



COMISIÓN EUROPEA
SECRETARÍA GENERAL

REPR. PERM. ESPAÑA U.E. BRUSELAS ENTRADA
Fecha 18. 07. 2013
A14-48605

Bruselas, 18. 07. 2013
SG-Greffe(2013) D/ 11146

REPRESENTACIÓN
PERMANENTE DE ESPAÑA
ANTE LA UNIÓN EUROPEA
Boulevard du Régent, 52-54
1000 BRUXELLES

NOTIFICACIÓN EN VIRTUD DEL ARTÍCULO 297 DEL TFUE

Asunto: DECISIÓN DE LA COMISIÓN (17.7.2013)

La Secretaría General le ruega tenga a bien transmitir al Ministro de Asuntos Exteriores la decisión adjunta.

<input type="checkbox"/> EMB	<input type="checkbox"/> CMED	<input type="checkbox"/> PESCA	<input type="checkbox"/> TRTEL
<input type="checkbox"/> GEMB	<input checked="" type="checkbox"/> JUR	<input type="checkbox"/> ASOC	<input type="checkbox"/> INV
<input type="checkbox"/> AMPL	<input type="checkbox"/> EDCU	<input type="checkbox"/> COMER	<input type="checkbox"/> PRENS
<input type="checkbox"/> RPA	<input type="checkbox"/> INT	<input type="checkbox"/> HAC	<input type="checkbox"/> ECAD
<input type="checkbox"/> GRPA	<input type="checkbox"/> ALA	<input type="checkbox"/> ECON	<input type="checkbox"/> JUST
<input type="checkbox"/> EUEST	<input type="checkbox"/> BALCA	<input type="checkbox"/> IND	<input type="checkbox"/> PESC
<input type="checkbox"/> CINS	<input checked="" type="checkbox"/> ADUAN	<input type="checkbox"/> MIMAM	<input type="checkbox"/> PESD
<input type="checkbox"/> ACPDEV	<input type="checkbox"/> AGRI	<input type="checkbox"/> SANCO	<input type="checkbox"/> COTER
<input type="checkbox"/> CCAA	<input type="checkbox"/> MAP	<input type="checkbox"/> CANARIAS	<input checked="" type="checkbox"/> SEAE

Por la Secretaria General,

J.O.
Valérie Drezet-Huméz
Valérie DREZET-HUMÉZ

p.d. : C(2013) 4399 final

ES



COMISIÓN EUROPEA

Bruselas, 17.7.2013
C(2013) 4399 final

Asunto: Ayuda estatal SA.35550 (2013/C) (ex 2013/NN) (ex 2012/CP) – España
Amortización fiscal del fondo de comercio financiero para la adquisición de participaciones extranjeras

Excmo. Señor Ministro:

La Comisión desea informar a España de que, tras examinar la información facilitada por sus autoridades sobre el régimen antes citado, ha decidido incoar el procedimiento contemplado en el artículo 108, apartado 2, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (en lo sucesivo «TFUE»).

1. PROCEDIMIENTO

- (1) Mediante preguntas escritas dirigidas a la Comisión en 2005 y 2006¹, varios diputados del Parlamento Europeo indicaron que España había establecido un régimen especial que ofrecía presuntamente un incentivo fiscal injusto a las empresas españolas que adquirieran participaciones significativas en empresas extranjeras, de conformidad con el artículo 12.5 de la Ley del impuesto sobre sociedades española («Real Decreto Legislativo nº 4/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades»², denominado en lo sucesivo «TRLIS»).

¹ N° E-4431/05, E-4772/05, E-5800/06 y P-5509/06.

² Publicada en el *Boletín Oficial del Estado* español de 11.3.2004.

Excmo. Sr. D. José Manuel García-Margallo y Marfil
Ministro de Asuntos Exteriores y de Cooperación
Plaza de la Provincia 1
E-28012 MADRID

- (2) A raíz de dos solicitudes de información remitidas a España y tras haber analizado sus respuestas, la Comisión incoó, mediante Decisión de 10 de octubre de 2007, el procedimiento de investigación formal establecido en el artículo 108, apartado 2, del TFUE sobre la amortización fiscal del fondo de comercio financiero contemplada en el artículo 12.5 del TRLIS, pues parecía cumplir todas las condiciones para ser considerada ayuda estatal a tenor del artículo 107, apartado 1, del TFUE. La Decisión de incoación de la investigación se publicó en el *Diario Oficial de las Comunidades Europeas*³ y en ella se invitaba a las partes interesadas a presentar sus observaciones.
- (3) España y 32 partes interesadas presentaron observaciones. Se celebraron varias reuniones técnicas entre la Comisión, las autoridades españolas y terceros interesados.
- (4) El 28 de octubre de 2009, la Comisión adoptó una decisión negativa que incluía la recuperación de las ayudas concedidas a los beneficiarios, en virtud de la legislación impugnada, al realizar adquisiciones en el interior de la UE (en lo sucesivo la «Primera Decisión»)⁴. Como se indica en el apartado 119 de dicha Decisión, la Comisión mantuvo abierto el procedimiento relativo a las adquisiciones fuera de la UE, habida cuenta de que las autoridades españolas se comprometieron a aportar nuevos elementos relativos a los supuestos obstáculos a las fusiones transfronterizas fuera de la UE.
- (5) Tras analizar la información recibida de España y de varios terceros interesados, la Comisión adoptó el 12 de enero de 2011 una decisión negativa con recuperación de las ayudas concedidas a los beneficiarios en virtud de la legislación impugnada al realizar adquisiciones fuera de la UE (en lo sucesivo la «Segunda Decisión»)⁵.
- (6) No obstante, la Comisión decidió limitar el alcance de la obligación de recuperación recogida en ambas Decisiones debido a la existencia de confianza legítima.
- (7) En el contexto del procedimiento de recuperación, las autoridades españolas informaron a la Comisión de que, tras la adopción de la Primera y Segunda Decisiones, España había modificado la disposición tributaria, que había sido declarada ayuda ilegal e incompatible.
- (8) Por correo electrónico de 12 de abril de 2012, las autoridades españolas informaron a la Comisión de que el Ministerio de Hacienda había adoptado el 21 de marzo de 2012 una nueva interpretación administrativa («consulta vinculante») del artículo 12.5 del TRLIS con efectos retroactivos.
- (9) Por carta de 4 de julio de 2012, la Comisión pidió a las autoridades españolas, en el marco del procedimiento de recuperación, que aclarasen una serie de cuestiones relacionadas con esta nueva consulta vinculante. España presentó sus observaciones el 5 de septiembre de 2012.

