



Roj: **SAN 26/2019** - ECLI: **ES:AN:2019:26**

Id Cendoj: **28079230022019100003**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **2**

Fecha: **11/01/2019**

Nº de Recurso: **315/2016**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Procedimiento ordinario**

Ponente: **CONCEPCION MONICA MONTERO ELENA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Contencioso-Administrativo

SECCIÓN SEGUNDA

Núm. de Recurso: 0000315 / 2016

Tipo de Recurso: PROCEDIMIENTO ORDINARIO

Núm. Registro General: 02538/2016

Demandante: DORNA SPORTS S.L

Procurador: Dº MANUEL SÁNCHEZ PUELLES GONZÁLEZ CARVAJAL

Demandado: TRIBUNAL ECONOMICO ADMINISTRATIVO CENTRAL

Abogado Del Estado

Ponente Ilma. Sra.: Dª. CONCEPCIÓN MÓNICA MONTERO ELENA

SENTENCIA Nº:

Ilmo. Sr. Presidente:

D. JESÚS MARÍA CALDERÓN GONZALEZ

Ilmos. Sres. Magistrados:

D. MANUEL FERNÁNDEZ LOMANA GARCÍA

Dª. CONCEPCIÓN MÓNICA MONTERO ELENA

Dª. SANDRA MARIA GONZÁLEZ DE LARA MINGO

Madrid, a once de enero de dos mil diecinueve.

Visto el recurso contencioso administrativo que ante la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional ha promovido **DORNA SPORTS S.L.**, y en su nombre y representación el Procurador Sr. Dº Manuel Sánchez Puelles González Carvajal, frente a la **Administración del Estado**, dirigida y representada por el Sr. Abogado del Estado, sobre **Resolución del Tribunal Económico Administrativo Central de fecha 4 de febrero de 2016**, relativa a solicitud de rectificación de autoliquidaciones por Impuesto de Sociedades en Régimen de Consolidación Fiscal, ejercicio 2013 (01/01/2013 a 28/02/2013), siendo la cuantía del presente recurso de 43.161,53 euros.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO : Se interpone recurso contencioso administrativo promovido por DORNA SPORTS S.L., y en su nombre y representación el Procurador Sr. Dº Manuel Sánchez Puelles González Carvajal, frente a la



Administración del Estado, dirigida y representada por el Sr. Abogado del Estado, sobre Resolución del Tribunal Económico Administrativo Central de fecha 4 de febrero de 2016, solicitando a la Sala que dicte sentencia por la que declare nulo el acto administrativo impugnado y se reconozca la procedencia de la solicitud de rectificación de la declaración del Impuesto sobre Sociedades de la actora correspondiente al ejercicio comprendido entre el 1 de enero y el 28 de febrero de 2013 y la consiguiente devolución por importe de -3.100.702,56 euros, la cual debe ascender a un importe de -3.244.574,33 euros.

SEGUNDO : Reclamado y recibido el expediente administrativo, se confirió traslado del mismo a la parte recurrente para que en plazo legal formulase escrito de demanda, haciéndolo en tiempo y forma, alegando los hechos y fundamentos de derecho que estimó oportunos, y suplicando lo que en el escrito de demanda consta literalmente.

Dentro de plazo legal la administración demandada formuló a su vez escrito de contestación a la demanda, oponiéndose a la pretensión de la actora y alegando lo que a tal fin estimó oportuno, solicitando a la Sala que dicte sentencia desestimando el recurso interpuesto, imponiendo las costas al actor.

TERCERO : Habiéndose solicitado recibimiento a prueba, unidos los documentos y evacuado el trámite de conclusiones, quedaron los autos conclusos y pendientes de votación y fallo, para lo que se acordó señalar el día diez de enero de dos mil diecinueve, en que efectivamente se deliberó, voto y fallo el presente recurso.

CUARTO : En la tramitación de la presente causa se han observado las prescripciones legales, previstas en la Ley de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, y en las demás Disposiciones concordantes y supletorias de la misma.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO : Es objeto de impugnación en autos la Resolución del Tribunal Económico Administrativo Central de fecha 4 de febrero de 2016 que desestima la reclamación interpuesta por el hoy recurrente.

Los antecedentes del presente recurso son:

1.- La recurrente solicitó el 10 de octubre de 2013 la rectificación de la autoliquidación del Impuesto sobre Sociedades del ejercicio comprendido entre el 1 de enero y el 28 de febrero de 2013. Por medio de la referida solicitud, Dorna reclamó la rectificación de la base imponible declarada en los modelos 200 y 220 y, en consecuencia, solicitó la rectificación del importe de la base imponible declarada en el modelo 220 por importe de -3.100.702,56 euros, la cual debería ascender a un importe de -3.244.574,33 euros. En síntesis, solicitó el reconocimiento de la deducibilidad de la amortización de los fondos de comercio generados en las fusiones realizadas en 1999, 2003 y 2007 - amortización que, en aplicación del criterio de la Inspección en actuaciones de comprobación referidas a ejercicios previos, no había sido considerada deducible por la recurrente en su autoliquidación del referido ejercicio comprendido entre el 1 de enero y el 28 de febrero de 2013-.

