

AUDIENCIA NACIONAL**Sentencia de 28 de noviembre de 2024****Sala de lo Contencioso-Administrativo****Rec. n.º 726/2020****SUMARIO:**

Aplicación e interpretación de las normas. Calificación. Conflicto en la aplicación de la norma. IS. Reestructuración de la deuda de un grupo multinacional. La demanda considera que el informe de la Comisión Consultiva incurre en nulidad radical por tener un contenido imposible por la contradicción interna que supone no cuestionar los préstamos, y sin embargo deducir consecuencias tributarias (negativas para sus intereses) del gasto financiero derivado de ellos. Según la liquidación son artificiosas o impropias aquellas operaciones porque se apartan del esquema habitual de financiación del Grupo y provocan la minoración de la deuda tributaria en España, y no en el país de residencia de la sociedad operativa refinanciada (IBUSA). Para la liquidación es lícita (y se acepta) la finalidad de la recolocación de la deuda por las emisiones de bonos de IBUSA en IIBV, que la sustituye como deudora, para evitar perjudicar la calificación crediticia del Grupo IBERDROLA. También se admite que IBUSA remunerara a IIBV la sustitución, y la necesidad de financiación para hacer frente a este pago; incluso admite la licitud del préstamo de IIBV a IBSA, -aunque lo regulariza-, si con este préstamo IBSA hubiera prestado, a su vez, a IBUSA y le hubiera trasladado la carga financiera. Para la liquidación, aun admitiendo que sea cierto que la operación de reestructuración de la deuda consigue un efecto económico al permitir mantener el *rating* del Grupo Iberdrola, no es menos cierto que estos efectos se producen con la asunción de la deuda por parte de IIBV, pero no con su traslación a la entidad IBSA, traslación que no añade efectos económicos adicionales. Por tanto (concluye) es la conjunción de la colocación de la deuda en IBSA juntamente con la minoración de la base imponible de esta entidad, lo que determina la consideración del conflicto de aplicación de la norma. La liquidación sostiene que el hecho de que SPW haya tenido unos mayores ingresos fiscales en Reino Unido, por intereses asociados a la reestructuración, no implica necesariamente que la tributación allí haya sido equivalente a la reducción de la española. Los menores tipos del IS (es de suponer que en UK), unido al tratamiento de los gastos financieros deducibles vía compensación con ingresos financieros, pudieran (es decir, una mera posibilidad) ser la justificación de la forma en que se ha instrumentado la reestructuración de la deuda. La conclusión es que las operaciones han determinado la ruptura de las reglas de localización de los ingresos y gastos en las jurisdicciones tributarias que correspondan, lo cual no debe ser aceptado. El conflicto ha de aplicarse a actos o negocios que, tras la calificación a través de la potestad del art. 15 LGT, resulten contrarios al ordenamiento jurídico, no siendo, necesariamente y en todo caso, impropios los negocios que no sigan los esquemas habituales. Sostener lo contrario es condicionar las decisiones empresariales, sin ninguna justificación, y, probablemente, sin ningún criterio, y petrificar prácticas comerciales o financieras, en definitiva, empresariales, impidiendo avanzar en el camino para alcanzar una mayor eficacia o un mayor rendimiento, en definitiva, una mayor creación de riqueza, y con ello la creación o el mantenimiento del empleo, que, junto con la obtención del mayor beneficio, son los ejes centrales de la actividad empresarial, sustentada en el principio constitucional (art. 38 CE) de la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado. Sobre la necesidad de acometer una reestructuración de la deuda para evitar perjudicar la calificación crediticia del Grupo Iberdrola no existe duda, ni la ha planteado la Administración Tributaria, lo que, además, corrobora el informe pericial aportado, lo cual excluye conceptualmente que la operación de reordenación de la deuda no tuviera un fin distinto al ahorro fiscal, y, por tanto, no concurrirían los presupuestos del art. 15 LGT, ya que existen efectos económicos y financieros relevantes asociados a la reestructuración de deuda de IBUSA, y desde una perspectiva empresarial, máxime de un Grupo multinacional, mantener una calificación crediticia adecuada es básico por múltiples factores y

Síguenos en...



no puede juzgarse una situación económico empresarial internacional sólo desde la perspectiva nacional, que es la que ha tomado en consideración la resolución recurrida. Alcanzar una remuneración de plena competencia por saldos acreedores no solamente no es artificioso ni impropio, sino lo deseable, y no hacer lo necesario, dentro del ordenamiento jurídico, es impropio de un buen empresario. A juicio de la Inspección, fue la forma impropia en que se hizo lo que determinó su calificación como constitutiva de un supuesto de conflicto en la aplicación de la norma tributaria, porque la operativa usual de la financiación del Grupo discurría por otros derroteros, y de haber utilizado el mismo *modus operandi*, se habrían minorado las deducciones de gastos de la base imponible que, de esta manera, resultó erosionada en la declaración consolidada del Grupo en España. El carácter impropio por inusual no se construyó sobre conceptos, sino sobre situaciones fácticas anteriores aportadas por la propia representación de la entidad recurrente. Si no existe norma jurídica que lo imponga, la forma de hacer la reestructuración no puede condicionar su legalidad; menos aún si la legalidad sólo se acomoda a la forma que a la Administración le parece más adecuada, sin tener en cuenta las consideraciones empresariales que la entidad recurrente ha aducido, y sólo por el hecho de que de la forma que estima la Administración como no artificiosa ni impropia se generaría una mayor deuda tributaria en España; planteamiento cercano al concepto de economía de opción inversa a que se refiere la jurisprudencia, y señaladamente la STS 16 de noviembre de 2022, recurso n.º 89/2018, es decir que sólo es legítima aquella opción, entre las posibles, que se decanta por la mayor carga fiscal. Como sostiene el informe pericial, teniendo IBSA activos denominados en libras esterlinas y un pasivo denominado en dólares redundaba en su mejor interés protegerse de las fluctuaciones de ambas divisas, lo que poco tiene que ver con ninguna finalidad fiscal que haya de atajarse a través del art. 15 LGT. Por tanto, procede la anulación de la liquidación recurrida, porque no concurren los elementos sobre los que afirmar que en la operación de reestructuración de la deuda que nos ocupa, se hayan dado las condiciones para la declaración de conflicto en la aplicación de la norma, y, por ende para llevar a cabo la regularización.

AUDIENCIA NACIONAL

SENTENCIA

Sala de lo Contencioso-Administrativo

SECCIÓN SEGUNDA

Núm. de Recurso: 0000726/2020

Tipo de Recurso:

PROCEDIMIENTO ORDINARIO

Núm. Registro General:

05166/2020

Demandante:

Iberdrola, S.A

Procurador:

SR. MARTÍN JAUREGUBEITIA

Demandado:

TRIBUNAL ECONOMICO ADMINISTRATIVO CENTRAL

Abogado Del Estado

Ponente Ilmo. Sr.:

D. FRANCISCO GERARDO MARTINEZ TRISTAN

S E N T E N C I A Nº:

Ilma. Sra. Presidente:

Dª. MARÍA ASUNCIÓN SALVO TAMBO

Ilmos. Sres. Magistrados:

D. MANUEL FERNÁNDEZ-LOMANA GARCÍA

D. FRANCISCO GERARDO MARTINEZ TRISTAN

D. JAVIER EUGENIO LÓPEZ CANDELA

D. MARCIAL VIÑOLY PALOP

Síguenos en...



Madrid, a veintiocho de noviembre de dos mil veinticuatro.

Visto por la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, el recurso contencioso-administrativo nº 726/2020, y los acumulados números 727 y 729/2020, promovido por el Procurador Sr. Martín Jaureguibeitia, en nombre y representación de la entidad Iberdrola, S.A. (IBSA), contra tres resoluciones del Tribunal Económico Administrativo Central (TEAC), de 1 de junio de 2020, por las que se desestimaron las reclamaciones 6485/2016, 8213/2016 y 8214/2016, interpuestas contra las liquidaciones, de fecha 30 de septiembre de 2016, de la Delegación Central de Grandes Contribuyentes por el Impuesto de Sociedades (IS), ejercicios 2009, 2010 y 2011.

Ha sido parte demandada la ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO, representada y defendida por el Abogado del Estado.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.-Es objeto del presente recurso contencioso administrativo la impugnación de la resolución del TEAC, de 1 de junio de 2020, por las que se desestimaron las reclamaciones 6485/2016, 8213/2016 y 8214/2016, interpuestas contra las liquidaciones, de fecha 30 de septiembre de 2016, de la Delegación Central de Grandes Contribuyentes por el Impuesto de Sociedades (IS), ejercicios 2009, 2010 y 2011.