³ DO C 311 de 21.12.2007, p. 21.

⁴ DO L 7 de 11.1.2011, p. 48.

⁵ DO L 135 de 21.5.2011, p. 1; DO C 346 de 26.11.2011, p. 14.

- (10) En octubre de 2012, la Comisión registró un nuevo asunto de oficio⁶ en su Registro de ayudas estatales, relativo a la interpretación administrativa antes mencionada.
- (11) Por carta de 29 de octubre de 2012, la Comisión envió un requerimiento de información a España. Las autoridades españolas presentaron la información solicitada el 5 de diciembre de 2012. El 12 de diciembre de 2012 tuvo lugar una reunión técnica entre la Comisión y las autoridades españolas. Tras dicha reunión, el 19 de diciembre de 2012 la Comisión envió otra carta a España, en el marco del procedimiento de recuperación, en la que también expresaba sus dudas sobre la legitimidad de la nueva interpretación administrativa. España presentó sus observaciones el 14 de febrero de 2013.
- (12) El 26 de abril de 2013, la Comisión envió una carta a las autoridades españolas en la que les instaba a revisar la nueva interpretación administrativa del artículo 12.5 del TRLIS a la luz de las normas sobre ayudas estatales. El 31 de mayo de 2013, las autoridades españolas respondieron a la carta de la Comisión.
- (13) Por carta de 21 de junio de 2013, los servicios de la Comisión informaron a las autoridades españolas de que la Comisión se estaba planteando la posibilidad de dictar un requerimiento por el que se exigía la suspensión de toda ayuda ilegal concedida con arreglo a la nueva interpretación administrativa, y les invitó a presentar sus observaciones al respecto. El 26 de junio de 2013, las autoridades españolas solicitaron una prórroga del plazo inicialmente establecido por la Comisión, solicitud que fue denegada ese mismo día. España presentó sus observaciones sobre el requerimiento de suspensión por carta de 1 de julio de 2013.
- (14) Puesto que el régimen modificado no había sido notificado con arreglo al artículo 108, apartado 3, del TFUE y ya se había aplicado antes de recibir la aprobación preliminar de la Comisión contemplada en el artículo 107 del TFUE, la medida se registró en el Registro de ayudas estatales de la Comisión como ayuda no notificada con el número SA. 35550 (2013/NN).

2. DESCRIPCIÓN DE LA MEDIDA

2.1. Introducción

- (15) El artículo 12.5 del TRLIS entró en vigor el 1 de enero de 2002. España modificó posteriormente esta disposición legal. En aras de una mayor claridad, la Comisión procederá primero a describir la medida original mencionada en la Primera y Segunda Decisiones y a continuación describirá las modificaciones introducidas por España mediante actos legislativos y administrativos.
- (16) A efectos de la presente Decisión se entenderá por:

⁶ SA 35550 (2012/CP).

- transmisión de activos: operación por la que una empresa transmite a otra todas o una o varias ramas de su actividad, sin que ello comporte la extinción de la sociedad transmitente;
- combinación de empresas: operación por la que una o varias empresas transmiten en bloque a otra empresa ya existente o a una empresa que creen, sus respectivos patrimonios sociales, como consecuencia y en el momento de su disolución sin liquidación, mediante la atribución a sus socios de valores representativos del capital social de la otra empresa;
- empresa participada: una empresa no residente en España, cuya renta cumpla las condiciones descritas en el apartado 21, letra c), del TRLIS, indicadas en el apartado (24), en la que una empresa residente en España adquiera una participación;
- adquisiciones en el interior de la UE: las adquisiciones de participaciones que reúnan todas las condiciones pertinentes del artículo 12.5 del TRLIS, en una empresa participada formada de conformidad con la legislación de un Estado miembro y con domicilio social, administración central o centro principal de actividad dentro de la Unión;
- adquisiciones fuera de la UE: las adquisiciones de participaciones que reúnan todas las condiciones pertinentes del artículo 12.5 del TRLIS, en una empresa participada que no se haya constituido de conformidad con la legislación de un Estado miembro o cuyo domicilio social, administración central o centro principal de actividad no esté dentro de la Unión.

2.2. El artículo 12.5 del TRLIS aplicable en el momento de la adopción de la Primera y Segunda Decisiones

- (17) La medida controvertida prevé una amortización fiscal del fondo de comercio financiero como consecuencia de la adquisición de una participación de al menos 5% en una empresa extranjera participada.
- (18) La medida se rige por el artículo 12.5 del TRLIS. En particular, el artículo 2.5 de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, modificó la Ley del Impuesto sobre Sociedades española 43/1995, de 27 de diciembre, al añadir dicho artículo 12.5. El Real Decreto Legislativo 4/2004, de 5 de marzo, consolidó las modificaciones introducidas hasta esa fecha en la Ley del Impuesto sobre Sociedades en una versión refundida.