2.- Con fecha 4 de febrero de 2014, la Jefa de Unidad de Gestión de la Delegación Central de Grandes Contribuyentes (Agencia Estatal de Administración Tributaria) dictó "Propuesta de Resolución de Rectificación de Autoliquidación", con n.º de referencia 2204774290135 y n.º de recurso 2014GRC76080002T RGE034903222013, por medio de la cual se propuso desestimar la solicitud de rectificación de autoliquidación formulada por Dorna.

Mediante "Acuerdo de Resolución Rectificación de Autoliquidaciones" dictado el día 17 de febrero de 2014 por la Jefa Adjunta de la Dependencia de Asistencia y Servicios Tributarios de la Delegación Central de Grandes Contribuyentes (Agencia Estatal de Administración Tributaria), con número de referencia 2204774290135 y número de recurso: 2014GRC76080002T RGE034903222013, se asume la propuesta anterior.

Lo pretendido por la actora es el reconocimiento de la deducibilidad de la amortización de los fondos de comercio generados en las fusiones realizadas en 1999, 2003 y 2007; amortización que, en aplicación del criterio de la Inspección en actuaciones de comprobación referidas a ejercicios previos, no había sido considerada deducible en la autoliquidación del referido ejercicio comprendido entre el 1 de enero y el 28 de febrero de 2013.

La cuestión sobre las que versa el objeto de la presente controversia es la procedencia o improcedencia de la deducibilidad, en el ejercicio comprendido entre el 1 de enero y el 28 de marzo de 2013, de la amortización de los siguientes fondos de comercio:

- 1.- Fondo de comercio surgido en la fusión entre Internacional Sports Rights Management, S.L. y Dorna Promoción del Deporte, S.A., que tuvo lugar en 1999;
- 2.- Fondo de comercio surgido en la fusión entre 2WP Events, S.L. y Dorna Sports, S.L., que tuvo lugar en 2003; y,



3.- Fondo de comercio surgido en la fusión entre Tinagen Grupo de Inversiones, S.L. (actual Dorna Sports, S.L.) y Miralita, S.L., Modus Faciendi, S.L., Honoris Gratia, S.L. Y Dorna Sports, S.L., que tuvo lugar en 2007.

Como se recoge en la demanda, la cuestión sobre la que versa la controversia que nos ocupa -la deducibilidad en un determinado ejercicio de los fondos de comercio resultantes de las fusiones de 1999, 2003 y 2007- ya ha sido planteada en el seno del recurso contencioso-administrativo n.º 318/2015 seguido ante esta misma Sala y Sección frente a la Resolución del TEAC de 5 de febrero de 2015.

En concreto, en el marco del referido recurso se debate, entre otras cuestiones, el rechazo de la deducibilidad, en los ejercicios 2007, 2010 y 2011, de la amortización de los fondos de comercio resultantes de las fusiones efectuadas en 1999, 2003 y 2007. En consecuencia, coinciden ambas partes en este recurso, en afirmar que el pronunciamiento que alcance esta Sala y Sección en el citado recurso contencioso-administrativo, condicionará de forma decisiva la resolución del recurso que ahora nos ocupa.

SEGUNDO : Por sentencia de 16 de noviembre de 2018, se resolvió el recurso 318/2015 , cuyo contenido se reproduce en nuestra sentencia de 30 de noviembre de 2018, recurso nº 311/16 , al tratarse también, como en nuestro caso, de cuestiones idénticas.

Sobre la deducibilidad de la amortización del fondo de comercio resultante de la operación de fusión efectuada en 1999, la citada sentencia razona del siguiente modo:

"(...) Y es que, como se expone en las pp. 18 y ss. de la Resolución del TEAC, DORNA presentó escritos solicitando, la rectificación de la declaración del IS, en los ejercicios 2010 y 2011, alegando que "no computó como partida deducible el importe correspondiente a la dotación del fondo de comercio surgido en las operaciones de fusión realizadas en 1999 y 2003 siguiendo el criterio del TEAC y que, dado que se consideraba que dichas dotaciones si eran deducibles, procedía la rectificación de la declaración. En los Acuerdos de Resolución de rectificación de la autoliquidación, se razonó que aquella no procedía, pues según lo acordado por el TEAC "las operaciones de fusión no cumplen con los requisitos legales y tributarios necesarios para la deducibilidad fiscal de los fondos de comercio"."

La razón por la que se llega a tal conclusión es, según la propia sentencia:

"C.- Como resume el TEAC en las pp. 31 y ss. de la Resolución, lo ocurrido puede describirse en los siguientes términos:

1.- El 1 de febrero de 2010 se dictó Acuerdo de liquidación por el IS de 2003 (1/1/2003 a 30/6/2003) en el que se negaba a la fusión realizada en 1999 la aplicación del régimen de fusiones por inexistencia de motivos económicos válidos y se regularizaba la amortización del fondo de comercio derivado de la misma. Y el 20 de junio de 2010, se dictaron acuerdos de liquidación por el IS de los ejercicios 2003/2004 y 2005/2006, en los que se consideraba improcedente la deducción del fondo de comercio surgido en las fusiones impropias realizadas en el ejercicio 1999 y 2003, por no ser a las mismas de aplicación el régimen especial de fusiones por inexistencia de motivos económicos válidos.

