

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

Referencia: NFJ072667

**AUDIENCIA NACIONAL**

Sentencia de 16 de noviembre de 2018

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Rec. n.º 318/2015

**SUMARIO:**

**IS. Regímenes especiales. Fusiones, escisiones, aportaciones de activos y canje de valores. Fondo de comercio. Motivo económico válido. Procedimiento contencioso-administrativo. Cosa juzgada.** Se discute la amortización de fondos de comercio surgidos de diversas fusiones realizadas en distintos ejercicios que la Administración consideró que no correspondían a motivos económicos válidos, por lo que regularizó la deducción, si bien fue objeto de reclamación. Por SAN de 23 de octubre de 2014, recurso n.º 443/2011 (NFJ056780), se estimó el recurso por no poder regularizar operaciones originadas en ejercicios prescritos. Aunque se recurrió, el TS en unificación de doctrina inadmitió el recurso, por lo que la sentencia devino firme. El problema no es determinar si debemos o no aplicar la doctrina actual del TS sino si opera aquí el efecto positivo de la cosa juzgada. Efectos positivos y negativos de la cosa juzgada [Vid., STS de 26 de junio de 2018, recurso n.º 299/2016, (NFJ070879)]. La entrada de un nuevo socio estuvo motivada por decisión de la Comisión Europea. La posterior fusión de la nueva inversora y la partícipe, a efectos de considerar si este es motivo económico válido no o debe ser objeto de una valoración global, caso por caso, ponderando la transacción comercial normal y analizando hasta qué punto se distorsiona por consideraciones fiscales. Se trata de una operación MBO (management buy-out) en la que el inversor financiero no quiere llevar el día a día de la gestión, pero sí la máxima rentabilidad de la inversión y que el directivo sea empresario. La Sala entiende que la operación no tiene una finalidad exclusivamente fiscal, y lo cierto es que el inicio de la operación obedece a una decisión de la Comisión. Sí existe motivo económico válido y se debe aplicar el régimen especial.

**Aplicación e interpretación de las normas. Simulación IS. Gastos financieros.** En los acuerdos para la toma de una participación mayoritaria de la sociedad titular de las participaciones en la entidad que explotaba el Campeonato del Mundo de motocicletas, la adquirente otorgó un préstamo participativo a la adquirida, que se consideró operación simulada. Posteriormente se fusionaron ambas entidades. Los intereses del préstamo se consideran no deducibles. Los préstamos indicados relacionados con la financiación de la operación simulada se consideran no deducibles.

**PRECEPTOS:**

RDLeg 4/2004 (TR Ley IS), art. 96.

Ley 43/1995 (Ley IS), art. 103.

Ley 1/2000 (LEC), art. 222.

**PONENTE:***Don Manuel Fernández Lomana García.*

Magistrados:

Don MANUEL FERNANDEZ-LOMANA GARCIA

Don JESUS MARIA CALDERON GONZALEZ

Don CONCEPCION MONICA MONTERO ELENA

Don SANDRA MARIA GONZALEZ DE LARA MINGO

**AUDIENCIA NACIONAL**

Sala de lo Contencioso-Administrativo

SECCIÓN SEGUNDA

Núm. de Recurso: 0000318 /2015

Tipo de Recurso: PROCEDIMIENTO ORDINARIO

Núm. Registro General: 03554/2015

Demandante: DORNA SPORTS SL

Procurador: MANUEL MÁNCHEZ-PUELLES GONZÁLEZ- CARVAJAL

Letrado: ÁNGEL GARCÍA RUIZ

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 GONZALEZ

Ilmos. Sres. Magistrados:

D. MANUEL FERNÁNDEZ LOMANA GARCÍA

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

D<sup>a</sup>. SANDRA MARIA GONZÁLEZ DE LARA MINGO

Madrid, a dieciseis de noviembre de dos mil dieciocho.

Ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, se ha tramitado el recurso nº 318/2015 seguido a instancia de DORNA SPORTS SL, que comparecen representadas por el Procurador D. Manuel Sánchez-PuellesGonzález-Carvajal y asistido por Letrado D. Ángel García Ruiz, contra la Resolución del Tribunal Central Económico- Administrativo sin fecha -notificada el 15 de abril de 2015 (RG 3909/12; 3914/12; 1185/13; 1218/13; 3030/12 y 1013/13) y la Resolución de 2 de julio de 2015 ((RG 3909/12/50; 3914/12/50; 1185/13/50; 1218/13/50; 3030/12/50 y 1013/13/50); siendo la Administración representada y defendida por el Sr. Abogado del Estado. La cuantía ha sido fijada en 10.335.984,62 €.

**ANTECEDENTES DE HECHO****Primero.**

Con fecha 12 de junio de 2015 se interpuso recurso contencioso-administrativo contra la Resolución del Tribunal Central Económico-Administrativo sin fecha - notificada el 15 de abril de 2015 (RG 3909/12; 3914/12;

1185/13; 1218/13; 3030/12 y 1013/13); luego ampliado a la Resolución de 2 de julio de 2015 ((RG 3909/12/50; 3914/12/50; 1185/13/50; 1218/13/50; 3030/12/50 y 1013/13/50)

### **Segundo.**

Tras varios trámites se formalizó demanda el 29 de diciembre de 2015. Presentado la Abogacía del Estado escrito de contestación el 3 de marzo de 2016-

### **Tercero.**

Se admitió y practicó la prueba solicitada. Se presentaron escritos de conclusiones los días 26 de mayo y 14 de junio de 2016. Se han aportado con posterioridad documentos -sentencias- de los que se ha dado traslado a la Abogacía del Estado para alegaciones. Procediéndose a señalar para votación y fallo el día 8 de noviembre de 2018.

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

## **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

### **Primero.**

Sobre las Resoluciones recurridas.