- (19) La Comisión es consciente de que la legislación española ha evolucionado desde la fecha de la Decisión de incoación en 2007⁷. En aras de una mayor coherencia, en la Primera y Segunda Decisiones, la Comisión hacen referencia a la numeración de la legislación indicada en la Decisión de incoación de 2007, a pesar de que esta podría haber sido modificada. La Comisión identificó expresamente todas las nuevas disposiciones legales en el texto de las Decisiones antes mencionadas.
- (20) El artículo 12.5 del TRLIS, que forma parte del artículo 12 del TRLIS titulado «Correcciones de valor: pérdida de valor de los elementos patrimoniales», entró en vigor el 1 de enero de 2002. Esencialmente, establece que una empresa sujeta al impuesto de sociedades en España puede deducir de su base imponible el fondo de comercio financiero que resulte de la adquisición de una participación de al menos un 5 % de una empresa extranjera, en tramos anuales iguales, durante los 20 años siguientes a la adquisición.
- (21) Se entiende que el fondo de comercio representa el valor de la buena reputación del nombre comercial, las buenas relaciones con los clientes, la cualificación de los empleados y otros factores similares que permiten esperar que producirán en el futuro ganancias superiores a las aparentes. En virtud de los principios contables españoles, el precio pagado por la adquisición de una entidad que se sitúe por encima del valor de mercado de los activos que integran la empresa se denomina fondo de comercio y debe contabilizarse como activo inmaterial separado en cuanto la empresa adquirente tome el control de la empresa participada.
- (22) En virtud de los principios fiscales españoles, con la excepción de la medida controvertida, el fondo de comercio solo puede amortizarse tras una combinación de empresas que se materializa bien a raíz de una adquisición o contribución de los activos integrantes de empresas independientes, o tras una fusión o una operación de escisión.
- (23) Según se utiliza en el sistema fiscal español, «el fondo de comercio financiero» equivale al fondo de comercio que se habría contabilizado si la empresa que posee la participación y la empresa participada se hubiesen fusionado. El concepto de fondo de comercio financiero contemplado en el artículo 12.5 del TRLIS introduce por lo tanto en el ámbito de las adquisiciones de participaciones una noción utilizada generalmente en la transmisión de activos o en transacciones de combinación de empresas. Según el artículo 12.5 del TRLIS, el fondo de comercio financiero se determina deduciendo el valor de mercado de los activos materiales e inmateriales de la empresa participada del precio de adquisición pagado por la participación.
- (24) El artículo 12.5 del TRLIS establece que la amortización del fondo de comercio financiero está supeditada al cumplimiento de los siguientes requisitos, establecidos por referencia al artículo 21 del TRLIS⁸:

⁷ Ley 4/2008, de 23 de diciembre de 2008, que introdujo modificaciones en varias disposiciones de legislación tributaria.

⁸ El artículo 21 del TRLIS, titulado «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

- a) el porcentaje de participación, directa o indirecta, en la empresa extranjera ha de ser, al menos, del 5 % de manera ininterrumpida durante un año por lo menos⁹;
- b) la empresa extranjera tiene que estar sujeta a un impuesto similar al impuesto aplicable en España; se supone que se cumple esta condición si la empresa participada es residente en un país con el que España tiene suscrito un convenio para evitar la doble imposición internacional y prevenir la evasión fiscal¹⁰ con una cláusula en materia de información;
- c) los ingresos de la empresa extranjera han de proceder principalmente de la realización de actividades empresariales en el extranjero o de ingresos que puedan ser tratados como tales; esta condición se cumple cuando al menos el 85 % de los ingresos de la empresa participada:
- i) no estén incluidos en la base imponible por aplicación del régimen español de transparencia fiscal internacional y estén gravados como beneficios obtenidos en España¹¹. En particular, se considerará que cumplen estos requisitos las rentas procedentes de las siguientes actividades:
- 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;
 - servicios prestados a beneficiarios que no tengan su domicilio fiscal en España;
 - servicios financieros prestados a beneficiarios que no tengan su domicilio fiscal en España;
 - servicios de seguros relativos a riesgos no situados en España.
- ii) sean rentas de dividendos, siempre que se cumplan las condiciones relativas a la naturaleza de la renta de la participación contemplada en el artículo 21.1.a) y al nivel de participación directa e indirecta de la empresa española¹².

2.3. Actual artículo 12.5 del TRLIS

- (25) Tras la adopción de la Primera y Segunda Decisiones, España modificó el artículo 12.5 del TRLIS para cumplir con las disposiciones establecidas en ambas decisiones de la Comisión.

propios de entidades no residentes en territorio español», figura en el Título IV del TRLIS. El artículo 21 establece las condiciones en las que los dividendos o ingresos de entidades no residentes en territorio español están exentos del impuesto sobre sociedades cuando sean percibidos por una sociedad con domicilio fiscal en España.

⁹ Véase el artículo 21.1.a) del TRLIS.

¹⁰ Véase el artículo 21.1.b) del TRLIS.

¹¹ Véase el artículo 21.1.c) 1º del TRLIS.

¹² Véase el artículo 21.1.c),2º del TRLIS.

- (26) Sin embargo, el artículo 12.5 del TRLIS, que había sido declarado ayuda ilegal e incompatible, no se derogó formalmente, ya que podía seguir siendo aplicado por los beneficiarios que tenían confianza legítima en que la ayuda concedida no se recuperaría y a los cuales se les reconocía un período transitorio en la Primera y Segunda Decisiones¹³.
- (27) España introdujo un tercer apartado en el artículo 12.5 del TRLIS que establecía que la deducción del fondo de comercio financiero no se aplicaría a la adquisición de acciones de entidades no residentes en territorio español adquiridas después del 21 de diciembre de 2007 (sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 1, apartado 3, de la Primera Decisión de la Comisión, de 28 de octubre de 2009, y en el artículo 1, apartado 2, de la Segunda Decisión de la Comisión, de 12 de enero de 2011, respecto a las adquisiciones relacionadas con una obligación irrevocable convenida antes del 21 de diciembre de 2007). No obstante, en relación con la adquisición de participaciones mayoritarias en entidades residentes en un país fuera de la UE adquiridas entre el 21 de diciembre de 2007 y el 21 de mayo de 2011, el tercer apartado del artículo 12.5 establecía que la deducción podía aplicarse si se demostraba que existían obstáculos legales explícitos para las combinaciones transfronterizas de empresas en el sentido del artículo 1, apartados 4 y 5, de la Segunda Decisión de la Comisión de 12 de enero de 2011.