2.- Por Resoluciones del TEAC de 15 de junio de 2011 (RG 1268/2010) y 5 de octubre de 2011 (RG 4364/10 y 4365/10) se desestimó, en lo que nos interesa, la pretensión de la recurrente.

3.- Recurridas las decisiones ante esta Sala dieron lugar a los Rec. 316/11; 444/11 y 443/11.

El Rec. 316/2011, dio lugar a la SAN de 23 de octubre de 2014 . En el Fundamento de Derecho Quinto, la Sala razona que la Inspección no puede, al regularizar un ejercicio prescrito, comprobar la legalidad de operaciones o negocios jurídicos que han tenido lugar en un periodo impositivo prescrito. Esta sentencia, según reconocen las partes es firme, pues no se recurrió. La sentencia indicaba que contra la misma no cabía recurso.

El Rec. 444/2011, dio lugar a la SAN de 23 de octubre de 2014 . Esta sentencia se remite a lo sostenido en el Rec. 316/2011 , declarando la nulidad de las resoluciones recurridas únicamente en lo referente a la amortización del fondo de comercio derivado de las operaciones de fusión por absorción concluidas en 1999 y 2003. Esta sentencia se recurrió en unificación de doctrina, dictándose la STS de 24 de febrero de 2016 (Rec. 777/2016), inadmitiendo el recurso.

El Rec. 443/2011, dio lugar a la SAN de octubre de 2014, que también remitió a lo sostenido en la sentencia dictada en el Rec. 316/2011 . Realizando en el fallo la misma declaración que en la sentencia anterior. Esta sentencia fue recurrida en casación para la unificación de doctrina, dictándose STS de 24 de febrero de 2016 (Rec. 1307/2015), inadmitiendo el recurso.

En suma, el TEAC sostuvo que, si bien la primera de las sentencias indicadas era firme, no lo eran las otras dos. Por ello, mantuvo su posición a la espera de la decisión del Alto Tribunal. Por ello también rechazó la petición de



rectificación de errores, pues en contra de lo que se decía por el recurrente si había tenido en cuenta la sentencia dictada en el Rec. 316/2011 ."

La posición de la demandada en el recurso 318/2015, coincidente con la que se sostiene en el presente, se resume en la sentencia a la que nos venimos refiriendo, del siguiente modo:

"Ahora bien, en este momento, todas las sentencias indicadas son firmes y contrarias a la Administración. La Abogacía del Estado reconoce que todas las sentencias descritas son firmes, pero razona que no se pronunciaron sobre la legalidad de la operación que generó los fondos de comercio en 1999 y 2003, por considerarlas "no examinables por el transcurso de cuatro años". Ello implica, en su opinión, que al no haberse enjuiciado el fondo del asunto no existe cosa juzgada y nada impide, con arreglo a la nueva jurisprudencia, que la Inspección analice elementos de la obligación tributaria que nacieron en ejercicios prescritos, pero que tienen efectos en ejercicios no prescritos. Gran parte de la contestación de la demanda contiene una precisa descripción de la nueva jurisprudencia, cuya doctrina no es objeto de debate."

Ahora bien, a juicio de esta Sala, como veremos que se expone en la sentencia citada, la cuestión no se resuelve con un nuevo planteamiento del posible examen de las operaciones de fusión, sino por el análisis del efecto de la cosa juzgada:

"D.- En opinión de la Sala el problema no consiste en determinar si debemos o no aplicar la doctrina actual del Tribunal Supremo; lejos de ello, como adecuadamente sostiene la recurrente, el problema consiste en determinar si opera o no el efecto positivo de la cosa juzgada."

En efecto, es cierto que estamos enjuiciando ejercicios distintos, lo que impide que opera el denominado efecto negativo de la cosa juzgada. Pero lo anterior no impide que pueda operar el efecto positivo, pues es claro que la Sala, en las sentencias firmes que hemos descrito, concluyó que la Administración no podía enjuiciar las operaciones que dieron lugar al fondo de comercio y estimó la demanda en dicho punto."

Quizás convenga comenzar por indicar que los órganos jurisdiccionales no ordenan sus relaciones con base al principio de jerarquía; sino que lo hacen a través del criterio de competencia. El Tribunal Supremo puede casar y anular las sentencias de esta Audiencia Nacional, no porque sea su superior jerárquico, sino por tener atribuida la competencia funcional de resolver los recursos de casación contra las sentencias dictadas por esta Sala. Por eso, desde la perspectiva de la cosa juzgada, todas las sentencias tienen idéntico valor y vinculan a todos los Tribunales. O, si se quiere, desde el punto de vista de los efectos de la cosa juzgada, las sentencias de la Audiencia Nacional y las del Tribunal Supremo tienen el mismo valor."