SEGUNDO.-Contra dicha resolución interpuso recurso contencioso-administrativo, mediante escrito presentado en el Registro General de esta Audiencia Nacional y, admitido a trámite, se requirió a la Administración demandada la remisión del expediente administrativo, ordenándole que practicara los emplazamientos previstos en el artículo 49 de la Ley de la Jurisdicción. Verificado, se dio traslado al recurrente para que dedujera la demanda.

TERCERO.-Evacuando el traslado conferido, el Procurador Sr. Martín Jaureguibeitia presentó escrito de demanda el 23/4//2021, en el que, después de exponer los hechos y fundamentos que estimó pertinentes, solicitó a la Sala que dicte Sentencia por la que se anule la resolución recurrida y las liquidaciones impugnadas.

CUARTO.-El Abogado del Estado por escrito que tuvo entrada en la Audiencia Nacional en fecha 1/7/2021, tras alegar cuantos hechos y fundamentos jurídicos tuvo por conveniente, contestó la demanda, y terminó por suplicar de la Sala que dicte sentencia desestimando el recurso interpuesto, confirmando los actos recurridos, e imponiendo las costas al actor.

QUINTO.-Recibido el pleito a prueba, se practicó con el resultado que obra en autos; se concedió a las partes el término sucesivo de diez días para que presentaran sus conclusiones. Trámite evacuado por escritos incorporados a los autos.

SEXTO.-Conclusas las actuaciones se señaló para votación y fallo el día 26 de junio 2024, en que ha tenido lugar; celebrándose sucesivas deliberaciones hasta el pasado 20 de noviembre que concluyó. En este procedimiento se han cumplido todas las prescripciones legales. Ha sido Ponente el Ilmo. Sr. D. Gerardo Martínez Tristán, quien expresa el parecer de la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Objeto del recurso y contenido de la resolución recurrida.

1. Se dirige este recurso frente a las tres resoluciones del TEAC, de 1 de junio de 2020, por las que se desestimaron las reclamaciones 6485/2016, 8213/2016 y 8214/2016, interpuestas contra las liquidaciones, de fecha 30 de septiembre de 2016, de la Delegación Central de Grandes Contribuyentes por el Impuesto de Sociedades (IS), ejercicios 2009, 2010 y 2011, derivadas de las actas de disconformidad. A02 72716455, A02 72716473 y A02 72716482. Las tres resoluciones son idénticas, salvo la relativa al ejercicio 2010, que también se refiere a los intereses de demora, cuestión que fue estimada por el TEAC. Por tanto, las referencias que hagamos a un expediente es extensible a cualquiera de ellos.

2. Los Acuerdos de Liquidación impugnados traen causa de la declaración de concurrencia de las circunstancias establecidas en el artículo 15.1 ("Conflicto en la aplicación de Norma Tributaria") de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria ("LGT"), en relación con "el gasto financiero adicional soportado por el grupo fiscal 2/86, en el impuesto sobre Sociedades, ejercicios 2009 a 2011, derivado de la asunción del pasivo frente a IIBV y del swap concertado

Síguenos en...



entre SPW/IBSA".3.La regularización consistió en la eliminación del gasto financiero soportado (en exceso) por IBSA por la financiación recibida de IIBV por los cuatro préstamos por importe total de 1.300 millones de USD y la eliminación del resultado del swap; así como el cómputo del gasto financiero que hubieran generado los pasivos en c/c.

SEGUNDO.-Los hechos del litigio.

4.Cabe comenzar afirmando que en este proceso no existe controversia sobre los hechos; así se desprende de una atenta lectura de la demanda, en la que no se cuestionan, y específicamente del fundamento jurídico material primero, referido al planteamiento de la cuestión y delimitación de la controversia, en el que en modo alguno se pone en tela de juicio el soporte fáctico de las liquidaciones; al contrario, resalta aquellas cuestiones que, a su juicio, no son objeto de controversia, al ser admitidas por las resoluciones impugnadas, cual es el caso de la necesidad de recolocación de los bonos emitidos por IBUSA, o la de evitar el exceso de subordinación estructural y su efecto en la calificación crediticia del Grupo.

5.No obstante, para una mejor comprensión, conviene trasladar a esta sentencia los antecedentes fácticos más relevantes.

Con fecha 12-02-2016 se notificó al contribuyente que, a juicio de la inspección, podrían concurrir las circunstancias previstas en el artículo 15 de la ley 58/2003 en relación con "los gastos financieros de la reestructuración de la Deuda de Energy East INC (IBUSA)" (sic: informe de la Inspección de 11/2/2016, acompañado a la notificación) y se le concede un plazo de 15 días para la formulación de alegaciones, que fueron presentadas en escrito de 9/3/2016.

El 06-05-2016 se notifica al obligado tributario la remisión del expediente a la Comisión Consultiva de conformidad con lo dispuesto en el artículo 159 de la Ley 58/2003 y el artículo 194 del RD 1065/2007.

Con fecha 13-07-2016 la Comisión Consultiva emite Informe sobre Conflicto en la Aplicación de la Norma Tributaria; declara la concurrencia de las circunstancias establecidas en el artículo 15.1 de la ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, en relación con "el gasto financiero adicional soportado por el grupo fiscal 2/86, en el impuesto sobre Sociedades, ejercicios 2009 a 2011, derivado de la asunción del pasivo frente a IIBV y del swap concertado entre SPW/IBSA".

Con fecha 14-07-2016 se notificó al obligado tributario el informe de la Comisión Consultiva para la declaración del Conflicto en la Aplicación de la Norma.

Con fecha 06-09-2016 se formaliza el Acta de disconformidad A02 nº 72716482 relativa al IS del ejercicio 2011 (y las de los otros dos ejercicios); se propone la regularización de los efectos derivados de las operaciones de reestructuración de la deuda de IBUSA y se elimina el gasto financiero en exceso en el que el sujeto pasivo ha incurrido.

Con fecha 30 de septiembre de 2016 la Jefa de la Oficina Técnica de la DCGC dictó Acuerdo de liquidación por el IS del ejercicio 2011 (y los restantes ejercicios) resultando una deuda a ingresar de 10.599.139,70 euros (cuota: 10.483.137,77 euros; intereses de demora: 116.001,93 euros). Dicho Acuerdo se notifica al obligado tributario el 03-10-2016.

6.Los hechos de la liquidación, recogidos en la forma y con el contenido de ella, que, por no haber sido controvertidos (sin perjuicio de la diferente significación dada por las partes), han de considerarse como hechos probados de esta sentencia son, en síntesis:

a.- IBERDROLA, S.A. (en adelante IBSA) forma parte del Grupo IBERDROLA cuya cabecera mundial es IBSA, sociedad holding del Grupo, cuyos resultados "proviene fundamentalmente de dividendos e ingresos devengados procedentes de la financiación concedida a sociedades participadas". En su condición de cabecera de un Grupo presta servicios no operativos de asesoramiento jurídico, fiscal y técnico a sus empresas filiales y asume, entre otras, "la financiación del Grupo, que gestiona de forma centralizada".

b.- En el ámbito del negocio financiero IBSA es la sociedad dominante inmediata de tres sociedades financieras del Grupo que se dedican a la captación de recursos financieros para el Grupo. IBSA presta garantía a dichas sociedades en las operaciones en que intervienen. A su vez, IBSA, desde su departamento financiero se encarga de financiar al resto de compañías del Grupo y de fijar las políticas financieras seguidas en el seno del Grupo, asumiendo la gestión de la liquidez y de los riesgos.

Sociedades financieras.

El Grupo capta fondos en el mercado a través de tres entidades vehículo o entidades financieras, las cuales realizan las operaciones de captación de fondos y de préstamo: Iberdrola International BV (IIBV), residente en Holanda, Iberdrola Finanzas SAU (IFSA), residente en Vizcaya e Iberdrola Finance Ireland Limited.

Las tres sociedades están participadas al 100% por IBSA, matriz del Grupo, residente en España.

Síguenos en...



Los fondos captados en las emisiones y los obtenidos mediante préstamos bancarios se prestan a su vez a las denominadas sociedades financiadoras, IBSA y, desde 2010, IFSA, en las mismas condiciones (tipos de interés y vencimiento) que corresponden a la deuda original. Todos los costes de la intermediación financiera se trasladan a IBSA e IFSA como "comisión de apertura" del préstamo que se les otorga. Dichas sociedades vehículo (o financieras) captan fondos en los mercados con la garantía de IBSA.