2.4. La interpretación administrativa del artículo 12.5 del TRLIS

- (28) Las disposiciones legales del TRLIS relativas a la amortización del fondo de comercio financiero derivado de adquisiciones de participaciones extranjeras se refieren a las adquisiciones directas e indirectas. Sin embargo, durante el procedimiento administrativo que desembocó en la adopción de la Primera y Segunda Decisiones, las autoridades españolas habían explicado a la Comisión que, aunque la ley no lo excluía expresamente, la práctica administrativa consolidada únicamente permitía aplicar la medida a las adquisiciones directas¹⁴.
- (29) Estas prácticas administrativas continuaron incluso después de la adopción de la Primera y Segunda Decisiones¹⁵.
- (30) Sin embargo, a raíz de una solicitud de dictamen fiscal presentada por una sociedad española, el Ministerio de Hacienda español adoptó el 21 de marzo de 2012 una consulta vinculante con efectos retroactivos, en la que indicaba que la ley permitiría aplicar la deducción fiscal del fondo de comercio financiero a diversos niveles de participación accionarial. Por consiguiente, el artículo 12.5 del TRLIS puede aplicarse no solo al fondo de comercio financiero derivado de la adquisición directa de una participación, sino también de adquisiciones de segundo nivel o niveles inferiores (adquisiciones indirectas). Así pues, las sociedades que han llevado a cabo adquisiciones de participaciones

¹³ Véanse los apartados 168 y 169 de la Primera Decisión; véanse también los apartados 201 y 202 de la Segunda Decisión.

¹⁴ Véase la carta de 4 de junio de 2007 remitida por España en respuesta a una solicitud de información de 26 de marzo de 2007.

¹⁵ Véase, *inter alia*, la Resolución del TEAC de 2 de junio de 2011.

indirectas extranjeras en el pasado, en determinadas condiciones, pueden en la actualidad deducir el fondo de comercio financiero correspondiente. Ello implica asimismo que estas sociedades pueden corregir sus declaraciones fiscales de ejercicios anteriores, siendo el plazo para dichas correcciones de cuatro años a partir del día siguiente al plazo para presentar la declaración fiscal del año correspondiente.

- (31) En la consulta vinculante antes mencionada, el Ministerio de Hacienda español reconocía haber revisado su interpretación del artículo 12.5 del TRLIS en lo relativo a las participaciones indirectas en entidades que cumplen las condiciones establecidas en el artículo 21 del TRLIS, y en consecuencia, había modificado el criterio en el que había basado sus respuestas a preguntas formuladas anteriormente por sociedades españolas sobre el tema en cuestión.
- (32) La nueva interpretación del Ministerio de Hacienda fue confirmada por la resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central (TEAC) de 26 de junio de 2012.

3. POSICIÓN DE LAS AUTORIDADES ESPAÑOLAS

3.1. Carácter de nueva ayuda de la medida

- (33) Las autoridades españolas refutan que la nueva interpretación administrativa constituya una nueva ayuda.
- (34) En primer lugar, España alega que las disposiciones legales establecidas en el artículo 12.5 del TRLIS y que examinó la Comisión, no han sido modificadas, ya que el texto de dichas disposiciones legales no ha sufrido cambios sustanciales.
- (35) En segundo lugar, España considera que la nueva interpretación administrativa es coherente con la Primera y Segunda Decisiones, las cuales hacen referencia a las adquisiciones directas e indirectas. Por consiguiente, en su opinión las Decisiones de la Comisión antes mencionadas autorizan e incluso exigen la nueva interpretación.
- (36) En tercer lugar, España sostiene que las Decisiones de la Comisión no hacen referencia a la interpretación administrativa del artículo 12.5 del TRLIS. Ello significaría que la Comisión no consideró pertinente la interpretación administrativa. En cualquier caso, con arreglo al ordenamiento jurídico español, las consultas vinculantes carecen de «carácter definitivo», ya que son objeto de revisión administrativa o judicial.

3.2. Confianza legítima

- (37) En cuanto a la existencia de una posible confianza legítima, España considera que la nueva interpretación administrativa, que puede ser modificada, no implica de ningún modo una aplicación retroactiva de dicha confianza. Según las autoridades españolas, la recuperación de la ayuda de los beneficiarios en aquellos casos justificados por la confianza legítima reconocidos en la Primera y Segunda Decisiones no se ajustaría al principio de cooperación leal y al principio del estoppel.

- (38) Según las autoridades españolas, la Primera y Segunda Decisiones de la Comisión habían generado una confianza legítima entre los beneficiarios de la nueva interpretación administrativa. España afirma que la Primera y Segunda Decisiones incluían las adquisiciones de participaciones indirectas que cumplen los requisitos legales.

4. EVALUACIÓN DEL RÉGIMEN

4.1. Observaciones preliminares

- (39) En sus Primera y Segunda Decisiones, la Comisión concluía que el artículo 12.5 del TRLIS constituía ayuda ilegal e incompatible tanto en relación con las adquisiciones en el interior como en el exterior de la UE. De hecho, esta medida, la cual permite a las sociedades españolas amortizar el fondo de comercio financiero derivado de la adquisición de una participación de al menos un 5 % en una sociedad extranjera, constituía una ventaja selectiva que no encuentra justificación en la lógica del sistema fiscal. Asimismo consideraba que la medida no era compatible con el mercado interior¹⁶. La Comisión se remite a la argumentación seguida en estas Decisiones con objeto de demostrar que la medida en cuestión constituía una ayuda estatal ilegal e incompatible.
- (40) Las autoridades españolas no interpusieron acciones para anular ninguna de las dos Decisiones.
- (41) El presente procedimiento se refiere exclusivamente a los efectos de la nueva interpretación administrativa del artículo 12.5 del TRLIS, que las autoridades españolas introdujeron tras la adopción de la Primera y Segunda Decisiones.

