



COMILLAS
UNIVERSIDAD PONTIFICIA

ICAI

ICADE

CIHS

FACULTAD DE DERECHO

La amortización del Fondo de Comercio Financiero en el sistema fiscal español.

La aplicación del artículo 12. 5 de la Ley del Impuesto sobre Sociedades en los supuestos de adquisición de participaciones en empresas no residentes en el territorio español.

Antonio González-Casanova González

5º E3-B

Derecho Tributario

Tutor: Dr. Javier Alonso Madrigal

Madrid

Abril 2020

Contenido

1. INTRODUCCIÓN:	3
2. COMBINACIÓN DE NEGOCIOS:	5
3. FONDO DE COMERCIO Y FONDO DE COMERCIO FINANCIERO:	9
4. EL ARTÍCULO 12.5 DE LA LEY DEL IMPUESTO SOBRE SOCIEDADES:	12
5. DECISIÓN DE LA COMISIÓN EUROPEA, 28 DE OCTUBRE DE 2009 (2011/5/CE):	19
6. DECISIÓN DE LA COMISIÓN EUROPEA DE 12 DE ENERO DE 2011 (2011/282/UE):	28
7. SENTENCIAS DEL TRIBUNAL GENERAL DE 7 DE NOVIEMBRE DE 2014 (T- 219/10 y T-399/11):	33
8. SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE 21 DE DICIEMBRE DE 2016 (Asuntos C-20/15P y C-21/15P):	39
9. SENTENCIAS DEL TRIBUNAL GENERAL DE LA UNIÓN EUROPEA DE 15 DE NOVIEMBRE DE 2018 (T-219/10, T-227/10, T-239/11, T-399/11, T-405/11, T-406/11 y T- 207/10):	41
10. Conclusiones:	48
11. Bibliografía:	49

1. INTRODUCCIÓN:

El Objetivo de este Trabajo de fin de grado será llevar a cabo un estudio del estado actual y posible evolución futura en la que se encuentra el fondo de comercio financiero en el sistema fiscal español. Durante muchos años en España, el fondo de comercio financiero se podía amortizar contablemente y deducirse fiscalmente, sin embargo, determinados parlamentario¹ plantearon ante la Comisión Europea que esta medida se debía calificar como ayuda de Estado incompatible con el mercado común y, por tanto, ilegal. Después de dos decisiones de la Comisión y la interposición de diferentes recursos ante el Tribunal General y ante el Tribunal de Justicia, la situación no ha terminado de resolverse. Es así como surge la controversia con respecto a la amortización del fondo de comercio financiero en el ordenamiento jurídico español.

En el sistema fiscal español debemos diferenciar entre el fondo de comercio “directo o normal” y el fondo de comercio financiero. El primero surge como consecuencia de una combinación de negocios y es la parte de la puede definirse, como aquel **“activo intangible que no se puede medir ni valorar pero que todo negocio tiene por el hecho de estar en funcionamiento”**². Es decir, se trata del valor añadido sobre el valor neto contable que tiene toda empresa y que aflora en el momento de la adquisición de un negocio. En palabras del antiguo Plan General de Contabilidad, Real Decreto 1643/1990, de 20 de diciembre, cuenta 213 Fondo de Comercio, del Grupo 2, de la Tercera Parte, sobre definiciones y relaciones contables, dispone que el fondo de comercio es: **“el conjunto de bienes inmateriales, tales como la clientela, nombre o razón social y otros de naturaleza análoga que impliquen valor para la empresa. Sólo se abrirá en caso de que el fondo de comercio haya sido adquirido a título oneroso”**. El fondo de comercio financiero, en cambio, es aquel que se genera cuando lo que se adquieren son instrumentos financieros. **Se determina por diferencia entre el precio satisfecho y el valor teórico contable de las participaciones en la medida que no sea imputable al mayor valor tácito del patrimonio en la entidad participada**³. En una

¹ Preguntas escritas E-4431/05 de Erik Meijer (GUE/NGL) a la Comisión el 30 de noviembre de 2005 y E-4772/05 de Sharon Bowles (ALDE) el 19 de diciembre de 2005.

² Centro de Estudios Financieros. *El fondo de comercio. Combinaciones de negocios*. 2020

³ CELAYA ACORDARREMENTERÍA, I. and URRUTICOECHEA URIARTE, M.: *El Fondo De Comercio Desde Una Perspectiva Fiscal*. Actualidad Jurídica Uría Menéndez. 2011. pp 98-102.

combinación de negocios se podrá dar uno u otro fondo de comercio, en virtud de la forma en que se haya estructurado dicha operación. Ambos fondos de comercio tienen sus similitudes y sus diferencias, las cuales también analizaremos, pero nuestro objetivo será centrarnos en el que se produce como consecuencia de una adquisición de acciones o participaciones, el fondo de comercio financiero.

En España, la Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del Impuesto sobre Sociedades, en su artículo 12, apartado 5, permite a las sociedades residentes en España, la deducción del fondo de comercio financiero, mediante el gasto de amortización, de la base imponible del impuesto sobre sociedades cuando se genera en la adquisición de participaciones en empresas no residentes en el territorio nacional. Esta medida, se introdujo en el año 2001, en la antigua Ley 43/1995, de 27 de diciembre del Impuesto sobre Sociedades. Posteriormente, el Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades. Dicha situación, se mantuvo inalterada hasta los años 2005 y 2006, cuando ciertos parlamentarios de la Unión Europea plantearon ante la Comisión la ilegalidad de este régimen. En un primer momento, la Comisión lo rechaza, pero tras una segunda queja y una investigación formal, en el 2009⁴, se declaró que el régimen constituía una ayuda de Estado en los supuestos en que se trata de una adquisición societaria en países de la Unión Europea. En el año 2011⁵, la Comisión añadió, que también se trataba de una ayuda de Estado, cuando la adquisición de participaciones sea de una empresa de fuera de la Unión Europea. Se llegaba a la conclusión, que dicho régimen era incompatible con el mercado común y, por lo tanto, ilegal. En ese momento, varias sociedades residentes en España⁶ solicitan al Tribunal General de la Unión Europea la anulación de dichas decisiones, el cual en 2014, se pronuncia de forma favorable en ese sentido. Es

⁴ Decisión Comisión Europea 2011/5/CE, de 28 de octubre de 2009.

⁵ Decisión Comisión Europea 2011/282/UE, de 12 de enero de 2011.

⁶ Abertis Infraestructuras SA, Acerinox SA, Aeropuerto de Belfast SA, Altadis SA, Fomento de Construcciones y Contratas SA, Amey UK Ltd, Applus Servicios Tecnológicos SL, Asociación Española de Banca (AEB), Asociación Española de la Industria Eléctrica (UNESA), Asociación de Empresas Constructoras de Ámbito Nacional (SEOPAN), Asociación de Marcas Renombradas Españolas, Asociación Española de Asesores Fiscales, Amadeus IT Group SA, Banco Bilbao Vizcaya Argentaria (BBVA) SA, Banco Santander SA, Club de Exportadores e Inversores Españoles, Compañía de distribución integral Logista SA, Confederación Española de Organizaciones Empresariales, Confederación Española de la Pequeña y Mediana Empresa (CEPYME), Ebro Puleva SA, Ferrovial Servicios SA, Hewlett-Packard Española SL, La Caixa SA, Iberdrola SA, Norvarem SA, Prosegur Compañía de Seguridad SA, Sociedad General de Aguas de Barcelona SA (Grupo AGBAR), Telefónica SA, más aquellas que prefirieron mantenerse en el anonimato.

entonces, cuando la Comisión Europea recurre dichos pronunciamientos ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, que, en 2016, casó las sentencias y las devolvió al Tribunal General para que estudiara y en su caso reconsiderara su pronunciamiento. En el año 2018, dicho tribunal concluyó que el régimen de la deducibilidad del fondo de comercio financiero, vía amortización, supone una ayuda de Estado ilegal.

2. COMBINACIÓN DE NEGOCIOS:

Antes de entrar propiamente en materia, hay que analizar y conocer muy bien una serie de elementos que juegan un papel muy importante en esta situación y, sin los cuales, no se puede entender realmente lo que está ocurriendo.

El fondo de comercio “directo o normal” nace como consecuencia de una combinación de negocios. El fondo de comercio financiero solo surge en la adquisición de instrumentos financieros en el contexto de una combinación de negocios, de ahí la importancia que tiene analizar este concepto. Establece el Plan General de Contabilidad, Real Decreto 1514/2007, de 16 de noviembre una norma particular sobre los inmovilizados intangibles y, más concretamente, sobre el fondo de comercio directo:

«6.ª Normas particulares sobre el inmovilizado intangible

[...]

Fondo de comercio. Sólo podrá figurar en el activo, cuando su valor se ponga de manifiesto en virtud de una adquisición onerosa, en el contexto de una combinación de negocios.

Su importe se determinará de acuerdo con lo indicado en la norma relativa a combinaciones de negocios y deberá asignarse desde la fecha de adquisición entre cada una de las unidades generadoras de efectivo de la empresa, sobre las que se espere que recaigan los beneficios de las sinergias de la combinación de negocios.»

El fondo de comercio directo solo aparece como consecuencia de una combinación de negocios. Es decir, **una adquisición por parte de una empresa de un conjunto de elementos patrimoniales pertenecientes a otra empresa y que constituyen un**

negocio.⁷ No obstante, habrá que preguntarse cuándo nos encontramos ante una combinación de negocios y cuándo ante una simple compra de un activo para la empresa, que en ningún caso, generara un fondo de comercio. Una empresa no puede reconocer dentro de su contabilidad su propio fondo de comercio, sino que para ello debe llevar a cabo una adquisición, y lo que está registrando es la diferencia entre el valor pagado y el valor neto contable de los activos y pasivos que ha recibido. Deberá registrarlo en su balance en el momento de la adquisición. El Plan General de Contabilidad define una combinación de negocios como **“una operación en la que una empresa adquiera el control de uno o varios negocios”** y un negocio como **“un conjunto integrado de actividades y activos susceptibles de ser dirigidos y gestionados con el propósito de proporcionar un rendimiento, menores costes u otros beneficios económicos directamente a sus propietarios o partícipes”**. El Plan establece en su norma 19 la regulación de las combinaciones de negocios:

«19.ª Combinaciones de negocios:

Las combinaciones de negocios, en función de la forma jurídica empleada, pueden originarse como consecuencia de:

“a) La fusión o escisión de varias empresas.

b) La adquisición de todos los elementos patrimoniales de una empresa o de una parte que constituya uno o más negocios.

c) La adquisición de las acciones o participaciones en el capital de una empresa, incluyendo las recibidas en virtud de una aportación no dineraria en la constitución de una sociedad o posterior ampliación de capital.

d) Otras operaciones o sucesos cuyo resultado es que una empresa, que posee o no previamente participación en el capital de una sociedad, adquiere el control sobre esta última sin realizar una inversión.»

Estos son los cuatro supuestos diferentes que generan una combinación de negocios, y, por ende, por los que puede surgir un fondo de comercio. En nuestro tema, nos interesa el apartado c, puesto que es el único caso en el que se daba la amortización del fondo de comercio financiero. Además, las combinaciones de negocios podían darse, en teoría, entre empresas residentes en España y, entre entidades residentes en España y no residentes. Sin embargo, en la práctica, cuando se trataba de adquisiciones fuera de

⁷ Centro de Estudios Financieros. *El fondo de comercio. Combinaciones de negocios.* 2020

España, se entendía que existían obstáculos jurídicos y económicos suficientes como para que fuera muy complicado llevar a cabo una combinación de negocios. Es por ello, que se crea la medida del art. 12.5 del TRLIS, para intentar equiparar ambas situaciones jurídicas, de tal modo que, “*cuando se adquieran valores representativos de la participación en fondo propios de entidades no residentes en territorio español*”, se podía deducir el fondo de comercio financiero que se generaba, de la base imponible del impuesto sobre sociedades que la sociedad debía pagar. Todo ello, sin perjuicio de los requisitos que se tenían que cumplir a la hora de adoptar este régimen como veremos más adelante. Cabe mencionar en este punto, las Normas Internacionales de Información Financiera (NIIF). Define la **NIIF 3** una combinación de negocios como:

« [...] una transacción u otro suceso en el que la adquirente obtiene el control de uno o más negocios. Una adquirente puede obtener el control de una adquirida mediante una variedad de formas, por ejemplo:

- (a) transfiriendo efectivo, medios líquidos equivalentes u otros activos (incluyendo activos netos que constituyen un negocio);*
- (b) incurriendo en pasivos;*
- (c) emitiendo participaciones en el patrimonio;*
- (d) entregando más de un tipo de contraprestación; o*
- (e) sin transferir contraprestación alguna, incluyendo la de solo mediante un contrato*

Una combinación de negocios puede estructurarse de diferentes formas por motivos legales, fiscales o de otro tipo, lo que incluye pero no se limita a:

- (a) uno o más negocios que se convierten en dependientes de una adquirente o los activos netos de uno o más negocios que legalmente se fusionan en la adquirente;*
- (b) una de las entidades que se combina transfiere sus activos netos, o sus propietarios transfieren sus participaciones en el patrimonio, a otra entidad de las que se combina o a sus propietarios;*
- (c) todas las entidades que se combinan transfieren sus activos netos, o los propietarios de esas entidades transfieren sus participaciones en el patrimonio,*

a una nueva entidad que se constituye (en ocasiones conocida como una transacción de inversión sucesiva o de puesta en común); o

(d) un grupo de anteriores propietarios de una de las entidades que se combinan obtiene el control de la entidad combinada.

En ausencia de evidencia en contrario, un conjunto concreto de activos y actividades en los que hay un fondo de comercio deberá suponerse que es un negocio. Sin embargo, un negocio no necesita tener fondo de comercio.»