Sociedades financiadoras

Las sociedades financiadoras, -IBSA e IFSA-, con posterioridad, hacen llegar la financiación necesaria a las sociedades operativas, que son las entidades que finalmente soportan la correspondiente carga financiera efectiva dentro del Grupo.

c.-Resumidamente, el esquema de financiación del Grupo es el siguiente: las sociedades Financieras captan fondos en los mercados, traspasan los fondos a las sociedades financiadoras mediante operaciones espejo, a precios de mercado, que financian a las filiales (sociedades operativas) según sus necesidades, a precios de mercado.

d.- Adquisición del Grupo escocés Scottish Power (SPW).

En 2006 el Grupo inicia un proceso de expansión internacional, que se traduce en la adquisición del grupo escocés Scottish Power (SPW) en 2007 y en la adquisición del grupo americano Energy East Corporation (EEC) en 2008.

El 23-04-2007 IBSA adquiere al grupo escocés SPW. Tras la compra de SPW se firmó un contrato de cuenta corriente mercantil para centralizar la tesorería del grupo mundial. Este contrato se suscribió el 20-06-2007 entre IBSA y SPW y tiene las siguientes características: la posición deudora de SPW está limitada en la cifra que IBSA determine anualmente; de acuerdo con lo establecido en la cláusula segunda, las partes se comprometen a no exigir aisladamente los créditos anotados en cuenta, de modo que los créditos entre SPW e IBSA pierden su individualidad propia- al anotarse en la cuenta corriente- y el saldo neto será de cargo de una sola de las partes que podrá exigirlo unilateralmente a la finalización del contrato; la validez del acuerdo es de un año con renovación automática por periodo indefinido; no obstante, ambas partes podrían rescindir el contrato con antelación, pidiendo la liquidación de los saldos correspondientes. El ejercicio de esta opción de resolución del contrato tiene características diferentes, si el peticionario es SPW o IBSA. Así, si es SPW debe existir un preaviso de 15 días, mientras que si es IBSA no hay necesidad de preaviso, siempre que ésta mantenga el 100% del capital de SPW. El interés de los saldos diarios deudores de SPW con IBSA genera un interés de LIBOR a tres meses más 15 puntos básicos con liquidez trimestral. El interés de los saldos diarios deudores de IBSA con SPW genera un interés de LIBOR a tres meses menos 10 puntos básicos.

El saldo de la cuenta corriente mercantil entre SPW e IBSA ha fluctuado entre los 1.000 millones de libras y el millón de libras, entre 1 de agosto de 2007 y 1 de noviembre de 2015, reflejando, mayoritariamente, saldos acreedores, a favor de SPW, excepto en el periodo comprendido entre noviembre de 2012 y agosto de 2014, en el que el saldo es deudor para SPW.

e.- Adquisición del grupo americano Energy East Corporation (EEC).

En 2008 IBSA adquiere la totalidad de las acciones de EEC; tras la adquisición pasó a denominarse Iberdrola USA (IBUSA).

En la fecha de adquisición, el pasivo a largo plazo de IBUSA comprendía bonos emitidos en 2000 y 2006 en el mercado USA (4 emisiones por importe total de 1.300 millones de USD) en los términos y condiciones de un contrato general; los tipos de interés, según la emisión, oscilan entre 6,75% y 8,05%.

f.- Reordenación de la deuda de EEC.

En 2009 el Grupo hace un proceso de reestructuración de la citada deuda, a través de un acuerdo de sustitución (IIBV sustituye a IBUSA como obligado al pago de los bonos) en virtud de la cual los 1.300 millones USD de bonos, se traspasan a IIBV (entidad financiera del Grupo residente en Países Bajos). Para financiar dicha operación de traspaso IBUSA recibe un préstamo de 1.050 millones USD de SPW y 250 millones USD de ampliación de capital suscrita por IBSA.

Según la memoria de IBUSA, la sustitución supuso el traspaso de 1.300 millones de dólares a IIBV. Con el fin de que IBUSA pudiera transferir a IIBV tal cuantía IBSA suscribe una ampliación de capital en IBUSA por importe de 250 millones USD e IBUSA suscribe un préstamo de 1050 millones USD con SPW, con vencimiento en 2019 y un tipo de interés fijo de 7,08%.

g.-La reestructuración de la deuda emitida por IBUSA se lleva a cabo a través de un conjunto de operaciones intragrupo que no generan movimientos reales de fondos. Resumidamente, la secuencia de operaciones realizadas, todas ellas en el mismo día 8 de abril de 2009, son:

Síguenos en...

- IIBV sustituye a IBUSA como obligado al pago de los bonos. La sustitución se documenta en un Acuerdo de sustitución de 2 de abril, efectivo desde 8 de abril de 2009; en un contrato suplementario del contrato programa general que recoge el cambio de obligado y la garantía de IBSA sobre la emisión. Los motivos de la sustitución, que se citan en el contrato son: "(. . .) lo enhance the credit position of the holders of the Notes and to ensure an optimal withholding tax treatment structure, (. . .)"
 - IBUSA cambia el pasivo representado por los bonos emitidos en USA por un préstamo obtenido de SPW y una ampliación de capital suscrita por IBSA (250 millones de USD de ampliación de capital y 1.050 millones de préstamo de SPW).
 - SPW financia el préstamo que concierne con IBUSA, por importe de 1.050 millones USD, con los fondos que depositó en la cuenta corriente que mantiene con IBSA.
- No obstante, dichos fondos no estaban en la c/c pues se habían invertido en las necesidades del Grupo y, por ello, IBSA lo que hace es retirarlos de su cuenta bancaria en libras en ABN AMOR BANK NV y transferirlos a la cuenta bancaria de SPW en el Royal Bank of Scotland, generando un descubierto en cuenta "intradía", descubierto que será cancelado en el mismo día.
- IBUSA trasfiere los bonos y los activos generados por la ampliación de capital y el préstamo otorgado por SPW a IIBV, que sustituye a IBUSA en los derechos y obligaciones derivados de la emisión de los bonos.
 - IIBV presta a IBSA el importe en dólares equivalente a las cuatro emisiones de bonos adquiridos a IBUSA. IIBV como prestamista, e IBSA como prestatario, suscriben 4 préstamos inter compañía, uno por cada una de las cuatro emisiones de bonos de IBUSA asumidas por IIBV, valoradas a valor de mercado y con un margen de 4 puntos básicos sobre el tipo de interés de las emisiones de bonos. Con tales fondos IBSA cancela el descubierto intradía.
 - IBSA, a través de una cuenta transitoria (partidas pendientes de aplicación) carga la cuenta bancaria en dólares estadounidenses y abona la cuenta bancaria en libras esterlinas, de modo que, al final de la secuencia de operaciones, no se ha producido variación en la situación de las cuentas bancarias.
 - IBSA contrata un Cross Currency Swap con SPW para cubrir los riesgos de cambio libra-dólares que le han surgido a SPW en el préstamo concertado con IBUSA.

7.- Hechos posteriores a la reestructuración.

La liquidación, para realizar la inferencia que condujo a la decisión, consideró una serie de hechos posteriores, que son los siguientes:

El 16-11-2010 IBUSA vendió activos asociados a la distribución de gas natural a través de la transmisión de tres sociedades, por un importe próximo a 1.300 millones USD y que, descontado las deudas, le produjo un efectivo de 918 millones USD. Parte del efectivo recibido, concretamente 700 millones USD, se destina a la cancelación del préstamo concertado en 2009 con SPW. Con ocasión de dicha desinversión y la cancelación parcial del swap interno por el mismo importe de los principales del préstamo a IBUSA cancelados anticipadamente, SPW transfiere a IBSA 800M de USD, que dicha sociedad (SPW) registra con contrapartida en cuentas de Tesorería. A su vez, IBSA registra la cancelación parcial del swap pero no transfiere a SPW el importe en libras equivalente a los 800M USD recibidos y apunta en su pasivo, en la cuenta corriente con SPW, una deuda por importe de 469 millones de libras. En definitiva, por la vía del intercambio de monedas en la cancelación del Cross Currency Swap, IBSA adquiere la tesorería procedente de la desinversión en los activos que se financiaban con la emisión de bonos, a través de la cuenta corriente mercantil pactada con SPW, estando dicha tesorería disponible para financiar nuevas inversiones, la cual genera un nuevo gasto financiero, por los importes debidos a SPW, que se deduce en la base imponible de IBSA. No obstante, la cancelación parcial del préstamo concertado entre IBUSA y SPW, la situación de los préstamos entre IBSA e IIBV no se altera, ni tampoco la situación de la emisión de bonos asumida por esta última sociedad. IBSA deduce el 100% de los intereses que devengan el total importe (1.300M de USD) de los préstamos de IIBV en su base imponible.