4.2. Carácter de nueva ayuda de la medida

- (42) La nueva interpretación administrativa del artículo 12.5 del TRLIS adoptada por las autoridades españolas parece ampliar el ámbito de aplicación de la medida, ya que esta ahora sería aplicable no solo al fondo de comercio financiero derivado de las adquisiciones de participaciones directas en sociedades extranjeras, sino también al fondo de comercio financiero derivado de las adquisiciones de participaciones indirectas.
- (43) Durante el procedimiento administrativo que dio lugar a la adopción de la Decisión de incoación en 2007 y, posteriormente a la Primera y Segunda Decisiones, las autoridades españolas afirmaron expresamente que, aunque la ley no lo excluía explícitamente, la práctica administrativa consolidada únicamente permitía aplicar la amortización del fondo de comercio financiero a las adquisiciones directas de participaciones en sociedades extranjeras¹⁷.

¹⁶ Véanse los apartados 83 y siguientes de la Primera Decisión y los apartados 96 y siguientes de la Segunda Decisión.

¹⁷ Véase la sección 4 de la carta de 4 de junio de 2007 remitida por España en respuesta a una solicitud de información de 26 de marzo de 2007.

- (44) En particular, las autoridades españolas explicaron que el artículo 12.5 del TRLIS establecía un método para amortizar una inversión, mediante el cual la amortización se volvía a acreditar a la base imponible cuando la inversión recuperaba valor. Esta amortización de la inversión solo podía obtenerse a través de participaciones directas. La justificación para limitar los efectos del artículo 12.5 del TRLIS al fondo de comercio de primer nivel era que solo se exigía una participación del 5 % en el capital de las sociedades no residentes para su aplicación. Por consiguiente, este porcentaje no determinaba la consolidación ni con la sociedad no residente directamente participada ni con las sociedades participadas por esta última, único caso en el que aflorarían a través de los estados contables consolidados esos otros fondos de comercio, lo que impediría extender el ámbito de aplicación del artículo 12.5 del TRLIS al fondo de comercio de segundo nivel y niveles inferiores (por ejemplo, sociedades de cartera intermedias).
- (45) De hecho, los dictámenes del Ministerio de Hacienda español y las resoluciones dictadas por el Tribunal Económico Administrativo Central (TEAC) antes y después de la adopción de la Primera y Segunda Decisiones, indican que únicamente las adquisiciones de participaciones directas en sociedades extranjeras podían beneficiarse de la medida fiscal. Las solicitudes de las sociedades que habían realizado adquisiciones de participaciones indirectas en sociedades extranjeras para beneficiarse de la medida fueron sistemáticamente denegadas¹⁸.
- (46) No obstante, la nueva interpretación administrativa introducida mediante la consulta vinculante de 21 de marzo de 2012 permite la deducción fiscal del fondo de comercio financiero a diversos niveles de participación. Ello implica que el artículo 12.5 del TRLIS puede aplicarse no solo al fondo de comercio financiero derivado de la adquisición de participaciones directas, sino también de participaciones de segundo nivel o nivel inferior (es decir, participaciones indirectas).
- (47) La Comisión considera que la nueva interpretación se desvía claramente de la práctica administrativa consolidada que las autoridades españolas aplicaron desde la entrada en vigor de la medida en 2002 hasta marzo de 2012 (mucho después de la adopción de la Segunda Decisión). Así lo confirmaron las autoridades españolas en el curso del procedimiento administrativo.
- (48) En relación con el artículo 12.5 del TRLIS, España alega que no se modificó el texto de esta disposición legislativa y, por ende, no se introdujeron cambios sustanciales en la medida. Además, las autoridades españolas consideran que la Primera y Segunda Decisiones validan e incluso exigen la nueva interpretación administrativa.

¹⁸ Véase, *inter alia*, la Resolución 5337/2009 del TEAC y la Decisión del TEAC de 2 de junio de 2011; véase igualmente el dictamen no vinculante de la Dirección General de Tributos del Ministerio de Hacienda de 4 de octubre de 2002 (dictamen 1490/02) y el dictamen vinculante V 0391/05 de 10 de marzo de 2005.

- (49) Sin embargo, la Comisión estima que la nueva práctica administrativa constituye un cambio sustancial de la medida. De hecho, mediante la nueva interpretación, las autoridades españolas han ampliado el ámbito de aplicación del artículo 12.5 del TRLIS, de modo que las sociedades que en el momento de la Primera y Segunda Decisiones no podían beneficiarse de la medida para la adquisición de participaciones indirectas, ahora pueden solicitar deducciones por dichas adquisiciones.
- (50) La Comisión considera que el ámbito de aplicación de una decisión sobre ayudas estatales debe determinarse no solo en referencia al texto literal de dicha decisión, sino también teniendo en cuenta el régimen de ayudas descrito por el Estado miembro interesado. La información facilitada por las autoridades nacionales debe considerarse una parte indivisible del régimen de ayudas. Asimismo, el Estado miembro interesado no puede apartarse de la información que ha facilitado a la Comisión. Este punto de vista fue confirmado por el Tribunal en la sentencia en el asunto *Kahla Thüringen*¹⁹. Aparte de ello, la Comisión observa que la Primera y Segunda Decisiones mencionan las participaciones directas e indirectas tan solo porque se refieren al texto de las disposiciones legislativas correspondientes. Más concretamente, el artículo 12.5 del TRLIS hace referencia a las condiciones establecidas en el artículo 21 del TRLIS, que exigen, entre otras cosas, que la sociedad española posea directa o indirectamente al menos una participación del 5 % en la sociedad extranjera durante un período continuo de al menos un año. Sin embargo, no se discute que la práctica administrativa consolidada no permitía la amortización del fondo de comercio financiero derivado de la adquisición de participaciones indirectas. Por ello, y de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, la Comisión considera que, en la actual fase del procedimiento, debe tenerse en cuenta la disposición tal y como la aplicaba (concretamente) el Estado miembro interesado. Asimismo se ha de señalar que la Primera y Segunda Decisión se referían a un régimen de ayuda estatal ilegal, y no a un régimen notificado. En estos casos, la Comisión analiza los regímenes tal como eran en el momento en que fueron aplicados. En el caso que nos ocupa, la Comisión no declaró la compatibilidad del régimen con el mercado interior, ni siquiera para el período ya transcurrido, y *a fortiori* tampoco lo declaró compatible de cara al futuro.
- (51) Por otra parte, en la fase actual del procedimiento, la Comisión considera que aunque la Primera y Segunda Decisiones no mencionan expresamente la interpretación administrativa anterior, se desprende del razonamiento que figura en ambas Decisiones que dicha interpretación fue tenida en cuenta de forma implícita tanto por España al presentar sus alegaciones, como por la Comisión al analizar el objetivo de la medida.
- (52) Durante el procedimiento de investigación formal, las autoridades españolas explicaron que el objetivo de la medida investigada era evitar un trato fiscal distinto entre una adquisición seguida por una combinación directa de empresas, por una parte, y una adquisición de acciones sin combinación de empresas, por otra parte. De este modo, el

