



Roj: **SAN 2858/2018** - ECLI: **ES:AN:2018:2858**

Id Cendoj: **28079230022018100320**

Órgano: **Audiencia Nacional. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Madrid**

Sección: **2**

Fecha: **28/06/2018**

Nº de Recurso: **577/2015**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Procedimiento ordinario**

Ponente: **SANDRA MARIA GONZALEZ DE LARA MINGO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Contencioso-Administrativo

SECCIÓN SEGUNDA

Núm. de Recurso: 0000577 / 2015

Tipo de Recurso: PROCEDIMIENTO ORDINARIO

Núm. Registro General: 04996/2015

Demandante: LIDL SUPERMERCADOS S.A.

Procurador: DON GUSTAVO GÁMEZ MOLERO

Demandado: TRIBUNAL ECONOMICO ADMINISTRATIVO CENTRAL

Abogado Del Estado

Ponente Ilma. Sra.: D^a. SANDRA MARIA GONZÁLEZ DE LARA MINGO

SENTENCIA N^o:

Ilmo. Sr. Presidente:

D. JESÚS MARÍA CALDERÓN GONZALEZ

Ilmos. Sres. Magistrados:

D. MANUEL FERNÁNDEZ LOMANA GARCÍA

D. FRANCISCO GERARDO MARTINEZ TRISTAN

D^a. CONCEPCIÓN MÓNICA MONTERO ELENA

D^a. SANDRA MARIA GONZÁLEZ DE LARA MINGO

Madrid, a veintiocho de junio de dos mil dieciocho.

Vi sto por la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, el recurso contencioso-administrativo nº 577/2.015, promovido por el Procurador Don Gustavo Gámez Molero, en representación de LIDL SUPERMERCADOS, S.A., y defendida por el Letrado D. José Luis Prada, contra la resolución del Tribunal Económico Administrativo Central, de 2 de junio de 2015, por la que se desestimó la reclamación económico-administrativa número 3712/2.014, interpuesta contra el acuerdo de liquidación dictado el 20 de mayo de 2014 por la Dependencia de Control Tributario y Aduanero, Delegación Central de Grandes Contribuyentes de la A.E.A.T., relativo al Impuesto sobre Sociedades (Régimen de declaración consolidada), ejercicio 2009 y 2010.

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 Tribunal Económico Administrativo Central, de 2 de junio de 2015, por la que se desestimó la reclamación económico-administrativa número 3712/2.014, interpuesta contra el acuerdo de liquidación dictado el 20 de mayo de 2014 por la Dependencia de Control Tributario y Aduanero, Delegación Central de Grandes Contribuyentes de la A.E.A.T., relativo al Impuesto sobre Sociedades (Régimen de declaración consolidada), ejercicio 2009 y 2010.

SE GUNDO.- Contra dicha resolución interpuso recurso contencioso-administrativo el Procurador Don Gustavo Gámez Molero, en representación de LIDL SUPERMERCADOS, S.A., y defendida por el Letrado D. José Luis Prada, mediante escrito presentado el 14 de agosto de 2015 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 Don Gustavo Gámez Molero, en representación de LIDL SUPERMERCADOS, S.A., y defendida por el Letrado D. José Luis Prada, presentó escrito el 21 de marzo de 2016, 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 del Tribunal Económico Administrativo Central, por no ser conforme a derecho, así como la liquidación practicada contra mi representada».

CUARTO.- El Abogado del Estado por escrito que tuvo entrada en la Audiencia Nacional en fecha 16 de septiembre de 2016, 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.- Contestada la demanda y habiéndose solicitado el recibimiento del juicio a prueba, por auto de fecha siete de Octubre de dos mil dieciséis, se acordó recibir el presente recurso a prueba, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 60 de la L.J.C.A., se declaró concluso el procedimiento, quedando pendiente de señalamiento cuando por turno le correspondiera.

SEXTO.- Conclusas las actuaciones se señaló para votación y fallo el día veintiocho de junio de dos mil dieciocho, en que ha tenido lugar.

Ha sido Ponente la Ilma. Sra. **D^a SANDRA MARIA GONZÁLEZ DE LARA MINGO**, quien expresa el parecer de la Sección.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Objeto del recurso.

Es objeto del presente recurso contencioso administrativo, como ya se dijo, la impugnación de la resolución del Tribunal Económico Administrativo Central, de 2 de junio de 2015, por la que se desestimó la reclamación económico-administrativa número 3712/2.014, interpuesta contra el acuerdo de liquidación dictado el 20 de mayo de 2014 por la Dependencia de Control Tributario y Aduanero, Delegación Central de Grandes Contribuyentes de la A.E.A.T., relativo al Impuesto sobre Sociedades (Régimen de declaración consolidada), ejercicio 2009 y 2010.

SEGUNDO.- Alegaciones y pretensiones de la parte actora.

Pretende el Procurador Don Gustavo Gámez Molero, en representación de LIDL SUPERMERCADOS, S.A., y defendida por el Letrado D. José Luis Prada la anulación de la resolución recurrida por cuanto, a su juicio, es contraria a derecho, aduciendo en apoyo de dicha pretensión y en esencia, un breve relato de los hechos que resultan del expediente administrativo.