8.- La liquidación aprecia otros datos de interés, que procede resaltar.

a) Costes e ingresos financieros:

- Hasta la reestructuración: IBSA tenía un único coste financiero: el interés pactado con SPW por la cuenta corriente (Libor a 3 meses menos 10 puntos básicos). En los ejercicios comprobados los tipos Libor a tres meses medios fueron de 1,20%, 0,7% y 0,88%, respectivamente. IBUSA tenía el gasto financiero de los 1.300 millones de USD emitidos y percibía los ingresos de los activos en que estaban invertidos los mismos. El gasto financiero venía determinado por sus tipos de emisión 8,05%-6,75%. Su importe esta próximo al contravalor en dólares de 130 millones de euros.

Síguenos en...

- Con la reestructuración: El gasto financiero correspondiente a los fondos captados en la emisión de bonos por IBUSA (1.300 millones USD) se deducen en IBSA, a pesar de que el gasto está ligado a la realización de actividades en América (donde también se deducen), situación que permanece incluso tras la cancelación parcial del préstamo concedido a IBUSA por SPW, pues en España se siguen devengando y deduciendo gastos financieros por un total de 1.300 millones de dólares (permanecen los préstamos que IIBV concede a IBSA por el importe en dólares equivalente a las cuatro emisiones de bonos adquiridos a IBUSA).

SPW cambia los intereses en la cuenta corriente con IBSA (en torno a 64,4 millones de euros en el periodo 2009-2011) por intereses pagados por IBUSA que al 7,08% determinan, para el periodo 2009-2011, más de 200 millones de euros. Por tanto, en SPW el resultado neto son unos ingresos financieros adicionales de 137,5 millones de euros.

En el periodo 2009-2011 los resultados negativos derivados del swap se incorporan en la base imponible de IBSA; cubren un riesgo que antes no existía como tal en el Grupo y que se ha creado con la reestructuración.

La ampliación de capital de 250 millones de euros que IBSA suscribe en IBUSA no genera ingresos financieros que neutralicen los gastos financieros que asume como contrapartida a la referida ampliación, produciéndose un efecto neto negativo.

b) El tipo nominal de tributación en Reino Unido en los ejercicios comprobados es inferior al español (28% en 2009 y 2010 y 26% en 2011). Además, existen diferencias entre la normativa española y la británica en el tratamiento de las rentas que se generan en las operaciones; en el expediente se describen ampliamente estas diferencias.

9.-La regularización consistió en la eliminación del gasto financiero soportado (en exceso) por IBSA por la financiación recibida de IIBV por los cuatro préstamos por importe total de 1.300 millones de USD y la eliminación del resultado del swap; así como el cómputo del gasto financiero que hubieran generado los pasivos en c/c. Dice la liquidación, en el penúltimo párrafo del folio 66 (IS 2009), "por ello no resulta deducible el gasto financiero adicional soportado por el grupo fiscal 2/86, derivado de la asunción del pasivo frente a IIBV y del SWAP concertado entre SPW/IBSA, dado que, tal y como se recoge en dicho informe (el de la Comisión Consultiva), "no le da posibilidad de obtener ingreso adicional alguno mediante la inversión en una actividad operativa".

TERCERO.- Las cuestiones litigiosas.

10. Nos remitimos al planteamiento que de ellas realiza la demanda en su fundamento primero, al destacar que la controversia gira en torno a una sucesión de irregularidades e incongruencias, tanto procedimentales como sustantivas, que constituyen los motivos de impugnación.

1. Las causas de nulidad de la declaración de existencia del conflicto de aplicación de la norma tributaria; se hacen valer dos vicios de nulidad, del artículo 217.1 de la LGT, de los que adolece dicha declaración.

a) la declaración se ha dictado prescindiendo de los requisitos esenciales del procedimiento al privarse a IBSA del derecho de audiencia sobre los negocios jurídicos que finalmente constituyeron el objeto de la declaración efectuada tras el informe de la Comisión consultiva del artículo 159 de la LGT.

b) la citada declaración de conflicto, dada su incongruencia interna, constituye un acto de contenido imposible, a los efectos del artículo 217.1.c) de la LGT.

2. Falta de concurrencia de cada uno de los requisitos que han de darse, de manera cumulativa, para que quepa la aplicación del artículo 15.1 de la LGT. Tras explicar la lógica económica subyacente al proceso de reordenación de su deuda llevado a cabo por IBERDROLA, con posterioridad a la adquisición de la sociedad que acabaría siendo IBUSA, se sostiene que los negocios jurídicos cuestionados no son "manifiestamente artificiosos o impropios", y que la reordenación no ha supuesto un ahorro fiscal ni una doble deducción, mientras que, por el contrario, ha producido efectos jurídicos y económicos independientes.

3. Vicios o irregularidades imputables a los Acuerdos de Liquidación, con independencia de la declaración de conflicto de aplicación de la norma tributaria. En el Fundamento Jurídico Octavo, se analiza la inadecuación del procedimiento del artículo 15 de la LGT como mecanismo de ajuste de operaciones entre partes vinculadas y la infracción del principio de regularización íntegra.

4. Vulneración los principios y criterios que rigen la valoración y el enjuiciamiento de las operaciones entre partes vinculadas.

Síguenos en...

5. La regularización practicada tras la declaración del conflicto de aplicación de la norma tributaria no se ha atendido al artículo 15.3 LGT, además, de ser un acto de contenido imposible por incongruencia.

6. La regularización no tiene en cuenta el mayor coste financiero que hubiera debido soportar IBUSA de no haber llevado a cabo la recolocación de los bonos de IBUSA.

CUARTO.-Sobre la regularidad de la declaración de existencia de conflicto en la aplicación de la norma tributaria. Las irregularidades procedimentales contrarias a los artículos 15 , 159 y 217.1.c de la Ley General Tributaria . La vulneración del derecho de audiencia. El contenido imposible del informe de la Comisión Consultiva.

La vulneración del derecho de audiencia.

11.-La demanda denuncia la discordancia entre los informes de la Inspección, de 11/2/2016 y 4/5/2016, por los que se considera que concurren las circunstancias del artículo 15 LGT 2003, y se traslada el procedimiento a la Comisión Consultiva prevista en dicho precepto para que emita el preceptivo informe recogido en la norma, y el informe emitido por la Comisión Consultiva. A su juicio, esta discordancia se pone de relieve en que la Inspección no hace referencia a la ampliación de capital de IBUSA suscrita por IBSA, ni al gasto financiero del préstamo de IIBV a IBSA; y de ello concluye que se le ha causado indefensión en la medida en que la Comisión Consultiva debió ceñirse al contenido del informe de la Inspección, sobre el que se había pronunciado la entidad recurrente, sin que sea aceptable el exceso en el que incurrió al examinar aquellas dos operaciones no informadas por la entidad IBSA.

Se recalca en esta alegación que la indefensión no se refiere a que no haya podido alegar en el momento oportuno, que lo ha hecho, sino en el contenido de la alegación.

12.-Ha de entenderse, pues, que, a juicio de la demanda, constituye una irregularidad que en el informe anexo a la comunicación del posible conflicto, de 11 de febrero de 2016, y en el informe del órgano liquidador, por el que se remitió a la Comisión Consultiva el expediente, no se le hubiera indicado (para poder alegar sobre ello) que lo que la inspección consideraba que podía constituir un supuesto de conflicto en la aplicación de la norma tributaria eran estas dos operaciones; o, formulándolo de manera inversa, que si hubiera alegado sobre estas dos operaciones, porque se le hubiera advertido que la opinión de la Inspección discurría por esos derroteros, no habría contravención procedimental alguna, ni indefensión.

13.-No podemos compartir este planteamiento; los hechos demuestran otra cosa.

Ha de partirse de la premisa de que la norma que regula el conflicto alude a valoración de los hechos de manera individual o bien en su conjunto; y en este caso, tanto el informe vinculante de la Comisión, como la liquidación que declaró el conflicto en la aplicación de la norma tributaria, valoraron las operaciones en su conjunto, es decir tomaron en consideración todas las operaciones que se realizaron para reestructurar la deuda de IBUSA, porque esta operación, en su conjunto, fue el objeto sobre el que el actuario estaba tramitando el procedimiento inspector, y entendió que podía encerrar un supuesto de conflicto en la aplicación de la norma tributaria; por esa razón, el informe del órgano competente para liquidar que remitió a la Comisión Consultiva, de 4/5/2016, lleva por título "informe sobre la concurrencia de las circunstancias previstas en el artículo 15 de la Ley 58/2003, de 17/12, General Tributaria, para declarar conflicto en la aplicación de la norma tributaria en los ejercicios 2009 a 2011 en la operación de reestructuración de la deuda de Energy East INC (IBUSA), efectuada por Iberdrola, S.A". Y en la reestructuración ocupaba un papel relevante tanto la ampliación de capital de IBUSA suscrita por IBSA, como el préstamo de IIBV a IBSA. Cuestión diferente, - en esto radica el meollo de la discrepancia de la demanda- es el alcance que esas dos concretas operaciones tuvieran en la opinión de los dos informantes, -el actuario y el órgano de la Inspección competente para liquidar (que elevó su informe a la Comisión Consultiva), por una parte, y la propia Comisión Consultiva, por otra- sobre qué papel jugaba cada una de las concretas operaciones en el convencimiento de ambos órganos sobre la existencia de un supuesto determinante de la existencia de conflicto, pero esto no es sino la esencia misma de la actividad administrativa de informe (si hubiera intervenido otro órgano informante podríamos encontrarnos con una tercera opinión no enteramente coincidente con las dos anteriores).