¹⁹ Véase la sentencia del Tribunal de Justicia de 16 de diciembre de 2010 en el asunto C-537/08 P, *Kahla Thüringen Porzellan / Comisión*, Rec. I-12917, apartados 44 y siguientes; véase igualmente la sentencia del Tribunal de Justicia de 20 de mayo de 2010 en el asunto C-138/09, *Todaro Nunziata*, Rec. 2010 p. I-4561, apartado 64.

ámbito de aplicación de la medida impugnada se habría limitado a la adquisición de participaciones significativas en una sociedad no residente en España, ya que algunos obstáculos habrían dificultado la constitución de una combinación transfronteriza de empresas en comparación con una combinación de empresas de carácter nacional²⁰. Según las autoridades españolas, habría sido necesario dar un trato fiscal específico a las adquisiciones de participaciones transfronterizas a fin de garantizar el cumplimiento del principio de neutralidad fiscal en el que se sustenta el sistema tributario español.

- (53) Al analizar la Primera y Segunda Decisiones se observa que la Comisión también examinó las alegaciones de España relativas a los obstáculos legales²¹.
- (54) Según las autoridades españolas, el razonamiento expuesto en el apartado (52) podría aplicarse igualmente a las adquisiciones de participaciones indirectas. Sin embargo, la Comisión, en esta fase de la investigación, alberga dudas de que el mismo razonamiento pueda aplicarse igualmente a las adquisiciones de participaciones indirectas. De hecho, los argumentos esgrimidos por las autoridades españolas parecen contradecir las explicaciones ofrecidas por las mismas autoridades, recogidas en el apartado (44).
- (55) En conclusión, la Comisión estima que, tras haber realizado la evaluación preliminar, al ampliar el ámbito de aplicación de la medida y, por consiguiente, el número de operaciones y de posibles beneficiarios de la medida²², las autoridades españolas introdujeron cambios sustanciales en el régimen que la Comisión había declarado previamente ayuda ilegal e incompatible. La nueva interpretación administrativa da lugar a la aplicación de una medida ilegal e incompatible (artículo 12.5 del TRLIS) a una serie de situaciones (adquisiciones de participaciones indirectas) no contempladas en la Primera y Segunda Decisiones.
- (56) En cuanto a las condiciones acumulativas que deben cumplirse para considerar que una medida constituye una ayuda estatal a tenor del artículo 107, apartado 1, del TFUE, la Comisión estima que debe aplicarse el mismo razonamiento seguido en la Primera y Segunda Decisiones. Por ello, se remite a los apartados 83 y siguientes de la Primera Decisión y los apartados 96 y siguientes de la Segunda Decisión. Así pues, la Comisión considera en esta fase que también la nueva interpretación constituye una ayuda estatal ilegal a tenor del artículo 107, apartado 1, del TFUE.

²⁰ Véase, *inter alia*, el apartado 115 de la Primera Decisión, en el que se resumen las alegaciones presentadas por España.

²¹ Véanse, *inter alia*, los apartados 115 y siguientes de la Primera Decisión y los apartados 110 y siguientes de la Segunda Decisión. En relación con el principio de neutralidad fiscal, véanse, entre otros, los apartados 110, 111, 134 y siguientes de la Segunda Decisión.

²² En respuesta a una solicitud de información, las autoridades españolas presentaron una lista provisional de los beneficiarios y operaciones a los que se aplicaría la amortización del fondo de comercio financiero de las adquisiciones de participaciones indirectas. Esta lista incluye a los beneficiarios que presentaron correcciones a sus declaraciones fiscales correspondientes a ejercicios fiscales anteriores a la introducción de la nueva interpretación administrativa. Sin embargo, hasta ahora la Comisión no ha recibido información definitiva sobre los beneficiarios de la nueva interpretación administrativa.

- (57) En vista de lo precedente y dado que la nueva interpretación del artículo 12.5 del TRLIS representa una modificación sustancial del régimen descrito originalmente y aplicado por España, el cual fue entonces declarado ayuda ilegal e incompatible, la Comisión considera, en la actual fase del procedimiento, que dicha nueva interpretación administrativa constituye una nueva ayuda.

4.3. Ilegalidad de la medida de ayuda

- (58) En vista de que la nueva interpretación administrativa es aplicable desde marzo de 2012, la Comisión lamenta que las autoridades españolas no hayan cumplido su obligación de notificar la medida modificada de conformidad con lo establecido en el artículo 108, apartado 3, del TFUE.

4.4. Compatibilidad de la ayuda con el mercado interior

- (59) Habiendo dictaminado de forma preliminar que la medida implica una ayuda estatal a tenor del artículo 107, apartado 1, del TFUE, no es necesario analizar si la medida modificada es incompatible con el mercado interior de conformidad con el artículo 107, apartados 2 y 3, del TFUE. Las autoridades españolas no presentaron alegaciones a este respecto.

- (60) Actualmente, la Comisión alberga dudas acerca de si esta nueva interpretación puede considerarse compatible con el mercado interior. En este sentido, la Comisión considera que debe aplicarse el mismo razonamiento seguido en la Primera y Segunda Decisiones. Por tanto, se remite a los apartados 140 y siguientes de la Primera Decisión y a los apartados 166 y siguientes de la Segunda Decisión. Así pues, en esta fase del procedimiento, la Comisión no considera *a priori* que la medida sea compatible con el mercado interior.

