiere a cómo ha de catalogarse el acuerdo finalmente alcanzado por las Autoridades fiscales. Pues bien, según la literatura de los artículos 16, apartado 7 y 54, apartado 5 del Real Decreto 1794/2008, de 3 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de Procedimientos Amistosos en materia de imposición directa:

*“El acuerdo entre las autoridades competentes no sentará precedente”.*

Esta previsión inquieta enormemente a los contribuyentes, porque lo que ellos pretenden no solamente es cerrar el problema hoy, sino cerrarlo también cara al



futuro. En la medida en que los contribuyentes desconocen los fundamentos en los que se basa el acuerdo, mal pueden seguir los criterios de las Administraciones. Teniendo en cuenta que las reuniones y negociaciones que conforman el MAP deben llevar a las dos Administraciones a un conocimiento profundo tanto del grupo multinacional, como de la operación cuestionada, lo suyo sería que dicho acuerdo derivase en un Acuerdo de Precio de Valoración (APA) bilateral a futuro. Esto sería muy positivo tanto para los contribuyentes, que así solucionan sus problemas de precios durante un cierto tiempo con las revisiones oportunas, como para las Administraciones, aprovechan las sinergias que les brinda la instrucción y resolución de los MAP. A este escenario apunta la herramienta "Estrategia 360" sobre la que viene trabajando la AEAT, como una manera coordinada de hacer el **tránsito** pasado, presente, futuro/ Procedimiento Inspector, Revisión Judicial, APAs, MAPs, **sin barreras**.

Sin embargo, aunque el camino de los MAP parece la mejor opción, de ello da prueba el creciente número de MAP a cargo de la ONFI, no todos los contribuyentes se decantan por esta vía. ¿Motivos? Entiendo que uno de ellos podría ser que el ajuste practicado por una de las Administraciones finalmente no haya derivado en doble imposición, pero puede haber otros, como que la conducta del contribuyente haya sido sancionada, o calificada de fraudulenta, o regularizada con la cobertura de una norma antielusión interna, circunstancias que pueden impedir el acceso al MAP (Ver STS 1151/2021 de 22 de septiembre de 2021, Sala Tercera, Sec.2ª Rec.6432/2019). Por resumir, se han dado evidencias de que los contribuyentes, en determinados expedientes, han seguido la vía judicial doméstica hasta las últimas consecuencias y aquí caben la interpretación de normas y conceptos, el rigor técnico, y la formación de jurisprudencia, pero no la flexibilidad en la determinación de precios, que se señalaba en líneas anteriores, cualidad fundamental para alcanzar acuerdos.

Otra ventaja de utilizar la herramienta de los MAP, frente a la vía de los Tribunales, es el tiempo que consume la resolución de los procedimientos; en el primer caso, la duración se sitúa en torno a los 2 años, en tanto que en el segundo, es muy posible que pasen 10 años antes de que la decisión gane firmeza, periodo que implica un consumo de recursos muy relevante para los contribuyentes, que probablemente rendirían mucho más de aplicarse en otra dirección. Igual carga se presume desde la óptica de los Tribunales.

Respecto al plazo de duración de los MAP, se considera oportuno destacar que el 22 de noviembre de 2022, la OCDE celebró el "Día de la Seguridad Jurídica", con cuyo motivo se presentaron las estadísticas de MAP correspondientes a 127 jurisdicciones de todo el mundo del año 2021 y se otorgaron los premios a distintos Estados por su gestión de controversias fiscales internacionales, concediéndose a España el premio en la categoría relativa al "Tiempo medio de resolución de procedimientos amistosos sobre precios de transferencia". España concluyó en el ejercicio citado 142 expedientes, en los que en la mayoría de los casos se eliminó



la doble imposición, consumiendo como promedio 19,6 meses – el objetivo estándar mínimo de resolución establecido es de 24 meses, habiéndose empleado como media de resolución, del total de casos en 2021 de las 127 jurisdicciones, 32 meses-, lo que hace prueba del destacado papel que representa la Administración española en esta parcela tan trascendente de la Fiscalidad Internacional.

Lo anteriormente expuesto, sin duda, es bien conocido por los contribuyentes, los cuales ponderarán todos los hechos y circunstancias antes de decantarse por un camino u otro, dependiendo de cuál sea el problema a resolver, si interpretación de normas o determinación o ajuste de precios.

Y para finalizar y volviendo al *“objetivo de lograr una aproximación razonable de lo que sería un resultado de plena competencia basado en información fiable”*, no cabe sino traer a colación la acreditada frase que resume el sentimiento de los participantes en el famoso juego de cartas de “Las siete y media”: *“Tan malo es pasarse, como no llegar”*, pues eso viene perfecto a los Precios de Transferencia.

NOTAS.

Se indican a continuación diferentes Sentencias y Resoluciones en materia de operaciones vinculadas que muestran la evolución en la forma de enfocar el análisis de las operaciones (financieras y no financieras) y sus precios de transferencia, defectos de comparabilidad, rango de valores, ajustes de comparabilidad, tanto desde la perspectiva de la Inspección, como desde la perspectiva de los Tribunales, lo que sin duda supone un aprendizaje, que permite a la vez que cierta crítica una manera de superar aquellos planteamientos que debido a su debilidad no deberían prosperar.

→ PRECIOS DE TRANSFERENCIA. RANGO DE COMPARABLES. APROXIMACIÓN RAZONABLE.

STS de 2 de marzo de 2017, Sentencia 373/2017, Rec 1029/2016.

STS de 9 de febrero de 2022.

SAN de 28 de junio de 2018.

SAN de 6 de marzo de 2019 (Rec. 353/2015).

SAN de 4 de febrero de 2021 (Rec. 658/2017).

SAN DE 21 de mayo de 2021 (Rec. 1153/2017)

SAN de 19 de noviembre de 2022 (Rec. 103/2019).

SAN de 11 de enero de 2023.

SAN de 15 de marzo de 2023. Ajuste sobre Bono Convertible. Rec. 0000903/2019. (R. G. 17398/2019).

SAN de 23 de marzo de 2023. Aceptación del principio de simetría en operaciones de Cash Pooling. Rec 00366/2020. Sentencia número 2118/2023.



RTEAC de 28 de junio de 2022 (R.G. 5824/2019).

RTEAC de 23 de enero de 2023 (R.G. 7503/2020).

→ SIMULACIÓN versus CONFLICTO.

STS de 21 de septiembre de 2021. Sentencia cas 3130/2017.

STS de 15 de octubre de 2020. Sentencia cas 4328/2018.

SAN de 10 noviembre de 2021. Sentencia 4840/2021.

SAN de 26 de octubre de 2022. Sentencia 5039/2022. (causa falsa de contrato de préstamo).

APUNTE DE ULTIMA HORA.

Respecto a la aplicación del principio de simetría para determinar los precios de transferencia en operaciones de Cash Pooling, se destaca que la Audiencia Nacional en Sentencia de 23 de marzo de 2023, REc 113/2020, se ha pronunciado al respecto, al resolver el recurso presentado contra la RTEAC de 8 de octubre de 2019, en el sentido de considerar el principio de simetría como el más apropiado para ello. Se reproduce a continuación la manifestación de la AN reflejada en el FD SEGUNDO, apartado C y asimismo recogida en otras SAN:

" 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".

La AN ha tomado partido por el principio de simetría en total sintonía con el criterio del TEAC, lo que supone un avance en esta materia, marcando el camino a seguir por los contribuyentes, siempre naturalmente que el caso se adapte al enjuiciado y en tanto no aparezcan criterios más razonables.

Otro punto a señalar de la SAN es el relativo a la ratio crediticia a considerar, si la del grupo o la de la entidad participe del cash pooling; pues bien la AN se inclina a considerar la ratio crediticia del grupo, en atención al carácter mutuo de las operaciones de Cash Pooling. Así se desprende de lo recogido en el FD SEGUNDO, apartado E. 2:

"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""



## BIBLIOGRAFIA.

- Cañabate Clau, David. "Defectos de comparabilidad y ajuste a la mediana". "Revista Interactiva de actualidad" (RIA-11). Asociación Española de Asesores Fiscales (AEDAF). Marzo 2023.
- González Martínez, M.<sup>a</sup> Teresa. "Inexistencia de simulación sin ocultación comercial". Taxlandia. Abril 2023.
- Jones Rodríguez, Luis y Maldonado García Verdugo, Ascensión. "Nuevo premio internacional a la gestión de la AEAT en procedimientos amistosos sobre precios de transferencia". Blog Fiscal de Crónica Tributaria, Abril 2023.
- Martínez González, Raúl. "Transacciones financieras vinculadas. Principio de plena competencia. Valoración.
- Resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central de 23 de marzo de 2022 (nº reclamación 00/04377/2018)". Carta Tributaria, nº 95, Febrero 2023.
- Guía de Cash *Pooling* de Reino Unido.

<https://www.gov.uk/hmrc-internal-manuals/international-manual/intm503110>



## IV. TRIBUNAL ECONÓMICO-ADMINISTRATIVO CENTRAL

**Nota.- Los textos que seguidamente se reproducen son transcripción de los originales publicados en la Web del Ministerio de Hacienda y Función Pública (Tribunal Económico-Administrativo Central) por lo que para cualquier iniciativa basada en dichos textos deberán atenderse exclusivamente a la documentación oficial original.**

### IV.1. Resolución de 23 Mar. 2022 (Rec. 4377/2018)



## SALA PRIMERA

FECHA: 23 de marzo de 2022

PROCEDIMIENTO: 00-04377-2018

CONCEPTO: IMPUESTO SOBRE SOCIEDADES. I.SDES.

NATURALEZA: RECLAMACION UNICA INSTANCIA GENERAL

RECLAMANTE: XZ SL - NIF ...

REPRESENTANTE: ... - NIF ...

DOMICILIO: ... - España

En Madrid, se ha constituido el Tribunal como arriba se indica, para resolver en única instancia la reclamación de referencia, tramitada por procedimiento general.

### ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El día 28/08/2018 tuvo entrada en este Tribunal la presente reclamación, interpuesta en 27/07/2018 contra Acuerdo de liquidación de fecha 6 de julio de 2018 dictado por la Delegación Central de Grandes Contribuyentes de la AEAT (DCGC), relativo al IMPUESTO SOBRE SOCIEDADES (Régimen de declaración consolidada), ejercicios 2011 a 2014.

SEGUNDO.- Con fecha 7 de abril de 2016 la Delegación Central de Grandes Contribuyentes (DCGC) inició actuaciones de comprobación e investigación de la situación tributaria del Grupo fiscal ..., con carácter general, relativas, entre otros conceptos, al Impuesto sobre Sociedades (IS), ejercicios 2011 a 2014.

La comunicación de inicio se dirigió a la entidad XZ, S.L. (actualmente denominada XZ, S.L.), como sociedad dominante del Grupo de consolidación fiscal ...

Como consecuencia de las actuaciones de comprobación e investigación con fecha 27/04/2018 se han formalizado las siguientes Actas:

- Acta de disconformidad nº...26, referida al IS de los ejercicios 2011 a 2014; contiene los ajustes correspondientes a operaciones vinculadas.
- Acta con Acuerdo modelo A11 nº...44 relativa a determinados ajustes por operaciones vinculadas.
- Acta de disconformidad nº...35, referida al IS de los ejercicios 2011 a 2014; contiene la totalidad de los elementos regularizados.

Derivado de las anteriores Actas de disconformidad con fecha 06-07-2018 se han dictado los siguientes Acuerdos:

- 1.- Acuerdo de Liquidación derivado del Acta de disconformidad nºA02 ...26; recoge exclusivamente los ajustes por operaciones vinculadas. Se notifica al contribuyente el 09-07-2018.
- 2.- Acuerdo de Liquidación provisional derivado del Acta de disconformidad nºA02 ...35; recoge la totalidad de los elementos regularizados. Se notifica al contribuyente el 09-07-2018.

TERCERO.- El objeto del presente expediente es el Acuerdo de liquidación derivado del Acta de disconformidad A02 nº ...26, dictado por la Jefa Adjunta de la Oficina Técnica de la DCGC el 06-07-2018 y referido al IS de los ejercicios 2011 a 2014. La deuda tributaria total asciende a 17.278.933,74 euros (cuota: 14.760.915,46 euros; intereses de demora:



2.518.018,28 euros). La notificación al contribuyente se practica el 09-07-2018. Se modifican los datos declarados por los siguientes motivos:

- 1) Valoración de las operaciones vinculadas por prestamos entre la entidad ... TW BV y las sociedades W SA y WY SA.
- 2) Valoración de la línea de crédito otorgada por la entidad ... T NV a W SA
- 3) Valoración del préstamo de 4.500 millones de euros otorgado por la entidad ... XR NV a W el 23-10-2014.
- 4) Valoración del préstamo de 10.000 millones de euros otorgado por la entidad ... XR NV a XZ SL el 01-12-2009 para la compra del grupo W por parte del Grupo X.
- 5) Valoración de los ingresos y gastos financieros de las cuentas corrientes de XZ SL con la entidad ... X SPA y con la entidad ... XR NV.
- 6) Aplicación del artículo 9 del CDI a las operaciones de préstamo y depósito realizadas por XZ SL y W SA relacionadas con la compra intragrupo de acciones de GH y XP SA
- 7) Aplicación del artículo 119.4 de la LGT en la liquidación resultante en relación a las deducciones en la cuota pendientes de aplicar.

CUARTO.- No conforme, la entidad interpone con fecha 27-07-2018 la reclamación económico-administrativa RG 4377/18 que se examina ante este Tribunal Económico-Administrativo Central, contra el acuerdo de liquidación descrito en los antecedentes previos.

Puesto de manifiesto el expediente se presentan alegaciones el 27 de diciembre de 2019 en un escrito en el que desarrolla los siguientes puntos:

- 1) Previo.- Sobre el objeto de la presente reclamación.
- 2) De la regularización de los gastos financieros en W por la Línea de crédito de 3.500 millones de euros.
- 3) De la regularización de gastos financieros en W SA por préstamo de 4.500 millones de euros formalizados con XR NV.
- 4) De la regularización de gastos financieros en XZ por Préstamo de 10.000 millones de euros formalizado en XR NV.
- 5) De la regularización de gastos financieros por las cuentas corrientes de XZ con X SPA y con XR
- 6) De la recalificación de Internacional W BV
- 7) Del no reconocimiento de la operación de préstamo y depósito intragrupo
- 8) Criterio de aplicación de deducciones pendientes (artículo 119.4 LGT).

Con fecha 25 de marzo de 2021 presenta escrito de alegaciones complementarias al que adjunta copia de la sentencia del Tribunal Supremo de 5 de noviembre de 2020 (recurso casación 3000/2018).

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Este Tribunal es competente para resolver de conformidad con lo dispuesto en la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria (LGT), así como en el Reglamento general de desarrollo de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, en materia de revisión en vía administrativa (RGRVA), aprobado por Real Decreto 520/2005, de 13 de mayo. No concurre ninguna de las causas de inadmisibilidad previstas en el artículo 239.4 de la LGT.



SEGUNDO.- Este Tribunal debe pronunciarse respecto a lo siguiente:

- Las cuestiones planteadas en función de lo resuelto en el acuerdo de liquidación y lo expuesto en las alegaciones de la entidad.

TERCERO.- La primera cuestión planteada por la reclamante es la relativa a la regularización efectuada por la línea de crédito de 3.500 millones de euros concedida a favor de W SA por la entidad ... XR NV, entidad financiera del Grupo X.

En los ejercicios objeto de comprobación, la sociedad dependiente, W, S.A., tenía concertadas con la entidad ... XR NV (en adelante, XR) las siguientes operaciones de financiación (Diligencia A04 extendida a W SA el 02-04-2018):

- Línea de crédito abierta en 2011, con un máximo de disponibilidad de hasta 3.500 millones de euros y un plazo de 5 años; en 2014 se reduce el límite de la línea de crédito a 1.000 millones.

- Préstamo de 4.500 millones, concertado el 23 de octubre de 2014, con un tipo de interés del 3% y un plazo de vencimiento a diez años.

En cuanto a la línea de crédito, consta en el expediente que con fecha 30-11-2011 la entidad ... XR abrió una línea de crédito a favor de W SA, con un importe máximo de disponibilidad de 3.500 millones de euros y un plazo de 5 años (vencimiento el 30-11-2016). El tipo de intereses pactado fue el Euribor más 240 puntos básicos (2,4%). El periodo de referencia del Euribor podía ser de 1, 3, 6 o 12 meses, en función del periodo de disposición. Además se estableció una comisión de disponibilidad sobre los saldos no dispuestos de un tercio del margen aplicado, es decir, 80 puntos básicos sobre el Euribor (0,80%), pagadera el 31 de diciembre de cada uno de los años en que se mantuviera vigente la línea de crédito y en el momento de su cancelación.

El 06-06-2014 se redujo el límite de la línea de crédito a 1.000 millones de euros manteniendo el resto de las condiciones.

La línea de crédito se utiliza entre el 27-07-2012 y el 26-03-2013, con solicitudes de crédito a corto plazo que se van renovando. El saldo máximo dispuesto asciende a 1.650 millones de euros entre el 23-10-2012 y el 11-12-2012. A partir del 26-03-2013 y hasta su modificación a 1.000 millones de euros no se dispone de cantidad alguna.

También consta en el expediente que durante el periodo en que se utiliza la línea de crédito con XR, W mantiene abiertas líneas de crédito con entidades financieras con un límite de crédito conjunto de 3.350/3.220 millones de euros a diferentes plazos con un margen sobre el Euribor de 75 puntos básicos anuales y una comisión de disponibilidad de 30 puntos básicos (de media).

En la documentación de precios de transferencia aportada por la entidad a la inspección, la valoración de esta operación se efectúa utilizando el método del precio libre comparable (CUP) y como comparable la cotización de los Credit Default Swaps (CDS) a 5 años de los bonos de tres entidades pertenecientes al sector eléctrico (Q, UF y W); Q y W con calificación crediticia A- y UF con calificación crediticia BBB. La cotización promedio de los CDS a 5 años arroja un resultado que oscila entre 215,5 puntos y 280 puntos básicos anuales de diferencial sobre el Euribor. Respecto a la comisión de disponibilidad, el informe indica que " ... la compañía ha elaborado internamente un estudio de mercado para el análisis de las comisiones de disponibilidad pactadas en el mercado entre partes independientes en circunstancias comparables. Los resultados de este estudio arrojan una comisión de disponibilidad media situada entre el 30% y el 40% de los márgenes pactados, entendidos como los tipos de interés aplicables sobre saldos dispuestos".

En resumen, el coste calculado por el contribuyente de la línea de crédito concedida en 2011 por un importe de 3.500 millones de euros es la suma de los siguientes componentes:



1) Intereses. El Euribor más un diferencial de 240 puntos básicos (2,40%); el periodo de referencia del Euribor es de 1, 3, 6 o 12 meses, en función del periodo de disposición.

El diferencial del 2,40% el contribuyente lo calcula considerando el CDS de bonos a 5 años de tres entidades del sector: W (rating A-), Q (rating A-) y UF (rating BBB). El rango está entre 215-280 puntos básicos y lo fija en 240.

2) Comisión. Una comisión de disponibilidad de 80 puntos básicos (0,80%) por el saldo no dispuesto, es decir, un tercio del diferencial de 240 puntos básicos, pagadera al final de cada año de vigencia del crédito.

Por tanto, W paga por las cantidades dispuestas, el Euribor, al plazo que corresponda, más un diferencial de 240 puntos básicos y, por las cantidades no dispuestas, una comisión de 80 puntos básicos.

La inspección considera que la valoración y determinación de los gastos devengados por la línea de crédito no se ajusta al valor normal de mercado; la Inspección considera "inapropiado el método utilizado en la documentación de precios de transferencia, que toma como referencia operaciones de otras entidades del sector, al existir un comparable del propio usuario de la línea de crédito, los seguros de impago o Credit Default Swaps (CDS) sobre bonos emitidos por W, que incorporan el riesgo del sujeto financiado, de los cuales se considera el más adecuado el correspondiente al plazo de seis meses, resultando así un tipo del 1,08976%. La comisión de disponibilidad, de un tercio de dicho margen, queda establecida en un tipo del 0,36%. En cuanto al límite de la línea de crédito, se considera sobredimensionado, admitiendo aun así mil millones más del máximo dispuesto, lo que fija el límite admisible en 2.650 millones de euros hasta el 26 de marzo de 2013, cuando el saldo dispuesto quedó a cero, y 1.000 millones a partir de dicha fecha, en la que no se efectuó disposición alguna de la línea de crédito".

La inspección rechaza la deducibilidad de parte del gasto derivado de la línea de crédito por lo siguiente:

1) Cuestiona el diferencial del 2,40% calculado como promedio de los CDS a cinco años de tres entidades pertenecientes al sector eléctrico.

La inspección considera más adecuado utilizar el CDS de W a 6 meses existente el día anterior a la operación que alcanza el 1,08975% (108 puntos básicos); considera que el diferencial que tendría que haber aplicado es de 1,08975% equivalente al CDS a 6 meses de W el día anterior a la operación.

La inspección no comparte el criterio de acudir a una media de comparables ya que "se dispone de un comparable perfecto ajustado a las propias circunstancias y condiciones del contribuyente" y añade que los comparables de Q y UF aunque "pertenecen al mismo sector, adolecen de una menor comparabilidad (a modo de ejemplo la calificación crediticia de UF era BBB mientras que la de W era A-). Por tanto, si bien, en ausencia de otros datos mejores podrían ser aceptables, no lo es en el presente caso en que se dispone de datos de mercado del propio contribuyente".

Por otro lado, la inspección tampoco comparte el criterio del contribuyente de utilizar un CDS a 5 años como comparable y ello porque aunque la línea de crédito se ha concedido por un plazo de 5 años la posibilidad de disposición no excede de 1 año; en el propio contrato de la línea de crédito, al fijar el tipo de interés, lo hace añadiendo un diferencial referenciado al Euribor a plazo de 1, 3, 6 o 12 meses, en función del periodo por el que W solicita el crédito. No utiliza ningún índice de referencia de vencimiento superior. Consta en el expediente que "W en ningún caso ha dispuesto de importes por una duración de 6 meses. De hecho, la mayoría de las solicitudes efectuadas por W han sido a un mes o inferior que se van renovando y, en ocasiones, se cancelan anticipadamente".



Por ello la inspección considera más adecuado y acorde con el principio de libre competencia acudir al CDS de W de 6 meses dado que la justificación del contribuyente es atender necesidades de tesorería a corto plazo.

## 2) Comisión por no disposición.

La inspección acepta la metodología aplicada para la cuantificación de la comisión por no disposición (1/3 del diferencial). Sin embargo, la reduce a 36 (0,36%) ya que el punto de partida para calcularla debe ser un diferencial del 1,08975% en vez del 2,40%.

## 3) La cuantía de la línea de crédito

La inspección fija su límite máximo en 2.650 millones de euros hasta 26-03-2013 y desde esa fecha (el contribuyente no ha hecho uso de la línea de crédito) considera un importe de mercado de 1.000 millones.

La inspección considera que el crédito concedido de 3.500 millones de euros está sobre dimensionado; destaca que el importe máximo utilizado ha sido de 1.650 millones de euros durante un periodo muy breve (del 23/10/2012 al 11/12/2012) y que a partir del 26-03-2013, hasta su modificación a 1.000 millones de euros, no se hace uso de la línea de crédito. Además señala que durante el periodo en que utiliza la línea de crédito mantiene abiertas líneas de crédito con entidades financieras con un límite de conjunto de 3.350/3220 millones de euros a diferentes plazo y un margen sobre el Euribor de 75 puntos básicos.

La inspección, al igual que el contribuyente, considera clave el mantenimiento de un stock de seguridad de tesorería para poder cumplir puntualmente con los pagos. Ello conlleva que un empresario independiente, actuando en libre competencia, establecería un margen suficientemente amplio para que no se produzcan impagos. No obstante, la inspección considera que ese margen no debe ser tal que suponga la inmovilización de una gran cantidad de recursos ociosos. Para calcular ese margen la inspección considera que debe atenderse a las necesidades previstas por la entidad para atender sus pagos y al entorno económico que pudiera dar lugar a pagos no previstos o a cobros previstos que no se materializasen.

La inspección para calcular el importe de la línea de crédito que habría sido acordado entre partes independientes ha tenido en cuenta:

- Que el importe máximo dispuesto ha sido 1.650 millones de euros solamente en un periodo muy breve de tiempo frente al importe de 3.500 millones contratado.
- Que a partir del 26-03-2013 el contribuyente no hace uso de la línea de crédito
- Que durante el periodo en que se utiliza la línea de crédito, W mantiene abiertas líneas de crédito con entidades financieras con un límite conjunto de 3.350/3.220 millones de euros a diferentes plazos con un margen de 75 puntos básicos anuales, mucho menor que el aplicado (240 puntos básicos).
- Que a partir de finales de 2012 el mercado se estabiliza (analiza el funcionamiento del mercado).

Por ello considera adecuado:

a) Para el periodo que va desde la concesión hasta marzo de 2013, una cuantía de 2.650 millones de euros que supone incrementar el máximo dispuesto en 1.000 millones de euros. Este importe la obtiene acudiendo al importe del propio contribuyente en su renegociación de 2014, momento en que la entidad no estaba utilizando la línea de crédito y se considera adecuado como margen de imprevistos (más del 33 % del importe dispuesto).



b) A partir de marzo de 2013 en que el contribuyente no hace uso de la línea de crédito, considera un importe de mercado de 1000 euros que coincide con el aplicado por el contribuyente en su negociación de 2014. Recuerda que en estas fechas el contribuyente no ha hecho uso de dicha línea de crédito.

La reclamante se opone a la regularización efectuada por la inspección fundamentándose en los siguientes aspectos:

a) La metodología seguida para justificar el valor de mercado del tipo de interés fijado en la operación fue precisa y adecuada.

b) El vencimiento del instrumento financiero seleccionado para medir el riesgo de la línea de crédito coincide con el vencimiento de la operación y por tanto es el apropiado.

c) Respecto a la comisión por no disposición, dado que la metodología y su cuantificación no ha sido objeto de debate, se remite a los argumentos expuestos en los puntos anteriores pues de aceptarse se confirmaría también el porcentaje concreto relativo a la misma.

c) El importe de la línea de crédito era razonable y adecuado

Por tanto, las discrepancias se basan fundamentalmente en lo siguiente:

1) Los comparables empleados por la entidad y el periodo de vencimiento del instrumento financiero.

2) Cuantía de la línea de crédito.

CUARTO.- El artículo 16 del Real Decreto Legislativo 4/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades (TRLIS) dispone:

*"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...;"*

Y el apartado 4 especifica los métodos que han de seguirse para determinar el valor normal de mercado

*En el presente caso no se cuestiona el método seguido del precio Libre comparable (CUP). Lo que se cuestiona es: i) el comparable seleccionado para justificar el valor de mercado del tipo de interés; ii) el vencimiento del instrumento financiero seleccionado y; iii) el importe de la línea de crédito.*

En primer lugar analizamos las alegaciones relativas al comparable seleccionado para justificar el valor de mercado del tipo de interés.

Consta en el expediente que el comparable seleccionado por la entidad fue la cotización de los CDS a 5 años de los bonos de W, Q y UF; Q y W con calificación crediticia A- y UF con calificación crediticia BBB.

Sin embargo, la inspección considera más adecuado utilizar el CDS de W a 6 meses existente el día anterior a la operación.

La inspección no comparte el criterio de acudir a una media de comparables fundamentalmente porque, en el presente caso, "se dispone de datos de mercado del propio contribuyente", esto es, "se dispone de un comparable perfecto ajustado a las propias circunstancias y condiciones del contribuyente".



Por su parte, la reclamante en el escrito de alegaciones reitera que actuó de forma precisa seleccionando el CDS de W y, además, en un ejercicio de prudencia, ampliando la muestra, para lo cual seleccionó el CDS de dos entidades comparables del sector eléctrico con el objeto de evitar potenciales distorsiones coyunturales, riesgo al que está expuesto cuando se toma un solo comparable y, concretamente, riesgo que se materializaba en el CDS de W.