Se interpone recurso contra una primera Resolución del TEAC -por error no consta la fecha- en la que se resuelve la impugnación en relación con los siguientes actos:

- 1.- El Acuerdo de liquidación correspondiente al ejercicio 2006.
- 2.- El Acuerdo de liquidación correspondiente al ejercicio 2007.
- 3.- La Resolución del procedimiento sancionador correspondiente al ejercicio 2006.
- 4.- La Resolución del procedimiento sancionador correspondiente al ejercicio 2007.
- 5.- El Acuerdo de resolución de solicitud rectificación de la declaración del IS, ejercicio 2010.
- 6.- 5.- El Acuerdo de resolución de solicitud rectificación de la declaración del IS, ejercicio 2011.

Posteriormente se amplió el recurso contra la Resolución del TEAC de 2 de julio de 2015, por la que se desestimó la rectificación de errores.

### **Segundo.**

Sobre la improcedencia del rechazo al procedimiento de la deducibilidad de la amortización del fondo de comercio resultante de la operación de fusión efectuada en 1999: vulneración de la institución de la cosa juzgada, principios de confianza legítima, buena fe y seguridad jurídica. Así como del fondo de comercio resultante de la fusión efectuada en 2003.

A.- La demanda desarrolla el motivo en las pp. 14 a 22. Se argumenta que en anteriores sentencias de esta Sala se declaró que no procedía analizar la deducibilidad de la amortización del fondo de comercio. Siendo dicho pronunciamiento firme, no cabe la regularización por el mismo concepto en los ejercicios posteriores.

En concreto, se diferencia entre la prescripción del derecho a comprobar la fusión realizada en el ejercicio 1999 y la consecuente imposibilidad de corregir en el ejercicio cerrado el 30 de junio de 2003 y en los posteriores la deducción de fondo de comercio generado con dicha fusión; y en la imposibilidad de cuestionar en la comprobación del ejercicio iniciado el 1 de julio de 2003, la regularidad de la adquisición efectuada por 2WP EVENTS SL el 26 de junio de 2003, del 100% de las participaciones sociales de DORNA SPORTS SL, así como de rechazar la deducción del Fondo de Comercio de Fusión como consecuencia de dicha irregularidad.

B.- La cuestión es analizada por el TEAC en las pp. 31 a 36 de la primera Resolución. Razona el TEAC que algunas de las sentencias dictadas por la Audiencia Nacional, en el momento en que se dictó la Resolución estaban pendientes de casación, añadiendo que, en todo caso, discrepa del criterio de la Sala, resultando posible que la

Inspección analice operaciones realizadas más allá de los cuatro años de prescripción, siempre que sus efectos afloren en ejercicios posteriores. Tesis esta última, en la que incide la Abogacía del Estado pues, como se verá, el Tribunal Supremo ya ha dictado sentencia en los recursos a los que se refiere el TEAC. Por lo demás, el TEAC siendo consecuente con su postura, analiza el fondo del asunto en las pp. 36 y ss. concluyendo que las operaciones de fusión no obedecieron a un motivo económico válido.

La cuestión afectaría a los acuerdos de resolución de las solicitudes de rectificación de los ejercicios 2010 y 2011. Pues como dice el TEAC, se ha confirmado la " improcedencia de las amortizaciones en las fusiones de 1999, 2003 y 2007, debiéndose tener en cuenta que, de acuerdo con lo expuesto en el Fundamento de Derecho Cuarto de la presente resolución, las SAN recaídas en los recursos 444/11 y 443/11 no son firmes, planteándose en las mismas la procedencia de las amortizaciones de los fondos de comercio generados en las fusiones de 1999 y 2003" -p. 80 de la Resolución del TEAC-.

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".

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.

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 la 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.

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 comparte 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 <https://www3.poderjudicial.es/search/juez/inde x.jsp> ) sino, a su través, afecta de lleno al derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24.1 CE" <https://www3.poderjudicial.es/search/juez/inde x.jsp>. 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.

Repárese, por lo demás, que la prescripción tiene naturaleza material, no formal. En este sentido, son muy claras las STS (tres) de 26 de mayo de 2016 (Rec. 569/2015, 462/2015 y 459/2015), el Tribunal afirma que " una vez declarada firme la prescripción del derecho de la Administración a liquidar el ejercicio 1996, en el que la recurrente optó por acogerse al régimen especial de fusión que comportaba la neutralidad fiscal, lo que no puede pretender válidamente la Administración es dejar sin efecto esa opción atacándola indirectamente mediante actuaciones de comprobación referidas a ejercicios posteriores, porque el régimen especial de neutralidad fiscal al que debía quedar sometida la fusión ya quedó consolidado, resultando, por tanto, inatacable desde el mismo instante en que operó la prescripción".

El motivo se estima.

### Tercero.

Una descripción general de la operación realizada.

Antes de analizar los diferentes motivos, la Sala, en relación con las nuevas operaciones enjuiciadas, considera conveniente realizar una descripción general de lo ocurrido. Para ello tendremos en cuenta el dictamen pericial elaborado por PwC y las actas de la Inspección, las cuales, como veremos, sin perjuicio de que realicen una valoración distinta de los hechos, coinciden en lo esencial.

1.- DORNA SPORTS SL (DORNA) es una empresa española que gestiona derechos comerciales audiovisuales del Campeonato del Mundo de Motociclismo desde 1992.

2.- El 28 de marzo de 2006, el anterior socio mayoritario de DORNA, CVC capital Parnets (CVC), tuvo que desprenderse de su participación en DORNA por motivos de competencia a instancias de la UE. Se inició entonces un proceso de búsqueda de un nuevo inversor por los socios/directivos de la entidad que culminó en un acuerdo, el 17 de julio de 2006, entre los socios de DORNA y BRIDGEPOINT EUROPE, entidad de capital riesgo, por la que esta entidad adquiriría el 81,06% del capital de MIRALITA.