Lo relevante desde la perspectiva de los derechos del obligado tributario es que se le ilustre y pueda alegar y probar sobre los hechos que, a juicio del actuario, en el primer momento previsto por la Ley y por el Reglamento, esto es en el informe de 11/2/2016, podrían constituir un supuesto de conflicto por reunir las condiciones previstas en el artículo 15 la Ley General Tributaria, esto es si la operación de reestructuración de la deuda de IBUSA, y todo el entramado de operaciones orientadas a ese fin, podían suponer una actuación notoriamente artificiosa o impropia.

Síguenos en...

Así lo reconoce la parte demandante cuando en el escrito de conclusiones (página 4 de 25), refiriéndose a la naturaleza jurídica de las dos intervenciones (de la Inspección y de la Comisión Consultiva) en este especial procedimiento, afirma que los (dos) informes de la Inspección, según la doctrina administrativista, tienen por finalidad la incorporación, comprobación y valoración de los hechos que sirven de fundamento a la futura resolución; por el contrario, el informe de la Comisión Consultiva tiene por objeto emitir un juicio técnico jurídico que, además, es vinculante para las posteriores actuaciones de regularización.

Y los hechos, en ambos casos, son los mismos.

No hubo, por tanto, variación alguna entre lo que la Inspección consideró en un momento inicial como susceptible de ser calificado como conflicto en la aplicación de la norma tributaria, -el conjunto de operaciones orientadas al mismo fin (la reestructuración o reordenación de la deuda de IBUSA)-, y lo que finalmente la Comisión Consultiva calificó como tal, aunque lo fuera a través de razonamientos no enteramente iguales, pero sí sustancialmente iguales, porque se basó en los mismos hechos y en las mismas operaciones.

14.-Cuál fue todo ese entramado de operaciones (señaladamente las que se produjeron el mismo día 8/4/2009) no sólo no le resultaba desconocido a la entidad recurrente, sino que en su demanda lo explicita en términos que no difieren del contenido del informe de la Inspección y de la Comisión Consultiva, y finalmente de la liquidación que declaró la existencia del conflicto en la aplicación de la norma tributaria y procedió, por ello, a la correspondiente regularización, de acuerdo con lo previsto en el artículo 15.3 LGT.

15.-Afirmar que no pudo alegar sobre una parte de las operaciones que se produjeron ese día (la suscripción de la ampliación de capital de IBUSA por parte de IBSA, y el préstamo de IIBV a IBSA) no resulta aceptable, cuando en sus alegaciones, tras el traslado efectuado por el actuario, reconoce que "los antecedentes y hechos de la operación son, en líneas generales y salvo por las aclaraciones y matizaciones que se efectuarán a lo largo de este escrito, los descritos por la Inspección en su informe".

16.Por lo demás, la contestación a la demanda del Abogado del Estado, en sus páginas 9 y siguientes, son de gran ayuda para ubicar el lugar donde se encuentran las referencias a esas dos concretas operaciones como secuencias de las operaciones realizadas en el día 8 de abril de 2009, y a ella nos remitimos, sin perjuicio de reconocer que la razones por las que se giró la liquidación y se emitió el informe de la Comisión Consultiva (y antes los informes de la Inspección) son un tanto confusas, probablemente por la gran complejidad de la materia y de la propia operación, pero, en absoluto, generadoras de indefensión. No es extraño, pues, que la demanda haya aducido este motivo impugnatorio, porque, en esto no le falta razón, la Inspección ha ido dando bandazos, desde entender que la artificiosidad residía en la interposición de la británica SPW (en la comunicación de 11/2/2016 se dice, entre otras cosas, que "los argumentos de mantener un rating para la deuda del Grupo Iberdrola no justifican la interposición de la filial escocesa y sus consecuencias en la base imponible del impuesto sobre sociedades español, de acuerdo con el informe que se anexa a la presente comunicación", y en las conclusiones del informe de la Comisión Consultiva se inicia con esta apreciación: "...su particular diseño (de la operación de reestructuración), con la interposición de SPW y la suscripción de la ampliación de capital social de IBUSA, tiene un alcance principalmente fiscal", hasta concluir este informe que concurre las circunstancias del artículo 15.1 LGT en relación con el gasto financiero adicional soportado por el grupo fiscal 2/86, en el impuesto sobre sociedades, ejercicios 2009 a 2011, derivado de la asunción del pasivo frente a IIBV y del swap concertado entre SPW e IBSA.

QUINTO.-Sobre el contenido imposible del informe de la Comisión Consultiva.

17.La demanda considera que el informe de la Comisión Consultiva incurre en nulidad radical por tener un contenido imposible por la contradicción interna que supone no cuestionar los préstamos, y sin embargo deducir consecuencias tributarias (negativas para sus intereses) del gasto financiero derivado de ellos.

18.No existe tal contenido imposible, sino una estructura lógica y argumental propia del conflicto en la aplicación de la norma tributaria, en el que los negocios calificados existen, son válidos y eficaces, dado que el artículo 15 LGT 2003 habilita una potestad de calificación que se circunscribe a los efectos tributarios de las relaciones jurídico tributarias, sin afectación alguna a contenidos de índole civil o mercantil; no es propio de este informe cuestionar la existencia, validez y eficacia de las relaciones jurídicas subyacentes, que quedan incólumes, sino determinar si las mismas, -las relaciones jurídicas, actos o negocios-, individualmente consideradas o en su conjunto, son notoriamente artificiosas o impropias.

SEXTO.- Sobre los requisitos de la declaración de conflicto en la aplicación de la norma tributaria. La legalidad de la liquidación.

19.-Sostiene la demanda la falta de concurrencia de cada uno de los requisitos que han de darse, de manera cumulativa, para que quepa la aplicación del artículo 15.1 de la LGT.

Tras explicar la lógica económica subyacente al proceso de reordenación de su deuda llevado a cabo por IBERDROLA, con posterioridad a la adquisición de la sociedad que acabaría siendo IBUSA, aduce que los negocios jurídicos cuestionados no son "manifiestamente artificiosos o impropios", y que la reordenación no ha supuesto un ahorro fiscal ni una doble deducción, mientras que, por el contrario, ha producido efectos jurídicos y económicos independientes.

20.La demanda distingue dos escenarios con dos diferentes alcances económicos; la interposición de SPW en la financiación de IBUSA o la suscripción por parte de IBSA de la ampliación de capital de IBUSA y los gastos financieros asociados a los préstamos de IIBV a IBSA. Hay que decir, antes de nada, que estos dos escenarios se desprenden del informe de la Comisión Consultiva y, por remisión a la misma, de la liquidación, porque ambas se refieren a todas estas operaciones que, como hemos dicho, han de ser valoradas en su conjunto, como operaciones de reestructuración del pasivo de IBUSA procedente de las cuatro emisiones de deuda.

21.Precisamente por ello, porque estando claros los hechos, no está tan clara la valoración que de los mismos se ha realizado, conviene resaltar cuáles son las circunstancias que, de acuerdo con el artículo 15 LGT, conforman un supuesto de conflicto, y cuáles las razones de ello.

Dice el Informe de la Comisión Consultiva (página 30-31) "...en virtud de todo lo anterior, esta Comisión considera que concurren las circunstancias previstas en el artículo 15 de la LGT para calificar las operaciones circulares realizadas el 8/4/2009 (a excepción de la recolocación de los bonos de EEC en IIBV) como conflicto en la aplicación de la norma, en la medida en que se trata de operaciones realizadas todas ellas el mismo día, que no han implicado transferencia de fondos reales, ni han determinado ningún efecto económico relevante para el grupo IBERDROLA, más allá del mero reconocimiento de un descubierto bancario cancelado el mismo día. Dichas operaciones, sin embargo, han determinado una importantísima minoración de la base imponible del grupo fiscal español en los periodos 2009 a 2011, de más de 160 millones de euros, dado que IBSA ha sustituido su pasivo frente a SPW por un préstamo concedido por IIBV y un mayor valor de su participación en IBUSA como consecuencia de la suscripción de la ampliación de capital. Este esquema se separa del esquema de financiación habitual del grupo, en virtud del cual IBSA recibía un préstamo de las sociedades financieras y concedía un préstamo espejo a las entidades operativas del Grupo, sin que ello responda a motivo económico alguno, dado que, como consecuencia de las referidas operaciones (y particularmente de la intervención de SPW) IBSA ha terminado financiando activos de IBUSA, los cuales son, a su vez, financiados por la propia IBUSA".