Señala que la selección del CDS de compañías comparables permite subsanar las limitaciones existentes en el CDS de W y corregir las distorsiones derivadas de estas limitaciones, determinando un tipo de interés acorde a las circunstancias del mercado. Se apoya en los argumentos y conclusiones vertidas en dos informes periciales aportados a este Tribunal que hace suyos.

Antes de analizar las alegaciones de la entidad conviene hacer referencia a lo dispuesto en las Directrices de la OCDE en materia de precios de transferencia, en concreto, lo dispuesto en los párrafos 1.33, 3.27 y 3.28 (versión 2010) -en términos similares versión 2017-:

El párrafo 1.33 incluido en el apartado "D. Guía para la aplicación del principio de plena competencia" dispone:

*"1.33 La aplicación del principio de plena competencia se basa generalmente en la comparación de las condiciones de una operación vinculada con las condiciones de las operaciones efectuadas entre empresas independientes. Para que estas comparaciones sean útiles, las características económicas relevantes de las situaciones que se comparan deben ser lo suficientemente comparables..."*

Los párrafos 3.27 y 3.28 incluidos en el apartado "A. 4 operaciones no vinculadas comparables disponen:

*"A.4.2 comparables internos*

*3.27 El paso 4 del proceso "tipo" descrito en el párrafo 3.4 es la revisión de los comparables internos que pudieran existir. Los comparables internos pueden estar más directa y estrechamente relacionados con la operación vinculada revisada que los comparables externos. El análisis financiero se simplifica y resulta más fiable al apoyarse en prácticas y criterios contables supuestamente idénticos para los comparables internos y la operación vinculada. Asimismo, la información sobre los comparables internos puede resultar más completa y menos onerosa.*

*3.28 Por otro lado, los comparables internos no siempre son más fiables, por lo que tampoco puede considerarse que cualquier operación entre un contribuyente y una parte independiente sea un comparable fiable para las operaciones vinculadas realizadas por ese mismo contribuyente. Los comparables internos, cuando existen, deben satisfacer los cinco factores de comparabilidad del mismo modo que los comparables externos; véanse los párrafos 1.38 a 1.63 (...)*

Por tanto, en el caso de que el comparable interno y otros externos cumplan con los referidos cinco factores de comparabilidad el comparable interno es un indicador más fiable del precio libre comparable de la operación vinculada pues refleja las propias circunstancias y características del contribuyente, máxime en el caso de valoración de operaciones financieras en las que es relevante el riesgo de insolvencia del prestatario de los fondos; los comparables internos pueden estar más estrechamente relacionados con la operación vinculada que se revisa que los comparables externos y, además, la información resultar más completa y menos onerosa (Párrafo 3.27 de las Directrices OCDE).

Por otra parte, no hay que olvidar que los comparables externos se obtienen de fuentes de información, como pueden ser las bases de datos comerciales que constituyen una



fuelle de información habitual y que suelen tener una serie de limitaciones dado que las obligaciones en materia de comunicación y depósito de información varia dependiendo de la forma jurídica de la sociedad y de si cotiza o no. De ahí que los párrafos 3.31 y 3.32 de las Directrices dispongan:

*3.31 La decisión sobre si utilizar las bases de datos, y como, debe ir precedida de la debida cautela, puesto que estas se elaboran y presentan con fines distintos a los de precios de transferencia.*

*3.32 La utilización de una base de datos comercial, puede no ser necesaria cuando existan otras fuentes de información, por ejemplo, comparables internos.*

La reclamante manifiesta que el CDS de W no reflejaba adecuadamente el riesgo que asumía X en la financiación a W porque presentaba ciertas limitaciones.

Se apoya en el informe y dictamen pericial aportados a este Tribunal, elaborados, el primero, por Analistas financieros (AFI) y, el segundo, por D. ..., que la sociedad hace suyos.

Por tanto, la cuestión plateada es si resulta acreditado, tal y como sostiene la entidad, que el CDS de W presentaba ciertas limitaciones, esto es, no era un comparable fiable.

En primer lugar conviene señalar que a pesar de que considera que el CDS de W presentaba ciertas limitaciones que cuestionan su utilización como comparable la propia entidad lo incluye junto con los comparables externos para determinar el tipo de interés de mercado.

Respecto al informe pericial aportado, el informe AFI, expone los motivos por los que considera que, en este caso, concurren circunstancias que en su opinión obligan a acudir al coste medio de emisión de empresas comparables.

Comienza reconociendo que "siempre que existan indicadores de mercado del propio prestatario, el indicador se considerará como "mejor comparable posible" ya que es representativo de precios de mercado obtenidos por la propia compañía en operaciones con terceros" (último párrafo de la página 17).

Sin embargo, prescinde de su utilización directa como medidor del riesgo de crédito de la operación X, fundamentalmente, en base a los siguientes argumentos (página 18):

- La situación de los CDS de W en los años 2010, 2011 y 2012 era anómala ya que cotizaban muy por debajo de sus comparables y por debajo del riesgo que el mercado estaba descontando en esos momentos al propio Tesoro español.
- La cotización de los CDS refleja el equilibrio entre la oferta y la demanda de cobertura del riesgo de crédito. El reducido endeudamiento de W con terceros explica que la demanda de cobertura de su riesgo de crédito fuera escasa.

El Informe también dice que "los bancos ofrecían a W un margen reducido en sus líneas de crédito en base a una percepción de bajo riesgo en su exposición a W. Esta percepción era coherente debido a dos factores; i) El reducido endeudamiento bancario de W, y ii) bajo riesgo intrínseco de la actividad eléctrica".

Ahora bien, el informe no acredita que la cotización del CDS de W no fuera un indicador fiable para justificar el valor de mercado del tipo de interés fijado en la operación de referencia ya que se limita a señalar que el CDS de W no es representativo del riesgo que asume X en la financiación de W debido al reducido endeudamiento de W; ni concreta ni evalúa a partir de que importe podría considerarse representativo del riesgo que asume X en la operación. Por otra parte el hecho de que el endeudamiento de W fuera inferior que el de otras entidades del sector no parece suficiente para afirmar que el CDS de W carece de fiabilidad como pretende la entidad.



Interesa destacar que el apartado 6.2 del Marco Conceptual del Plan General de Contabilidad de 2007 tras definir el valor razonable establece como fuente principal para su c3lculo el denominado «valor fiable de mercado» o «precio cotizado en un mercado activo», en el que se cumplan los siguientes requisitos:

- a) Los bienes o servicios intercambiados en el mercado son homog3neos;
- b) Pueden encontrarse pr3cticamente en cualquier momento compradores o vendedores para un determinado bien o servicio; y
- c) Los precios son conocidos y f3cilmente accesibles para el p3blico. Estos precios, adem3s reflejan transacciones de mercado reales, actuales y producidas con regularidad.

Pues bien, el informe tampoco acredita que la cotizaci3n del CDS de W utilizada por la inspecci3n (y por el propio contribuyente a pesar de las limitaciones que dice tiene) respondiese a un volumen y frecuencia de operaciones insuficiente.

Por otro lado, cabe se1alar que la Comisi3n Nacional de los Mercados y la competencia (CNMC) en su Memoria explicativa de la circular de la CNMC, por la que se establece la metodolog3a de c3lculo de la tasa de retribuci3n financiera de las actividades de transporte y distribuci3n de energ3a el3ctrica y regasificaci3n, transporte y distribuci3n de UF (...), aunque referida a los efectos de la citada Circular, al determinar el coste de la deuda de las empresas, utiliza, en el caso de W, en relaci3n al ejercicio 2012, su CDS (Cuadro 26; pagina 73/119), de lo que se deduce que le consideraba un indicador v3lido.

Por 3ltimo indicar que el dictamen pericial de D. ... tampoco acredita que la cotizaci3n del CDS de W no fuera fiable para valorar la operaci3n de referencia pues se limita a se1alar que "nos parecen razonables" "las explicaciones ofrecidas por el contribuyente al afirmar que la selecci3n de dos empresas comparables (Q y UF) permite evitar potenciales distorsiones en el CDS de W y su referencia al punto 3.7 de las Directrices de la OCDE, que claramente sustenta la alusi3n a la competencia".

Por otro lado, el p3rrafo 3.7 de las Directrices OCDE (versi3n 2010) dispone:

*"El an3lisis del conjunto de circunstancias es un paso esencial del an3lisis de comparabilidad. Puede definirse como un an3lisis del sector y de los factores econ3micos y referidos a la competencia y la regulaci3n, as3 como de otros elementos que afecten al contribuyente y su entorno, sin llegar a situarse en el contexto limitado de las operaciones concretas de las que se trata. Este paso ayuda a entender las condiciones de la operaci3n vinculada del contribuyente, as3 como las de las operaciones no vinculadas con las que se compara, en concreto, las circunstancias econ3micas de la operaci3n (v3anse los p3rrafos 1.55 a 1.58)"*

Los p3rrafos 1.55 a 1.58 desarrollan las "circunstancias econ3micas"; y las circunstancias econ3micas que pueden ser relevantes para determinar la comparabilidad de los mercados son: su localizaci3n geogr3fica, su dimensi3n, el grado de competencia y la posici3n competitiva relativa de los compradores y vendedores, la disponibilidad de bienes y servicios alternativos, etc. Se describen las variables que pueden incidir en el valor de las operaciones y la forma de considerar las mismas no consiste en tomar el promedio de los precios de las empresas que operen en esos mercados como parece pretender sino ajustando el an3lisis a las condiciones concretas de la operaci3n.

*As3 pues, no hay ninguna raz3n para considerar que el comparable interno utilizado por la inspecci3n (CDS de W) no sea un indicador fiable.*

QUINTO.- Tambi3n cuestiona el vencimiento del instrumento financiero seleccionado.

Tal y como hemos se1alado, el comparable seleccionado por la entidad fue la cotizaci3n de los CDS a 5 a1os; la entidad escogi3 un instrumento financiero con vencimiento igual al de la operaci3n de referencia.



Sin embargo, la inspección considera más adecuado y acorde con el principio de libre competencia utilizar el CDS de W a 6 meses existente el día anterior a la operación, fundamentalmente, porque: i) aunque la línea de crédito se ha concedido por un plazo de 5 años la posibilidad de disposición no excede de 1 año; ii) en el propio contrato de la línea de crédito, al fijar el tipo de interés lo hace añadiendo un diferencial referenciado al Euribor a plazo de 1, 3, 6 o 12 meses, en función del periodo por el que W solicita el crédito; iii) La mayoría de las solicitudes efectuadas por W han sido a un mes o inferior que se van renovando y, en ocasiones, se cancelan anticipadamente; iv) lo expuesto en los puntos anteriores indica que su finalidad era financiar necesidades transitorias de liquidez a corto plazo; v) se justifica con distintos ejemplos aportados por el propio contribuyente de líneas de crédito concertadas con terceros; vi) se ha realizado un estudio que corrobora la posición de la inspección de utilizar los CDS a 6 meses; figura incorporado en el Anexo I del acuerdo de liquidación

Por su parte, la reclamante señala que teniendo en cuenta que la línea de crédito se pactó con un vencimiento de 5 años se consideró apropiado seleccionar el CDS a cinco años dado que la utilización de un CDS a un plazo inferior no reflejaría el coste de mercado para la entidad prestamista de la cobertura del riesgo de la línea de crédito.

Insiste en que aunque las disposiciones se realizaron por periodos de tiempo concretos la información sobre la duración de tales disposiciones no estaba a disposición de las partes en el momento de negociar las condiciones de la línea de crédito.

Destaca las conclusiones alcanzadas en el Informe pericial realizado por AFI y en el dictamen pericial de D. ...; en ambos se mantiene que las referencias de comparables deben ser a cinco años y en ningún caso a seis meses como propone la inspección porque la utilización de los CDS a un plazo inferior a los cinco años no reflejaría el coste de mercado de la cobertura del riesgo de la línea crédito

Respecto a la utilización del CDS a 6 meses en vez del CDS a 5 años, hay que tener en cuenta que aunque la línea de crédito se concertó por un plazo de 5 años las condiciones pactadas para la determinación del diferencial toma como referencia el Euribor a 1, 3, 6 o 12 meses lo que indica, tal y como señala la inspección, que su finalidad era la de atender necesidades de tesorería a corto plazo, por lo que, en estas circunstancias, no tiene sentido la utilización de un CDS a 5 años. Por otro lado, no hay que olvidar que lo que determina el importe de los gastos financieros que paga W es el tipo de interés que se estipula en el contrato así como las distintas solicitudes de crédito que se van realizando. En este caso, el propio contrato al establecer la remuneración de la línea de crédito hace referencia a distintos índices en función del plazo de las cantidades dispuestas y no del periodo de vigencia de la línea de crédito y según consta en el expediente, la mayoría de las solicitudes efectuadas por W han sido a un mes o inferior. En el expediente se recogen tres contratos de líneas de crédito con tres bancos independientes (BANCO\_1, BANCO\_2 y BANCO\_3) que el contribuyentes aportó, en los que el periodo de vigencia de la línea de crédito y de los vencimientos de las cantidades dispuestas difieren. En todos ellos el plazo de disposición no supera el año, limitándose incluso a 3 meses, mientras que sí lo hace el periodo de vigencia de la línea de crédito (figura detalle en las páginas 21 y 22 del informe ampliatorio). Con ellos se trata de ofrecer una muestra del funcionamiento del mercado.

La reclamante justifica la utilización del plazo de 5 años en que la información sobre la duración de las disposiciones no estaba a disposición de las partes en el momento de negociar las condiciones de la línea de crédito, sin embargo, tal y como hemos indicado, en el contrato sí se contemplan distintos plazos sobre los que calcular los intereses de cada disposición y ninguno de ellos es superior a 12 meses.

En relación a los informes aportados conviene señalar que lo que debe dilucidarse, en el presente caso, es la relevancia económica del plazo de vigencia de una línea de crédito en la que el tipo de interés concertado es el euribor más 240 puntos básicos, siendo el periodo



de referencia del Euribor a 1, 3, 6 o 12 meses, en función del periodo señalado en la solicitud.

El párrafo 1.33 de las Directrices de la OCDE, anteriormente reproducido, señala que la aplicación del principio de plena competencia se basa en la comparación de las condiciones de una operación vinculada con las condiciones de las operaciones efectuadas entre empresas independientes.

A este respecto, consta en el expediente que la Oficina Técnica ha realizado un nuevo estudio con comparables externos que corrobora la posición de la inspección de utilizar los CDS a 6 meses; en el Anexo I del acuerdo de liquidación se incorporan los detalles de este estudio con comparables externos.

La inspección ha realizado un análisis corroborativo con comparables externos en el que se pone de manifiesto que líneas de crédito simultáneas de otras empresas del sector pactadas con entidades terceras y con un plazo de cinco años presentan unas retribuciones de tipo de interés sustancialmente inferiores a las acordadas en la operación intragrupo que se analiza, que determinan un rango acorde con las condiciones fijadas por la inspección (0,7%-1,3%) y que en relación con los CDS tampoco amparan la relación alegada de margen asociado al CDS a 5 años.

Dicho análisis corrobora la regularización de la inspección ampliamente confirmada por datos de independientes (CDS a 6 meses) frente a lo declarado por el contribuyente (CDS a 5 años).

De dicho análisis nada dicen los informes aportados ni el escrito de alegaciones, es más, ni siquiera lo mencionan.

Por tanto, como refleja el estudio corroborativo realizado por la inspección con comparables externos del sector, cuyo detalle obra incorporado como Anexo I al Acuerdo de Liquidación, que no ha sido contradicho por los informes aportados a este Tribunal (ni siquiera lo mencionan), ha quedado suficientemente demostrado que el instrumento financiero seleccionado como comparable por la inspección, el CDS a 6 meses, era adecuado y acorde con el principio de plena competencia.

SEXTO.- En cuanto al importe de la línea de crédito, la inspección considera que el límite fijado de 3.500 millones de euros no es acorde con el principio de libre competencia al estar sobredimensionado.

Consta en el expediente que con fecha 30-11-2011 la entidad ... XR abrió una línea de crédito a favor de W SA, con un importe máximo de disponibilidad de 3.500 millones de euros. La línea de crédito se utiliza entre el 27-07-2012 y el 26-03-2013, con solicitudes de crédito a corto plazo que se van renovando y, en ocasiones, cancelándose anticipadamente. El saldo máximo dispuesto asciende a 1.650 millones de euros entre el 23-10-2012 y el 11-12-2012. A partir del 26-03-2013 y hasta su modificación a 1.000 millones de euros no se dispone de cantidad alguna.

El 06-06-2014 se reduce el límite de la línea de crédito a 1.000 millones de euros.

Además, consta en el expediente que durante el periodo en que se utiliza la línea de crédito con XR, W mantiene abiertas líneas de crédito con entidades financieras con un límite de crédito conjunto de 3.350/3.220 millones de euros a diferentes plazos con un margen sobre el Euribor de 75 puntos básicos anuales y una comisión de disponibilidad de 30 puntos básicos (de media).

La inspección en base a los hechos y argumentos reflejados en el expediente ha considerado sobre dimensionada la línea de crédito y ha admitido como válido 1.000 millones más del dispuesto, esto es, 2.650 millones hasta el 26 de marzo de 2013 (más del 33% del importe dispuesto) y 1.000 millones de euros desde que su disposición fue nula.



Por su parte la reclamante considera que el importe de la línea de crédito era razonable y adecuado. Reitera que resulta razonable que en el momento en que se pacta la operación de referencia, se fijase como importe máximo de la línea de crédito 3.500 millones de euros, toda vez que las proyecciones financieras realizadas y la información de la que se disponía en ese momento partían de un escenario conservador consecuencia del entorno de recesión y la escasa liquidez. Insiste en que no considera admisible ni preciso desde el punto de vista técnico que la inspección haya determinado el importe de la línea de crédito sin realizar para ello un análisis económico de comparabilidad, lo que pone de manifiesto la falta de rigor técnico. También pone de manifiesto que la inspección no ha fundamentado adecuadamente que el volumen de 3.500 millones de euros no cumple con el principio de libre competencia.

Resume los principales razonamientos recogidos en los Informes periciales.

En primer lugar señalar que, en contra de lo manifestado por la reclamante, la inspección ha razonado suficientemente porque el importe de la línea de crédito no era acorde con el principio de plena competencia al estar sobredimensionado (página 63 y siguientes del acuerdo de liquidación). Así, la inspección ha comprobado como el volumen de líneas de crédito ha excedido a las necesidades financieras de la entidad; en la página 63 del acuerdo de liquidación consta un gráfico en el que se refleja el total de financiación de circulante (líneas de crédito de entidades financieras, pagarés y línea con XR), el límite de crédito de entidades financieras y el límite conjunto con terceros (límite con entidades financieras más límite del programa autorizado para emisión de pagarés). De la gráfica se desprende que el límite conjunto del crédito disponible no se supera en ningún momento del período de comprobación y el límite con entidades financieras terceras sólo se supera entre agosto y noviembre de 2012 en un importe reducido. A la vista de la línea que marca la evolución de la deuda total del grupo (incluye las disposiciones de la línea de crédito intragrupo) la inspección concluye que "es difícil sostener que hubiera resultado necesario incrementar el crédito disponible intragrupo en 3.500 millones de euros como de hecho se demostró, ya que la línea de crédito estuvo, en la mayor parte del periodo contratado, con mínima o ninguna utilización".

De esta grafica nada se dice en los informes aportados (ni siquiera hacen referencia a la misma) y únicamente en el escrito de alegaciones la reclamante se limita a señalar que la misma no permite extraer conclusiones evidentes.

Además, la Oficina Técnica realiza un estudio que confirma la conclusión de la inspección, páginas 64 y 65 acuerdo liquidación. En la página 64 figura reproducido un extracto de la página 171 de las cuentas anuales de 2013 del Grupo y en la página 65 figura una tabla en la que se observa que el Grupo X mantiene prácticamente el doble de liquidez en líneas de crédito que en tesorería (192,50%) y que W, sin tener en cuenta la línea de crédito vinculada presentaría un importe de líneas de crédito ligeramente superior a su tesorería (115,15%). La inspección señala que "teniéndose en cuenta la línea de crédito vinculada de 3.500 millones, la relación en W de la línea de crédito con la tesorería pasaría a ser del 221,21% casi treinta puntos superior a la del grupo. Con la regularización practicada por la Inspección W arrojaría una relación (190,91%) prácticamente idéntica a la del Grupo X (192,50%) con terceros".

También se analizan las cuentas del grupo X en donde se observa una tendencia a dedicar un tercio de su liquidez en forma de tesorería y el resto a línea de crédito.

De este estudio nada se dice en el informe AFI y el otro informe se limita a señalar que la comparación que hace la inspección no es adecuada porque las situaciones de X y W no son comparables. En el escrito de alegaciones la reclamante se limita a señalar que la inspección está empleando una proporción (línea de crédito/cash) que, a su entender, es absurda.



A este respecto, interesa señalar que la inspección, a partir de estos cálculos, lo que deduce es que si W tuviera una liquidez similar a la de X, la línea de crédito debería estar en torno a los 2.500 millones de euros, lo que justifica el ajuste realizado. Por otro lado la entidad no ha aportado ningún documento que acredite cual era la política financiera de W; no debemos olvidar que W y X pertenecen al mismo Grupo por lo que parece razonable entender que la política financiera de ambas sea similar.

De lo expuesto se deriva que la inspección ha motivado suficientemente porque considera que el importe de línea de crédito esta sobredimensionada.

Y también razona suficientemente porque admite como válido 1.000 millones de euros más del máximo dispuesto, esto es, 2.650 millones hasta marzo de 2013 y 1.000 millones de euros desde que su disposición fue nula. En primer lugar, la inspección señala que, al igual que el contribuyente, considera clave el mantenimiento de un stock de seguridad de tesorería para poder cumplir puntualmente con los pagos. Ello conlleva que un empresario independiente, actuando en libre competencia, establecería un margen suficientemente amplio para que no se produzcan impagos. Ahora bien, la inspección considera que ese margen no debe ser tal que suponga la inmovilización de una gran cantidad de recursos ociosos. Para calcular dicho margen, dice, debe atenderse a las necesidades previstas por la entidad para cubrir sus pagos y al entorno económico que pudiera dar lugar a pagos no previstos o cobros estimados que finalmente no se materializasen. Y sobre el cálculo de dicho margen consta en el acuerdo de liquidación lo siguiente (página 64):

*"..., dada la ausencia de comparables, ante las graves dificultades para fijar un importe exacto único que pudiera ser considerado como de libre competencia, teniendo en cuenta la gravedad para la empresa de no poder disponer de liquidez para atender sus compromisos de pago a corto plazo, la Inspección ha optado por una aproximación muy prudente, elevando, para los períodos en que la línea de crédito tuvo disposiciones, la cifra máxima dispuesta en el importe de 1.000 millones de euros. En esos años el "margen" de seguridad aceptado por la Inspección alcanza, por tanto, casi el 30% del importe total. Ese importe lo ha calculado la Inspección partiendo del comportamiento del contribuyente en los años en que no ha dispuesto de ningún importe de la línea de crédito. A dicho margen de seguridad habría que añadir la posibilidad de emitir pagarés, autorizada por el Consejo de Administración, que apenas fue objeto de utilización por parte de la entidad".*

En definitiva, la inspección ha demostrado el exceso del volumen de la línea de crédito y razonado suficientemente el importe admitido como válido (que permite atender las necesidades previstas y no tener ociosos recursos), en definitiva, ha fundamentado adecuadamente porque su importe no era acorde con el principio de libre competencia.

La reclamante insiste en que se encontraba alineada con lo que terceros que operasen en el mismo mercado venían haciendo y como prueba de ello vuelve a reproducir (página 26) el cuadro resumen donde se muestra la comparativa con otros competidores del mercado. Este cuadro resumen ya se aportó en el escrito de alegaciones al Acta de disconformidad. Pues bien, de dicha tabla no puede deducirse, como pretende, que el importe de la línea de crédito era acorde con el principio de libre competencia, pues se limita a reflejar unos porcentajes sin concretar las cuentas utilizadas (las individuales o las consolidadas) ni los conceptos empleados en su determinación que llevan a las magnitudes reflejadas en la misma.

El informe AFI rechaza que la línea de crédito esté sobredimensionada porque W se encontraba en una posición similar a la de otras empresas competidoras. Se aportan datos de la ratio de crédito no dispuesto más tesorería sobre gastos operativos de los ejercicios 2011 a 2014 de W, Q, UF, NN y MM (página 26).

El informe señala que los datos proceden de las cuentas anuales de las compañías y elaboración propia sin más explicación.



El informe pretende indicar que el importe no dispuesto sobre el total está en línea con los de sus competidoras sin embargo no analiza conjuntamente con la tenencia de otros instrumentos líquidos y las necesidades a atender, como así ha hecho la inspección, por lo que el dato ofrecido es parcial. Por otro lado conviene señalar que en este informe nada se dice del análisis efectuado por la inspección, gráfica que figura en la página 63 del acuerdo de liquidación, ni del estudio corroborativo realizado por la Oficina Técnica, cuadros que figuran en la página 64 y 65 del acuerdo de liquidación.

Respecto de si el contexto económico de la crisis económica de esos años pudo influir en el importe de la línea de crédito que se contrató el informe se limita a señalar que "pudo condicionar razonablemente las decisiones sobre la gestión de tesorería de cualquier compañía española". En el expediente no se niega esta circunstancia. En el informe ampliatorio consta que "un empresario independiente prudente, actuando en libre competencia, establecería un margen suficientemente amplio como para que no se produzcan impagos". Y al mismo tiempo indica que "ese margen no debería ser tal que suponga la inmovilización de una gran cantidad de recursos ociosos" (página 23 Informe)

El otro informe tras realizar una serie de manifestaciones concluye que no está de acuerdo con lo propuesto por la inspección. Sin embargo, no aporta prueba alguna de sus manifestaciones.

De acuerdo con lo expuesto, en relación con el límite de la línea de crédito, consideramos que el fijado por la inspección responde al principio de libre competencia.

*En definitiva, se confirma la regularización efectuada por la inspección respecto a la línea de crédito otorgada por XR a W.* Destacar que la inspección ha permitido la deducción de gastos financieros y de la comisión de no disponibilidad sobre un importe total de 2.650 millones de euros, desde el 30 de noviembre de 2011 hasta marzo de 2013, y sobre 1.000 millones de euros a partir de dicha fecha, a pesar de que no se dispuso de cantidad alguna.

SEPTIMO.- La siguiente cuestión planteada por la reclamante es la relativa a la regularización efectuada por el préstamo de 4.500 millones de euros concedido a favor de W SA por la entidad ... XR NV.

El 23-10-2014 XR concede un préstamo a W de 4.500 millones de euros con un tipo de interés del 3% y a un plazo de diez años.

En la documentación de precios de transferencia aportada por la entidad a la inspección, la valoración de esta operación se efectúa tomando como referencia el coste medio de emisión de deuda por parte de X, determinadas operaciones de otras entidades del sector y la cotización del CDS de W más una tasa de rendimiento sin riesgo computando a estos efectos el Swap Euro y al tipo resultante le suma una prima por subordinación y una prima por tamaño del préstamo.

Por lo tanto, para la determinación del tipo de interés fijo aplicable del 3% la entidad parte de un precio base (2,189%) al que añade una prima por subordinación (0,49%) y otra por tamaño de la emisión (0,35%).

La entidad justifica el precio base en tres análisis:

- 1) El primero de ellos utiliza el coste medio de emisión de deuda de X, mediante las curvas de sus bonos en euros, dólares y libras esterlinas. El precio base así determinado estaría entre el 2,16% y el 2,26%.
- 2) Un segundo análisis determina el precio base a partir de tres emisiones de bonos en el mismo año de UF, Q y NN. El precio base así determinado estaría en un promedio del 2,494%.



3) El tercer análisis determina el precio base sumando la cotización del seguro de crédito de W (CDS de W) en octubre de 2014 y una tasa de rendimiento sin riesgo para lo que utiliza la curva Swap a 10 años del euro que arrojaría un precio base del 2,11%.

La prima por subordinación el contribuyente la justifica en la norma Concursal (artículo 92 de la Ley 22/2003) que considera un crédito subordinado a aquellos cuya titularidad corresponde a una persona relacionada, como es el caso de X y W. El contribuyente entiende que, dado que el carácter subordinado implicaría quedar en último orden de prelación respecto de otros préstamos con terceros en caso de concurso de la sociedad, ello implicaría un mayor riesgo que justificaría un mayor precio. Para atender dicha circunstancia el contribuyente adiciona una prima por subordinación del 0,49 % al precio base.