Es tradicional diferenciar, dentro de la doctrina de la cosa juzgada material dos efectos: el positivo y el negativo. El segundo supone la exclusión de toda decisión jurisdiccional futura entre las mismas partes y con el mismo objeto; se articula como excepción e impide a los órganos jurisdiccionales enjuiciar el mismo supuesto, lo que no es sino una manifestación del principio non bis in ídem en materia procesal. A dicho efecto se refiere el art. 222.1 de la LEC cuando dispone que "la cosa juzgada de las sentencias firmes, sea estimatoria o desestimatoria, excluirá, conforme a la ley, un ulterior proceso cuyo objeto sea idéntico al del proceso en que aquella se produjo"

La función positiva o prejudicial implica que al enjuiciarse una nueva pretensión debe siempre partirse de lo acordado en la sentencia firme anterior, que opera así como condicionante de la nueva decisión. La cosa juzgada, en este caso, no impide el nuevo enjuiciamiento, pero lo determina. Estando todos los órganos jurisdiccionales obligados a respetarla, se comparta o no su contenido."

El efecto positivo se regula en el art. 222.4 de la LEC al disponer que "lo resuelto con fuerza de cosa juzgada en la sentencia firme que haya puesto fin a un proceso vinculará al tribunal de un proceso posterior cuando en éste aparezca como antecedente lógico de lo que sea su objeto, siempre que los litigantes de ambos procesos sean los mismos...". No es precisa una identidad del objeto, sino que basta que la decisión adoptada en el proceso anterior sea condicionante o prejudicial en relación con la nueva pretensión."

En el caso de autos, consta que fue objeto de examen si la Administración podía o no al regularizar un ejercicio comprobar la legalidad de operaciones o negocios jurídicos que han tenido lugar en un periodo impositivo prescrito y, todo ello, en relación con las operaciones que examina la Resolución del TEAC objeto de recurso, que son las mismas. La Sala de la Audiencia Nacional, en su día y enjuiciando otros ejercicios, entendió que no, por lo que, en nuestra opinión, el efecto positivo de la cosa juzgada impide examinar de nuevo la cuestión, estando la Sala vinculada por aquella decisión. Con independencia de que, con arreglo a los actuales criterios jurisprudenciales, la solución en su día adoptada pueda ser discutible. La seguridad jurídica impide reexaminar lo en su día acordado."

En este sentido, analizado el efecto positivo de la cosa juzgada, se ha pronunciado la reciente STS de 26 de junio de 2018 (Rec. 299/2016), que realiza una detallada exposición sobre el efecto positivo de la cosa juzgada."



La sentencia es muy clara al razonar que "partiendo de la concurrencia...de la identidad entre los sujetos y la extensión a ellos de la cosa juzgada material -requisito éste más propio del proceso civil que del contencioso-administrativo, donde no se encuentran casos en que la cosa juzgada material no opere con la sentencia firme-, la seguridad jurídica impone que lo resuelto en el primer proceso -en sentido lógico y cronológico- deba quedar mantenido como premisa de lo que deba resolverse en el segundo". Añadiendo que, el "efecto positivo o prejudicial de la sentencia firme anterior condiciona la decisión que deba recaer en las posteriores, tratando de evitarse así que dos relaciones jurídicas se resuelvan de forma antagónica o dispar, ya que para el derecho no es posible que una determinada cuestión sea y no sea al tiempo, lo que, por lo demás, no sólo concierne al principio de seguridad jurídica (artículo 9.3 CE) sino, a su través, afecta de lleno al derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24.1 CE .

Por eso, concluye el Alto Tribunal, aunque lo enjuiciado en su día fue un ejercicio distinto, lo acordado en el proceso anterior, vincula en el enjuiciamiento de los ejercicios posteriores, cuando existe identidad suficiente en el objeto. Esta sentencia, junto con otras - STS (tres) de 26 de mayo de 2016 (Rec. 569/2015, 462/2015 y 459/2015)- fue aportada por la demandante por la vía del art 271 de la LEC , siendo lo cierto de que al margen de que proceda o no su unión a los autos, la Sala siempre debe tener en cuenta la doctrina del Alto Tribunal, aunque no hubiese sido aportada la sentencia por ninguna de las partes."

Dados tales razonamientos, cuyo seguimiento nos impone un elemental principio de unidad de criterio, la conclusión no puede ser otra que, en los ejercicios que nos ocupan, la amortización del fondo de comercio no puede ser cuestionada por las características de las operaciones realizadas en el ejercicio 1999 y 2003 del que procede.

TERCERO : En relación a la deducibilidad de la amortización del Fondo de Comercio resultante de la operación de fusión efectuada en 2007, la sentencia a la que reiteradamente nos referimos, concluye que existió motivo económico válido en la fusión.

"En el informe de disconformidad la materia se trata en las pp. 24 y ss. Según se desprende del mismo:

1.- Con fecha 28/09/2007 y con efectos retroactivos de 1 de enero de 2007, se acordó, mediante escritura pública, la fusión que antes hemos descrito. En las pp. 25 y 26 se describen los términos de la fusión por absorción, de forma tal que la entidad absorbente cambia su denominación, pasando a denominarse DORNA SPORTS SL.

