

**BASE DE DATOS DE Norma DEF.-**

Referencia: NFJ064790

**AUDIENCIA NACIONAL**

Sentencia 441/2016, de 13 de octubre de 2016

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Rec. n.º 123/2011

**SUMARIO:**

**IS. Regímenes especiales. Fusiones, escisiones, aportaciones de activos y canje de valores. Fondo de comercio de fusión.** En una operación de compra de un paquete mayoritario de las participaciones en una sociedad española por parte de una mejicana, que se lleva a cabo a través de la constitución de una sociedad *holding* en España que absorbe a la participada, surge un fondo de comercio. La Administración considera que no es deducible la amortización del fondo porque la operación no tiene motivos económicos válidos, en la medida que la holding no desarrolla actividad alguna y no hay nada que reestructurar o racionalizar [Vid. Sentencia TJUE de 10 de noviembre de 2011, asunto Foggia, C-126/10, (NFJ044771)]. La Administración consideró que tampoco sería deducible la amortización en aplicación de lo dispuesto en el art. 11.4 Ley IS porque en el momento de la fusión concurre la situación de grupo entre la adquirente y la transmitente. A efectos de determinar si existe situación de grupo ha de estarse a la fecha en que se produce la adquisición y no a la fusión, por lo que si no se reunían las circunstancias para apreciar la existencia de grupo no se aplica la cláusula antiabuso que impide la deducción de la amortización. Atendiendo a lo expresado en la prueba pericial, es normal que en un proceso de adquisición como el referido se opte por una reorganización como la realizada.

**PRECEPTOS:**

Ley 43/1995 (Ley IS), arts. 11, 103 y 110.  
RD 22 de agosto de 1885 (CCom), art. 42.

**PONENTE:**

*Don Manuel Fernandez-Lomana Garcia.*

Magistrados:

Don CONCEPCION MONICA MONTERO ELENA  
Don FERNANDO ROMAN GARCIA  
Don JESUS MARIA CALDERON GONZALEZ  
Don MANUEL FERNANDEZ-LOMANA GARCIA  
Don TRINIDAD CABRERA LIDUEÑA

**AUDIENCIA NACIONAL**

Sala de lo Contencioso-Administrativo

SECCIÓN SEGUNDA

Núm. de Recurso: 0000123 / 2011

Tipo de Recurso: PROCEDIMIENTO ORDINARIO

Núm. Registro General: 01936/2016

Demandante: VITRO CRISTALGLASS SL

Procurador: FRANCISCO ABAJO ABRIL

Demandado: TRIBUNAL ECONOMICO ADMINISTRATIVO CENTRAL

Abogado Del Estado

Ponente Ilmo. Sr.: D. MANUEL FERNÁNDEZ LOMANA GARCÍA

S E N T E N C I A Nº:

Ilmo. Sr. Presidente:

D. JESÚS MARÍA CALDERÓN GONZÁLEZ

Ilmos. Sres. Magistrados:

D. MANUEL FERNÁNDEZ LOMANA GARCÍA

D<sup>a</sup>. CONCEPCIÓN MÓNICA MONTERO ELENA

D. FERNANDO ROMÁN GARCÍA

D<sup>a</sup>. TRINIDAD CABRERA LIDUEÑA

Madrid, a trece de octubre de dos mil dieciséis.

Ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, se ha tramitado el recurso nº 123/2011 seguido a instancia de VITRO CRISTALGLASS SL que comparece representada por el Procurador D. Francisco Abajo Abril y asistida por el Letrado D. León Barriola, contra la Resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central de 17 de febrero de 2011 (RG 2628/10), siendo la Administración representada y defendida por el Sr. Abogado del Estado. La cuantía ha sido fijada en 7.103.671,62 €.

### ANTECEDENTES DE HECHO

#### Primero.

Con fecha 20 de abril de 2011 tuvo entrada recurso contencioso administrativo contra la Resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central de 17 de febrero de 2011 (RG 2628/10).