Dicha prima es calculada por el contribuyente mediante una estimación. Para ello considera que hay dos niveles de créditos (senior y junior) y que la deuda senior tiene una calificación de rating equivalente a un escalón (notch) superior a la subordinada. Para el cálculo toma la diferencia entre el coste medio de dos muestras de bonos, una con calificación crediticia de Baa2 y otra de Baa3, determinándose un precio de la prima de 0,49%.

La prima por tamaño el contribuyente la justifica en la necesidad de compensar al prestamista dada su mayor exposición de riesgo al prestar cantidades de cierta magnitud que conllevarían:

- La concentración de recursos en un único prestatario.
- Pérdida de la diversificación en su cartera de inversión.

Para calcularla el contribuyente manifiesta seguir la siguiente metodología: recopilación en el mercado de bonos y préstamos, con duraciones entre 5 y 15 años que habían sido formalizados en 2013 y 2014, clasificándolos en dos grupos, aquellos mayores a 1.000 millones de euros (cluster 1) y aquellos menores a 1.000 millones de euros (cluster 2). El precio de la prima por tamaño lo fija el contribuyente por diferencia entre el precio medio fijado para el cluster 1 y el fijado para el cluster 2, dando un resultado de una prima de 0,35%.

Frente a los cálculos que se contienen en la documentación de precios de transferencia la inspección considera "que el comparable más adecuado es el que resulta del CDS de W, que tiene en cuenta el propio riesgo crediticio de la entidad (más bajo que el del Grupo X), más una tasa de rendimiento sin riesgo, lo cual comporta un tipo base del 2,1549%. A este tipo no procede adicionar las primas por subordinación y tamaño".

La inspección considera que, en el presente caso, el que mejor representa el valor de mercado es el CDS de W más una tasa sin riesgo ya que es el que "se atiene a las circunstancias particulares de W a un plazo similar y viene determinado por cotizaciones en el mercado y, por tanto, por el precio que fijarían independientes".

La inspección cuestiona el coste fijado en el préstamo concedido por X a W en 2014, considerando que no procedía el ajuste por prima de subordinación ni el ajuste por tamaño y fijando el tipo de interés en el 2,1549% en base a lo siguiente:

1) No comparte el comparable utilizado por la entidad para el cálculo del precio base considerando más adecuado utilizar como comparable el CDS de W más una tasa de rendimiento sin riesgo porque es el que "tiene en cuenta el propio riesgo crediticio de la entidad", "se atiene a las circunstancias particulares de W", y "viene determinado por cotizaciones en el mercado".

El precio base considerado por la inspección es de 2,1549% que es calculado atendiendo a la suma del CDS de W (1,047%) y del tipo de interés libre sin riesgo (1,170%); en la página 69 del acuerdo de liquidación (reproduce lo señalado en el informe ampliatorio)



consta que "El CDS de W a 22 de octubre (día inmediato a la concesión del préstamo objeto de esta comprobación) a 10 años se valoraba en un 1,047%. Utilizando como prima sin riesgo la curva EUR SWAP, en línea con lo realizado por el contribuyente, se obtendría un valor, a 22 de octubre de 2014, de 1,170%. Con lo que el precio base, determinado por la suma de ambos importes, alcanzaría el 2,1549%".

Destacar que tal y como señala uno de los informes periciales aportados a este Tribunal existe un error pues la suma del CDS de W (1,047%) y del tipo de interés libre sin riesgo (1,170%) da un tipo de interés del 2,217% en vez del 2,1549% fijado por la inspección.

2) Rechaza la aplicación de la prima por subordinación (0,49%).

La Inspección considera que adicionar dicha prima no respeta el valor normal de mercado conforme al principio de libre competencia que exige el artículo 16 del TRLIS fundamentalmente porque:

- No está justificado que W acudiese a un préstamo subordinado teniendo otras opciones disponibles con un menor coste.
- El carácter no automático de los ajustes de comparabilidad; sólo procede realizar aquellos ajustes que mejoren la comparabilidad, cosa que no sucede en el presente caso.

El informe ampliatorio desarrolla ampliamente dichos motivos, reproducidos en las páginas 70 a 72 del acuerdo de liquidación.

3) Rechaza la aplicación de la prima por tamaño (0,35%).

La Inspección considera que no procede realizar dicho ajuste por tamaño básicamente por lo siguiente:

- El estudio aportado carece de representatividad por diferir las condiciones de los comparables utilizados de las condiciones del contribuyente, en cuanto a sector, área geográfica, fecha y cuantificación; se incluyen prestamistas de países europeos y de Australia y Estados Unidos, la muestra está compuesta esencialmente por entidades financieras, las emisiones tienen lugar fundamentalmente de mayo a julio de 2014, el cálculo se realiza atendiendo a tipos nominales. En la página 75 del acuerdo de liquidación, que reproduce el informe ampliatorio, se analiza el estudio realizado por la entidad para justificar esta prima.
- El estudio realizado por la inspección concluye que mayores cuantías pueden resultar financiadas a tipos de interés más reducidos pues las entidades que los emiten son de mayor envergadura o solvencia y se encuentran en una situación más privilegiada; páginas 76 a 78 del acuerdo de liquidación.
- El carácter no automático de los ajustes de comparabilidad.

La reclamante se opone a las conclusiones de la inspección; considera que ha quedado suficientemente contrastada y verificada la alineación con el principio de plena competencia del tipo de interés aplicado en la operación y, por tanto, el carácter de mercado de los distintos componentes considerados en la determinación de la política de precios de transferencia.

La entidad considera erróneo el proceder de la Administración al cuestionar el precio base y rechazar su ajuste por prima de subordinación y prima de tamaño. Entiende que el precio base no constituye el valor de mercado del tipo de interés aplicable a la operación de referencia siendo necesario su ajuste por prima de subordinación y prima de tamaño.

Por tanto, las discrepancias se basan fundamentalmente en lo siguiente

- 1) El comparable utilizado para determinar el precio base
- 2) Si son necesarios los ajustes por: a) prima de subordinación y; b) prima de tamaño



OCTAVO.- Respecto al precio base, la reclamante considera acreditada la diligencia seguida en la determinación del precio base que dice ha sido corroborada por los informes periciales aportados y cree que es erróneo el proceder de la Administración al cuestionar el tipo base.

Para determinar el precio base la entidad utiliza las curvas de los bonos en euros, dólares y libras esterlinas de X. El precio base así determinado estaría entre el 2,16% y el 2,26%. Adicionalmente, y con el fin de corroborar los resultados obtenidos realizó otros dos análisis.

En el primero determinó el precio base a partir de tres emisiones de bonos en el mismo año de UF, Q y NN. El precio así calculado estaría en un promedio del 2,494%. El segundo determinó el precio base sumando el CDS de W en octubre de 2014 y una tasa de rendimiento considerada sin riesgo, para lo que utiliza el Swap euro. Este análisis arroja un precio base del 2,11%.

Con base a ello, la entidad establece un precio base del 2,189%.

La inspección considera que el análisis que mejor representa el valor de mercado era el que determina el precio base sumando al CDS de W una tasa de rendimiento sin riesgo (el tercer análisis realizado por la entidad); considera que el CDS de W de 22 de octubre de 2014 (día inmediato anterior a la operación) más el tipo de interés sin riesgo (curva euro swap a 10 años) es el que más adecuadamente representa el valor de mercado de la remuneración, ya que atiende a las circunstancias particulares de W, en un plazo similar y está determinado por cotizaciones en el mercado y, por tanto, por el precio que fijarían independientes.

Por su parte, la reclamante insiste en que el análisis principal, el que determina el precio base a partir de las curvas de los bonos en euros, dólares y libras esterlinas de X es el más adecuado.

Al respecto conviene señalar que el préstamo que XR concede a W es de 4.500 millones de euros, en cambio, el análisis que la entidad considera que mejor representa el valor de mercado es el que utiliza las curvas de los bonos en euros, dólares y libras esterlinas de X, esto es, incorpora divisas diferentes a la operación vinculada. Por tanto, este análisis al incluir divisas diferentes al de la operación referida es menos representativo pues es evidente que la moneda en que se financia el préstamo influye en el valor de mercado de la operación que se valora y, por consiguiente, afecta al tipo de interés sin que, por otra parte, conste que la entidad hubiera realizado ajuste alguno por este motivo.

En relación con los informe aportados que consideran más completo lo realizado por la entidad ya que tiene en cuenta empresas comparables del sector conviene hacer referencia a lo dispuesto en el párrafo 3.2 de las Directrices de la OCDE (versión 2010):

*"3.2. En el marco del proceso de selección del método de determinación de precios de transferencia más apropiado (véase el párrafo 2.2.) y de su aplicación, el objeto del análisis de comparabilidad es siempre el de encontrar los comparables más fiables. En consecuencia, cuando es posible determinar que una operación no vinculada tiene un grado menor de comparabilidad que otras, esta debe eliminarse (véase también el párrafo 3.56). Esto no significa que sea preciso realizar una búsqueda exhaustiva en todas las fuentes posibles de comparables, ya que se admite que hay limitaciones en la disponibilidad de información, y el hecho de que la búsqueda de datos comparables puede ser muy gravosa. ..."*

Según dicho párrafo, deben eliminarse las operaciones con menor grado de comparabilidad y, en este caso, es evidente, que el rendimiento estimado a partir del CDS de W es más concreto que el estimado a partir de otras empresas.



Por otra parte, el propio informe AFI señala que "a la hora de determinar la referencia para el coste de emisión, consideramos que, siempre que existan indicadores de mercado del propio prestatario el indicador se considerará como "mejor comparable posible" ya que es representativo de precios de mercado obtenidos por la propia compañía en operaciones con terceros" . Y en este caso existe ese indicador, el CDS de W.

Por ultimo indicar que *no se observa la falta de rigor técnico a la que alude la reclamante pues la inspección ha analizado las operaciones y teniendo en cuenta los datos de mercado disponibles ha dado preferencia a los datos específicos del contribuyente, actuando conforme lo dispuesto en el párrafo 3.2 de las Directrices, y ha fundamentado suficientemente la aplicación al caso del principio de libre competencia.*

NOVENO.- El contribuyente para determinar el precio aplicado al préstamo concedido por XR a W suma al precio base anteriormente analizado una prima por subordinación y una por tamaño.

En cuanto a la prima por subordinación la entidad la justifica en la norma Concursal (artículo 92 Ley 22/2003) que considera crédito subordinado a aquellos cuya titularidad corresponde a una persona relacionada, como es el caso de X y W. El contribuyente entiende que, dado que el carácter subordinado implicaría quedar en último orden de prelación respecto de otros préstamos con terceros en caso de concurso de la sociedad, ello implicaría un mayor riesgo que justificaría un mayor precio.

La inspección, sin embargo, considera que adicionar dicha prima no respeta el valor normal de mercado conforma al principio de libre competencia que exige el artículo 16 del TRLIS y ello, fundamentalmente, por lo siguiente:

- La no justificación de que W acudiese a un préstamo subordinado teniendo otras opciones disponibles de forma realista con un menor coste.
- El carácter no automático de los ajustes de comparabilidad. De forma que sólo procede realizar aquellos ajustes que mejoren la comparabilidad, cosa que no sucede en el presente caso.

Para fundamentar su postura la inspección cita, además del artículo 16 del TRLIS, los párrafos 1.34, 3.50, 3.51 y 3.53 de las Directrices de la OCDE (versión 2010).

La reclamante insiste en la falta de rigor técnico de la inspección al rechazar el ajuste por prima de subordinación sin aportar para ello datos objetivos de mercado que justifiquen que esta prima no se ajusta al principio de plena competencia.

Discrepa del razonamiento seguido por la inspección y como prueba de que no se disponía de otras opciones más ventajosas es el análisis realizado por AFI en su informe pericial y, en la misma línea, el dictamen pericial de D. .... Añade que en el informe pericial de AFI no sólo se evalúa la validez de esta prima sino que además, se realiza un análisis a partir del cual se cuantifica la prima por subordinación que aplicaría, corroborando que la prima aplicada se encuentra en línea con lo que terceros independientes hubieran pactado.

Reitera que ha demostrado suficientemente que ha actuado conforme los preceptos de las Directrices en el proceso de determinación del tipo de interés aplicable a la operación vinculada analizada.

En primer lugar es importante indicar que la Inspección, al igual que la reclamante, tienen en cuenta las Directrices de la OCDE en su versión de 2010.

Las Directrices de la OCDE de julio de 2010 se refieren a los ajustes de comparabilidad en los párrafos 3.47 a 3.54. De ellos cabe destacar los siguientes:

*"3.50. Los ajustes de comparabilidad deben considerarse si (y solo si) se espera que mejoren la fiabilidad de los resultados.*



3.51. *Es preciso subrayar que los ajustes de comparabilidad únicamente son apropiados en el caso de que las diferencias afecten realmente a la comparación. Es inevitable la existencia de diferencias entre las operaciones vinculadas del contribuyente y las de terceros comparables. La comparación puede ser correcta incluso a pesar de la existencia de una diferencia no ajustada, siempre que esta no afecte a la fiabilidad de la comparación. Por el contrario, la necesidad de realizar numerosos ajustes o ajustes muy importantes en los factores clave de comparabilidad puede indicar que las operaciones efectuadas por el tercero no son lo suficientemente comparables.*

3.52. *No siempre están justificados los ajustes. Por ejemplo, un ajuste practicado en las cuentas pendientes de cobro no resultará especialmente útil cuando existan diferencias sustanciales en los criterios contables que no puedan solventarse. Del mismo modo, en ocasiones se realizan ajustes sofisticados para generar la falsa impresión de que el resultado de la búsqueda de comparables es "científico", fiable y preciso.*

3.53. *No es apropiado considerar rutinarios e indiscutibles ciertos ajustes de comparabilidad, (...;). Los únicos ajustes que deben realizarse son aquellos de los que se espera que mejoren la comparabilidad.*

Por lo tanto, las Directrices admiten solamente ajustes que mejoren la comparabilidad declarando que no es apropiado la inclusión de ajustes "rutinarios" y que los únicos ajustes que deben realizarse son los que "mejoren la comparabilidad".

También conviene destacar lo dispuesto en los párrafos 1.6 y 1.34 de las directrices de la OCDE

*"1.6 (...). Con el objeto de ajustar beneficios, tomando como referencia las condiciones que hubieran concurrido entre empresas independientes en operaciones comparables efectuadas en condiciones igualmente comparables (es decir, en una "operación no vinculada comparable") el objeto del principio de libre competencia es tratar a los miembros de un grupo multinacional como si operaran como empresas independientes en lugar de como partes inseparables de una sola empresa unificada (...)"*

*"1.34 Las empresas independientes, al evaluar las condiciones de una posible operación, las comparan con otras opciones disponibles de modo realista y sólo participarán en ella si no ven una alternativa claramente más atractiva. Por ejemplo, no parece probable que una empresa acepte un precio ofertado por una empresa independiente si sabe que otros clientes potenciales desearían pagar más por su producto en condiciones similares. Este punto es relevante en la cuestión de la comparabilidad ya que las empresas independientes, a la hora de valorarlas, tendrán normalmente en cuenta cualquier diferencia con trascendencia económica que se aprecie entre las opciones disponibles de modo realista (tales como diferencias en el grado de riesgo u otros factores de comparabilidad que se mencionan más adelante). Por tanto, cuando se proceda a las comparaciones que implica la aplicación del principio de plena competencia, las administraciones tributarias deberán tener en cuenta también estas diferencias para determinar si hay comparabilidad entre las situaciones comparadas y cuáles son los ajustes que pueden resultar necesarios para lograrla".*

La entidad justifica la aplicación de la prima por subordinación en el carácter subordinado del préstamo. Es decir, la entidad decide cambiar capital propio por deuda, prefiriendo, deuda con entidades del grupo en vez de acudir a deuda de terceros y, pretende cargar una prima adicional por subordinación amparándose en la calificación automática de la ley Concursal. En la página 67 del acuerdo de liquidación consta que "la motivación de esta operación de préstamo es la de optimizar la estructura financiera de W SA que, en ese momento, se financiaba básicamente con recursos propios".

En el último párrafo de la página 45 del informe AFI consta lo siguiente:



*"Si bien, tal y como hemos expuesto anteriormente, la operación de financiación de W es de carácter subordinado, W presenta un alto endeudamiento intragrupo en contraste con su endeudamiento con terceros, por lo que el nivel de subordinación frente a terceros es muy bajo, justificando que de manera conservadora se haya aplicado una prima por subordinación reducida".*

Pues bien, aunque es cierto que de acuerdo con la Ley Concursal, a efectos del concurso de acreedores, los créditos entre empresas del grupo tienen carácter subordinado, sin embargo, de ello no cabe concluir, como pretende la reclamante, que cualquier préstamo intragrupo, por el mero de hecho de serlo, incurre en un mayor riesgo para el prestamista y en un mayor tipo de interés para el prestatario. Es evidente que habrá de estarse a los hechos y circunstancias de cada caso.

Esta forma de proceder de la entidad no se ajusta a las Directrices puesto que los únicos ajustes que deben realizarse son los que "mejoren la comparabilidad", circunstancia que, en este caso, no consta que el contribuyente haya justificado.

Interesa destacar que la suma de las primas a las remuneraciones exigidas por el mercado (precio base) parte exclusivamente del contribuyente y, por tanto, es él quien tiene que justificar que las mismas mejoran la comparabilidad y no corresponde a la inspección justificar la ausencia de las mismas, esto es, la carga de la prueba recae sobre aquella parte que realiza el ajuste, tal y como establecen las Directrices de la OCDE; cabe señalar que los tipos de interés de los comparables de mercado (bonos y CDS más prima sin riesgo) no incluyen dicha prima.

Por otro lado, conviene recordar que desde el punto de vista del prestatario, éste (un tercero independiente) solo aceptaría un incremento en el coste de su financiación en el caso de que fuera la mejor opción disponible a la vista de los hechos y circunstancias. Y respecto a la falta de justificación de que W pudiese acudir a otras alternativas disponibles de menor coste, la inspección indica lo siguiente:

- La inspección, al igual que el contribuyente, coinciden en la buena y consolidada calidad crediticia de W (mejor incluso que X), en que ya se había producido la estabilización de los mercados financieros de los que habían desaparecido las turbulencias más de un año antes de la fecha de la operación así como en que fue decisión del propio grupo sustituir financiación propia por financiación ajena (tal y como se desprende de la documentación ...).
- Si el contribuyente entiende que no se ha justificado que un independiente hubiera otorgado un préstamo a W, la cuestión no es si dicho préstamo debiera o no ser subordinado, sino si debiera o no existir, pudiendo llegar al absurdo de que el préstamo debiera rechazarse

La entidad reitera que el proceder de la inspección es erróneo porque rechaza la prima por subordinación sin realizar ningún análisis económico que justifique que terceros independientes no hubieran aplicado la citada prima lo que dice contraviene lo dispuesto en el párrafo 3.3 de las Directrices.

El párrafo 3.3 de las Directrices dispone:

*"3.3. Para que el proceso resulte transparente, se considera una buena práctica que el contribuyente que recurra a comparables para justificar sus precios de transferencia, o las administraciones tributarias que recurran a ellos para justificar un ajuste en los precios de transferencia, aporten a la otra parte interesada (a saber: inspección tributaria, contribuyente o autoridad competente extranjera) la información justificativa que permita valorar la fiabilidad de los comparables utilizados".*

Pues bien, tal y como hemos indicado anteriormente, la suma de las primas a las remuneraciones exigidos por el mercado parte exclusivamente del contribuyente y, por



tanto, es a él a quien corresponde justificar que mejoran la comparabilidad y no a la inspección justificar la ausencia de las mismas.

Por último indicar que el informe AFI tras analizar la capacidad que tenía W de acceder a otras opciones disponibles concluye que "la financiación recibida por parte de X es de carácter subordinado" y que "esta financiación por un importe significativo y bajo subordinación al resto de acreedores de W supone para X un riesgo que debe cobrar con una prima en concepto de subordinación". A continuación cuantifica cual podría haber sido la prima por subordinación.

Y, en relación con esta prima, el dictamen pericial de D. ... señala lo siguiente " *la inspección considera la prima de subordinación como, exclusivamente, un mero ajuste de comparabilidad, cuando, en nuestra opinión, no es así y tiene que ver mucho más con principio financieros básicos*".

Respecto a lo relativo al carácter subordinado del préstamo nos remitidos a lo indicado anteriormente. Por lo que se refiere a los aspectos cuantitativos contenidos en el informe AFI (anexo 4) cabe señalar que se muestran emisiones de valores subordinados y senior y emisiones concretas pero no se indica ni los criterios de búsqueda ni se acredita el resultado de la misma y tampoco se indican sus aspectos básicos ni como se ha realizado la cuantificación.

*Las Directrices de la OCDE, párrafos 3.50 a 3.53, anteriormente reproducidos, exigen que el ajuste de comparabilidad no solo debe cuantificarse sino que debe justificarse la mejora en la comparabilidad que se consigue con el mismo, sin que conste, en este caso, que dicha justificación se haya realizado. Por otro lado conviene recordar que los tipos de interés de los comparables de mercado (bonos y CDS más prima sin riesgo) no incluyen dicha prima.*

*En definitiva, consideramos que el criterio seguido por la inspección se ajusta más a las directrices y a la finalidad buscada por la normativa de precios de transferencia.*

DECIMO.- En cuanto a la prima por tamaño, en la documentación aportada por la entidad, se justifica en la necesidad de compensar al prestamista dada su mayor exposición de riesgo al prestar cantidades de cierta magnitud que conllevarían:

- La concentración de recursos en un único prestatario.
- Pérdida de la diversificación en su cartera de inversión

Para calcular la prima por tamaño, el contribuyente manifestó seguir la siguiente metodología: recopilación en el mercado de bonos y préstamos, con duraciones entre 5 y 15 años que habían sido formalizados en 2013 y 2014, clasificándolos en dos grupos, aquellos mayores a 1.000 millones de euros (cluster 1) y aquellos menores a 1.000 millones de euros (clúster 2). El precio de la prima por tamaño lo fija el contribuyente por diferencia entre el precio medio fijado para el clúster 1 y el fijado para el clúster 2, dando un resultado de una prima de 0,35%.

La inspección, sin embargo, rechaza el ajuste por tamaño porque de acuerdo con lo previsto en las Directrices de la OCDE (versión 2010) los ajustes a los precios de mercado solo son admisibles si mejoran la comparabilidad de la operación. Además considera que la metodología seguida por el contribuyente no es adecuada ni rigurosa, obteniendo conclusiones que no se corresponden con el valor de mercado.

Según la inspección "el ajuste por prima de tamaño del préstamo no mejora la comparabilidad sino todo lo contrario, genera la falsa impresión de que el resultado de la búsqueda de comparables es "científico", fiable y preciso cuando la realidad es diferente. Un ajuste que aparentemente sería lógico se justifica, como a continuación se desarrollará, en una búsqueda de comparables no representativos que no justifica dicho ajuste.



Aplicar de forma automática un ajuste porque "es habitual en el mercado" sin tener en cuenta las circunstancias particulares del caso, va en contra del principio de libre competencia, ya que no mejora la comparabilidad sino que supone una manipulación no suficientemente contrastada con datos reales. Se trata de un ajuste basado en conjeturas de los que rechazan las Directrices, que sólo aceptan aquellos ajustes fundamentados que mejoren la comparabilidad.

La inspección considera que el cálculo de la prima por tamaño realizado por el contribuyente no es rigurosa ni aceptable, básicamente, por lo siguiente:

- Incluye tanto emisiones de prestatarios de países europeos (Italia, Francia, ...) como de Australia y Estados Unidos.
- La misma está compuesta esencialmente por entidades financieras (utiliza como comparables mayoritariamente entidades financieras).
- Las emisiones tuvieron lugar esencialmente de mayo a julio de 2014; solo una correspondiente a Australia y otra a Estados Unidos tienen lugar en septiembre; el préstamo vinculado es de 23-10-2014.
- El cálculo realizado lo ha sido atendiendo a tipos nominales por lo que tampoco se ha tomado una valoración inmediata anterior a la fecha de concesión del préstamo sino que se ha atendido a emisiones meses atrás.

En resumen, considera que el estudio aportado carece de representatividad por diferir las condiciones de los comparables utilizados de las condiciones del contribuyente en cuanto a sector, área geográfica, fecha y cuantificación.

Aunque la inspección no acepta dicha prima, ha realizado una búsqueda en la que se reproducen los términos del contribuyente (rating a la emisión BBB) pero tomando en consideración el sector del contribuyente (eléctrico) junto con el industrial (dada la proximidad entre ambos) e incorporando la condición de reembolso (es decir, a vencimiento). Todo ello figura en las páginas 76 y 77 del acuerdo de liquidación.

Los valores obtenidos ponen de relieve, según la inspección, "que búsquedas como la realizada por el contribuyente no permiten llegar a conclusiones de confianza" y este hecho puede resultar de que "la comparabilidad aportada no respeta un principio de equivalencia al pasar de unos tramos a otros puesto que se toman en consideración emisiones ... de distinta naturaleza y realizadas por entidades no equivalentes".

La entidad reitera que la adición de una prima por tamaño en función del volumen del préstamo "es practica normal en el mercado" y que la metodología seguida "para el cálculo de la citada prima sigue estrictos parámetros de búsqueda del valor de plena competencia".

Destaca lo señalado en el dictamen pericial de D. ... que comparte los criterios del contribuyente porque "se basan en una lógica financiera impecable" y que, respecto a los comparables identificados, concluye lo siguiente: "creemos que los comparables utilizados son adecuados precisamente por su variedad geográfica, sectores considerados y cuantificaciones".

Señala que prueba adicional de que la prima por tamaño aplicada cumple con el principio de plena competencia se encuentra en el análisis realizado por AFI en su informe para cuantificar cual podría haber sido la prima por tamaño de W en octubre de 2014.

Defiende también la conveniencia de utilizar en el análisis económico realizado tipos de interés nominales en vez de la rentabilidad a vencimiento.

Además señala que la inspección ha obviado que en la formalización de un préstamo comparable con entidades terceras se hubiera añadido un coste adicional que sería el coste de estructuración (la financiación bancaria o el mercado de deuda lleva asociado costes



adicionales en concepto de comisiones) lo que hubiera incrementado también el tipo de interés aplicable.

En relación con las alegaciones de la reclamante, en primer lugar conviene señalar que, al igual que en el caso de la prima por subordinación, dado que la suma de la prima por tamaño parte exclusivamente del contribuyente, es a él a quien corresponde justificar que la misma mejora la comparabilidad, tal y como establecen las Directrices. Como ya se ha señalado todo análisis debe basarse en las circunstancias concretas de la operación referida. Y corresponde a la parte que defiende el ajuste de la prima por tamaño justificar que la misma mejora la comparabilidad, circunstancia que, en este caso, no se ha producido pues, el contribuyente, se limita a indicar que es un hecho que, a mayor cantidad a financiar, mayor tipo de interés. Tal afirmación genérica no es una regla universal válida bajo cualquier circunstancia.

El contribuyente y los informes aportados parten del hecho de que a mayor cantidad a financiar mayor tipo de interés; considera incuestionable que operaciones de grandes volúmenes como la operación vinculada de referencia conllevan un riesgo crediticio mayor y, por ende, exige un tipo de interés superior. Sin embargo, como señala la inspección, dicha afirmación no es una regla universal válida bajo cualquier circunstancia puesto que además del volumen de la operación, habrá que tener en cuenta otros aspectos como son el sector económico, respaldo por parte de instituciones privadas y públicas, nivel de apalancamiento, solidez, tradición de rentabilidad, etc.; el volumen de la operación no es la única variable a tener en cuenta.

Que el volumen de la operación no es la única variable a tener en cuenta es reconocido en el Informe AFI; tras decir que "el tamaño de la deuda juega un papel fundamental ya que a mayor cuantía más difícil puede resultar la devolución de la misma", señala que "el análisis de contraste realizado por la inspección llega a la conclusión de que no se observa en mercado un incremento del tipo de interés correlativo con el importe emitido", y a continuación indica que "coincidimos con la inspección en la falta de evidencia en el mercado de esta correlación ya que detrás de cada transacción actúan numerosos factores además del importe" (página 39).