Por lo tanto, como se puede observar, una combinación de negocios se puede estructurar de muchas maneras diferentes. Es más, como podemos ver, en muchos casos el Plan General de Contabilidad y las Normas Internacionales de Información Financiera no contemplan exactamente los mismos supuestos. De ahí, que se pueda crear una cierta inseguridad jurídica puesto que las empresas podrán argumentar que se encuentran en unos casos u en otros. Las NIIFs no tienen fuerza obligatoria pero sí son consideradas como *soft-law* de bastante importancia. De ellas, se pueden extraer varios elementos que no habíamos tenido en consideración:

En primer lugar, que en una adquisición en la que exista un fondo de comercio, se puede presumir que se está adquiriendo un negocio y que por ello nos encontramos ante una combinación de negocios.

En segundo lugar, que existen distintas maneras de estructurar una combinación de negocios, ya sea por motivos legales, por motivos fiscales, u otros y de ahí, que las formas de una combinación de negocios sean casi ilimitadas. En algunos casos se buscará simular que no existió una combinación de negocios cuando sí la hubo y en otros casos se querrá aparentar una combinación de negocios cuando no la hubo. Es por ello, que siempre se ha dado mucho énfasis en definir correctamente este término.

En tercer lugar, en una combinación de negocios debe de haber una toma de control. Sin toma de control, no existirá una combinación de negocios. El Código de Comercio, en su artículo 42, define lo que se entiende por toma de control:

«En particular, se presumirá que existe control cuando una sociedad, que se calificará como dominante, se encuentre en relación con otra sociedad, que se calificará como dependiente, en alguna de las siguientes situaciones:

- a) *Posea la mayoría de los derechos de voto.*
- b) *Tenga la facultad de nombrar o destituir a la mayoría de los miembros del órgano de administración.*
- c) *Pueda disponer, en virtud de acuerdos celebrados con terceros, de la mayoría de los derechos de voto.*
- d) *Haya designado con sus votos a la mayoría de los miembros del órgano de administración, que desempeñen su cargo en el momento en que deban formularse las cuentas consolidadas y durante los dos ejercicios inmediatamente anteriores. En particular, se presumirá esta circunstancia cuando la mayoría de los miembros del órgano de administración de la sociedad dominada sean miembros del órgano de administración o altos directivos de la sociedad dominante o de otra dominada por ésta. Este supuesto no dará lugar a la consolidación si la sociedad cuyos administradores han sido nombrados, está vinculada a otra en alguno de los casos previstos en las dos primeras letras de este apartado.»*

Por tanto, cuando se dé uno de estos casos, nos encontraremos ante una toma de control. Cosa que nos ayudará a identificar que estamos ante una operación que muy posiblemente pueda catalogarse como una combinación de negocios y de ahí, surgirá un fondo de comercio.

3. FONDO DE COMERCIO Y FONDO DE COMERCIO FINANCIERO:

El fondo de comercio directo y el fondo de comercio financiero no son equivalentes. Es por ello, que no siendo elemento principal de este trabajo estudiar el fondo de comercio directo, habrá que hacer una serie de matizaciones sobre su evolución y sobre el mismo, para poder llegar a entender el fondo de comercio financiero. Por tanto, son conceptos distintos, que tienen sus similitudes, pero que hay que saber diferenciar. Las principales características del fondo de comercio “directo o normal” son las siguientes:

- surge exclusivamente de una operación de adquisición onerosa, en la forma de una combinación de negocios. Debe de haber una toma de control por parte de una de las dos empresas.
- se trata de la diferencia entre lo pagado y lo recibido. La fórmula para calcularlo es la diferencia entre el valor contable y el valor de adquisición de los activos y pasivos que se han comprado. No hay una técnica o norma que establezca lo que vale o los límites del fondo de comercio, sino que dependerá del caso concreto.
- se reconoce en el momento de adquisición, ni antes ni después de la operación.
- se trata de un intangible o un conjunto de bienes inmateriales que generan e implican valor para la empresa (nombre o razón social, clientela, prestigio, experiencia, organización, eficiencia, conocimientos, patentes...).

El fondo de comercio surge en la adquisición de un negocio y se corresponde con el exceso que hemos pagado respecto al valor neto de los activos y pasivos que hemos adquirido. Se contabiliza en el balance de la empresa como un activo intangible y a lo largo de los años su regulación ha ido cambiando.

Con anterioridad al Plan General de Contabilidad del 2007, la norma contable y la norma fiscal coincidían, en que el fondo de comercio era un activo amortizable que tenía una vida útil de 20 años y del que se permitía la deducción del 5% anual de su valor. Sin embargo, en 2008, con la entrada en vigor del PGC, este régimen empieza a tener sus modificaciones: en el ámbito contable, el fondo de comercio se deja de amortizar, se considera que es un activo de vida útil indefinida y que se tiene que someter a un test de deterioro de valor anual, de tal forma, que si existía un deterioro, este debía de registrarse como una pérdida irreversible en el resultado del ejercicio. En cambio, en la normativa fiscal se mantiene la depreciación del fondo de comercio amortización del 5% hasta el año 2011 en concepto de pérdidas por deterioro. Para los

ejercicios 2012, 2013, 2014 y 2015 se redujo el límite máximo de amortización al 1% y en el año 2015, se recuperó el régimen anterior del 5% fiscalmente deducible.

En el año 2015, la reforma de la Ley 22/2015, de 20 de julio, de Auditoría de Cuentas, y la normativa contable vuelve a cambiar el sistema establecido y deja de someter el fondo de comercio a un test de deterioro. Se recupera la amortización para un período máximo de 10 años, es decir, un límite anual del 10%. La modificación de esta ley se lleva a cabo, con el objetivo de transponer al sistema jurídico español, la Directiva 2013/34/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, sobre los estados financieros anuales, los estados financieros consolidados y otros informes afines de cierto tipo de empresas. Esta Directiva, se realiza en el contexto de los años posteriores a la crisis financiera y ante la sospecha por parte de la Unión Europea de que, tanto las PYMEs como las sociedades cotizadas, no estaban contabilizando correctamente el daño que la crisis económica y financiera les estaba causando. Es decir, se estaba ofreciendo una imagen fiel del patrimonio de las empresas que no se correspondía con la realidad.

El fondo de comercio financiero surge en la adquisición de instrumentos financieros (acciones o participaciones). No se contabiliza en el balance de la empresa como un activo intangible, sino que se recoge en la valoración de las acciones o participaciones adquiridas. Es decir, no se muestra de forma expresa o independiente en los estados financieros de la empresa, como sí lo hace el fondo de comercio directo. Se trata de la parte del precio que excede respecto al valor de mercado en la adquisición de un negocio mediante instrumentos financieros y que no es imputable directamente a los activos de dicho negocio. En palabras de Iratxe Celaya Acordarrementería (Socia de Uría Menéndez) y Maite Urruticoechea Uriarte (abogada de Uría Menéndez y profesora de master en la Universidad de Deusto), (citar donde está escrito) especializadas en derecho tributario⁸:

⁸ CELAYA ACORDARREMENTERÍA, I. and URRUTICOECHEA URIARTE, M.: *El Fondo De Comercio Desde Una Perspectiva Fiscal*. Actualidad Jurídica Uría Menéndez. 2011. pp 98-102

«El fondo de comercio financiero puede definirse como la diferencia entre el precio de adquisición de una participación en el capital de una entidad y el patrimonio neto de la citada entidad proporcionalmente correspondiente a dicha participación en la fecha de adquisición, en la parte que no sea imputable a un mayor valor de los activos materiales e inmateriales de la entidad participada no registrado en libros.»

Nuestro objetivo es por tanto, analizar la controversia que se produce en la amortización del fondo de comercio financiero; y, más concretamente, en la que se crea cuando se lleva a cabo una adquisición de instrumentos financieros de una empresa no perteneciente al territorio español y que daba derecho a la amortización y la deducción. Esta ha sido una de la cuestión más importantes y discutidas a lo largo de los últimos veinte años en el derecho tributario español e internacional y que aún no ha terminado de resolverse.

4. EL ARTÍCULO 12.5 DE LA LEY DEL IMPUESTO SOBRE SOCIEDADES:

El problema comienza en el año 2001 cuando se modifica la Ley 43/1995, de 27 de diciembre, del Impuesto sobre Sociedades. En ese año se introduce en nuestro Ordenamiento Tributario el apartado número 5 del artículo 12, con efectos para las adquisiciones de participaciones realizadas en los períodos impositivos que se inicien a partir de 1 de enero de 2002, por el número 5 del artículo 2 de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social. Esta ley se aprobó con la idea de favorecer el crecimiento económico dado la ralentización y el cambio de tendencia del ciclo económico que se estaba produciendo. Se pretendía así dar forma a las nuevas medidas de política económica del Gobierno y a los cambios que se iban a llevar a cabo en tributación personal y societaria.

El artículo 12,5, a pesar de encontrarse bajo la rúbrica del art. 12 LIS, “Correcciones de valor: pérdida por deterioro del valor de los elementos patrimoniales” y que parte de la doctrina defendiera su carácter de deterioro puramente fiscal, consistía

en un incentivo fiscal. Entendemos por incentivo fiscal, aquel estímulo en forma de bonificaciones en el pago de ciertas obligaciones tributarias que se concede a los sujetos pasivos de dichos tributos para promover la realización de determinadas actividades consideradas de interés por parte del sector público.⁹ Cuando el Estado considera que ciertas actividades son de interés general para toda la sociedad, concede una exención, reducción o bonificación en el pago del tributo que conllevaría, para así favorecer y promover la realización de esta actividad. Es decir, el Estado evita gravar a las empresas con un determinado impuesto para facilitar la puesta en marcha de ciertas operaciones y espera, que a largo plazo, esto afecte de forma positiva en la economía y en la sociedad.

En nuestro caso, se planteaba con dos ideas principales. Por un lado equiparar el tratamiento fiscal que tenían el fondo de comercio y el fondo de comercio financiero; y, por otro lado, con la finalidad de incentivar la internacionalización de las empresas españolas. Se pensaba que de esta forma se superaban obstáculos jurídicos y económicos que tenían las empresas españolas para poder adentrarse en determinados mercados extranjeros y llevar a cabo determinadas adquisiciones y fusiones transfronterizas. El artículo 12.5 quedaba por consiguiente redactado de la siguiente manera:

«5. Cuando se adquieran valores representativos de la participación en fondos propios de entidades no residentes en territorio español, cuyas rentas puedan acogerse a la exención establecida en el artículo 20 bis de esta Ley, el importe de la diferencia entre el precio de adquisición de la participación y su valor teórico contable a la fecha de adquisición se imputará a los bienes y derechos de la entidad no residente en territorio español, de conformidad con los criterios establecidos en el Real Decreto 1815/1991, de 20 de diciembre, por el que se aprueban las normas para la formulación de cuentas anuales consolidadas, y la parte de la diferencia que no hubiera sido imputada será deducible de la base imponible, con el límite anual máximo de la veintava parte de su importe, salvo que se hubiese incluido en la base de la deducción del artículo 34 de esta Ley, sin perjuicio de lo establecido con la normativa contable de aplicación.»

⁹ Vocabulario de términos fiscales. Recurso online obtenido de:
<http://www.ub.edu/gidei/vocabulari/es/node/808>

La deducción de esta diferencia será compatible, en su caso, con las dotaciones a que se refiere el apartado 3 de este artículo.»

Esta medida fiscal, establecía fundamentalmente, que si una entidad sujeta al impuesto sobre sociedades adquiría una participación de al menos un 5% en una sociedad que no tuviera su domicilio fiscal en España y dicha participación se mantenía de manera ininterrumpida durante al menos un año, el fondo de comercio financiero resultante de esa adquisición podía deducirse, en forma de amortización de la base imponible del Impuesto sobre Sociedades que esa empresa debía pagar. De esta forma, no todo el mundo se podía acoger a este régimen, sino que se debían de dar distintos requisitos:

- En primer lugar, que la adquisición que se llevara a cabo **fuera de valores representativos de entidades no residentes en España,**
- y, en segundo lugar, que **se acogiera a los criterios para la exención establecida del artículo 20 bis¹⁰** de la LIS.

¹⁰ ***Artículo 20 bis Exención para evitar la doble imposición económica internacional sobre dividendos y rentas de fuente extranjera derivadas de la transmisión de valores representativos de los fondos propios de entidades no residentes en territorio español***

1. Estarán exentos los dividendos o participaciones en beneficios de entidades no residentes en territorio español, cuando se cumplan los siguientes requisitos:

- *a) Que el porcentaje de participación, directa o indirecta, en el capital o en los fondos propios de la entidad no residente sea, al menos, del 5 por 100.
La participación correspondiente se deberá poseer de manera ininterrumpida durante el año anterior al día en que sea exigible el beneficio que se distribuya o, en su defecto, se deberá mantener posteriormente durante el tiempo necesario para completar dicho plazo. [...]*
- *b) Que la entidad participada haya estado gravada por un impuesto extranjero de naturaleza idéntica o análoga a este impuesto en el ejercicio en que se hayan obtenido los beneficios que se reparten o en los que se participa. [...]*

Se presumirá cumplido este requisito, salvo prueba en contrario, cuando la entidad participada sea residente en un país con el que España tenga suscrito un convenio para evitar la doble imposición internacional, que le sea de aplicación y que contenga cláusula de intercambio de información.

En ningún caso se aplicará lo dispuesto en este artículo cuando la entidad participada sea residente en un país o territorio calificado reglamentariamente como paraíso fiscal.