22.Interpretando el contenido del informe de la Comisión Consultiva, dice la resolución del TEAC (página 9), que la Comisión ve la artificiosidad en la forma en que se realizan las operaciones puesto que no han implicado transferencia de fondos reales (no han supuesto movimiento real de tesorería), se han llevado a cabo todas ellas el mismo día y han tenido como consecuencia la generación de un descubierto intradía que ha sido compensado en esa misma fecha y una carga financiera adicional en IBSA que no se hubiera producido si se hubiera seguido la mecánica habitual de financiación del Grupo; y refiriéndose a esta forma en que se realizan las operaciones afirma que la reestructuración de la deuda de IBUSA se separa del esquema de financiación habitual del Grupo, en virtud del cual IBSA recibía un préstamo de las sociedades financieras y concedía un préstamo espejo a las entidades operativas del Grupo, sin que ello responda a motivo económico alguno.

23.Simplificando todo este planteamiento, aceptando que la finalidad de la operación de reestructuración de la deuda de IBUSA no era otra que colocar la deuda americana en la entidad financiera holandesa IIBV, -subir la deuda, en la terminología que se ha utilizado-, pasando de ser deuda de IBUSA a ser deuda del Grupo Iberdrola (lo que la inspección y la Comisión consultiva no censuran), lo que constituye una operación notoriamente artificiosa o impropia es haberse apartado, en las operaciones circulares analizadas en el presente informe (SIC, página 34 del informe de la Comisión Consultiva) del esquema de financiación habitualmente seguido por el Grupo, sin que exista justificación económica alguna para dicha singularidad, habiendo producido importantes minoraciones en la base imponible del grupo consolidado español.

Y más concretamente, es indudable que lo que se considera como impropio (también se emplea la terminología de artificiosa, lo que revela una cierta inconsistencia conceptual) es que aparezca como entidad financiera y a la vez financiadora SPW, utilizando un saldo acreedor en la cuenta

corriente que mantenía con IBSA, que pasa a ser remunerado del 1% a alrededor del 7% de tipo de interés.

A nuestro juicio, la síntesis del contenido del informe que acabamos de exponer es muy ajustado a la realidad. Y si esto es así, hemos de avanzar que no observamos en la operación, en su conjunto, ningún rasgo de notoria artificiosidad, ni que sea impropia.

24. Esta falta de claridad sobre lo que constituye el conflicto en la aplicación de la norma tributaria se acentúa si se lee la liquidación que se basa en el referido informe, como no podía ser de otra manera, y que constituye el acto administrativo objeto de nuestro enjuiciamiento; por contra, la confrontación dialéctica de los escritos procesales de las partes, además de brillante, refleja claramente el entendimiento de la cuestión, con igual claridad que la resolución del TEAC. Sobre ello volveremos.

La norma jurídica y su interpretación.

25. El artículo 15 de la Ley 58/2003, General Tributaria define el conflicto en la aplicación de la norma tributaria de la siguiente manera: 1. Se entenderá que existe conflicto en la aplicación de la norma tributaria cuando se evite total o parcialmente la realización del hecho imponible o se minore la base o la deuda tributaria mediante actos o negocios en los que concurran las siguientes circunstancias: que individualmente considerados o en su conjunto sean notoriamente artificiosos o impropios para la consecución del resultado obtenido. Que de su utilización no resulten efectos jurídicos o económicos relevantes, distintos del ahorro fiscal y de los efectos que se hubieran obtenido con los actos o negocios usuales o propios.

2. Para que la Administración tributaria pueda declarar el conflicto en la aplicación de la norma tributaria será necesario el previo informe favorable de la Comisión consultiva a que se refiere el artículo 159 de esta Ley.

3. En las liquidaciones que se realicen como resultado de lo dispuesto en este artículo se exigirá el tributo aplicando la norma que hubiera correspondido a los actos o negocios usuales o propios o eliminando las ventajas fiscales obtenidas, y se liquidarán intereses de demora, sin que proceda la imposición de sanciones.

26. Son tres, por tanto, las condiciones normativas que han de darse para que sea posible la declaración de conflicto en la aplicación de la norma tributaria: que con los actos o negocios jurídicos se evite total o parcialmente la realización del hecho imponible o se minore la base o la deuda tributaria; que individualmente considerados o en su conjunto, sean notoriamente artificiosos o impropios para la consecución del resultado obtenido; que no resulten efectos jurídicos o económicos relevantes, distintos del ahorro fiscal y de los efectos que se hubieran obtenido con los actos o negocios usuales o propios.

27. El derecho positivo tributario no define los conceptos de artificiosidad o impropiedad, por lo que hemos de acudir a otros criterios interpretativos (artículo 12 LGT). Según el diccionario de la Real Academia Española, artificioso se define como poco espontáneo, sin naturalidad, siendo sinónimo de retorcido, rebuscado; y en una segunda acepción significa falso, ficticio, sinónimo de engañoso; e impropio significa falta de las cualidades convenientes según las circunstancias, y es sinónimo de inadecuado, deficiente.

Aunque el concepto jurídico no tiene por qué ser enteramente coincidente con las acepciones semánticas, tampoco puede estar alejado de ellas, porque el lenguaje conforma el pensamiento, y es el instrumento para definir las instituciones y delimitar sus contornos.

Por ello, para determinar si existe o no conflicto en la aplicación de la norma necesariamente hemos de valorar si los actos o negocios, considerados individualmente o en su conjunto, en definitiva la operación de reestructuración de la deuda, puede definirse como falsa o engañosa, o inadecuada para conseguir su fin, realizada con un designio ilícito cual es evitar total o parcialmente la realización del hecho imponible o minorar la base o la deuda tributaria; ilícito en la medida que de su utilización no resulten efectos jurídicos o económicos relevantes, distintos del ahorro fiscal y de los efectos que se hubieran obtenido con los actos o negocios usuales o propios.

Se trata de conceptos jurídicos indeterminados, cuya integración ha de conducir a una única solución justa, y para ello nada mejor que el examen que la liquidación realiza de los hechos y su calificación jurídica.

28. Elementos que se resaltan de la liquidación:

La liquidación, a la luz de los hechos descritos, analiza el cumplimiento de los requisitos del artículo 15 LGT, califica las operaciones, y llega a la conclusión de que encajan en la figura del conflicto en la aplicación de la norma, porque:

a) Las operaciones, consideradas en su conjunto, son artificiosas o impropias para la consecución del resultado obtenido.

Síguenos en...

b) De las operaciones realizadas no resultan efectos jurídicos o económicos relevantes distintos del ahorro fiscal.

29. Conviene poner de relieve que la liquidación no realiza ninguna construcción dogmática sobre lo que considera notoriamente artificioso o impropio, sino que examina las operaciones y las califica como tal. La controversia dogmática se ha entablado en los escritos procesales de las partes, que no es lo que nosotros juzgamos.

30. Según la liquidación son artificiosas o impropias aquellas operaciones porque se apartan del esquema habitual de financiación del Grupo y provocan la minoración de la deuda tributaria en España, y no en el país de residencia de la sociedad operativa refinanciada (IBUSA).

31. No podemos compartir esta calificación, porque no se basa en norma jurídica alguna, sin que sirva como apoyo de esta calificación el artículo 15 LGT que diseña una potestad de calificación, y un procedimiento para hacerla efectiva, pero no regula las condiciones necesarias para definir lo que se entiende por notoriamente artificioso o impropio, conceptos jurídicos indeterminados que exigen una valoración de los hechos subyacentes desde una perspectiva normativa, esto es si producen un resultado que no se ajusta con el ordenamiento jurídico; no en vano esta figura del conflicto en la aplicación de la norma tributaria es heredera, y en buena medida sucesora, del fraude de ley del artículo 24 LGT de 1963.

Operaciones artificiosas o impropias.