#### Segundo.

Remitido el expediente administrativo, se formalizó demanda el 20 de marzo de 2012 solicitando la nulidad o la anulación de la resolución recurrida; el 21 de marzo de 2012 se presentó escrito indicando que se habían producido una serie de errores en la redacción de la demanda-. El 22 de mayo de 2012 la Abogacía del Estado presentó escrito oponiéndose a la demanda.

#### Tercero.

Practicada la prueba, se presentaron escritos de conclusiones los días 16 de octubre y 8 de noviembre de 2012.

## Cuarto.

El 17 de julio de 2014 se dictó sentencia en la que se estimaba la demanda y se declaraba la nulidad de la resolución recurrida. Esta sentencia fue recurrida en casación por la Abogacía del Estado.

Por STS de 26 de octubre de 2015 (Rec. 3261/2014 ) se estimó el recurso de la Abogacía del Estado y se acordó remitir los autos a esta Sala y Sección para que, con libertad de criterio se pronunciase sobre el resto de los motivos del recurso, diferentes de la prescripción alegada y resuelta por la sentencia.

Señalándose para votación y fallo el 29 de septiembre de 2016.

Siendo Magistrado Ponente el Ilmo. Sr. D. MANUEL FERNÁNDEZ LOMANA GARCÍA, quien expresa el parecer de la Sala.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

### Primero.

Se interpone recurso contra la Resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central de 17 de febrero de 2011 (RG 2628/10), confirmando la liquidación relativa al IS, ejercicios 2003/2004/2005/2006.y sanción.

La demanda se articuló con base a tres motivos:

1.- La prescripción. Esta argumentación fue inicialmente estimada por esta Sala. No obstante, la STS de 26 de octubre de 2015 (Rec. 3261/2014 ) estimó el recurso de la Abogacía del Estado y casó esta sentencia. No es necesario, por lo tanto, que analicemos este motivo, al estar ya resuelto por el Tribunal Supremo y operar la cosa juzgada.

2.- Existencia de un motivo económico válido.

3.-Deducibilidad del fondo de comercio.

4.-Improcedencia de la sanción.

### Segundo.

Son hechos relevantes los siguientes:

-La entidad CRISTALGLASS VIDRIO AISLANTE SA (CVA), sociedad española constituida en 1990 con un capital de 10 millones de pts., era propiedad de la familia Cornelio y se dedicaba a la producción de vidrios planos aislantes. En 1999 realizó una ampliación de capital pasando éste a ser de 704 millones de pts. (4.231.125,21 €). Con la siguiente composición: Acciones serie A: 4.224 acciones (60%). Acciones serie B: 2816 acciones (40%). La sociedad participa, además, en el capital de 9 sociedades que se describen al folio 13 del informe pericial.

-La sociedad mejicana VITRO PLAN SA de CE (VITRO MÉXICO), en acuerdo del Consejo de Administración de 6 de noviembre de 2000, elevado a público el 19 de marzo de 2001, revela su intención de adquirir, junto con otra sociedad mejicana (VITRO CORPORATIVO SA de CV, el 60% de las acciones de CVA y pactar una opción de compra sobre el 40% restante, adquisición a realizar de la "manera más eficiente" mediante la constitución, en España, Holanda, o en otro país, de una sociedad.

-El 24 de marzo de 2001 se celebra el contrato de compraventa entre VITRO MÉXICO y Don. Cornelio . En dicho contrato se transmite la propiedad de las acciones de la serie A (60% del capital de CVA) por un precio de 8.100.000.000 pts. (48.681.980,46 €). Se acordó un primer pago de 5.600.000.000 pts. mediante depósito por vía de transferencia electrónica en las cuentas bancarias de los vendedores (pago que no se llegó a realizar) y el resto se abonaría en 5 pagos de 500.000.000 pts., entre los años 2002 y 2005.