A continuación expone como fundamento de su pretensión una serie de Fundamentos de Orden Jurídico Procesal y seguidamente en los Fundamentos Jurídico materiales estructura su defensa en cinco apartados.

En el Fundamento de Derecho primero rebate, por la importancia que le otorga tanto el Equipo Inspector como la resolución del propio Tribunal Económico-Administrativo Central, a la existencia de una propuesta de préstamo "bullet" de 100 millones de euros, a 10 años, a un tipo fijo resultante del 5,90% anual realizada por la entidad financiera Banco Bilbao Vizcaya Argentaria (BBVA).



Expone que LIDL SUPERMERCADOS, S.A. no solicitó un préstamo participativo por casualidad o por conveniencia fiscal.

Relata que LIDL SUPERMERCADOS, S.A. comenzó en 2005 (primer préstamo participativo) y continuó en 2008 (segundo préstamo participativo) con la realización de inversiones muy relevantes, consistiendo básicamente en la apertura de nuevos establecimientos comerciales, con especial notoriedad dentro de las Islas Canarias.

Afirma que ese resultado positivo no quiere decir que tal política de crecimiento estaba exenta de riesgos, como mantiene con total desidia la Administración Tributaria, quien hace oídos sordos de los argumentos del recurrente.

Cita como ejemplo los casos de sus competidores DIA y EROSKI.

Argumenta que LIDL SUPERMERCADOS, S.A. optó por financiar su relevante proyecto de inversión mediante sendos préstamos participativos, instrumentos más idóneos que un préstamo ordinario según la opinión mayoritaria de la doctrina autorizada en materia de financiación.

Sostiene que es un instrumento más idóneo, puesto que el préstamo participativo ofrece determinadas ventajas que para la recurrente tenían un valor innegable. La primera y más evidente es que: "al menos una parte de los intereses del préstamo participativo ha de quedar vinculada, necesariamente, a la evolución del negocio". De este modo, si el negocio evoluciona favorablemente, el interés se elevará y si, por el contrario, evoluciona desfavorablemente, la remuneración del préstamo se reducirá.

Cita en apoyo de su tesis estimatoria el estudio de la Dra. Sabina , profesora asociada de la Universidad de Valencia, denominado "*Efecto del préstamo participativo en las variables empresariales más representativas*".

Argumenta la Administración Tributaria alcanza sus conclusiones mediante un simple análisis retrospectivo: cuantificando los intereses que se han pagado efectivamente derivados del préstamo participativo, con los resultantes para el mismo periodo que hubieran sido satisfechos en el caso de préstamo ordinario ofrecido por la entidad BBVA.

El recurrente recuerda que nuestra normativa en materia de precios de transferencia es escasa (artículo 16 del Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades), debiendo acudir para su interpretación a la norma de la que trae causa dicho artículo, que no es otra que las propias Directrices OCDE.

Indica que es materia totalmente pacífica que cualquier cuestión relativa a operaciones vinculadas debe interpretarse a la luz de las Directrices OCDE.

Manifiesta que en numerosos pasajes de las Directrices OCDE se menciona expresamente que las Administraciones Tributarias deben huir de lo que denominan las Directrices OCDE la "retrospección" (hindsight en terminología anglosajona). Aunque no contenga una definición expresa de este término, el mismo haría referencia a aquellos casos en los que la Administración Tributaria introduce un ajuste en los precios de transferencia aprovechando los datos relativos a los años posteriores a la fecha de realización de la operación, sin tener en cuenta los datos que las partes tenían disponibles en el momento de realización de la operación. En pocas palabras jugar con la ventaja de utilizar información posterior a la operación para determinar si el precio es de mercado en aquellas operaciones en las que el precio puede venir condicionado por situaciones de incertidumbre.

En el Fundamento de Derecho Segundo denuncia la confusión del elemento variable del préstamo participativo con la estimación fiable del préstamo participativo.

Afirma que la Administración confunde y equipara la existencia de una "estimación fiable" de los pagos que se han de derivar de los préstamos participativos (a efectos de su correcta contabilización) con una supuesta "ausencia de riesgo" de la operación financiada por los mismos.

Indica que el hecho de que en la contabilización del préstamo por el método del coste amortizado (actuación alabada hasta por la propia Inspección) se haya partido de "estimaciones fiables de los flujos de efectivo" y, por tanto, de unas determinadas hipótesis en relación con los pagos, no quiere decir en ningún caso, que la naturaleza de los intereses deje de ser dependiente de los beneficios que realmente se generen cada año, así como de la evolución real del patrimonio de la Compañía (frente a las proyecciones que han servido de base a esa "estimación fiable").

En el Fundamento de Derecho Tercero cita y reproduce parcialmente la Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de diciembre de 2013 y la de la Audiencia Nacional de 6 de marzo de 2014 .

En el Fundamento de Derecho Cuarto aduce la falta absoluta de análisis de comparabilidad en los términos del Reglamento del Impuesto sobre Sociedades.