32. La liquidación define claramente en qué consiste la artificiosidad o impropiedad en este enunciado (folio 40 de 70): "La inspección, si bien admite la realidad de los negocios jurídicos realizados que se resumen, básicamente, en la recolocación de la deuda de IBUSA en la entidad vehículo IIBV; no obstante cuestiona si, como consecuencia de la posterior asunción de deuda por parte de IBSA, sin el registro del correspondiente derecho de crédito frente a IBUSA, los gastos financieros asociados a dicha asunción deben recaer, de forma efectiva, sobre la matriz IBSA, minorando ostensiblemente la base imponible del grupo fiscal consolidado español en los ejercicios 2009, 2010 y 2011. Y es que, como se ha señalado anteriormente, lo que se cuestiona en el presente expediente no son las operaciones en sí, sino la forma en que se realizan, dado que han generado una fuerte minoración de la base imponible española, lo que no hubiera ocurrido si las operaciones se hubieran realizado siguiendo el esquema habitual de financiación del Grupo Iberdrola".

33. Esta idea central se desarrolla en las páginas siguientes, que no siguen un discurso rectilíneo y unívoco, sino que se desenvuelven en proposiciones a veces contradictorias y reiterativas de ella, con ánimo (loable) de explicar en toda su extensión su criterio.

34. Así, para la liquidación es lícita (y se acepta) la finalidad de la recolocación de la deuda por las emisiones de bonos de IBUSA en IIBV, que la sustituye como deudora, para evitar perjudicar la calificación crediticia del Grupo IBERDROLA. También se admite que IBUSA remunerara a IIBV la sustitución, y la necesidad de financiación para hacer frente a este pago; incluso admite la licitud del préstamo de IIBV a IBSA, -aunque lo regulariza-, si con este préstamo IBSA hubiera prestado, a su vez, a IBUSA y le hubiera trasladado la carga financiera.

Es notoriamente artificioso o mejor impropio (la liquidación recoge ambas expresiones) no seguir el esquema de financiación del préstamo espejo, es decir las financieras obtienen fondos que trasladan a IBSA que, a su vez, presta a la operativa en las mismas condiciones, trasladando, pues, a la operativa los costes financieros. La liquidación considera que es una operación impropia a su proceder habitual (inhabitual).

Es impropio (a nuestro juicio en esto radica el meollo de la calificación) interponer como financiera y, a la vez, financiadora, a SPW: para la Inspección, con el dinero (saldo) que hubiera en la C/C SPW/IBSA, -con muy bajo coste financiero para IBSA (y poco rendimiento para SPW, decimos nosotros)-, IBSA debería haber prestado a IBUSA para pagar a IIBV la sustitución.

La participación de SPW ha generado, en los ejercicios objeto de comprobación, una importante carga financiera adicional a la que se hubiera producido con la mecánica habitual. IBSA, en lugar de conceder un préstamo espejo a IBUSA (en las mismas condiciones y vencimientos que los préstamos que IBSA recibe de IIBV) sustituye un pasivo a corto a un tipo de interés de libor a tres meses menos diez puntos -son las condiciones de la C/C con SPW-, por un pasivo a largo plazo con tipo de interés entre el 6,79% y el 8,09% y soporta el gasto financiero del swap interno suscrito con SPW ante el riesgo derivado del préstamo en dólares a IBUSA.

Es impropio que el coste financiero de la operación en su conjunto lo soporte IBSA, la española, y no la operativa (USA), sin que ésta obtenga ningún beneficio.

Es impropio que la reestructuración de la deuda americana se lleve a cabo a través de un conjunto de movimientos intragrupo que no generan movimientos reales de fondos, que provocan un sobre coste financiero en IBSA, la matriz española.

Síguenos en...

35. En cambio, las operaciones serían propias, y no habría conflicto, si se hubieran realizado siguiendo el esquema habitual de financiación del grupo Iberdrola, con correlación de ingresos y gastos. Esta es, a nuestro juicio, la idea central de la regularización, que sin embargo no se corresponde con vulneración alguna del ordenamiento jurídico español.

No resultan efectos económicos relevantes distintos del ahorro fiscal.

36. Para la liquidación, aun admitiendo que sea cierto que la operación de reestructuración de la deuda consigue un efecto económico al permitir mantener el rating del Grupo Iberdrola, no es menos cierto que estos efectos se producen con la asunción de la deuda por parte de IIBV, pero no con su traslación a la entidad IBSA, traslación que no añade efectos económicos adicionales. Por tanto (concluye) es la conjunción de la colocación de la deuda en IBSA juntamente con la minoración de la base imponible de esta entidad, lo que determina la consideración del conflicto de aplicación de la norma.

La liquidación sostiene que el hecho de que SPW haya tenido unos mayores ingresos fiscales en Reino Unido, por intereses asociados a la reestructuración, no implica necesariamente que la tributación allí haya sido equivalente a la reducción de la española. Los menores tipos del IS (es de suponer que en UK), unido al tratamiento de los gastos financieros deducibles vía compensación con ingresos financieros, pudieran (es decir, una mera posibilidad) ser la justificación de la forma en que se ha instrumentado la reestructuración de la deuda.

La conclusión es que las operaciones han determinado la ruptura de las reglas de localización de los ingresos y gastos en las jurisdicciones tributarias que correspondan, lo cual no debe ser aceptado.

37. La controversia entre lo que es negocio propio o impropio lo reconduce la demanda a lo que es debido o indebido, o, lo que es lo mismo, lo que es legal y lo que no lo es; y rechaza la correlación entre propiedad y habitualidad, afirmando que vincular la impropiedad a la habitualidad provoca un problema de interpretación y aplicación de la norma, porque genera absoluta falta de certeza jurídica cuando se analizan bajo el prisma de la norma las opciones tomadas respecto de una situación que no tiene precedente, y, de otra parte, porque genera una presunción automática de ilicitud a los negocios jurídicos que no se hayan utilizado por el contribuyente con anterioridad.

38. La lógica empresarial y económica de la forma de realizar la reestructuración de la deuda la explica la demanda de manera profusa y convincente, y, a propósito de las dos concretas operaciones que han determinado la declaración de conflicto (la ampliación de capital de IBUSA suscrito por IBSA, y la interposición como prestamista de SPW), se resume diciendo que la ampliación de capital de IBUSA fortalece su capitalización; y que parece justificado que en lugar de proceder al endeudamiento externo se haga uso de la liquidez existente en otra de las empresas del Grupo (SPW), al tiempo que se le remunera a precio de mercado el préstamo de ese capital.

39. Esta lógica económica no ha sido enervada por la liquidación que, aunque dedica algunos apartados a contestar a las alegaciones del obligado, lo hace desde una perspectiva metajurídica, porque no existe norma jurídica alguna que imponga hacer lo que la liquidación dice, o impida hacer lo que hizo la empresa recurrente.

40. Estamos de acuerdo con que el conflicto ha de aplicarse a actos o negocios que, tras la calificación a través de la potestad del artículo 15 LGT, resulten contrarios al ordenamiento jurídico, no siendo, necesariamente y en todo caso, impropios los negocios que no sigan los esquemas habituales.

Sostener lo contrario es condicionar las decisiones empresariales, sin ninguna justificación, y, probablemente, sin ningún criterio, y petrificar prácticas comerciales o financieras, en definitiva, empresariales, impidiendo avanzar en el camino para alcanzar una mayor eficacia o un mayor rendimiento, en definitiva, una mayor creación de riqueza, -y con ello la creación o el mantenimiento del empleo-, que, junto con la obtención del mayor beneficio, son los ejes centrales de la actividad empresarial, sustentada en el principio constitucional (artículo 38 CE) de la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado.

Por tanto, prescindiendo de ese apriorismo, ha de examinarse si la reestructuración de la deuda, en su conjunto, fue notoriamente artificiosa o impropia, y, además si se consiguieron o no otros efectos económicos distintos del ahorro fiscal y de los efectos económicos que resultarían si se hubiera realizado la operación como a la liquidación le parece que era propia. (ya hemos explicado cómo).

Efectos económicos distintos al ahorro fiscal. Necesidad de la reestructuración. Remuneración de saldos de plena competencia. Fortalecimiento del balance de IBUSA con la ampliación de capital.

41. Sobre la necesidad de acometer una reestructuración de la deuda para evitar perjudicar la calificación crediticia del Grupo Iberdrola no existe duda, ni la ha planteado la Administración Tributaria, lo que, además, corrobora el informe pericial aportado.

Siendo esto así, la demanda sostiene que este reconocimiento excluye conceptualmente que la operación de reordenación de la deuda no tuviera un fin distinto al ahorro fiscal, y, por tanto, no concurrirían los presupuestos del artículo 15 LGT.

42. La demanda aduce que la liquidez de la que disponía SPW (el saldo en C/C con IBSA) pasa a ser utilizada con una retribución acorde con el mercado. Según las condiciones del contrato de C/C por el saldo acreedor SPW percibía un tipo de interés del Libor a tres meses menos 10 puntos, mientras que al prestarlo a IBUSA la remuneración fue de plena competencia.