2.- Como consecuencia de la fusión, la sociedad absorbente aflora una diferencia de fusión que cuantifica en la forma descrita en la p. 26, no siendo dicha cuantificación objeto de debate y que daría lugar a una dotación fiscal deducible de

2.284.522,38 €.

3.- En las pp. 28 y ss. se exponen los argumentos de la Inspección y se concluye que el único motivo del total de las operaciones de fusión era "eludir la norma de auxilio financiero, lo cual no constituye un motivo económico válido".

El Acuerdo de liquidación aborda la materia en las pp. 30 y ss. Sin perjuicio de remitir a lo razonado en dichas páginas, nos interesa destacar lo siguiente:

1.- La Administración no discute que "la Decisión de la Comisión Europea que obliga a la desinversión de CVC en el capital del Grupo Dorna y, por tanto, la entrada de un nuevo socio. Desinversión que se hizo a través de una MBO, que el obligado considera plenamente regular de acuerdo con la resolución del TEAC de 15 de junio de 2011". Pero añade que sin bien en relación con dicho extremo "nada tiene que objetar. Efectivamente se produce la entrada de un nuevo socio para dar cumplimiento a la Decisión de la Comisión de la UE, y dicha entrada se lleva a cabo a través de una LBO". Ahora bien, ello no implica que "una vez ejecutada la inversión, en la posterior fusión existan motivos económicos en términos de reestructuración, tal y como señala la propia resolución del TEAC de 15 de junio de 2011 a que se refiere el obligado. Evidentemente la Decisión de la Comisión europea no exige ni justifica que esa desinversión se realice con la operativa realizada (constitución de sociedad instrumental que se endeuda, compra de participaciones y fusión)".

2.- También señala la Inspección que la operación fue diseñada de forma conjunta desde el inicio y que, por lo tanto, la misma culminaría en la fusión, "dado que la actividad económica operativa se encontraba en DORNA y, en consecuencia, era totalmente imposible que esa "condición" bancaria fuese cumplida por MIRALITA y TINAGEN, habida cuenta la inactividad de estas dos sociedades, hechos que ya son perfectamente conocidos por todos los participantes de la financiación de la operación".

En este sentido se razona que: "cabe recordar que Bridgeton Europe compra la sociedad inactiva Tinagen el 13/07/2006; cuatro días después se acuerda la compra por Tinagen de las acciones de Miralita, el 17/07/2006.



5 días más tarde Tinagen suscribe el contrato de préstamo sindicado para dicha adquisición y para pagar el préstamo Motofin, el 03/08/2006. Y por último, tal y como consta en la escritura de fusión, el 15/06/2007 ya se acuerda por los órganos de administración de Tinagen y todas las sociedades afectadas el proyecto de fusión por absorción, con efectos a 1 de enero de 2007. Como señala la inspección cuando se concertó el préstamo era evidente ya que se iba a llevar a cabo la fusión en la medida que era imposible el cumplimiento de las condiciones fijadas, dado que la actividad de Tinagen y Miralita, como entidades Holding era mínima, y la única forma de lograr el Ebitda requerido era la fusión con Dorna. A efectos de aplicación del régimen fiscal especial, estos condicionantes en la financiación que ya estaban contemplando la fusión no pueden por sí mismos justificar la misma, como expone la jurisprudencia citada, deben existir motivos en términos de "racionalización o reestructuración de actividades económicas". Por tanto, toda la operación de compra, endeudamiento y fusión se acuerda o planifica simultáneamente, conociendo las exigencias de las entidades financieras y realizando la operación de forma que surja un fondo de comercio fiscalmente deducible. No se ha justificado en modo alguno qué reestructuración, eficiencia económica o de gestión ha aportado a través de esta operativa TINAGEN, habiendo quedado acreditado, por el contrario, a juicio de esta Oficina Técnica que, en términos de eficiencia económica, nada ha cambiado en el grupo salvo los socios".

3.- "Por otra parte, la cláusula o covenant controvertida se refiere al EBITDA de Tinagen y Miralita. Por lo tanto, según la justificación pretendida, no era necesario la fusión de Tinagen con Miralita sino que bastaba la de esta última con Dorna para, supuestamente, alcanzar la exigencia y no encarecer la financiación. Nada señala el obligado al respecto y no cabe duda que el fondo de comercio en este caso hubiera sido muy inferior habida cuenta que el precio de adquisición por Miralita de Dorna fue de 105 millones de euros. Ello no quiere decir que, a juicio de la Inspección, tal fusión de Miralita con Dorna pudiese acogerse al régimen especial, habida cuenta que la interposición de la sociedad MIRALITA se calificó como simulada en la anterior actuación inspectora y que, como en el caso presente, se trata de una sociedad inactiva sin ningún activo o razón para justificar la fusión, pero sí se quiere poner de manifiesto esta circunstancia para poner de relieve la falta de solidez de los argumentos aportados por el obligado tributario, dado que, en su posición, (las actuaciones se firmaron en disconformidad), la sociedad Miralita no es una sociedad interpuesta".

