

EXIGENCIAS DE LA APLICACIÓN DEL CONFLICTO EN LA APLICACIÓN DE LA NORMA TRIBUTARIA CONFORME AL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA: STS DE 27 DE FEBRERO DE 2025, REC. NÚM. 1034/2023

Maximino Linares Gil

Abogado

Herbert Smith Freehills Kramer

(España)

Resumen

La presencia de un elemento transfronterizo no es suficiente para declarar la artificiosidad de una operación. Necesidad de interpretar el conflicto en la aplicación de la norma tributaria conforme al derecho de la Unión Europea, siendo suficiente apreciar la concurrencia de los presupuestos del artículo 15 de la Ley General Tributaria. Omisión de contraste con la reciente doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre montaje puramente artificial en caso de financiación intragrupo transfronteriza. Innecesariedad de elevar cuestión prejudicial al existir acto aclarado.

Palabras clave

Artificiosidad. Conflicto en la aplicación de la norma tributaria. Libertades fundamentales. Montaje puramente artificial. Elemento transfronterizo.

Abstract

The presence of a cross-border element is not sufficient to declare a transaction artificial. It is necessary to interpret the conflict in the application of tax rules in accordance with European Union law; it is sufficient to assess the existence of the conditions of Article 15 of the General Tax Law. Lack of contrast with the recent case-law of the Court of Justice of the European Union on wholly artificial arrangements in the case of cross-border intra-group financing. It is unnecessary request for a preliminary ruling since a clarified act exists.

Keywords

Artificiality. Conflict in the application of tax rules. Fundamental freedoms. Wholly artificial arrangements. Cross-border element.

Cómo citar: Linares Gil, M. (2025). Exigencias de la aplicación del conflicto en la aplicación de la norma tributaria conforme al derecho de la Unión Europea: STS de 27 de febrero de 2025, rec. núm. 1034/2023. *Revista Técnica Tributaria*, (149), 189-197.

SUMARIO

1. Doctrina del tribunal
2. Supuesto de hecho
3. Fundamentos de derecho
 - 3.1. Primera cuestión
 - 3.2. Segunda cuestión
 - 3.3. Tercera cuestión
4. Análisis

1. Doctrina del tribunal

La sentencia del Tribunal Supremo de 27 de febrero de 2025 (RCA/1034/2023), siendo ponente D^a. María de la Esperanza Córdoba Castroverde, desestima el recurso de casación interpuesto por Nutreco España y ha establecido la siguiente doctrina:

Primera cuestión: La presencia de un elemento transfronterizo no es suficiente, por sí misma, para declarar la artificiosidad de una operación desde la perspectiva del Derecho interno y desde el Derecho de la Unión Europea.

La cláusula antiabuso nacional, conflicto en la aplicación de la norma —artículo 15 de la Ley General Tributaria— ha de interpretarse conforme al Derecho de la UE, que ha considerado que una razón imperiosa de interés general que puede justificar la aplicación de medidas restrictivas a las libertades fundamentales es la prevención del abuso de normas tributarias.

En esta línea, y de conformidad con lo dispuesto en la cláusula antiabuso nacional, será necesario determinar si, examinadas las circunstancias del caso, la operación controvertida permite evitar total o parcialmente la realización del hecho imponible o minorar la base o la deuda tributaria mediante actos o negocios que sean notoriamente artificiosos y que de su utilización no resulten efectos jurídicos o económicos relevantes, distintos del ahorro fiscal.

Segunda cuestión: La abstención de planteamiento del reenvío jurisdiccional al TJUE por la Sala de este orden jurisdiccional de la Audiencia Nacional puede encontrar justificación en el hecho de que quepa recurso de casación frente a su decisión judicial.

Tercera cuestión: En el caso que se enjuicia no es necesario el planteamiento por esta Sala de cuestión prejudicial al TJUE, pues la cuestión suscitada está suficientemente aclarada por su jurisprudencia.

2. Supuesto de hecho

Nutreco España SA es la compañía holding en España y Portugal de un grupo multinacional de matriz holandesa (Nutreco Holding NV) dedicado a la nutrición animal.

En 2007, el Grupo Nutreco adquirió al Maple Leaf Inc la rama de alimentación animal situada en Canadá y Estados Unidos. Se decidió canalizar la inversión a través de Nutreco España SA, no directamente sino a través de dos entidades no residentes: a) Nutreco Canada, que adquirió la parte del negocio canadiense y que recibió 114.639.061 euros en forma de capital y 205.317.372 euros en forma de préstamo intragrupo concedido por su matriz con una duración de 51 años; y b) Nutreco USA, que adquirió la parte del negocio situado en Estados Unidos y que recibió 10.147.869 euros en forma de capital y 8.847.148 euros en forma de préstamo concedido por su matriz con una duración de 5 años. Las entidades

adquirentes no dependían directamente de Nutreco España SA, sino de la filial holandesa de ésta Nutreco North America BV.

El precio de adquisición ascendió a 340 millones de euros, que fueron aportados por Nutreco España a Nutreco North America BV, en una ampliación de capital tras su obtención de las siguientes fuentes: 1) Préstamo Intragrupo concedido por la sociedad Nutreco Nederland BV por importe de 240 millones de euros, a devolver en 5 años y tipo de Interés del 5,88 %. De esos 240 millones de euros, 192 millones proceden de un préstamo multidivisa concedido por un sindicato bancario y el resto de los excedentes de tesorería existentes dentro del propio grupo multinacional.. 2) Disposición del sistema de tesorería centralizada («cash pooling»), que el grupo gestiona desde Holanda por importe de 100 millones de euros.

De acuerdo con la normativa aplicable en Holanda (sede del prestamista), un préstamo como el concedido por Nutreco North America BV a sus sociedades filiales, puede ser considerado como capital a efectos fiscales (préstamo híbrido), lo que significa que los intereses percibidos con ocasión de la concesión de la financiación son recalificados como dividendos y, por consiguiente, pueden acogerse al régimen de exención para corregir la doble imposición («participation exemption»), siempre que se verifiquen las condiciones de éste.

La Inspección rechazó la deducibilidad de los intereses pagados por Nutreco España S.A. a Nutreco Nederland BV por el citado préstamo de 240 millones de euros con base en las siguientes consideraciones: «a) En el ejercicio 2011, por existir conflicto en la aplicación de la norma tributaria, de acuerdo con el artículo 15 de la LGT. b) En los ejercicios 2012 y 2013, además, por no tener la consideración de gastos fiscalmente deducibles, de acuerdo con el apartado h) del artículo 14.1 del Real Decreto Legislativo 4/2004, de 5 marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades, añadido, con efectos para los períodos impositivos iniciados a partir de 1 enero 2012, por art. 1.2.1 de Real Decreto-Ley 12/2012, de 30 de marzo.

La sentencia de la Audiencia Nacional de 29 de junio de 2022, rec. 2/532/2019 objeto del recurso de casación, rechazó la aplicación al caso de la reforma legal de 2012 o de la Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del Impuesto sobre Sociedades (LIS), *«pues no estaban vigentes cuando ocurrieron los hechos»*, sin que haya habido debate el respecto en sede casacional.

3. Fundamentos de derecho

3.1. Primera cuestión

La primera cuestión recogida en el auto de admisión consistía en determinar si, examinadas las circunstancias del caso, la presencia de un elemento transfronterizo es suficiente, por sí misma, para declarar la artificiosidad de una operación desde la perspectiva del Derecho interno y desde el Derecho de la Unión Europea, sin analizar su eventual tributación en otras jurisdicciones fis-

cales y sin cuestionar la posible racionalidad de la operación en caso de que se hubiera llevado a cabo íntegramente en España.

El Tribunal Supremo afirma que la sentencia de la Audiencia Nacional no establece que la presencia de un elemento transfronterizo sea suficiente para declarar la artificiosidad de una operación desde la perspectiva del Derecho interno y desde el Derecho de la Unión Europea, sino que hay que estar a los requisitos exigidos por el artículo 15 de la LGT («[...] 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: a) Que, individualmente considerados o en su conjunto, sean notoriamente artificiosos o impropios para la consecución del resultado obtenido. b) 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»), de tal forma que, tras el análisis de la operación controvertida, concluye que estos requisitos concurren en el caso examinado.

Afirma el Tribunal Supremo que la artificiosidad consiste, según la sentencia de la Audiencia Nacional recurrida, en radicar el préstamo en la entidad española. En efecto, se genera una deuda en la entidad española por recibir fondos de su matriz holandesa, para crear ésta, a su vez, una entidad holandesa a la que aportar los fondos recibidos, para que conceda un préstamo a filiales de esta última en Estados Unidos y Canadá para adquirir un negocio allí. De este modo, se afirma, la entidad española asume una deuda por una adquisición en la que no participa, y que, posteriormente tampoco gestionará.

Precisamente esa asunción de la deuda por la española, de una operación en la que no participa, es lo que constituye la artificiosidad que persigue exclusivamente una ventaja fiscal. Y no existe motivo económico válido alguno que justifique radicar una deuda en la entidad española, por una operación en la que no participa, ni como adquirente ni como posterior gestora de lo adquirido.

Como consecuencia de lo anterior, el Tribunal Supremo reformula la cuestión de interés casacional objetivo que pasa a ser determinar si la operación controvertida reúne los requisitos del artículo 15 de la LGT y, en particular, si resulta notoriamente artificiosa. Y entiende que las operaciones realizadas deben calificarse de notoriamente artificiosas, no por la existencia de un elemento transfronterizo, sino por la forma de canalizar la adquisición, con fondos que se encauzan a través de sucesivas sociedades interpuestas, cuya finalidad es exclusivamente fiscal pues se busca, tal como declaró la Inspección, un doble aprovechamiento de los gastos financieros en España y en los países en los que se realizaron las adquisiciones (Canadá y EE UU).

La entidad española aparece como mero instrumento canalizador de fondos, sin ningún efecto jurídico o económico relevante, salvo la deducción por Nutreco España SA de los gastos financieros del préstamo con el que se llevó a cabo la referida adquisición, gastos financieros que también fueron deducidos en las jurisdicciones fiscales donde radican las sociedades del grupo que efectuaron la adquisición.

Adicionalmente entiende que, aunque Nutreco España SA vende en 2015 las acciones de Nutreco North America BV a Nutreco International BV con una rele-

vante plusvalía, se aplicó la exención para evitar la doble imposición prevista en el artículo 21 de la LIS, como igualmente se había aplicado la exención a los dividendos percibidos durante la tenencia de las acciones, concluyendo que en la operación no se advierten otros efectos jurídicos o económicos distintos al ahorro fiscal.

Por otro lado, la sentencia entiende que no se ha vulnerado el derecho de la UE dado que el objetivo de prevenir el abuso de normas tributarias puede constituir una razón imperiosa de interés general que justifique la aplicación de medidas restrictivas de las libertades fundamentales a prácticas abusivas, siempre que su objetivo sea oponerse a la creación de montajes puramente artificiales carentes de realidad económica. Y en el presente caso la artificiosidad de la operación viene constituirá por perseguir exclusivamente una ventaja fiscal, identificada adecuadamente por la Administración tributaria y consistente en la deducción de los gastos financieros del préstamo.

Asimismo, considera proporcionada la denegación de la totalidad de los gastos financieros y no únicamente en lo que exceda de las condiciones de libre competencia, con cita de la STJUE de 4 de octubre de 2024, asunto C-585/22, X BV.

Finalmente, el Tribunal Supremo aborda una cuestión que no figura en el auto de admisión. Adujo el reclamante la imposibilidad aplicar el artículo 15 de la LGT sin la previa emisión del preceptivo informe regulado en el artículo 159 de la LGT con relación a los específicos ejercicios objeto de comprobación (2011-2013). Sin embargo, entiende el Tribunal Supremo que el informe de la Comisión Consultiva emitido en el marco de la inspección de los ejercicios 2007 a 2010 ya declaró fraudulentas las operaciones de 2007 y no hace falta nuevo informe en el periodo 2011 a 2013, al que se proyectan sus efectos, al mantenerse la misma estructura y los mismos contratos de préstamos.

3.2. Segunda cuestión

De una manera escueta, el Tribunal Supremo invoca la reciente sentencia del TJUE de 15 de octubre de 2024, asunto C-144/23, Kubera, para afirmar que el hecho de que existe un trámite de admisión del recurso de casación no convierte al órgano jurisdiccional inferior, en este caso, la Audiencia Nacional, en un órgano jurisdiccional nacional cuyas decisiones no sean susceptibles de ulterior recurso judicial de Derecho interno y sobre el que pesa, en consecuencia, la obligación de someter el asunto al Tribunal de Justicia establecida en el artículo 267 TFUE, párrafo tercero.

3.3. Tercera cuestión

Considera el Tribunal Supremo que no resulta necesario elevar cuestión prejudicial del TJUE dado que nos encontramos ante un acto aclarado por la jurisprudencia del TJUE.

4. Análisis

Quizás la más importante conclusión que se deriva de la doctrina establecida en la sentencia es la equiparación del artículo 15 de la LGT con la doctrina del abuso de derecho establecida en la jurisprudencia del TJUE. Así, tras afirmar que la cláusula antiabuso ha de interpretarse conforme al derecho de la UE, entiende que «*En esta línea*» será necesario determinar si concurre el presupuesto de hecho del artículo 15 de la LGT, sin necesidad, por tanto, de llevar a cabo contraste alguno con la jurisprudencia del TJUE sobre montajes puramente artificiales, carentes de realidad económica. Es decir, si bien el artículo 15 de la LGT debe interpretarse conforme al derecho de la UE, de ello solo se desprende que hay que comprobar si concurren los requisitos del propio artículo 15. Equiparación, por tanto, entre el conflicto doméstico y el abuso europeo que también efectuó el Preámbulo de la Ley 11/2021, de 9 de julio, para no considerar necesaria la trasposición de la norma general antiabuso establecida en el artículo 6 de la Directiva 2016/1164/UE del Consejo, de 12 de julio de 2016, por la que se establecen normas contra las prácticas de elusión fiscal que inciden directamente en el funcionamiento el mercado interior (ATAD 2). No deja de sorprender la polivalencia de nuestro controvertido conflicto en la aplicación de la norma tributaria.

En cuanto al caso concreto examinado, la sentencia altera la primera cuestión de interés casacional reflejada en el auto de admisión, vaciándola en realidad de contenido y la sustituye por una fórmula tautológica no controvertida, pues es claro que la aplicación del artículo 15 de la LGT exige que se cumplan los requisitos establecidos en el propio artículo 15 de la LGT.

Además, los hechos, tal y como son descritos en la sentencia, bien podrían admitir a nuestro juicio una lectura bien distinta conforme a la cual el grupo Nutreco, en uso de su libertad de empresa y en ejercicio de las libertades fundamentales, adquiere activos a otro grupo empresarial, con participación decisiva de la cabecera del grupo en España. Para ello, la sociedad española obtiene una financiación dentro de la Unión Europea que procede en su gran mayoría de un sindicato bancario, lo que usualmente permite al grupo mejores condiciones financieras. Con esa financiación capitaliza una filial que se encarga de adquirir las ramas de actividad en terceros países. Evidentemente, la sociedad española asume el coste de la financiación en forma de intereses, pero obtiene una clara rentabilidad económica con la inversión, mediante dividendos y plusvalía con la venta de las participaciones en 2015, es decir, unos efectos jurídicos y económicos muy relevantes.

El Tribunal Supremo considera que la operativa es artificiosa por la forma de canalizar la inversión, asumiendo deuda la sociedad española por una operación en la que «no participa» —aunque sí participa indirectamente— con búsqueda exclusiva de una ventaja fiscal. Esta ventaja es la deducción fiscal de los gastos financieros si bien con cierta imprecisión parece añadirse como indicio de artificiosidad la existencia de un doble aprovechamiento fiscal, en España y en los países de la inversión.

Cabe cuestionar la compatibilidad de esta fundamentación del Tribunal Supremo con la jurisprudencia del TJUE sobre montajes puramente artificiales, de acuerdo con la cual la acreditación de la existencia de una práctica abusiva precisa, de un lado, una serie de *circunstancias objetivas* de las que resulte que, pese al cumplimiento formal de los requisitos establecidos por la normativa de la Unión, no se ha conseguido el objetivo perseguido por ésta; y, de otro, un *elemento subjetivo* consistente en la voluntad de obtener una ventaja derivada de la normativa de la Unión mediante la producción artificial de las condiciones que se requieren para su obtención (p.e. Sentencias de 26-2-2019, N Luxembourg I, asuntos C-115/16, C-118/16, C-119/16, C-299/16, EU:C:2019:134, ap. 124 y ss; y de 26-2-2019, T Danmark, asuntos C-116/16, C-117/16, EU:C:2019:135, ap. 81 a 105).

No contiene la sentencia que analizamos justificación de la concurrencia de estos dos requisitos de artificiosidad. Ni el *objetivo*, es decir, cómo se burla la finalidad o el objeto de las libertades fundamentales cuando la mayor parte de la financiación es ajena y cuando el destino del préstamo es la adquisición de ramas de actividad a terceros, Ni el requisito *subjetivo*, que requiere la búsqueda de una ventaja fiscal indebida o prohibida aunque no se cuestione que los intereses pagados por Nutreco España han estado sujetos a tributación en los Países Bajos y que las consecuencias fiscales en España hubieran sido las mismas si la sociedad española hubiera adquirido la financiación directamente de un sindicato bancario holandés o, por supuesto, de la banca española, y hubiera hecho la inversión a través de sociedades españolas.

Precisamente, estos dos últimos aspectos, sobre los que interpelaba el auto de admisión del recurso de casación, se han quedado sin respuesta por la reformulación de la primera cuestión de interés casacional. Omisión que cobra especial significación a la luz de la reciente sentencia del TJUE de 3 de abril de 2025, Nordcurrent group UAB, C-228/24, párra. 50-55, que considera que la ventaja fiscal no debe apreciarse desde la perspectiva de la legislación de un Estado miembro, sino desde el efecto que la operación supuestamente artificiosa tiene en el otro Estado miembro donde se opera, ya que, de otra forma, sería imposible considerar que concurre el elemento subjetivo propio del abuso.

Como consecuencia de la alteración de la cuestión de interés casacional la sentencia ha omitido todo contraste entre la aplicación que se ha hecho del artículo 15 de la LGT y el canon exigido por el TJUE para considerar la existencia de un montaje puramente artificial en un préstamo intragrupo. Creemos que ello hubiera resultado muy pertinente, en especial cuando la ya citada sentencia del TJUE X BV ha establecido recientemente cuáles son esos parámetros específicos que hay que tener en cuenta para enjuiciar el montaje puramente artificial en financiaciones intragrupo transfronterizas: ausencia de racionalidad económica en la obtención de la financiación (préstamo recibido) y aplicación artificiosa de los fondos.