-El 25 de abril de 2001 se constituye en España VITRO VIDRIO PLANO ESPAÑA SL (VITRO ESPAÑA) por las sociedades mejicanas antes descritas (VITRO MÉXICO y VITRO CORPORATIVO SA). El capital social está integrado por 3.100 participaciones, valoradas en 1 € cada una de ellas y correspondiendo 3.099 a VITRO MÉXICO y 1 a VITRO CORPORATIVO SA).

-El 4 de mayo de 2001 se eleva a escritura pública el "Contrato de Novación Modificativa y de Consumación de Compraventa y de Inversión", antes descrito, entre la familia Cornelio ), VITRO ESPAÑA y la sociedad VITRO MÉXICO, disponiéndose:

Que VITRO MÉXICO cede a VITRO ESPAÑA su posición contractual en el contrato de compraventa de 24 de marzo de 2001. El precio convenido por el indicado 60% de CVA es de 8.166.184.000 pts (49.079.754,31 €). En éste acto se entregan a los vendedores cuatro cheques bancarios por importe de 5.666.184.000 pts y el resto se acuerda abonar en cinco pagos de 500.000.000 pts., entre los años 2002 y 2005, en términos idénticos a los establecidos en el contrato inicial.

VITRO MÉXICO constituirá una sociedad en Holanda, VVP EUROPA HOLDINGS SL (VVP EUROPE) " para aportarle todas las participaciones de VITRO CRISTALGLASS SL [VITRO ESPAÑA] , o para hacer que compre estas". Según se indica en el informe pericial -p.17-, VITRO MEXICO aportó las participaciones que ostentaba de VITRO ESPAÑA a VVP EUROPE.

La familia Cornelio vende a VITRO ESPAÑA, además de las acciones de la serie A (60%), otras 1.720 acciones de la serie B, que representan el 24,4% del capital social por un precio de 2.440.000.000 pts (14.664.695,35 €).

A las escrituras se incorporan como anexos cartas de dimisión de la familia Cornelio de sus cargos como consejeros de la sociedad vendida y de sus filiales.

Tras el proceso indicado resulta que VITRO MÉXICO ostenta el 100% del capital de VITRO ESPAÑA que a su vez posee el 84,4% de CVA. Y la familia Cornelio sigue siendo propietaria del 15,6 % de CVA.

-El 28 de septiembre de 2001, la Junta Extraordinaria de VITRO ESPAÑA acuerda ampliar el capital social en 597.000 €, con una prima de emisión de 17.945.590,38 €, ampliación que se formaliza en escritura pública el 12 de diciembre de 2011. Pasando a ser su capital de 3.100 € a 601.000 €. La ampliación se suscribe por:

VITRO MEXICO: 357.500 participaciones (1 € de valor nominal cada una) más la prima de emisión de 8.810.201,55 €. Esta suscripción se desembolsa con la cancelación de un crédito preexistente que VITRO MÉXICO había concedido a VITRO ESPAÑA.

Familia Cornelio : 60.100 participaciones (4 € de valor nominal cada una), total del valor nominal 204.400 €, más una prima de emisión de 9.135.388,83 €. La suscripción se desembolsa mediante la entrega de las 1.096 acciones de CVA, que todavía conservaban de esta compañía.

El resultado de todo este proceso es que VITRO ESPAÑA está participada por VITRO MEXICO, participación que inmediatamente pasa a la sociedad holandesa VVP EUROPE, en un 60% y por la familia Cornelio en un 40%. Tal y como inicialmente se había proyectado por VITRO MÉXICO en el acuerdo de su Consejo de Administración de 6 de diciembre de 2000.

Y VITRO ESPAÑA ostenta el 100% del capital de CVA 7040 acciones: 4.224 acciones de la serie A compradas a la familia Cornelio ; 1.720 acciones serie B compradas a la familia Cornelio y 1.096 acciones serie B aportadas por la familia Cornelio .