4.5. Recuperación de la ayuda: posible existencia de confianza legítima

- (61) Una vez que se ha establecido de forma preliminar que la nueva interpretación constituye ayuda estatal ilegal e incompatible, la ayuda debe ser recuperada de los respectivos beneficiarios de conformidad con el artículo 14 del Reglamento (CE) n° 659/1999 del Consejo, de 22 de marzo de 1999²³.

- (62) No obstante, el artículo 14, apartado 1, del Reglamento (CE) n° 659/1999 establece que «la Comisión no exigirá la recuperación de la ayuda si ello fuera contrario a un principio general del Derecho comunitario». La jurisprudencia del Tribunal de Justicia y la práctica de la Comisión han establecido que una orden de recuperación de la ayuda viola los principios generales del Derecho de la UE cuando, por ejemplo, el beneficiario de una medida tiene confianza legítima, como resultado de las acciones de la Comisión, en que la ayuda ha sido concedida de conformidad con dicho Derecho.

²³ DO L 83 de 27.3.1999, p.1.

- (63) Tanto la Primera como la Segunda Decisiones reconocen que, en determinadas circunstancias, los beneficiarios de la medida podrían haber tenido una confianza legítima en que la ayuda no se recuperaría²⁴.
- (64) Según las autoridades españolas, en vista de que la nueva interpretación administrativa había sido validada por la Primera y Segunda Decisiones de la Comisión, las sociedades a las que actualmente se les permite amortizar el fondo de comercio financiero procedente de las adquisiciones de participaciones indirectas, tendrían una confianza legítima en que dichas adquisiciones cumplen las mismas condiciones que aquellas a las que la Comisión reconoció haber dado lugar a una confianza legítima en la Primera y Segunda Decisiones.
- (65) Por el contrario, la Comisión considera que, en la actual fase del procedimiento, la confianza legítima que reconocen la Primera y Segunda Decisiones no puede extenderse (de forma retroactiva) a situaciones (adquisiciones de participaciones indirectas) que, según la práctica administrativa consolidada de las autoridades españolas, no formaban parte del ámbito de aplicación de la medida impugnada en el momento de la adopción de la Primera y Segunda Decisiones. La confianza legítima solo podía basarse en elementos de hecho de los que se tuviera conocimiento en el momento de la adopción de una decisión y no en acontecimientos futuros como, en el caso que nos ocupa, la adopción de la consulta vinculante de 21 de marzo de 2012.
- (66) En sus observaciones de 31 de mayo de 2013, España alega que la Primera y Segunda Decisiones de la Comisión habían generado una confianza legítima entre los beneficiarios de la nueva interpretación administrativa. En todo caso, España sostiene que no había aplicación retroactiva de la confianza legítima.
- (67) Este argumento no convence a la Comisión, ya que las sociedades cuyas solicitudes de deducción fueron denegadas sistemáticamente por las autoridades españolas no pueden considerarse beneficiarias de la medida en el momento de la adopción de la Primera y Segunda Decisiones. No puede reconocerse una confianza legítima en relación con adquisiciones cuyo fondo de negocio financiero no podía amortizarse en virtud de la interpretación administrativa consolidada aplicable en el momento en que se realizó la inversión. En todo caso, la Comisión considera de manera preliminar que la publicación de la Segunda Decisión pone fin a cualquier confianza legítima.
- (68) Por último, España argumenta que la recuperación de la ayuda de los beneficiarios en aquellos casos justificados —en opinión de España— por la confianza legítima reconocidos en la Primera y Segunda Decisiones no sería conforme al principio de cooperación leal y al principio del estoppel.

²⁴ Véanse los apartados 158 y siguientes de la Primera Decisión y también los apartados 184 y siguientes de la Segunda Decisión.

- (69) Por el contrario, la Comisión considera a este respecto, que se ha ajustado tanto al principio de cooperación leal como al principio del estoppel. De hecho, en el contexto del procedimiento de recuperación, la Comisión expresó en repetidas ocasiones sus dudas sobre la compatibilidad de la nueva interpretación administrativa con las normas en materia de ayudas estatales. En todo caso, un Estado miembro no puede invocar el principio de cooperación leal para justificar la violación del Derecho de la UE. En particular, en relación con el principio del estoppel, la Comisión observa que la consulta vinculante de 21 de marzo de 2012 es el resultado de una elección realizada por las autoridades españolas, por lo que el principio del estoppel es irrelevante. Además, España no notificó la nueva ayuda antes de llevarla a efecto y la Comisión comunicó oportunamente a España sus dudas respecto a la nueva interpretación administrativa e incluso le instó a que la retirara.

5. REQUERIMIENTO DE SUSPENSIÓN

- (70) Por carta de 21 de junio de 2013, se informó a las autoridades españolas de que la Comisión se estaba planteando emitir un requerimiento de suspensión de conformidad con lo dispuesto en el artículo 11, apartado 1, del Reglamento (CE) n° 659/1999²⁵ del Consejo. Las autoridades españolas presentaron sus observaciones por carta de 1 de julio de 2013.
- (71) En cuanto al requerimiento de suspensión, las autoridades españolas alegan que el artículo 11 del Reglamento (CE) n° 659/1999, incluido en el capítulo III relativo a la ayuda ilegal, no es de aplicación. De hecho, sostienen que la nueva interpretación administrativa no constituye ayuda ilegal por las mismas razones ya expuestas anteriormente en la sección 3. En este mismo contexto, España sostiene que el no aceptar la nueva interpretación administrativa constituye una violación del principio del estoppel y, en consecuencia, del principio de seguridad jurídica por parte de la Comisión. Además, en su opinión no es de aplicación el artículo 9 del Reglamento antes mencionado relativo a la revocación de una decisión. Con carácter subsidiario, España considera que un requerimiento de suspensión constituye una medida desproporcionada, pues la incoación de un nuevo procedimiento de investigación formal con arreglo al artículo 108, apartado 1, del TFUE ya ofrece garantías suficientes frente al posible perjuicio derivado de la aplicación de la nueva interpretación administrativa. Por otra parte, el requerimiento de suspensión generaría inseguridad en cuanto a la forma en que debe ser aplicado tanto por los contribuyentes como por las autoridades españolas.
- (72) La Comisión estima que no se puede aceptar las alegaciones presentadas por España. En primer lugar, a la luz de los argumentos ya presentados anteriormente, la Comisión considera con carácter preliminar que la nueva interpretación administrativa constituye nueva ayuda ilegal. Por consiguiente, el capítulo III del Reglamento de procedimiento es aplicable al caso que nos ocupa, incluido su artículo 11. De esta conclusión preliminar se infiere también que no se puede considerar que la Comisión contravenga sus propios actos jurídicos y viole el principio de seguridad jurídica.