A los efectos de determinar el valor normal de mercado que habrían acordado personas o entidades independientes en condiciones de libre competencia a que se refiere el apartado 1 del artículo 16 del TRLIS, deben compararse las circunstancias de las operaciones vinculadas con las circunstancias de operaciones entre personas o entidades independientes que pudieran ser equiparables

A tal fin, para determinar si dos o más operaciones son equiparables, se deben tener en cuenta, en la medida en que sean relevantes y que el obligado tributario haya podido disponer de ellas razonablemente las siguientes circunstancias:

- a) Las características específicas de los bienes o servicios objeto de las operaciones vinculadas,
- b) Las funciones asumidas por las partes en relación con las operaciones objeto de análisis, identificando los riesgos asumidos y ponderando, en su caso, los activos utilizados.
- c) Los términos contractuales de los que, en su caso, se deriven las operaciones teniendo en cuenta las responsabilidades, riesgos y beneficios asumidos por cada parte contratante.
- d) Las características de los mercados en los que se entregan los bienes o se prestan los servicios, u otros factores económicos que puedan afectar a las operaciones vinculadas.
- e) Cualquier otra circunstancia que sea relevante en cada caso, como las estrategias comerciales. En ausencia de datos comparables de empresas independientes o cuando la fiabilidad de los disponibles sea limitada el obligado tributario deberá documentar dichas circunstancias.

En el Fundamento de Derecho Quinto denuncia la falta de observancia de los comparables aportados por la parte.

En el sentir del recurrente ha demostrado y justificado ampliamente que la deuda mezzanine y la deuda subordinada resulta la más asimilable a los préstamos participativos, y para ello, aportó estudios realizados por un tercero independiente sobre el análisis del tipo de interés aplicable en este caso.

Alega que esos estudios, realizados de manera objetiva e independiente, se fundamentan en los principios básicos de precios de transferencia desarrollados en las Directrices de la OCDE e incorporados en nuestra normativa. En los estudios se incluye un detallada análisis de comparabilidad razonando la utilización de deuda mezzanine y deuda subordinada como comparable, y, como resultado de las búsquedas realizadas, se identificaron operaciones de financiación mezzanine y operaciones de deuda subordinada no clasificada explícitamente como deuda mezzanine que se han utilizado para construir dos rangos de libre competencia para tipos de interés asociados a deuda que va desde valores mezzanine hasta deuda subordinada senior.

TE RCERO.- Alegaciones y pretensiones del Abogado del Estado.

El Abogado del Estado en su escrito de oposición comienza sintetizando la tesis de la recurrente, y se opone a la estimación de la demanda reiterando los argumentos de la resolución recurrida.

CU ARTO.- Hechos Probados.

Un examen de los autos y del expediente administrativo pone de manifiesto, entre otros hechos, relevantes para la resolución de la causa que:

1º.- Inicio actuaciones inspectoras de comprobación e investigación.

El 12 de abril de 2013 la Delegación Central de Grandes Contribuyentes (DCGC) inició actuaciones de comprobación e investigación de la situación tributaria de la recurrente, con carácter general, relativas entre otros, al concepto Impuesto sobre Sociedades (IS), ejercicios 2008, 2009 y 2010.

2º.- Incoación acta de disconformidad.

El 28 de marzo de 2014 concluyen las actuaciones de comprobación e investigación anteriores con la incoación al sujeto pasivo de sendas actas, una de conformidad nº A01- 79053025, y otra de disconformidad nº A02-72380473, relativa al concepto y períodos referenciados, acompañándose de su preceptivo informe ampliatorio.

3º.- Acuerdo de Liquidación.

El 20 de mayo de 2014 se dictó Acuerdo de Liquidación por la Dependencia de Control Tributario y Aduanero, Delegación Central de Grandes Contribuyentes de la A.E.A.T., relativo al Impuesto sobre Sociedades (Régimen de declaración consolidada), ejercicio 2009 y 2010.

En el curso de las actuaciones inspectoras se pusieron de manifiesto los siguientes hechos:



1.- En los ejercicios comprobados, la entidad LIDL SUPERMERCADOS, S.A. (en adelante LIDL) estaba participada al 100% por la entidad alemana ERF BETEILIGUNGS- GmbH (en adelante ERF).

2.- LIDL obtuvo de su socio único dos préstamos participativos, según consta en los siguientes contratos de préstamo:

- Acuerdo de Financiación de Participación en Beneficios (AFPB) suscrito entre LIDL y ERF el 1 de marzo de 2005 por un importe de 100.000.000 euros y una duración de 10 años.

- Acuerdo de Financiación de Participación en Beneficios (AFPB) suscrito entre LIDL y ERF el 26 de febrero de 2008 por un importe de 100.000.000 euros y una duración de 10 años.

Ambos documentos constan incorporados al expediente como anexos - originales y sus traducciones- a la diligencia nº 20 de 05/03/2014.