3.- Como se indica en el dictamen y la inspección no discute, la entidad BRIDGEPOINT EUROPE compró una sociedad inactiva -instrumental-, TINAGEN GRUPO DE INVERSIONES SL (TINAGEN), siendo titular del 100% de esta entidad. En concreto, la constituyó el día 13 de julio de 2006, es decir, unos días antes de la adquisición de MIRALITA.

4.- TINAGEN adquirió el 80,404% de MIRALITA -menos del 81,06% pactado-, mediante el pacto de 17 de julio de 2006 al que hemos hecho referencia. Convirtiéndose así en la matriz del Grupo DORNA - interesa destacar que MIRALITA poseía el 100% de las acciones de DORNA-.

5.- El 3 de agosto de 2006, TINAGEN concertó un préstamo sindicado con un doble fin: adquirir las acciones de MIRALITA y "reasignar" el préstamo de MOTOFIN que, recordemos, financiaba una operación que fue en su día declarada como simulada. Las principales garantías de dicho préstamo están constituidas por los contratos de explotación del campeonato mundial de motociclismo, propiedad de DORNA, sociedad participada el 100% por MIRALITA.

Con el préstamo obtenido, TINAGEN pagó el préstamo MOTOFIN -que financió la operación en su día declarada simulada- por importe de 168.984.853,20 €, de MIRALITA. Por lo tanto, esta última entidad pasó a deber a aquella la indicada cantidad.

5.- Se indica en la demanda que ni los socios minoritarios de DORNA querían desprenderse totalmente de su participación; ni BRIDGEPOINT estaba interesado en su salida dado que también eran directivos de la entidad y su involucración en el proyecto se consideró necesaria.

Por ello, como se describe en las pp. 13 y 14, tras la primera fase de compra, TINAGEN, el 27 de octubre de 2006, realizó una ampliación de capital efectuada mediante canje de participaciones. BRIDGEPOINT renunció a su derecho de suscripción preferente, lo que permitió dar entrada a los socios minoritarios de MIRALITA.

Posteriormente, unos días después, el 2 de noviembre de 2006, se efectúa una nueva ampliación de capital, esta vez con prima de asunción en la sociedad TINAGEN, con renuncia del derecho de suscripción preferente de los socios que han entrado unos días antes. Dicha ampliación fue prácticamente suscrita en su totalidad por

BRIDGEPOINT y, en una pequeña proporción, por alguno de los restantes partícipes. También en dicha fecha se elevó a público el contrato de las participaciones de MIRALITA, operación que se completa el 21/11/2006, con la realización por TINAGEN de dos pequeñas adquisiciones que no habían podido realizarse antes.

También con la misma fecha, es decir, el 2 de noviembre de 2006, MIRALITA, devolvió a TINAGEN 20.074.567,22 €, por lo que la deuda que MIRALITA tenía con MOTOFIN y que TINAGEN pagó tiene un neto de 140.910.286 €.

El 8 de noviembre de 2006, esta cantidad quedó formalizada en un préstamo participativo, con ello, indica la Inspección, TINAGEN reconvirtió parte de lo prestado por los Bancos en un préstamo participativo a favor de MIRALITA.

6.- En la p. 10 del informe pericial se expone un cuadro de la estructura del grupo tras las indicadas operaciones.

Pero en esencia, TINAGEN pasa a ser titular del 80,40% de MIRALITA. Estando aquella participada en un 86,18% por BRIDGEPOINT y perteneciendo el resto al equipo directivo de DORNA (mayoritariamente, D. Julián -un 3,23%- y D. Justino -un 2,20%-).

MODUS FACIENDI (MODUS) era titular del 11,88% de MIRALITA- D. Julián era titular del 54,29% de esta entidad-.

HONORIS GRATIA (HONORIS) lo era del 6,52% de MIRALITA - D. Justino era titular del 40% de esta entidad-.

Y MIRALITA era titular del 100% de DORNA SPORTS SL.

Se indica en el informe que la indicada estructura implicaba costes de gestión, por lo que parecía razonable la fusión -p. 11 del informe- y, por otra parte, existían cuatro sociedades instrumentales por encima de DORNA que era la " sociedad que generaba los flujos de caja asociados al negocio" -p.11-.

7.- El 18 de septiembre de 2007, con efectos contables de 1 de enero de 2007, se produce a fusión de las sociedades TINAGEN, MIRALITA, HONORIS GRATIA y MODUS FACIENDI (que eran socios de MIRALITA y que en la actualidad son propiedad de TINAGEN y de algunos de los restantes socios/trabajadores, en concreto Julián y Justino) y, como consecuencia de todo ello, también de la sociedad DORNA SPORTS SL, que estaba poseída al 100% por MIRALITA. A la sociedad resultante de la fusión se le cambia su denominación por la de DORNA SPORTS SL.

Tras estas operaciones la estructura del grupo pasa a ser la descrita en la p. 12 de informe.

En concreto: BRIDGEPOINT pasa a ser el socio mayoritario de DORNA SPORTS SL con un porcentaje del 64,195%; Julián del 15,05%; Justino del 6,72%; BALLOTA BV del 5,09%, P. Serracanta del 3%; Nazario del 3% y el resto del 2,92%.

8.- Nos interesa ahora destacar dos consecuencias de estas operaciones:

a.- Al materializarse la fusión el préstamo participativo suscrito entre TINAGEN y MIRALITA se extinguió. Por otra, parte TINAGEN pagó el préstamo de MIRALITA que en su día se consideró que tuvo origen en una operación simulada. Es decir, tras las operaciones existe un "nuevo préstamo", por lo que la entidad entiende que son deducibles como gastos los intereses que abona, aunque ciertamente parte de dicho préstamo se dedicó a cancelar la operación simulada en los términos que luego diremos. Esta es una de las cuestiones de debemos examinar.

b.- La otra, es que como consecuencia de dicha operación afloró un fondo de comercio que la entidad amortiza. La Administración considera que no existe motivo económico válido.