- *c) Que los beneficios que se reparten o en los que se participa procedan de la realización de actividades empresariales en el extranjero.*

Es decir, para que una entidad español pudiera acogerse al régimen fiscal de deducción del fondo de comercio financiero la operación debía de presentar las siguientes características:

- adquisición de valores representativos de una entidad que no fuera residente en España,
- que el porcentaje de las participaciones fuera de, al menos el 5%, ya sea de forma directa o indirectamente, y que estas se debían mantener de manera ininterrumpida al menos durante un año,
- que la entidad participada extranjera estuviera gravada a un impuesto idéntico o análogo al Impuesto sobre Sociedades, y se presumía que esto era así cuando España tuviera suscrito un convenio para evitar la doble imposición internacional y con cláusula de intercambio de información en el mismo. No se presumía cuando se tratara de un paraíso fiscal,
- y que los beneficios de la entidad extranjera participada provinieran de actividades realizadas en el extranjero. Además, al menos el 85% de los ingreso de la entidad extranjera deben proceder de las actividades que se relatan en las letras a' y b'.

Sólo se considerará cumplido este requisito cuando al menos el 85 por 100 de los ingresos del ejercicio correspondan a:

- *a') Rentas que se hayan obtenido en el extranjero [...] En particular, [...] las siguientes actividades:*
 - *1.ª Comercio al por mayor, cuando los bienes sean puestos a disposición de los adquirentes en el país o territorio en el que resida la entidad participada o en cualquier otro país o territorio diferente del español, siempre que las mismas se efectúen a través de la organización de medios personales y materiales de que disponga la entidad participada.*
 - *2.ª Servicios, [...]*
 - *3.ª Crediticias y financieras [...]*
 - *4.ª Aseguradoras y reaseguradoras [...]*
- *b') Dividendos o participaciones en beneficios de otras entidades no residentes respecto de las cuales el sujeto pasivo tenga una participación indirecta que cumpla los requisitos de porcentaje y antigüedad previstos en la letra a), cuando los referidos beneficios y entidades cumplan, a su vez, los requisitos establecidos en las demás letras de este apartado. Asimismo, rentas derivadas de la transmisión de la participación en dichas entidades no residentes, [...]*

- Por último, existía un límite de amortización de 20 años, es decir, una deducción anual del 5% del fondo de comercio financiero y que no se hubiera incluido en la base de deducción por actividades de exportación.

Este régimen se mantuvo inalterado durante los ejercicios 2002 y 2003. No obstante, en el año 2004, entró en vigor el Real Decreto Legislativo 4/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades y que aglutinó todas aquellas modificaciones que se habían llevado a cabo desde el año 1995 en la Ley del Impuesto sobre Sociedades y que se encontraban muy dispersas en nuestro ordenamiento jurídico.

Con este nuevo cambio, el artículo 12.5 no sufrió grandes alteraciones, sin embargo los requisitos que se encontraban en el artículo 20 bis pasaron a situarse en el artículo 21 del TRLIS. Al artículo 12.5 se le añadió, que para acudir a este régimen, se debía aplicar “*el método de integración global establecido en el artículo 46 del Código de Comercio y demás normas de desarrollo*” y que la parte del fondo de comercio financiero que no fuera imputada a este método se podía deducir de la base imponible. El método de integración global se aplica en los estados financieros de grupos de sociedades de tal manera que se incorpora al balance de la sociedad dominante los bienes y derecho del conjunto de sociedades del grupo¹¹. El artículo 42 del Código de Comercio establece lo que se entiende por grupo de sociedades¹².

¹¹ **MONCLÚS SALAMERO, A:** *Método de Integración Global, Consolidación contable*. 2000. Recurso online obtenido de: <https://ciberconta.unizar.es/leccion/metinpr/100.HTM>

¹² **Art. 42.**

1. [...]

Existe un grupo cuando una sociedad ostente o pueda ostentar, directa o indirectamente, el control de otra u otras. En particular, se presumirá que existe control [...] en alguna de las siguientes situaciones:

a) *Posea la mayoría de los derechos de voto.*

b) *Tenga la facultad de nombrar o destituir a la mayoría de los miembros del órgano de administración.*

c) *Pueda disponer, en virtud de acuerdos celebrados con terceros, de la mayoría de los derechos de voto.*

Es decir, sería el supuesto tipo, de una empresa española que adquiriese más del 51% de las participaciones de una entidad no residente en España y que, en ese caso, no podría acogerse al régimen de deducción del fondo de comercio financiero. El segundo caso representativo, sería aquel, en el que aun sin adquirir el 51% de las participaciones, la empresa española pudiera, ya sea a través de acuerdos o de votos, nombrar o destituir a la mayoría de miembros del órgano de administración o disponer de la mayoría de votos. En ambos casos, la entidad española no podría acogerse al régimen fiscal de la amortización del fondo de comercio.

En el año 2006, una empresa española iba a proceder a la fusión por absorción de una sociedad residente en Italia y, ante tal operación, le planteó cuatro cuestiones distintas a la Dirección General de Tributos, de las cuales dos eran relativas a medida de deducción del art. 12.5 TRLIS. La DGT informa y responde en la Resolución Vinculante V2245-06 de 10 de noviembre de 2006 en el siguiente sentido:

«1. Si es posible que la entidad consultante se deduzca en la base imponible la diferencia entre el precio de adquisición y el valor teórico de las participaciones en las sociedades filiales no residentes, que no se haya imputado a los bienes y derechos de éstas, teniendo en cuenta que se cumplen los requisitos del artículo 21 del texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades.

[...]

3. Si las deducciones practicadas por la entidad en la base imponible del Impuesto sobre Sociedades, por aplicación del artículo 12.5 del texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades, revierten con la transmisión de las participaciones en las entidades filiales.»

La DGT resuelve la primera cuestión atendiendo en primer lugar, los requisitos que son de obligado cumplimiento del art. 21 TRLIS para poder acudir al régimen de deducción del fondo de comercio financiero.

d) Haya designado con sus votos a la mayoría de los miembros del órgano de administración, que desempeñen su cargo en el momento en que deban formularse las cuentas consolidadas durante los dos ejercicios inmediatamente anteriores. [...]

A los efectos de este apartado, a los derechos de voto de la entidad dominante se añadirán los que posea a través de otras sociedades dependientes o a través de personas que actúen en su propio nombre pero por cuenta de la entidad dominante o de otras dependientes o aquellos de los que disponga concertadamente con cualquier otra persona. [...]

En segundo lugar, la DGT establece la manera de proceder ante una situación como esta. Para ello, se debe tomar, en el momento de la fecha de adquisición de las participaciones, el precio de adquisición y restarle su valor teórico contable. Este último valor se trata de la parta proporcional de las participaciones adquiridas de la entidad no residente en España en relación con los fondos propios de la misma. A partir de ahí, la diferencia positiva se debe imputar a los bienes y derechos de la entidad no residente hasta el límite del valor de mercado del elemento patrimonial del que se trate y la parte restante será deducible con el límite anual del 5% de su importe. En palabras de la DGT:

«Así, [...] la diferencia positiva existente entre el precio de adquisición de las participaciones directas en cada una de las sociedades no residentes y su valor teórico contable a la fecha de dicha adquisición que no resulte imputable a los bienes y derechos de cada una de las sociedades adquiridas, de acuerdo con los criterios del Real Decreto 1815/1991, será deducible a efectos fiscales con el límite anual máximo de la veinteava parte de su importe, sin que ello esté condicionado a su imputación contable en la cuenta de pérdidas y ganancias.»

Con respecto a la tercera cuestión que se planteó en dicha consulta, la Dirección General de Tributos responde diciendo, que el art. 12.5 es una corrección de valor que no requiere de registro contable, a diferencia de las otras correcciones del artículo 12 TRLIS. Establece además, que el art. 12.5 determina un ajuste temporal en la base imponible del impuesto y que cuando se transmiten las participaciones a entidades filiales, la exención solo será de la parte de renta que sea superior a la corrección valorativa, la cual deberá integrarse en la base imponible del periodo en que se transmitan las participaciones. La ventaja fiscal consistía en ir amortizando a un límite del 5% del importe del valor contable del fondo de comercio y cuando estas participaciones se enajenaran la plusvalía obtenida se encontraba exenta.

«3. [...] cabe deducir que el artículo 12.5 del TRLIS determina un ajuste temporal en la base imponible del Impuesto, ya que, cuando se transmitan las participaciones correspondientes a entidades no residentes en territorio español que cumplan los requisitos mencionados anteriormente, la exención se aplicará sólo por aquella parte de renta que sea superior a la corrección valorativa prevista en el artículo 12.5 del TRLIS, lo que en la práctica se traduce en una reversión fiscal de la mencionada corrección⁴⁴, dando lugar, por tanto, a la integración del importe de las correcciones valorativas realizadas en aplicación

del artículo 12.5 del TRLIS en la base imponible del período impositivo en el que se transmitan las participaciones.»

Este régimen fiscal se mantuvo inalterado desde el año 2004 hasta el año 2009, cuando la Comisión Europea en sentencia de 28 de octubre de 2009 declaró, que este régimen constituye una ayuda de Estado en los supuestos en que se trata de una adquisición societaria en países de la Unión Europea; y hasta 2011 para las adquisiciones extracomunitarias, cuando la Comisión Europea en fecha 12 de enero de 2011 se pronunció de igual manera. Durante este periodo, el número de fusiones transfronterizas que se llevaron a cabo superó con creces los registros que se tenían hasta entonces. En el año 2006, España alcanzó la cifra récord de 113.149 millones de euros dirigidos a fusiones y adquisiciones no nacionales. Es más, estas operaciones presentaban un volumen medio superior a las operaciones nacionales.¹³

5. DECISIÓN DE LA COMISIÓN EUROPEA, 28 DE OCTUBRE DE 2009 (2011/5/CE):

El artículo 87, sección II (Ayudas otorgadas por los Estados), Capítulo I (Normas sobre competencias), Título VI (Normas comunes sobre competencia, fiscalidad y aproximación de las legislaciones), del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea (vigente hasta el 1 de diciembre de 2009), establece en su apartado 1, las condiciones necesarias para que una medida puede catalogarse de ayuda estatal, y en sus apartados 2 y 3, aquellas medidas que, aun siendo ayudas de estado, son compatibles con el mercado común¹⁴.

¹³ ZOZAYA GONZÁLEZ, N.: *Las fusiones y adquisiciones como fórmula de crecimiento empresarial*.

Ipyme.org, 2007. Recurso online obtenido de:

<http://www.ipyme.org/publicaciones/las%20fusiones%20y%20adquisiciones%20como%20formula%20de%20crecimiento%20empresarial.pdf>.

¹⁴ **Artículo 87.**

1. Salvo que el presente Tratado disponga otra cosa, serán incompatibles con el mercado común, en la medida en que afecten a los intercambios comerciales entre Estados miembros, las ayudas otorgadas por los Estados o mediante fondos estatales, bajo cualquier forma, que falseen o amenacen falsear la competencia, favoreciendo a determinadas empresas o producciones.

2. Serán compatibles con el mercado común:

Una ayuda de Estado es, por tanto, aquella medida, subvención o fondos otorgada por los poderes públicos en el marco de su política económica con la finalidad de favorecer una, varias o un grupo de empresas, o un sector empresarial en concreto. *“Puede abarcar tanto prestaciones positivas como intervenciones, bajo formas diversas, como aliviar cargas y, que son subvenciones en el sentido estricto, son de la misma naturaleza y tienen efectos idénticos”*.¹⁵ La forma que adopte será indiferente, siempre y cuando, proporcione una ventaja económica o financiera, de la que las empresas no se habrían beneficiado en la práctica normal de su actividad. Con carácter general, se prohíben, todas aquellas, *“que falseen o amenacen falsear la competencia, favoreciendo a determinadas empresas o producciones”* (art. 87). Para saber si estamos ante una ayuda de Estado, habrá que analizar si se dan sus cuatro características principales:

- transferencia de recursos públicos de un Estado miembro,
- ventaja económica,

-
- a. *Las ayudas de carácter social concedidas a los consumidores individuales, siempre que se otorguen sin discriminaciones basadas en el origen de los productos;*
 - b. *Las ayudas destinadas a reparar los perjuicios causados por desastres naturales o por otros acontecimientos de carácter excepcional;*
 - c. *Las ayudas concedidas con objeto de favorecer la economía de determinadas regiones de la República Federal de Alemania, afectadas por la división de Alemania, en la medida en que sean necesarias para compensar las desventajas económicas que resultan de tal división.*

3. *Podrán considerarse compatibles con el mercado común:*

- a. *Las ayudas destinadas a favorecer el desarrollo económico de regiones en las que el nivel de vida sea anormalmente bajo o en las que exista una grave situación de subempleo;*
- b. *Las ayudas para fomentar la realización de un proyecto importante de interés común europeo o destinadas a poner remedio a una grave perturbación en la economía de un Estado miembro;*
- c. *Las ayudas destinadas a facilitar el desarrollo de determinadas actividades o de determinadas regiones económicas, siempre que no alteren las condiciones de los intercambios en forma contraria al interés común;*
- d. *Las ayudas destinadas a promover la cultura y la conservación del patrimonio, cuando no alteren las condiciones de los intercambios y de la competencia en la Comunidad en contra del interés común;*
- e. *Las demás categorías de ayudas que determine el Consejo por decisión, tomada por mayoría cualificada, a propuesta de la Comisión.*

¹⁵ Sentencia del Tribunal de Justicia, de 15 de marzo de 1994, asunto C-387/92.

- carácter selectivo,
- y afectar negativamente a la competencia y los intercambios comerciales.¹⁶

De este modo, las ayudas de Estado no están totalmente prohibidas. Están permitidas, las ayudas de carácter social concedidas a consumidores individuales, las destinadas a reparar los perjuicios causados por desastres naturales o acontecimientos de carácter excepcional y las que se destinan a determinadas regiones que pertenecieron a la República Federal de Alemania; y pueden autorizarse, las ayudas regionales, las sectoriales, las destinadas a facilitar el desarrollo de determinadas actividades o regiones económicas y las que determine el Consejo por mayoría cualificada a propuesta de la Comisión.