Los citados préstamos establecían lo siguiente respecto al reembolso y remuneración acordada (puntos 2.1, 2.2 y 2.3):

«2.1 SA (LIDL) reembolsará la cantidad principal en su totalidad, junto con cualquier Remuneración anual devengada, adeudada y no pagada, hasta la fecha de vencimiento u la cantidad adicional. La cantidad principal se pagará en la fecha de vencimiento....

2.2 ERF y SA convienen que la Remuneración anual será del 15,00 % del beneficio del ejercicio financiero de SA hasta una cantidad máxima del 7,25 % de la Cantidad principal si esta se encuentra pendiente a lo largo de todo el año o, en cualquier otro caso, la proporción de la Remuneración anual que se adeudaría para todo el año según el número total de días del ejercicio en que la Cantidad principal estuvo pendiente, que corresponde al número total de días del ejercicio. La Remuneración anual se devengará, vencerá y será pagadera solo si, y en la medida en que, SA tenga beneficios y no será acumulativa. Los beneficios serán los beneficios contables netos, no consolidados, de SA para cualquier ejercicio financiero determinado, antes de cualquier coste de financiación derivado de este AFPB y antes del impuesto de sociedades, determinado y calculado según los principios contables generalmente aceptados en España y sobre una base anual. La Remuneración anual se pagará en un plazo de 120 días desde el final de cada ejercicio financiero de SA o, si ese día es un festivo bancario, el Día hábil bancario siguiente.

Si el AFPB se finaliza antes de finalizar el ejercicio financiero de SA y, por lo tanto, no está pendiente durante todo el ejercicio financiero, SA estimará la Remuneración anual según los principios aplicables de otro modo bajo esta sección, en base a los beneficios estimados para dicho ejercicio financiero completo y pagará la Remuneración anual estimada dentro de un plazo de 120 días después de finalizar el AFPB o, si es un día festivo bancario, el siguiente Día hábil bancario. Si los beneficios determinados según esta sección, cualquier diferencia resultante en la Remuneración anual será liquidada por SA o ERF dentro de un plazo de 120 días después del final del ejercicio financiero de SA o, si ese día es un festivo bancario, el Día hábil bancario siguiente.

2.3 Además de la Remuneración anual, ERF y SA acuerdan que en la Fecha del vencimiento (o en la finalización anticipada del AFPB según el artículo 4 siguiente), ERF tendrá derecho a recibir de SA un pago adicional, la Cantidad adicional, que se basará también en la evolución de las actividades de SA y equivaldrá al 26,00 % de la revalorización de todo el negocio de SA, si lo hay, hasta una cantidad máxima de 10.000.000,00 EUR. La revalorización del negocio supondrá la diferencia entre el valor equitativo de mercado de los activos totales de SA (incluidos los activos fuera de balance) menos el pasivo total de SA (incluidos los pasivos fuera de balance y excluyendo el AFPB) calculado en la Fecha de vencimiento (o en la fecha de finalización anticipada del AFPB según el artículo 4 siguiente) y el valor equitativo de mercado de los activos totales de SA (incluidos los activos fuera de balance) menos los activos totales de SA (incluidos los pasivos fuera de balance y excluyendo el AFPB) en la Fecha de inicio. ERF y SA convienen que un experto independiente, nombrado por las Partes, lleve a cabo la valoración del negocio de SA a la Fecha de inicio y en la Fecha de vencimiento (o la fecha de finalización anticipada del AFPB) para calcular la Cantidad adicional. La Cantidad adicional se devengará, vencerá y será pagadera solo si y en la medida en que, la valoración lleve al resultado de que ha habido un aumento del valor del negocio de SA. La Cantidad adicional se pagará dentro de un plazo de 30 días desde la fecha en que las Partes reciban la valoración del experto independiente o, si ese día es un festivo bancario, el Día hábil bancario siguiente (...).

Las únicas variaciones que experimentó el préstamo obtenido en 2008 respecto al del 2005 fueron las siguientes: la remuneración anual fue del 12,75% del beneficio con el límite del 7,10% del principal y la cantidad adicional equivaldrá al 23% de la revalorización de todo el negocio hasta la cantidad máxima de 18.000.000 euros.

En diligencia nº 7 de 17/09/2013 consta que con motivo de la entrada en vigor del segundo préstamo, el tipo de interés de referencia del primero pasó del 15% al 14,50% y que el segundo préstamo fue desembolsado en dos



tramos, uno al principio del ejercicio 2008 y otro a la mitad del mismo, por lo que para el cálculo del tipo efectivo del ejercicio 2008 se ha prorrateado el nominal por el resultando de ello un tipo del 9,5625% (12,75% x 0,75).

3.- Según los mencionados contratos la retribución de la operación suscrita con la matriz ERF tenía dos vías:

- Remuneración anual explícita (en adelante RAE): 14,50% o 12,75% sobre beneficios netos antes de cualquier coste de financiación derivado de cualquier AFPB con un tope del 7,25% o 7,10% sobre el principal. La remuneración anual se devengaría, vencería y sería pagadera solo si, y en la medida en que, LIDL tuviera beneficios y no sería acumulativa.