#### Cuarto.

Sobre la improcedencia del rechazo de la deducibilidad de determinados gastos financieros derivados del préstamo suscrito en 2006.

A.- El motivo se desarrolla en las pp. 22 a 42. Se razona que la deducibilidad debe ser plena al traer su causa en una nueva operación. Se argumenta sobre la posible infracción de los arts. 14 y 20 del TRLIS. Y, por último, se indica, subsidiariamente, que los cálculos serían incorrectos.

B.- Los argumentos dados por la Administración.

El TEAC analiza el problema en las pp. 59 a 66.

En las pp. 11 y ss. del informe de disconformidad del ejercicio 2006 se exponen las razones por las que la Inspección no admite la deducibilidad de los intereses devengados por el préstamo sindicado en la parte destinada a la reasignación del préstamo a MOTOFIN.

Como razona la Inspección se trata de determinar si los intereses devengados por un préstamo sindicado concertado el 3/8/2006 por TINAGEN GRUPO DE INVERSIONES SLU, en los tramos de este préstamo que tiene por finalidad exclusiva amortizar un préstamo anterior denominado MOTOFIN y concedido a la entidad MIRALIT SL, tienen el carácter de deducibles o no para TINAGEN GRUPO DE INVERSIONES SL.

La Inspección explica que el préstamo MOTOFIN se concedió a MIRALITA SL, adquirente del 99,815% en diciembre de 2004 del capital social de la entidad DORNA SPORTS SL. El contenido del préstamo se describe en la pp. 12 y 13 del informe. Indicándose que según el Acuerdo de liquidación relativo al IS ejercicios 2005 y 2006, se entendió que los intereses derivados de los 105.802.874,20 € y 36.875.067,70 € no eran deducibles en su totalidad, por tratarse de gastos financieros derivados de un préstamo obtenido para la adquisición de participaciones sociales en una operación de compraventa simulada. También se consideró que los intereses correspondientes a los 2.303.101,31 € correspondientes a gastos no eran deducibles en un 79,48%. Esta decisión fue confirmada por el TEAC y, posteriormente, por la SAN (2ª) de 23 de octubre de 2014 (Rec. 443/2011). Sentencia que, como hemos indicado, es firme.

El 2 de noviembre de 2006, TINAGEN GRUPO DE INVERSIONES SL pagó a MOTOFIN 168.984,853,12 € mediante la entrega de cheques bancarios para saldar el préstamo que la entidad MIRALITA tenía como MOTOFIN. Dicho pago se realizó como consecuencia de la suscripción de un contrato denominado "Motofin Loan Assignment Agreement", de la misma fecha.

Para hacer frente a los anteriores pagos, TINAGEN GRUPO DE INVERSIONES SL concertó un préstamo sindicado de 3./08/2006 celebrado entre esta entidad como prestataria y las entidades bancarias SOCIETE GENERAL SA (Suc Esp.), BANK OF SCOTLAND (Suc Esp) y BANK OF SCOTLAND (plc). elevado a público ante notario el 2/11/2006.

En el contrato suscrito se indica que cada uno de los tramos denominado "Restructuring Facility", " sólo podrán ser utilizados para pagar el precio fijado de Reasignación en el Contrato de Reasignación del Préstamo Participativo de Miralita (incluyendo cualquier minuta, costas y gastos de reasignación).

Los tramos se describen en la p. 14 del informe. Los intereses devengados por dichos tramos en el ejercicio 2006 ascienden a 2.040.936,49 €, los cuales han sido declarados como gasto deducible en el ejercicio 2006.

Pues bien, la Inspección consideró que, de dicha cantidad, el 79,48% de los mismos -1.627.271,31 €- serían los correspondientes a los tramos declarados como no deducibles en la inspección anterior.

La operación se cierra con un préstamo participativo de MIRALITA SAL concedido por TINAGEN DE INVERSIONES SL -se describe en las pp. 15 y ss. del informe- Con fecha 8 de noviembre de 2006 se concede una " Profit Loan Agreement for 140.910.2986,04 € between TINAGEN DE INVERSIONES SL as lender an MIRALITA SL as borrower".

La Inspección explica que, por una parte, TINAGEN DE INVERSIONES SL paga el préstamo de MOTOFIN con fecha 2/11/2006 por importe de 168.984,853,12 €. Por otro lado, MIRALITA devuelve a TINAGEN DE INVERSIONES SL la cantidad de 28.074.567. 22 € el 2/11/2006, de modo que el crédito neto entre una y otra queda reducido a 140.910.286 € a favor de TINAGEN DE INVERSIONES SL. El 8/11/2006 esta cantidad queda formalizada entre acreedor y deudor en un préstamo participativo, que se registrará por lo dispuesto en el art 20 de la RDL 7/1996, evitando así la disolución forzosa de MIRALITA SL - art 104.1.e) LSA-, teniendo la consideración de fondos propios. Por lo tanto, TINAGEN DE INVERSIONES SL, reconvirtió parte los prestado por los bancos en un préstamo participativo a favor de MIRALITA (ambas pertenecientes al Grupo DORNA). En suma, para la Inspección, " para evitar la disolución de MIRALITA se interpone la financiación de TINAGEN DE INVERSIONES SL que convierte el préstamo bancario en préstamo participativo, que se computa como fondos propios".

El 28 de septiembre de 2007 y con efectos contables de 1 de enero de 2007, se produce la extinción del préstamo participativo por confusión de TINAGEN DE INVERSIONES SL, que sigue pagando los intereses de un préstamo que no le va a reportar ningún ingreso.