La Comisión Europea es la encargada de controlar la legalidad de las ayudas estatales. De ahí, que sea este, el organismo competente para recibir, tramitar y conocer de las denuncias e instruir el procedimiento de investigación y quien en último caso resuelva. En caso de determinarse la ilegalidad de la ayuda, se puede obligar a las empresas a devolver las cantidades obtenidas de dicho régimen y al Estado a modificarlo o suprimirlo. En última instancia, la Comisión Europea puede plantear un recurso de incumplimiento ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (a partir de 2009 Tribunal de Justicia de la Unión Europea).

El artículo 88 establece el procedimiento formal de investigación al que se debe acudir en caso de existir una presunta ayuda de estado dentro de uno de los Estados miembros de la Unión Europea¹⁷. En un momento previo a la incoación del

¹⁶ Gobierno de Canarias, Consejería de Hacienda, Presupuestos y Asuntos Europeos. *Definición de ayudas de Estado*. 2019. Recurso online obtenido de:

https://www.gobiernodecanarias.org/asuntoseuropeos/ayudas_estado/definicion_ayudas_estado/

¹⁷ **Artículo 88.**

1. La Comisión examinará permanentemente, junto con los Estados miembros, los regímenes de ayudas existentes en dichos Estados. Propondrá a éstos las medidas apropiadas que exija el desarrollo progresivo o el funcionamiento del mercado común.

2. Si, después de haber emplazado a los interesados para que presenten sus observaciones, la Comisión comprobare que una ayuda otorgada por un Estado o mediante fondos estatales no es compatible con el mercado común en virtud del artículo 87, o que dicha ayuda se aplica de manera abusiva, decidirá que el Estado interesado la suprima o modifique en el plazo que ella misma determine.

procedimiento, se recibieron alegaciones por parte de España y de 32 terceros interesados (cfr. pie de página 6) y se celebraron reuniones técnicas para estudiar la aplicación del régimen fiscal y el análisis complementario de la legislación española. A partir de entonces, se decide iniciar el procedimiento, entendiéndose que se puede estar ante una ayuda de estado puesto que la medida parece constituir “*un incentivo excepcional*” y con carácter selectivo, en la medida en que, solo se aplica a aquellas empresas que cumplen los requisitos del art. 21 TRLIS. Es más, en sentencia del Tribunal de Justicia de 10 de diciembre de 1969 (Asuntos 6/69 y 11/69) se determinó que: “*una reducción fiscal que favorece solo a la exportación de productos nacionales constituye una ayuda estatal.*”

España y los 32 terceros interesados mantuvieron: que se trataba de una medida general, puesto que permitía la amortización a cualquier contribuyente que adquiriese una participación significativa en una empresa extranjera y que una conclusión diferente vulneraría el principio de seguridad jurídica. Es decir, se podían acoger a dicho régimen cualquier tipo de empresa, independientemente de su actividad. Para ello, los argumentos que esgrimieron a favor fueron los siguientes:

- no confiere una ventaja económica,
- no favorece a determinadas empresas o producciones,
- no falsea o amenaza falsear la competencia entre los Estados miembros ni afecta al comercio comunitario,

Si el Estado de que se trate no cumpliera esta decisión en el plazo establecido, la Comisión o cualquier otro Estado interesado podrá recurrir directamente al Tribunal de Justicia, no obstante lo dispuesto en los [artículos 226](#) y [227](#).

A petición de un Estado miembro, el Consejo podrá decidir, por unanimidad y no obstante lo dispuesto en el [artículo 87](#) o en los reglamentos previstos en el [artículo 89](#), que la ayuda que ha concedido o va a conceder dicho Estado sea considerada compatible con el mercado común, cuando circunstancias excepcionales justifiquen dicha decisión. Si, con respecto a esta ayuda, la Comisión hubiere iniciado el procedimiento previsto en el párrafo primero del presente apartado, la petición del Estado interesado dirigida al Consejo tendrá por efecto la suspensión de dicho procedimiento hasta que este último se haya pronunciado sobre la cuestión.

Sin embargo, si el Consejo no se hubiere pronunciado dentro de los tres meses siguientes a la petición, la Comisión decidirá al respecto.

3. La Comisión será informada de los proyectos dirigidos a conceder o modificar ayudas con la suficiente antelación para poder presentar sus observaciones. Si considerare que un proyecto no es compatible con el mercado común con arreglo al [artículo 87](#), la Comisión iniciará sin demora el procedimiento previsto en el apartado anterior. El Estado miembro interesado no podrá ejecutar las medidas proyectadas antes de que en dicho procedimiento haya recaído decisión definitiva.

- y, en caso de ser ayuda estatal, esta es compatible con el mercado único.

El procedimiento, por tanto, se sustanció en argumentar a favor o en contra de dicho motivos. España argumentaba, en primer lugar, que el régimen contable español no era un punto de referencia apropiado para fundamentar la existencia de una excepción en la norma fiscal ante la falta de armonización entre normas contables y fiscales. Es más, dicha medida no constituía una excepción al sistema fiscal español, dado que tanto el fondo de comercio como el fondo de comercio financiero se podían amortizar. En segundo lugar, la medida no confería una ventaja económica, puesto que no ofrecía un trato más favorable que los arts. 11.4 y 89.3 TRLIS y el criterio del 5% de participación era coherente con las condiciones del art. 89.3 TRLIS y las directrices y prácticas de la Comisión. Se alegaba, que en caso de venta de la participación, la cantidad deducida se recupera a través del impuesto o gravamen sobre la ganancia patrimonial o plusvalía y además, los beneficiarios de la ventaja eran los accionistas de la participada que perciben el precio pagado por la adquirente. La Comisión, por otra parte, afirmaba que el art. 12.5 TRLIS era único en el ámbito europeo y que no existía un régimen similar. En caso de subastas internacionales, la medida española era un factor determinante puesto que proporcionaba una ventaja a los adquirentes potenciales españoles al poder pagar un precio más elevado que el de sus competidores. Se calculaba que en una subasta en el sector bancario, las sociedades residentes en España podían pagar hasta un 7% más. Reclama dicho organismo, que la amortización del fondo de comercio solo se permitía en caso de una combinación de negocios y que la única excepción era la del art. 12.5 TRLIS. Es más, la Comisión entiende, que se trataba de un préstamo a 20 años sin intereses en el que no habría reembolso, salvo que las participaciones se transmitieran y, en caso contrario, lo que había era una condonación de deuda y una exención fiscal permanente.

En relación con el segundo motivo, España mantiene que la medida no era selectiva, ni *de facto* ni *de iure*, dado que el umbral del 5% no exigía invertir una determinada cuantía y por tanto, dicho régimen estaba abierto a cualquier empresa residente en España sin atender a su actividad, sector, dimensión, forma u otra característica. La Comisión mezclaba el concepto de selectividad y las condiciones objetivas de la medida. El hecho de que no todos los contribuyentes se beneficiaran de

este régimen no lo hacía selectivo de por sí. Además, se trataba de una aplicación del principio de neutralidad, en el sentido de que había que tratar de forma diferente a los contribuyentes que se encontraban en situaciones diferentes. Al no existir armonización a nivel comunitario ni internacional, se pretendía eliminar los obstáculos de hecho y de derecho existentes y garantizar el mismo trato fiscal a las adquisiciones nacionales y transfronterizas.

En este punto, la Comisión defiende, que la selectividad el art. 12.5 se debía, a que solo podían beneficiarse de este régimen un cierto grupo de empresas. Es decir, aquellas empresas de un determinado tamaño y solidez financiera que llevan a cabo operaciones multinacionales. Del mismo modo, no había criterios o condiciones objetivas u horizontales que justificara dicho régimen y solo las empresas residentes en España se podían aprovechar de este. Se trataba por tanto, de potenciar a aquellos operados españoles que adquirirían participaciones en empresas extranjeras. Asimismo, si la medida era inherente al sistema tributario español debía concederse a todas las adquisiciones de participaciones extranjeras que se habían dado y no solo a aquellas que se produjeron a partir del 1 de enero de 2002.

Con respecto a la competencia y el comercio comunitario. España y los interesados argumentaban que no se falseaba ni afectaba al mismo, en tanto en cuanto dicha medida estaba abierta a cualquier empresa española sin ningún tipo de limitación. Además, se reclamaba que la Comisión no había efectuado ningún estudio de evaluación comparativa de la realidad económica de las empresas españolas e internacionales y que ya había examinado muchas operaciones transfronterizas españolas sin que en ningún caso hubiera planteado problema alguno. La autoridad europea por el contrario decía que la medida era claramente discriminatoria al conceder a los operadores españoles una ventaja fiscal y monetaria evidente de la que no podían disfrutar los operadores extranjeros. Además, favorecía cierta actividad exportadora contraria a la política de la Comisión y proporcionaba a las empresas una ventaja financiera cuyo coste recaía sobre el presupuesto del Estado miembro. En un informe se había calculado que el beneficio fiscal de una operación de adquisición podía llegar a los 1.700 millones de euros.

Por último, se planteaba, si aun siendo una ayuda de Estado, esta era compatible con el mercado común. La medida sí lo era, puesto que, a falta de amortización fiscal europea, contribuía y cumplía los objetivos de interés comunitario, de promover la integración de empresas internacionales, corregía una deficiencia del mercado y fomentaba la creación de empresas paneuropeas. Sin embargo, la Comisión aducía, que dicho régimen no podía acogerse a ninguna de las excepciones en el art. 87, apartados 2 y 3 del Tratado y tampoco entraba en el ámbito de ninguno de los marcos o directrices que definen las condiciones para considerar determinados tipos de ayudas compatibles con el mercado común. Es más, las dificultades a la hora de realizar fusiones transfronterizas no podían ser consideradas deficiencias del mercado

Por lo tanto, era importante resaltar y mencionar dichos argumentos, puesto que las decisiones y sentencias posteriores han girado siempre en torno a estos motivos y a la mayor o menor validez de unos frente a otros. La presunta selectividad que se discute de este régimen es una de las características más relevantes en todas las sentencias venideras. La resolución a la que llegó la Comisión Europea fue, que a pesar de todos los argumentos expuesto, el art. 12.5 TRLIS era incompatible con el mercado común y además ilegal por los siguientes motivos:

- la medida sí era selectiva porque *“beneficiaba únicamente a determinados grupos de empresas que efectúan ciertas inversiones en el extranjero”*,
- se trataba de una excepción al sistema fiscal español, incompatible con el mercado común,
- y que reunía las condiciones del art. 87.1 TCCE para considerarse de ayuda de Estado.

No obstante, decretaba dicha autoridad, que al concurrir el principio de protección de la confianza legítima, excepcionalmente, no se debían recuperar las ayudas otorgadas en los siguientes dos supuestos:

- en las operaciones realizadas bajo el régimen del art 12.5 TRLIS antes del día 21 de diciembre de 2007, fecha de publicación en el *Diario Oficial de la Unión Europea* de la incoación del procedimiento,

- y en aquellas transacciones, en las que se cumplían todas las condiciones del art. 12.5 TRLIS, menos el requisito de mantenimiento de un año ininterrumpido de las participaciones, siempre y cuando antes del 21 de diciembre de 2008 hubieran poseído esos derechos por un periodo de tiempo ininterrumpido de un año.

Del mismo modo, no solo se trataba de los casos en los que se hubiera adquirido de forma efectiva la participación, sino también en los que se hubiera convenido una obligación irrevocable de poseer derechos, contratos que contuvieran una condición suspensiva o en los que se hubiera notificado la operación de forma previa a dicha fecha. En todos ellos, podía continuar aplicándose el periodo íntegro de amortización previsto en el art. 12.5 y se renunciaba a la recuperación de las ayudas. En lo sucesivo, quedaba pendiente el procedimiento respecto de las operaciones extracomunitarias; España modificaba el régimen mediante la Ley 39/2010, de 22 de diciembre de PGE, de tal forma, que la medida del art. 12.5 no era de aplicación para *“las adquisiciones de valores representativos de la participación en fondos propios de entidades residentes en otro Estado miembro de la Unión Europea, realizados a partir de 21 de diciembre de 2007”*; y se planteaban varios recursos ante el Tribunal General.

En este punto, me parece relevante, llevar a cabo una reflexión sobre los distintos argumentos que se plantearon. En primer lugar, me resulta un poco incongruente que, sin existir una armonización en fiscalidad directa en el seno de la Unión Europea y, sin que los Estados miembros, hayan transferido su competencia en dicha materia, sea la Comisión Europea, quien determine lo que es acorde y no acorde al sistema fiscal de un Estado miembro y conforme al mercado común. Poniendo un ejemplo, si entendemos que el régimen de amortización español del fondo de comercio financiero supone una ayuda de Estado y, por tanto, un beneficio fiscal para las empresas españolas frente a sus competidores europeos; que diferencia existe entre el beneficio que obtienen estas y un Estado miembro, en que el tipo de gravamen a las empresas sea mucho menor que en el resto de países de la Unión Europea. Es decir, no se permite una medida que tenga como resultado para las empresas de un determinado país una tributación menor pero, sin embargo, sí se permite Estados en los *per se*, se tributa menos. En otras palabras, si el tipo de gravamen general es acorde a la lógica y

congruencia de su propio sistema fiscal se admite, independientemente de que false la competencia entre Estados y afecte de manera negativa al mercado común. Es más, a efectos prácticos el resultado final será el mismo y en el segundo caso será aún más reprochable. Está claro, por tanto, como argumentan las autoridades españolas y los terceros interesados, *“que en un mercado no armonizado y debido a la competencia entre los sistemas tributarios, operaciones idénticas tendrán un impacto fiscal diferente según la residencia de los operadores”*.