- Cantidad adicional (en adelante CAF): calculada sobre un porcentaje (26% o 23%) de la revalorización de todo el negocio, hasta una cantidad máxima (10.000.000 euros o 18.000.000 euros). La cantidad adicional se devengaría, vencería y sería pagadera solo si, y en la medida en que, la valoración lleve al resultado de que ha habido un aumento del valor del negocio de LIDL.

En los ejercicios comprobados la entidad cargó en la cuenta de gasto "249905 Compensación por participación en capital I/C" (numerada y denominada según cuadro de cuentas alemán) un total de 15.685.832,09 euros y 15.423.472,05 euros, respectivamente; importes que consideró íntegramente deducibles fiscalmente.

El Acuerdo de Liquidación no se admitió la deducibilidad fiscal de una parte de los gastos financieros que la entidad LIDL se había deducido por dos préstamos participativos de 100 millones de euros cada uno que había recibido de su socia única -al 100%- la alemana ERF BETEILIGUNGS GMBH; por lo que se incrementó la base imponible en 3.513.269 euros en el ejercicio 2009 y 2.836.644 euros en el ejercicio 2010 por operaciones efectuadas entre entidades vinculadas.

4º.- Interposición de reclamación económico-administrativa.

Contra dicho acuerdo de liquidación, en fecha 19 de junio de 2014, se interpuso Reclamación Económico-Administrativa ante el Tribunal Económico-Administrativo Central.

5º.-Resolución de las reclamaciones económico-administrativas.

Por resolución del Tribunal Económico Administrativo Central, de 2 de junio de 2015, se desestimó la reclamación económico-administrativa número 3712/2.014, interpuesta contra el acuerdo de liquidación dictado el 20 de mayo de 2014 por la Dependencia de Control Tributario y Aduanero, Delegación Central de Grandes Contribuyentes de la A.E.AT., relativo al Impuesto sobre Sociedades (Régimen de declaración consolidada), ejercicio 2009 y 2010.

La citada resolución del Tribunal Económico Administrativo Central constituye el objeto del presente recurso contencioso-administrativo.

QU INTO.- Aplicación del valor normal de mercado en las operaciones vinculadas.

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 relativo a las "Operaciones vinculadas" establece que en lo que aquí interesa que:

« (...)1. 1.º 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.

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

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

2. Las personas o entidades vinculadas deberán mantener a disposición de la Administración tributaria la documentación que se establezca reglamentariamente.



3. Se considerarán personas o entidades vinculadas las siguientes:

- a) Una entidad y sus socios o partícipes.
- b) Una entidad y sus consejeros o administradores.
- c) Una entidad y los cónyuges o personas unidas por relaciones de parentesco, en línea directa o colateral, por consanguinidad o afinidad hasta el tercer grado de los socios o partícipes, consejeros o administradores.
- d) Dos entidades que pertenezcan a un grupo.
- e) Una entidad y los socios o partícipes de otra entidad, cuando ambas entidades pertenezcan a un grupo.
- f) Una entidad y los consejeros o administradores de otra entidad, cuando ambas entidades pertenezcan a un grupo.
- g) Una entidad y los cónyuges o personas unidas por relaciones de parentesco, en línea directa o colateral, por consanguinidad o afinidad hasta el tercer grado de los socios o partícipes de otra entidad cuando ambas entidades pertenezcan a un grupo.
- h) Una entidad y otra entidad participada por la primera indirectamente en, al menos, el 25 por ciento del capital social o de los fondos propios.
- i) Dos entidades en las cuales los mismos socios, partícipes o sus cónyuges, o personas unidas por relaciones de parentesco, en línea directa o colateral, por consanguinidad o afinidad hasta el tercer grado, participen, directa o indirectamente en, al menos, el 25 por ciento del capital social o los fondos propios.
- j) Una entidad residente en territorio español y sus establecimientos permanentes en el extranjero.
- k) Una entidad no residente en territorio español y sus establecimientos permanentes en el mencionado territorio.
- l) Dos entidades que formen parte de un grupo que tribute en el régimen de los grupos de sociedades cooperativas

En los supuestos en los que la vinculación se defina en función de la relación socios o partícipes-entidad, la participación deberá ser igual o superior al 5 por ciento, o al 1 por ciento si se trata de valores admitidos a negociación en un mercado regulado. La mención a los administradores incluirá a los de derecho y a los de hecho.

Existe grupo cuando una entidad ostente o pueda ostentar el control de otra u otras según los criterios establecidos en el artículo 42 del Código de Comercio, con independencia de su residencia y de la obligación de formular cuentas anuales consolidadas.