En suma, VITRO MÉXICO tiene el 60% del capital de VITRO ESPAÑA, correspondiendo el 40% restante a la familia Cornelio . VITRO ESPAÑA a su vez tiene el 100% de CVA y CVA sigue participando al 100% en diversas sociedades del grupo. Es decir, que VITRO ESPAÑA pasa a ser titular del 100 % del grupo GLASS (CRISTALGLASS y demás empresas del grupo)

-El 22 de diciembre de 2001 VITRO ESPAÑA, absorbe (fusión impropia) a CVA y a todas las sociedades dependientes de esta, participadas por ella en un 100 %. La fusión se acoge el régimen especial del Capítulo VIII del Título VII del TRLIS; los elementos patrimoniales de las sociedades absorbidas se reciben en la sociedad absorbente por sus valores históricos.

En esta operación surge un fondo de comercio en la sociedad absorbente por importe de 59.074.097,51 € (diferencia entre el valor de adquisición de la inversión financiera en la sociedad absorbente, 73.120.238,48 € y patrimonio neto contable de la sociedad absorbida 14.046.140,97 €).

En la cuenta de Pérdidas y Ganancias de 20030 se integró un cargo en concepto de amortización del fondo de comercio por importe de 2.953.704,84 € y 2.953.704 € en los ejercicios 2004/2005/2006 (el 5% de su importe).

-La Administración entiende que el objeto de todas estas operaciones es puramente fiscal: la amortización de un fondo de comercio, y a ello responde la estructura fiscal diseñada a que se refiere la "condición suspensiva" 5.4 del contrato de 24 de marzo de 2001, donde se dispone que: " El comprador se compromete a aceptar la

estructura fiscal de compraventa que, en su caso, propongan los vendedores, siempre que la misma cumpla con los siguientes requisitos: El comprador podrá deducir a efectos fiscales, directa o indirectamente, en México o en España, el fondo de comercio inherente al precio de compra de las acciones. No supondrá contingencia fiscal alguna para el comprador ni para la compañía".

Consecuencia de la actuación inspectora fue el incremento de las bases imponibles declaradas por VITRO CRISTALGLASS SL y una liquidación de 5.036.078,67 € (4.135.185,89 € de cuota y 900.892,78 € de intereses).

-Tras el oportuno expediente, se impuso a la empresa la sanción de 2.067.592,95 €.

### Tercero.

No se discute que una vez que la escritura de fusión de 22 de diciembre de 2001 se presentó en el Registro para su inscripción el 14 de marzo de 2002, resulta aplicable el art 103.3 de la LIS , según la redacción dada por la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, con las aclaraciones de su Disposición transitoria sexta , tanto en su texto original como del modificado en la Ley 46/2002, de 18 de diciembre.

Siendo de aplicación el referido artículo, el art 110.2 de la Ley 43/1995, de 27 de diciembre, del Impuesto sobre Sociedades (LIS ), al regular el régimen especial de fusiones, escisiones, aportaciones de activos y canje de valores, dispone que: " No se aplicará el régimen establecido en el presente capítulo 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".

La tesis de la Administración es que, en el caso de autos, no existe "motivo económico válido" y por lo tanto, no cabe aplicar el régimen establecido en los arts. 97 y ss. de la LIS . Sostiene la Administración que el objetivo perseguido por VITRO MEXICO era hacerse con la titularidad del 60% del GRUPO CVA, que pertenecía al 100% a la familia Cornelio . Añadiendo " dicho objetivo se hubiera conseguido simplemente con la adquisición directa a la familia Cornelio de las acciones de la entidad española Cristalglass (CVA)". Destaca que en el acuerdo del Consejo de Administración de 6 de noviembre de 2000 ya se hablaba de realizar la operación de compra de " la manera más eficiente" y que en el contrato de 24 de marzo de 2001, anterior a la fusión, dicha intención se materializa en el acuerdo conforme al cual " el comprador podrá deducir a efectos fiscales, directa o indirectamente, en México o en España, el fondo de comercio inherente en el precio de compra de las acciones".