En segundo lugar, en mi opinión, la Comisión no termina de aclarar si el marco de referencia de las empresas perjudicadas son aquellas que se encuentran en España pero que no se benefician de este régimen, o, si por el contrario, se trata de las empresas de otros Estados miembros que al no encontrarse en España no puede someterse a dicho régimen. De ahí, que la forma en que la Comisión entiende el criterio de selectividad no acaba de convencer a uno. En palabras de la decisión de la Comisión, la medida es selectiva porque *“beneficia únicamente a determinados grupos de empresas que efectúan ciertas inversiones en el extranjero”*, sin plantearse que esto se deba a la mera posibilidad o elección autónoma de cada empresa de llevar a cabo una serie de actividades económicas frente a otro tipo de actividades. Según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, para apreciar el criterio de selectividad, se deberá examinar si *“una medida nacional puede favorecer a determinadas empresas en relación con otras que se encuentren en una situación fáctica y jurídica comparable, habida cuenta del objetivo perseguido por el referido régimen”*¹⁸, cosa que la Comisión Europea tampoco llega a demostrar; y más si cabe, habida cuenta del gran número de empresas que han acudido a dicho régimen. En este sentido, me parece muy relevante e interesante una matización que llevan a cabo las autoridades españolas y que plantea que, no es lo mismo el concepto de selectividad que las condiciones objetivas de una medida. Es decir, el hecho de que una medida beneficie solamente a las entidades que cumplen el criterio objetivo no hace por sí misma que esta medida sea selectiva. Por tanto, si una empresa cumple los criterios objetivos podrá aplicar dicho régimen y, en caso contrario, no podrá hacerlo, pero eso no significa que se esté favoreciendo a la primera en detrimento de las segundas. En sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, de 8 de

¹⁸ Sentencia del Tribunal de Justicia, de 6 de septiembre de 2006, Asunto C-88/03, Portugal/Comisión.

noviembre de 2001, *Adria-Wien Pipeline GmbH y Wietersdorfer & Peggauer Zementwerke*, “una medida que beneficia indistintamente a la totalidad de las empresas situadas en el territorio nacional no puede constituir ayuda de estado”. En reflexiones de Nilo Jääskinen, Abogado General en el asunto sobre el régimen fiscal de Gibraltar y que además comparto:

«Cada sistema tributario se basa en cierta selectividad que depende de los objetivos del legislador, de ahí que haya que conservar la distinción entre medidas tributarias que son ayudas de Estado y las que corresponden con la configuración normal que el legislador nacional ha querido dar a su sistema fiscal, que puede contener diferencias necesarias para la consecución de los objetivos generales de interés público determinados por el Estado al ejercer sus facultades soberanas.»¹⁹

En mi opinión, y sin perjuicio de lo que veremos más adelante, creo que la Comisión intenta encajar de cualquier manera el régimen del art. 12.5, que indudablemente tiene sus beneficios, como una ayuda de Estado ilegal, pero no termina de lograrlo y en algunos puntos llega incluso a contradecirse.

6. DECISIÓN DE LA COMISIÓN EUROPEA DE 12 DE ENERO DE 2011 (2011/282/UE):

En cuanto a la decisión adoptada por la Comisión Europea de 12 de enero de 2011, cabe resaltar que se trataba del mismo procedimiento que se había iniciado en fecha de 10 de octubre de 2007 pero que quedaba por cerrarse en lo que a las adquisiciones extracomunitarias se refería. Es decir, podían existir ciertas diferencias entre la adquisición transfronteriza de participaciones pertenecientes a entidades de la Unión Europea y las operaciones transfronterizas extracomunitarias. Así, las autoridades españolas se habían comprometido a aportar nuevos elementos relativos a los obstáculos en este tipo de operaciones y, de ahí, que quedara pendiente esta cuestión. Durante el periodo que converge entre el año 2009, cuando se tomó la primera decisión, y el año 2011, cuando se publicó la segunda decisión, entró en vigor el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, el cual, vino a modificar ciertos

¹⁹ Sentencia del Tribunal de Justicia, de 15 de noviembre de 2011, Asuntos C-106/09 y C-107/09.

aspectos del anterior Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea. Es por ello, que los antiguos artículos 87, sobre las ayudas de Estado, y 88, para el procedimiento formal de investigación, pasaron a encontrarse en los artículos 107 y 108, respectivamente; sin que su redacción llegase a cambiar.

En este procedimiento se alude a los mismos puntos, entorno a los cuáles, se llevó a cabo la anterior decisión (no confería una ventaja económica, ni favorecía a determinadas empresas o producciones, ni falseaba la competencia, ni afecta al comercio comunitario) y llega a la conclusión, que el régimen del art. 12.5 TRLIS, con respecto a las adquisiciones fuera de la Unión Europea, constituye un régimen de ayuda de Estado conforme al art. 107.1 TFUE. Es más, al haberse realizado infringiendo el art. 108.3 del Tratado, supone un régimen de ayuda estatal ilegal. Sin embargo, en virtud del principio de protección de la confianza legítima se renuncia a la recuperación de las cantidades obtenidas por dicho régimen y se permite continuar la aplicación de este todo el período de amortización previsto.

En cuanto a la confianza legítima, hay que efectuar ciertas matizaciones porque, tanto en la decisión anterior, como la que estamos analizando, su aplicación se establece de manera confusa. Es decir, la confianza legítima constituye uno de los principios fundamentales del orden jurídico comunitario y se trata, del hecho de que las normas y decisiones europeas deben respetar las legítimas expectativas que los particulares, como consecuencia del comportamiento de las autoridades comunitarias, hayan podido depositar en la estabilidad de una determinada ordenación.

*«El derecho a invocar el principio de protección de la confianza legítima se extiende a todo justiciable que se encuentre en una situación de la que se desprenda que una institución comunitaria le hizo concebir esperanzas fundadas. Además, nadie puede invocar una violación de dicho principio si la Administración no le dio garantías concretas”.*²⁰

²⁰ Sentencias del Tribunal de Justicia, asuntos C-182/187 y C-217/03.

En relación con nuestro caso concreto, supone que las empresas residentes en España, al adquirir participaciones de otras empresas que no lo están, tenían la seguridad de que la situación no iba a cambiar. Esto se debe, a que ya se habían planteado dos preguntas²¹ por parte de algunos parlamentarios de la Comisión Europea y esta había respondido, que dicho régimen no suponía una ayuda de Estado.

«Cualquier empresa que anteriormente tuviera la incertidumbre de si en el futuro sería objeto, a tenor de las normas sobre ayudas estatales, de una orden de recuperación de las ventajas que había obtenido al amparo del régimen de amortización del fondo de comercio que surgiese de transacciones concluidas antes de las declaraciones de la Comisión podría haber concluido tras dichas declaraciones que tal incertidumbre era infundada, pues no se podía esperar que demostrara una mayor diligencia que la Comisión a este respecto.»²²

Es por ello, que, de forma excepcional, se acepta la no recuperación de las ayudas y el mantenimiento de los periodos de amortización pendientes para todas aquellas participaciones adquiridas anteriormente a la fecha de incoación del procedimiento, 21 de diciembre de 2007. Sin embargo, qué sucede con aquellas entidades que hubieran adquirido participaciones de empresas fuera de la Unión entre la primera y la segunda decisión ¿Son beneficiarios de dicha confianza legítima todas las empresas que se acogieron al régimen del art. 12.5? En este sentido, las operaciones que se encontraban bajo el amparo del principio de protección de la confianza legítima son los siguientes:

- las que se hubieran adquirido directa o indirectamente en empresas extranjeras, las relacionadas con una obligación irrevocable, y las de poseer los citados derechos cuando el contrato contenga una condición suspensiva relacionada con el hecho de que la transacción en cuestión esté sujeta a la autorización imperativa de una autoridad reguladora y aquellas cuya transacción se hubiera notificado antes del 21 de diciembre de 2007.

- Asimismo, aquellas que cumplieran todas las condiciones del art. 12.5 TRLIS,

²¹ Preguntas escritas E-4431/05 y E-4772/05, de 19 de enero y 17 de febrero de 2006.

²² Decisión de la Comisión Europea 2011/282/UE, considerando 192.

salvo la de poseer las participaciones durante un período ininterrumpido mínimo de un año, que se deberá cumplir antes del 21 de diciembre de 2008,

- y las participaciones mayoritarias poseídas directa o indirectamente en empresas extranjeras o con una obligación irrevocable de poseer dichos derechos establecidas en China o la India antes de la publicación de esta decisión en el *Diario Oficial de la Unión Europea*, 12 de enero de 2011. En este sentido, la Comisión Europea, admitió que en estos dos países sí existían, en las legislaciones vigentes de los mismos, obstáculos jurídicos explícitos suficientes para las combinaciones transfronterizas de empresas.

Quisiera analizar, con respecto a esta decisión de la Comisión Europea, una cuestión que me parece bastante representativa de la situación en la que se encontraba el régimen de amortización del fondo de comercio financiero en ese momento. La Comisión, a la hora de llevar a cabo el análisis de la compatibilidad de la medida, estudia el impacto positivo de la medida de lograr un objetivo de interés común y sus posibles efectos secundarios negativos, y el balance resultante de unos y otros y concluye:

*«incluso si se considera que el efecto positivo de la medida es el fomento de las operaciones transfronterizas gracias a la supresión de obstáculos en dichas operaciones, la Comisión estima que los efectos positivos de la medida no sobrepasan sus efectos negativos, en particular porque el alcance de la medida es impreciso e indiscriminado.»*²³

En mi opinión, la Comisión intuye con ese “incluso” que la medida tiene sus efectos positivos puesto que en caso contrario no tendría siquiera porqué pronunciarse de esta forma. Es más, la Comisión establece en esta decisión, que “*está dispuesta a examinar nuevas pruebas pertinentes*”²⁴ y ello, cuando, ya ha tomado la decisión de que tanto las adquisiciones en entidades de la Unión Europea y en países extranjeros supone una ayuda de Estado incompatible e ilegal. En otras palabras, la Comisión considera que las autoridades españolas y el resto de interesados no han demostrado de forma

²³ Decisión de la Comisión Europea 2011/282/UE, considerando 155.

²⁴ Decisión de la Comisión Europea 2011/282/UE, considerando 200.

suficiente los efectos positivos de la medida, sin embargo, la Comisión tampoco demuestra en ningún momento los efectos negativos de la medida, en la rigurosidad que se los está exigiendo a España. Sospecha esta que hay efectos positivos, pero como estos son impreciso, considera que es suficiente para que este régimen no sea compatible. El hecho de que estar “*dispuesta a examinar nuevas pruebas pertinentes*” cuando ya ha tomado dos decisiones sobre este asunto deja mucho que desear. La controversia se debería haber solventado de manera más fundamentada y rigurosa; y no mantenerse además, en esa especie de limbo de seguridad jurídica.

Tras analizar ambas decisiones de la Comisión Europea, con tres años de diferencia y, prácticamente, idénticos razonamientos y palabras, no se encuentran argumentos ni fundamentos jurídicos que sostengan el que se haga esta diferenciación. En palabras de Hugo López López:²⁵

«Solamente se explica como un intento de contener o mitigar, en parte, los efectos perniciosos que está ocasionando la lucha contra la (supuesta) competencia fiscal perjudicial.»

En mi opinión, la Comisión conocía perfectamente la controversia que iba a suscitar dicha resolución, pero para evitar esto, difiere un planteamiento del otro. Sinceramente, no creo que esto se deba hacer y no encuentro razones que lo justifiquen. Es más, lo correcto, es que hubieran expuesto estos motivos. El hecho de dar más tiempo para plantear nuevas pruebas en el segundo caso, no me parece suficiente para ello. Además, opino que se estaba siendo injusto con aquellos operadores que se acogían al régimen del art. 12.5 pero que solo habían llevado a cabo operaciones con entidades de Estados miembros de la Unión Europea. Es cierto que, las operaciones fuera de la Unión Europea pueden tener una mayor complejidad, pero lo lógico entonces, sería dar un mayor plazo para ambos casos y solucionarlos de manera conjunta. Así mismo, no creo que sea razonable, que tras finalizar dichos procedimientos, la Comisión esté dispuesta a estudiar nuevas pruebas; y, menos aún, para un único caso de los dos. Es aquí cuando se ve, que esta situación ya iba a generar

²⁵ LÓPEZ LÓPEZ, H: *El régimen jurídico de las ayudas de Estado y su incidencia en el sistema tributario español: la amortización fiscal del fondo de comercio financiero para la adquisición de participaciones en entidades extranjeras*. Editorial Aranzadi, 2010.

muchas dificultades y, más habida cuenta, de las repercusiones económicas que una decisión de tal calibre suponía, y sin que la Comisión llegue a resolver este asunto con la contundencia que requería.

7. SENTENCIAS DEL TRIBUNAL GENERAL DE 7 DE NOVIEMBRE DE 2014 (T-219/10 y T-399/11):

Con las sentencias del Tribunal General de 7 de noviembre de 2014, la situación comienza a complicarse aún más. Nos encontramos en este momento con dos decisiones por parte de la Comisión Europea (28 de octubre de 2009 y 12 de enero de 2011), en las que se podrá argumentar un mayor o menor rigor jurídico, pero en las que se declara, que el régimen del art. 12.5 supone una ayuda de Estado incompatible con el mercado común e ilegal. Por otro lado, encontramos la posición de las autoridades españolas y de las distintas empresas, alegando justamente lo contrario y presentando varios recursos ante la justicia comunitaria.

En este siguiente escalón, se llevarán a cabo varios pronunciamientos contradictorios en sus dos instancias. El Tribunal General, en un primer momento, anulará las dos decisiones de la Comisión, que interpondrá recurso de casación ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), y este, a su vez casará las sentencias anteriores, alegando la errónea interpretación del requisito de selectividad del art. 107. 1 TFUE (anterior art. 87.1 TCCE) y devolviendo la cuestión al Tribunal General. Más Tarde, dicho tribunal, modificará su anterior criterio ajustándolo al del TJUE y estableciendo la medida del art. 12.5 como una ayuda de Estado ilegal pero sin decretar la recuperación de las cantidades obtenidas por medio de este régimen.