4. 1.º Para la determinación del valor normal de mercado se aplicará alguno de los siguientes métodos:

- a) Método del precio libre comparable, por el que se compara el precio del bien o servicio en una operación entre personas o entidades vinculadas con el precio de un bien o servicio idéntico o de características similares en una operación entre personas o entidades independientes en circunstancias equiparables, efectuando, si fuera preciso, las correcciones necesarias para obtener la equivalencia y considerar las particularidades de la operación.
- b) Método del coste incrementado, por el que se añade al valor de adquisición o coste de producción del bien o servicio el margen habitual en operaciones idénticas o similares con personas o entidades independientes o, en su defecto, el margen que personas o entidades independientes aplican a operaciones equiparables, efectuando, si fuera preciso, las correcciones necesarias para obtener la equivalencia y considerar las particularidades de la operación.
- c) Método del precio de reventa, por el que se sustrae del precio de venta de un bien o servicio el margen que aplica el propio revendedor en operaciones idénticas o similares con personas o entidades independientes o, en su defecto, el margen que personas o entidades independientes aplican a operaciones equiparables, efectuando, si fuera preciso, las correcciones necesarias para obtener la equivalencia y considerar las particularidades de la operación.

2.º Cuando debido a la complejidad o a la información relativa a las operaciones no puedan aplicarse adecuadamente los métodos anteriores, se podrán aplicar los siguientes métodos para determinar el valor de mercado de la operación:

- a) Método de la distribución del resultado, por el que se asigna a cada persona o entidad vinculada que realice de forma conjunta una o varias operaciones la parte del resultado común derivado de dicha operación u operaciones, en función de un criterio que refleje adecuadamente las condiciones que habrían suscrito personas o entidades independientes en circunstancias similares.



b) Método del margen neto del conjunto de operaciones, por el que se atribuye a las operaciones realizadas con una persona o entidad vinculada el resultado neto, calculado sobre costes, ventas o la magnitud que resulte más adecuada en función de las características de las operaciones, que el contribuyente o, en su caso, terceros habrían obtenido en operaciones idénticas o similares realizadas entre partes independientes, efectuando, cuando sea preciso, las correcciones necesarias para obtener la equivalencia y considerar las particularidades de las operaciones».

Añade 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, en relación con el análisis de la comparabilidad, que:

« (...) 1. A los efectos de determinar el valor normal de mercado que habrían acordado personas o entidades independientes en condiciones de libre competencia a que se refiere el apartado 1 del artículo 16 de la Ley del Impuesto, se compararán las circunstancias de las operaciones vinculadas con las circunstancias de operaciones entre personas o entidades independientes que pudieran ser equiparables.

2. Para determinar si dos o más operaciones son equiparables se tendrán en cuenta, en la medida en que sean relevantes y que el obligado tributario haya podido disponer de ellas razonablemente, las siguientes circunstancias.

a) Las características específicas de los bienes o servicios objeto de las operaciones vinculadas.

b) Las funciones asumidas por las partes en relación con las operaciones objeto de análisis, identificando los riesgos asumidos y ponderando, en su caso, los activos utilizados.

c) Los términos contractuales de los que, en su caso, se deriven las operaciones teniendo en cuenta las responsabilidades, riesgos y beneficios asumidos por cada parte contratante.

d) Las características de los mercados en los que se entregan los bienes o se prestan los servicios, u otros factores económicos que puedan afectar a las operaciones vinculadas.

e) Cualquier otra circunstancia que sea relevante en cada caso, como las estrategias comerciales. En ausencia de datos sobre comparables de empresas independientes o cuando la fiabilidad de los disponibles sea limitada, el obligado tributario deberá documentar dichas circunstancias.

Si alguna de las circunstancias anteriormente citadas no se ha tenido en cuenta porque el obligado tributario considera que no es relevante, deberá hacer una mención a las razones por las que se excluyen del análisis.

En todo caso deberán indicarse los elementos de comparación internos o externos que deban tenerse en consideración».

Establece el artículo 20 del Reglamento que:

« (...) 1. La documentación específica del obligado tributario deberá comprender:

a) Nombre y apellidos o razón social o denominación completa, domicilio fiscal y número de identificación fiscal del obligado tributario y de las personas o entidades con las que se realice la operación, así como descripción detallada de su naturaleza, características e importe.

Asimismo, cuando se trate de operaciones realizadas con personas o entidades residentes en países o territorios considerados como paraísos fiscales, deberá identificarse a las personas que, en nombre de dichas personas o entidades, hayan intervenido en la operación y, en caso de que se trate de operaciones con entidades, la identificación de los administradores de las mismas.

b) Análisis de comparabilidad en los términos descritos en el artículo 16.2 de este Reglamento.

c) Una explicación relativa a la selección del método de valoración elegido, incluyendo una descripción de las razones que justificaron la elección del mismo, así como su forma de aplicación, y la especificación del valor o intervalo de valores derivados del mismo.

d) Criterios de reparto de gastos en concepto de servicios prestados conjuntamente en favor de varias personas o entidades vinculadas, así como los correspondientes acuerdos, si los hubiera, y acuerdos de reparto de costes a que se refiere el artículo 17 de este Reglamento.

e) Cualquier otra información relevante de la que haya dispuesto el obligado tributario para determinar la valoración de sus operaciones vinculadas, así como los pactos parasociales suscritos con otros socios».

La Inspección consideró que fiscalmente la retribución de los préstamos debía haber sido valorada por su valor normal de mercado; en concreto mediante el método del precio libre comparable por lo que limitó la deducibilidad de los intereses cargados a resultados al tipo efectivo del 5,90%, tipo que un tercero estaría dispuesto a cobrar a LIDL, y consideró el resto hasta el tipo efectivo realmente contabilizado del 7,37% y 6,96%,



respectivamente, para el préstamo concedido en 2005, y del 7,85% y 7,50%, respectivamente, para el préstamo concedido en el año 2008, como retribución de los fondos propios no deducible fiscalmente. Tipo de interés del 5,90% -precio libre comparable- que es el que figura en la oferta de préstamo "bullet efectuada por el BBVA y aportada por la propia entidad.

Para resolver las cuestiones planteadas por el recurrente debemos tener presente que ERF BETEILIGUNGS era accionista de la sociedad española LIDL, y no un accionista corriente, pues era íntegramente su dueña al 100 por 100.

De ese hecho podemos deducir que en este supuesto solo había una voluntad relevante y unos intereses en juego: los de la alemana ERF BETEILIGUNGS (el Grupo LIDL).

A la vista de las anteriores consideraciones debemos tener presente que ERF BETEILUNGS otorgó lo que las partes calificaron como un préstamo participativo, previsto en el artículo 20 del Real Decreto-ley 7/1996, de 7 de junio, sobre medidas urgentes de carácter fiscal y de fomento y liberalización de la actividad económica, que establece que:

« (...) Uno. Se considerarán préstamos participativos aquéllos que tengan las siguientes características:

a) La entidad prestamista percibirá un interés variable que se determinará en función de la evolución de la actividad de la empresa prestataria. El criterio para determinar dicha evolución podrá ser: el beneficio neto, el volumen de negocio, el patrimonio total o cualquier otro que libremente acuerden las partes contratantes. Además, podrán acordar un interés fijo con independencia de la evolución de la actividad.

b) Las partes contratantes podrán acordar una cláusula penalizadora para el caso de amortización anticipada. En todo caso, el prestatario sólo podrá amortizar anticipadamente el préstamo participativo si dicha amortización se compensa con una ampliación de igual cuantía de sus fondos propios y siempre que éste no provenga de la actualización de activos.

c) Los préstamos participativos en orden a la prelación de créditos, se situarán después de los acreedores comunes.

d) Los préstamos participativos se considerarán patrimonio neto a los efectos de reducción de capital y liquidación de sociedades previstas en la legislación mercantil».

Los préstamos participativos, que pueden incorporar un tipo de interés fijo, suponen una participación del prestamista en los resultados económicos obtenidos por el prestatario; de suerte tal que si estos son favorables, su retribución será mayor que la de un préstamo ordinario; lo que viene a retribuir ese plus de riesgo que tales préstamos tienen, porque esa retribución también puede ser menor si los resultados de la compañía a la que se presta son desfavorables.

Debemos dar la razón a la Administración cuando afirma que en el caso examinado y dada la vinculación total no había una entidad prestamista que, con su préstamo, quisiera participar en los resultados económicos obtenidos por la española LIDL, de suerte tal que si estos eran favorables, la retribución de ese préstamo sería mayor que la de un préstamo ordinario, a cambio de que, si los resultados de la prestataria (la española LIDL) llegaran a ser inferiores a los previstos, la retribución de ese préstamo también fuera inferior.

La entidad alemana tenía una filial de la que poseía el 100%, por lo que ya participaba en sus beneficios y en sus pérdidas al 100%.

Y es esa concreta operación vinculada la que debemos valorar.

La Administración estimó que no había manera de establecer "un comparable", configurado éste como la retribución de un préstamo participativo que habría concedido a la española LIDL una persona o entidad independiente en condiciones de libre competencia; porque no había ninguna que pudiera haber concedido tal préstamo a la española LIDL siendo la propietaria de todas sus acciones, pues éstas ya tenían dueño, y bien conocido.

Por nuestra parte, consideramos que, no existen comparables válidos, pues lo que deberíamos buscar es un supuesto en el que una matriz propietaria del 100% de una filial otorgara un préstamo participativo, y, por tanto, nunca sería un supuesto en el que se determinaría el valor normal de mercado que habrían acordado personas o entidades independientes, pues siempre habrá una vinculación.

Debemos dar la razón a la Administración cuando afirma que la operación más asimilable o comparable a la que nos ocupa, es que el Grupo alemán LIDL hubiera optado por financiar su expansión en España con un préstamo a diez años concedido por un tercero.



Lo que debemos hacer es eliminar la calificación del préstamo como participativo, pues esa nota ya se daba previamente a la concesión del préstamo.

El BBVA, que era un banco de primera fila y con capacidad para acometer una operación así, efectuó en 2008 una oferta a la española LIDL de un préstamo de 100 millones de euros a 10 años con un tipo de interés del 5,90%.

Las operaciones que ofrece la recurrente como comparables se alejan de la dinámica de lo pactado que fue la concesión de un préstamo por la matriz a su filial.

Aduce en la demanda que la finalidad de ese cuantioso préstamo de 200 millones de euros fue financiar un ambicioso proyecto de expansión geográfica con la apertura de numerosos centros en territorio nacional.