Este propósito, razona la Inspección, se materializó en la creación de una sociedad holding (VITRO ESPAÑA) cuya única finalidad era traspasarle todas las acciones del GRUPO CVA, " provocando así el nacimiento del fondo de comercio financiero por la diferencia entre el valor de adquisición de las acciones y su valor teórico contable". Añadiendo que " está claro que la sociedad holding se creó con la única finalidad de poder absorber a la sociedad Cristalglass (CVA) y sus dependientes, y que no responde a motivos económicos válidos, ya que no produce "reestructuración" alguna de las empresas intervinientes....La sociedad absorbente, supérstite tras la fusión diseñada, no ha desarrollado actividad alguna en su corta vida, desde su nacimiento hasta la formalización de aquella operación. No tiene, por tanto, actividad que "reestructurar" ni que "racionalizar", únicamente nace para poder aflorar el controvertido fondo de comercio que de otra manera hubiera permanecido oculto y sin trascender fiscalmente; y, así, se ha limitado a hacer desaparecer jurídicamente a la sociedad Cristalglass (CVA) preexistente, que sí desarrollaba actividad industrial,...actividad que sigue desarrollándose tras la fusión bajo el ropaje jurídico de la nueva sociedad, la absorbente, pero con toda la estructura industrial, humana,...".

El TEAC asume las argumentaciones de la Inspección, añadiendo que " no habiendo acreditado la reclamante que la operación de fusión realizada responda a un auténtico interés económico, la única conclusión que se alcanza es que se trató de una operación articulada con la única finalidad de obtener un beneficio fiscal, como es que los beneficios obtenidos por Vitro Cristalglass se reduzcan en el importe de la amortización del fondo de comercio generado y no tributen íntegramente. En consecuencia, la operación no responde a un motivo económico válido por lo que no procede la aplicación de lo dispuesto en el art 103.3 de la LIS y, por tanto, no es deducible la amortización del fondo de comercio".

Estos argumentos guardan estrecha relación con el segundo de los motivos de impugnación articulado por el demandante. En efecto, el demandante sostiene que, de no proceder la aplicación del régimen fiscal contenido en el Capítulo VIII del Título VII de la LIS, procedería haber aplicado el art 11.4 de la LIS . Dicho artículo establece que: " Las dotaciones para la amortización del fondo de comercio serán deducibles con el límite anual máximo de la

veinteava parte de su importe, siempre que se cumplan los siguientes requisitos: a).- Que el fondo de comercio se haya puesto de manifiesto en virtud de una adquisición a título oneroso. b).- Que la entidad adquirente no se encuentre, respecto de la persona o entidad transmitente, en alguno de los casos previstos en el artículo 42 del Código de Comercio . A estos efectos, se entenderá que los casos del artículo 42 del Código de Comercio son los contemplados en la sección 1ª del capítulo I de las normas para la formulación de las cuentas anuales consolidadas, aprobadas por el Real Decreto 1815/1991, de 20 de diciembre. El requisito previsto en esta letra no se aplicará respecto del precio de adquisición del fondo de comercio satisfecho por la persona o entidad transmitente cuando lo hubiere adquirido de personas o entidades no vinculadas. Las dotaciones para la amortización del fondo de comercio que no cumplan los requisitos previstos en las letras a) y b) anteriores serán deducibles si se prueba que responden a una depreciación irreversible del mismo" .

Sin embargo, la Administración rechaza dicho argumento indicando que " en el momento de efectuarse la fusión parece que concurre la situación de grupo entre la sociedad adquirente y la sociedad transmitente, por lo que, aun cuando en la misma se manifiesta un fondo de comercio, la amortización del mismo no sería deducible a efectos fiscales por cuando concurren las situaciones previstas en el art 42 del Código de Comercio y, además, no se ha probado que, en su caso, la depreciación del fondo de comercio será irreversible".