4.- En cuanto a la tercera alegación referente a la importancia relativa del beneficio fiscal, debe señalarse, en primer lugar, que la existencia o no de motivos de reestructuración que justifiquen la aplicación del régimen fiscal nada tiene que ver con este argumento. Por otra parte, la aplicación de una amortización anual fiscalmente deducible por 2.284.522,23 no parece un importe residual en modo alguno (fondo de comercio de 45 mill de euros) por lo que parece evidente que la operación de fusión tuvo en cuenta este incentivo fiscal. Además, carece de sentido comparar el importe de la inversión con el del fondo de comercio, dado que no se está cuestionando la inversión sino la posterior fusión, operación absolutamente independiente de la anterior. Cabe añadir, además, en cuanto al análisis de la ventaja fiscal, que, pese a existir una tributación previa en sede de alguno de los socios personas físicas que transmiten su participación en las entidades posteriormente absorbidas, debe realizarse un análisis comparativo de dicha tributación, dado que la tributación personal por el IRPF de la plusvalía del socio es sustancialmente inferior a la tributación posterior de los beneficios en el Impuesto sobre Sociedades. En este sentido, las resoluciones del TEAC de 27/07/2006 y de 28/02/2008 realizan dicha comparación. En definitiva, a juicio de esta Oficina Técnica, la ventaja fiscal consistente en el afloramiento de un fondo de comercio fiscalmente deducible, y la no tributación de los socios de Dorna por el canje de acciones, si bien no condiciona la desinversión de un socio, y la adquisición de las participaciones de Miralita, está claro que motiva la fusión de la sociedad creada para instrumentar dicha desinversión, Tinagen, con Miralita y Dorna".

5.- Por último se indica que "cabe añadir que, en cualquier caso, la deducción del fondo de comercio efectuada por la entidad es excesiva, dado que la inscripción de la escritura de fusión en el Registro mercantil es el 14 de diciembre de 2007 y, de acuerdo con reiterados pronunciamientos del TEAC y de la AN, el pacto de retroacción contable a 1-1-2007 no puede suponer en ningún caso una anticipación en la amortización del fondo de comercio generado por la fusión, que aflora con la inscripción de la misma en el Registro Mercantil, es decir, el 14-12-2007, momento a partir del cual puede ser objeto de amortización".

Expuesta la posición de la Administración, la sentencia analiza la concurrencia de motivo económico válido:

"El debate se centra, por lo tanto, en la existencia de "motivo económico válido". Como es sabido el régimen especial de tributación regulado en el Capítulo VIIS del Título VII del TRLIS, "no se aplicará...cuando la operación realizada tenga como principal objetivo el fraude o la evasión fiscal. En particular, el régimen no se aplicará cuando la operación no se efectúe por motivos económicos válidos, tales como la reestructuración o la racionalización de las actividades de las entidades que participan en la operación, sino con la mera finalidad de conseguir una ventaja fiscal".

Interpretando esta norma, la jurisprudencia ha venido sentando una serie de pautas que conviene resumir para, posteriormente, aplicarlas al caso enjuiciado.



1.- La STJUE de 10 de noviembre de 2011 (C-126/10) razona que el concepto de motivos económicos válidos, "va más allá de la búsqueda de una ventaja puramente fiscal" y añade que "puede constituir un motivo económico válido una operación de fusión basada en varios objetivos, entre los que pueden también figurar consideraciones de naturaleza fiscal, a condición no obstante de que estas últimas no sean preponderantes en el marco de la operación proyectada". Y que "para comprobar si la operación contemplada persigue un objetivo de estas características, las autoridades nacionales competentes no pueden limitarse a aplicar criterios generales predeterminados, sino que deben proceder, caso por caso, a un examen global de la misma". Sin que nada se oponga a que "una operación de fusión que lleve a cabo una reestructuración o una racionalización de un grupo que permita reducir los gastos administrativos y de gestión de éste pueda tener motivos económicos válidos".

No obstante, acto seguido el TJUE matiza que "si se admite sistemáticamente que el ahorro de los costes estructurales resultantes de la reducción de los gastos administrativos y de gestión constituye un motivo económico válido, sin tener en cuenta los otros objetivos de la operación proyectada, y más en particular las ventajas fiscales, la regla enunciada en el artículo 11, apartado 1, letra a), de la Directiva 90/434 se vería privada completamente de su finalidad, que consiste en salvaguardar los intereses financieros de los Estados miembros al establecer, con arreglo al noveno considerando de dicha Directiva, la facultad de estos últimos de denegar la aplicación de las disposiciones previstas por la Directiva en caso de fraude o de evasión fiscal".

Y añade, que la Directiva no ampara "prácticas abusivas, esto es, operaciones que no se realicen en el marco de transacciones comerciales normales, sino únicamente para beneficiarse abusivamente de las ventajas establecidas en dicho Derecho (véanse, en ese sentido, las sentencias de 9 de marzo de 1999, C-212/97, Rec. p. I-1459, apartado 24; de 21 de febrero de 2006, Halifax y otros, C255/02 , Rec. p. I-1609, apartados 68 y 69, y Kofoed , antes citada, apartado 38)".