No fue la española LIDL SUPERMERCADOS, S.A. la que decidió expansionarse en España, hasta el punto de necesitar 200 millones para hacerlo. Esa decisión, como es fácil de comprender e innecesario tener que explicar, provino de su matriz alemana: ERF BETEILIGUNGS (el Grupo LIDL). Fue la alemana ERF BETEILIGUNGS la que generó la necesidad de que la española LIDL precisara disponer de 200 millones de euros.

Argumenta que la Administración Tributaria alcanza sus conclusiones mediante un simple análisis retrospectivo: cuantificando los intereses que se han pagado efectivamente derivados del préstamo participativo, con los resultantes para el mismo periodo que hubieran sido satisfechos en el caso de préstamo ordinario ofrecido por la entidad BBVA.

Existe un amplio consenso en la literatura jurídica norteamericana sobre la existencia e influencia de los sesgos cognitivos en las decisiones jurisdiccionales, o, en este caso, sería de la Administración Tributaria. Sin embargo, esta cuestión apenas ha sido tratada por la doctrina española.

El prejuicio de retrospectiva o recapitulación es un sesgo cognitivo que sucede cuando, una vez que se sabe lo que ha ocurrido, se tiende a modificar el recuerdo de la opinión previa a que ocurrieran los hechos, en favor del resultado final.

Conocida también como el efecto «siempre supe que iba a pasar», «lo sabía», «ya lo había supuesto» o «ya lo decía yo», o en expresión más castiza «a toro pasado».

Con arreglo a este mecanismo mental, al valorar determinados hechos pasados, el sujeto no puede abstraerse de las consecuencias de los mismos, de manera que incurre en una tendencia a considerar, a partir del conocimiento de las consecuencias de la acción, que las mismas eran previsibles desde el principio.

Una vez que el individuo tiene conocimiento del resultado, se provoca un cambio de perspectiva del sujeto de manera que el resultado le parece inevitable.

El sujeto proyecta automáticamente su nuevo conocimiento hacia el pasado, no siendo consciente, ni capaz, de reconocer la influencia que este proceso ha tenido en su juicio sobre lo acontecido.

De alguna forma, este error cognitivo está relacionado con la técnica heurística de la disponibilidad o "availability" (en la que el sujeto procede a valorar la probabilidad de que acaezca un suceso, tomando en consideración la facilidad con la que el propio sujeto puede recordar o imaginar ejemplos de sucesos similares), en la medida en que los resultados acontecidos son más accesibles para el sujeto que juzga, que los que nunca se produjeron.

En este caso no se trata de que al valorar determinados hechos pasados, los del 2009 y 2010, la Administración Tributaria o el Juzgador, no puede abstraerse de las consecuencias de los mismos, esto es, que Lidl tuvo beneficios.

La Administración Tributaria lo que ha hecho es valorar un operación económica, esto es la concesión de un préstamo participativo, teniendo en cuenta que la entidad alemana que lo concedió ya participaba al 100% en los beneficios y en las pérdidas de LIDL

SE XTO.- Costas.

En cuanto a las costas dispone el artículo 139.1º LJCA , modificado por la Ley 37/2011, de 10 de octubre, de Medidas de Agilización Procesal, bajo cuya vigencia se inició el actual proceso, 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, no apreciando la concurrencia de dudas de hecho ni de derecho en el planteamiento o resolución de la litis, la Sala entiende procedente que se condene al demandante en las costas causadas en este proceso.

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

FALLAMOS

1º) Que debemos DESESTIMAR Y DESESTIMAMOS el presente recurso contencioso-administrativo número 577/2015, interpuesto por el Procurador Don Gustavo Gámez Molero, en representación de LIDL SUPERMERCADOS, S.A., y defendida por el Letrado D. José Luis Prada contra la resolución del Tribunal Económico Administrativo Central, de 2 de junio de 2015, por la que se desestimó la reclamación económico-administrativa número 3712/2.014, interpuesta contra el acuerdo de liquidación dictado el 20 de mayo de 2014 por la Dependencia de Control Tributario y Aduanero, Delegación Central de Grandes Contribuyentes de la A.E.A.T., relativo al Impuesto sobre Sociedades (Régimen de declaración consolidada), ejercicio 2009 y 2010, y DEBEMOS CONFIRMAR Y CONFIRMAMOS dichas resoluciones por ser ajustadas al ordenamiento jurídico.

2º) Se condena a la parte actora en las costas causadas en este proceso judicial.

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.

D. JESÚS MARÍA CALDERÓN GONZALEZ D. MANUEL FERNÁNDEZ LOMANA GARCÍA

D. FRANCISCO GERARDO MARTINEZ TRISTAN

D^a. CONCEPCIÓN MÓNICA MONTERO ELENA D^a. SANDRA MARIA GONZÁLEZ DE LARA MINGO

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por la Ilma. Sra. Magistrada Ponente D^a **SANDRA MARIA GONZÁLEZ DE LARA MINGO**, estando la Sala celebrando audiencia pública en el mismo día de su fecha, de lo que, como Letrado de la Administración de Justicia, certifico.