En suma, para la inspección, la financiación de MIRALITA ha sido sustituida en su totalidad por la nueva financiación obtenida por TINAGEN DE INVERSIONES SL, " si bien el endeudamiento de esta última es superior como consecuencia de financiar nuevas operaciones complementarias. Por lo que entre esta financiación de TINAGEN se encuentra la de acuerdo a la regularización anterior respondía a un negocio simulado".



La deducibilidad de los gastos financieros se analiza en las pp. 16 y ss. del Acuerdo de liquidación, confirmando el criterio de la Inspección.

Esta regularización también se practica en relación con el ejercicio 2007. La cuestión se examina con detalle en las pp. 14 y ss. de informe de disconformidad. La descripción y valoración es la misma, si bien en el ejercicio 2007, el importe de los intereses asciende a la suma de 11.710.180,86 € y, aplicando el porcentaje del 79,48%, la Inspección considera que no es deducible la cantidad de 9.313.610,5 €. El Acuerdo de liquidación analiza a materia en las pp. 27 y ss. confirmando el criterio de la Inspección.

Teniendo en cuenta lo anterior el TEAC razona que:

"Si bien la compra de las participaciones de MIRALITA por TINAGEN que tiene lugar en 2006 no se califica por la Inspección como una operación fraudulenta, la financiación del sindicato bancario que debe destinarse a pagar el préstamo MOTOFIN de MIRALITA si afecta a una operación simulada..". Por ello, debe " negarse asimismo la deducibilidad de los intereses correspondientes a la parte de préstamo sindicado concertado en 2006 que se destina a cancelar el préstamo de MOTOFIN en el año 2004, en cuanto constituyen asimismo gastos financieros cuyo destino no fue financiar la "compraventa de participaciones" (negocio simulado), sino proporcionar a los socios una retribución por su participación en los fondos propios de la entidad...". Añadiendo que " en relación con la cuantía del préstamo, del expediente deriva que el importe que debe destinarse obligatoriamente a la cancelación del préstamo MOTOFIN son 168 millones, importe que es pagado por TINAGEN a MOTOFIN, sin que conste en el expediente que el préstamo sindicado se haya reducido en los 29 millones invocados por la reclamante....TINAGEN está satisfaciendo intereses por un principal e 168 millones de euros vinculado a una operación que calificó de simulada, y no por 140 millones como pretende el reclamante".

Y concluye que " los gastos financieros de TINAGEN frente a terceros financiadores, el sindicato bancario, existe y se deducen fiscalmente. Son dichos gastos financieros regularizados a los que no afecta la extinción del préstamo participativo y los que tampoco se eliminan dado que se deben a terceros fuera del grupo".

D.- En esencia, para la Administración nos encontramos ante un supuesto en el que el nuevo préstamo sustituye o sucede al anterior; mientras que para la recurrente el préstamo anterior se extinguió, siendo sustituido por un nuevo préstamo.

1.- Para la Inspección -p. 6 del informe de disconformidad-, " bajo la justificación de realizar un cambio de persona del socio mayoritario...para evitar situaciones de concentración empresarial de tipo monopolista en el seno de la UE, se llevan a cabo en realidad una serie de operaciones complejas a través de las cuales, además del mencionado cambio de la titularidad del socio mayoritario, se consiguen una serie de efectos adicionales..".

Uno de estos efectos sería eludir que los intereses devengados en relación con una operación considerada simulación relativa, lo que impedía deducirse como gasto el abono de los mismos, deje de serlo. De modo que, financiando la "misma" deuda, se podría deducir el abono de dichos intereses como gasto.

2.- Los hechos de los que debemos partir son los siguientes:

Es cierto, no se discute, que por la razón indicada CVC, que era el accionista mayoritario de DORNA, fue sustituido por BRIDGEPONIT EUROPE III.

En efecto, en base a un acuerdo suscrito el 17 de julio de 2006, por la totalidad de los socios de DORNA y por la entidad de capital riesgo BRIDGEPONIT EUROPE III, se pactó la adquisición por esta última entidad del 81,06% del capital del grupo DORNA a través de la adquisición de las acciones de MIRALITA. Luego veremos que ese no ha sido el resultado final.

Para ello, BRIDGEPONIT EUROPE III, el 13 de julio de 2016, unos días antes de firmar el anterior acuerdo, compró la sociedad inactiva TINAGEN DE INVERSIONES SL. Es TINAGEN DE INVERSIONES SL la que aparece como adquirente de las participaciones de MIRALITA en el acuerdo de 17 de julio de 2016.

El 3 de agosto de 2006, TINAGEN concierta un préstamo sindicado con un doble fin: adquirir las acciones de MIRALITA y "reasignar" el préstamo de MOTOFIN que, recordemos, financiaba una operación que fue en su día declarada como simulada. Las principales garantías de dicho préstamo están constituidas por los contratos de explotación del campeonato mundial de motociclismo, propiedad de DORNA, sociedad participada el 100% por MIRALITA. A este préstamo nos hemos referido con detalle en anterioridad.

Con el préstamo obtenido, TINAGEN pagó el préstamo MOTOFIN -que financió la operación simulada- por importe de 168.984.853,20 €, de MIRALITA. Por lo tanto, esta última entidad pasó a deber a aquella la indicada cantidad.

El 27 de octubre de 2016, TINAGEN realiza una ampliación de capital, renunciado BRIDGEPOINT a su derecho de suscripción preferente, lo que permite dar entrada a los socios de MIRALITA.

Unos días después, el 2 de noviembre de 2006, se efectúa una nueva ampliación de capital, esta vez con prima de asunción en la sociedad TINAGEN, con renuncia del derecho de suscripción preferente de los socios que han entrado unos días antes. Dicha ampliación es prácticamente suscrita en su totalidad por BRIDGEPOINT y, en una pequeña proporción, por alguno de los restantes partícipes.