El contribuyente considera que el estudio realizado es riguroso y cumple con el principio de plena competencia. Defiende el ajuste y su cuantificación empleando, fundamentalmente, prestatarios financieros, y utilizando tipos nominales.

La selección final de comparables en base a la cual el contribuyente pretende cuantificar la prima por tamaño incluye, mayoritariamente, entidades financieras. La muestra seleccionada considera emisiones de Australia y Estados Unidos que tuvieron lugar fundamentalmente de mayo a julio de 2014 (el préstamo se concedió el 23-10-2014) e incluye mayoritariamente entidades financieras como prestatarios.

Por tanto, ha utilizado información sobre operaciones no vinculadas que se dan en distinto sector al analizado, esto es, se toman emisiones de distinta naturaleza y realizadas por entidades no equivalentes.

El contribuyente parece confundir el hecho de que sean las entidades financieras las que normalmente presten fondos a entidades no financieras independientes con que se tome como base de cuantificación, a efectos de determinación de un tipo de interés en una operación entre entidades no financieras, un estudio en el que las prestatarias sean entidades financieras.

Interesa señalar que el Banco de España, diferencia, en su información pública, los tipos de interés de préstamos a hogares y sociedades no financieras, agrupándolas, frente a los préstamos a instituciones financieras.



Por tanto, el estudio del contribuyente compara operaciones heterogéneas y no atiende a las circunstancias del contribuyente. En este sentido el párrafo 1.33 de las Directrices de la OCDE de 2010

*"Para que las comparaciones sean útiles las características económicas relevantes de las situaciones que se comparan deben ser lo suficientemente comparables".*

En cuanto a la preferencia del tipo nominal sobre rentabilidad a vencimiento (YTM) cabe señalar que en el informe ampliatorio, páginas 57 y 58, se encuentra el desarrollo del mismo.

En la página 58, en el pie de página se recoge la siguiente definición de rendimiento al vencimiento (traducción propia de la inspección):

*"el porcentaje de tasa de rendimiento satisfecho si el valor se mantiene hasta el vencimiento. El cálculo está basado en el tipo de interés del cupón, la duración hasta el vencimiento y el precio de mercado. Se presume que el cupón en forma de interés satisfecho durante la vida del valor es reinvertido al mismo tipo".*

El YTM es el concepto que se utiliza habitualmente para comparar el rendimiento de las inversiones en bonos emitidos en fechas diferentes, que busca homogeneizar su rendimiento refiriéndolo a una misma fecha, teniendo en cuenta los intereses que restan por vencer actualizados y la cotización del bono en el mercado y ello referido al momento objeto de análisis y no al futuro como indica el contribuyente en base a uno de los informes.

Así pues, en contra de lo señalado en el informe de D. ... en ningún momento se exige que se conozcan rentabilidades futuras.

En consecuencia, la rentabilidad a vencimiento de un bono, representa el tipo de interés de mercado o retribución de una operación financiera respecto de una fecha y plazo concreto. Por tanto, este Tribunal al igual que la inspección entiende que, a efectos de obtener una comparabilidad adecuada es más correcto acudir al rendimiento al vencimiento (rentabilidades en la fecha de valoración) que a los tipos de interés nominales pactados en las fechas de emisión.

Por otra parte, en contra de lo manifestado por la reclamante en el escrito de alegaciones el análisis corroborativo realizado por la inspección no carece de rigor técnico.

En primer lugar conviene señalar que el objetivo que tenía la inspección con este estudio era poner de manifiesto que no consideraba justificada la cuantificación aportada a partir de estudios como el presentado por el contribuyente.

Este estudio se describe en las páginas 75 a 78 del acuerdo de liquidación (reproduce lo señalado al respecto en el informe ampliatorio); se definen los criterios de búsqueda y la herramienta utilizada, se reproducen los términos utilizados por el contribuyente tomando en consideración el sector del contribuyente junto con el industrial e incorporando la condición de reembolso, es decir, a vencimiento, lo cual garantiza la homogeneidad a efectos del cálculo de tipo de interés. Todo ello se describe ampliamente en el expediente.

La Inspección realizó una búsqueda que atendía al sector y ámbito geográfico propio del contribuyente, expresada en términos de rendimiento a vencimiento (no nominales). Búsqueda que determinó, atendiendo a datos de mercado, que "mayores cantidades de préstamo no implicaban una mayor remuneración, sino una minoración de tipos de interés, en contra de lo defendido por el contribuyente".

Por tanto, no se observa la falta de rigor técnico a la que alude la reclamante ni que se haya causado indefensión alguna a la entidad que, por otra parte, ha alegado cuanto ha considerado conveniente.



Finalmente en cuanto a los informes aportados, a parte de lo señalado anteriormente, conviene recordar que las Directrices de la OCDE admiten solamente ajustes que mejoren la comparabilidad declarando que no es apropiado la inclusión de ajustes "rutinarios" y que los únicos ajustes que deben realizarse son los que "mejoren la comparabilidad".

En cuanto a la cuantificación de la prima por tamaño realizada en el informe AFI señalar que, en el primer análisis se limitan a exponer el resultado alcanzado sin acompañar detalle alguno y en el análisis matemático se remiten a una serie de datos de carácter genérico.

Por último indicar que la aplicación del principio de plena competencia no lleva automáticamente a trasladar hipotéticos costes que habrían cargado terceros independientes en la realización de la operación. En el caso que nos ocupa, el préstamo de 4.500 millones de euros ha sido prestado por la entidad ... XR y si ésta entidad hubiera incurrido en costes con motivo de la obtención de los fondos prestados y no hubiera sido compensada por otra vía, correspondería analizar, previa su debida acreditación, su correspondiente traslado en la posterior financiación espejo. Sin embargo, tales circunstancias no han sido justificadas por el contribuyente.

*El hecho de que terceros independientes incurran en costes al tiempo de conceder la financiación no supone automáticamente que estos costes se añadan en la determinación del precio libre de competencia. Por otro lado, el contribuyente no ha justificado que una prima por tamaño sería exigible por un tercero independiente bajo el conjunto de circunstancias propias de la transacción.*

Conforme lo expuesto se confirma también el rechazo de la aplicación de la prima por tamaño.

*En consecuencia se confirma la regularización efectuada por la inspección en relación al préstamo de 4.500 millones de euros desestimándose las alegaciones de la reclamante al respecto.*

DECIMO PRIMERO.- La siguiente cuestión planteada por la reclamante es la relativa a la regularización efectuada por el préstamo de 10.000 millones de euros concedido a la entidad XZ SL por la entidad ... XR NV.

Con fecha 01-12-2009 la entidad ... XR concedió a XZ SL (entonces denominada XHH SL) un préstamo de 10.000 millones de euros con vencimiento a tres años y un tipo fijo del 3,2%. En el apartado 17 del contrato se establece que la finalidad de los fondos es "...de W ...".

Con fecha 16-03-2010 se modifican las condiciones del préstamo, ampliándose su cuantía hasta 18.000 millones de euros y se estableció un nuevo vencimiento, a 30-11-2019, y un nuevo tipo de interés del 4,5%. En los ejercicios 2012 y 2014 se realizan algunas amortizaciones parciales anticipadas del préstamo (3.000 millones de euros en 2012 y 7.492 millones de euros en 2014).

En la documentación de precios de transferencia, en un primer momento, el préstamo concedido por XR en 2009 se remuneraba a un tipo fijo del 3,2% calculado como Swap de Euribor a tres años incrementado en un margen, determinado por tres elementos: prima de riesgo asociada a X y W (calculada a partir de los CDS Swaps cotizados en el mercado para estas empresas), una prima por tamaño y un margen de cinco p.b... Posteriormente, al ser modificadas las condiciones de la operación en marzo de 2010, se recalculó la tasa de interés de la deuda, ascendiendo el nuevo tipo de interés al 4,5%. Este tipo es el resultado de adicionar: a) Swap del euribor a 3 años; b) prima de riesgo asociada a X y W calculada a partir de los CDS de estas entidades a 10 años; c) prima por tamaño; d) prima por gestión.



La inspección rechaza la deducibilidad de parte del gasto financiero derivado de este préstamo; la regularización practicada por la inspección se fundamenta en que "ante la evolución favorable de los mercados financieros a partir de 2012" una entidad independiente hubiera procedido a la renegociación de las condiciones de financiación. Señala la inspección que "si bien las condiciones originales de la operación son razonables, dada la situación tanto contractual como factual de este préstamo (que se detallan más adelante) la evolución posterior de los tipos de interés y de las condiciones de los mercados financieros, un tercero independiente hubiese cancelado el préstamo obteniendo otro en condiciones más ventajosas en el mercado o bien hubiese renegociado las condiciones originales de dicho préstamo".

La inspección se basa, fundamentalmente, en el párrafo 1.34 de las Directrices de precios de transferencia, que establece:

*"Las empresas independientes, al evaluar las condiciones de una posible operación, las comparan con otras opciones disponibles de modo realista y sólo participarán en ella si no ven una alternativa claramente más atractiva ..."*

La regularización efectuada por la inspección es la siguiente:

1) La fecha que tiene en cuenta para la renegociación de las condiciones del préstamo (o en su caso, la cancelación anticipada del mismo) es el 22-10-2014.

La fecha que la inspección ha considerado, de forma prudente, según dice, para establecer las condiciones de una renegociación o sustitución del préstamo es el 22-10-2014 (el 23-10-2014 se había concedido un préstamo de 4.500 millones de euros a W) porque *"si bien desde 2012 los mercados ya enviaban señales de menores tipos de interés y de estabilidad frente a los altos tipos de intereses anteriores, a dicha fecha ya se tienen datos históricos de casi dos años de bajada de tipos de interés y de estabilidad y buenas perspectivas del mercado financiero de forma consolidada. Asimismo, el día siguiente a dicha fecha, W SA obtiene el préstamo de 4.500 M euros analizado en un apartado anterior de esta acta, lo que indica su capacidad para acudir a los mercados financieros y, por lo tanto, también a la renegociación de las condiciones de su situación financiera"*.

Analiza la evolución de los mercados financieros destacando que el propio contribuyente en el escrito de alegaciones manifiesta la "mayor estabilidad y predictibilidad en los mercados financieros (junio 2014)".

El resultado de este análisis se detalla en la página 85 del Acuerdo de liquidación (reproduce el Informe ampliatorio).

Otras circunstancias tenidas en cuenta son:

- El sostenimiento en el tiempo de condiciones excesivamente alejadas de las de mercado (4,5%) durante sucesivos periodos de tiempo sin pronunciamiento alguno del prestatario, notoriamente perjudicado por ello
- La concesión de un nuevo préstamo vinculado el 23-10-2014 a unas condiciones más favorables.

2) Considera, en aplicación del precio libre comparable, como tipo de interés de mercado a 22-10-2014 el 1,18%.

La inspección calcula el tipo de interés de mercado que se hubiera aplicado de haberse procedido a la renegociación del préstamo el 22-10-2014. Para ello realiza tres análisis obteniendo como resultado final un tipo de interés de mercado del 1,18% que resulta de la utilización de la herramienta Bloomberg (XFER) a las emisiones de bonos de W y su grupo con vencimiento a cinco años (periodo que va desde 2014 al 2019, fecha de vencimiento del préstamo).



Como conclusión destacar que "la inspección considera, en aplicación del método del precio libre comparable, de forma prudente y favorable al contribuyente entre las distintas alternativas, como tipo de interés de mercado, a 22 de octubre de 2014, el 1,18% que se ve corroborado por los tipos muy cercanos del 1,095% y 1,130% determinados por las dos metodologías de contraste"

3) No acepta que la entidad plantee que en el caso de haberse procedido a una renegociación (cancelación anticipada) del préstamo se habría debido satisfacer una comisión por cancelación anticipada.

Considera que, en este caso, no procedería dicha comisión en condiciones de libre competencia por lo siguiente:

a) El contrato no contempla comisión por cancelación anticipada, ya sea parcial o total.

La cláusula 18) de Cambio de Términos y Condiciones establece: "en cualquier momento el prestamista a fin de reflejar los cambios materiales en las condiciones de mercado, puede efectuar dichos cambios. El prestatario (XZ) se reserva el derecho a amortizar el préstamo en caso de no aceptar dichas condiciones".

Asimismo, contiene la cláusula 24 de Prepago, conforme a la que, en cada fecha de pago de intereses, el prestatario puede anticipadamente pagar parcial o en su totalidad el principal y el interés debido no cargado, notificándolo por escrito con 30 días de antelación.

La modificación habida en marzo de 2010, se refiere al Acuerdo original de 2009, y a la resolución del Consejo de Administración de 15 de marzo de 2010, en los términos siguientes:

- Aumento del principal hasta 18.000 millones.
- Extensión de la fecha de terminación hasta 30 de noviembre de 2019.
- Incremento del tipo de interés desde el 3,2% hasta el 4,5%.

El resto de las cláusulas del contrato original permanecen inalteradas.

Además, cuando se ha procedido a amortizar anticipadamente parte del principal (por ejemplo, el 23-10-2012, por 3.000 millones euros), lo comunica por escrito a XR, haciendo referencia a la Sección 24 del Contrato, indicando fecha, valor, moneda y cantidad, como información global del Prepago.

b) En el contrato las posiciones del prestamista y prestatario están equilibradas.

Señala la inspección que analizado el contrato en su conjunto parece equilibrado pues "el prestamista podría beneficiarse de situaciones de alza de interés en los mercados, mientras que el prestatario podría beneficiarse de situaciones de bajadas de tipos de interés en el mercado" y añade que "la pretensión del contribuyente de incluir una comisión por cancelación, en caso de que se practique la regularización por parte de la inspección basada en que independientes hubiesen renegociado el préstamo, supondría romper el equilibrio 7 del contrato, ya que el prestatario no podría beneficiarse de bajadas de tipos de interés y el prestamista sí podría beneficiarse de subidas de tipos de interés, además del riesgo ya comentado que asume el prestatario de no poder devolver el préstamo ni asumir las nuevas condiciones".

c) La entidad ha realizado sucesivas amortizaciones del préstamo (en 2012, 2014, 2015, 2016, 2017) sin que haya pagado comisión por cancelación.

La reclamante rechaza la postura defendida por la inspección; considera que las conclusiones alcanzadas por la inspección carecen de rigor técnico pues están basadas únicamente en lo que hipotéticamente hubieran pactado terceros independientes, sin atender a un examen real de las circunstancias concretas que rodeaban la operación y como la situación del mercado entre independientes habría podido en algún punto



encontrar encaje la operación vinculada. Además sostiene, como ya defendió ante la inspección, que en el supuesto de que se hubiera procedido a la renegociación o cancelación anticipada del préstamo hubiera estado sujeta a la asunción de un coste por cancelación.

En primer lugar conviene señalar que la inspección ha razonado suficientemente la regularización efectuada (basta leer el contenido del informe ampliatorio -páginas 34 a 39-, reproducido en el acuerdo de liquidación -páginas 84 a 89- y del anexo incorporado al informe ampliatorio -páginas 64 a 74-). La inspección analiza la situación de los mercados financieros, recurre al CDS y tipo de interés sin riesgo de la operación en cada uno de los periodos (2010 a 2014); en el anexo al informe ampliatorio consta para cada periodo la curva de CDS y del tipo de interés sin riesgo. Se observa que desde principios de noviembre de 2012 el tipo conjunto se sitúa en torno al 2,5% (dos puntos por debajo del pactado). También analiza la documentación aportada (contratos, ...) para concluir que aunque no se incluyó en el contrato la cláusula de amortización anticipada sí llevó a cabo amortizaciones anticipadas sin penalización alguna. La inspección razona ampliamente porque, en este caso, una entidad independiente, dada la situación de los mercados, hubiera renegociado las condiciones del préstamo (o, cancelado anticipadamente) ya que el contrato se lo permitía, también razona ampliamente porque toma como fecha de esa renegociación el 22-10-2014 y como tras el análisis efectuado fija el tipo de interés en el 1,18%.

Respecto a la comisión por cancelación anticipada la inspección no solo no la admite por no estar prevista en el contrato sino porque su inclusión supondría un desequilibrio entre las partes en el contrato y porque en operaciones de amortización anticipada en momentos anteriores el contribuyente no la ha aplicado. Todo ello razonado extensamente en el expediente.

En el expediente se describe la regularización efectuada y la normativa en la que se basa.

*Por tanto, no se observa la falta de rigor técnico a la que alude la reclamante ni que se haya causado indefensión alguna a la entidad que, por otra parte, ha alegado cuanto ha considerado conveniente y sin que las alegaciones efectuadas hayan desvirtuado el exhaustivo análisis contenido en el acuerdo de liquidación.*

DECIMO SEGUNDO.- La siguiente cuestión planteada es la relativa a la regularización efectuada por las cuentas corrientes de XZ con X SPA y con XR.

Consta en el expediente que el 28-02-2007 XZ SL suscribe un contrato de cuenta corriente con la matriz ... X SPA, con un límite inicial de 10.000 millones de euros, y que tenía como finalidad la financiación de la adquisición de W (en 2007 adquiere el 67% y en 2009 alcanza el 92% de participación). De acuerdo con lo previsto en el contrato, XZ, S.L. puede depositar sus excedentes de liquidez en la cuenta corriente, comunicándolo por anticipado y también puede retirar fondos de la cuenta, previa comunicación, hasta el límite de los fondos previamente depositados. Cuando la solicitud de fondos exceda los previamente depositados, (descubiertos en la cuenta corriente), X SPA podrá transferir los fondos requeridos hasta el límite del crédito concedido.

Las condiciones financieras iniciales consistían en el Euribor a un mes con un diferencial de menos un 0,25% para los saldos a favor del obligado tributario y de más un 0,25% para los saldos a favor de la entidad ..., diferencial que sería de más un 2,16% cuando los fondos dispuestos superasen el límite, así como una comisión del 0,0625% para el capital no utilizado. Posteriormente, con fecha 29-12-2011, para ejercicios siguientes, el diferencial sobre el Euribor para saldos a favor de la entidad ... se estableció en el 1,50% que pasaría a ser del 4% para los importes que superasen el límite. A su vez el límite se redujo a 5.000 millones de euros el 08-04-2010 y a 1.500 millones de euros el 31-12-2012.



Asimismo consta en el expediente que el 27-12-2011 XZ SL suscribe un contrato de cuenta corriente con la entidad ... XR que tenía como finalidad que el obligado tributario pudiera depositar la liquidez excedente de su operativa diaria así como la posibilidad de obtener financiación en determinados supuestos tasados. Las condiciones financieras consistían en el Euribor a una semana más un diferencial del 1,30% para saldos a favor del obligado tributario y del Euribor más cercano al tenor de los fondos obtenidos más un diferencial del 2% para los saldos a favor de la entidad .... Posteriormente, para los saldos a favor del obligado tributario, el 28-01-2014 se pactó tomar como referencia el Euribor a una semana, tres meses o seis meses, u otro acordado por las partes. Para los saldos a favor de la entidad ..., el 28-05-2013 el diferencial paso a ser del 1,60%.

La inspección cree que "ambas cuentas corrientes responden a los modelos de gestión centralizada de tesorería, usualmente denominados "*Cash Pooling*", habituales en los grupos multinacionales" y "por tanto, no cabe admitir la existencia de una asimetría entre los tipos deudores y acreedores aplicados, y además, la sociedad no es una entidad financiera, teniendo el *Cash Pooling* por objetivo la gestión eficaz de la tesorería del grupo y, por tanto, sus funciones son de gestión y administración, que no son comparables a las de una entidad de crédito".

La inspección considera aplicable el tipo de interés del 1,5% utilizado por el propio obligado tributario en sus operaciones de crédito con X SPA a todas las operaciones, tanto de crédito como de débito, efectuadas en las cuentas corrientes con la entidad ... y la entidad .... La inspección en base a lo dispuesto en el artículo 16 del TRLIS, 16 del RIS y en las Directrices de Precios de Transferencia de la OCDE de 2010, determina el valor normal de mercado; tras realizar un minucioso examen de las funciones (analiza la naturaleza y características de un *cash pooling*), de los activos y riesgos la inspección concluye que una operación bancaria no es adecuada como comparable de este tipo de operaciones tal y como el contribuyente ha realizado y, por tanto, la remuneración de las operaciones de estas entidades (depósitos y préstamos) no deben utilizarse, con carácter general, para valorar las operaciones internas del CP. Considera que no es aceptable la asimetría en la remuneración de las operaciones de aportación y de obtención de fondos dentro del *cash pooling* de XZ con XR y con X SPA y "aplica el tipo del 1,5%, utilizado por el propio contribuyente en sus operaciones de crédito con X Spa, a todas las operaciones, tanto de crédito como de débito, y tanto con X SPA como con XR, considerando ésta una forma prudente de romper la indebida asimetría de la operativa del contribuyente".

La reclamante insiste en que las transacciones financieras llevadas a cabo responden a operaciones de cuenta corriente que deben analizarse de forma separada e independiente; considera que no forman parte de un acuerdo común de centralización de tesorería o *cash pooling*. Asimismo insiste en la procedencia de aplicar tipos distintos en los saldos deudores y acreedores ya que es práctica habitual en el mercado la formalización de líneas de crédito y colocación de depósitos con precios distintos en cada operación.

DECIMO TERCERO.- En primer lugar sostiene la entidad que las operaciones de cuenta corriente objeto de análisis se pactan de manera aislada, independiente y paralela, y que no forman parte de un acuerdo común de centralización de tesorería o *cash pooling*, como concluye la inspección.

Al respecto cabe señalar que es el propio contribuyente, en la diligencia nº ..., el que reconoce expresamente a la inspección que ambos contratos forman parte de un acuerdo de centralización de tesorería o *cash pooling*. Así, en la diligencia número ... de ... de 2018, suscrita por la inspección y la representante autorizada del Grupo, consta lo siguiente:

"I. Asimismo en relación con las cuentas corrientes mantenidas con la entidad SPA y XR se señala:



*Que preguntada la entidad por los contratos de cuenta corriente en su dimensión de crédito y débito, celebrados entre XR y las empresas del Grupo X- ....-, si los mismos responden a una política centralizada de gestión de tesorería del grupo (comúnmente denominada cash-pooling) y su formalización con otras entidades, SE RESPONDE QUE:*

*"Efectivamente, existe una centralización de la gestión de tesorería del grupo. Esta operativa no es sólo un mecanismo previsto para España sino que se extiende también a Italia y otras áreas del Grupo X como Estados Unidos o Centro-Europa. No recibe la denominación expresa de cash-pooling o centralización de tesorería como tal, pero sí funciona implícitamente de dicho modo en la medida que cualquier entidad deposita sus excedentes de tesorería o solicita los mismos en función de sus necesidades, y hasta el límite pactado en los diversos contratos con cada entidad.*

*En lo que se refiere a la formalización de dichas operaciones con otras entidades del grupo, los contratos que se mantienen son muy similares a los aportados pero con las oportunas diferencias en términos de divisa y precios"".*

Por tanto, es la propia entidad la que reconoce que ambas operaciones responden a una política centralizada de gestión de tesorería del grupo y que aunque no reciben la denominación expresa de *cash-pooling* sí funcionan de dicho modo en la medida que cualquier entidad deposita sus excedentes de tesorería o solicita los mismos en función de sus necesidades y hasta el límite pactado en los contratos. Hay que tener en cuenta que el artículo 107.2 de la Ley 58/2003 (LGT) dispone:

*"2. Los hechos contenidos en las diligencias y aceptados por el obligado tributario objeto del procedimiento, así como sus manifestaciones, se presumen ciertos y sólo podrán rectificarse por éstos mediante prueba de que incurrieron en error de hecho".*

Además consta en el expediente que "en la documentación aportada en la diligencia número 20, de 6 de abril de 2017, carpeta "...-"XR EIA"- "Motivación de la operación", aparecen diversas presentaciones "Power Point" aprobadas en distintas fechas por el Consejo de Administración, en las que se califica la cuenta corriente con la entidad ... como un contrato de colocación de excedentes de tesorería en el Grupo X, lo que claramente lo enmarca en el ámbito del sistema de gestión de tesorería habitualmente denominado "*Cash Pooling*". Incluso en la presentación de 17 de diciembre de 2012, denominada "Aprobación de la modificación de determinadas condiciones de los Contratos de Crédito en Cuenta Corriente Intercompañía firmados entre X SPA y X HH, S.R.L. y entre XR, N.V y XHH, S.R.L.", se describen las relaciones entre ambas operaciones, hasta tal punto que se ligan las modificaciones de ambas, señalando al efecto el siguiente objetivo común: «Por ello, se proponen una serie de modificaciones en las cuentas corrientes intercompañía X-EEE y XR-EEE para adecuar la estructura de financiación a las condiciones aplicadas por el Grupo X y adaptarla a las necesidades financieras previstas de la sociedad.»".

Esta presentación figura reproducida en la página 115 del Acuerdo de Liquidación.

Por otra parte, la entidad no cuestiona el análisis funcional recogido en el expediente. La inspección realiza un minucioso examen de las funciones (la naturaleza y características del *cash pooling*), de los activos y de los riesgos y como conclusión de análisis funcional destaca que la entidad líder del *cash pooling* no puede considerarse comparable a una entidad de crédito y, por lo tanto, la remuneración de estas operaciones (depósitos y prestamos) no deben utilizarse, con carácter general, para valorar las operaciones internas del *cash pooling*.

En definitiva, existen en el expediente motivos suficientes para concluir que las cuentas corrientes objeto de análisis forman parte de un acuerdo común de centralización de tesorería o *cash pooling* tal y como ha hecho la inspección.



Defiende por otra parte la reclamante la aplicación de tipos de interés distintos en los saldos deudores y acreedores en las operaciones analizadas. No entiende que la inspección pretenda aplicar el mismo tipo de interés para los saldos deudores y acreedores toda vez que se ha demostrado a través de la aportación durante el procedimiento inspector de un comparable interno (con entidad de crédito) que es práctica habitual en el mercado la formalización de líneas de crédito y la colocación de depósitos con precios distintos en cada operación.

La inspección considera que tanto los saldos deudores como los saldos acreedores deben remunerarse de la misma manera; no acepta la asimetría aplicada por el contribuyente en la remuneración de las operaciones y considera que las operaciones del CP entre sí y las operaciones del CP con terceros (normalmente entidades de crédito) no son comparables, en síntesis, por las siguientes razones:

1) La entidad líder del CP no suele tener la condición de entidad de crédito. Por ello no cumple con los requisitos especiales que se exigen a este tipo de entidades.

Además, nuestra legislación prohíbe la captación de depósitos para conceder préstamos si se carece de las condiciones de entidad de crédito.

2) El análisis funcional realizado demuestra que las funciones desarrolladas, los activos aportados y los riesgos asumidos por la entidad líder no son comparables a los de una entidad crediticia.

3) En una relación de *cash pooling* las entidades pueden variar su posición pasando de deudora a acreedora y viceversa lo cual diferencia las operaciones de aportación al CP de las operaciones de depósito bancario.

Centrándose en el presente caso, señala la inspección:

*"XZ es una partícipe dentro de un acuerdo de cash pooling en el que tiene posibilidades de obtener financiación a corto plazo cuando la necesita y de aportar financiación a corto plazo cuando tiene exceso de tesorería. Las operaciones con entidades del grupo, como XR y X Spa, dentro de este acuerdo de cash pooling no son operaciones comparables a las que realiza una empresa con una entidad bancaria ya que, en el primer caso, la naturaleza mutua de las aportaciones hacen que el principal riesgo (el de impago) se reparta entre todas las entidades del grupo, mientras que en el préstamo y línea de crédito bancaria el banco asume dicho riesgo. En el caso de los depósitos tampoco son equiparables dado el distinto riesgo que asume la entidad bancaria y las entidades que no lo son. Dado que, en último término, que no en un simple análisis de los dos contratos de cuenta corriente y de revolving facility, el origen último y el destino último de los fondos recibidos y aportados por XZ no se puede concretar en una entidad, sino que el origen y destino es el propio cash pooling en su conjunto, la remuneración de ambos tipos de operaciones debería ser el mismo, al venir motivado por el mismo riesgo en uno y otro tipo de operaciones. Es decir, como en último término se presta al grupo y se recibe dinero de todo el grupo, la remuneración debe coincidir.*

*Por ello, no es aceptable la asimetría en la remuneración de las operaciones de aportación y de obtención de fondos dentro del CP de XZ con XR y con X Spa.*

*La Inspección, por tanto, aplica el tipo del 1,5% utilizado por el propio contribuyente en sus operaciones de crédito con X Spa, a todas las operaciones, tanto de crédito como de débito, y tanto con X SPA como con XR, considerando ésta una forma prudente de romper la indebida asimetría de la operativa del contribuyente".*

Pues bien, tal y como señala la inspección no es aceptable la asimetría en la remuneración de las operaciones de aportación y de obtención de fondos dentro del CP de XZ con XR y con X SPA pues los beneficios de la operación corresponden a todos los partícipes y, en consecuencia, no resultaría coherente asignar a la entidad gestora del sistema centralizado



de tesorería las funciones propias de una entidad financiera, como tampoco el beneficio que resultaría para la misma si exigiera unos tipos de interés superior a los que satisface a los aportantes. La sociedad gestora del sistema centralizado no es una entidad financiera y, por tanto, como señala la inspección, no cabe aplicar los principios de funcionamiento de éstas a su operatoria.