43. El tercer efecto económico aducido por la demanda es que IBUSA se libera de un pasivo en el mercado, para ser ahora deudor únicamente intragrupo con un pasivo inferior (1.050, en lugar de 1.300 millones) al tiempo que se fortalece su balance con la ampliación de capital.

Todos ellos constituyen efectos económicos y financieros relevantes asociados a la reestructuración de deuda de IBUSA.

44. No existiendo controversia probatoria sobre los hechos que soportan estos efectos económicos de la reestructuración, no encontramos razones para no tomarlos en consideración, como elementos a valorar para determinar el elemento negativo del supuesto del conflicto.

45. Desde una perspectiva empresarial, máxime de un Grupo multinacional, mantener una calificación crediticia adecuada es básico por múltiples factores, que no es necesario explicar, porque son hechos notorios que están a diario en las noticias de los medios de comunicación; y desde luego tiene un efecto económico muy notable. No podemos juzgar una situación económica empresarial internacional sólo desde la perspectiva nacional, que es la que ha tomado en consideración la resolución recurrida. Alcanzar una remuneración de plena competencia por saldos acreedores no solamente no es artificioso ni impropio, sino lo deseable, y no hacer lo necesario, dentro del ordenamiento jurídico, es impropio de un buen empresario- véase a este respecto el informe pericial aportado (página 42)-.

46. La liquidación ha opuesto a este efecto económico, que la C/C no tenía saldo acreedor en favor de SPW porque IBSA lo había destinado a financiar otras operaciones; pero esto, con ser cierto, no resta ninguna operatividad al contrato de cuenta corriente, como explica la demanda. También se ha opuesto que las condiciones contractuales no permitían a SPW hacer uso de ese saldo acreedor, pero a la vez se reconoce que las decisiones de SPW eran decisiones de su matriz IBSA, por lo que nada impedía superar esos obstáculos contractuales, sin convertir esa decisión en algo artificioso o impropio.

Sobre la forma impropia de realizar las operaciones de reestructuración.

47. A juicio de la Inspección, fue la forma impropia en que se hizo lo que determinó su calificación como constitutiva de un supuesto de conflicto en la aplicación de la norma tributaria, porque la operativa usual de la financiación del Grupo discurría por otros derroteros, y de haber utilizado el mismo modus operandi, se habrían minorado las deducciones de gastos de la base imponible que, de esta manera, resultó erosionada en la declaración consolidada del Grupo en España.

45. El carácter impropio por inusual no se construyó sobre conceptos, sino sobre situaciones fácticas anteriores aportadas por la propia representación de la entidad recurrente, pese a que la demanda sostiene que no hay ninguna situación precedente que la Administración Tributaria utilizara de elemento de comparación, y pese a que el informe pericial afirmara que las grandes operaciones de adquisición y reordenación de deuda (la relativa a SPW e IBUSA) se han realizado siguiendo un esquema similar tratando de evitar el exceso de subordinación estructural y optimizando la remuneración obtenida sobre los recursos disponibles, lo cual, además, resulta práctica habitual en el mercado, afirmaciones perfectamente comprensibles y atendibles.

46. Lo que ya no resulta tan comprensible es que, si no existe norma jurídica que lo imponga, sea la forma de hacer la reestructuración la que condicione su legalidad; menos aún si la legalidad sólo se acomoda a la forma que a la Administración le parece más adecuada, sin tener en cuenta las consideraciones empresariales que la entidad recurrente ha aducido, que nos resultan plenamente razonables, -en realidad no han sido refutadas por la liquidación-, y sólo por el hecho de que de la forma que estima la Administración como no artificiosa ni impropia se generaría una mayor deuda tributaria en España; planteamiento cercano al concepto de economía de opción inversa a que se refiere la jurisprudencia, y señaladamente la STS 16/11/2022 (ECLI 2022:4154 (rec. 89/2018)), es decir que sólo es legítima aquella opción, entre las posibles, que se decanta por la mayor carga fiscal.

47. El segundo elemento regularizado es el mayor gasto que supone la contratación del seguro de cambio, que obviamente va unido a la decisión tomada sobre la interposición de SPW en la

financiación. La validez del contrato de cross currency swap suscrito entre IBSA y SPW resulta evidente si se toma en consideración que IBSA tenía riesgos de tipo de cambio respecto a las variaciones de dólar/euro y de libra/euro. El riesgo de cambio dólar/euro derivaba del préstamo de IIBV a IBSA no cuestionado por la Administración, aunque sí regularizado. El riesgo de cambio libra/euro derivaba de que IBSA tenía antes de la operación cuestionada activos denominados en libras esterlinas. Como sostiene el informe pericial, teniendo IBSA activos denominados en libras esterlinas y un pasivo denominado en dólares redundaba en su mejor interés protegerse de las fluctuaciones de ambas divisas, lo que poco tiene que ver con ninguna finalidad fiscal que haya de atajarse a través del artículo 15 LGT.

48. En consecuencia, procede la estimación del recurso y la anulación de la liquidación recurrida, porque no encontramos elementos sobre los que afirmar que en la operación de reestructuración de la deuda que nos ocupa, se hayan dado las condiciones para la declaración de conflicto en la aplicación de la norma, y, por ende para llevar a cabo la regularización.

SÈPTIMO.- Sobre las restantes cuestiones planteadas por la demanda.

49. Obviamente, al haber considerado como no ajustada a derecho la calificación de conflicto en la aplicación de la norma tributaria, sobre la que se basó la liquidación, hemos de anular ésta, lo que hace innecesario detenerse sobre la concreta regularización practicada, y si se ajustó o no al artículo 15.3 LGT, porque también se anula, y sobre las restantes cuestiones como la inadecuación del procedimiento de declaración del conflicto en la aplicación de la norma tributaria como mecanismo de ajuste de operaciones entre partes vinculadas; o la infracción del principio de regularización íntegra, porque anulada la liquidación, han perdido toda relevancia.

OCTAVO.- Costas.-

En cuanto a las costas dispone el artículo 139.1º LJCA, que "En primera o única instancia, el órgano jurisdiccional, al dictar sentencia o al resolver por auto los recursos o incidentes que ante el mismo se promovieren, impondrá las costas a la parte que haya visto rechazadas todas sus pretensiones, salvo que aprecie y así lo razone, que el caso presentaba serias dudas de hecho o de derecho".

En el caso que nos ocupa, pese a estimarse la pretensión actora, dada la complejidad de la controversia planteada, que ha generado serias dudas de derecho, procede no hacer expresa condena en costas.

En atención a cuanto se ha expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que nos confiere la Constitución Española,

FALLAMOS

Estimar el recurso contencioso-administrativo nº 726/2020, y los acumulados números 727 y 729/2020, promovido por el Procurador Sr. Martín Jaureguibeitia, en nombre y representación de la entidad Iberdrola, S.A. (IBSA), contra tres resoluciones del Tribunal Económico Administrativo Central (TEAC), de 1 de junio de 2020, por las que se desestimaron las reclamaciones 6485/2016, 8213/2016 y 8214/2016, interpuestas contra las liquidaciones, de fecha 30 de septiembre de 2016, de la Delegación Central de Grandes Contribuyentes por el Impuesto de Sociedades (IS), ejercicios 2009, 2010 y 2011, que se anula, por no ajustarse a derecho, sin hacer expresa condena en costas.

Líbrese y únase certificación literal de esta resolución a las actuaciones con inclusión de la original en el Libro de Sentencias.

Luego que sea firme la presente Sentencia, remítase testimonio de la presente resolución, junto con el expediente administrativo, a su oficina de origen, que deberá de acusar recibo dentro del término de los diez días, conforme previene el artículo 104 de la L.J.C.A., para que la lleve a puro y debido efecto.

Contra la presente resolución cabe interponer recurso de casación cumpliendo los requisitos establecidos en los art. 86 y siguientes de la Ley de esta Jurisdicción, en la redacción dada por la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio, debiendo prepararse el recurso ante esta Sección en el plazo de treinta días contados desde el siguiente al de la notificación, previa constitución del depósito previsto en la Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial, bajo apercibimiento de no tener por preparado el recurso.

Dicho depósito habrá de realizarse mediante el ingreso de su importe en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones de esta Sección, del Banco de Santander, a la cuenta general nº 2602 y se consignará el número de cuenta-expediente 2602 seguido de ceros y el número y año del

procedimiento, especificando en el campo concepto del documento Resguardo de ingreso que se trata de un "Recurso" 24 Contencioso-Casación (50 euros).

Así por esta nuestra Sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

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

El contenido de la presente resolución respeta fielmente el suministrado de forma oficial por el Centro de Documentación Judicial (CENDOJ).

Síguenos en...