En suma, el TJUE remite a una valoración global de la operación, caso por caso, ponderando cual es la transacción comercial normal y analizando hasta qué punto se distorsiona la misma por consideraciones fiscales.

2.- En la misma línea se pronuncia nuestro Tribunal Supremo. Así, la STS de 28 de junio de 2012 (Rec. 1259/2009) sostiene que "a la hora de analizar cuál ha sido la finalidad o propósito de la operación, debe procederse a una valoración global de las circunstancias concurrentes, anteriores y posteriores a la fusión, y examinar si las mismas resultan adecuadas y responden a los objetivos de la ley, que no son otros que conseguir que la fiscalidad no resulte un obstáculo en la toma de decisiones sobre reestructuraciones de empresas, de manera que la fiscalidad se aprecie como un elemento neutral en dichas decisiones y no sea la causa principal de su realización".

Doctrina reiterada en las más reciente STS de 26 de mayo de 2015 (Rec 2408/2014), en la que nuestro Tribunal exige el análisis concreto de cada operación, indicando que "cuando se trata de analizar operaciones societarias con el objetivo de comprobar si pueden acogerse al régimen especial de fusiones, escisiones, aportación de activos y canje de valores, y, por ello, de determinar si existen motivos económicos válidos en la operación de reestructuración empresarial, que permitan descartar que su finalidad principal fuera el fraude o la evasión fiscal, han de considerarse las circunstancias anteriores, coetáneas y posteriores a la operación, porque, en otro caso, no se estaría efectuando un verdadero examen global de la misma, como exige la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea".

En la STS de 26 de mayo de 2015 (Rec. 2017/2013) insiste en que a la "hora de analizar cuál ha sido la finalidad o propósito de la operación, debe procederse a una valoración global de las circunstancias concurrentes, anteriores y posteriores a la fusión, y examinar si las mismas resultan adecuadas y responden a los objetivos de la ley, que no son otros que conseguir que la fiscalidad no resulte un obstáculo en la toma de decisiones sobre reestructuraciones de empresas, de manera que la fiscalidad se aprecie como un elemento neutral en dichas decisiones y no sea la causa principal de su realización".

A la vista de la jurisprudencia anterior y la restante que cita, se concluye que ha existido un motivo económico válido, por las siguientes razones:

"1.- Como se indica en el dictamen nos encontramos ante una operación MBO (Management buy-out). Este tipo de operaciones, como se indica en la p. 9 del dictamen, no es infrecuente en nuestro ordenamiento jurídico.

La figura se caracteriza porque el inversor financiero no quiere llevar el día a día de la gestión, pero al mismo tiempo tiene interés en maximizar el compromiso del directivo con la empresa, obteniendo así la máxima rentabilidad del capital invertido. Dicho de otro modo, se trata de convertir o potenciar que el directivo sea también empresario.

Como puede deducirse de los hechos antes descritos, la operativa realizada en el caso que enjuiciamos, se corresponde con la típica del MBO.



En este tipo de operaciones el capital riesgo y el equipo directivo suelen constituir una empresa instrumental para la operación (Newco -new company-), la cual no deja de ser una sociedad instrumental, a la que se incorporarán como accionistas, además del equipo directivo, los inversores financieros -capital riesgo- que van a financiar parte de la operación vía capital. Es en esta empresa instrumental donde se pone el dinero que se invierte y es la que solicita o pide los bancos la cantidad precisa para comprar la empresa objetivo (target). Transcurrido un tiempo suele ser habitual que la sociedad instrumental y la adquirida se fusionen. Siendo también habitual que aflore un fondo de comercio.

2.- La Administración no discute la legalidad de este tipo de operaciones, lo que sostiene es que la finalidad de la operación ha sido exclusiva o fundamentalmente fiscal.

La Sala, sin embargo, cree que no ha sido así. En efecto, en este caso, frente al que se enjuició en su día por el Tribunal Supremo, que llevó a calificar una operación de LBO como simulada, es lo cierto que el inicio de la operación viene dado por una decisión de un organismo tan poco sospechoso como la Comisión Europea, que exigió la salida del grupo de CVC por razones de competencia. Este hecho también es reconocido por la Administración, pero no se le da la relevancia que merece. Repárese, además, en que los porcentajes de participación de los antiguos socios, también han variado.

La salida de CVC motivo la búsqueda de un nuevo equipo inversor - BRIDGEPOINT- que estaba interesado en el mantenimiento del equipo directivo.