Con la misma fecha MIRALITA, devolvió a TINAGEN 20.074.567,22 €, por lo que la deuda que MIRALITA tenía con MOTOFIN y que TINAGEN pagó tiene un neto de 140.910.286 €.

El 8 de noviembre de 2006, esta cantidad quedó formalizada en un préstamo participativo, con ello, indica la Inspección, TINAGEN reconvirtió parte de lo prestado por los Bancos en un préstamo participativo a favor de MIRALITA.

El 18 de septiembre de 2007, con efectos contables de 1 de enero de 2007, se produce a fusión de las sociedades TINAGEN, MIRALITA, HONORIS GRATIA y MODUS FACIENDI (que eran socios de MIRALITA y que en la actualidad son propiedad de TINAGEN y de algunos de los restantes socios/trabajadores, en concreto Julián y Justino) y, como consecuencia de todo ello, también de la sociedad DORNA SPORTS SL, que estaba poseída al 100% por MIRALITA. A la sociedad resultante de la fusión se le cambia su denominación por la de DORNA SPORTS SL. El préstamo participativo se extinguió.

Tras estas operaciones BRIDGEPOINT pasa a ser el socio mayoritario de DORNA SPORTS SL con un porcentaje del 64,195% (en el contrato de julio de 2006 el porcentaje pactado fue del 81,06%), perteneciendo el resto a los restantes socio/trabajadores de la empresa, que se sitúan en el 36,805%. Por otra parte, en relación con D. Julián y D. Justino se crean unas participaciones sin voto a cambio de una prima global de 29.021.87,70 € y el derecho a la percepción de un dividendo anual de 3.099.848,64 € y 1.253.875,68 €, respectivamente, que en caso de no pagarse se incrementan en un 15% anual.

3.- En opinión de la Sala debe confirmarse la decisión de la Administración en éste punto.

Como se explica con detalle el préstamo sindicado suscrito por TINAGEN tuvo una doble finalidad: adquirir las acciones de MIRALITA y "reasignar" el préstamo de MOTOFIN - préstamo cuyos intereses, recordemos, no se habían permitido deducir al traer su causa en una operación declarada simulada-. Es cierto que con dicho préstamo se abonó lo debido a MOTOFIN, pero no lo es menos que TINAGEN realizó acto seguido un préstamo participativo a MIRALITA, cuyas cláusulas constan en la p. 15 del informe de disconformidad-, luego extinguido por la fusión. Siendo claro que aquel préstamo, en el fondo, tenía como finalidad abonar el préstamo vinculado a la operación simulada.

Dicho de otro modo, el préstamo obtenido por TINAGEN debía destinarse parcialmente, pues así se pactó, a la extinción de la financiación previa concedida por la entidad MOTOFIN a MIRALITA, sustituyendo al anterior, que fue objeto de regularización no considerando deducibles los intereses. Sencillamente, la finalidad del préstamo es la misma, abonar los intereses derivados de una operación simulada. Como acertadamente afirma la Abogacía del Estado, de admitirse la tesis de la recurrente, " cualquier operación de tracto sucesivo (un préstamo en el caso de autos), que hubiese sido declarada judicialmente incorrecta (por la causa que sea) y que por tal declaración se rechazase la deducción del gasto económico que genere en el tiempo, sería fiscalmente subsanable mediante el simple mecanismo de ser sustituido por otro posterior". Lo que implicaría que los intereses de un préstamo derivado de una operación fraudulenta, por el hecho de obtener un nuevo préstamo que se destinase a abonar el anterior, pasarían a ser deducibles pese a que, realmente, continuasen abonando los intereses derivados de la operación simulada. Esta forma de proceder, no es jurídicamente aceptable, pues materialmente existe una subrogación en las consecuencias de la operación anterior que no cabe eludir mediante la suscripción de un nuevo préstamo -art 90 TRLIS-. En nuestra opinión, continúan sin poder deducirse los gastos financieros de una operación simulada, máxime en un caso como el de autos, en el que la prueba aportada es tan clara e implica que el nuevo préstamo tuvo tal finalidad.

Por lo demás, en cuanto a la cuantía, el TEAC razona y esta Sala comparte su razonamiento, que " del expediente deriva que el importe que debe destinarse obligatoriamente a la cancelación del préstamo MOTOFIN son de 168 millones, importe que el pagado por TINAGEN a MOTOFIN, sin que conste en el expediente que el préstamo sindicado se haya reducido en 28 millones por la reclamante. Por ello, es indudable que TINAGEN está satisfaciendo intereses por un principal de 168 millones de euros vinculado a una operación que se calificó de simulada, y no por 140 millones como pretende la reclamante".

El motivo se desestima.

### Quinto.

Sobre la improcedencia del rechazo de la deducibilidad de la amortización del Fondo de Comercio resultante de la operación de fusión efectuada en 2007: Existencia de motivo económico válido.

A.- El motivo se desarrolla en las pp. 42 y ss. de la demanda. Explicándose con detalle las razones por las que se estima existió motivo económico válido.

B.- En la p. 4 del acta de disconformidad se propone un ajuste de 2.284.522,38 € correspondientes a la amortización del Fondo de Comercio de Fusión del ejercicio 2007, por considerar la Inspección que no existía motivo económico válido.

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 razona 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".

C.- El TEAC analiza el motivo en las pp.4 9 y ss. En esencia, viene a ratificar lo sostenido por la Inspección, e indica que " no se ha producido cambio alguno en el negocio económico generador de ingresos, pues lo ostentaba una única sociedad operativa, de forma exclusiva y lo sigue ostentando".

D.- 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, Centros, C-212/97, Rec. p. I-1459, apartado 24; de 21 de febrero de 2006, Halifax y otros, C-255/02, 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".

Y añade, en relación con la carga de la prueba que " en los casos que la Administración Tributaria, a través de la correspondiente comprobación pruebe que la operación se ha instrumentalizado persiguiendo principalmente dicho objetivo de evasión fiscal y proceda a regularizar la situación aplicando las reglas generales de la Ley, como es el caso presente, compete a la parte, en aplicación de la carga de la prueba contenida en el art. 114 de la LGT desvirtuar los hechos constatados. En resumen, y como sea que la Administración tributaria, por medio de los procedimientos específicos que para ello le legitiman, y particularmente el procedimiento de las actuaciones de comprobación e investigación inspectoras, ha formado prueba de los hechos normalmente constitutivos del nacimiento de la obligación tributaria, la carga probatoria que se deriva del artículo 114 de la Ley General Tributaria se desplaza hacia quien aspira a acreditar que tales hechos son reveladores de otra relación distinta, cualesquiera sean las consecuencias tributarias que se deriven. Esto es, debe, ante todo, tenerse en cuenta que con arreglo al artículo 114 de la Ley General Tributaria : "tanto en el procedimiento de gestión como en el de resolución de reclamaciones, quien haga valer su derecho deberá probar los hechos normalmente constitutivos del mismo"; mas también debe de tenerse en cuenta que, con arreglo al artículo 115 de la misma Ley, "en los procedimientos tributarios serán de aplicación las normas que sobre medios y valoración de pruebas se contienen en el Código Civil y en la Ley de Enjuiciamiento, salvo lo que se establece en los artículos siguientes". De otra parte, en todo caso debe tenerse en cuenta que, como ha dicho el Tribunal Supremo, la opinión o juicio de la parte no puede prevalecer sobre la valoración de la prueba efectuada por la Sala de instancia dentro de las reglas de la sana crítica - STS de



30 de noviembre de 1985 -, así como que si bien la presunción de legalidad del acto administrativo desplaza la carga de accionar al administrado, esto no implica un desplazamiento paralelo de la carga de la prueba, punto éste respecto del cual se han de aplicar las reglas generales: cada parte soporta la carga de probar los datos que constituyen el supuesto de hecho de la norma cuyas consecuencias jurídicas invoca a su favor por todas, SSTS de 22 de septiembre de 1986 y 29 de mayo de 1987".

Por último, la STS de 16 de marzo de 2016 (Rec. 1815/2014 ), realiza un resumen de la posición de la Sala a la hora de determinar cuando existe un motivo económico válido y como debe realizarse una distribución razonable de la carga de la prueba. La doctrina de la sentencia puede, en lo que ahora nos interesa, resumirse en los siguientes puntos:

1.- " En la concurrencia de "motivos económicos válidos", presente en los litigios sobre la aplicación del régimen especial de fusiones, escisiones y canje de valores, han de tenerse en cuenta para su apreciación tanto elementos fácticos como otros de contenido jurídico.....".

2.- "Para determinar si existe un motivo económico válido en las operaciones de fusión o absorción de sociedades es preciso una consideración global de las mismas, sin que la inactividad de la sociedad escindida o absorbente (confróntense los apartados 37 y 38 de la citada sentencia Foggia) sea por sí misma, aisladamente considerada una circunstancia suficiente per se (no otra cosa se desprende al respecto del apartado 48 de la sentencia Leur-Bloem) para negar el derecho a la aplicación del régimen especial examinado".

3.- "Este régimen especial persigue establecer "normas fiscales neutras respecto a la competencia, con el fin de permitir que las empresas se adapten a las exigencias del mercado común, aumenten su productividad y refuercen su posición de competitividad en el plano internacional", de forma que las "fusiones, escisiones, aportaciones de activos y canjes de acciones entre sociedades de diferentes Estados miembros no deben verse obstaculizadas por restricciones, desventajas o distorsiones particulares derivadas de las disposiciones fiscales de los Estados miembros", salvo que "la operación contemplada tenga como objetivo el fraude o la evasión fiscal" (apartado 45 de la sentencia Leur-Bloem ), tal objetivo espurio ha de estar acreditado, porque el artículo 11.1, letra a), de la Directiva 90/434 "debe interpretarse de manera estricta y teniendo en cuenta su tenor, su finalidad y el contexto en el que se inscribe" [apartado 46 de la sentencia dictada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea el 20 de mayo de 2010, Modehuis A. Zwijnenburg (asunto C-352/08 )]".

5.- La carga de la prueba ha de entenderse distribuida entre la sociedad que pretende acogerse al régimen especial de fusiones, acreditando los hechos constitutivo del derecho que pretende hacer valer ( artículo 105.1 LGT ), y la Administración, en cuanto ha de acreditar una circunstancia, como la falta de " motivo económico válido" que opone como obstáculo a la aplicación de dicho régimen, sin ignorar, a los efectos de configurar el debido reparto de dicha carga, las dificultades probatorias inherentes a la condición de hecho negativo que tiene la referida ausencia.

Por consiguiente, de una parte, no basta con ampararse en afirmaciones no contrastadas y, de otra, como ha señalado reiterada jurisprudencia de esta Sala, la Administración puede utilizar, para justificar la inaplicación del régimen de neutralidad fiscal, la prueba de presunciones, de manera que puede resultar acreditada la realización de la operación "principalmente por fines de fraude o evasión fiscal", habida cuenta de la inexistencia de motivos económicos en la misma. Y, en tal caso, incumbiría a la sociedad que pretende acogerse al régimen especial de fusiones desvirtuar la improcedencia de la conclusión presumida por no concurrir los requisitos exigidos para tal prueba o desvirtuar su resultado mediante la utilización de otros medios de prueba".

Por lo tanto, con carácter general, cabe concluir que debe realizarse un examen global, es decir, de la totalidad de la operación; que, partiendo de la existencia de " transacciones normales", permita determinar si la finalidad de la operación ha sido económica -lo que no excluya la obtención de ventajas fiscales- o, por el contrario, la finalidad ha sido única o fundamentalmente fiscal. Repárese en que conforme nos enseña el TJUE que la finalidad haya sido principalmente fiscal, no implica que no existan motivos económicos de escasa relevancia. Lejos de ello, de lo que se trata es de ponderar la globalidad de la operación y concluir, de forma razonable y con arreglo a máximas de la experiencia, si el fin de la operación ha sido esencial o sustancialmente fiscal.

E.- Aplicando la precedente doctrina al caso de autos la Sala estima que, en este caso concreto, si 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 la 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.

**Sexto.**

Sobre la improcedencia de sancionar la conducta de DORNA.

A.- El motivo se desarrolla en las pp. 66 a 95. Antes de analizarlo conviene precisar lo siguiente: como se deduce de la p. 66, el desacuerdo de la recurrente en relación con la sanción se centra en el rechazo a la deducibilidad de la amortización del fondo de comercio efectuada en los años 1999 y 2003; el rechazo a la deducibilidad de parte de los intereses financieros devengados por el contrato de préstamo sindicado de 2006; y el rechazo a la deducibilidad de la amortización del fondo de comercio resultante de la operación de fusión de 2007.

Basta con la lectura de motivo para concluir que es en estos conceptos en los que se centra la discrepancia de la entidad recurrente con base a diversos argumentos. Lo anterior se quiere resaltar porque la Administración, salvo error por nuestra parte, también sanciona por otros conceptos. Así, por ejemplo, en las pp. 26 y 27 del Acuerdo sancionador de 2007, se sanciona a la empresa por computar dos veces el mismo gasto; etc. Lo que debe tenerse en cuenta. La Sala, lógicamente, se centrará únicamente en el examen de las cuestiones debatidas.

También, debemos indicar que al estimarse que no cabe efectuar liquidación en relación con la deducibilidad del fondo de comercio efectuada en los años 1999 y 2003, por las razones que hemos indicado, no cabe imponer sanción alguna por tal concepto. Recuérdese que la operación del fondo de comercio de 1999 fue analizada en el Rec. 316/2011 y las de 1999 y 2003 en los Rec. 444/2011 y 443/2011.

En lo referente a la deducibilidad de la amortización del fondo de comercio resultante de la operación de fusión de 2007, de la lectura de las pp. 25 y 26 de la Resolución sancionadora se deduce que la sanción se impuso al considerar que no existía motivo económico válido y, como hemos visto, la Sala discrepa en relación con esta apreciación. Por lo tanto, tampoco procede sanción alguna por tal concepto.

Por lo tanto, lo único que debemos analizar es la imputación correspondiente a la deducibilidad de parte de los intereses financieros devengados por el contrato de préstamo sindicado de agosto de 2006

B.- El debate se centra en la concurrencia del elemento de la culpabilidad. La demandante viene a sostener que aquella no está motivada y, además, que no concurre ni dolo, ni negligencia por su parte. Añadiendo razonamientos sobre la aplicación de la doctrina de la interpretación razonable.

La culpabilidad en relación con esta operación se razona, entre otras, en las pp. 22 y ss. del Acuerdo de liquidación de 2007. En esencia, la Inspección razona que esta operación no más que " una consecuencia de la [regularización] que se llevó a cabo con respecto al ejercicio 2004". Se razona que en aquella se apreció la existencia de culpabilidad y " por idéntico razonamiento se ha de apreciar en el presente caso la existencia de culpabilidad".

Esta forma de imputar la culpabilidad por remisión, como pone de relieve la recurrente, es dudosa. En efecto, en la liquidación correspondiente al ejercicio 2004 se analizaron, ciertamente, la improcedencia de la deducibilidad de los mismos intereses financieros; pero en aquel caso se razonaba que tal deducibilidad era fruto directo de una operación simulada y por ello, dada la existencia de maquinación para eludir el impuesto, procedía imponer la correspondiente sanción.

El caso ahora enjuiciado es distinto, ciertamente los intereses financieros derivan de la misma operación, pero la conducta a enjuiciar es distinta. En éste caso, no existe simulación alguna, y lo que ha ocurrido es que se ha obtenido un nuevo préstamo, se ha cancelado el anterior y se han deducido los intereses del nuevo. Estamos ante una nueva conducta específica, la cual, quizás merezca reprobación, pero la Administración debía motivar en la Resolución sancionadora la carga de dicho reproche sin haberlo hecho específicamente, remitiéndose a una conducta anterior que, sencillamente, no es la misma. Por ello entendemos que existe falta de motivación en la Resolución sancionadora, la cual no puede ser subsanada.

El motivo se estima.

**Séptimo.**

Sobre las costas.

Al estimarse en parte la demanda cada parte debe soportar las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad. - art 139 LJCA-

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

**FALLO**

Estimar en parte el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el Procurador D. Manuel Sánchez-PuellesGonzález-Carvajal en nombre y representación de DORNA SPORT SL, contra la Resolución del Tribunal Central Económico-Administrativo sin fecha -notificada el 15 de abril de 2015 (RG 3909/12; 3914/12; 1185/13; 1218/13; 3030/12 y 1013/13) y la Resolución de 2 de julio de 2015 ((RG 3909/12/50; 3914/12/50; 1185/13/50; 1218/13/50; 3030/12/50 y 1013/13/50); las cuales anulamos en parte por no ser conformes a Derecho en los términos que se infieren de los Fundamentos de Derecho segundo, quinto y sexto, con las consecuencias legales inherentes. Sin condena en costas.

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 Ilmo. Magistrado Ponente de la misma, D.MANUEL FERNÁNDEZ LOMANA GARCÍA estando celebrando audiencia pública en el mismo día de la fecha, la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional.

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.