#### Cuarto.

Hay, en opinión de la Sala, una estrecha vinculación entre el segundo y el tercer motivo de impugnación.

En efecto, la tesis de la Administración es que la fusión impropia tuvo como finalidad esencial permitir que aflorase un fondo de comercio. Literalmente, como hemos transcrito con anterioridad, el TEAC razona que si el objetivo era comprar CVA, ello se hubiese conseguido " simplemente con la adquisición directa a la familia Cornelio de las acciones de la entidad española Cristalglass". Frente a dicha argumentación, la sociedad demandante sostiene que existe motivo económico válido, pero añade que " habiéndose producido una adquisición a título oneroso...es evidente que el fondo de comercio hubiese resultado igualmente deducible de conformidad con lo dispuesto en el apartado 4 del artículo 11 de la Ley 43/1995 ".

Este argumento es relevante pues, si como sostiene la Administración, la finalidad de la fusión fue la de que aflorase un fondo de comercio, consiguiendo así una clara ventaja fiscal, dicha argumentación perdería fuerza desde el momento en que el fondo de comercio hubiese aflorado igualmente, de haber procedido en la forma que la Administración califica como "normal" o típica. Lo que ocurre es que la Administración rechaza dicho argumento razonando que, en el momento de la fusión, estábamos ante un grupo; mientras que la recurrente sostiene que debe estarse al momento de la adquisición en el cual aún no existía grupo.

#### Quinto.

El art. 110.2 de la Ley 43/1995 , antes transcrito, establece que no se aplicará el régimen especial cuando " 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".

Ahora bien, si la Administración sostiene que la finalidad buscada con la fusión es la obtención de una ventaja fiscal, lo razonable es exigir a la Administración que exponga cual sea dicha ventaja. De hecho, si la " mera finalidad de conseguir una ventaja fiscal" no existiese, la presunción del art 110.2, que la parte puede romper mediante la acreditación de la concurrencia de " motivos económicos válidos" no jugaría. Pero es que, además, sólo mediante la descripción de la ventaja fiscal obtenida, es posible realizar un correcto enjuiciamiento de los distintos motivos concurrentes en la operación de fusión. Juicio de ponderación que, conforme a la doctrina contenida en la STJUE de 20 de mayo de 2010 (Asunto Zwijnwnburg C-352/08 ) debe realizarse mediante un examen global de la operación y teniendo en cuenta las circunstancias de cada caso concreto - STJUE de 10 de noviembre de 2011 (Asunto Foggia C-126/10 )-.

Precisamente, esta última sentencia, razona que " el concepto de «motivos económicos válidos»...va más allá de la búsqueda de una ventaja puramente fiscal ". Añadiendo 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 ".

Por ello, concluye que " nada se opone, en principio, 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, ése no es el caso de una operación de absorción, como la controvertida en el litigio principal, en el que parece resultar que, habida cuenta de la amplitud de la ventaja fiscal que se pretende obtener, a saber más de 2 millones de euros, el ahorro realizado por el grupo de que se trata en términos de costes estructurales es completamente marginal ".

En suma, el enjuiciamiento adecuado de la operación desde una perspectiva fiscal exige conocer la ventaja fiscal obtenida, pues sólo así es posible determinar si los motivos económicos válidos alegados tienen una finalidad " completamente marginal ". Solo con una perspectiva global es posible enjuiciar si el motivo de la operación ha sido esencialmente fiscal o " económico válido ".

#### Sexto.

Por lo expuesto, resulta fundamental conocer la ventaja fiscal obtenida, pues sólo así es posible realizar un enjuiciamiento adecuado. Por ello, la Sala considera que, sin salirnos de los términos del debate articulados por las partes, es relevante saber si, como sostiene la demandante, el fondo de comercio hubiese aflorado igualmente, en los términos que antes hemos descrito. Lo que justifica que alteremos el orden, no el debate, del examen de las cuestiones controvertidas.

El art 11 de la LIS regula " las correcciones de valor: amortizaciones ". En concreto, el art 11.4 LIS regula la amortización del fondo de comercio. Y admite su deducibilidad siempre que concurren dos requisitos: que el fondo de comercio " se haya puesto de manifiesto en virtud de una adquisición a título oneroso" y que " la entidad adquirente no se encuentre, respecto de la persona o entidad transmitente, en alguno de los casos previstos en el artículo 42 del Código de Comercio ". Si se cumplen estos dos requisitos, el legislador establece que el fondo de comercio, ope legis , puede amortizarse, pues presume que el precio de adquisición es un precio de mercado. No obstante, incluso no concurriendo dichas circunstancias, sería posible su amortización " si se prueba que [las dotaciones] responden a una depreciación irreversible" .

En el caso de autos, la controversia se centra en si, para apreciar la concurrencia de los requisitos antes descritos, debe estarse al 4 de mayo de 2001 -fecha del contrato de novación- como pretende la demandante; o al 28 de septiembre de 2001, fecha de la fusión impropia, como pretende la Administración. La cuestión resulta esencial pues, de estarse a la primera fecha, se cumplirían los requisitos exigidos por el art 11.4 de la LIS y el fondo de comercio podría amortizarse -se trata de una transmisión onerosa entre entidades que no constituían un grupo-. Mientras que si estamos a la segunda fecha, concurrirían las circunstancias descritas en el art. 42 del Código de Comercio , no habiéndose articulado prueba para acreditar la irreversibilidad de la operación.

En Consultas relativas a procesos de fusión, la Administración ha sostenido que debe estarse al momento de la adquisición para determinar si concurren los requisitos del art 42 del Código de Comercio . Así, la Consulta Vinculante V0244-04 sostiene que " la vinculación deberá determinarse en el momento en que se produjo la adquisición" y la Consulta Vinculante V0660/08 , también sostiene que deberá analizarse si " en el momento de producirse la adquisición de la participación en la entidad C, por parte de B a A, ambas, transmitente y adquirente formaban parte de un grupo a los efectos previstos en el artículo 42 del Código de Comercio ".

Esta última Consulta razona que " la existencia de grupo, a efectos del artículo 42 del Código de Comercio , exige que una sociedad ostente o pueda ostentar, directa o indirectamente, el control de otra. De acuerdo con el

informe del Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas de 24 de marzo de 2008 para el caso planteado, en virtud de lo recogido en el citado precepto, se entenderá que la sociedad A es dominante de la sociedad B cuando se encuentre en relación con dicha sociedad en alguno de los casos recogidos en el transcrito apartado 1 del artículo 42 del Código de Comercio, independientemente de cuando se produzca la inscripción en el registro Mercantil de la ampliación de capital efectuada por la sociedad B. Es decir, se desprende de lo señalado que, en el momento en que la entidad B adquiere las participaciones de la entidad C, A y B cumplen las condiciones señaladas en el artículo 42 del Código de Comercio para su consideración como grupo, por lo que la diferencia de fusión que surja con posterioridad, con ocasión de la fusión entre B y C no podrá ser fiscalmente deducible....".

Lo que implica, a sensu contrario, que si en el momento de la adquisición no se reúnan las circunstancias establecidas en el art 42 del Código de Comercio, sí cabe aplicar el art 11.4 LIS. Es decir, en contra de lo sostenido por la Administración, de haberse procedido en la forma que la Administración considera como "normal", el fondo de comercio también habría afluído. Pues el 4 de mayo de 2001 VITRO VIDRIO PLANO ESPAÑA SL, que no se encontraba vinculada con los transmitentes en los términos exigidos por el art 42 del Código de Comercio, adquirió el 84,40% de CRISTALGLASS VIDRIO AISLANTE SA a la familia Cornelio, a título oneroso. Repárese además en que el lapso de tiempo entre la operación de adquisición y la de fusión es de un algo más de cuatro meses.

#### **Séptimo.**

Al anterior argumento cabría añadir que se ha practicado prueba pericial a instancia de la parte demandante. En la ratificación efectuada en presencia judicial, los peritos explicaron que las fusiones buscan "economías de escala, buscan crecimiento y también uno de los factores es la optimización fiscal". También reconocieron los peritos que, de las diferentes ventajas económicas obtenidas con la fusión y descritas en su informe, algunas "son directas", mientras que para otras la fusión "no sería un requisito sine qua non". Entre las primeras señalan un incremento de la productividad; el ahorro de costes por la gestión de impuestos; el ahorro de costes relacionados con la prestación de cuentas anuales; la implantación de un sistema centralizado de tesorería; la eliminación de operaciones intrasocietarias y ahorros en materia de informática. Y entre las segundas: la creación de un departamento de subvenciones y la obtención de préstamos a bajos tipos de interés; la estabilidad de la plantilla; la creación de un departamento de prescripción; la realización de inversiones en I+D y el desarrollo de mejoras en el proceso productivo.

En todo caso, los peritos insistieron en que, según su experiencia, es normal que en un proceso de adquisición como el descrito, el comprador opte por una reorganización como la referida. Es decir, entra dentro de lo económicamente razonable, que el nuevo gestor reorganice la empresa mediante la correspondiente fusión.

#### **Octavo.**

Teniendo en cuenta lo anterior, la Sala entiende que la ventaja fiscal en la que la Administración basa su argumentación no tiene la relevancia por ella pretendida, desde el momento en que el fondo de comercio hubiese afluído incluso si la sociedad hubiese actuado en la forma que la Administración califica como típica. Si como razona la STJUE de 20 de mayo de 2010 (Asunto Zwijnwnburg C-352/08) realizamos un examen global de lo realizado, partiendo de que la ventaja fiscal descrita por la administración no tiene el alcance sostenido, resulta que no puede afirmarse que el objetivo principal de la operación sea fiscal - STJUE de 10 de noviembre de 2011 (Asunto Foggia C-126/10) -. Por todas estas razones no resulta de aplicación la cláusula antiabuso regulada en el art. 11.4 LIS y, por lo tanto, en contra de lo sostenido por la Administración, es aplicable el régimen especial de las fusiones, escisiones, aportaciones de activos y canje de valores regulado en los arts 97 y siguientes de la LIS.

#### **Noveno.**

Procede imponer las costas a la parte demandada - art 139 LJCA -.

Vistos los preceptos legales citados y demás de pertinente y general aplicación, la Sala dicta el siguiente

### **FALLAMOS**

Estimar el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el Procurador D. Francisco Abajo Abril, en nombre y representación de VITRO CRISTALGLASS SL contra la Resolución del Tribunal Central Económico-



Administrativo de 17 de febrero de 2011 (RG 2628/10), la cual anulamos por no ser ajustada a Derecho, con las consecuencias legales inherentes a dicha declaración. Con imposición de costas a la parte demandada.

Intégrese sentencia en el libro de su clase y una vez firme remítase testimonio de la misma junto con el expediente administrativo al lugar de procedencia de éste.

La presente sentencia 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; en el escrito de preparación del recurso deberá acreditarse el cumplimiento de los requisitos establecidos en el art 89.2 de la Ley de la Jurisdicción justificando el interés casacional objetivo que presenta.

**PUBLICACIÓN.** Leída y publicada ha sido la anterior Sentencia por el Magistrado Ponente en la misma, Ilmo. Sr. D. MANUEL FERNÁNDEZ LOMANA GARCÍA estando celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional; certifico.

El contenido de la presente resolución respeta fielmente el suministrado de forma oficial por el Centro de Documentación Judicial (CENDOJ). La Editorial CEF, respetando lo anterior, introduce sus propios marcadores, traza vínculos a otros documentos y hace agregaciones análogas percibiéndose con claridad que estos elementos no forman parte de la información original remitida por el CENDOJ.