3.- Posteriormente se constituyó TINAGEN -Newco- que con el fin de obtener financiación para la operación suscribió un Contrato de Financiación por un importe total de 345.000.000 dólares y 78.000.000 €, con el fin de adquirir MIRALITA, propietaria del 100% de DORNA -que es la sociedad titular de los derechos de imagen, generados de los flujos de caja asociados al negocio-. Como se infiere de dicho contrato, en realidad en el mismo se venían a exigir unas condiciones que sólo podían obtenerse a través de la fusión con DORNA. En este punto, como señala el dictamen, "Ni TINAGEN ni MIRALITA cumplían con el criterio económico que establecía el Contrato de Financiación. Si tenemos en cuenta el carácter de apoyo de la actividad de TINAGEN y MIRALITA, y que los estados financieros se las mismas ya mostraban a fecha de la firma del Contrato de Financiación que se trataban de vehículos de financiación y gestión de las participaciones de DORNA, entendemos que la única manera de dar cumplimiento efectivo al Covenant [cláusula] erra llevar a cabo la fusión... de tal forma que se concentrase en una única sociedad la actividad desarrollada por la filial DORNA". Por ello se concluye que "una de las razones por las cuales se produjo la fusión fue la de cumplir con el Covenant por el mismo, para lo cual resultaba imprescindible la integración de DORNA como sociedad generadora de flujos de caja del Grupo".

Como indicó el perito al ratificarse esta exigencia por parte de las entidades financieras es frecuente en la práctica y sin ella no se hubiese obtenido la financiación necesaria para la operación. A DORNA no le quedaba otro remedio que cumplirla, pues en caso contrario se habría incrementado notablemente la financiación.

4.- Es cierto que como consecuencia de la operación afloró un fondo de comercio. Pero si se tiene en cuenta lo descrito y se analiza la operación globalmente, lo razonable es concluir que, al margen del efecto fiscal, el motivo generador de la operación, en este concreto caso, fue económico.

Por último, la operación, como indica el dictamen, generó, además, una mejor gestión de recursos -p. 11 del dictamen-; una mejora en el ratio de liquidez -pp. 19 y ss- y una mejora en las condiciones de competitividad -pp. 22 y ss-.

La Sala concluye, por lo tanto, que en contra de lo sostenido por la Administración si existe motivo económico válido y que, por lo tanto, debe aplicarse el régimen especial.

No obstante, lo anterior, en el motivo, la sociedad demandante, no ha rebatido lo razonado por el TEAC en la p. 59, donde se indica que en todo caso procedía "confirmar el argumento subsidiario de la inspección relativo a la excesiva, en cualquier caso, deducción practicada, al deberse atender a la fecha de inscripción de la fusión en el Registro Mercantil como momento inicial para el cálculo de la amortización. Criterio mantenido por este Tribunal Central en resoluciones anteriores... [y] sentencia AN de 2 de junio de 2010 (Rec. 69/2007), 24 de enero de 2011 (Rec.339/2008) y 6 de octubre de 2001 (Rec. 381/2008)". En la misma línea las STS de 21 de marzo de 2012 (Rec. 3717/2008), 11 de abril de 2013 (Rec. 4473/2010) y 13 de abril de 2013 (Rec. 5714/2011).

Lo que deberá tenerse en cuenta al ejecutar sentencia."

CUARTO : De todo lo expuesto se concluye, que es contrario a Derecho el rechazo de la amortización de los fondos de comercio derivados de las fusiones realizadas en 1999, 2003 y 2007, por lo que procede rectificar en este sentido las autoliquidaciones correspondientes al ejercicio 2013 (01/01/2013 a 28/02/2013), por las mismas razones contenidas en la sentencia de 16 de noviembre de 2018, que resolvió el recurso 318/2015, ya que los términos en los que se plantea la presente litis, son idénticos a los planteados en ese recurso.



Debemos estimar el presente recurso.

QUINTO : Procede imposición de costas a la demandada, conforme a los criterios contenidos en el artículo 139.1 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, toda vez que la presente sentencia es estimatoria.

VISTOS los preceptos citados y demás de general y pertinente aplicación, por el poder que nos otorga la Constitución:

FALLAMOS

Que **estimando** el recurso contencioso administrativo interpuesto por **DORNA SPORTS S.L.**, y en su nombre y representación el Procurador Sr. Dº Manuel Sánchez Puellas González Carvajal, frente a la **Administración del Estado**, dirigida y representada por el Sr. Abogado del Estado, sobre **Resolución del Tribunal Económico Administrativo Central de fecha 4 de febrero de 2016**, debemos declarar y declaramos no ser ajustada a Derecho la Resolución impugnada, y en consecuencia **debemos anularla** y la **anulamos**, **reconociendo** la procedencia de la solicitud de rectificación de la declaración del Impuesto sobre Sociedades correspondiente al ejercicio comprendido entre el 1 de enero y el 28 de febrero de 2013 y la consiguiente devolución de las correspondientes cantidades, con imposición de costas a la demandada.

Así por ésta nuestra sentencia, que se notificará haciendo constar que es susceptible de recurso de casación que deberá prepararse ante esta Sala en el plazo de 30 días contados desde el siguiente al de su notificación y en el escrito de preparación del recurso deberá acreditarse el cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 89.2 de la Ley de la Jurisdicción justificando el interés casacional objetivo que presenta; siguiendo las indicaciones prescritas en el artículo 248 de la Ley Orgánica 6/1985, y testimonio de la cual será remitido en su momento a la oficina de origen a los efectos legales junto con el expediente, en su caso, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN / Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por la Ilma. Sra. Magistrada Ponente de la misma, estando celebrando audiencia pública en el mismo día de la fecha, la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional.