Roj: **SAN 3399/2021** - **ECLI:ES:AN:2021:3399**

Id Cendoj: **28079230022021100501**
Órgano: **Audiencia Nacional. Sala de lo Contencioso**
Sede: **Madrid**
Sección: **2**
Fecha: **19/07/2021**
Nº de Recurso: **263/2018**
Nº de Resolución:
Procedimiento: **Procedimiento ordinario**
Ponente: **RAFAEL VILLAFAÑEZ GALLEGO**
Tipo de Resolución: **Sentencia**

FONDO DOCUMENTAL CE

A U D I E N C I A N A C I O N A L

Sala de lo Contencioso-Administrativo

SECCIÓN SEGUNDA

Núm. de Recurso: 0000263 /2018

Tipo de Recurso: **PROCEDIMIENTO ORDINARIO**

Núm. Registro General: **01605/2018**

Demandante: **VIAJES CATAI, S.A.**

Procurador: **D. RAMÓN RODRÍGUEZ NOGUEIRA**

Letrado: **D. RAMÓN TEJADA FERNÁNDEZ**

Demandado: **TRIBUNAL ECONOMICO ADMINISTRATIVO CENTRAL**

Abogado Del Estado

Ponente Ilmo. Sr.: **D. RAFAEL VILLAFAÑEZ GALLEGO**

S E N T E N C I A Nº :

Ilmo. Sr. Presidente:

D. FRANCISCO GERARDO MARTINEZ TRISTAN

Ilmos. Sres. Magistrados:

Dª. CONCEPCIÓN MÓNICA MONTERO ELENA

D. RAFAEL VILLAFAÑEZ GALLEGO

Madrid, a diecinueve de julio de dos mil veintiuno.

Visto el recurso contencioso-administrativo que ante esta Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional y bajo el número 263/2018, se tramita a instancia de **VIAJES CATAI, S.A.,** representada por el Procurador D. Ramón Rodríguez Nogueira y asistida por el Letrado D. Ramón Tejada Fernández, contra la Resolución del Tribunal Económico Administrativo Central, de fecha 4 de diciembre de 2017 (R.G.: 4861/2016), relativa al Impuesto sobre Sociedades de los ejercicios 2008 y 2009, y cuantía de 4.675.329,14 euros, y en el que la Administración demandada ha estado representada y defendida por la Abogacía del Estado.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. **-** Con fecha 19 de marzo de 2018, se interpuso recurso contencioso-administrativo.

SEGUNDO. - Tras varios trámites se formalizó demanda el 27 de junio de 2018.

TERCERO. - La Abogacía del Estado presentó escrito de contestación el 23 de julio de 2018.

CUARTO. - Las partes presentaron conclusiones los días 22 de noviembre de 2018 y 26 de febrero de 2019.

QUINTO. - Procediéndose a señalar para votación y fallo el día 7 de julio de 2021, fecha en que efectivamente se deliberó y votó.

Y ha sido Ponente el Ilmo. Sr. D. Rafael Villafáñez Gallego **,** quien expresa el parecer de la Sala.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

Objeto del recurso contencioso-administrativo y cuestiones litigiosas

PRIMERO. - El presente recurso contencioso administrativo se interpone contra la Resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central, de fecha 4 de diciembre de 2017 (R.G.: 4861/2016), parcialmente estimatoria del recurso de alzada interpuesto contra la Resolución del Tribunal Económico-Administrativo Regional de Madrid de 30 de marzo de 2016, recaída en las reclamaciones económico-administrativas nº NUM000 y NUM001 , promovidas contra:

-El Acuerdo de liquidación dictado por el Jefe de la Oficina Técnica de Inspección, de fecha 13 de junio de 2013, en relación con el Impuesto sobre Sociedades de los ejercicios 2008 y 2009, del que resulta una deuda a ingresar por importe de 2.261.479,65 euros.

-El Acuerdo de imposición de sanción dictado por la Dependencia Regional de Inspección con fecha 16 de diciembre de 2013, derivado de dichas actuaciones de comprobación, del que resultó la imposición de sanciones por importe total de 2.413.849,49 euros.

La Resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central acuerda estimar parcialmente el recurso de alzada, confirmando la regularización practicada a la recurrente y las liquidaciones giradas a la misma, así como la punibilidad de los citados ajustes, pero no que resulte de aplicación la circunstancia agravante de "medios fraudulentos".

Las cuestiones litigiosas que se suscitan en el presente recurso son las siguientes:

(i) Nulidad de la liquidación tributaria por vulneración de la doctrina de los actos propios: imposibilidad de declarar la existencia de simulación negocial respecto de la operación de compra apalancada de Viajes Catai, S.A., la cual había sido objeto de comprobación previa por parte de la Inspección y declarada conforme a derecho.

(ii) Procedencia de la calificación del conjunto negocial implicado en el proceso de adquisición de Viajes Catai, S.A. y su posterior fusión con Suess-Weaver, S.L. como un supuesto de simulación relativa.

(iii) Conformidad a Derecho de las sanciones impuestas a la recurrente como consecuencia de la regularización practicada.

Antecedentes de interés

SEGUNDO. - Son antecedentes de interés a tener en cuenta en la decisión del presente recurso los siguientes:

1. Viajes Catai, S.A., sociedad constituida en Madrid el 3 de diciembre de 1980, está dedicada a la actividad de agencia de viajes al por mayor y al por menor y, conforme a la información que se desprende de sus balances, tenía un negocio boyante y una sólida situación financiera.

2. Viajes Catai, S.A. era una empresa del grupo familiar de D. ª Catalina , grupo formado, además de por ella misma, fundadora de la empresa y a la que pertenecía la mayoría del capital -66,25%-, por sus hermanos, sus hijos y algunos otros participantes.

3. Coprfin es un fondo de capital-riesgo de los regulados en la Ley 25/2005, de 24 de noviembre, reguladora de las entidades de capital-riesgo y sus sociedades gestoras (en adelante, Ley 25/2005). Su sociedad gestora y representante, a los efectos del art. 36 de la Ley 25/2005, es Corpfin Capital Asesores, S.A. S.G.E.C.R.

4. Aunque en la mayor parte de la operación de adquisición de Viajes Catai, S.A., corrió a cargo de Corpfin (más del 85%), a través de Corpfin Capital Fund III F.C.R., también intervinieron otras entidades de capital-riesgo cuya sociedad gestora y representante era también Corpfin Capital Asesores, S.A. S.G.E.C.R.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ

5. En 2006, como consecuencia de la decisión por parte de sus accionistas de proceder a la venta de sus participaciones, Enrst & Young, como asesor financiero independiente, preparó un cuaderno de venta en el que identificaban potenciales inversores.

6. En dicho año se inició un proceso competitivo con el objetivo de lograr las mejores condiciones para los accionistas de Viajes Catai, S.A. En el marco del referido proceso, los accionistas de Viajes Catai, S.A. recibieron diversas ofertas de compra. En concreto:

-Carta oferta de compra de fecha 30 de octubre de 2006 emitida por MCH Private Equity (MCH) en la que se establece que " *la operación tendrá como objetivo la adquisición por el Inversor del 75% del capital social de la Compañía"*, que la operación se iba a estructurar " *a través de la creación de una sociedad vehículo de nueva creación, "Newco", que adquirirá el 100% de las acciones de la Compañía. De manera simultánea, los accionistas actuales de la Compañía (en adelante "Actuales Accionistas") reinvertirían el 25% de los fondos obtenidos en la venta en Newco"*.

-Carta oferta de compra de fecha 23 de febrero de 2007 emitida por Qualitas Equity Partners (QEP) en la que se establece expresamente que " *QEP está preparado para hacer esta oferta que consiste en la adquisición del 100% de las acciones de Qatai"*, admitiéndose también la posibilidad de reinversión al prever que " *entendemos que los accionistas de Catai estarían dispuestos a reinvertir una parte del precio por el capital en acciones del Newco constituido para comprar Catai*".

-Carta oferta de compra de fecha 6 de marzo de 2007 emitida por Corpfin Capital en la que se establece expresamente que " *la propuesta corresponde a la adquisición del 100% de las acciones de Viajes Catai, S.A., incluyendo todas sus actividades de mayorista y minorista de viajes y la totalidad de sus sociedades filiales y/ o participadas, de manera conjunta con su actual equipo directivo liderado por D.ª Catalina "*. En esta oferta también se acordaba no solo la posible reinversión al establecer que " *en estos momentos lo más probable es que la compra se instrumente mediante la constitución de una empresa de nueva creación ("Newco2") en la que participarían Corpfin Capital y los actuales accionistas/gestores, mediante la reinversión (en la misma proporción que su participación actual) de alrededor de un 20% de las cantidades percibidas por la venta"* sino también la posibilidad de co-invertir a título personal a los accionistas de Catai que " *continúen como gestores*".

7. En 2007 los accionistas de Viajes Catai, S.A. concertaron la venta de la sociedad a Corpfin al ser la valoración de la empresa superior -86 millones de euros como valor de la compañía frente a los 83,1 millones de euros de la oferta de QEP y a los 62 millones de euros de MCH-.

8. El documento privado de compromiso de compraventa, sujeto únicamente a la condición suspensiva de obtener financiación bancaria para ejecutar la adquisición, se elevó a público el 12 de junio de 2007 y, unos días más tarde, la operación se formalizó en la forma prevista en dicho contrato.

9. En las págs. 6 y 7 del contrato se preveía ya la utilización de una sociedad instrumental como vehículo a través del que canalizar la adquisición de Catai por Corpfin. En concreto, se disponía:

"IV.- Que Corpfin Capital, como grupo inversor, está interesado en la adquisición del 100% de las acciones de Catai de manera conjunta con sus actuales accionistas en una proporción del 50/50. A tal fin, las partes han convenido que la estructura más idónea para llevar a cabo la adquisición anteriormente indicada debe ajustarse a lo siguiente:

(i) Corpfin Capital adquirirá una sociedad vehículo (en adelante, Newco) cuyo capital social inicial será como mínimo de tres mil diez euros (3.010 €), y estará íntegramente participada por Corpfin Capital.

(ii) Con carácter inmediatamente anterior a la formalización de la compraventa que se describe en el Expositivo (iii) siguiente, y en unidad de acto, las sociedades que conforman Corpfin Capital, titulares del 100% del capital social de Newco y, por tanto, socios del mismo, se constituirán como junta de socios universal y acordarán una ampliación de su capital social por un importe de ... (15.555.140 €).

10. La sociedad instrumental empleada fue finalmente la entidad Suess-Weaver Spain, S.L.

11. El grupo de Catalina y Grupo Corpfin pactaron que por la venta de las acciones de Viajes Catai, los primeros percibirían un importe de 75,6 millones de euros, de los que 10,6 millones quedarían aplazados y 64 millones de euros se pagarían en efectivo.

12. La operación se llevó a cabo el 22 de junio de 2007 y se implementó en unidad de acto de la siguiente forma:

(i) Corpfin Capital amplió el capital de la instrumental Suess-Weaver Spain, S.L., de 3.010 euros, en 15.555.140 euros, los cuales fueron aportados por Corpfin Capital, quienes además conceden un préstamo subordinado al contrato de financiación y al contrato de cobertura por importe de 1.000.000 euros.

(ii) Suess-Weaver Spain, S.L. hizo una ampliación de capital no dineraria de otros 15.555.140 euros, ampliación que fue suscrita por los distintos miembros del Grupo de Catalina en proporción a sus participaciones en Viajes Catai, S.A., y para cuyo desembolso aportaron el 17,25 % de sus acciones en esta última compañía.

(iii) Suess-Weaver Spain, S.L. obtiene un préstamo sindicado a largo plazo ("Sénior") de 49.180.000 euros (de los que 13.18 millones corresponden al tramo D, financiación puente, que fue amortizado el mismo día) del Banco Santander y la Sucursal en España del Banco Espirito Santo destinado al 100% a la financiación de la adquisición de las acciones de Catai.

(iv) Suess-Weaver Spain, S.L. adquirió a cada uno de los miembros del Grupo de Catalina el 82,75% de las acciones que le quedaban en Viajes Catai, S.A., por un precio de 74.638.129,9 euros, de los que 10.600.000 quedaron aplazados hasta el íntegro repago de la financiación bancaria obtenida y 64.038.129,9 euros se pagaron en efectivo. Tras las anteriores operaciones, todas las acciones de Viajes Catai, S.A. pertenecían ya directamente a Suess-Weaver Spain, S.L., e indirectamente se repartían al 50% entre el Grupo de Catalina y Corpfin Capital.

(v) El mismo pool de bancos concedió a Viajes Catai, S.A. un préstamo por importe de 5 millones de euros.

(vi) Con esos 5 millones de euros, Viajes Catai, S.A. repartió a sus accionistas, siendo entonces su único accionista Suess-Weaver Spain, S.L., un dividendo de 13,2 millones de euros, cantidad que Suess-Weaver Spain, S.L. empleó en pagar el préstamo "puente" que le había sido concedido.

13. Con fecha 28 de julio de 2008 se elevó a público la fusión por absorción de Suess-Weaver Spain, S.L. por parte de Viajes Catai, S.A.

14. Mediante comunicación notificada vía NEO el 8 de junio de 2012, un Equipo de la Inspección regional de Madrid inició a la entidad recurrente actuaciones inspectoras de comprobación e investigación de carácter "general", que, además de a otros conceptos tributarios, alcanzarían a su tributación por el Impuesto sobre Sociedades de los ejercicios 2008 y 2009.

15. Tras instruir esas actuaciones, el 28 de diciembre de 2013 el Equipo de Inspección incoó a la entidad, además de otras relativas a otros conceptos tributarios, las simultáneas actas de conformidad (Modelo A01) nº. NUM002 y de disconformidad (Modelo A02) nº. NUM003 relativas a su tributación por el Impuesto sobre Sociedades de los ejercicios 2008 y 2009, de los que la entidad habla declarado unas bases imponibles de 825.697 euros y 32.503 euros, respectivamente.

16. En el acta de conformidad se propuso aumentar las bases imponibles declaradas en los importes de 22.416,95 € (la de 2008) y de 4.054,04 € (la de 2009), correspondientes a unas "liberalidades" consideradas no deducibles por la Inspección.

17. Mientras que en la de disconformidad, la regularización propuesta alcanzó a una única contingencia, consistente en que el Equipo de Inspección consideró que se había llevado a cabo una "simulación relativa" para encubrir el negocio efectivamente realizado, que consistió en que el 50% de las acciones de Viajes Catai, S.A.fueron adquiridas por el Grupo CORPFIN (un grupo de entidades de capital-riesgo, de la, vigente en los períodos concernidos, Ley 25/2005; la principal de las cuales fue CORPFIN CAPITAL FUND III FCR), adquisición que se financió, en parte, con dos créditos (un crédito "senior" y otro crédito "subordinado"), créditos que se trasladaron a la propia Viajes Catai, S.A., buscando: a) reducir el importe a invertir, y b) hacer que fuera la propia Viajes Catai, S.A. la que tuviera que hacer frente a los créditos contraídos para financiar la adquisición de sus propias acciones (de Viajes Catai, S.A.); simulación para la que se empleó la sociedad instrumental Suess-Weaver Spain, S.L. que fue luego absorbida por Viajes Catai, S.A.; concretándose la propuesta inspectora en incrementar las bases imponibles declaradas por Viajes Catai, S.A., además de en los del ajuste en conformidad, en los importes de los intereses de esos créditos: 3.580.461,74 euros (la de 2008) y 1.998.270,25 euros (la de 2009), respectivamente; y en eliminar unas deducciones por doble imposición pendientes de aplicar procedentes de Suess-Weaver Spain, S.L. de unos Importes de 247.709,10 euros (2008) y 9.750,90 euros (2009).

18. Tras presentar alegaciones la entidad recurrente frente a lo propuesto en el acta, el 13 de junio de 2013 el Jefe de la Oficina Técnica de la Inspección Regional de Madrid dictó el acto de liquidación correspondiente a ese acta de disconformidad con el que confirmó lo propuesto por el Equipo instructor, acto de liquidación con una deuda alguna a ingresar de 2.261.479,65 euros, comprensiva de 1.931.079,60 euros de cuotas -una vez restadas las liquidadas "en conformidad"- y 330.400,05 euros de intereses de demora.

19. Frente al anterior acto de liquidación la entidad interpuso ante el Tribunal Económico-Administrativo Regional de Madrid la reclamación económico-administrativa n.º NUM000 .

20. Al considerar culpables las conductas ajustadas en disconformidad, esas operaciones calificadas de "simuladas", y tras tramitarse el preceptivo expediente sancionador, el 18 de noviembre de 2013 un Inspector coordinador de la Inspección Regional de Madrid dictó un acuerdo sancionador con el que impuso a la entidad dos sanciones del art. 191 de la Ley 58/2003, calificadas de "muy graves", por la concurrencia de "medios fraudulentos" -por sociedad interpuesta-, de unos importes de 1.852.309,52 euros (ejercicio 2008) y 761.539,97 euros (ejercicio 2009), respectivamente.

21. Frente a ese acuerdo sancionador la entidad interpuso ante el Tribunal Económico-Administrativo Regional de Madrid la reclamación económico-administrativa la reclamación económico-administrativa n.º NUM001 .

22. El Tribunal Económico-Administrativo Regional de Madrid desestimó las anteriores reclamaciones, que se tramitaron acumuladamente, mediante Resolución de 30 de marzo de 2016, que se notificó a la recurrente el 25 de abril de 206.

23. Disconforme con la anterior resolución, el contribuyente interpuso recurso de alzada contra la misma ante el Tribunal Económico-Administrativo Central, que dictó Resolución de fecha 4 de diciembre de 2017 (R.G.: 4861/2016), por la que se estimó parcialmente el recurso con el contenido declarado en el fundamento de derecho primero de esta sentencia, y que constituye el objeto del presente recurso contencioso-administrativo.

Sobre la nulidad de la liquidación tributaria por vulneración de la doctrina de los actos propios

TERCERO. - La base de este alegato de *la entidad recurrente* se expone en las págs. 9 y siguientes de la demanda, exposición de la que vamos a destacar los siguientes puntos:

-Mediante comunicación de fecha 18 de febrero de 2010, la Dependencia Regional de Inspección de la Delegación Especial de Madrid de la Agencia Estatal de Administración Tributaria inició a la recurrente, actuaciones inspectoras, con carácter general, ejercicios 2006 y 2007 por el Impuesto sobre Sociedades, Impuesto sobre el Valor Añadido y retenciones/ingresos a cuenta rendimientos del trabajo y profesionales.

-Como consecuencia de dichas actuaciones, la recurrente suscribió en conformidad tres actas cuyas liquidaciones fueron definitivas.

-En relación con el Impuesto sobre Sociedades se corrigió la base imponible declarada por no considerar deducibles fiscalmente determinados gastos, en concreto, los inherentes a la operación de compraventa entre los accionistas de Catai y Suess-Weaver, que deberían haber sido asumidos por esta última.

-No habiendo interpuesto la recurrente recurso de reposición ni reclamación económico-administrativa contra la liquidación definitiva derivada de la citada acta, la liquidación devino firme el 29 de agosto de 2010.

-En 2010, por tanto, la Dependencia de Inspección revisó y dio por buenas todas las operaciones de 2007 en que intervino la recurrente. Además, en 2010 la operación de fusión entre Catai y Suess-Weaver ya se había producido y la Inspección tenía conocimiento de ella dado que las sociedades optaron por la aplicación del régimen tributario especial previsto en el Capítulo VIII del título VII del TRLIS para este tipo de operaciones, opción que se comunicó a la Agencia Estatal de Administración Tributaria en fecha 11 de septiembre de 2008.

-Por tanto, concluye la recurrente, en el 2010 la Dependencia de Inspección tenía todos los elementos de juicio para analizar las mismas operaciones que analizó en 2012, y precisamente de su análisis en 2010 derivó su rechazo a la deducibilidad de los gastos derivados de la compra de las acciones de la recurrente por parte de Suess-Weaver, pero de ese análisis no surgió la regularización que se practicó posteriormente.

-Añade la demanda que la Dependencia de Inspección limitó el alcance de las actuaciones de comprobación e inspección de las que se deriva la Liquidación del Impuesto sobre Sociedades de los ejercicios 2008 y 2009. Por tanto, no habiendo incluido el 2007, el 26 de julio de 2012 habría prescrito el derecho de la Administración para comprobar el Impuesto sobre Sociedades de ese ejercicio 2007.

En defensa de este alegato, la parte recurrente invoca, por una parte, la doctrina de los actos propios, el principio de buena fue, el de seguridad jurídica y el de protección de la confianza legítima y, por otra, las sentencias del Tribunal Supremo de 4 de noviembre de 2013 (recurso nº 3262/2012) y de 6 de marzo de 2014 (recurso nº 2171/2012).

La Administración demandada, por su parte, niega la procedencia de este motivo impugnatorio en atención a que la consideración del conjunto negocial como una simulación relativa parte del análisis global que realiza la Inspección al comprobar lo realizado por la entidad demandante. Afirma en tal sentido el escrito de contestación: " *es decir, no puede acudirse a procedimientos inspectores anteriores porque en ellos podrían faltar elementos que, puestos de relieve en este caso determinan la calificación del conjunto negocial como de simulación*" -pág. 3 del escrito de contestación-.

Con carácter preliminar, al abordar el examen del presente motivo de impugnación, hemos de hacer aclaración en el sentido de que, aunque se indica por la recurrente que la Resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central habría incurrido en incongruencia al no dar respuesta a la alegación correspondiente suscitada en la reclamación económico-administrativa -página 8 *in fine* de la demanda-, entendemos que no es este el fundamento de la impugnación y que lo que realmente aquella está pidiendo a la Sala es un pronunciamiento sobre el fondo de la cuestión litigiosa.

Desde este entendimiento del asunto, hemos de descartar en primer lugar la alegación de la demanda de que la Administración tributaria no pudiera comprobar e investigar operaciones realizadas en períodos prescritos que siguen produciendo efectos en los períodos no prescritos a los que alcanza el Acuerdo de liquidación.

Tesis que debe entenderse superada desde la *sentencia del Tribunal Supremo de 5 de febrero de 2015 (recurso nº 4075/2013)*, que expresa la siguiente doctrina jurisprudencial:

" *Esta tesis de que "lo que prescribe es el derecho de la Administración a determinar la deuda tributaria mediante la liquidación y a exigir el pago de las deudas liquidadas, no la actividad de comprobación, y que lo contrario sería como reconocer una especie de ultraactividad de la prescripción a ejercicios no afectados por ella", no es ni mucho menos ajena a la previa jurisprudencia de este Alto Tribunal, pudiendo encontrarla sustentada, por todas, en sentencia de 19 de enero de 2012 (recurso 3726/2009 F. de D. Sexto). No se puede, pues, excluir la posibilidad de que, dentro de las actuaciones de comprobación, puedan verificarse operaciones que integran el hecho imponible aun cuando tengan su origen en ejercicios fiscales ya prescritos.*

Por las razones expuestas creemos que el derecho a comprobar e investigar no prescribe y que la Administración puede usar dichas facultades para liquidar periodos no prescritos, pudiendo para ello comprobar e investigar operaciones realizadas en periodos que sí lo están, pero que sigan produciendo efectos. Consecuentemente, con superación del criterio mantenido en la sentencia de 4 de julio de 2014 (casa. 581/2013), puede declararse en fraude de ley una operación realizada en ejercicio prescrito si fruto de dicha operación se producen efectos tributarios en ejercicios no prescritos".

Posteriormente, el Alto Tribunal ha reiterado la línea interpretativa afirmada en la anterior sentencia, entre otras en *sentencias de 20 de diciembre de 2017 (recurso nº 94/2017), de 17 de marzo de 2016 (recurso nº 3162/2014), de 19 de mayo de 2016 (recurso nº 3585/2014) y de 20 de mayo de 2016 (recurso nº 2945/2014)*, por lo que la doctrina que nos ocupa se encuentra consolidada.

En cuanto al núcleo de la cuestión que se plantea en el motivo impugnatorio, la Sala no comparte la posición de la parte recurrente.

Entendemos que en el ámbito de la comprobación realizada respecto de los ejercicios 2006 y 2007 estaba ausente un dato tan fundamental y caracterizado, a los efectos de la regularización aquí enjuiciada y a los efectos de apreciar la simulación relativa declarada por la Administración tributaria, como es la fusión por absorción de Suess-Weaver Spain, S.L. por parte de Viajes Catai, S.A. acaecida el 28 de julio de 2008.

Esta operación tiene gran trascendencia respecto a la regularización de los ejercicios 2008 y 2009, como se puede comprobar con la mera lectura del Acuerdo de liquidación, de la resolución impugnada y de los escritos de demanda y contestación presentados en este proceso, y produce un cambio significativo en el estado de cosas que fue objeto de comprobación e investigación por la Administración tributaria en las actuaciones inspectoras precedentes.

A juicio de la Sala, entender que la doctrina de los actos propios, la protección de la confianza legítima y los restantes principios a que alude la demanda deben comprender a este tipo de situaciones, en las que las actuaciones inspectoras precedentes no comprenden en su ámbito objetivo y temporal hechos fundamentales a los que sí alcanza la regularización practicada en un procedimiento posterior, supone extender dichos principios más allá de sus justos límites.

Como se afirma en la contestación a la demanda, la consideración del conjunto negocial como una simulación relativa parte del análisis global que realiza la Inspección al comprobar lo realizado por la entidad demandante. Análisis global del que forma parte esencial la fusión por absorción de Suess-Weaver Spain, S.L. por parte de Viajes Catai, S.A. acaecida el 28 de julio de 2008 y que no estuvo presente en las actuaciones inspectoras realizadas con anterioridad.

Prueba de lo anterior es que ninguna de las sentencias del Tribunal Supremo citadas en la demanda contempla este mismo tipo de situaciones.

Así, en la *sentencia del Tribunal Supremo de 4 de noviembre de 2013 (recurso nº 3262/2012),* se incluye en su fundamento jurídico segundo un razonamiento que acota perfectamente el alcance de la doctrina invocada por la recurrente en defensa de este motivo impugnatorio (el subrayado es nuestro):

"En definitiva, la Administración tributaria tuvo por lícitos esos contratos y por deducibles los gastos financieros derivados de los mismos, a través de actos concluyentes e inequívocos, por lo que no estaba en su mano después, sin cambio alguno de circunstancias, considerar aquellos pactos concluidos en fraude de ley y negar el carácter de deducibles a los consiguientes gastos financieros. Y no hubo cambio de circunstancias porque, como bien se razona en la sentencia recurrida, no puede considerarse revelador de ese fraude el ejercicio de un derecho reconocido en el ordenamiento jurídico, cuál es el de optar más tarde por la declaración en régimen consolidado, en cuanto grupo de empresas (apartado 14 del quinto fundamento); tampoco puede otorgarse ese carácter a actos posteriores realizados en ejercicios distintos, que quedan fuera del ámbito objetivo de la ulterior declaración de fraude de ley, puesto que ésta afecta a los contratos celebrados anteriormente, sin que pueda reconocerse a aquellos actos posteriores la capacidad de transformar en fraudulentos negocios jurídicos que en ejercicios previos, correspondientes al tiempo en que se llevaron a cabo, no se consideraron tales (apartados 11 a 13 del mismo fundamento jurídico).

Razonamiento que se reitera en el fundamento jurídico quinto de la *sentencia del Tribunal Supremo de 6 de marzo de 2014 (recurso nº 2171/2012)*.

En definitiva, a la luz de la indicada doctrina jurisprudencial, aquí si ha habido un cambio de circunstancias -la fusión por absorción de Suess-Weaver Spain, S.L. por parte de Viajes Catai, S.A. acaecida el 28 de julio de 2008-, lo que impide la aplicación de la doctrina jurisprudencial invocada en la demanda, y de los principios jurídicos en que se basa, al presente caso.

El motivo se desestima.

Sobre la procedencia de la calificación del conjunto negocial implicado en el proceso de adquisición de Viajes Catai, S.A. y su posterior fusión con Suess-Weaver, S.L. como un supuesto de simulación relativa

CUARTO. - Distinguiremos en el examen de este motivo entre (i) la Resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central; (ii) la posición de las partes; y (iii) la decisión de la Sala.

(i) La Resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central

QUINTO. - A los efectos de exponer cuál es el razonamiento seguido por el Tribunal Económico-Administrativo Central para alcanzar su decisión, creemos que revisten particular interés los fundamentos de derecho cuarto y sexto de la resolución impugnada.

El *fundamento de derecho cuarto, titulado " Los antecedentes cuantitativos más trascendentes",* dice así:

"CUARTO. - Los antecedentes cuantitativos más trascendentes.

Antes de abordar la procedencia del ajuste, este Tribunal entiende que cabe hacer una recapitulación de esos antecedentes cuantitativos más trascendentales, haciendo además algunas consideraciones sobre los mismos, y por ello lo hacemos aquí, fuera de lo que ha sido el puro relato de unos antecedentes que, como ya hemos dicho, no son objeto de discusión por la entidad.

El balance de CATAI a 31/12/2007 obra a la pág. 15ª del acto de liquidación; balance que agrupando partidas y, como siempre, en grandes números es como sigue:

Tesorería 3 Capital y Reservas 2,2

Otras partidas 15,9 P y G 6,4

Total activo 18,9 Crédito 5

Otras partidas 5,3

Total Pasivo 18,9

Pues bien, pensemos que el Resultado (Pérdidas y Ganancias) que CATAI obtuvo en ese ejercicio 2007 lo hubiera obtenido de manera lineal a lo largo del año, y eliminemos la operación mediante la que recuérdese repartió un dividendo de 13,2 M. €, para lo que tuvo que pedir un crédito de 5,0 M. E, con ello su balance a mediados del año 2007 seria como sigue:

Tesorería 11,2 Capital y Reservas 15,4

Otras partidas 12,7 P y G 3,2

Total activo 23,9 Otras partidas 5,3

Total Pasivo 23,9

Y ésa era la CATAI de la que el 22/08/2007 los miembros del Grupo de Catalina querían vender -y vendieron- un 50%, participación por la que querían percibir -y percibieron- una importante cantidad de millones de euros, y que vendieron a un comprador (CORPFIN CAPITAL) que no quería y/o no podía aportar-y no aportó- más que 15,6 M. €.

La CATAI del 22/08/2007 era una empresa con un boyante negocio y una posición financiera muy sólida; pero con un volumen patrimonial (activo y pasivo totales) ciertamente muy pequeño frente al precio que los miembros del Grupo de Catalina querían percibir por sus acciones; precio fijado entre unos terceros Independientes, con intereses contrapuestos, por lo que al mismo a aquel precio- no cabe ponerle objeción alguna.

Los miembros del Grupo de Catalina querían percibir -y terminaron percibieron- 64 M. € en efectivo más 10,6 M. € aplazados, pero los compradores (CORPFIN CAPITAL) no querían y/o no podían aportar-y no aportaron- más que 15,6 M. €; la diferencia la financiaron unos bancos.

El contrato de préstamo obra en el expediente, donde puede leerse que fueron los Bancos Espirito Santo (portugués) y Santander los que aportaron la financiación; préstamos cuya principal garantía -véase ese contrato de préstamo- era el boyante negocio que tenia CATAI.

Sin embargo, si hay que hacer aquí una importante precisión. La contraprestación que recibió: 64 M. € en efectivo más 10,6 M. € aplazados, el Grupo de Catalina no la percibió sólo por vender el 50% de la CATAI que ellos querían vender y vendieron- el 22/06/2007; porque la CATAI de la que ellos se quedaron con el otro 50% era una CATAI que valla mucho menos que la existente antes del 22/06/2007, porque, con el mismo negocio, boyante pero exactamente el mismo negocio, esa CATAI por el Dividendo que repartió a SUESS habla visto bajar en 13,2 M. € sus Fondos Propios (y en el mismo importe su Tesorería, al punto de que precisó un crédito de 5 M. €) y habla pasado a tener unas deudas, que antes no tenía, de 36 M. € con los Bancos y de 10,6 M. € con el Grupo de Catalina (por el precio aplazado de la compra de las acciones).

50% de esas deudas de CATAI que, -patrimonialmente que fuera-, serían deudas del Grupo de Catalina , -en cuanto que dueño del 50% de las acciones de CATAI-; con lo que -a efectos patrimoniales- de esas deudas de CATAI (36 M. € con los Bancos y de 10,6 M. € con el Grupo de Catalina) el 50% correspondía al Grupo de Catalina , con un efecto de que a efectos patrimoniales- el Grupo de Catalina adeudaba 18 M. € a los Bancos; pues los otros 5,3 M. € (la mitad del precio aplazado) -a efectos patrimoniales- se los debían a sí mismos.

Por tanto, a efectos patrimoniales-, por vender el 50% de la CATAI existente antes del 22/06/2007 el Grupo de Catalina percibió sólo 46 M. E (84 M. E-18 M. €) en efectivo más 5,3 M. € a plazos, pues los otros 5,3 M. € se los debía a sí mismo.

Como resumen:

CORPFIN CAPITAL no quería y/o no podía aportar más que 15,6 M. €, y no aportó más. Los Bancos Espírito Santo (portugués) y Santander prestaron los fondos que faltaban.

Y el Grupo de Catalina quería percibir, y los percibió: 64 M. € en efectivo (de ellos, 18 M.€ a costa de contraer, indirectamente que fuera, una deuda por ese importe) más 10,6 M. € aplazados (de los que 5,3 M. € se los debía a sí mismo).

Y la operación se implementó como antes se ha resumido".

Y en el *fundamento de derecho sexto, titulado "La (s) anomalía (s) negocial (es) en el caso que nos ocupa",* se razona lo siguiente:

"Para la entidad las operaciones que nos ocupan no supusieron más que la compra "apalancada" (con endeudamiento) de una empresa (CATAI); operaciones, por tanto, totalmente correctas, usuales, y nada anómalas.

Pero no es así, aquí estamos ante un conjunto negocial claramente anómalo.

De entrada es claramente irregular y extraño, es decir anómalo, que unas mismas personas intervengan en una transacción como vendedoras (Intervención directa) y como compradoras (intervención indirecta); y eso ocurrió en nuestro caso, en el que utilizando una sociedad instrumental - sociedad vehículo, la llamaban las partes- como lo era SUESS, los miembros del Grupo de Catalina se vendieron en su mayor parte "al contado el 50% de CATAI a ellos mismos, que compraron esa participación gracias a una financiación ajena (bancaria) que cubría la mitad de la operación. Es bastante anómalo, eso de que unas personas pidan un crédito para comprarse a sí mismas algo (el 50% de CATAI) y para, como vendedores, poder cobrarlo al contado. Y para apreciar la anomalía no hay más que pensar en un sujeto explicando en un Banco que precisa de crédito porque no tiene bastante para a comprarse algo a sí mismo, y lo quiere cobrar al contado.

Si se recuerda de los aspectos cuantitativos examinados en los Fundamentos de Derecho anteriores; ni con 13,2 M. € (importe del Dividendo repartido por CATAI) más los 15,6 M. € (desembolsados por CORPFIN CAPITAL) más los 18 M. € que eran la mitad -que correspondería a CORPRIN CAPITAL- de los créditos "senior" (22,0 M. €) y "subordinado (14,0 M. E) concedidos por el Pool de bancos a SUESS, que sumaban 46,8 M. €, habla bastante para que los miembros del Grupo de Catalina se pudieran llevar los 64 M. € que querían llevarse y se llevaron al contado.

Por ello, y con el trasfondo y el respaldo de que por lo que ganaran al vender sus acciones de CATAI no iban a tributar o iban a hacerlo muy atenuadamente al poder aplicar los "coeficientes de abatimiento" de las D.T.'s: Novena del T.R. de la Ley del L.R.P.F. (R.D. Leg. 3/2004, de 5 de marzo) y de la Ley 40/1998, de 9 de diciembre, del I.R.P.F. y otras Normas Tributarias, y Octava de la Ley 18/1991, de 8 de junio, del I.R.P.F.; en aquella operación se hizo algo tan irregular y extraño como que los miembros del Grupo de Catalina contrajeran un préstamo (los 18 M. € que eran la mitad -que a ellos correspondería- de los créditos "senior" y "subordinado" concedidos por el Pool de bancos a SUESS) para poder cobrar más por sus acciones de CATAI y poder cobrarlo "al contado".

La entidad defiende la total licitud de la utilización de esos "coeficientes de abatimiento" y así en la pág. 9 de su recurso expone que <alega la Inspección que los Socios Fundadores se beneficiaron de la aplicación de los coeficientes de abatimiento que la ley del IRPF establecía para el cálculo de las ganancias patrimoniales derivadas de venta de elementos patrimoniales adquiridos antes de 31 de diciembre de 1994. Esta parte quiere dejar claro ahora que la aplicación de esos coeficientes de abatimiento es una NORMA IMPERATIVA de determinación de las ganancias patrimoniales, y su uso no puede considerarse como un beneficio fiscal discrecional>; pero no se trata de eso, porque la Inspección no niega que pudieran aplicarlos; ahora bien, si como la propia sociedad reconoce -véanse las págs. 7 y 8 de su recurso <Si contemplamos la operación con objetividad, y partiendo de la base de que CATAI valla 90,2 millones de euros (valor acordado por partes independientes)>, cómo es posible que sus iniciales accionistas percibieran 64 M. € en efectivo más otros 10,6 M. € que quedaron aplazados por el 50%. Eso es lo anómalo.

Pero lo que es definitivamente anómalo es que la financiación recibida para poder hacer la operación se terminara residenciando en la sociedad vendida (CATAI).

Cuando un sujeto va a adquirir algo y no tiene todo el importe del precio, es usual que recurra a la financiación ajena, a pedir un préstamo con el que financiar en parte esa compra; y es usual que lo comprado responda como garantía de tal préstamo, que eso son la hipoteca y la prenda (arts. 1857 y ss. del Código civil); y si las compradas son todas las acciones de la empresa, que esas acciones respondan del préstamo de que se trate, con lo que todo el valor de esa empresa estará respondiendo del préstamo, es una operación inobjetable.

Pero, frente a eso, lo que no es sólo inusual, sino que estaba -y está- prohibido es que la sociedad cuyas acciones sean objeto de la venta financie o garantice al comprador, como así lo disponía el art. 81 del T.R. de la L.S.A . (R.D. Leg. 16564/1989, de 22 de diciembre) entonces vigente:

"1. La sociedad no podrá anticipar fondos, conceder préstamos, prestar garantías ni facilitar ningún tipo de asistencia financiera para la adquisición de sus acciones o de las acciones de la sociedad dominante por un tercero."

Con lo que CATAI no podía anticipar fondos, conceder préstamos, prestar garantías ni facilitar ningún tipo de asistencia financiera ni a CORPFIN CAPITAL ni a los miembros del Grupo de Catalina para que estos adquirieran sus propias acciones (las de CATAI).

Y si no podía hacerlo, de igual manera CATAI no podía quedarse con las deudas que la instrumental SUESS, e indirectamente CORPFIN CAPITAL y el Grupo de Catalina , habían contraído para adquirir sus acciones (las de CATAI).

Y ello ni llevando a cabo una fusión "inversa", del art. 250 del T.R. de la L.S.A ., en su reacción por la Ley 19/2005, de 14 de noviembre, sobre la sociedad anónima europea domiciliada en España:

"Artículo 250. Fusiones simplificadas

1. Cuando la sociedad absorbente fuera titular, de forma directa o indirecta, de todas las acciones o participaciones sociales en que se dividiera al capital de la sociedad absorbida, el proyecto de fusión no tendrá que incluir referencia alguna al tipo y al procedimiento de canje de las acciones o participaciones sociales ni a la fecha a partir de la cual las nuevas acciones darán derecho a participar en les ganancias sociales, y no será necesario el aumento del capital de la absorbente ni los informes de administradores y de expertos sobre el proyecto de fusión.

2. La misma regla será de aplicación cuando la sociedad absorbente estuviera íntegramente participada, de forma directa o indirecta, por la sociedad absorbida, y cuando la sociedad absorbente y la absorbida estuvieran Íntegramente participadas, de forma directa o indirecta, por una tercera."

Operación con la que CATAI absorbió a SUESS, con lo que la primera incorporó el balance de la segunda, que a 31/12/2007 -véase en pág. 14 del acto de liquidación- tenia en su Pasivo, además del 31,1 M. € de Capital y 9,6 de P. y G. (por el Dividendo recibido de CATAI) y otras pequeñas partidas, las deudas dimanantes de la adquisición de las acciones de CATAI; mientras que de todo su Activo (93,3 M. €) casi la totalidad (93,2 M. E) estaba construido por las acciones de CATAI; acciones que la absorbente (CATAI) tenía que entregar -ex. art. 250.2 del T.R. de la LSA a los que hasta entonces eran accionistas de SUESS, que desaparecía al ser absorbida; por tanto, operación de absorción con la que lo único material que CATAI incorporó de SUESS fueron las deudas de ésta.

La anomalía desde el punto de vista puramente mercantil es evidente; y el que no haya habido ningún acreedor, empleado o tercero... perjudicado que impugnara esa absorción, no por ello la bendice; porque una situación aún siendo irregular o ilegal, puede ser consentida y aceptada, pero esa aceptación y ese consentimiento no vienen a sanar o regularizar las irregularidades o ilegalidades intrínsecas de que pueda adolecer.

Mientras que, desde el punto de vista tributario, la anomalía es diáfana, muy grave y tiene un claro perjudicado.

En los términos que se vienen exponiendo, como fruto de las operaciones concernidas, CATAI, que ningún activo material recibió a cambio (pues lo único que recibió: sus propias acciones de CATAI, tuvo que entregarlas a los que hasta entonces eran accionistas de SUESS, que desapareció), lo que si que terminó incorporando a su Pasivo fueron las cuantiosas y repetidas deudas que SUESS habla contraído para adquirir esas acciones; cuantiosas deudas que devengaban unos importantes intereses que a partir de aquel momento comenzaron a drenar las B.I.'s de CATAI; de suerte que su tributación por el I. s/ Soc. dejó de gravar en cada ejercicio la renta que habla obtenido en el mismo con su boyante negocio de agencia de viajes al mayor y al por menor, que era el mismo que tenía antes y el mismo que siguió teniendo después; rentas que ejercicio a ejercicio Iban a verse disminuidas por los intereses de unas deudas que ese negocio no habla precisado; y que hablan accedido a ella como causa del anómalo y torticero conjunto negocial que venimos examinando

Y torticero conjunto negocial con un claro perjudicado, el Tesoro, al que ex. art. 31.1 de la Constitución - todos debemos contribuir para al sostenimiento de los gastos públicos; pues, al deducirse esos intereses, con ello CATAI minoró a partir de entonces indebidamente su tributación por el I. S/ Soc. ejercicio a ejercicio.

Y lo expuesto no son simples elucubraciones o especulaciones de este Tribunal, pues ocurre que los datos obrantes en el expediente avalan que lo que ocurrió es lo que se expone, véase:

En la pág. 15 del acto de liquidación obra el balance de CATAL a 31/12/2007, con unas Pérdidas y Ganancias de 6,39 M. €, lo que supone que su B.I. del 1. s/ Soc. del ejercicio 2007 debió ascender a 9,46 M. €, que menos 3,08 M. € de cuota del Impuesto son 6,38 M. € de P. y G En el expediente obra su declaración-autoliquidación del 1. s/ Soc. del ejercicio 2008 en la que CATAI declaró una B.I. de 0,83 M. €, en la que influyeron decisivamente unos Gastos financieros de 3,76 M. €. En el expediente obra su declaración-autoliquidación del I. s/ Soc. del ejercicio 2009 en la que CATAI declaró una B.I. de 0,03 M. €, en la que influyeron decisivamente unos Gastos financieros de 2,42 M. €. +

El hundimiento de las B.I.'s de CATAI fue manifiesto y fulminante: de 9,46 M. € en 2007 a 0,83 M. € en 2008 y a 0,03 M. € en 2009; de más de nueve millones a treinta y dos mil euros; y que para ello pudieron concurrir también otras circunstancias, qué duda cabe; como también resulta innegable que a ello contribuyeron los ingentes gastos financieros dimanantes de los préstamos que nos viene ocupando.

Y el perjudicado con el torticero conjunto negocial que se ha venido exponiendo (el Tesoro), reaccionó frente a esa anomalía, a través del órgano público competente en la materia: la Inspección de Hacienda; a cuya intervención nada cabe objetar de momento".

(ii) La posición de las partes

SEXTO. - *La parte recurrente*, a partir de la página 29 de la demanda, impugna el anterior razonamiento y la conclusión a la que conduce y lo hace con base en los siguientes argumentos que pasamos a exponer sintéticamente:

-Las fusiones apalancadas son operaciones habituales y típicas del sector del capital riesgo.

-Las operaciones llevadas a cabo se enmarcan en la habitualidad y normalidad del sector del capital riesgo y, además, están amparadas por la normativa mercantil y tributaria.

-Los Tribunales Económico-Administrativos han confundido las consecuencias fiscales de una operación con su motivación. La operación se hubiera realizado igualmente haciendo abstracción de los efectos fiscales de

la misma. Existían otras estructuras de adquisición y posterior reestructuración, con efectos fiscales iguales o más beneficiosos respecto de los derivados de las operaciones llevadas a cabo que, aparentemente, a la Administración no le plantean dudas sobre sus consecuencias tributarias ni sobre que la operación se hubiera realizado por motivos exclusivamente fiscales. Como, por ejemplo, (i) que no se hubiera llevado a cabo la fusión, escenario en el que los gastos cuestionados por la Administración habrían podido ser deducidos y compensados con los ingresos operativos de Catai mediante la consolidación fiscal; y (ii) que la fusión no hubiera sido inversa sino directa, escenario en el que la demanda afirma que las consecuencias fiscales habrían sido incluso más beneficiosas para ella.

-Es erróneo el criterio del Tribunal Económico-Administrativo Central de considerar anómala la reinversión de los vendedores en el vehículo de compra en la forma en que se llevó a cabo. La apreciación de la resolución impugnada, en cuanto a que el Grupo de Catalina percibió 51,3 millones por vender el 50% de Catai, es errónea. El valor de mercado de Catai era de 90,2 millones de euros y, por tanto, si la tesis de la Administración fuera correcta, los vendedores deberían haber percibido por el 50% de sus acciones la cantidad de 45,1 millones de euros. El Tribunal Económico-Administrativo Central descuenta erróneamente en sus cálculos la deuda asumida por Suess-Weaver de lo que realmente reciben los socios vendedores y ese error deriva de computar dos veces la referida deuda en lo que indirectamente corresponde a los socios vendedores, no teniendo en cuenta cuál es el valor teórico del 50% restante de Catai que queda materializado a través de su reinversión en Suess-Weaver y que es realmente al que debe asignarse el importe de la deuda (y no al 50% vendido que ha sido adquirido por los socios financieros).

Concluye, a estos efectos, la demanda:

" *Es evidente que resulta una visión muy simplista y sesgada presentar el 50% de la deuda de adquisición como minorando el valor que corresponde a la parte vendida y, obviar, que es, precisamente, ese porcentaje de deuda lo que "convierte" el 17,25 de acciones de Catai retenidas (no vendidas) y (re)invertidas en Suess-Weaver en el 50% del capital de esta entidad. La deuda que el TEAC pretende presentar como "menos precio" recibido corresponde económicamente a las acciones aportadas al capital de Suess-Weaver y, en ningún caso, al 82,75% del capital de Viajes Catai que se vende a Suess-Weaver. Así, el valor de mercado del 17,25% de las acciones de Catai reinvertidas se corresponde con un valor neto de 15,6 millones (equivalente a detraer del 50% del valor de mercado de Catai 45,1 millones, el 50% de la deuda total de adquisición, incluido el préstamo puente) sin que proceda asignar este 50% de deuda al paquete vendido puesto que esa deuda de adquisición es la que "indirectamente" (y nunca directamente como pretende el TEAC) corresponde a los socios financieros*" -páginas 39 y 40 de la demanda-.

-Tampoco es correcto el criterio del Tribunal Económico-Administrativo Central de considerar que la operación de apalancamiento financiero con posterior fusión fue un supuesto de asistencia financiera. Entre otras razones, porque la legalidad de las fusiones apalancadas ha venido a ser reconocida por el ordenamiento jurídico (en el art. 35 de la Ley 3/2009, de 3 de abril, de modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles) y porque en el presente caos se cumplieron todos los requisitos que ha venido a exigir la normativa mercantil.

-En todas estas operaciones en las que intervienen intereses diferentes de los compradores, vendedores y entidades financieras, resulta inverosímil, dice la recurrente, apreciar una simulación orquestada en torno a una causa fiscal. Más bien al contrario, se trata de una operación habitual en la actividad de capital riesgo y de las fusiones y adquisiciones en general, amparada por la normativa de aplicación y que permite el normal funcionamiento del mercado y el desarrollo del negocio y su actividad.

-No ha existido ventaja fiscal: el mismo resultado (en términos de tributación del resultado operativo) se hubiera alcanzado mediante la mera aplicación del régimen de consolidación fiscal entre Suess-Weaver y Catai, en la que se podrían haber compensado los gastos financieros incurridos por Suess-Weaver con los ingresos operativos de Catai.

Por otra parte, en un contexto de sucesivas modificaciones y reformas de la Ley del Impuesto sobre Sociedades dirigidas a restringir la deducibilidad de los gastos financieros, la Ley 27/2014 del Impuesto sobre Sociedades introdujo un nuevo límite adicional para evitar precisamente que en operaciones como la que es objeto del presente recurso se supere el 70% del precio de adquisición. Y afirma la demanda que en el presente caso el objetivo definido por el legislador de 2014 de limitar la deducción de gastos financieros se ha extendido de forma indebida a los ejercicios 2008 y 2009 mediante el recurso al art. 16 de la LGT para calificar la operación realizada como un supuesto de simulación relativa. Además, el legislador se ha ocupado expresamente de eximir a las operaciones apalancadas realizadas antes de la reforma de 2014 de cumplir con el límite adicional expuesto, dado que la Disposición Transitoria Decimoctava establece que el límite adicional antes citado no

se aplicará a operaciones de fusión o reestructuración realizadas con anterioridad al 20 de junio de 2014, ni a entidades incorporadas a un grupo de consolidación fiscal antes de dicha fecha.

-Los motivos empresariales y financieros subyacentes a la operación aquí enjuiciada impiden la consideración de la fusión como negocio anómalo, motivos que se detallan en la demanda en relación con todos los intervinientes en aquella (Grupo Corpfin, páginas 49-51; los antiguos accionistas de Catai, páginas 51-52; entidades financieras, páginas 52-53; motivos empresariales para la utilización de un vehículo conjunto de inversión en las operaciones realizadas y la posterior fusión con la sociedad "objetivo", páginas 53-55).

-De acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Supremo, al sujeto pasivo le basta con justificar la motivación estrictamente económica y empresarial perseguidas por las partes, sin que sea necesaria una prueba plena para enervar cualquier intento de regularización por parte de la Inspección basado en la existencia de un presunto fraude o abuso de la normativa fiscal y la recurrente afirma que esa premisa se ha cumplido en el presente caso, al acreditar los motivos económicos existentes en cada una de las operaciones y en la transacción en su conjunto.

Y termina la demanda, en este apartado, con las siguientes conclusiones que se contienen en las páginas 63-64:

"-En ningún caso cabe apreciar simulación en las operaciones de referencia puesto que la causa de los negocios ha sido la que corresponde a las formas jurídicas elegidas por las partes. La motivación de las distintas operaciones objeto de controversia fue de índole regulatoria, financiera y de negocio sin que haya quedado acreditada la concurrencia de artificio alguno en el diseño y ejecución de las operaciones mercantiles citadas ni la ocultación de causa alguna distinta de la exteriorizada por las partes. Por otro lado, en ningún caso ha existido ocultación o engaño por parte de mi representada, debiendo tenerse en cuenta que las operaciones objeto de regularización fueron realizadas entre partes independientes (bancos, inversores, accionistas originarios, competidores, etc.) con intereses distintos

-Que al interpretar la Inspección que el crédito concedido a Suess-Weaver (junto con los intereses correspondientes) debe serle imputado como renta a sus socios se le ha aplicado un principio de mayor gravamen o de economía de opción inversa en aras a intentar justificar una visión sesgada de los hechos que intenta sostener una mayor recaudación. Y ello porque la Inspección presume que la verdadera intención de las partes era realizar unos negocios (que se transmitiera la propiedad únicamente del 50% y que se localizara la deuda del 100% en sede de los socios) bien diferentes a los verdaderamente pactados entre partes independientes (p.ej. los inversores de capital riesgo nunca hubieran admitido que el Fondo de Capital-Riesgo hubiera asumido deuda y tal acción habría quebrantado el Reglamento del Fondo) y expresamente regulados y admitidos por la normativa mercantil y fiscal

-La financiación de la operación fue concedida a Suess-Weaver por parte de terceros independientes Varias entidades bancarias analizaron la operación y la capacidad de repago de la deuda y acordaron conceder los préstamos descritos anteriormente. Dicha financiación nunca se hubiese concedido a sus socios inversores (por mucho que la Inspección y el TEAC pretendan lo contario)

-La reconstrucción de la operación realizada por la Administración, y confirmada por el TEAC, contradice de plano la causa última de todas las operaciones LBO que es precisamente que los socios nunca responden de la deuda de adquisición sino que las garantías otorgadas a las entidades financieras se limitan precisamente a los activos de la entidad adquirida. En la medida en que tal objetivo es perfectamente licito y que no reporta ventaja fiscal alguna respecto de la posibilidad de consolidar fiscalmente Suess Weaver y Cata, no cabe apreciar simulación alguna puesto que la causa de las operaciones responde a la naturaleza jurídica y económica que les son inherentes".

SÉPTIMO. - La Administración demandada, en la contestación, sostiene la legalidad de la resolución impugnada con base, en esencia, en razones similares a las aducidas por el Tribunal Económico-Administrativo Central, por lo que será suficiente para exponer su posición con remitirnos al fundamento jurídico quinto de esta resolución.

(iii) La decisión de la Sala

OCTAVO. - Al exponer la decisión de la Sala hemos de partir, por una parte, de la conceptuación legal y jurisprudencial del instituto de la simulación en el ámbito tributario y, por otra, de un dato tan relevante como es el de que la operación a que se extiende la regularización que nos ocupa ha sido ya objeto de diversos pronunciamientos jurisprudenciales del Tribunal Supremo.

Para exponer la primera de las vertientes del presente razonamiento a que acabamos de referirnos, hemos de citar el art. 16 de la LGT, a tenor del cual:

"1. En los actos o negocios en los que exista simulación, el hecho imponible gravado será el efectivamente realizado por las partes.

2. La existencia de simulación será declarada por la Administración tributaria en el correspondiente acto de liquidación, sin que dicha calificación produzca otros efectos que los exclusivamente tributarios.

3. En la regularización que proceda como consecuencia de la existencia de simulación se exigirán los intereses de demora y, en su caso, la sanción pertinente".

Y, en cuanto a la delimitación jurisprudencial de este instituto, nos remitimos a la declarado al efecto en la sentencia de esta Sala y Sección de 12 de marzo de 2020 (recurso nº 638/2016), que se expresa así:

"Sin ánimo exhaustivo, la doctrina del Tribunal Supremo sobre simulación en el ámbito tributario puede resumirse en los siguientes puntos:

1.- Con el fin de evitar la elusión fiscal los ordenamientos jurídicos adoptan distintos instrumentos jurídicos. Así, la ***STS de 8 de marzo de 2012 (Rec. 4789/2008)*** *razona que mediante estas técnicas se persigue " que cada cual contribuya al sostenimiento de los gastos públicos de acuerdo con su capacidad económica en un sistema tributario justo - art 31.1 de la Constitución - y que, por consiguiente, repudia que quien haya obtenido un rendimiento sujeto a tributación pueda eludir la carga fiscal empleando no importa qué artificios. Por consiguiente, si se sospecha de la existencia de un eventual ardid enderezado a soslayar la carga fiscal, ha de desenmascararse la operación, cualquiera que sea la calificación que merezca (fraude, simulación, negocio anómalo), respetando las garantías del contribuyente y, en su caso, exigiendo el tributo conforme a la operación realmente querida y realizada, ya que el dato decisivo consiste en haber conseguido un resultado económico sujeto a imposición, que se pretende ocultar al fisco o que se presenta al mismo como efecto de una operación no gravada o que lo está en menor medida". Más recientemente la* ***STS de 27 de noviembre de 2015 (Rec. 334/2014)*** *realiza una exposición de la doctrina del Tribunal Supremo.*

2.- En relación con la figura de la simulación tiene declarado nuestro Tribunal Supremo, en la STS de 26 de septiembre de 2012 ***(Rec. 5861/2009),*** *que "la esencia de la simulación radica en la divergencia entre la causa real y la declarada", siendo posible que sea absoluta cuando " tras la apariencia creada no existe causa alguna" o relativa cuando "tras el negocio simulado existe otro que es el que se corresponde con la verdadera intención de las partes". Y que para determinar cuál es la convención realmente celebrada por las partes, deberá analizarse cada " caso concreto", teniendo en cuenta "no sólo las estipulaciones formalmente establecidas, sino también la real intención de los contratantes puesta de manifiesto a través de las reglas de la hermenéutica contractual de los arts. 1281 a 1289 del CC , pues la calificación de los contratos descansa en el contenido de las obligaciones convenidas, abstracción hecha de la denominación asignada por las partes, manifestándose la voluntad en los actos de los contratantes previos, coetáneos y posteriores a la celebración del contrato".*

Las ***STS de 29 de octubre de 2012*** **(Rec. 6460/2010)** *y de* ***7 de junio de 2012 (Rec. 3959/2009),*** *consideran que existe simulación cuando se realizan "una serie de negocios, que no respondían a la realidad típica que les justifica". O cuando no existe la " causa que nominalmente expresa el contrato, por responder éste a otra finalidad jurídica distinta" -* ***STS de 26 de septiembre de 2012 (Rec. 5861/2009)-****. No siendo óbice para su apreciación la " realidad de cada una de las múltiples operaciones realizadas, y que desde la normativa mercantil no ofrecían tacha alguna" -* ***STS de 28 de marzo de 2012(Rec. 3797/2008)-.****Y, además y en todo caso, " las operaciones han de tratarse, en la perspectiva fiscal, sinópticamente, es decir, contemplando la repercusión que en el patrimonio del sujeto pasivo se ha producido, evitando que el tratamiento parcial de las fases de dicha operación (que aparecen como negocios jurídicos independientes) distorsione la finalidad perseguida por el interesado, y, consiguientemente, la dicotomía normativa en su tratamiento tributario" -* ***STS de 15 y 24 de noviembre de 2011(Rec. 153y 1231/2008)-.*** *Añadiendo la sentencia que " no siempre es fácil identificar plenamente el mecanismo elusivo que se utiliza -no puede obviarse que su delimitación es fruto de construcciones dogmáticas de fácil identificación teórica, pero de, a veces, sinuosos perfiles en la realidad -, las diferencias pueden llegar a ser extremadamente sutiles, el denominador común suele ser el engaño, la ocultación, en definitiva una simulación...[siendo] lo relevante descubrir el mecanismo elusivo, la verdadera intención o móvil de los intervinientes, el negocio subyacente, que dote de la real entidad al fenómeno económico que se pretendía ocultar o encubrir para subsumirlo en la normativa fiscal a propósito".*

Siendo posible que el negocio simulado se presente como " un negocio ficticio, esto es, no real -aunque puede ocultar en algunas ocasiones un negocio verdadero-, como un negocio simple - si bien, una importante modalidad del mismo es el negocio múltiple o combinado- y, en fin, como un negocio nulo, por cuanto no lleva consigo, ni implica transferencia alguna de derechos" - ***STS de 26 de septiembre de 2012(Rec. 5861/2009)-.*** *Así, la* ***STS de 8 de marzo de 2012 (Rec. 4789/2008)*** *razona que no cabe apreciar una operación o negocio jurídico aisladamente, sino que debe analizarse el " conjunto destinado" a la obtención de la ventaja fiscal.*

3.- La Administración tiene la carga de probar los elementos integrantes de la simulación, es decir, la declaración deliberadamente disconforme con la auténtica voluntad de las partes y la finalidad de ocultación a terceros -la Administración Tributaria- o dicho de otro modo, la causa simulando debe probarla la Administración - ***STS de 20 de septiembre de 2005 (Rec. 6683/2000) y de 26 de septiembre de 2012 (Rec. 5861/2009)****-. Precisamente por ello se afirma que la apreciación de la simulación es una cuestión más fáctica que jurídica y que no debe ser corregida o revisada en casación, salvo que la apreciación del Tribunal sea ilógica, es decir, se aparte de parámetros de enjuiciamiento razonables -* ***STS de 8 y de 22 de marzo de 2012(Rec. 4789y 3786/2008), 2 de marzo de 2010 (Rec. 11304/2004) y 17 de diciembre de 2019 (Rec. 6108/2017)*** *-.En la medida en que la simulación supone ocultación y la existencia de un negocio jurídico aparente, para llegar a la convicción de su existencia suele acudirse a la llamadas prueba indirectas (indiciaria y de presunciones) -* ***STS de 13 de septiembre de 2012 (Rec. 2879/2010) y de 22 de marzo de 2012 (Rec. 3786/2008)-****, entre otras muchas-.*

4.- Frente a la alegación de realizar una operación dentro de las denominadas "economías de opción", la ***STS de 28 de marzo de 2012 (Rec. 3797/2008)*** , con cita de las *STC 46/2000 , 110/1984 y 214/1994 , razona que deben rechazarse las " economías de opción indeseadas", es decir, los supuestos de elección entre varias opciones legalmente válidas " pero generadoras las unas de alguna ventaja adicional respecto de las otras" y que tienen como límite "el efectivo cumplimiento del deber de contribuir que impone el art. 31.1 de la Constitución " y de una " más plena realización de la justicia tributaria pues ..lo que unos no paguen debiendo pagar, lo tendrán que pagar otros con más espíritu cívico o con menos posibilidades de defraudar", debiendo la ley establecer " los medios oportunos o las técnicas más adecuadas que permitan reflejar la totalidad de los rendimientos obtenidos por cada sujeto pasivo en la base imponible del ejercicio".*

En la segunda de las vertientes anteriormente enunciadas, hemos de señalar que la operación descrita se corresponde con lo que en el ámbito mercantil se denominaría "compra apalancada" o "Leveraged Buy-Out" (LBO).

Sobre este tipo de operaciones se ha pronunciado el Tribunal *Supremo, entre otras, en dos sentencias de 12 de noviembre de 2012 (recurso nº. 4299/2010) y 25 de abril de 2013 (recurso nº 5431/2010).*

Dichas sentencias sostienen que la "fusión apalancada" es una operación consistente en que una sociedad existente o creada al efecto -"sociedad vehículo", "holding company", "venture capital" o "newco"- se endeuda para adquirir el control de otra realizando una "compra apalancada" o "leverage Buy Out (LBO). Posteriormente la adquirente absorbe a la controlada -"sociedad objetivo" o "target company"-, dando lugar a una fusión hacia delante o "forward leveraged buy-out o es absorbida por ella, produciéndose la fusión inversa o "reverse leveraged buy-out". El coste financiero de la adquisición termina recayendo en todo caso sobre el patrimonio de la sociedad adquirida.

Señalan dichas sentencias que esta clase de operaciones, usuales en el mercado de capital riesgo -"private equity"- son "frecuentes en España" y planteaban la duda, desde el punto de vista mercantil de si podían entenderse prohibidas por lo establecido en el artículo 81 del Real Decreto Legislativo1564/1989 , Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas y la Ley 2/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada, en la medida en que podían ser entendidas como un supuesto de asistencia financiera para la adquisición de acciones propias o de las emitidas por una sociedad del grupo.

Pues bien, de la Segunda Directiva del Consejo 77/91/CEE, de 13 de 13 de diciembre de 1976, en relación con la Directiva 2006/68/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo de 6 de septiembre de 2006, optó por la necesidad de eliminar estas prohibiciones para sustituirlas por garantías en protección de los accionistas y terceros.

En consonancia con la misma en nuestro ordenamiento jurídico la Ley 3/2009, de 3 de abril, de modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles regula la posibilidad de este tipo de fusiones con las debidas garantías en su artículo 35.

Ponen de manifiesto estas sentencias que las ventajas que presentan este tipo de fusiones frente a la adquisición ordinaria de la "sociedad objetivo" son múltiples: a.- el apalancamiento permite con una inversión reducida tomar el control de una empresa de gran dimensión; b.- la compañía de capital riesgo o "private equity" incremente muy notablemente los beneficios que obtiene del capital invertido; c.- las entidades financiadoras de la compra apalancada consiguen garantizar el cobro de la deuda con los activos de la empresa comprada; d.- la confusión de patrimonios permite que el pago de la deuda se haga por la propia compañía adquirida, evitándoselo a la adquirente, que no carga con el coste fiscal de los repartos de dividendo por la prima que hubiera necesitado la segunda para hacer frente a la deuda contraída por la operación, y, en fin, e.- la compañía comprada asume el coste financiero, pero rebaja significativamente su carga fiscal, al deducir como gasto los intereses satisfechos por los préstamos y la amortización del fondo de comercio que con la fusión se pone de manifiesto".

Concluyen las sentencias que las " *fusiones apalancadas pueden perseguir objetivos diversos, no solamente fiscales, como, por ejemplo, facilitar la reorganización empresarial; mejorar la gestión del capital empresarial, evitando la sobrecapitalización, o armonizar los intereses de la propiedad y de la gestión*". Debiendo examinarse " *caso por caso, cuales son los objetivos o designios perseguidos por la operación para determinar si los fiscales son los preponderantes, puesto que sólo si se llega a esa convicción podrá concluirse que la fusión apalancada no se realizó por motivos económicos válidos*". Careciendo de relevancia que " *la Dirección General de Tributos haya admitido la existencia de motivos económicos válidos en operaciones similares*".

Pues bien, a la luz de la doctrina jurisprudencial expuesta, la primera conclusión que debemos alcanzar es que el examen de operaciones del tipo de la aquí enjuiciada ha de hacerse, como dice el Tribunal Supremo, " *caso por caso, (examinando) cuales son los objetivos o designios perseguidos por la operación para determinar si los fiscales son los preponderantes, puesto que sólo si se llega a esa convicción podrá concluirse que la fusión apalancada no se realizó por motivos económicos válidos"*.

Ello implica, a su vez, que deban evitarse los apriorismos de todo tipo al realizar ese concreto y casuístico examen, huyendo de posiciones extremas que descarten de raíz la legalidad de este tipo de operaciones o que la presupongan en todos y cada uno de los casos considerados.

Presupuesto lo anterior, si acudimos al razonamiento de que se ha servido la Administración tributaria para concluir la existencia de simulación relativa en el caso aquí enjuiciado hemos de destacar dos anomalías que, sin embargo, no lo son a la luz de la doctrina jurisprudencial expuesta. Recordemos que la simulación apreciada se fundamenta precisamente en la existencia de un " *conjunto negocial claramente anómalo*", en palabras del Tribunal Económico-Administrativo Central.

Una de ellas es la que se enuncia en la Resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central del siguiente modo: " *De entrada es claramente irregular y extraño, es decir anómalo, que unas mismas personas intervengan en una transacción como vendedoras (Intervención directa) y como compradoras (intervención indirecta)"*.

La otra se expresa así: " *Pero lo que es definitivamente anómalo es que la financiación recibida para poder hacer la operación se terminara residenciando en la sociedad vendida (CATAI)"*.

Comenzando por esta última anomalía, de la doctrina jurisprudencial citada resulta que esta es precisamente una de las notas características de este tipo de operaciones pues, como dicen las sentencias del Tribunal Supremo a que hemos hecho mención en las fusiones apalancadas " *El coste financiero de la adquisición termina recayendo en todo caso sobre el patrimonio de la sociedad adquirida*".

Si el análisis comienza asumiendo como anómalo algo que es inherente y típico en este tipo de operaciones, y que no por ello le hace merecer el rechazo de su ajuste a la legalidad por parte del Tribunal Supremo (ni tampoco, podemos añadir, del propio ordenamiento legal desde el mismo momento en que este tipo de operaciones han quedado reguladas expresamente en el art. 35 de la Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles, que se refiere a la " *fusión posterior a una adquisición de sociedad con endeudamiento de la adquirente*"), dicho análisis queda viciado gravemente de origen, al menos en lo que a afecta a este concreto extremo.

La primera anomalía tampoco resulta suficientemente justificada a juicio de la Sala.

A partir de la motivación diversa que puede perseguirse legítimamente a través de este tipo de operaciones, según resulta de la jurisprudencia citada, la reinversión de los accionistas originales de Catai en Suess-Weaber no tiene nada de anómalo, ni en su proyección a las características generales de las fusiones apalancadas, ni en su proyección a las circunstancias del caso concreto considerado.

En este sentido, hemos de remitirnos al informe pericial aportado junto con la demanda (elaborado por D. Ignacio , Catedrático de Economía Financiera, y titulado " *Sobre las operaciones de adquisición de empresas con apalancamiento, en relación a la adquisición de Viajes Catai por entidades gestionadas por Corpfin Capital*") y a las aclaraciones realizadas por su autor en el acto de la vista celebrada el 16 de octubre de 2018.

En general, por cuanto en el informe se detalla razonable y razonadamente que:

- " *la estructura apalancada permite desarrollar un amplio abanico de actuaciones de gran utilidad en economías, como la española, con mercados de capitales poco desarrollados, permitiendo ... dar salida a parte (todos) los accionistas de una empresa (familiar o no) que no cotiza en los mercados de val*ores" -página 7-;

- " *a diferencia del planteamiento puramente especulativo de los LBOs de los años 1980 en Estados Unidos, las adquisiciones apalancadas realizadas justifican el uso del apalancamiento para dar liquidez a los accionistas en empresas que no tienen acceso a los mercados, facilitando la participación de los directivos o de grupos de accionistas"*-página 7-;

- " la existencia de la Newco, que está presente en los miles de transacciones de los cuadros de la sección anterior, está justificada por tres razones incontestables... 2) Permitir la reinversión de parte (todos) los accionistas anteriores y/o los directivos de la empresa.

La Newco, cuyo concurso es necesario para estructurar la adquisición, debe comprar el 100% de la empresa objetivo para que los bancos acepten como garantía inicial la prenda de sus títulos, en tanto se materializa la fusión posterior. Sin embargo, esto no significa que parte (todos) los accionistas deseen reinvertir en el nuevo proyecto de inversión junto con las entidades de capital riesgo. En el proceso de venta de una empresa pueden darse varias situaciones:

-Que ninguno de los accionistas desee formar parte del nuevo proyecto de inversión.

-Que una parte de los accionistas desee formar parte del nuevo proyecto de inversión.

-Que todos los accionistas deseen formar parte del nuevo proyecto de inversión.

En el primer caso, los accionistas de la empresa objetivo convierten su inversión en liquidez de forma absoluta y definitiva, terminando su relación con la empresa, aunque sí que es habitual que algún directivo no accionista pase a serlo. En el segundo y tercer supuesto, es posible que la adquisición del 100% de las compañías por parte de los vehículos de inversión facilite la salida a una parte (o ninguna) del accionariado que no desea permanecer en el nuevo proyecto, permitiendo la reinversión al resto (o todos), vinculándose en una nueva andadura de la mano de la entidad de Capital Riesgo.

Debe resaltarse la circunstancia de la reinversión como una situación empresarial nueva para estos accionistas, ahora de la Newco, afrontando los mismos riesgos derivados del apalancamiento que la entidad de Capital Riesgo"-página 15- .

- "14 Caso particular: las adquisiciones protagonizadas por directivos

En muchas ocasiones, son los directivos los que directamente promueven una adquisición apalancada, por ejemplo, en los casos de que una empresa una filial de la misma vaya a ser vendida o cerrada por sus propietarios. En los casos de venta, los directivos no cuentan con recursos para afrontar solos la adquisición por lo que el uso de la deuda y la creación de una Newco son elementos necesarios para posibilitar su participación en el proceso. Debe destacarse que esta circunstancia es independiente de que una entidad de Capital Riesgo participe o no en la adquisición.

El efecto beneficioso para la empresa de este tipo de operaciones se hace patente al sustituir una estructura accionarial poco activa por otra más motivada y con una mayor capacidad de inversión futura.

Igual que en las operaciones de adquisición corrientes, es habitual que la Newco y la empresa objetivo se fusionen al cabo de seis a doce meses.

Durante los últimos veinticinco años, este tipo de operaciones han sido muy frecuentes, sobre todo en las economías más desarrolladas.

En caso de que en la adquisición participe una entidad de Capital Riesgo, el esquema de los agentes participantes y los instrumentos financieros utilizables se describe en la Figura 1.2. Puede apreciarse que la estructura de las operaciones de directivos, en cualquiera de sus tipos, es similar a la de una adquisición apalancada normal, con la particularidad de que el Equipo. Directivo forma parte del accionariado de la Newco...

Dependiendo de la procedencia del equipo directivo, estas operaciones se denominan de distinta forma. Las más frecuentes, cuyas características se detallan en el Apéndice 1, son:

-MBO: Cuando el equipo directivo es el propio de la empresa objetivo.

-MBI: Cuando el equipo directivo es distinto al de la empresa objetivo.

Particular referencia debe hacerse en las operaciones de MBO en las que alguno o todos los directivos son, además, accionistas de la empresa objetivo (OBO). En este tipo de operaciones, estructuradas igual que el resto de los MBOs, se facilita que aquellos accionistas de la empresa objetivo que no desean permanecer en el accionariado puedan hacer liquido su patrimonio, permaneciendo en el mismo aquéllos que tienen interés real en la compañía, acompañados por entidades financieras y, en su caso, entidades de Capital Riesgo" -páginas 24-25-.

En particular, tras analizar la concreta operación que nos ocupa, por cuanto según se expresa por D. Ignacio en el informe pericial:

"Viajes Catai SA (NIF A28668127) es una empresa familiar que fue constituida el 3 de diciembre de 1980. Desarrolla su actividad en el sector de agencias de viajes, mediante el diseño de viajes organizados a destinos lejanos. Comercializa sus productos directamente y a través de agencias de viajes.

Su principal accionista, Catalina , ya contaba con experiencia en la actividad, en unión con alguno de los accionistas fundadores, antes de la creación de la sociedad.

En el Cuadro II.2 se aprecia que, antes de la venta, el 90% de las acciones eran propiedad de la misma familia, y el resto se repartía entre dos estrechos colaboradores...

El sector al que pertenece tiene un notable componente cíclico, lo que puede explicar en parte el considerable crecimiento de la actividad de la empresa en los años anteriores a la adquisición

En el Cuadro II.3 se ofrece información de algunas variables económico-financieras relevantes de Viajes Catai antes de la adquisición. En ella, deben destacarse varios hechos relevantes:

1. La generación de tesorería sigue un patrón estable.

2. La ausencia de deuda en la empresa, a pesar de contar con una sólida capacidad para generar caja.

3. Más del 50% de su activo circulante era tesorería desde 2003 hasta 2006, como se aprecia también por el importe de los ingresos financieros.

4. El peso de su activo fijo es limitado, y fundamentalmente recoge el valor de inmuebles desde los que desarrolla su actividad...

Todas estas características se ajustan al patrón financieramente conservador observado en empresas familiares, que se traducen en una (relativamente) baja rentabilidad de los accionistas, al no beneficiarse del efecto del apalancamiento financiero y realizar inversiones que no constituyen el núcleo del negocio (inmuebles). Además, dichas características coinciden con varios de los condicionantes habitualmente identificados en la literatura financiera para explicar la existencia de un determinado nivel de deuda (ver Apéndice 5). En particular, pueden destacarse los elevados márgenes de beneficio, la escasa necesidad de inversión en fondo de maniobra en un proceso de crecimiento y la estable generación de flujos de caja, que se traduce en una tesorería bastante elevada.

Par todo lo anterior, en opinión de este perito, el perfil descrito encaja a la perfección con el de una empresa candidata para una adquisición apalancada por:

-El conservador planteamiento financiero.

-La total ausencia de deuda, que implica una (relativamente) menor rentabilidad del accionista según lo expuesto en la Parte I.

-Una baja rentabilidad de los activos, por la elevada cantidad de tesorería mantenida por la empresa y por la adquisición de activos fijos no imprescindibles.

Si a ello unimos la edad de su principal accionista y dirigente en aquel momento (unos 55 años), la toma de participación en Viajes Catai implicaba, para los accionistas existentes:

-La posibilidad de diversificar su patrimonio, reduciendo así el riesgo personal asumido.

-Dar entrada a un socio que diera un nuevo empuje a la empresa y optimizara su gestión.

-La posibilidad de que dicho inversor pilotara un proceso de integración en el sector de agencias de viajes, ante la amenaza competitiva de los procesos integradores de otros competidores, como Orizonia-Iberostar, Viajes Barceló o Condor Vacaciones.

-Dado que las entidades de Capital Riesgo son inversores temporales, se produciría un alineamiento de intereses para una posible salida simultánea de todos los accionistas (originales y financieros) coincidiendo con una posible e cercana jubilación de su principal gestora, facilitando la continuación del negocio y evitando la destrucción de riqueza.

La realidad mostraría después el acierto de esta decisión al fallecer Catalina , su principal accionista y gestora, después de la entrada de los fondos gestionados por Corpfin Capital. Si su fallecimiento hubiera ocurrido sin la presencia estabilizadora de Corpfin Capital Asesores, y sin los cambios que introdujo en la gestión, los efectos sobre la supervivencia y evolución de Viajes Catai hubieran sido impredecibles

En resumen, Viajes Catai es una empresa que cumplía con todas las condiciones para realizar una adquisición con apalancamiento promovida por una entidad de Capital Riesgo. La intervención de una entidad de Capital Riesgo en Viajes Catai permitía:

1. Mejorar la gestión financiera, facilitando liquidez y una diversificación de riesgos a sus fundadores.

2. Incorporar a un accionista externo de referencia, limitando los riesgos de conflicto en procesos sucesorios en empresas familiares.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ

3. Profesionalizar la gestión, separando patrimonio familiar y patrimonio empresarial.

4. Anticipar la planificación de la sucesión en la gestión, que es uno de los aspectos críticos en la supervivencia futura de las empresas familiares" -páginas 35 a 38- .

En el acto de la vista el perito se expresó en similar sentido afirmando en sus aclaraciones, entre otros extremos, que " *es necesario que el banco tenga una garantía plena lo que significa que Newco tiene que comprar el 100% de las acciones y eso aparte de una condición para el banco es una oportunidad para los vendedores Parte de ellos puede reinvertir y mantenerse en la empresa y de hecho eso ocurre cuando una familia se quiere marchar y otra parte quiere mantenerse en la gestión de la empresa*" -minuto 4 y siguientes de la grabación de la vista- y " *el que asume el riesgo es Corpfin Capital y los bancos. El que vendió cogió el dinero y se marchó. En este caso se ha dado la casualidad de que quedan parcialmente los socios originales pero en muchos casos se van al 100%. Se quedan y van a pagar parcialmente la deuda. Lo que está haciendo es que una empresa que estaba mal gestionada, más que desde el punto de vista operativo desde el punto de vista financiero, pase a estar bien gestionada. Eso no es bueno para la empresa no es competitiva y acaba siendo adquirida por nada con un fuerte descuento o cuando muere su fundadora desaparece. Muchas empresas nacionales pasan por ese proceso. El capital riesgo convierte en liquidez los patrimonios de esos herederos y que esas empresas no pierdan su capital sino que lo incremente"* -minuto 40:55 y siguientes de la grabación de la vista-.

A juicio de la Sala, a los efectos del art. 348 de la Ley 1/2000, de 7 de enero de Enjuiciamiento Civil de aplicación supletoria en este orden jurisdiccional, la opinión del perito resulta fundada, está basada en la aplicación razonable y razonada de los fundamentos de la economía financiera a las circunstancias del caso concreto sobre el que se proyecta el análisis y no ha resultado desvirtuada por ningún otro elemento de prueba obrantes en autos.

Consideramos, por tanto, que resulta acreditado que la reinversión de los accionistas originales en Swess-Weaver no resulta una anomalía, como se califica por la Administración tributaria y se confirma por la Resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central.

Lo anteriormente razonado nos permite alcanzar una conclusión trascendente a los efectos de la decisión a adoptar en el presente recurso contencioso-administrativo y es la de que los fundamentos en que se basa la Administración para calificar el conjunto negocial sometido a examen como un caso de simulación relativa han decaído, pues la Sala no aprecia que concurra anomalía alguna de las detectadas por aquella.

A lo anterior, no obstante, han de sumarse dos razones adicionales, muy destacadas y relevantes, que avalan y confirman la conclusión expuesta.

La primera consiste en que, como se afirma en la demanda, no se ha justificado suficientemente por la Administración tributaria la tesis de que la obtención de una ventaja fiscal ilícita sea el objetivo perseguido con esta operación.

Sobre todo, si como sucede en este caso, no se aportan contraargumentos plausibles que resten razonabilidad a la tesis de la demanda de que el mismo efecto fiscal se habría podido obtener y alcanzar a través de otras vías permitidas por el ordenamiento tributario (como, por ejemplo, la consolidación fiscal).

La segunda, conectada con la anterior, tiene que ver con la existencia de una motivación económica válida, distinta de la obtención de un efecto fiscal beneficioso a través de un conjunto negocial anómalo, como realidad ínsita y subyacente a la operación enjuiciada.

En este punto hemos de regresar al informe pericial de D. Ignacio , en el que se especifica y detalla que esa motivación era múltiple, según el punto de vista desde el que se examine la adquisición de Viajes Catai, y que la perspectiva fiscal, como llegó a afirmar en sus aclaraciones, " *es algo marginal*" -minuto 20:26 y siguientes de la grabación de la vista-.

La motivación económico-financiera de los diferentes agentes participantes en la operación (1 Entidades de Capital Riesgo; 2) Entidades financieras; y 3) Vendedores) se detalla en las págs. 46 a 53 del dictamen y, sin necesidad de reproducirlas íntegramente, nos remitimos a su contenido, reiterando en este punto las observaciones anteriormente realizadas a propósito de la valoración del informe pericial.

A título de ejemplo, por dejar constancia, siquiera de forma mínima, de tal motivación económica válida, citaremos las siguientes razones que avalan la razonabilidad de la operación para cada una de las partes intervinientes.

Así, por ejemplo, para la entidad de capital riesgo: " *la decisión de adquisición y el precio ofrecido se basaron en un detallado plan de negocio en el que se describe la posición competitiva de la empresa, líder en su nicho de mercado, y de los planes para consolidar dicha posición, rentabilizando las aportaciones de los accionistas,*

una vez devuelta la deuda, pretendiendo un posicionamiento sólido de la empresa de cara a un proceso de integración sectorial futuro, la continuación del crecimiento por parte de otro inversor financiero o la introducción de la empresa en el mercado de valores" -página 47 del informe-.

Para las entidades financieras, entre otras razones económico-financieras para participar en estas operaciones, el perito expresa que estas " *son muy rentables para su cuenta de resultados, ya que, además de importantes comisiones de estudio o apertura, perciben unos diferenciales de intereses muy atractivos sobre la referencia habitual (Euriobor). Como se muestra en el Documento 4 (página 16) anexo a este informe, por la deuda senior se cobraba entre un 2 y un 2,25% de diferencial sobre el Euribor*" -página 50 del informe-.

Finalmente, para los vendedores, también entre otros motivos, resulta que " *la entrada de un inversor financiero facilita la profesionalización de la empresa, lo que se traducirá en un aumento de su valor a medio plazo*" -página 52 del informe-.

Siguiendo con lo anterior, y sea o no esa incidencia de la perspectiva fiscal tan marginal o nimia como afirmó el perito, lo cierto es que la naturaleza, magnitud y circunstancias de esta operación demandaban una argumentación por parte de la Administración, si quería sustentar con solidez la existencia de simulación en una motivación predominantemente fiscal de la operación, que fuera más allá del dato objetivo de la reducción de las bases imponibles de Viajes Catai tras la fusión apalancada en que intervino.

Hay un último punto a destacar, en relación con todo lo anterior, y es el de que según la Inspección se fijó un precio de venta superior al que pudiera corresponder para encubrir la renuncia de los anteriores propietarios a obtener dividendos futuros, según la explicación que se incluye, por ejemplo, en la página 14 de la Resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central.

Pues bien, a este respecto, hay que indicar que ese extremo no estimamos que haya sido suficientemente acreditado en el presente proceso.

Las razones aducidas por la entidad recurrente sobre este particular resultan convincentes, a juicio de la Sala, y en cualquier caso resulta indubitado que una afirmación de tanta trascendencia exige y demanda una actividad probatoria suficientemente sólida que la respalde, más allá de la afirmación apodíctica de que se ofreció y se aceptó un precio de venta superior al que pudiera corresponder.

En cualquier caso, sobre el precio de la operación nos resultan suficientemente esclarecedoras las manifestaciones del perito D. Ignacio que destacan la razonabilidad del precio, máxime cuando en un caso como el presente el mismo se forma tras un proceso de subasta en el que intervienen partes independientes.

Así, en la página 39 del informe, leemos lo siguiente:

"El proceso arranca por una iniciativa a la que es ajena la sociedad inversora Corpfin Capital Asesores, por una oferta no solicitada de la entidad de Capital Riesgo MCH Private Equity, a finales de octubre de 2006.

Como consecuencia de ello, los dirigentes de Viajes Catai encargan a la entidad consultora Ernst and Young que organice un proceso de subasta en el que intervienen hasta tres entidades de Capital Riesgo. Corpfin Capital Asesores es invitada al proceso de subasta en diciembre de 2006 (Ver Documento anexo al informe).

Corpfin Capital Asesores ya contaba con conocimiento del sector al haber participado en la subasta por Condor Vacaciones, finalmente adquirida por Orizonia-Iberostar.

Después de analizar el cuaderno de venta aportado por Ernst & Young, Corpfin Capital Asesores plantea a sus inversores una propuesta de oferta inicial, el 8 de febrero de 200714, que implicaba pagar un precio equivalente a 9 veces el beneficio antes de intereses, impuestos, amortizaciones y depreciaciones (EBITDA, en lo sucesivo). En la propuesta inicial, se pretendía la adquisición de una participación del 65,3% de las acciones, a la que se añadiría sólo deuda senior de entre 4 y 4,5 veces el EBITDA y 6 millones para Viajes Catai. En dicha oferta no se pensaba utilizar deuda mezzanine (Ver significado en Parte I).

Dicha oferta no fue aceptada, no solo por desacuerdo en el precio, sino por el deseo de los vendedores de permanecer vinculados a la empresa con un peso más significativo. Corpfin Capital Asesores estructuró una nueva oferta, que fue aprobada por los inversores de las entidades que gestiona el 2 de junio de 2007. En ella, se acuerda que la Newco adquiere el 82.75% de las acciones de Viajes Catai por un precio 74.6 millones (64 contado y 10,6 aplazado al 10% anual, subordinado), asentando la reinversión del 17.25% en manos de los accionistas fundadores a través de una ampliación de capital con aportación no dineraria".

En la página 51 del informe, se indica también por el perito que:

"Al tratarse de procesos competitivos en los que los potenciales compradores deben presentar ofertas cerradas, el endeudamiento debe negociarse con anterioridad a la presentación de la oferta. Y eso solo es posible si ya

existe una estructura pactada para ser radicada en una Newco. Por lo tanto, la Newco es un vehículo necesario para las entidades financieras para que pueda producirse la adquisición".

En la página 52 se dice:

"El uso de deuda, que requiere la creación de una Newco para su estructuración permite que los potenciales adquirentes en un proceso competitivo, puedan mejorar sus ofertas. De hecho, como consecuencia del proceso de subasta, Corpfin Capital Asesores tuvo que mejorar las condiciones iniciales al subir el peso de la deuda utilizada de 4 a 5 veces el EBITDA, para superar las ofertas de los competidores (que también utilizaban Newcos y deuda). Mejor por tanto su precio de venta".

Y en las conclusiones, páginas 55 y 56, se afirma:

"8 . *El precio acordado por dicha adquisición se produjo en condiciones de mercado entre partes independientes dentro de un proceso competitivos. Estos importes fueron además respaldados también por las entidades financieras que aportaron la deuda la adquisición*".

Declaraciones que coinciden con lo manifestado por D. Ignacio en el acto de la vista, al ser interrogado sobre la razonabilidad del precio de adquisición:

"Más que precio/deuda, el precio se calcula como múltiplo del EBITDA y ese múltiplo es alto o bajo. Depende de la empresa y de la situación. Para la situación en que estaba un múltiplo precio/EBITDA es asumible. La empresa pasa de un EBITDA de menos de 2 en 2003 a más de 8 en 2006. Multiplica por más de 4 su EBITDA. Eso es una señal de crecimiento. Ese múltiplo de 10 veces cuando se ha estado pagando 14/15 veces en otras adquisiciones no es desproporcionado para aquella época. En época de crisis se está moviendo en 5,5 y 8 veces EBITDA y ahora volvemos otra vez a múltiplos por encima de 10 veces EBITDA ¿Por qué? Porque hay deuda y la gente puede pagar más y los múltiplos suben. (La compra en Catai) en 5 veces EBITDA es totalmente razonable. 50 o 60% de deuda es razonable para una operación apalancada. En la crisis se han mantenido esos niveles pero con precios mucho más bajos" -minuto 15:42 y siguientes de la grabación de la vista- .

Reiteramos nuevamente, con ocasión de la aportación de su criterio experto sobre el proceso de formación de precios en este tipo de adquisiciones, lo ya declarado a propósito de la valoración del informe pericial de D. Ignacio .

El motivo se estima, lo que determina la anulación de los Acuerdos de liquidación y de imposición de sanción de los que trae causa la resolución impugnada.

Decisión del recurso contencioso-administrativo

NOVENO. Procede, por tanto, la estimación del recurso contencioso-administrativo y la anulación de la Resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central de fecha 4 de diciembre de 2017 (R.G.: 4861/2016), así como los Acuerdos de liquidación y de imposición de sanción de los que trae causa, por no ser ajustados a Derecho, con los efectos legales inherentes a esta declaración.

Costas procesales

DÉCIMO- En cuanto a las costas dispone el *artículo 139.1º LJCA* , que " *En primera o única instancia, el órgano jurisdiccional, al dictar sentencia o al resolver por auto los recursos o incidentes que ante el mismo se promovieren, impondrá las costas a la parte que haya visto rechazadas todas sus pretensiones, salvo que aprecie y así lo razone, que el caso presentaba serias dudas de hecho o de derecho*".

En el caso que nos ocupa, no apreciando la concurrencia de dudas de hecho ni de derecho en el planteamiento o resolución de la *litis*, la Sala entiende procedente que se condene a la Administración demandada en las costas causadas en este proceso.

En atención a cuanto se ha expuesto se dicta el siguiente

FALLO

Que debemos estimar y estimamos el presente recurso contencioso-administrativo número 263/2018, interpuesto por el Procurador D. Ramón Rodríguez Nogueira en nombre y representación de VIAJES CATAI, S.A. contra la Resolución del Tribunal Económico Administrativo Central, de 4 de diciembre de 2017 (R.G.: 4861/2016) y, en consecuencia:

1º.- Anulamos la citada Resolución y los Acuerdos de liquidación y de imposición de sanción de los que trae causa por no ser ajustados a Derecho, con los efectos legales inherentes a esta declaración.

2º.- Se imponen las costas a la Administración demandada.

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. RAFAEL VILLAFAÑEZ GALLEGO estando celebrando audiencia pública en el mismo día de la fecha, la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