Para aclarar la cuestión de deducción del fondo de comercio financiero, el Tribunal General admitió los recursos de Autogrill España S.A. (T-219/10) y del Banco Santander S.A. (T-399/11) sobre la primera y segunda decisión de la Comisión Europea, respectivamente, dejando en suspenso la tramitación del resto de recursos presentados. Estos dos casos servirían de precedente para resolver el resto de asuntos.

En ambas sentencias, se pide la anulación de la calificación del régimen como ayuda de Estado, en tanto en cuanto, el criterio de selectividad se entiende que no se aplica correctamente y, subsidiariamente, la anulación de la recuperación de las ayudas que fueron concedidas. En este sentido, hay que hacer una matización, la Comisión no exige la recuperación de las ayudas para los casos en que las participaciones fueran adquiridas anteriormente a la fecha de inicio del procedimiento, pero sí de aquellas que se obtuvieron durante el periodo en que este se estaba tramitando. Las partes demandantes (Autogrill y Banco Santander), piden, de forma complementaria, que las recuperaciones de las ayudas deben empezar a contar desde la publicación de la Decisión, es decir, con el final del procedimiento y no antes. No obstante, como veremos, al establecer el Tribunal General, que la Comisión no resuelve que la medida del art. 12.5 TRLIS sea selectiva, no se podrán recuperar las ayudas, en tanto en cuanto, si esta no es selectiva, tampoco podrá considerarse como ayuda de Estado. Analizaremos, por tanto, únicamente la primera sentencia de 7 de noviembre de 2014 (Autogrill T-219/10) dado que las pretensiones y las conclusiones de ambas son idénticas.

En este caso, se argumenta, que el régimen de amortización del fondo de comercio financiero no se puede calificar como ayuda de Estado por cuatro motivos distintos: 1) un error de Derecho en la aplicación del requisito de selectividad realizada por la Comisión; 2) inexistencia del carácter selectivo de la medida puesto que este se deriva de la naturaleza o de la estructura del sistema en el que se inscribe; 3) no proporciona ninguna ventaja a las sociedades a las que se aplica el régimen; y 4) la decisión de la Comisión carece de motivación suficiente en lo que respecta al criterio de selectividad y de existencia de una ventaja.

Para resolver estas cuestiones, el Tribunal General, comienza estableciendo los cuatro criterios que deben cumplirse para calificar una medida nacional de ayuda de estado:

- *«la financiación de la medida por el Estado o mediante recursos estatales,*
- *la existencia de una ventaja para una sociedad,*

- *la selectividad y la repercusión de esta última sobre los intercambios comerciales entre Estados miembros,*
- *y la distorsión de la competencia resultante.»*

Estos criterios son acumulativos y, es por ello, que en caso de no cumplirse el requisito de la selectividad, no se podrá calificar la medida de ayuda de Estado. Es más, para que se cumpla este, se debe llevar a cabo un test de análisis; todo ello, en virtud de la aplicación que se ha venido haciendo por parte de la jurisprudencia en los últimos años. Este test, cuenta de tres requisitos que deben darse de forma sucesiva y que son los siguientes:

- una identificación y examen del régimen fiscal general aplicable en el Estado miembro. Es decir, un marco de referencia, *“solo puede apreciarse con respecto a un único Estado miembro y sólo resulta de un análisis de la diferencia de trato entre las empresas o producciones de ese Estado”*²⁶
- que la medida sea una excepción al marco de referencia al introducir distinciones entre operadores económicos que se encuentran en una situación fáctica y jurídica comparable, *“una medida estatal que favorece indistintamente a la totalidad de las empresas situadas en el territorio nacional no puede constituir una ayuda de Estado con arreglo al criterio de la selectividad”*²⁷
- y la ausencia de justificación por la naturaleza o la estructura del sistema fiscal en el que se inscribe. Es más, una medida puede tener carácter selectivo aunque no se aplique a un sector de actividad concreto o se dirija a varios²⁸ cuando favorezca a empresas situadas en una zona geográfica determinada²⁹ o sea aplicable durante un periodo de tiempo limitado³⁰. Sin embargo, como establece la propia sentencia, cuando la medida *“sea potencialmente accesible para todas las empresas, no podrá procederse a la comparación habida cuenta del objetivo perseguido por el régimen común”* y debe identificarse a una **categoría particular de empresas** que

²⁶ Sentencia del Tribunal de Justicia de la UE, de 11 de noviembre de 2004

²⁷ Sentencia del Tribunal de Justicia de la UE, de 8 de noviembre 2001

²⁸ Sentencias del Tribunal de Justicia de la UE, de 12 de julio de 1990 y 20 de noviembre de 2003

²⁹ Sentencia del Tribunal de Justicia de la UE, de 19 septiembre de 2000

³⁰ Sentencia del Tribunal General de la UE, de 4 septiembre de 2009

sean las únicas favorecidas, es decir, determinadas empresas o producciones³¹.

Por tanto, para determinar si una medida controvertida es selectiva, se deberá partir de un marco de referencia concreto y examinar si dicha medida, supone una ventaja para determinadas sociedades en comparación con otras que se encuentren en una situación fáctica y jurídica comparable. Una ventaja fiscal solo puede apreciarse en relación con una imposición considerada “normal”³². En caso contrario, se deberá analizar si dicha medida supone una excepción al objetivo perseguido dentro del marco de referencia; y, de serlo así, existe la posibilidad de que dicha excepción se encuentre justificada en la naturaleza o estructura del sistema fiscal, por lo cual, la medida no tendrá carácter selectivo y no podrá calificarse de ayuda de Estado.

En esta sentencia, el Tribunal General dictaminó, que la Comisión no había demostrado que la medida del art. 12.5 TRLIS, por la que se admitía la deducción del fondo de comercio financiero vía amortización de la base imponible del impuesto sobre sociedades fuera selectiva. Todo ello, a pesar de que el marco de referencia escogido por la Comisión era el correcto: *“el régimen español general del impuesto sobre sociedades y, más concretamente, las normas relativas al tratamiento fiscal del fondo de comercio financiero”*. No obstante, no llega a demostrar distinciones entre operadores económicos que se encuentran en una situación fáctica y jurídica comparable. Por lo tanto, no se identifica una categoría particular de empresas favorecidas por este régimen. La Comisión alega que la diferencia de trato que reciben las empresas españolas que tributan en España y adquieren participaciones en sociedades establecidas en el extranjero frente a aquellas que tributan en España y adquieren participaciones de sociedades establecidas en el extranjero ya supone de por sí una excepción al sistema de referencia.

En primer lugar, resuelve el Tribunal General, que la adquisición de participaciones en un mínimo del 5% en entidades extranjeras y mantenidas durante un

³¹Sentencia del Tribunal de Justicia de la UE, de 8 de septiembre 2011

³²Sentencia del Tribunal de Justicia de la UE, de 6 de septiembre de 2006

periodo ininterrumpido de al menos un año, no supone una categoría particular de empresas, sino *“una categoría de operaciones económicas”*, matización bastante importante. Además, establece un criterio que ya habíamos mencionado anteriormente, que se trataba del supuesto en que *“algunas empresas pueden estar, de hecho, excluidas del ámbito de aplicación de una medida que se presenta, no obstante, como una medida general”*. En mi opinión, que exista una serie de empresas, que por el simple hecho de no poder o por mera elección, no lleven a cabo un cierto tipo de operaciones, no supone que exista una selectividad o discriminación, *per se*. La operación de adquisición de participaciones en sociedades extranjeras, entiende el Tribunal, que tiene un carácter estrictamente financiero, no fija un importe mínimo, ni exige una modificación de la actividad de la empresa y tiene, en principio, una responsabilidad limitada al importe de la inversión realizada, de ahí, que aunque prevea una ventaja fiscal, no excluye a ninguna categoría de empresas. El Tribunal identifica, a mi parecer correctamente, que lo que se contempla en la medida, es la compra de una serie de activos específicos como son los instrumentos financieros y que esto no supone una ayuda de Estado³³

En segundo lugar, la Comisión mantuvo en sus decisiones, que el régimen era selectivo porque *“beneficiaba únicamente a determinados grupos de empresas que efectuaban ciertas inversiones en el extranjero”*. En mi opinión, esto supone una concepción excesivamente expansiva y poco rigurosa, que podría incluso calificarse de arbitraria. Es decir, una medida de la que pueden beneficiarse todas las empresas, no puede ser selectividad, si solo unas empresas las realizan y otras no. En ese caso, la Comisión podría decir qué medidas son selectivas y por tanto, ayudas de Estado, y, cuales no sin requisito alguno. En atención a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, *“el hecho de que solo pudieran beneficiarse de la medida controvertida [...] los contribuyentes que reunían los requisitos de aplicación de dicha medida no confería por sí mismo a ésta carácter selectivo”*³⁴ y *“para que pueda considerarse que una diferencia fiscal constituye una ayuda, es necesario identificar una categoría particular de empresas.”*³⁵ En palabras de Luis Alberto Malvárez Pascual, catedrático de Derecho Financiero y Tributario de la Universidad de Huelva:

³³Sentencia del Tribunal de Justicia de la UE, de 19 de septiembre de 2000, Alemania/Comisión.

³⁴Sentencia del Tribunal de Justicia de la UE, de 29 de marzo de 2012

³⁵ Sentencia del Tribunal de Justicia de la UE, de 15 de noviembre de 2011

«no tiene sentido incluir en una misma categoría a las empresas beneficiarias que no compartan ninguna característica propia que permita distinguirlas de las demás empresas, solo por el hecho de que puedan cumplir los requisitos que exige la norma controvertida.»³⁶

En tercer lugar, el Tribunal General, no admite la opinión de la Comisión, en cuanto a que la medida favorece la exportación de capital desde España, refuerza la posición de sus empresas y mejora su competitividad en el extranjero. El Tribunal afirma, que este punto carece de relevancia a efectos del criterio de selectividad y que en todo caso, lo tendría en relación con los efectos sobre la competencia y los intercambios comerciales.

La Comisión alega, por último, que la jurisprudencia comunitaria sí ha calificado de selectiva determinadas medidas fiscales sin establecer una categoría particular de empresas o producciones. Sin embargo, el Tribunal lleva a cabo una controvertida apreciación: sostiene que dicha jurisprudencia no giraba en torno al criterio de selectividad, sino sobre la repercusión en la competencia y los intercambios comerciales. Planteaba, que la categoría particular de empresas o producciones era la de empresas exportadoras, independientemente, de que fuera un grupo *“extremadamente amplio”*. En otras palabras, la jurisprudencia que se le alegaba no era acorde, puesto que en ellas, la ventaja fiscal *“se reservaba a determinadas empresas [...] aquellas que realizaban actividades de exportación”*. Es decir, las empresas exportadoras y las medidas que incluyen otras actividades de exportación, y no la exportación de capital que no beneficia a una categoría específica de empresas. En definitiva, quedaba descartada la selectividad de la medida y la necesidad de examinar los siguientes motivos y, por consecuente además, anulada la recuperación de las cantidades controvertidas.

³⁶ MALVÁREZ PASCUAL, Luis Alberto: *La doctrina del Tribunal General de la UE en el caso de la amortización del fondo de comercio financiero: un cambio de criterio de alcance general en la distinción entre medidas generales y selectivas*. Aranzadi, 2014.

Las conclusiones a las que llega el Tribunal General de la Unión Europea parecen del todo acertadas y fundadas en consolidada jurisprudencia tanto del mismo Tribunal como del TJUE. El hecho, de no llegar a identificar una categoría particular de empresas, es decir, unos beneficiarios concretos y específicos de la medida, supone un punto muy relevante y crucial en el fundamento de estas sentencias. A la vista de esto, la Comisión plantea un recurso de casación ante el Tribunal de Justicia. Lo que se deduce de esta sentencia, es que no parece lógico, como ya comentábamos anteriormente, la aplicación extensiva que hace la Comisión, tanto del criterio de selectividad, como el de ayuda de Estado.

8. SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE 21 DE DICIEMBRE DE 2016 (Asuntos C-20/15P y C-21/15P):

La Comisión recurre en casación ambas sentencias ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea y alega un único motivo: que el Tribunal General incurrió en un error de Derecho en la interpretación del requisito de la selectividad del art. 107.1 TFUE (antiguo art. 87.1 TCCE). La argumentación lo divide en dos partes: 1) error de Derecho al haberle impuesto, con objeto de demostrar el carácter selectivo de una medida, la obligación de señalar un grupo de empresas con características propias; y 2) error al aplicar la jurisprudencias sobre las ayudas a la exportación e introducir una distinción artificial entre estas y las ayudas a la exportación de capitales. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea acumula los recursos interpuestos³⁷, que solo se planteaban sobre uno de los motivos alegados y no sobre todos, en *World Duty Free*. Así, dicho Tribunal, casa las dos sentencias recurridas y las reenvía al Tribunal General para que sea este el que resuelva la cuestión.

El Tribunal de Justicia entiende que, la primera parte del motivo único de la Comisión estaba fundado, en tanto en cuanto, no es necesario que exista una categoría

³⁷ Asuntos C-20/15P y C-21/15P

particular de empresas, que se beneficie de la medida, sino que es suficiente que exista *“un trato diferenciado que, en esencia, puede calificarse de discriminatorio”*.³⁸ El Tribunal confirma el test de análisis de la triple exigencia para que una medida se pueda considerar como selectiva: 1) exigencia o identificación de un marco de referencia; 2) una excepción al introducir distinciones entre operadores económicos que se encuentran en una situación fáctica y jurídica comparable; y 3) la ausencia de justificación de esa diferenciación por la naturaleza o la estructura del mismo. Es más, debe darse una *“desigualdad o discriminación de trato entre dos categorías de operadores que, a priori, se encuentran en una situación comparable”*. El Tribunal de Justicia añade, que lo importante, *“es que la medida [...] tenga el efecto de situar a las empresas beneficiarias en una situación más ventajosa que las de otras empresas.”*³⁹

En cuanto a la segunda parte de la argumentación, la Comisión alegaba, que el Tribunal General no había llevado a cabo una correcta aplicación de la jurisprudencia sobre las ayudas a la exportación y además, introducía una distinción artificial entre estas ayudas y las ayudas a la exportación de capitales. A este respecto, el Tribunal de Justicia establece que la jurisprudencia que había utilizado el Tribunal General, en primera instancia, sobre las ayudas de exportación no solo se aplicaba sobre el requisito de la competencia y de los intercambios comerciales, sino también sobre el criterio de la selectividad, en tanto en cuanto, al admitirse la existencia de una ayuda de Estado, se declaraba necesariamente que se cumplían todos los requisitos, incluido el de la selectividad. Desautoriza por tanto, la diferencia entre empresas exportadoras y aquellas que realizaban operaciones de exportación de capital independientemente de su actividad económica. En este sentido, dispone el tribunal que: *“una medida como la controvertida, que pretende favorecer las exportaciones, puede considerarse selectiva si beneficia a las empresas que realizan operaciones transfronterizas, en particular operaciones de inversión, en detrimento de otras empresas que se encuentran en una situación fáctica y jurídica comparable, en relación con el objetivo perseguido por el régimen tributario de que se trate, y llevan a cabo operaciones de la misma naturaleza en el territorio nacional”*⁴⁰. En definitiva, el Tribunal de Justicia entiende que, este

³⁸ Sentencia del Tribunal de Justicia de la UE, de 21 de diciembre de 2016, considerando 54.

³⁹ Sentencia del Tribunal de Justicia de la UE, de 21 de diciembre de 2016, considerando 79.

⁴⁰ Sentencia del Tribunal de Justicia de la UE, de 21 de diciembre de 2016, considerando 119.

segundo punto también se encuentra fundado, por lo que, estima el motivo único de la Comisión en sus dos partes y procede a anular las sentencias recurridas.

En mi opinión, el Tribunal de Justicia se aparta bastante de la jurisprudencia que tenía y además flexibiliza mucho los criterios sobre el requisito de la selectividad. Es decir, el test de análisis que en este momento pasa a llamarse “método de las tres etapas”, se convierte en una mera lista de comprobación, que en la mayoría de casos se van a cumplir, y que pasa a situar como criterio más relevante, el hecho de que pueda existir un trato diferenciado o discriminatorio. Esto lleva a preguntarnos, si aquello que mencionábamos anteriormente sobre los estados que podían tener un sistema fiscal que fuera selectivo de por sí frente al resto de Estados miembros, no cumple también este requisito. Me parece importante y preocupante al mismo tiempo, resaltar como el Tribunal de Justicia se aparta de la jurisprudencia establecida, alegando que una determinada sentencia “*debe interpretarse en el contexto del conjunto de fundamentos de Derecho de los que forma parte*”⁴¹. Me parece un poco redundante, en tanto en cuanto, está claro que esto es así, toda sentencia se dicta acorde al contexto en que se llevó a cabo, sin embargo, aplicado a un extremo, se podría plantear que cada sentencia tiene su propio contexto y su propia singularidad y que, por tanto, no deben interpretarse unas en función de las anteriores. Se perdería así, el sentido lógico de la jurisprudencia y la doctrina, y se entraría en un terreno infundado y peligroso.

9. SENTENCIAS DEL TRIBUNAL GENERAL DE LA UNIÓN EUROPEA DE 15 DE NOVIEMBRE DE 2018 (T-219/10, T-227/10, T-239/11, T-399/11, T-405/11, T-406/11 y T-207/10):

El 15 de noviembre de 2018, el Tribunal General de la Unión Europea publica siete sentencias diferentes sobre el régimen de deducción del fondo de comercio financiero. Se trata, de los procedimientos que impugnaban las decisiones de la

⁴¹ Sentencia del Tribunal de Justicia de la UE, de 21 de diciembre de 2016, considerando 73.

Comisión Europea (2011/5/CE y 2011/282/UE) pero que, en 2014, se encontraban en litispendencia. Es decir, a la espera de que se resolvieran, aquellos que debían servir de precedente para cada una de los procesos. En 2016, se planteaba recurso de casación y, una vez resuelto este y como efecto inmediato de la devolución, se procedía a dictar sentencia sobre los mismos. Se trata de los asuntos: T-227/10, Banco Santander/Comisión; T-239/11, Sigma Alimentos Exterior/Comisión; T-405/11, Axa Mediterranean /Comision; T-406/11, Prosegur Compañía de Seguros/Comisión; T-249 RENV, World Duty Free Group/Comisión; T-399/11, RENV Banco Santander y Santusa/Comisión y T-207/10, Deutsche Telekom/Comisión. Todos ellos, contienen los mismos fundamentos, no obstante, el último tiene una serie de particularidades.

En las seis primeras sentencias, se alegan tres motivos distintos: en primer lugar, la falta de carácter selectivo de la medida controvertida; en segundo lugar, un error de identificación del beneficiario de la medida; y, por último, una violación del principio de protección de la confianza legítima. En la otra sentencia, T-207/10, Deutsche Telekom/Comisión, se discute el *dies a quo* de la delimitación temporal de la confianza legítima.

En este momento, el Tribunal General de la Unión Europea resuelve las distintas pretensiones analizando: en primer lugar, el requisito de la selectividad, mediante el denominado, “*método de las tres etapas*”: 1) identificación y examen del marco de referencia; 2) que la medida sea una excepción a dicho marco de referencia al introducir distinciones entre operadores económicos que se encuentran en una situación fáctica y jurídica comparable; y 3) la ausencia de justificación por la naturaleza o la estructura del sistema fiscal en el que se inscribe; en segundo lugar, la controversia del beneficiario de la medida controvertida y, en tercer lugar, la delimitación temporal del principio de confianza legítima.

Con respecto al primer motivo, se vuelve a aborda el criterio de la selectividad, pero marcado por las nuevas pautas establecidas por el Tribunal de Justicia. En una primera fase, se debe de abordar, la ausencia de la selectiva y, en una segunda fase, el “*método de las tres etapas*”.

Fija la sentencia, en la primera fase, que la selectividad debe basarse “*en la distinción entre las empresas que optan por realizar ciertas operaciones y las empresas que optan por no realizarlas*” y, que en este caso, “*beneficia a las empresas sujetas al impuesto en España que han optado por adquirir participaciones en sociedades no residentes, en comparación con las empresas sujetas al impuesto que han optado por adquirir participaciones en sociedades residentes*”. Las empresa que eligen llevar a cabo operaciones en las que adquieren participaciones de entidades extranjeras reciben una ventaja fiscal, que no tienen aquellas empresas que deciden llevar a cabo el mismo tipo de operaciones pero sobre empresas españolas.

Es, en esta parte de las sentencias, donde se manifiestan los puntos más importantes y controvertidos de toda la cuestión. Dice así el Tribunal General:

- *«que una medida fiscal puede ser selectiva incluso en el caso de que cualquier empresa pueda optar libremente por realizar la operación de la que depende la obtención de la ventaja establecida por esa medida»*
- *y que, “la medida controvertida, confiere una ventaja cuya obtención depende de la realización de una operación económica, puede ser selectiva incluso en el caso de que, dadas las características de la operación en cuestión, cualquier empresa pueda optar libremente por realizar tal operación.»*

Vemos por tanto, que el Tribunal General lleva a la conclusión, de que medidas que son totalmente libres para las empresas en sus propios países de residencia, pueden llegar a ser selectivas. En mi opinión, deja de diferenciarse prácticamente, entre medidas con requisitos generales y requisitos selectivos a medidas generales, que a pesar de ello, pueden ser selectivas. Esto supone, en palabras de Jordi de Juan Casadevall (Socio de Ernst & Young Abogados. Abogado del Estado y Doctor en Derecho)⁴²:

«una conclusión devastadora para la capacidad legislativa de los Estados miembros en el diseño de incentivos fiscales de carácter general [...] una desmesurada utilización del expediente de ayudas de Estado como instrumento de armonización negativa.»

⁴² De Juan Casadevall, J.: *La controvertida amortización del fondo de comercio financiero (art.12.5TRLIS: la enconada conflictividad de un beneficio fiscal maldito (II)*. Aranzadi, 2019.

Siguiendo con el análisis de la sentencia. Llegamos a la segunda fase del primer motivo. Se trata del “*método de las tres etapas*”, el Tribunal General determina, que el correcto **marco de referencia es el tratamiento fiscal del fondo de comercio**, dado que es el punto que cubre la totalidad de la categoría de los sujetos pasivos que se encontraban en una situación fáctica y jurídica similar, como apunta la Comisión, y no, el tratamiento del fondo de comercio financiero, como plantearon los recurrentes. Es decir, ese debe ser en todo caso, el régimen fiscal común o “normal”. En este sentido, mantiene el Tribunal:

- que, *“es la lógica contable lo que explica que el tratamiento fiscal del fondo de comercio se organice en función del criterio basado en la existencia o no de una combinación de negocios [...] el hecho de que una empresa haya adquirido participaciones en una sociedad residente o en una sociedad no residente carece de relación con el registro del fondo de comercio en la contabilidad de la empresa y, por consiguiente, con el objetivo del tratamiento fiscal del fondo de comercio”*.
- que las combinaciones de empresas se pueden dar, indistintamente, en operaciones nacionales y operaciones transfronterizas,
- y que es indiferente, el hecho de que puedan existir obstáculos.

Por tanto, el que se pueda amortizar un fondo de comercio correspondiente a las adquisiciones de participaciones en sociedades no residentes sin que exista combinación de empresas, **supone un trato diferente** de estas operaciones, pese a que estos dos tipos operaciones se encuentran en situaciones jurídicas y fácticas comparables desde el punto de vista objetivo perseguido por el régimen normal.

En cuanto a la tercera etapa, se resuelve por una cuestión de carga de la prueba. España y las partes recurrentes, **no logran demostrar que la excepción esté justificada**, y aunque fuera así, esta medida es desproporcionada, en la medida en que una adquisición minoritaria del 5%, en ningún caso resultara en la fusión o combinación de empresas.

El segundo motivo de los recursos, se basa en un error en la identificación del beneficiario de la medida controvertida por parte de la Comisión. Argumentan los recurrentes, que en caso de ser ventaja, los destinatarios inmediatos de la misma son los accionistas de la entidad extranjera participada que perciben el precio pagado. Dicha empresa y sus accionistas, que al enajenar sus participaciones, podían obtener un mejor precio por ellas y, en consecuencia, se producía la disminución y, en algunos casos, la desaparición completa de la ventaja. El Tribunal dispone, que no es posible presumir que la ventaja repercuta en el precio de venta de las acciones, ni se ha demostrado; y que aun siendo así, esto supondría que las empresas adquirentes, primero, *“pueden reducir [...] la base imponible del impuesto sobre sociedades que les corresponde abonar”*; segundo, *“disfrutan una ventaja económica que no habrían obtenido en condiciones normales de mercado”*; tercero, *“ven reforzada su capacidad de negociación”*; y cuarto, *“daría al adquirente una mayor capacidad de ofertar un precio más elevado”*. Por lo tanto, los destinatarios inmediatos y beneficiarios reales de esta medida son las empresas residentes en España que llevan a cabo adquisiciones de participaciones en sociedades no residentes.

En tercer lugar, la parte demandante, planteaba la violación del principio de protección de la confianza legítima. Es decir, se discutía la delimitación temporal de dicho principio, la fecha a partir de la cual debían recuperarse las ayudas. La Comisión estableció, que el principio de confianza legítima se aplicaba para todas las operaciones que se llevaran a cabo antes del día de incoación del procedimiento de investigación formal y no, como pedían los recurrentes, con la publicación de la decisión definitiva en el *Diario Oficial de la Unión Europea*. El Tribunal General rechaza este motivo y establece que, según la jurisprudencia, los requisitos del principio de protección de la confianza legítima son:

- *«que la administración haya ofrecido al interesado garantías precisas, incondicionales y concordantes procedentes de fuentes autorizadas y fiables;*
- *que estas sean de tal naturaleza que puedan suscitar una esperanza legítima en el ánimo de la persona a la que se dirigen;*
- *y, que deban ser conformes a las normas aplicables.»*

En este sentido, el Tribunal General indica que la Comisión fijó acertadamente la fecha de recuperación de las ayudas, puesto que las respuestas a las preguntas parlamentarias⁴³ suponen una garantía suficiente y generan una expectativa legítima de inexistencia de ayuda fiscal selectiva. Es correcta la delimitación temporal en el día de incoación del procedimiento (27 de diciembre de 2007), en la medida en que, supone un efecto suspensivo que impide al Estado realizar las ayudas programas, *ex art. 108.3 TFUE*.

Con respecto a este último motivo, cabe señalar la sentencia T-207/10, Deutsche Telekom/Comisión. Esta, presenta una particularidad en comparación con el resto de resoluciones en la medida en que la parte actora, alega la violación del principio de confianza legítima, dado que, debían recuperarse las ayudas y no permitirse que se siguieran manteniendo los periodos de amortización de las mismas. La Comisión planteaba el sobreseimiento de la cuestión ante la falta de interés legítimo de Deutsche Telekom pero, el Tribunal General rechaza esta pretensión y se pronuncia sobre el motivo aducido desestimándolo.