En igual sentido se ha pronunciado este TEAC en resolución de 8 de octubre de 2019 (RG 6537-17 y acumulada); en dicha resolución se mantenía el siguiente criterio:

*"No es admisible la asimetría en el tratamiento dado por el obligado tributario a las operaciones acreedoras y deudoras en el cash pooling:*

*Tal como está configurado este sistema, ambos tipos de operaciones deberían tener el mismo tratamiento; El análisis de la lógica y filosofía que existe en las operaciones con entidades financieras no es trasladable a las operaciones de centralización de tesorería aquí implicadas; en este, las operaciones que son canalizadas a través de la entidad líder del cash pooling, desprendiéndose del análisis funcional que actúa como prestadora de servicios gestionando y administrando el cash pooling, pero no como una entidad de crédito que asumiese las consecuencias de las aportaciones y detracciones al/del pool de tesorería. Y 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 cuál va a ser la posición deudora o acreedora de cada una de ellas."*

Conforme lo expuesto se confirma la regularización efectuada por la inspección desestimándose las alegaciones de la reclamante en este punto.

DECIMO CUARTO.- La siguiente cuestión planteada es la relativa a los préstamos concedidos por la entidad ... TW BV a las sociedades W SA y WY SA.

En los ejercicios comprobados, las sociedades dependientes, W SA y WY SA, tenían concertados préstamos con la entidad ... TW BV, participada al 100% por W SA.

La actividad principal de la entidad ... consiste en la emisión de pagarés y bonos en los mercados de deuda, emisiones que cuentan con la garantía de W SA. Los fondos captados en el mercado por la entidad ... se prestan, a su vez, a W SA y WY SA.

Asimismo, en los ejercicios comprobados, la entidad ... poseía el 100% de la entidad WKK LLC, domiciliada en ..., que había emitido participaciones preferentes garantizadas por W SA, cuyos fondos fueron prestados a la matriz .... A su vez, estos fondos obtenidos por la sociedad ... también se destinaron a financiar a W SA y WY SA.

Por tanto, los fondos obtenidos por la sociedad ... procedentes tanto de las operaciones realizadas en el mercado como de su filial se destinaron a financiar a W SA y WY SA.

En el informe de precios de transferencia para valorar estas operaciones utilizan el método del precio libre comparable (CUP) realizando un análisis basado en la comparación con operaciones de préstamo sindicado en las que participan partes independientes; el precio libre de competencia calculado como retribución de la entidad ... es un margen sobre el tipo de interés de los préstamos de 6,07 puntos básicos (0,0607%).

En diciembre de 2009, TW BV suscribió un acuerdo previo de valoración (APA) con la Administración ... para las transacciones realizadas con empresas de su grupo, que fue renovado en 2013. El Acuerdo fija la retribución de la entidad ... para cada transacción de fondos intragrupo en la que actúa como prestamista en un margen sobre el tipo de interés de los préstamos de 6,07 puntos básicos, es decir, el 0,0607%. La valoración del precio se realiza sobre la base de un informe de precios de transferencia de octubre de 2009 y realizado por ...

La inspección incrementa la base imponible de los ejercicios comprobados de las entidades W SA y WY SA, y por tanto, la del Grupo, como consecuencia de la determinación del



precio de transferencia de las operaciones de préstamo concertadas entre la entidad ... y las entidades españolas en base a lo dispuesto en el artículo 9 del CDI con ... y los artículos 10 y 16 del TRLIS.

La regularización efectuada por la inspección es la siguiente:

1) Califica la actividad de la entidad ... como prestadora de servicios administrativos y no como intermediaria financiera.

Mediante el análisis de funciones, activos y riesgos de las partes vinculadas de la operación la inspección considera a la entidad ... como un vehículo que realiza funciones instrumentales de carácter administrativo; caracteriza a la entidad ... como prestadora de servicios administrativos en relación con la función financiera y rechaza la caracterización de intermediario financiero dada en los informes de precios de transferencia.

2) Valoración de los servicios prestados.

A la vista de dicha caracterización funcional, la metodología de valoración que considera adecuada, con base en la información disponible, es el margen neto sobre costes totales de la entidad analizada; considera aplicable el método del margen neto del conjunto de operaciones y como indicador de beneficios utiliza los costes totales.

La inspección solicitó la asistencia de la Oficina Nacional de Fiscalidad Internacional (ONFI) en la elaboración del análisis de comparabilidad a efectos de la determinación del margen aplicable a los gastos de explotación de la entidad ... que determine un precio de plena competencia.

Con fecha 09-03-2018, la ONFI ha remitido un informe que consta incorporado al expediente electrónico. La ONFI ha seleccionado la aplicación del método del margen neto utilizando los costes totales como indicador de beneficio. Ha localizado operaciones comparables utilizando la base de datos ORBIS. Ha realizado dos procesos de búsqueda. El primero referido a entidades clasificadas en códigos de "actividades auxiliares a los servicios financieros". El resultado de este proceso da un total de 9 entidades cuyo rango en los ejercicios 2011 a 2014 se sitúa entre el 2,12% y el 24,71% con una mediana del 13,37%.

El segundo proceso, de carácter general, sobre actividades auxiliares, con los criterios de selección idénticos al anterior, salvo, lógicamente, el de sector económico de actividad. El número de comparables que resulta de este proceso es muy elevado con un rango que se sitúa entre -13,10% y 49,44% con una mediana de 4,09%.

La inspección considera que el primero de los procesos de búsqueda, es decir, el realizado sobre actividades auxiliares a los servicios financieros ofrece una mayor fiabilidad. De acuerdo con ello, el valor del indicador de beneficio margen neto sobre costes totales que utiliza para determinar el valor de mercado de las operaciones vinculadas analizadas es el correspondiente al primer cuartil del citado proceso de búsqueda, esto es, 9,45%. Fija la política de precios de transferencia aplicable en un margen neto del 9,45% sobre los gastos de explotación.

La reclamante rechaza el ajuste en la política de precios de transferencia practicado por la inspección porque:

a) Considera que no existen razones objetivas que justifiquen su caracterización como prestador de servicios de carácter instrumental; cuestiona la recalificación de la entidad ... como prestador de servicios.

b) Considera que selecciona de manera injustificada la banda inferior del rango del análisis económico en vez de posicionarse en la mediana; cuestiona la selección del primer intercuartil del rango del análisis económico efectuado por la ONFI en vez de posicionarse en la mediana del rango de valores.



c) Considera que se ha vulnerado la doctrina de los actos propios. W fu objeto de procedimiento de comprobación del IS del ejercicio 2005 en el cual no se cuestionaron las operaciones realizadas con la entidad ... (beneficio y reparto de dividendos).

DECIMO QUINTO.- En relación con las alegaciones efectuadas por la entidad debemos analizar en primer lugar si procede considerar a la entidad ... como prestador de servicios auxiliares financieros o como intermediario financiero.

La reclamante insiste en considerar errónea la calificación efectuada por la inspección como prestador de servicios. Señala que no existen razones objetivas que justifiquen su caracterización como un prestador de servicios de carácter instrumental y, consecuentemente, rechaza el ajuste efectuado por la inspección.

La inspección, por el contrario, sostiene, tras analizar la actividad y funciones realizadas por los intermediarios financieros, realizar un minucioso examen de las funciones, activos y riesgos, de la entidad ... y efectuar la comparación que TW BV (TWBV) debe ser caracterizada esencialmente como prestadora de servicios administrativos. El análisis de la inspección caracteriza la entidad como empresa prestadora de servicios administrativos, como un vehículo, con activo y pasivo simétrico, creado para obtener ventajas no relacionadas con los precios financieros que obtiene, que necesariamente están vinculados con la garantía de su matriz que es la que en última instancia pide prestados los fondos. Destaca que el hecho de que acuda al mercado de capitales para financiarse emitiendo deuda no significa que realice una labor de intermediación financiera. La inspección entiende que sus funciones no son equiparables a las que realizan los intermediarios financieros pues no tiene autonomía en las actividades de captación y uso de los fondos y los servicios que presta tienen carácter puramente administrativo y de apoyo; la revisión de los contratos, la llevanza de la contabilidad, la cumplimentación de formalidades contractuales, el control de los plazos de cobro y pago de intereses, la ejecución de dichos pagos, proporcionar periódicamente información o rellenar declaraciones fiscales son, todas ellas, tareas, que se enmarcan dentro de lo que la OCDE denomina funciones instrumentales y que deben diferenciarse de las funciones de tesorería y otras financieras.

Por su parte, la reclamante reitera, el carácter de intermediario financiero de la entidad TW BV; señala que la inspección ha llevado a cabo un análisis funcional incompleto y ha analizado incorrectamente los riesgos asumidos.

Pues bien, la inspección pone de manifiesto que la entidad ... opera como un prestador de servicios administrativos en base a las siguientes consideraciones:

#### A) Activos

El activo de TW BV está compuesto por los derechos derivados de los contratos de préstamo que formaliza con W y WY (WY). Los fondos captados se prestan a estas sociedades con los mismos vencimientos y las mismas condiciones fijadas en la emisión incorporando, igualmente, las condiciones de los Swap de cobertura cuando existen. Todos los costes de la intermediación financiera se trasladan a estas sociedades como costes asociados a los préstamos concedidos.

En las operaciones de activo, W es, en unos casos, deudor de TW BV, y, cuando no lo es, garantiza la devolución de los préstamos concertados entre TW BV y WY (garantía interna), con un límite de asunción de riesgos para la sociedad ... de 2 millones de euros.

Señala la inspección que "Esta forma de operar genera una simetría entre los activos y los pasivos de su balance que solo se rompe por el margen acordado con la administración ... para retribuir las transacciones intragrupo. Los dos lados del balance de TW BV son, en la práctica, simétricos de modo que los plazos y las condiciones de los activos y los pasivos están casadas y, en consonancia con su carácter instrumental, la sociedad no asume riesgos financieros que deban influir en la determinación de su retribución".



## B) Riesgos

Destaca la inspección que la simetría entre tipos de interés, vencimientos y monedas que existe entre el activo de la entidad (los préstamos a las sociedades de su grupo) y su pasivo (los fondos captados) excluye la incidencia de los riesgos típicos de las entidades financieras.

Analiza estos riesgos y en qué medida los asume TW BV:

### 1) Riesgo de mercado

El riesgo de mercado incluye esencialmente el riesgo de tipo de interés y el de tipo de cambio.

Señala la inspección que *"la forma en que se configuran las operaciones por las entidades vinculadas del grupo W produce el efecto de eliminar dichos riesgos. TW BV presta todos los fondos que captan a entidades de su grupo, W y WY, y puesto que aplica las mismas condiciones (tipos de interés, plazos y moneda y, en su caso, las de cobertura) que las presentes en sus operaciones pasivas, es decir, que presta a los mismos plazos y tipos de interés que debe pagar a los terceros (por eso las denominan operaciones "espejo"), TW BV no pueden incurrir en riesgos de mercado.*

*En efecto, el informe de precios de transferencia aportado por el contribuyente reconoce de forma explícita esta realidad indicando que "Since the intercompany loans are entered into on a back-to-back basis, no foreign exchange risk or market interest risk is assumed by TW BV".*

### 2) Riesgo de liquidez

El riesgo de liquidez se corresponde con las pérdidas que pueden derivarse para TW BV si no puede disponer de fondos líquidos, o acceder a ellos, en la cuantía suficiente y coste adecuado, para hacer frente a sus obligaciones. Señala la inspección que *"Este riesgo solo se materializaría si W y WY no pueden cumplir sus compromisos de pago y en tanto que W garantiza incondicionalmente todas las emisiones instrumentadas a través de TW BV, el riesgo de liquidez no es de TW BV, sino que debe evaluarse en el conjunto del grupo W".*

### 3) Riesgo de crédito

Señala la inspección que en este caso *"se trataría del riesgo en que podría incurrir TW BV si las sociedades de su grupo incumplen las obligaciones de pago de los intereses o del principal de los préstamos "espejo" que aquella le concede tras captar los fondos en el mercado". Considera que prácticamente "todo el riesgo potencial de crédito de TW BV se encuentra materializado con W y WY y a que solo emplea los fondos que capta para prestar a estas sociedades".*

Al evaluar este riesgo, la inspección tiene en cuenta que W actúa como garante de las deudas de TW BV y garantiza igualmente las obligaciones que otras empresas del grupo adquieren con la sociedad ....

Respecto a que al riesgo de 2 millones de euros que dicen asume TW BV la inspección señala lo siguiente.

*".... consta en la documentación del Acuerdo Previo de Valoración aportada por el contribuyente: "The garante es extended b y W, S.A. mean that Party A's risk will in no instance be more tan EUR 2 million."*

*Cuando se evalúa este riesgo de crédito limitado hasta 2 millones de euros, ha de tenerse en cuenta que las condiciones en las que puede hacerse efectivo suponen el incumplimiento previo de TW BV con los terceros acreedores por cualquier razón. Como consecuencia de ello, los acreedores de la entidad...invocarían la garantía que W ha*



otorgado sobre las emisiones. Es decir que, en última instancia, es W la que puede reclamar a TW BV hasta 2 millones de euros, en el caso de que TW BV no pague sus obligaciones y la matriz del grupo deba hacer efectiva la garantía de las obligaciones que TW BV incumple.

Pero si se tiene en cuenta que los préstamos desde TW BV a las sociedades de su grupo se han diseñado como un espejo (mismos importes, mismos tipos de interés, mismos plazos y mismas monedas) de las obligaciones que la primera contrae con terceros, la circunstancia en que puede suceder la reclamación es ciertamente peculiar, ya que solo si W incumple sus propias obligaciones con la empresa...podrá W reclamar los 2 millones de euros. En efecto, si W cumple sus obligaciones para con TW BV, proporcionará a esta última todos los fondos que necesita para pagar a los acreedores externos y no habrá ninguna reclamación ni se incurrirá en ningún riesgo. Se podría pensar, en pura hipótesis, que una vez cobrados los fondos de W(o de WY), los administradores de TW BV pueden "hacerlos desaparecer" y no pagar a sus acreedores. Pero incluso en este hipotético escenario, estaríamos ante un riesgo operativo de W y no ante un riesgo financiero de TW BV.

Así pues, en último término, el riesgo está diseñado contractualmente de tal modo que sólo cuando W deje de pagar a TW BV, la primera podría reclamarle a la segunda los dos millones de euros. Y ese comportamiento de W(impago TW BV) resultaría absurdo si se tiene en cuenta que W actúa como garante frente a terceros de las emisiones de deuda, de modo que deberá pagar, en cualquier caso.

Y ello, salvo que se estuviera pensando en la situación en la que W no pueda, efectivamente, hacer frente ni al pago ni a la garantía (default de la matriz del grupo). Esta circunstancia se encuentra absolutamente fuera del control y de las posibilidades de actuación de TW BV y difícilmente justificaría que la entidad...tuviera que pagar a W, pues en situación de libre concurrencia nadie asumiría un riesgo sobre el que no tiene ningún control (Directrices OCDE, párrafo 9.22 y siguientes).

En suma, tal como se ha demostrado, este riesgo de TW BV cifrado en 2 millones de euros, cantidad que, por otra parte, no se justifica, es puramente nominal o contractual, sin que se alcance a comprender cuales son las circunstancias en las que puede llegar a materializarse realmente, si se tiene en cuenta que W garantiza el cumplimiento de las obligaciones externas e internas que se han establecido".

### C) Funciones

TW BV no juega ningún papel relevante en las emisiones de deuda (pasivo de su balance), ni en los préstamos a W y WY (activo de su balance).

Respecto de las emisiones de deuda (pasivo) la inspección destaca que "estas emisiones están enmarcadas en programas, colocaciones privadas y emisiones de participaciones preferentes, dirigidos e intermediados por bancos de inversión, y que han sido aprobadas por el Consejo de Administración de W que las garantiza de forma incondicional. La posición pasiva de TW queda reflejada en la propia exposición de las funciones que se hace en el informe de precios de transferencia aportado por la entidad.

Este informe, como se ha hecho constar en el acta, señala que es el departamento de tesorería del grupo W el que decide la viabilidad de todas las transacciones y que es este departamento el que soporta la negociación, el control y la gestión del efectivo".

Por tanto, dice la inspección que "la decisión respecto de la captación de fondos que es el inicio de la "originación" de las emisiones, esto es, de la creación del instrumento financiero que vincula a W e TW BV con los prestamistas (terceros), es, en todo caso, del departamento financiero de W. Este departamento es el que cuenta con los medios y con la información adecuada sobre la financiación el grupo económico en su conjunto para tomar la decisión".



Respecto de la originación de los préstamos a W y WY señala la inspección que *"la función de TW BV, según el informe de precios de transferencia aportado, se resume en la preparación de los contratos de crédito intragrupo, la contabilización de los activos y el desembolso de los fondos con la asistencia del departamento de tesorería de W.*

*Esta preparación se refiere a la documentación que efectivamente recoge las condiciones del préstamo que, como hemos visto, replican las de las emisiones de deuda realizadas.*

*Esto es así porque TW BV no puede decidir en que emplear los fondos captados, ni a quién prestárselos. Lo normal es que las propias emisiones recojan el uso finalista de los fondos y delimiten su empleo al perímetro del grupo de la sociedad que los garantiza.*

*TW BV tiene, por tanto, también un papel pasivo en relación al uso que ha de darse a los fondos captados.*

*Las funciones relativas a la gestión de los préstamos que se atribuyen a TW BV en el informe de precios de transferencia son de carácter meramente administrativo. Recordamos que, como consta en el texto del acta, se trata de labores de vigilancia respecto del cobro y el pago de intereses, contabilización, revisión de la información, proceso de reporte y labores de apoyo".*

Y tras el análisis termina señalando la inspección que

*"la propia estructura de su balance indica que no cumple ninguna de las funciones representativas de los intermediarios financieros porque los dos lados de su balance son en la práctica iguales respecto de los plazos y las condiciones de los activos y los pasivos. No hay, desde luego, transformación de vencimientos, ni de liquidez, porque los préstamos a W y WY son un espejo de las emisiones realizadas. Tampoco hay asunción ni transformación de riesgo porque el garante de las emisiones es la propia W. En TW BV se residencian esencialmente la realización de funciones administrativas rutinarias y de bajo valor añadido".*

Por ello, la inspección concluye que la entidad TW BV *"debe ser caracterizada esencialmente como prestadora de servicios de tipo administrativo" puesto que "no realiza funciones significativas en relación con la creación u "originación" de los préstamos, ni de activo, ni de pasivo, siendo estas funciones realizadas por W o por los intermediarios financieros. Las funciones que se le atribuyen en relación con su gestión y administración son de carácter rutinario o de apoyo (revisión de contratos, la llevanza de contabilidad, la cumplimentación de formalidades contractuales, el control de los plazos de cobro y pago de intereses, la ejecución de dichos pagos, proporcionar periódicamente información o rellenar declaraciones fiscales).*

*Además, tomando en consideración la forma en que están configuradas las operaciones entre TW BV y W y WY, la asunción y exposición de dichas entidades vehículo a los riesgos de carácter financiero (riesgo de crédito, de tipo de interés, de tipo de cambio y riesgo de liquidez) es nula o, a lo sumo, de magnitud irrelevante.*

*Finalmente, dicha entidad no expone en sus operaciones vinculadas activos distintos de los representados por préstamos que realizan a entidades vinculadas. Préstamos que tienen por contrapartida, prácticamente equivalente, el pasivo representado por el importe de las obligaciones, bonos u otros instrumentos de deuda con los que se capta la financiación en el mercado. Los activos que se exponen en estas operaciones no son los de TW BV sino los de la matriz del grupo, garante de las emisiones.*

A la vista de los datos descritos y coincidiendo con lo razonado por la inspección cabe concluir que TW BV debe ser caracterizada como prestadora de servicios administrativos pues tal y como se expone en el Acuerdo de Liquidación en el ejercicio de sus funciones (desarrolla funciones muy similares a las que desarrolla el resto de empresas comparables al por mayor incluidas en la muestra de comparables), en la utilización de



los activos y en la asunción de riesgos se corresponden con las de un prestador de servicios administrativos.

DECIMO SEXTO.- Una vez determinado que TW BV actúa como una entidad prestadora de servicios administrativos en vez de como intermediario financiero procede analizar el resto de alegaciones.

Rechaza la reclamante el ajuste en la política de precios de transferencia efectuado por la inspección. No cuestiona el método utilizado ni la selección de comparables. Únicamente cuestiona la procedencia de computar el rango correspondiente al primer cuartil en vez de utilizar la mediana.

La inspección considera que TW BV no opera como intermediario financiero sino como prestador de servicios administrativos y para determinar la retribución de mercado de estos servicios utiliza el método del margen neto del conjunto de operaciones y como indicador de beneficio los costes totales. El resultado del estudio de comparables referido a entidades clasificadas en códigos de "actividades auxiliares a los servicios financieros" da un total de 9 entidades cuyo rango en los ejercicios 2011 a 2014 se sitúa entre el 2,12% y el 24,71% con una mediana del 13,37%. La inspección fija la política de precios de transferencia en un margen neto del 9,45% sobre los gastos de explotación que corresponde al primer cuartil.

El rango del análisis de comparabilidad es:

Mínimo: 2,12

Primer cuartil: 9,45

Mediana: 13,37

Tercer cuartil: 22,95

Máximo: 24,71

La inspección tras destacar que de acuerdo con lo dispuesto en el párrafo 3.62 de las Directrices de la OCDE, cualquier punto del rango intercuartilico satisface el principio de plena competencia, justifica la aplicación del primer cuartil en la fiabilidad de los datos obtenido del análisis efectuado y en que la entidad vinculada realiza menos funciones que todos los comparables.

La reclamante señala que la inspección ha seleccionado de manera injustificada la banda inferior del rango intercuartilico (el primer intercuartil) en lugar de posicionarse en la mediana del rango de valores; considera que lo apropiado hubiera sido posicionarse en la mediana porque dice uno de los defectos de comparabilidad que puede predicarse del análisis de comparabilidad es que los comparables identificados "no realizan en su plenitud las mismas funciones ni actividades desempeñadas por la entidad TW BV, más aún si se tiene en cuenta que su representada y la inspección no coinciden en la caracterización funcional de esta entidad".

El párrafo 3.55 de las Directrices de la OCDE indica que:

*"En algunos casos es posible aplicar el principio de plena competencia hasta determinar una cifra única (por ejemplo, un precio o un margen) que constituirá la referencia más fiable para establecer si una operación responde a las condiciones de plena competencia. Sin embargo, en la medida en que la determinación de precios de transferencia no constituye una ciencia exacta, habrá muchas ocasiones donde la aplicación del método o métodos más apropiados conduzcan a un rango de cifras en el que todas ellas sean relativamente igual de fiables. En estos casos, las diferencias entre las cifras incluidas en el rango pueden deberse a que, en general, la aplicación del principio de plena competencia permite sólo una aproximación a las condiciones en las que hubieran operado empresas independientes. Es posible también que los diferentes puntos del rango reflejen*



*el hecho de que empresas independientes que realicen operaciones comparables en circunstancias igualmente comparables pueden no establecer exactamente el mismo precio para la operación".*

A efectos de la determinación del punto del rango de plena competencia, el párrafo 3.62 de las Directrices de la OCDE, recomienda lo siguiente:

*"A.7.2 Selección del punto más apropiado del rango*

*3.62 Para determinar este punto, cuando el rango comprende resultados muy fiables y relativamente iguales, puede argumentarse que cualquiera de ellos satisface el principio de plena competencia.*

*Cuando persistan algunos defectos en la comparabilidad, como se vio en el párrafo 3.57, podría ser conveniente utilizar medidas de tendencia central que permitan determinar este punto (por ejemplo, la mediana, la media o la media ponderada, dependiendo de las características específicas de los datos) a fin de minimizar el riesgo de error provocado por defectos en la comparabilidad que persistan pero que no se conocen o no pueden cuantificarse".*

En primer lugar señalar que el hecho de que exista un acuerdo de valoración previa suscrito con la Administración ... no permite concluir que la política de precios de transferencia era apropiada y se encontraba justificada pues como la propia reclamante reconoce ese APA no es vinculante para la Administración tributaria española; sus conclusiones no pueden trasladarse a España así lo señala la sentencia de la Audiencia Nacional de 25-06-2018, recurso 479/2014) que expone "No juzgamos el acierto y validez del Acuerdo Previo de Valoración existente entre las Administraciones tributarias de Suiza y Francia, pues no nos corresponde, pero consideramos que sus conclusiones no pueden trasladarse a España".

Por otro lado la inspección sí ha justificado la aplicación del primer cuartil; al respecto consta en el expediente:

*"La fiabilidad de los datos obtenidos se deriva del análisis efectuado en el estudio de la ONFI, al que nos remitimos. Debemos destacar al respecto que, en un primer paso, con los criterios utilizados para la selección (entidades activas, ámbito geográfico, actividad valorada y sector de actividad, independencia, tamaño y disponibilidad de información), se obtuvo una primera muestra de 61 empresas, las cuales fueron objeto de una segunda depuración, y en este proceso eliminaron las entidades en las que concurrían los siguientes motivos:*

- Realización de una diferente actividad de la descrita de intermediación.*
- Resultados de explotación negativos todos los periodos objeto de análisis, de conformidad con lo dispuesto en las Directrices de Precios de Transferencia, apartado 1.70.*
- Ausencia de información disponible sobre actividad o sobre resultados, así como datos incoherentes que imposibilitan el análisis.*

*El resultado final fue la selección de los nueve comparables anteriormente relacionados.*

*Como se desprende del estudio de comparabilidad elaborado por la ONFI mediante la base de datos ORBIS, la característica fundamental de todas las entidades resultantes de dicho estudio es que se trata de sociedades que participan en funciones auxiliares a la intermediación financiera, sea mediante asesoramiento, transmisión de órdenes, registro o control de inversiones de terceros independientes (Códigos NACE 6619 y 6499). Todas estas entidades se diferencian de la entidad objeto de análisis, con un Código NACE 6420 (actividades de las sociedades holding), y cuya actividad comprobada por la inspección es incluso inferior a las típicas de las sociedades holding, limitándose a servicios a entidades del grupo. Por tanto, dado que la entidad vinculada realiza menos funciones que todos los*



*comparables se ha estimado oportuno utilizar la remuneración correspondiente al primer cuartil de la muestra al ser mejor reflejo de la remuneración que hubiese acordado un independiente".*

Por tanto, en contra de lo manifestado por la entidad la inspección sí ha justificado la aplicación del primer cuartil. Por otro lado, la entidad no ha justificado la existencia de defectos en la comparabilidad y además no ha cuestionado las entidades seleccionadas como comparables por la inspección.

Por tanto, se desestiman las alegaciones de la reclamante.

DECIMO SEPTIMO.- A continuación alega vulneración de la doctrina de los actos propios al considerar que en la comprobación del IS del ejercicio 2005 no se cuestionaron operaciones realizadas con la entidad TW BV. Se refiere al procedimiento de comprobación relativo al ejercicio 2005 y cuyo resultado refleja el Acta de conformidad número ...35 que adjunta al escrito de alegaciones a este Tribunal.

Respecto a la doctrina de los actos propios la sentencia del Tribunal Supremo de 4 de noviembre de 2013 (RC 3262/2012) señala lo siguiente:

*"(...) la Administración puede quedar obligada a observar hacia el futuro la conducta que ha seguido en actos anteriores, inequívocos y definitivos, creando, definiendo, estableciendo, fijando, modificando o extinguiendo una determinada relación jurídica. Esos actos pueden ser expresos, mediante los que la voluntad se manifiesta explícitamente, presuntos, cuando funciona la ficción del silencio en los casos previstos por el legislador, o tácitos, en los que la declaración de voluntad se encuentra implícita en la actuación administrativa de que se trate.*

*El dato decisivo radica en que, cualquiera que fuere el modo en que se exteriorice, la voluntad aparezca inequívoca y definitiva, de manera que, dada la seguridad que debe presidir el tráfico jurídico (artículo 9.3 de la Constitución) y en aras del principio de buena fe, enderezado a proteger a quienes actuaron creyendo que tal era el criterio de la Administración, esta última queda constreñida a desenvolver la conducta que aquellos actos anteriores hacían prever, no pudiendo realizar otros que los contradigan, desmientan o rectifiquen.*

*Ese principio, el de buena fe, junto con el de protección de la confianza legítima, constituyen pautas de comportamiento a las que, al servicio de la seguridad jurídica, las Administraciones públicas, todas sin excepción, deben ajustar su actuación [véase el artículo 3.1, párrafo segundo, de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común (BOE de 27 de noviembre)], sin que después puedan alterarla de manera arbitraria, según reza el apartado II de la exposición de motivos de la Ley 4/1999, de 13 de enero (BOE de 14 de enero), por la que se añadió ese segundo párrafo a la redacción inicial del precepto. Así lo hemos recordado recientemente en la sentencia de 22 de enero de 2013 (casación 470/11, FJ 7º)".*

Y la sentencia del Tribunal Supremo de 11-10-2017, recurso casación nº 1714/2016, expone que:

*"para que resulte aplicable la doctrina de los actos propios es necesario, siguiendo una extensísima jurisprudencia recaída sobre el particular, por un lado, que el acto en cuestión haya creado, definido, modificado, extinguido o esclarecido una determinada situación jurídica que afecta a su autor como al destinatario del acto, y, por otro, que dicho destinatario haya obrado con arreglo a las exigencias de la buena fe (que es el principio en el que descansa la doctrina), y que no es otra cosa que el haber cumplido lo que dicho acto ordena (o lo que es lo mismo, haber respetado la situación jurídica creada, definida, modificada, extinguida o esclarecida, causando de esta manera estado dicha situación)*



.....

*Por tanto, en el supuesto que motiva el presente expediente, no se considera de aplicación, como pretende el obligado tributario, el denominado principio de los actos propios de la Administración en sus actos declarativos de derechos porque, como señala el Tribunal Supremo, en su Auto de 4 de diciembre de 1998 "...para que la doctrina de los actos propios de la Administración tenga aplicación es necesario fundamentalmente que un primer órgano de la Administración haya dictado un primer acto declarativo de derechos y luego que en el segundo revoque la decisión tomada en el primero", y dicha circunstancia no concurre en el presente caso porque el presente acto administrativo de liquidación tributaria no revoca ninguna decisión tomada en un acto precedente relativo al mismo concepto tributario ni existe un acto declarativo expreso que ahora modifique".*

Alega la entidad que se ha vulnerado la doctrina de los actos propios porque en la comprobación correspondiente al ejercicio 2005 no se cuestionaron las operaciones realizadas con la entidad TW BV. Se refiere al Acta de disconformidad número ...35 extendida el 25-03-2011 a W SA.

Al escrito de alegaciones a este Tribunal adjunta el Acta de conformidad número ...35 extendida el 25-03-2011 a W SA como representante del Grupo fiscal ... En las páginas 6 a 8 figuran las modificaciones efectuadas a la base imponible de la entidad dominante W SA y entre ellas no figura ninguna referida a la política de precios de transferencia. Es más en dicha Acta ni siquiera figura si en ese ejercicio ha realizado operaciones con la entidad TW BV similares a la aquí examinada. Por otro lado, la entidad en el escrito de alegaciones se limita a señalar que W SA ha participado con la entidad TW BV en operaciones idénticas a las ahora regularizadas "desde hace numerosos ejercicios".

Por lo tanto, no consta que se haya analizado ni que exista un pronunciamiento sobre la operación regularizada en el presente expediente incluso ni consta si se ha realizado en dicho ejercicio operaciones con la entidad TW BV similares a la aquí regularizada. La liquidación objeto del presente expediente, no revoca ninguna decisión tomada en un acto precedente ni existe un acto declarativo expreso que ahora modifique tal y como señala la STS reproducida anteriormente.

Es más, la valoración de la operación vinculada que aquí se regulariza se refiere al año 2009 por lo que difícilmente se puede defender que las actuaciones relativas al IS del ejercicio 2005 sirven como precedente.

En definitiva, no se presentan todos los elementos que permiten la aplicación de la doctrina de los actos propios en el ámbito tributario, recogida en múltiples ocasiones por los Tribunales, por lo que se desestiman las alegaciones de la reclamante al respecto.

DECIMO OCTAVO.- La siguiente cuestión planteada es la relativa a las operaciones de préstamo y depósito realizadas por XZ SL y W SA relacionadas con la compra intragrupo de acciones de GH y XP SA.

La inspección considera que la concesión de un préstamo por la sociedad residente en ... (XR) a XZ SL para la adquisición de las acciones de GH, contemplándola globalmente y desde un punto de vista de su adopción por una empresa independiente carece de racionalidad; considera que no habría sido adoptada por una empresa independiente por lo que concluye que no se realizó en condiciones normales de plena competencia difiriendo de las normales de mercado entre partes independientes. Por ello y en aplicación del artículo 9 del Convenio Hispano Holandés para evitar la doble imposición no admite la deducibilidad de los gastos financieros del citado préstamo minorados en los ingresos del depósito.

Son hechos relevantes para la presente regularización, no cuestionados, los siguientes:



1) La Junta General de accionistas de W de fecha 21-10-2014 acuerda aceptar la oferta de compra realizada por XZ, S.L. de las acciones de GH titularidad directa de W y de X P S.A., sociedad a través de la cual W participaba indirectamente en GH. La compra se documenta en escritura pública de fecha 23-10-2014.

En la misma fecha se aprueba el pago de un dividendo extraordinario por un importe igual al del precio de venta (8.253 millones de euros) pagadero con fecha 29-10-2014.

2) Previamente, con fecha 07-10-2014, el Consejo de Administración de W, S.A. acordó la distribución de un dividendo a cuenta de los resultados del ejercicio 2014 (6.352,5 millones de euros), pagadero igualmente con fecha 29-10-2014.

El Acta del Consejo hace referencia expresa a que la fecha de pago del dividendo ordinario sea la misma que la del dividendo extraordinario, 29 de octubre.

En esta misma Acta del Consejo de Administración de W, S.A. se acuerda utilizar los fondos que se reciban por la venta de la participación en GH (8.253 millones de euros) en constituir un depósito en la entidad ... XR NV (XR) hasta que sean necesarios para hacer frente al pago de los dividendos ordinario y extraordinario.

3) En el Acta del Consejo de Administración de XZ, S.L. de fecha 07-10-2014 se acordó, con sujeción a la aprobación de la Junta General de accionistas de W, S.A., financiar la compra de la participación directa e indirecta en GH con un préstamo de 8.253 millones de euros, con la entidad ... XR como prestamista, y aplicar el importe del dividendo ordinario acordado por el Consejo de Administración de W, S.A. en la misma fecha y el dividendo extraordinario (sujeto a la aprobación de la junta extraordinaria de accionistas de W, S.A.) a la cancelación del préstamo cuya solicitud se aprueba para financiar la compra.

4) La documentación incluida en el expediente respecto del préstamo concertado entre XR y XZ, S.L. y del depósito concertado entre W, S.A. y la citada entidad ... (XR) muestra que XR había realizado una oferta vinculante con las condiciones de ambas operaciones con fecha 30-09-2014.

La fecha de firma de los contratos es el 21-10-2014, el mismo día de la junta extraordinaria de accionistas, y la fecha valor de ambos el 23-10-2014. El interés del depósito es del 0,04% anual, y el interés del préstamo el Euribor del 21 de octubre más 70 puntos básicos (Euribor + 0,7%).

En consecuencia, XZ, S.L. financió contablemente la compra mediante una operación bancaria intradía (los fondos salen y entran de las cuentas bancarias mediante apuntes contables realizados de forma simultánea) que refleja:

- Un préstamo a cinco días obtenido por XZ S.L. de la entidad ... XR, por un importe equivalente al precio de adquisición de GH.
- Un pago de XZ, S.L. a W, S.A. del importe del precio.
- La contratación de un depósito a cinco días, por parte de W, S.A., en la entidad ... XR, por un importe igual al de la venta de GH.

5) W, S.A. realizó el pago del total dividendo el 29 de octubre con abono a cuentas mantenidas con entidades financieras, y con salida efectiva de tesorería sólo en la parte correspondiente a los socios minoritarios. Por la parte que corresponde a XZ, S.L. se aplicó al pago el importe del depósito concertado con la sociedad ... XR, que se recupera contablemente (8.253 millones de euros), y el resto se financió con nuevos préstamos, concedidos igualmente por XR.

Por su parte, XZ, S.L., con el registro contable del dividendo canceló el préstamo a corto plazo, concertado con la entidad ... XR para financiar la compra de GH por importe de



8.253 millones de euros, y con el resto canceló el préstamo obtenido de la misma sociedad ... en 2009 para hacer frente a la adquisición de W.

En consecuencia, el pago del dividendo, el depósito y el préstamo a corto plazo se anulan mediante una operación intradía en cuentas de entidades financieras por importe de 8.253 millones de euros, en sentido inverso a la de financiación del precio de venta, es decir:

- Devolución a W, S.A. del depósito por la filial ... del grupo.
- Pago por parte de W, S.A. del dividendo a XZ, S.L.
- Devolución por parte de XZ, S.L. del préstamo a la entidad ...

DECIMO NOVENO.- La inspección cuestiona el coste financiero asumido por el Grupo XZ en la compra de las acciones de GH a W; esta compraventa se articuló a través de la financiación del pago de las acciones mediante un préstamo a cinco días concedido por XR a un tipo de interés del Euribor más 0,7% y un depósito a cinco días del importe de la venta realizado por W en la misma entidad (XR) a un tipo de interés del 0,04%.

Entiende que la operación analizada globalmente no cumple con el principio de plena competencia ya que "carece de racionalidad" y "nunca habría sido adoptada por una empresa independiente"; señala la inspección que "la asunción del coste financiero por el grupo XZ no implica responsabilidades, funciones o riesgos y, en consecuencia, no se hubiera pactado entre partes independientes y en condiciones de libre mercado". En el Acuerdo de Liquidación páginas 114 y siguientes, la inspección expone las razones que le llevan a considerar que la operativa llevada a cabo no cumple con el principio de plena competencia.

La regularización efectuada por la inspección se basa en lo dispuesto en el artículo 9 del Convenio entre España y ... de 16 de junio de 1971 (BOE de ... de ...) para evitar la doble imposición en materia de impuestos sobre la renta y sobre el Patrimonio (CDI) y en las directrices de la OCDE aplicables en materia de precios de transferencia (versión de 2010). El Acuerdo de Liquidación reproduce lo dispuesto en el artículo 9 del CDI y numerosos párrafos de las Directrices.

La reclamante cuestiona el ajuste efectuado por la inspección. Insiste en que la inspección no ha aportado razones fiables sobre el incorrecto proceder de la entidad y rechaza las conclusiones alcanzadas por la inspección. Muestra su disconformidad con el proceder de la inspección al efectuar la regularización en base al artículo 9 del CDI, cuestión controvertida en la actualidad y abierta dice a debate. Cita la Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de mayo de 2016. Al escrito de alegaciones complementarias adjunta la sentencia del Tribunal Supremo de 5 de noviembre de 2020 para que sea tenida en cuenta a los efectos oportunos.

Pues bien, en el presente caso, tal y como señala la inspección, lo que se trata de determinar no es si los interés son o no de mercado, sino si la operación se ha realizado en condiciones de libre competencia; se trata de determinar si la compraventa de las acciones de GH que ha dado lugar a la asunción de un coste financiero para el grupo XZ ha sido respetuosa con el "principio de plena competencia", principio al que se refiere el apartado 1 del artículo 9 del CDI de España-... dedicado a las "empresas asociadas", que dispone:

*"Artículo 9. Empresas asociadas.*

*Cuando:*

*a) Una Empresa de un Estado partícipe, directa o indirectamente, en la dirección, control o capital de una Empresa del otro Estado, o b) Unas mismas personas participen, directa o indirectamente en la dirección, control o capital de una Empresa de un Estado y de una Empresa del otro Estado, y 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 se acordarían por Empresas independientes, los beneficios que una de las Empresas habría obtenido de no existir estas condiciones y que de hecho no se han producido a causa de las mismas, pueden incluirse en los beneficios de esta Empresa y ser sometidos a imposición en consecuencia".*

En primer lugar conviene señalar que la inspección ha razonado ampliamente porque considera que la operación, globalmente considerada, no ha sido respetuosa con el principio de libre competencia.

Destaca la inspección que en este caso se produce una operación consistente en un préstamo de la entidad ... (XR) a XZ, con el que se paga a W la compra de las acciones en sus filiales y cuyo importe W deposita nuevamente en la entidad ... (XR). Al mismo tiempo, se acuerda un reparto de dividendo por W cuyo beneficiario será el nuevo adquirente de las participaciones, XZ. Para dicho pago W recupera los fondos del depósito en la entidad ... para satisfacer el pago a XZ con el que, a su vez, ésta cancelará el préstamo que le concedió la propia entidad ... para la adquisición de las participaciones de las filiales de W. Se produce, por tanto, una operación triangular en dos sentidos opuestos, con la particularidad de que no se produce movimiento de fondos sino apuntes contables en sentido contrario, y que todas las operaciones se acuerdan en un mismo momento, aunque la ejecución se produce con un desfase inferior a siete días.

Ni en el momento de concertación de los contratos, ni en el momento de su extinción hubo movimiento efectivo de tesorería. Tampoco hubo ninguna alteración en la tesorería del Grupo multinacional. Aunque las operaciones generaron únicamente movimientos contables de tipo circular, la intervención de una sociedad del Grupo multinacional no residente en la operación generó un gasto financiero en el Grupo fiscal español, que se ha considerado como deducible en la declaración del Impuesto sobre Sociedades en España, sin producir ningún otro efecto económico añadido. La diferencia de los tipos de interés aplicados al préstamo y al depósito supone, así, la integración en la base imponible del Grupo fiscal en España, minorando ésta, por un importe neto de 883.071,67 euros.

Por tanto, la inspección ha argumentado ampliamente los motivos que le llevan a concluir que la operativa realizada no es racional y no se hubiera acordado entre partes independientes.

Por otro lado, la vía del artículo 9 del CDI con ... utilizada por la inspección para efectuar la regularización es adecuada.

Respecto a si es posible aplicar directamente el artículo 9.1 del CDI sin necesidad de acudir a los métodos previstos para determinar el valor de mercado en las operaciones vinculadas y al procedimiento establecido a tal efecto en la regulación interna se ha pronunciado el Tribunal Supremo en sentencia de 5 de noviembre de 2020, recurso de casación 3000/2018 (reitera la doctrina contenida en la STS de 18-07-2012), a la que alude la reclamante.

La cuestión que presentaba interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia consistía en:

*"Determinar si resulta posible o no regularizar operaciones entre empresas españolas y francesas, aplicando directamente el artículo 9.1 del Convenio entre España y Francia a fin de evitar la doble imposición y de prevenir la evasión y el fraude fiscal en materia de impuestos sobre la renta y sobre el patrimonio, firmado en Madrid el 10 de octubre de 1995, sin necesidad de acudir a los métodos previstos para determinar el valor de mercado en las operaciones vinculadas y al procedimiento establecido a tal efecto en la regulación interna*

Declarando al respecto el Tribunal Supremo en el Fundamento de Derecho Décimo lo siguiente:



*"Que la regularización de operaciones entre empresas españolas y francesas, mediante la aplicación del artículo 9.1 del Convenio entre el Reino de España y la República Francesa a fin de evitar la doble imposición y de prevenir la evasión y el fraude fiscal en materia impuestos sobre la renta y sobre el patrimonio, de 10 de octubre de 1995, puede efectuarse sin necesidad de acudir a los métodos previstos para determinar el valor de mercado en las operaciones vinculadas y al procedimiento establecido a tal efecto en la regulación interna".*

Y a continuación señala lo siguiente (FD Undécimo):

*"UNDÉCIMO.- Decisión de las pretensiones deducidas en el recurso de casación.*

*I.- La aplicación del criterio anterior a la controversia enjuiciada y decidida por la sentencia recurrida permite concluir que no son de apreciar las infracciones que denuncia el recurso de casación.*

*Y esto por lo siguiente.*

*La principal cuestión controvertida no era el importe o la cuantificación de las operaciones que se tradujeron en la adquisición, por parte de la aquí recurrente ..., de participaciones en SLBA Italia. Fue esta otra: si la adquisición de esas participaciones tenía o no una justificación suficiente para poder ser considerada verosímil y válida para realizar las dotaciones que habían sido deducidas por la depreciación de títulos de ...*

*La Administración tributaria y la sentencia recurrida, según resulta de lo que ha quedado expuesto, entendieron que esa adquisición carecía de justificación y únicamente tenía una finalidad de elusión tributaria, porque así resultaba de la situación de pérdidas económicas que caracterizó a la sociedad participada los años que precedieron a la adquisición.*

*Invocaron el artículo 9.1 del CDI para señalar que, en esas circunstancias de pérdidas económicas, no era de apreciar en las operaciones controvertidas el parámetro de homogeneidad, con operaciones normales o habituales entre empresas independientes, que ese artículo viene a establecer para que se pueda aceptar como realmente existente una operación vinculada.*

*Y llegaron a la conclusión final de que, en esas singulares circunstancias, no cabe entender que la sociedad recurrente haya experimentado una depreciación de sus participaciones en los términos que resultan necesarios para efectuar con base en las mismas una deducción.*

*II.- No es de compartir el cambio. jurisprudencia que el recurso de casación esgrime para defender su tesis.*

*Así debe ser porque la doctrina contenida en la STS de 18 de julio de 2012 (casación 3779/2009), invocada y transcrita por la sentencia de instancia que se recurre en actual casación, establece una doctrina que es coincidente con el criterio interpretativo que ha sido fijado en el fundamento jurídico anterior de la actual sentencia; cual es el de considerar procedente el correspondiente ajuste, y con ello la anulación de cualquier efecto fiscal que pueda derivarse de la operación de que se trate, cuando de los datos acreditados se infiere claramente que la operación no habría sido realizada por sociedades independientes.*

*Y porque las sentencias de 31 de mayo de 2016 (rec. 58/2016) y 21 de febrero de 2017 (rec. 2970/2015) abordan cuestiones distintas de la anterior; al estar centrados los enjuiciamientos efectuados en esas sentencias en actuaciones valoratorias y en los métodos aplicables para llevarlas a cabo".*

El Tribunal Supremo estima que la regularización mediante la aplicación del artículo 9.1 del CDI puede efectuarse sin necesidad de acudir a los métodos previstos para determinar el valor de mercado en las operaciones vinculadas y al procedimiento establecido a tal



efecto en la regulación interna. La doctrina contenida en la STS de 18 de julio de 2012, recurso número 3779/2009 coincide con el criterio interpretativo de esta sentencia; cual es el de considerar procedente el correspondiente ajuste, y con ello la anulación de cualquier efecto fiscal que pueda derivarse de la operación de que se trate, cuando de los datos acreditados se infiere claramente que la operación no habría sido realizada por sociedades independientes, cosa que ocurre en el presente caso.

Conforme lo expuesto se confirma la regulación efectuada por la inspección desestimándose las alegaciones de la reclamante.

VIGESIMO.- La última de las cuestiones a tratar es la relativa a la consiste en determinar si procedía o no atender a la solicitud efectuada por el obligado tributario consistente en aplicar en cada uno de los ejercicios objeto de comprobación, el importe máximo de las deducciones pendientes a la finalización de cada ejercicio anterior, aun cuando ya hubieran sido aplicadas en los ejercicios posteriores, también objeto del procedimiento inspector.

La Inspección considera que lo que pretende el interesado no es posible y, en apoyo de su postura, alude a lo establecido en el apartado 4 del artículo 119 de la Ley 58/2003, General Tributaria, introducido por la Ley 34/2015, de 21 de septiembre, (con entrada en vigor el 12-10-2015, esto es, antes del inicio de las actuaciones inspectoras que nos ocupan) según el cual:

*"En la liquidación resultante de un procedimiento de aplicación de los tributos podrán aplicarse las cantidades que el obligado tributario tuviera pendientes de compensación o deducción, sin que a estos efectos sea posible modificar tales cantidades pendientes mediante la presentación de declaraciones complementarias o solicitudes de rectificación después del inicio del procedimiento de aplicación de los tributos."*

Señala que lo dispuesto en dicho precepto impide incrementar, en el procedimiento inspector -que es un procedimiento de aplicación de los tributos-, las deducciones aplicadas en los ejercicios 2012, 2013 y 2014, respecto de los importes declarados por el obligado tributario en sus respectivas autoliquidaciones. Dice que la solicitud de aplicación realizada por éste para la regularización de los ejercicios 2012 a 2015, implica en sí misma una solicitud de rectificación de las declaraciones presentadas en dichos ejercicios, si bien subsumida en el seno del procedimiento inspector.

El reclamante, por su parte, dice que en las declaraciones del Impuesto sobre Sociedades correspondientes a los ejercicios 2012 a 2015 aplicó el importe máximo de deducciones que la normativa le permitía, por lo que resulta evidente su voluntad de aplicar en cada uno de los referidos ejercicios el importe máximo posible de deducciones. Dice también que la Administración debe regularizar tanto los aspectos que perjudican como los que benefician al contribuyente, evitando que la invocación de los períodos impositivos o cualquier otra razón no permitan regularizar algunos aspectos o períodos que se hubieran visto afectados por la comprobación efectuada. Alude en este sentido a las SSTS de 05-11-2012 (rec. 4611/2010), de 07-10-2015 (rec. 2622/2013), de 06-11-2014 (rec. 3110/2012) y de 13-10-2014 (rec. 2887/2012). Y manifiesta que la regularización ha de ser íntegra, en aras al principio de seguridad jurídica, reconocido por el Tribunal Supremo, entre otras, en sentencias de 25-09-2019 (rec. 4786/2017), 10-10-2019 (rec. 4809/2017 y 4153/2017 y 13-11-2019 (rec. 1675/2018).

Y finaliza diciendo que lo dispuesto en el artículo 119.4 de la LGT nada tiene que ver con su caso ya que no está solicitando que se incrementen o modifiquen las deducciones declaradas en las autoliquidaciones presentadas antes del inicio del procedimiento inspector, sino que las declaradas se distribuyan según el mismo criterio de deducción máxima en la medida que la regularización ha provocado un incremento de los límites de aplicación de las deducciones.

A la vista de cuanto antecede exponemos lo que sigue:



El apartado 4 de ese mismo artículo, introducido por la Ley 34/2015, recoge la posibilidad de aplicar en un procedimiento de aplicación de los tributos las cantidades que el obligado tributario tuviera pendientes de compensación o deducción, pero no permite que las ya compensadas o deducidas se modifiquen mediante la presentación de declaraciones complementarias o solicitudes de rectificación efectuadas una vez iniciado un procedimiento de aplicación de los tributos.

En el apartado II de la Exposición de Motivos de la Ley 34/2015 se argumenta la razón para incluir ese apartado nº 4 al artículo 119 de la LGT:

*"Se señala expresamente la imposibilidad de que los contribuyentes que al inicio del procedimiento de comprobación o investigación hubieran ya aplicado o compensado las cantidades que tuvieran pendientes, mediante una declaración complementaria dejen sin efecto la compensación o aplicación realizadas en otro ejercicio y soliciten la compensación o aplicación de esas cantidades en el ejercicio comprobado, lo cual podría alterar la calificación de la infracción eventualmente cometida".*

Sin embargo, al redactar el precepto el legislador va más allá pues, para impedir que se modifiquen las deducciones declaradas, incluye las solicitudes de rectificación efectuadas después del inicio del procedimiento de aplicación de los tributos.

Pues bien, como se indica en el Acuerdo de liquidación ahora impugnado, *la solicitud de aplicación de las deducciones realizada por el obligado tributario para la regularización de los ejercicios 2012 a 2015, implica en sí misma una solicitud de rectificación de las declaraciones presentadas en dichos ejercicios, aunque subsumida en el seno del procedimiento inspector y ello, dada la redacción del apartado 4 del artículo 119 de la LGT, no es posible. No procede modificar -desaplicar y reaplicar- las deducciones declaradas por la entidad en los ejercicios comprobados.*

En consecuencia, por todo lo expuesto y considerando que la Inspección ha realizado una regularización íntegra (con independencia de que no sea coincidente con el criterio del reclamante) atendiendo a todos los aspectos de la misma, procedemos a desestimar también en este punto las alegaciones del interesado, y confirmamos el acuerdo impugnado.

En igual sentido se ha pronunciado este Tribunal en resolución de 22 de julio de 2021 (RG 6363-19).

Por lo expuesto

Este Tribunal Económico-Administrativo

acuerda

DESESTIMAR la presente reclamación, confirmando el acto impugnado.



## IV.2 Resolución de 24 Nov. 2022 (Rec. 6459/2020)

SALA PRIMERA

FECHA: 24 de noviembre de 2022

PROCEDIMIENTO: 00-06459-2020

CONCEPTO: IMPUESTO SOBRE SOCIEDADES. I.SDES.

NATURALEZA: RECLAMACION UNICA INSTANCIA GENERAL

RECLAMANTE: XZ - NIF ...

REPRESENTANTE: ... - NIF ...

DOMICILIO: ... - España

En Madrid, se ha constituido el Tribunal como arriba se indica, para resolver en única instancia la reclamación de referencia, tramitada por procedimiento general.

Se ha visto la presente reclamación económico administrativa interpuesta contra el Acuerdo de liquidación A23-...25 dictado el 16 de octubre de 2020 por la Oficina Técnica de Inspección de la Dependencia de Control Tributario y Aduanero de la Delegación Central de Grandes Contribuyentes de la AEAT relativo al Impuesto sobre Sociedades del ejercicio 2017 por cuantía de 14.556.879,30 euros.

### ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El 31-10-2019 se iniciaron acerca de XZ, XZ, (en adelante, XZ o la XZ), actuaciones inspectoras que tenían por objeto exclusivo la comprobación de la deducción practicada en la base imponible del impuesto correspondiente a la pérdida obtenida en 2017 por la amortización, sin compensación económica, de las acciones que poseía de BANCO\_1 S.A. (en adelante, BANCO\_1) dada la resolución de dicha entidad financiera, según acuerdo de la Comisión Rectora del Fondo de Reestructuración Ordenada Bancaria (FROB) de 07-06-2017.

En el Acuerdo de liquidación, fechado el 16-10-2020, la Inspección regularizó el Impuesto sobre Sociedades de 2017 excluyendo de la base imponible el resultado negativo declarado por el citado concepto, que importaba 54.107.990,36 euros.

SEGUNDO.- Del contenido del Acuerdo de liquidación y de otra documentación incorporada al expediente, destacamos los hechos y circunstancias que a continuación se exponen.

A) En la reunión celebrada el 07-06-2017, la Comisión Rectora del FROB, en el ejercicio de las competencias atribuidas en su condición de Autoridad de Resolución Ejecutiva (artículo 2.1.d) de la Ley 11/2015, de 18 de junio, de Recuperación y Resolución de Entidades de Crédito y Empresas de Servicios de Inversión), acordó adoptar las medidas necesarias para ejecutar la decisión de la Junta Única de Resolución, (JUR) -institución de la Unión Europea responsable de la resolución de entidades financieras-, adoptada en esa misma fecha, respecto del dispositivo de resolución de BANCO\_1.



Del Certificado emitido al respecto se extrae lo siguiente:

- El 06-06-2017 el Banco Central Europeo comunicó a la JUR la inviabilidad de BANCO\_1, de acuerdo con lo establecido en el artículo 18.4 c) del Reglamento (UE) nº 806/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de julio de 2014, al considerar que dicha entidad no podía hacer frente al pago de sus deudas o demás pasivos a su vencimiento, o que existían elementos objetivos que indicaban que no podría hacerlo en un futuro cercano.

- El 07-06-2017, la JUR, considerando que se cumplían las condiciones previstas en el artículo 18.1 del citado Reglamento, acordó declarar la resolución de la entidad y aprobó un dispositivo de resolución consistente en la venta de negocio de la entidad (artículo 24) mediante la transmisión de las acciones a un comprador, previa la amortización y conversión de los instrumentos de capital pertinentes (artículo 21) que determinen la absorción de las pérdidas necesarias para alcanzar los objetivos de la resolución.

Los objetivos que deben informar todo proceso de resolución son:

En primer lugar: que los accionistas y acreedores de la entidad en resolución deben ser los primeros en soportar las pérdidas de acuerdo con el orden de prelación establecido en la legislación concursal, con las salvedades legalmente establecidas. Así lo establecen tanto el artículo 15 del Reglamento (UE) nº 806/2014, como el artículo 4 de la Ley 11/2015 y el art. 34 de la Directiva 2014/59/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de mayo de 2014, por la que se establece un marco para la reestructuración y la resolución de entidades de crédito y empresas de servicios de inversión de referencia para la JUR en la medida en que a dicha Directiva se remite el Reglamento citado.

Y, en segundo lugar: que la resolución de la entidad deberá en todo caso respetar el principio de que ningún accionista o acreedor soportará pérdidas superiores a las que habría soportado si la entidad fuera liquidada en el marco de un procedimiento concursal.

- En consecuencia, el FROB, procedió a implementar las medidas de resolución acordadas por la JUR, esto es, amortización o conversión de los instrumentos de capital en combinación con el instrumento de resolución consistente en la venta de la entidad.

Así resolvió:

A.1º.- Reducir el capital social de BANCO\_1 S.A. desde ... euros a "0" euros, mediante la amortización permanente de todas las acciones en circulación (...) sin compensación alguna a los socios, (entre ellas las tenidas por la XZ), con la finalidad de constituir una reserva voluntaria de carácter indisponible. (Este acuerdo tiene carácter de acto administrativo según establecen los artículos 35.1 y 64.1.d) de la Ley 11/2015). Y, de forma simultánea, ejecutar un aumento de capital para convertir en acciones (de 1 euro de nominal) la totalidad de los llamados "*instrumentos de capital nivel 1*" (obligaciones, bonos, participaciones preferentes), por importe de 1.346.542.000 euros.

A.2º.- Reducir el capital a cero amortizándose las nuevas acciones, también con la finalidad de constituir una reserva voluntaria de carácter indisponible. Y, con carácter simultáneo, acordar un aumento de capital para la conversión de la totalidad de los instrumentos de capital de nivel 2 (deuda subordinada, emisiones no cotizadas) en acciones de nueva emisión de BANCO\_1, por importe de 684.024.000 euros de 1 euro de valor nominal.



De esta forma, primero los titulares de las acciones de BANCO\_1 hasta el límite de su capacidad, luego los titulares de instrumentos de capital adicional de nivel 1 y, finalmente, los titulares de instrumentos de capital de nivel 2, iban a ser los que, por ese orden, asumirían las pérdidas generadas en la entidad puestas de manifiesto tanto en la valoración económica de la misma como en el precio ofrecido dentro del procedimiento de venta posterior.

A.3º.- Transmitir todas las acciones emitidas por la conversión de los instrumentos de capital de nivel 2, a BANCO\_2 S.A. (en adelante, BANCO\_2) por 1 euro.

El 03-06-2017, la JUR había acordado que el FROB iniciara un procedimiento competitivo de venta de BANCO\_1. Y este organismo, teniendo en cuenta la urgencia de la situación, el escaso tiempo disponible, y la necesidad de preservar la estabilidad financiera, determinó el análisis del interés existente por la entidad en base al trabajo previo llevado a cabo durante el proceso privado de venta desarrollado por ella misma. En consecuencia, aceptó la oferta de BANCO\_2 por ser la única que cumplía los requisitos para su admisión.

B) El 7 de junio de 2017 se publicó en la Comisión Nacional del Mercado de Valores ("CNMV") el Hecho Relevante comunicando la compra por parte de BANCO\_2 S.A. del 100% del capital social de BANCO\_1 S.A. bajo el marco del dispositivo de resolución adoptado por la JUR y ejecutado por el FROB.

Este proceso ha sido el primer caso en que se ha aplicado la normativa europea de resolución.

C) El 23-04-2018 los miembros de los Consejos de Administración de BANCO\_1 S.A.U., BANCO\_3 S.A.U. y BANCO\_4 S.A.U. ("BANCO\_1", "BANCO\_3" y "BANCO\_4", respectivamente) redactaron y aprobaron el proyecto común de fusión entre BANCO\_1 (como sociedad absorbente) y BANCO\_3 y BANCO\_4 (como sociedades absorbidas) (la "*Fusión de Filiales*").

Asimismo, con esa misma fecha, tuvo lugar la aprobación del proyecto común de fusión entre BANCO\_2 S.A. (como sociedad absorbente) y BANCO\_1 (como sociedad absorbida) por los Consejos de Administración de ambas sociedades.

El 20-09-2018 se otorgaron las correspondientes escrituras de fusión.

TERCERO.- La Inspección regularizó la pérdida declarada por la XZ, originada por la amortización de sus acciones en BANCO\_1, teniendo en cuenta lo dispuesto en el artículo 21 de la Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del Impuesto sobre Sociedades (LIS).

Considera que se ha producido una transmisión -aunque forzosa- de acciones generadora de una pérdida no deducible en base a lo dispuesto en el apartado 6 de dicho artículo:

*«No se integrarán en la base imponible las rentas negativas derivadas de la transmisión de la participación en una entidad, respecto de la que se de alguna de las siguientes circunstancias...»*

Y, por otra parte, que la excepción contenida en el apartado 8 no se puede aplicar en este caso, porque no estamos ante una extinción de sociedad:

*«Serán fiscalmente deducibles las rentas negativas generadas en caso de extinción de la entidad participada, salvo que la misma sea consecuencia de una operación de reestructuración...»;*



CUARTO.- La sociedad obligada, por su parte, no conforme con la eliminación de la pérdida, interpuso el 04-11-2020 reclamación económico-administrativa ante el TEAC, a la que se asignó el nº R.G.: 6459/20. Y, mediante escrito de fecha 30-03-2021 efectuó alegaciones solicitando de este Tribunal Central que procediera a la anulación de la liquidación practicada y ordenara la devolución de las cuantías indebidamente ingresadas con los intereses de demora correspondientes.

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Este Tribunal es competente para resolver de conformidad con lo dispuesto en la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria (LGT), así como en el Reglamento general de desarrollo de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, en materia de revisión en vía administrativa (RGRVA), aprobado por Real Decreto 520/2005, de 13 de mayo. No concurre ninguna de las causas de inadmisibilidad previstas en el artículo 239.4 de la LGT.

SEGUNDO.- Este Tribunal debe pronunciarse respecto a lo siguiente:

- Determinar la conformidad o no a Derecho del Acuerdo de liquidación dictado el 16-10-2020, objeto de la presente reclamación, dando respuesta a las alegaciones formuladas por la sociedad interesada frente al mismo.

TERCERO.- *La cuestión planteada en la presente reclamación consiste en determinar si es o no procedente la eliminación de la base imponible del Impuesto sobre Sociedades de XZ del ejercicio 2017 la pérdida ocasionada por la resolución de BANCO\_1, dado lo dispuesto en el artículo 21 apartados 6 y 8 de la LIS.*

CUARTO.- El artículo 21 de la Ley del Impuesto sobre Sociedades, "Exención sobre dividendos y rentas derivadas de la transmisión de valores representativos de los fondos propios de entidades residentes y no residentes en territorio español", regula la tributación de los dividendos y rentas (beneficios o pérdidas) derivadas de la transmisión de una participación, y dispone en su apartado 6, según la redacción dada por el Real Decreto Ley 3/2016, de 2 de diciembre, por el que se adoptan medidas en el ámbito tributario dirigidas a la consolidación de las finanzas públicas y otras medidas urgentes en materia social, lo siguiente:

*«No se integrarán en la base imponible las rentas negativas derivadas de la transmisión de la participación en una entidad, respecto de la que se de alguna de las siguientes circunstancias:*

*a) que se cumplan los requisitos establecidos en el apartado 3 de este artículo. No obstante, el requisito relativo al porcentaje de participación o valor de adquisición, según corresponda se entenderá cumplido cuando el mismo se haya alcanzado en algún momento durante el año anterior al día en que se produzca la transmisión.*

*b) en caso de participación en el capital o en los fondos propios de entidades no residentes en territorio español (...)*

*En el supuesto de que los requisitos señalados se cumplan parcialmente, en los términos establecidos en el apartado 3 de este artículo, la aplicación de lo dispuesto en este apartado se realizará de manera parcial.»*



En el apartado 3, se dice:

*«Estará exenta la renta positiva obtenida en la transmisión de la participación en una entidad, cuando se cumplan los requisitos establecidos en el apartado 1 de este artículo. El mismo régimen se aplicará a la renta obtenida en los supuestos de liquidación de la entidad, separación del socio, fusión, escisión total o parcial, reducción de capital, aportación no dineraria o cesión global de activo y pasivo.»*

Y el apartado 1 de este artículo 21 dispone, también en lo que aquí interesa, que:

*«1. Estarán exentos los dividendos o participaciones en beneficios de entidades, cuando se cumplan los siguientes requisitos:*

*a) Que el porcentaje de participación, directa o indirecta, en el capital o en los fondos propios de la entidad sea, al menos, del 5 por ciento o bien que el valor de adquisición de la participación sea superior a 20 millones de euros.*

*La participación correspondiente se deberá poseer de manera ininterrumpida durante el año anterior al día en que sea exigible el beneficio que se distribuya o, en su defecto, se deberá mantener posteriormente durante el tiempo necesario para completar dicho plazo. Para el cómputo del plazo (...)*»

La participación de XZ en BANCO\_1, entidad residente en España, era superior a 20.000.000 de euros por lo que, de acuerdo con el precepto referido, en caso de proceder a su transmisión, las rentas resultantes, de ser negativas, no se integrarían en la base imponible, estando exentas en caso de ser positivas.

Ahora bien, con una excepción, pues el citado artículo 21 de la LIS, en su apartado 8, permite que se consideren fiscalmente deducibles las rentas negativas cuando se derivan de la extinción de la entidad participada:

*«Serán fiscalmente deducibles las rentas negativas generadas en caso de extinción de la entidad participada, salvo que la misma sea consecuencia de una operación de reestructuración...;»*

QUINTO.- La Inspección, como sabemos, regularizó la pérdida declarada por la XZ al considerar que se había producido una transmisión de acciones de BANCO\_1 a la que le era de aplicación lo dispuesto en el apartado 6 del artículo 21 de la LIS y que, al no haber sido debida a causa de extinción de la entidad participada, no le era de aplicación lo estipulado en el apartado 8 de dicho precepto.

#### 1º.-TRANSMISIÓN.-

En el acta A02 ...25, se dice que, de acuerdo con el artículo 25.7 de la Ley 11/2015, hubo una verdadera transmisión de la totalidad de las acciones de BANCO\_1 (que la XZ y el resto de los accionistas ostentaban el 06-06-2017) a la propia entidad bancaria, para proceder a la reducción de capital social a cero euros mediante su amortización, con el fin de constituir una reserva voluntaria de carácter indisponible, de conformidad con los artículos 35.1 y 64.1.d) de la citada Ley.

El artículo 25.7 de la Ley 11/2015 se localiza en el Capítulo V "Instrumentos de resolución" y dispone que:

*«La transmisión de acciones u otros instrumentos de capital, activos y pasivos que deba realizarse en aplicación de los instrumentos de resolución previstos en el apartado 1 se*



*realizará sin necesidad de obtener el consentimiento de los accionistas de la entidad objeto de resolución o de terceros diferentes del comprador y sin tener que cumplir otros requisitos de procedimiento exigidos por la legislación societaria o de valores más allá de los previstos expresamente por esta Ley».*

Se remite también el actuario al artículo 39 de esa ley, contenido en el Capítulo VI. "Amortización y conversión de instrumentos de capital y recapitalización interna", que dispone en su apartado 2 (el destacado es suyo):

*«Cuando se lleve a cabo la amortización o conversión del principal de los instrumentos de capital:*

*a) La reducción del principal será permanente, sin perjuicio del mecanismo para compensar a los acreedores previsto en el artículo 36.5.*

*b) No subsistirá ninguna obligación frente al titular de los instrumentos de capital respecto al importe amortizado, excepto las obligaciones ya devengadas o la responsabilidad que se derive como resultado de un recurso presentado contra la legalidad del ejercicio de la competencia de amortización.*

*Lo dispuesto en esta letra no impedirá la provisión de instrumentos de capital ordinario de nivel 1 para un titular de instrumentos de capital, de conformidad con el apartado 3.*

*c) No se pagará ninguna indemnización al titular de los instrumentos de capital, sin perjuicio de lo previsto en el apartado 3».*

Por otra parte, se apoya en lo preceptuado en el Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital, RDL 1/2010, de 2 de julio (TRLSC), cuando alude al supuesto de reducción del capital que hubiere de realizarse mediante la adquisición de participaciones o de acciones de la sociedad para su posterior amortización, debiendo ofrecerse la adquisición a todos los socios (artículo 338.1); y al supuesto de transmisión forzosa de acciones cuando se deriva de un procedimiento judicial o administrativo (artículo 125), debiendo adquirirse las mismas por su valor razonable.

La Oficina Técnica de Inspección, por su parte, confirmando el criterio del equipo actuarial, mantiene que se trata de una transmisión, no solo por lo dispuesto en el artículo 25.7 de la Ley 11/2015, antes transcrito, sino, además, porque, según dice, este es el criterio mantenido por la Agencia Tributaria en el "Informe sobre la tributación de los bonos de fidelización" entregados por BANCO\_2 a algunos accionistas y obligacionistas de BANCO\_1 (a cambio de renunciar al ejercicio de acciones o reclamaciones legales contra las sociedades del Grupo Santander); pues en él se habla de generación en el IRPF de una pérdida patrimonial derivada de la transmisión.

Considera la Jefa Adjunta de la Oficina Técnica que, en el caso que nos ocupa, se ha producido una auténtica transmisión de las acciones, la cual, aunque sea forzosa, - derivada de la delicadísima situación por la que estaba atravesando BANCO\_1-, en definitiva, es una transmisión. Y señala que en la normativa del Impuesto sobre Sociedades no se establece excepción alguna a la aplicación de las normas generales en ella recogidas por el hecho de que la transmisión no se haya realizado de forma voluntaria por el titular de la participación transmitida.

Dice también que idéntico tratamiento habría recibido la renta negativa generada en la transmisión de la citada participación si hubiera tenido lugar libremente, por propia



voluntad del poseedor, por ejemplo, en los días previos a la operativa de resolución llevada a cabo por el FROB, pues todo ello no es sino una consecuencia del simétrico tratamiento que pasan a tener las rentas positivas y las negativas derivadas de la participación "cualificada" en los fondos propios de otras entidades.

## 2º.-EXTINCIÓN.-

En apoyo de que no se ha producido una extinción de la sociedad la Inspección mantiene lo siguiente:

La extinción de las sociedades de capital está regulada en el TRLSC. Para que se pueda entender producida es necesario que se den tres circunstancias: (1) Disolución (artículos 360 y siguientes de dicho texto legal) por alguna de las causas legales o estatutarias previstas; (2) Liquidación y división del patrimonio resultante (artículos 383 y siguientes) otorgando la correspondiente escritura pública de extinción, y (3) Inscripción de dicha escritura en el Registro Mercantil (artículo 396).

En el caso que nos ocupa, el 20-09-2018 se otorgó la escritura de fusión entre BANCO\_2 y BANCO\_1, la cual se presentó a inscripción en el Registro Mercantil de Cantabria el 26-09-2018 y quedó inscrita el 28 de ese mismo mes. Por consiguiente, manifiesta, que fue con ocasión de la inscripción de esta fusión, con fecha de efectos el 26 de septiembre de 2018, cuando se produjo la extinción sin liquidación de BANCO\_1 y la transmisión en bloque de la totalidad de su patrimonio a BANCO\_2, que lo adquirió por sucesión universal y sin solución de continuidad, y no como consecuencia del dispositivo de resolución.

Dice también que la resolución es un concepto diferente al de disolución y liquidación y, consecuentemente, al de extinción.

Se refiere a la Directiva 2014/59/UE de 15-05-2014, sobre reestructuración y resolución de entidades de crédito, en cuyo artículo 31 se recogen los objetivos de la resolución, fundamentalmente:

*«a)mantener la continuidad de las funciones esenciales; (...; )»*

Y se remite a la Exposición de motivos de la Ley 11/2015 de la que destaca lo siguiente, respecto de la resolución de una entidad de crédito:

*«La necesidad de gestionar un proceso especial, el de resolución de la entidad, de una manera enérgica y ágil al mismo tiempo, con respeto de los derechos de los accionistas y acreedores, pero partiendo del principio de que son estos, y no los ciudadanos con sus impuestos, quienes deben absorber las pérdidas de la resolución. Y ello porque los tradicionales procedimientos concursales, llevados a cabo en vía judicial, no son, en muchos casos, útiles para llevar a cabo la reestructuración o cierre de una entidad financiera inviable. La liquidación ordinaria de una entidad financiera difícilmente podría evitar daños irreparables al sistema financiero y a la economía de un país.*

*Para ello se ha de dotar a las autoridades públicas de poderes extraordinarios en relación con la entidad fallida y sus accionistas y acreedores para resolverla eficientemente.*

*"De lo anterior se deriva la distinción entre la liquidación y la resolución de una entidad financiera. En este sentido, la liquidación de una entidad financiera alude a la finalización de sus actividades en el marco de un proceso judicial ordinario, proceso que se dará principalmente en el caso de entidades que por su reducido tamaño y complejidad, sean*



*susceptibles de ser tratadas bajo este régimen sin menoscabo del interés público; mientras que la resolución de una entidad financiera es un proceso singular, de carácter administrativo, por el que se gestionaría la inviabilidad de aquellas entidades de crédito y empresas de servicios de inversión que no pueda acometerse mediante su liquidación concursal por razones de interés público y estabilidad financiera.*

*El régimen establecido en esta Ley constituye, en consecuencia, un procedimiento administrativo, especial y completo, que procura la máxima celeridad en la intervención de la entidad, en aras de facilitar la continuidad de sus funciones esenciales, al tiempo que se minimiza el impacto de su inviabilidad en el sistema económico y en los recursos públicos."*

La Inspección considera que es indiscutible que el 8 de junio de 2017, tras la ejecución del dispositivo de resolución, la sociedad BANCO\_1 subsistía; no se había producido su extinción. Y que, de los hechos puestos de manifiesto, no se podía en absoluto deducir que el 07-06-2017 y siguientes existiera un acuerdo entre las autoridades bancarias, europeas y nacionales, y BANCO\_2, para que, en un futuro próximo, se produjera la extinción de BANCO\_1.

Manifiesta también que, aunque se pudiera considerar la existencia de una anticipación de la extinción de la entidad -ya que al año siguiente fue absorbida por BANCO\_2-, la solución no habría sido distinta, pues según el artículo 21.8 de la LIS no serían deducibles las rentas negativas generadas en la extinción de la entidad cuando esta es consecuencia de una operación de reestructuración, y, la "desaparición" de BANCO\_1 del panorama bancario español se produjo como consecuencia de una reestructuración, cuál fue su absorción por BANCO\_2.

Por tanto, el artículo 21.8 de la LIS se aplicaría a BANCO\_2 -que es el propietario del 100% del capital social de BANCO\_1 en el momento de la extinción- y no a la XZ.

En definitiva, la Oficina Técnica de Inspección concluye declarando que, tanto desde un punto de vista documental -Resolución de la Comisión Rectora del FROB-, como desde un punto de vista normativo -comunitario y nacional-, el dispositivo de resolución aprobado en ningún caso supuso la extinción de la entidad bancaria, pues lo que realmente persigue este dispositivo, consistente en la venta del negocio de la entidad, es, conforme a su normativa reguladora, mantener la continuidad de las funciones esenciales del banco, lo cual es incompatible con considerar que la "resolución" supuso la "extinción" de la entidad, sencillamente porque BANCO\_1 siguió operando como tal tras la adquisición por BANCO\_2 y hasta su fusión por absorción en el ejercicio siguiente.

SEXTO.- La reclamante, por su parte, en el escrito de alegaciones fechado el 30-03-2021, expone lo siguiente:

La decisión de la JUR fue la primera -y única hasta la fecha- de las adoptadas en el ejercicio de las competencias conferidas a esa institución por la Directiva 2014/59/UE, de 15 de mayo de 2014. Por tanto, no existían antes de 2017 antecedentes de procedimientos de resolución como el que afectó a BANCO\_1, ni se ha producido ningún otro después hasta la fecha.

Añade que la amortización de las acciones de BANCO\_1 se realizó respecto de la generalidad de los accionistas -y por ello también en particular respecto de XZ con carácter forzoso y sin haber sido oída, en lo que ahora concierne, la XZ, para la adopción



de decisión alguna. En definitiva, la JUR expulsó a la XZ del accionariado de BANCO\_1 sin ninguna compensación.

En esas circunstancias, XZ procedió a dar de baja en contabilidad las acciones de BANCO\_1, reconociendo el correspondiente resultado negativo de 54.107.990,36 euros, que integró en la base del Impuesto sobre Sociedades correspondiente al período impositivo de 2017.

Centra sus argumentos la reclamante en señalar que:

1º.- La regularización practicada por la Administración tributaria parte de una incorrecta aplicación del artículo 21.6 LIS, pues la amortización de las acciones de BANCO\_1 no implicó una transmisión de sus acciones por los accionistas del Banco, sino su amortización forzosa en virtud de la decisión de una autoridad pública.

Sobre este asunto, la interesada manifiesta que cuando el artículo 25.7 de la Ley 11/2015, (en que la Inspección se apoya para entender que se ha producido una transmisión), autoriza genéricamente la transmisión forzosa de acciones, si fuera precisa, en aplicación de los instrumentos de resolución, no significa que sea lo que se ha producido en el caso concreto de BANCO\_1, en lo que a la XZ o a otros accionistas se refiere.

De hecho, indica que, en la Resolución de 7 de junio de 2017 de la Comisión Rectora del FROB, las únicas referencias que se encuentran a "*transmisión*" son las efectuadas a la transmisión de acciones a BANCO\_2, no de las propias de la XZ, que ya estaban amortizadas, sino de las resultantes de la conversión previa de los instrumentos de capital de nivel 2.

Así, el séptimo párrafo de los Fundamentos de Derecho de la Resolución dice:

*«El dispositivo de resolución adoptado por la JUR indica las razones para la adopción del instrumento de resolución consistente en la venta de negocio de la entidad, así como la justificación de las medidas relativas a la amortización y conversión de los instrumentos de capital, que ordena ejercitar con carácter previo a la transmisión de las acciones.»*

Y más adelante dice también:

*«En este caso, la medida de conversión aplicada a la totalidad de los instrumentos de capital de nivel 2 tiene por objeto la constitución del capital social de la entidad en el importe indicado, y permite la ejecución de la venta de la entidad, a que posteriormente se hará referencia, al constituir las acciones resultantes de la conversión el objeto de la transmisión.»*

Añade la reclamante que todo lo anterior queda si cabe más claro si se atiende al tramo final de los Fundamentos de Derecho de la Resolución del FROB, cuando se dice:

*«En consecuencia, (...;), se acuerda la transmisión de la totalidad de las acciones del capital social de BANCO\_1, (...;) que se emitan como resultado de la conversión de los instrumentos de capital de nivel 2, recibiendo en contraprestación por las mismas un euro (1) euros (...;) una vez amortizadas las acciones de la entidad y convertidos y amortizados los instrumentos de capital adicional de nivel 1.*

*La transmisión referida en el párrafo anterior se realiza en representación y por cuenta de los accionistas de conformidad con lo establecido en el apartado 7 del artículo 25 de*



*la Ley 11/2015 y, por tanto, sin necesidad de obtener su consentimiento ni el de terceros diferentes al comprador y sin tener que cumplir los requisitos de procedimiento exigidos en materia de modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles».*

2º.-El proceso de resolución de BANCO\_1 tuvo para sus accionistas un efecto idéntico al de una extinción societaria y la reestructuración posterior fue una operación de terceros, ajena al obligado tributario, que ya no formaba parte del accionariado de BANCO\_1, del que había sido expulsado sin atenderse en absoluto a su voluntad.

Dice la reclamante que con ocasión de la resolución de BANCO\_1, la XZ perdió su condición de socio de dicha entidad de manera impuesta y sobrevenida, como el resto de los accionistas, y no obtuvo compensación alguna por la amortización forzosa de sus acciones, igual que hubiera ocurrido en un proceso de liquidación del haber societario previo a la extinción de la entidad. BANCO\_1 pasó a ser un negocio de terceros.

Señala que, de hecho, la Directiva 2014/59/UE regula los dispositivos de resolución de manera pareja a un procedimiento de liquidación -procedimiento previo al de extinción de una entidad-, si bien buscando en este caso, por interés público, la venta de las unidades de negocio de la entidad afectada por la resolución.

Así, destaca el párrafo 49 de la exposición de motivos de dicha Directiva, en que se lee:

*«A fin de evitar riesgos morales, una entidad inviable debe poder salir del mercado sin perturbar el sistema, independientemente de su tamaño y su interconexión. En principio, una entidad inviable debe ser liquidada conforme a los procedimientos de insolvencia ordinarios. Sin embargo, una liquidación realizada conforme a estos procedimientos puede poner en peligro la estabilidad financiera, interrumpir la prestación de funciones esenciales y afectar a la protección de los depositantes. En este caso, es muy probable que exista un interés público a poner una entidad en procedimiento de resolución y a aplicar instrumentos de resolución en lugar de recurrir a un procedimiento ordinario de insolvencia. (...;»*

Por tanto, considera que de la dicción de la Directiva resulta claro que del procedimiento de resolución resulta una liquidación de carácter extraordinario de la correspondiente entidad.

Y añade que ello se ve corroborado por la Ley 11/2015, en cuya Exposición de motivos se lee:

*«La resolución de una entidad financiera es un proceso singular, de carácter administrativo, por el que se gestionaría la inviabilidad de aquellas entidades de crédito y empresas de servicios de inversión que no pueda acometerse mediante su liquidación concursal por razones de interés público y estabilidad financiera.»*

Añade que, mientras que en el supuesto de extinción para proceder a una reestructuración (fusión y escisión total), los socios de la entidad extinguida se convierten en socios de la sociedad absorbente o de la nueva sociedad, sucediendo éstas en derechos y obligaciones a la entidad extinguida, aquí eso no puede suceder pues la reestructuración posterior de BANCO\_1 no tuvo eficacia alguna para sus accionistas previos, pues habían sido apartados del negocio con carácter forzoso; sus participaciones en BANCO\_1 se anularon sin ser sustituidas por otras.



Y las acciones que se transmitieron a BANCO\_2 no fueron -no pudieron serlo- las amortizadas de la XZ y otros accionistas en su situación, sino las resultantes del aumento de capital por conversión de los instrumentos de capital de nivel 2.

En resumen, con la resolución de BANCO\_1 la actividad de dicha entidad cesó a todos los efectos para sus accionistas previos, porque dejaron de serlo del Banco y de cualquier negocio posterior heredero del negocio del Banco, teniendo el dispositivo de resolución para dichos accionistas efectos idénticos a los de una extinción de BANCO\_1 sin reestructuración.

3º.- Señala que el hecho de que BANCO\_1, precisamente por razones de interés público, fuera objeto de un dispositivo administrativo de resolución en lugar de un procedimiento de liquidación ordinario, -cuyos efectos son idénticos, uno y otro, para los accionistas previos de BANCO\_1-, no debe conducir, por razones de equidad entre contribuyentes, a un peor tratamiento tributario de dichos accionistas que en caso de liquidación y extinción de dicha entidad financiera habrían tenido derecho, sin duda alguna, al aprovechamiento de las pérdidas de cartera.

Alega que, de entenderse que la XZ no pudiera aprovechar fiscalmente la pérdida, se estaría introduciendo un elemento de coste esencial para el obligado tributario que lo situaría en peor condición que el accionista de una entidad similar a BANCO\_1, que fuera objeto de liquidación ordinaria, desatendiéndose así el principio de igualdad y las previsiones de la Directiva 2014/59/UE y el principio de equidad en la interpretación y aplicación del sistema tributario.

Y ello porque la Inspección realiza una interpretación del artículo 21.8 de la LIS que resulta contraria a la dicción y finalidad de la Directiva 2014/29/UE y de la normativa comunitaria y doméstica de desarrollo de dicha Directiva, que prohíbe imponer a los accionistas afectados por un procedimiento de resolución costes superiores a los que resultarían para ellos de un procedimiento de liquidación ordinario. Y contraria a la equidad en la interpretación y aplicación del sistema tributario, en la medida en que discrimina entre unos y otros contribuyentes; los perjudicados por procedimientos de liquidación ordinarios y por procedimientos de liquidación extraordinarios, como el que ahora se revisa.

4º.- Dice que nos encontramos ante un supuesto de inconstitucionalidad, tanto porque se infringe el artículo 86 CE, pues una modificación sustancial del Impuesto sobre Sociedades no puede operarse mediante decreto-ley (en este caso el RD Ley 3/2016 que modifica el artículo 21 de la LIS), como porque la norma niega la contemplación de la auténtica capacidad económica del contribuyente, (artículo 31 CE) pues no permite llevar a la base imponible un resultado negativo que perjudica gravemente la economía del obligado tributario, vulnerando también el principio de igualdad.

Finalmente, indica, que la resolución de BANCO\_1 fue una operación de naturaleza imprevista y extraordinaria que en ningún caso pudo prever el legislador que introdujo la limitación a la imputación de rentas negativas de cartera en la base imponible del Impuesto sobre Sociedades.

SÉPTIMO.- A la vista de cuanto antecede, este TEAC se va a pronunciar sobre los distintos aspectos de la cuestión debatida:



1. Si se justifica que la amortización de las acciones de la XZ, se pueda considerar, a efectos de lo establecido en el artículo 21.6 de la LIS, una transmisión.
2. Si se puede entender que, para LA XZ, la amortización de sus acciones es equiparable a la extinción societaria, a efectos de lo establecido en el artículo 21.8 de la LIS.
3. En caso de desestimar las pretensiones de la interesada, si por parte de la Inspección se ha desatendido el principio de igualdad y las previsiones de la Directiva 2014/59/UE y el principio de equidad en la interpretación y aplicación del sistema tributario.
4. Sobre la alegada inconstitucionalidad.

OCTAVO.- Respecto a si se puede entender que la amortización de las acciones que XZ detentaba en BANCO\_1 fueron objeto de una transmisión a los efectos del artículo 21.6 de la LIS, indicamos lo siguiente:

- Comenzamos analizando los argumentos utilizados por la Inspección en apoyo de su decisión. Y observamos que todos ellos parten del presupuesto de que la citada amortización supuso una transmisión de acciones, cuando es este, precisamente, el "*quid*" de la cuestión.

a) Alude la Inspección, en defensa de su criterio, al artículo 25.7 de la Ley 11/2015, antes transcrito, que se refiere a la manera de realizar la transmisión de acciones u otros instrumentos de capital en aplicación de los instrumentos de resolución...;

Y esta alusión se hace, -y nadie duda que, de forma oportuna-, respecto de las acciones de BANCO\_1 que se venden a BANCO\_2 (las procedentes de la capitalización de los instrumentos de capital de nivel 2). Obviamente se trata de una "*transmisión*" que, dado lo dispuesto en los artículos 25 y siguientes de la Ley 11/2015, se acuerda y ejecuta por el FROB sin necesidad de obtener el consentimiento de los accionistas de la entidad objeto de resolución.

Pero el tema no es ese. Lo controvertido es si se puede entender que cuando se amortizan las acciones de los accionistas de BANCO\_1 ha habido, o no, una verdadera transmisión, aunque sea forzosa, pues, si no la hubo, no sería oportuna la cita al mencionado artículo 25.7 de la Ley 11/2015 (como tampoco al artículo 21.6 de la LIS) para justificar la regularización.

b) Se remite la Inspección a lo dispuesto en el artículo 39 de la citada Ley 11/2015, que recoge determinadas disposiciones para el caso de que se lleve a cabo la amortización o conversión del principal de los instrumentos de capital, pero sin ofrecer explicación alguna.

Y, a juicio de este TEAC, el hecho de que la reducción de capital sea permanente o que no se pague ninguna indemnización al titular del mismo, no sirve de base para apoyar que la amortización de las acciones se deba calificar como una transmisión.

c) No consideramos acertada la remisión al artículo 338.1 del TRLSC, cuando alude al supuesto de reducción del capital que hubiere de realizarse mediante la adquisición de participaciones o de acciones de la sociedad para su posterior amortización, supuesto en que es obligatorio ofrecer la adquisición a todos los socios y la aceptación por estos (artículos 338 a 340 del TRLSC).



Y no la consideramos acertada porque en el caso ahora analizado la sociedad reduce el capital a "0" euros mediante la amortización de todas las acciones (acordada por la JUR y ejecutada por el FROB) y nada en el expediente indica que previamente se hubiera ofrecido la adquisición a los socios (de hecho nadie duda que no se hizo).

d) Otro tanto podemos decir en lo que respecta a la alusión efectuada en el sentido de que se habría dado el mismo tratamiento si la participación se hubiera transmitido libremente en los días previos a la operativa de resolución llevada a cabo por el FROB.

Y entendemos que no sirve a los efectos pretendidos porque, reiteramos, lo que ahora se discute es la mayor, esto es, si ha habido transmisión (forzosa o no) de la participación y no los efectos de su existencia.

e) Tampoco consideramos que sea un argumento para los intereses de la Inspección la referencia al supuesto de transmisión forzosa de acciones del artículo 125 del TRLSC, (que se remite a lo establecido para las transmisiones mortis causa del artículo 124), aplicable cuando la adquisición de las mismas se hubiera producido como consecuencia de un procedimiento judicial o administrativo de ejecución.

f) Finalmente, el hecho de que la Agencia Tributaria en el "*Informe sobre la tributación de los bonos de fidelización entregados por el BANCO\_2 S.A. a algunos accionistas y obligacionistas del BANCO\_1 S.A.*" personas físicas, minoristas, hable de generación en el IRPF de una pérdida patrimonial derivada de la transmisión no quiere decir que jurídicamente se trate de una transmisión, si en sentido estricto no lo es. No basta con utilizar esa expresión para entender que ha habido una verdadera transmisión.

- Ciertamente, el dispositivo de resolución consistente en la amortización de las acciones de todos los accionistas sin contar con ellos responde a una decisión de carácter unilateral de privación de la propiedad por razones de utilidad pública o interés social.

Así se lee en el Preámbulo de la Ley 11/2015, que se "*... articula un procedimiento especial que permita a las autoridades públicas dotarse de poderes extraordinarios en relación con la entidad fallida y sus accionistas y acreedores, partiendo del principio de que son estos, y no los ciudadanos con sus impuestos, quienes deben absorber las pérdidas de la resolución...*"

Se podría pensar que esta figura -amortización de acciones en un procedimiento de resolución de una entidad bancaria-, guarda similitud con una expropiación forzosa, que no es sino la transmisión imperativa a un ente público del derecho expropiado mediando una justa indemnización; (el artículo 33.3 CE establece que "*Nadie podrá ser privado de sus bienes y derechos sino por causa justificada de utilidad pública o interés social, mediante la correspondiente indemnización y de conformidad con lo dispuesto por las leyes*"), pero nada más lejos de la realidad, pues en el caso analizado no existe un adquirente ni público ni privado, (la amortización supone la extinción de la parte de capital que representan las acciones), ni una compensación económica.

*La amortización de las acciones que ahora se analiza equivale a su muerte jurídica con la consiguiente desaparición del "puesto de socio" que cada una de ellas representa o, lo que es lo mismo, su extinción sin compensación alguna.*

En el procedimiento de resolución de BANCO\_1, el FROB, como organismo ejecutor de las decisiones de la JUR, procedió a la amortización de la totalidad de las acciones en



circulación y, consiguientemente, la desaparición con carácter definitivo de todos los "puestos de socio" existentes (pues el aumento de capital que simultáneamente se realiza no se suscribe por ellos sino, también de forma imperativa, por los acreedores de nivel 1 mediante la aportación de sus créditos). Los accionistas de BANCO\_1 no ejercitaron actividad alguna, -ni podrían haberlo hecho de conocer lo que iba a suceder-; se vieron, sin más, despojados de sus acciones en aras a un interés económico superior.

La amortización de acciones de BANCO\_1, realizada dentro del procedimiento de resolución, no fue sino el instrumento de recapitalización interna impuesto por el FROB para proceder después a la venta del negocio mediante la venta de las nuevas acciones de la entidad sin necesidad de obtener el consentimiento de los accionistas preexistentes o de terceros diferentes del comprador (artículos 37 y siguientes de la Directiva 2014/59/UE).

Por tanto, no consideramos justificado que la amortización de acciones de BANCO\_1, realizada dentro del procedimiento de resolución, constituyera una transmisión en sentido estricto, por parte de sus titulares (en lo que aquí interesa, de la XZ) a la propia sociedad.

NOVENO.- Sobre si se puede entender producida una extinción de la sociedad participada a los efectos de lo dispuesto en el apartado 8 del artículo 21 de la LIS, centramos la cuestión, como sigue.

La figura "*extinción de las sociedades de capital*" está regulada en el TRLSC y se entiende producida cuando se dan las circunstancias recogidas en los artículos 360 y siguientes de dicho texto legal, finalizando con la inscripción en el Registro Mercantil.

Y, en el caso que nos ocupa, no es objeto de controversia que la extinción de la sociedad, BANCO\_1 se produjo efectivamente por la fusión por absorción por BANCO\_2 (titular del 100% de su capital) con efecto el 26-09-2018.

*Ahora bien, como hemos dicho, de lo que se trata es de determinar si la amortización forzosa de las acciones, en este caso, de la XZ, realizada dentro de un procedimiento de "resolución de una entidad financiera" en el marco de la legislación de la Unión Europea, se puede equiparar a una extinción a los efectos del artículo 21.8 de la LIS*

*Comenzamos por analizar este procedimiento especial que consiste, en definitiva, en gestionar la inviabilidad de aquellas entidades de crédito fallidas cuando por razones de interés público y estabilidad financiera no pueda acometerse su liquidación concursal, y cuyo objetivo último es minimizar el impacto de la resolución sobre los contribuyentes, asegurando una adecuada distribución de los costes entre accionistas y acreedores mediante la imposición de pérdidas a estos.*

Destacamos lo siguiente:

- La Ley 11/2015, de 18 de junio, "*de recuperación y resolución de entidades de crédito y empresas de servicios de inversión*", acomete la transposición al ordenamiento jurídico español de la Directiva 2014/59/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de mayo de 2014, por la que se establece un marco para la reestructuración y la resolución de entidades de crédito y empresas de servicios de inversión.

Esta Ley es heredera de la Ley 9/2012, de 14 de noviembre, en cuya elaboración ya se consideraron los trabajos preparatorios que por entonces existían de la hoy Directiva 2014/59/UE y, en lo que diverge de ella, es para garantizar una mayor absorción de



pérdidas por parte de los accionistas y acreedores de la entidad y otorgar una mayor protección a los depositantes y a los recursos públicos.

En el Preámbulo de la Ley 11/2015 se reconoce que, para llevar a cabo la reestructuración o cierre de una entidad financiera inviable, los tradicionales procedimientos concursales, llevados a cabo en vía judicial, no son, en muchos casos, útiles, pues dado el tamaño, la complejidad y singularidad de las fuentes de financiación de dichas entidades, que incluye depósitos legalmente garantizados, y su interconexión con otras entidades, su liquidación ordinaria difícilmente podría evitar daños irreparables al sistema financiero y a la economía de un país.

Dice literalmente:

*«De lo anterior se deriva la distinción entre la liquidación y la resolución de una entidad financiera. En este sentido, la liquidación de una entidad financiera alude a la finalización de sus actividades en el marco de un proceso judicial ordinario, proceso que se dará principalmente en el caso de entidades que por su reducido tamaño y complejidad, sean susceptibles de ser tratadas bajo este régimen sin menoscabo del interés público; mientras que la resolución de una entidad financiera es un proceso singular, de carácter administrativo, por el que se gestionaría la inviabilidad de aquellas entidades de crédito y empresas de servicios de inversión que no pueda acometerse mediante su liquidación concursal por razones de interés público y estabilidad financiera.»*

Continúa diciendo el legislador que otro principio general que rige en la Ley es el de la necesaria separación entre funciones supervisoras y resolutorias.

*«(...) En este punto conviene destacar que el interés de la supervisión es, ante todo, el de la continuidad de la entidad mientras que el de la resolución está más centrado en la liquidación de aquellas partes de la misma que resulten inviables.(...) Para atender estos principios (...) esta Ley establece un modelo que distingue entre las funciones de resolución en fase preventiva, que se encomiendan al Banco de España y a la Comisión Nacional del Mercado de Valores, y se ejercerán a través de órganos internos que funcionen con independencia operativa, y las funciones de resolución en fase ejecutiva, que se asignan al FROB.*

*(...) En el Capítulo IV se regula el procedimiento de resolución entendido como aquel que se aplica a una entidad cuando sea inviable o sea previsible que vaya a serlo en un futuro y por razones de interés público y estabilidad financiera sea necesario evitar su liquidación concursal.*

*(...) Los instrumentos de resolución son, en primer lugar, la transmisión de la entidad o parte de la misma a un sujeto privado para proteger los servicios esenciales. En segundo lugar, la creación de una entidad puente a la que se transfiere la parte salvable de la entidad en resolución. Y, en tercer lugar, la creación de una sociedad de gestión de activos a la que se transfiere los activos dañados de la entidad en resolución.*

*(...) El Capítulo VI se destina a la llamada recapitalización interna. Se trata de una novedad muy sustantiva entre los instrumentos de resolución. Su objetivo último es, como ya se avanzó, minimizar el impacto de la resolución sobre los contribuyentes, asegurando una adecuada distribución de los costes entre accionistas y acreedores.*



*(...) Esta necesidad de imponer pérdidas a accionistas y acreedores es compatible con la especial protección a los depósitos. (...)»*

- En la propia Directiva 2014/59/UE ya se establecían los objetivos de la resolución. Así, en su artículo 31 se dice que son:

*«a) mantener la continuidad de las funciones esenciales;*

*b) evitar repercusiones negativas importantes sobre la estabilidad financiera, especialmente previniendo el contagio, incluidas las infraestructuras de mercado, y manteniendo la disciplina de mercado;*

*c) proteger los fondos públicos minimizando la dependencia de ayudas financieras públicas extraordinarias;*

*d) proteger a los depositantes cubiertos por la Directiva 2014/49/UE y a los inversores cubiertos por la Directiva 97/9/CE;*

*e) proteger los fondos y los activos de los clientes»*

En el artículo 34 se establecen los principios generales que rigen la resolución:

*«a) que los accionistas de la entidad objeto de resolución asuman las primeras pérdidas;*

*b) que los acreedores de la entidad objeto de resolución asuman pérdidas después de los accionistas de acuerdo con el orden de prelación de sus créditos en virtud de los procedimientos de insolvencia ordinarios, salvo que la presente Directiva establezca expresamente otra cosa; ...»*

- Por su parte, el Reglamento (UE) N° 806/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de julio de 2014, por el que se establecen normas uniformes y un procedimiento uniforme para la resolución de entidades de crédito y de determinadas empresas de servicios de inversión en el marco de un Mecanismo Único de Resolución y un Fondo Único de Resolución y se modifica el Reglamento (UE) n° 1093/2010, indica en los "considerandos":

*«(26) El BCE, como organismo supervisor en el marco del MUS, (Mecanismo Único de Supervisión) y la Junta deben estar en condiciones de evaluar si una entidad de crédito está en graves dificultades o existe la probabilidad de que lo esté y si no hay ninguna perspectiva razonable de que alguna medida de supervisión o del sector privado pueda impedir su inviabilidad en un plazo razonable. Si la Junta considera que se cumplen todos los criterios para poner en marcha una resolución, debe adoptar el dispositivo de resolución...*

*(57) ... Debe considerarse que un ente se encuentra en graves dificultades o que probablemente va a tenerlas cuando incumpla o vaya probablemente a incumplir en el futuro próximo los requisitos necesarios para conservar su autorización, cuando el activo del ente sea o vaya a ser probablemente en el futuro próximo inferior a su pasivo, cuando el ente no pueda o no resulte probable que vaya a poder hacer frente en el futuro próximo al pago de sus deudas al vencimiento de estas, o cuando el ente necesite una ayuda financiera pública extraordinaria, excepto en las circunstancias especiales especificadas en el presente Reglamento...*

*(58) La liquidación de un ente en graves dificultades en el marco del procedimiento de insolvencia ordinario podría poner en peligro la estabilidad financiera, interrumpir la*



*prestación de los servicios básicos y afectar a la protección de los depositantes. En este caso, existe un interés público en la aplicación de instrumentos de resolución. Los objetivos de la resolución deben ser, por tanto, garantizar la continuidad de los servicios financieros básicos, mantener la estabilidad del sistema financiero, reducir el riesgo moral, minimizando la confianza en que habrá ayudas públicas para los entes en graves dificultades, y proteger a los depositantes.*

*(59) No obstante, antes de tomar una decisión sobre el mantenimiento del ente en funcionamiento, debe considerarse siempre la posibilidad de liquidarlo con arreglo a un procedimiento de insolvencia ordinario. Para mantener en funcionamiento un ente insolvente en aras de la estabilidad financiera deben utilizarse, en la medida de lo posible, fondos privados, bien mediante la venta a un comprador privado (o su fusión con este), bien mediante una amortización de los pasivos del ente o la conversión de su deuda en fondos propios a fin de proceder a una recapitalización».*

DÉCIMO.- A la vista de cuanto se ha expuesto, consideramos oportuno manifestar lo siguiente:

*A) El procedimiento de resolución es aquel que se aplica a una entidad financiera cuando sea inviable o sea previsible que vaya a serlo en un futuro y por razones de interés público y estabilidad financiera sea necesario evitar su liquidación concursal.*

*Es, por tanto, un procedimiento administrativo especial de liquidación de entidades financieras de gran tamaño y complejidad dirigido a la liquidación de las partes de la entidad que resulten inviables y que se aplica cuando no existan perspectivas razonables de otras soluciones alternativas de origen privado, por ejemplo una ampliación de capital efectuada por los accionistas existentes o por terceros que permita restablecer totalmente la viabilidad del ente.*

*B) En la Ley 11/2015 rige el principio general de la necesaria separación entre funciones supervisoras y resolutorias. Las primeras dirigidas a la continuidad de la entidad y las segundas dirigidas, como acabamos de decir, a la liquidación de aquellas partes de la entidad que resulten inviables, decisión que, en fase ejecutiva, corresponde al FROB. Y este es nuestro caso.*

*La Oficina Técnica de Inspección (pág. 40 del Acuerdo) dice que la "resolución" de una entidad de crédito pretende mantener la continuidad de la misma y proteger a los depositantes, así como "evitar la liquidación concursal"; características que, en modo alguno, coinciden con la "liquidación" de una sociedad.*

*Y en otro momento (pág. 44 del Acuerdo de liquidación) manifiesta que el dispositivo de resolución aprobado no supuso la extinción de la entidad bancaria porque lo que persigue este dispositivo, consistente en la venta del negocio de la entidad, "es, conforme a su normativa reguladora, mantener la continuidad de las funciones esenciales del banco, lo cual es incompatible con considerar que la "resolución" supuso la "extinción" de la entidad, sencillamente porque no se corresponde con la realidad de los hechos. BANCO\_1 siguió operando como tal tras la adquisición por BANCO\_2 y hasta su fusión por absorción en el ejercicio siguiente".*

Al respecto de estas manifestaciones este TEAC considera oportuno precisar que uno de los objetivos -el primero- de la resolución es mantener la continuidad de las funciones



esenciales del banco, no la propia entidad -como sería en caso de haberse adoptado funciones de supervisión-, y esa continuidad de funciones no es incompatible con la liquidación o la "extinción" de la entidad que venía desempeñándolas, pues las unidades de negocio de una sociedad se pueden transmitir con carácter previo, de forma independiente o mediante la venta de las acciones, a otra sociedad que continúe realizando las funciones propias de esas unidades de negocio, aun cuando luego se liquide y extinga la primera.

En el caso que nos ocupa, dado que no había ninguna perspectiva razonable de que alguna medida de supervisión pudiera impedir la inviabilidad de BANCO\_1 en un plazo razonable, y a fin de garantizar la continuidad de los servicios financieros básicos, la JUR decidió la venta del negocio, -mediante la venta de las acciones del banco-, a un comprador privado (BANCO\_2), la cual se efectuó previa amortización de las acciones representativas de todo el capital de BANCO\_1 y la conversión de su deuda en fondos propios (recapitalización interna o "bail-in"), cumpliendo así con el principio de que los accionistas primero y los acreedores de la entidad después, asumieran las pérdidas y se minimizara el impacto de la resolución sobre los contribuyentes.

C) No es objeto de discusión que la sociedad, BANCO\_1, se extinguió en 2018, en una operación de reestructuración, al ser absorbida por BANCO\_2.

De acuerdo con lo previsto en los apartados 6 y 8 del artículo 21 de la LIS, en determinadas condiciones, -que XZ cumple-, están exentas de tributación en el Impuesto sobre Sociedades las rentas positivas obtenidas en la transmisión de participaciones en el capital de otras sociedades y, de forma recíproca, no se pueden incluir en la base del impuesto las rentas negativas originadas por la transmisión de dichas participaciones, si bien con una excepción para estas últimas, cual es que dichas rentas negativas sean consecuencia de la extinción de la sociedad participada, salvo que dicha extinción sea debida a una operación de reestructuración.

De acuerdo con lo dispuesto en los artículos 76 y 87 de la LIS podemos considerar operaciones de reestructuración, la fusión, escisión, aportación no dineraria de rama de actividad y el canje de valores, de las cuales, la fusión y la escisión total son las únicas que conllevan la extinción de una sociedad. Cuando se llevan a cabo estas operaciones, el titular de la sociedad extinguida continua participando en el negocio que sucede al que se venía realizando en ella, lo que viene a justificar que, en esos casos, no se incluya en la base del Impuesto sobre Sociedades la pérdida originada por la extinción (artículo 21.8 de la LIS).

*La Inspección ha manifestado que es indiscutible que el 8 de junio de 2017, tras la ejecución del dispositivo de resolución, nada hacía presumir que existiera un acuerdo entre las autoridades bancarias, europeas y nacionales, y BANCO\_2 para que, en un futuro próximo, se produjera la extinción de BANCO\_1. No obstante, indica que puesto que BANCO\_1 se extinguió en 2018, en caso de que se pudiera entender que en 2017 se había producido una anticipación de la extinción de la entidad, la solución no habría sido distinta, pues las rentas negativas generadas en la extinción, al ser consecuencia de una operación de reestructuración, no podían ser deducibles.*

A este respecto hemos de manifestar que la extinción de BANCO\_1 se produjo cuando BANCO\_2 la absorbió, siendo ésta (fusión por absorción) una operación de



reestructuración que, como es obvio, no podía tener consecuencia alguna para los accionistas que, previamente, habían sido expulsados de la sociedad; se les había despojado de sus acciones para constituir una reserva dentro del procedimiento especial de liquidación del banco ("*resolución*"), que tenía por finalidad la venta de la entidad de acuerdo con los artículos 22 y 24 del Reglamento UE nº 806/2014, y no su extinción.

Así, en el acuerdo de 07-06-2017 se dice que el FROB "*deberá realizar la amortización o conversión de los instrumentos de capital en combinación, en este caso, con el instrumento de resolución consistente en la venta de la entidad*" y que "*los accionistas y acreedores cuyos instrumentos de capital serán convertidos y/o amortizados no soportarán con tales medidas mayores pérdidas que las que habrían tenido que soportar en el marco de un procedimiento concursal*".

Para los accionistas, como XZ, los efectos de la amortización de sus acciones, dentro del procedimiento de resolución, no diferían de los que se habrían producido en caso de liquidación ordinaria de la sociedad, si bien en este habrían tenido derecho al aprovechamiento fiscal de la pérdida.

En efecto, la amortización forzosa de las acciones de BANCO\_1 en el procedimiento especial de liquidación seguido con motivo de la "*resolución*" de la entidad bancaria, supuso la anulación de las mismas (no se sustituyeron por otras) con la pérdida total e irreversible de la inversión y la expulsión definitiva de los socios del capital y de cualquier tipo de participación en la actividad posterior de la entidad. La relación socio-sociedad quedó extinguida sin ser oídos los socios y sin compensación alguna. Como ya hemos dicho (en el apartado correspondiente al estudio de si la amortización forzosa de las acciones suponía o no una verdadera transmisión), dicha amortización de la totalidad de las acciones equivalía a la muerte jurídica, con la consiguiente desaparición del "*puesto de socio*" que cada una de las acciones representaba o, lo que es lo mismo, su extinción.

Por consiguiente, *consideramos que el procedimiento especial de resolución de BANCO\_1 tuvo para XZ los mismos efectos que los de una extinción sin reestructuración, y que el hecho de no haberse seguido un procedimiento de liquidación ordinaria de la entidad bancaria (que podría haber ocasionado daños irreparables al sistema financiero y a la economía del país) no debe suponer un distinto (en este caso, peor) tratamiento tributario a los accionistas afectados.* (Nuestro sistema tributario (artículo 3.1 de la LGT) se basa en la capacidad económica de las personas obligadas a satisfacer los tributos y en los principios de justicia, generalidad, igualdad, progresividad, equitativa distribución de la carga tributaria y no confiscatoriedad.)

Ciertamente, como apunta la reclamante, uno de los objetivos que deben informar los procesos de resolución de entidades financieras es respetar el principio de que ningún accionista o acreedor soportará pérdidas superiores a las que habría soportado si la entidad fuera liquidada en el marco de un procedimiento concursal. Y, aunque dicho objetivo no se refiera expresamente al coste fiscal, no obstante, en definitiva, de seguir el criterio de la Inspección, la XZ, como accionista afectada por un procedimiento de resolución, estaría soportando costes superiores a los que le habrían resultado de haberse seguido un procedimiento de liquidación ordinario.

Por todo lo expuesto, *este Tribunal Central, en base a los argumentos referidos, considera que para la sociedad hoy reclamante esa amortización supuso una extinción total y*



*permanente de su relación jurídica con BANCO\_1, por lo que se entiende aplicable lo dispuesto en el artículo 21.8 de la LIS. En consecuencia, XZ podía aprovechar fiscalmente las pérdidas originadas en dicha operación.*

Por consiguiente, estimamos en este punto la reclamación interpuesta.

DÉCIMO PRIMERO.- Y ya para finalizar declaramos que no procede que este Tribunal Central se pronuncie sobre la alegada inconstitucionalidad por infracción de los artículos 86 y 31 CE.

Pues bien, es doctrina reiterada y constante de este Tribunal Central que la vía económico-administrativa no es la apropiada para enjuiciar la adecuación de las normas legales a la Constitución, ya que, de conformidad con lo previsto en los artículos 226 y 227 y la Disposición adicional undécima de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, el ámbito de competencia material de los órganos de esta vía está limitado única y exclusivamente a los actos de gestión, inspección y recaudación de los tributos, y no comprende la revisión de las cuestiones de legalidad y constitucionalidad de las normas reguladoras de los mismos, que nuestro Ordenamiento jurídico atribuye en exclusiva a los órganos de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa y al Tribunal Constitucional.

Por lo expuesto

Este Tribunal Económico-Administrativo

acuerda

ESTIMAR la presente reclamación, anulando el acto impugnado.