Deutsche Telekom argumentaba, que no se daban los dos primeros requisitos de la confianza legítima, puesto que las respuestas de los comisionarios no eran notificadas y muy genéricas; y, aunque estos se dieran, debía predominar el principio de no contravención de un interés imperativo público. El Tribunal dispone, que las respuestas fueron públicas y sobre el tema concreto; y, que la jurisprudencia ha establecido de forma reiterada, que la esperanza legítima en el ánimo de las personas se refiere, a aquel *“agente económico, razonablemente prudente, atento y diligente [...] que podía confiar razonablemente en el mantenimiento o en la estabilidad de la situación creada”*. La sentencia añade en este sentido, *“que un agente económico prudente y perspicaz podía dudar aún menos de la legalidad de este régimen si el propio Tribunal declaró, en 2014, que la Comisión no había acreditado que dicho régimen [...] constituyera una ayuda estatal”*. En referencia al interés imperativo público, mantiene el tribunal, que este no se aplica a la recuperación de ningún tipo de ayuda, sino a bienes jurídicos fundamentales como la protección de la salud o el medio ambiente.

⁴³ Preguntas escritas E-4431/05 de Erik Meijer (GUE/NGL) a la Comisión el 30 de noviembre de 2005 y E-4772/05 de Sharon Bowles (ALDE) el 19 de diciembre de 2005.

Una vez estudiado todo el proceso, se deben llevar a cabo ciertas consideraciones finales. Parece ineludible, que el régimen de deducción del fondo de comercio, vía amortización, presenta bastantes beneficios para las empresas residentes en España frente a sus competidores comunitarios e internacionales. Una medida que permite soportar a una sociedad española un menor impuesto del que le correspondería por realizar un tipo de operación específica, supone sin duda una ventaja tanto fiscal como económica y más, habida cuenta de que el resto de entidades de la Unión Europea no se pueden favorecer de ella.

Sin embargo, esta no es la discusión que se está planteando aquí. Lo que se discute, es si el régimen en cuestión supone una ayuda de Estado y un trato diferenciado (criterio de selectividad), en la medida en que, solo disfrutan de esta ventaja fiscal, aquellas entidades residentes en España que optan por llevar a cabo ese tipo de operaciones. En mi opinión, la Comisión Europea confunde estas cuestiones. No comparto la idea que mantiene el Tribunal de Justicia, de que una medida *“puede ser selectiva incluso en el caso de que, dadas las características de la operación en cuestión, cualquier empresas pueda optar libremente por realizar tal operación”*. La medida podrá ser injusta, desleal frente al resto de Estados miembros y empresas competidores de la Unión Europea, y podrá gustar en mayor o en menor medida, pero lo que no parece es que cumpla el criterio de selectiva; habida cuenta del número total de empresas que se vieron favorecidas por esta. En todo caso, que diferencia habrá entre declarar eso y decretar que todo un sistema fiscal es selectivo, en tanto en cuanto, solo se benefician aquellas empresas que se circunscriben a él. Como plantea la República Federal de Alemania, parte coadyuvante en la sentencia ante el Tribunal de Justicia, lo que se deriva de esta medida, es que se asemeja a una subvención, que está vinculada de modo general a cierto tipo de operaciones reguladas por el Derecho de sociedades y; que en caso de determinarse lo contrario, la Comisión podría controlar casi todas las medidas de fiscalidad directa en virtud de sus competencias en materia de ayudas de Estado. Todo ello, aun cuando la fiscalidad directa sea competencia de los Estados miembros. Se estaría alterando completamente el equilibrio institucional de la UE⁴⁴. Me parece por tanto, que se está llevando a cabo una aplicación demasiado extensiva del criterio de la selectividad y que la Comisión Europea debería haber planteado el procedimiento de otra manera.

⁴⁴ Sentencia del Tribunal de Justicia de la UE, de 21 diciembre 2016, considerando 52.

Igualmente, me parece bastante mejorable, la manera en que, tanto el Tribunal General como el Tribunal de Justicia de la UE, han resuelto el asunto. Asimismo, creo que todo el proceso judicial vivido serviría de buen ejemplo para realizar un estudio sobre economía procesal. Es decir, no parece de recibido como han solucionado la cuestión, si es que se puede hablar de solucionar, cuando después de 15 años no ha recaído sentencia firme. Todavía cabe recurso de casación contra la sentencia de 2018 y además, existe una tercera decisión relativa a las adquisiciones de holding extranjeras. No me gustaría pensar en el número de oportunidades de negocio, de dinero y de beneficios sociales y económicos tanto para España como para la Comisión Europea que se han perdido por el hecho de no haberse resuelto esta cuestión como se debía desde el principio.

10. Conclusiones:

El Objetivo de este Trabajo de Fin de Grado, era estudiar la deducción del fondo de comercio financiero. A lo largo del mismo, se ha llevado a cabo un exhaustivo estudio y análisis del régimen del art. 12.5 y del proceso judicial en torno a este. Asimismo, se ha ido acompañando el trabajo con opiniones propias y jurisprudencia complementaria. La medida del artículo 12.5 del Ley del Impuesto sobre Sociedades prevé deducción de fondo de comercio financiero. Una empresa residente en España que adquiera participaciones en una empresa no residente, de al menos el 5% y las mantenga, de manera ininterrumpido durante el plazo mínimo de un año, podrá deducir de la base imponible del impuesto sobre sociedades el límite anual de la veinteaava parte de fondo de comercio generado. El fondo de comercio solo se puede deducir en una combinación de negocios y se consideraba que en una operación transfronteriza, estas no se llevaban a cabo debido a la existencia de ciertos obstáculos jurídicos y económicos. Este régimen supone una ventaja fiscal consistente en un ajuste temporal, de tal manera, que se amortiza a un límite del 5% del valor contable del fondo de comercio financiero y cuando estas participaciones se enajenan la plusvalía obtenida se encuentra exenta.

La controversia judicial se inicia, con dos preguntas escritas ante la Comisión Europea. Dicha institución responde, que según su información, no se plantea la posible calificación de dicho régimen como ayuda de Estado. Ante una denuncia formal, se inicia un procedimiento contemplado en los arts. 88 del antiguo TCCE y 108 del actual TFUE y se resuelve en dos decisiones distintas: 2011/5/CE, sobre participaciones adquiridas en países de Estados miembros y 2011/282/UE, sobre adquisiciones en países fuera de la Unión Europea. La medida del art. 12.5 LIS (anteriormente del TRLIS) supone una ayuda de Estado incompatible con el mercado común y, por tanto, ilegal. Se excluye la recuperación de las ayudas, en virtud del principio de protección de la confianza legítima, para aquellas operaciones que se hubieran llevado a cabo antes del 27 de diciembre de 2007, publicación en el *Diario Oficial de la Unión Europea* de la incoación del procedimiento. España y las distintas empresas afectadas por estas decisiones interponen sendos recursos ante el Tribunal General de la Unión Europea, que se pronuncia de forma favorable a estas pretensiones. Entiende, que el criterio de selectividad no se había demostrado de manera suficiente. A partir de ahí, la Comisión plantea dos recursos de casación ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Este que se pronuncia de manera favorable, anula las anteriores sentencias y devuelve los asuntos al Tribunal General. Dicho Tribunal resuelve, que en atención al criterio de selectividad establecido, se debe afirmar la calificación del régimen de deducción del fondo de comercio financiero español como de ayuda de Estado ilegal.

11. Bibliografía:

a. Legislación:

- *Real Decreto 1643/1990, de 20 de diciembre, por el que se aprueba el Plan General de Contabilidad.*
- *Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del Impuesto sobre Sociedades.*
- *Ley 43/1995, de 27 de diciembre del Impuesto sobre Sociedades.*
- *Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades.*
- *Real Decreto 1514/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Plan General de Contabilidad.*
- *Real Decreto de 22 de agosto de 1885 por el que se publica el Código de Comercio.*
- *Ley 22/2015, de 20 de julio, de Auditoría de Cuentas.*
- *Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social.*
- *Resolución Vinculante V2245-06 de 10 de noviembre de 2006.*

- *Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea.*
- *Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea*

b. Jurisprudencia:

- Pregunta escrita E-4431/05 de Erik Meijer (GUE/NGL) a la Comisión el 30 de noviembre de 2005
- Pregunta escrita E-4772/05 de Sharon Bowles (ALDE) el 19 de diciembre de 2005.
- Decisión Comisión Europea 2011/5/CE, de 28 de octubre de 2009.
- Decisión Comisión Europea 2011/282/UE, de 12 de enero de 2011
- Sentencia del Tribunal de Justicia de la UE, Asuntos C-182/187 y C-217/03.
- Sentencia del Tribunal de Justicia de la UE, de 12 de julio de 1990
- Sentencia del Tribunal de Justicia de la UE, de 15 de marzo de 1994, asunto C-387/92.
- Sentencia del Tribunal de Justicia de la UE, de 19 de septiembre de 2000, Alemania/Comisión.
- Sentencia del Tribunal de Justicia de la UE, de 8 de noviembre 2001
- Sentencia del Tribunal de Justicia de la UE, de 20 de noviembre de 2003
- Sentencia del Tribunal de Justicia de la UE, de 11 de noviembre de 2004
- Sentencia del Tribunal de Justicia de la UE, de 6 de septiembre de 2006, Asunto C-88/03, Portugal/Comisión.
- Sentencia del Tribunal General de la UE, de 4 septiembre de 2009
- Sentencia del Tribunal de Justicia de la UE, de 8 de septiembre 2011
- Sentencia del Tribunal de Justicia de la UE, de 15 de noviembre de 2011, Asuntos C-106/09 y C-107/09.
- Sentencia del Tribunal de Justicia de la UE, de 29 de marzo de 2012
- Sentencia del Tribunal de Justicia de la UE, de 21 de diciembre de 2016
- Sentencia del Tribunal de Justicia de la UE, de 15 de noviembre de 2018

c. Fuentes:

- CELAYA ACORDARREMENTERÍA, I. and URRUTICOECHEA URIARTE, M.: *El Fondo De Comercio Desde Una Perspectiva Fiscal*. Actualidad Jurídica Uría Menéndez. 2011. pp 98-102. Recurso online obtenido de: <https://www.uria.com/documentos/publicaciones/3077/documento/articuloUM.pdf?id=2997>
- DE JUAN CASADEVALL, J.: *La controvertida amortización del fondo de comercio financiero (art.12.5TRLIS): la enconada conflictividad de un beneficio fiscal maldito (I)*. Aranzadi, 2019.
- DE JUAN CASADEVALL, J.: *La controvertida amortización del fondo de comercio financiero (art.12.5TRLIS): la enconada conflictividad de un beneficio fiscal maldito (II)*. Aranzadi, 2019.
- DÍZA-GUERRA, B.: *Fondo de Comercio Financiero*. 9 de agosto de 2019. Recurso online obtenido de: <https://www.ilpabogados.com/fondo-de-comercio-financiero/>

- FAES, I.: *La Justicia europea rechaza el régimen fiscal español de amortización del fondo de comercio financiero*. elEconomista.es, 15 de noviembre de 2018. Recurso online obtenido de: <https://www.economista.es/legislacion/noticias/9521212/11/18/La-Justicia-europea-rechaza-el-regimen-fiscal-espanol-de-amortizacion-del-fondo-de-comercio-financiero.html>
- Gobierno de Canarias, Consejería de Hacienda, Presupuestos y Asuntos Europeos. *Definición de ayudas de Estado*. 2019. Recurso online obtenido de: https://www.gobiernodecanarias.org/asuntoseuropeos/ayudas_estado/definicion/ayudas_estado/
- LÓPEZ LÓPEZ, H: *El régimen jurídico de las ayudas de Estado y su incidencia en el sistema tributario español: la amortización fiscal del fondo de comercio financiero para la adquisición de participaciones en entidades extranjeras*. Editorial Aranzandi, 2010.
- MALVÁREZ PASCUAL, Luis Alberto: *La doctrina del Tribunal General de la UE en el caso de la amortización del fondo de comercio financiero: un cambio de criterio de alcance general en la distinción entre medidas generales y selectivas*. Aranzadi, 2014.
- MONCLÚS SALAMERO, A.: *Método de Integración Global, Consolidación contable*. 2000. Recurso online obtenido de: <https://ciberconta.unizar.es/leccion/metinpr/100.HTM>
- RODRÍGUEZ RELEA, F.J.: *Base imponible. La integración en la norma fiscal de las normas contables y mercantiles determinante del resultado del ejercicio*. Aranzadi, 2015.
- MUÑOZ, M.: *Fondo de comercio financiero: ¿penúltimo episodio?* Expansión, 16 de noviembre de 2018.
- MUÑOZ, M.: *Amortización del fondo de comercio financiero: nuevo punto y seguido*. Recurso online obtenido de: <https://www.ey.com/es/es/home/ey-amortizacion-del-fondo-de-comercio-financiero-nuevo-punto-y-seguido-por-miguel-munoz>
- PUENTES MORENO, A. y POZA, R.: *El Tribunal General de la UE modifica su anterior criterio y concluye que el fondo de comercio financiero es ayuda de Estado*. 15 de noviembre de 2018 Disponible en: <https://periscopiofiscalylegal.pwc.es/el-tribunal-general-de-la-ue-modifica-su-anterior-criterio-y-concluye-que-el-fondo-de-comercio-financiero-es-ayuda-de-estado/>
- SANZ GADEA, E: *Inagotable fondo de comercio financiero*. Loyola Leadership School, 2017. <http://www.loyolaandnews.es/masteresoficialesloyola/inagotable-fondo-de-comercio-financiero/>.
- SERRANO GUTIÉRREZ, Á: *Deducción Fiscal Del Fondo De Comercio Financiero*. 2014. Recurso online obtenido de: <https://elderecho.com/deducccion-fiscal-del-fondo-de-comercio-financiero>
- *Vocabulario de términos fiscales*. Recurso online obtenido de: <http://www.ub.edu/gidei/vocabulari/es/node/808>

- ZOZAYA GONZÁLEZ, N. (2007). *Las fusiones y adquisiciones como fórmula de crecimiento empresarial*. Ipyme.org, 2007. Recurso online obtenido de: <http://www.ipyme.org/publicaciones/las%20fusiones%20y%20adquisiciones%20como%20formula%20de%20crecimiento%20empresarial.pdf>.