²⁵ DO L 83 de 27.3.1999, p. 1.

- (73) En segundo lugar, la Comisión no hizo referencia alguna a la posibilidad de revocar la Primera o la Segunda Decisión y no invitó a las autoridades españolas a que se pronunciaran a este respecto con arreglo al artículo 9 del Reglamento (CE) nº 659/1999. Por tanto, no se sostienen los argumentos esgrimidos por las autoridades españolas en relación con la no aplicación del artículo 9 del Reglamento.
- (74) En tercer lugar, la Comisión considera que el requerimiento de suspensión no supone una violación del principio de proporcionalidad. De hecho, el requerimiento de suspensión constituye una medida cautelar que la Comisión puede adoptar y por la que se exige a un Estado miembro que suspenda toda ayuda a la espera de una decisión definitiva de la Comisión. La suspensión es efectiva especialmente si el Estado miembro sigue concediendo la ayuda impugnada y la incidencia en la competencia puede ser significativa, como en este caso. Además, habida cuenta de la especificidad del presente caso, que se refiere a una interpretación innovadora de una medida que ya había sido declarada ayuda ilegal e incompatible dos veces, el requerimiento de suspensión es el instrumento más apropiado para garantizar el efecto suspensivo mientras la Comisión sigue evaluando la nueva interpretación. En todo caso, no se puede aceptar el argumento de las autoridades españolas de que el requerimiento de suspensión crearía inseguridad en cuanto a su aplicación. De hecho, el procedimiento de investigación formal también produce el efecto jurídico vinculante de poner en marcha la cláusula de efecto suspensivo.
- (75) Dado que el régimen modificado se encuentra plenamente en vigor en el día de entrada en vigor de la presente Decisión, la Comisión considera, por tanto, que habida cuenta de lo anteriormente expuesto, es esencial suspender la aplicación de la nueva interpretación administrativa del artículo 12.5 del TRLIS a la que se hace referencia en el presente caso.
- (76) Por consiguiente, la Comisión decide que era necesario emitir un requerimiento de suspensión de conformidad con el artículo 11, apartado 1, del Reglamento (CE) nº 659/1999 del Consejo.

6. CONCLUSIONES

- (77) En vista de lo precedente y sobre la base de la información disponible, la Comisión concluye de forma preliminar que la nueva interpretación administrativa que amplió el ámbito de aplicación de la medida que ya había sido declarada ayuda ilegal e incompatible, y no notificada a la Comisión, constituye ayuda ilegal a tenor del artículo 1 del Reglamento (CE) nº 659/1999 del Consejo, de 22 de marzo de 1999.
- (78) Asimismo, como consecuencia del examen preliminar, la Comisión tiene serias dudas de que la nueva interpretación introducida por las autoridades españolas sea compatible con el TFUE.
- (79) Por ello invita a las autoridades españolas y terceros interesados a que presenten en sus observaciones sobre la Decisión de incoación toda la información necesaria para llevar a cabo un examen completo y a que remitan dicha información a la Comisión.

- (80) Pide igualmente a las autoridades españolas que indiquen el número estimado de beneficiarios de la medida y el importe de las ayudas concedidas.
- (81) En vista de las consideraciones precedentes, la Comisión pide a España, en virtud del procedimiento establecido en el artículo 108, apartado 2, del TFUE, que presente sus observaciones y toda la información que pueda ayudar a examinar la medida antes mencionada, en un plazo de un mes a partir de la fecha de recepción de la presente carta. La Comisión invita a las autoridades españolas a que transmitan de inmediato una copia de la presente Decisión a todos los (posibles) beneficiarios de la ayuda, o a que al menos procedan a informarles por los medios adecuados.
- (82) La Comisión recuerda a España que el artículo 108, apartado 3, del TFUE tiene efectos suspensivos (es decir, ninguna empresa debe beneficiarse de una ayuda estatal de este régimen mientras la Comisión no haya concluido la investigación formal) y llama la atención de las autoridades españolas de que el artículo 14 del Reglamento (CE) n° 659/1999 del Consejo establece que las ayudas ilegales pueden recuperarse de sus beneficiarios.
- (83) De conformidad con lo dispuesto en el artículo 11, apartado 1, del Reglamento (CE) n° 659/1999 del Consejo, la Comisión ordena a las autoridades españolas que suspendan toda ayuda ilegal derivada de la aplicación de la nueva interpretación administrativa del artículo 12.5 del TRLIS hasta que la Comisión no haya adoptado una decisión sobre la compatibilidad del régimen modificado con el mercado interior (requerimiento de suspensión).

- (84) La Comisión comunica a España que informará a las partes interesadas mediante la publicación de esta carta y del correspondiente resumen en el *Diario Oficial de la Unión Europea*. Asimismo, informará a los interesados en los Estados miembros de la AELC signatarios del Acuerdo EEE mediante la publicación de una comunicación en el suplemento EEE del Diario Oficial, y al Órgano de Vigilancia de la AELC mediante copia de la presente. Se invitará a todos los interesados mencionados a presentar sus observaciones en un plazo de un mes a partir de la fecha de publicación de la presente.

En el supuesto de que esta carta contenga información confidencial que no deba publicarse, le ruego informe de ello a la Comisión en un plazo de quince días hábiles a partir de la fecha de recepción de la presente. Si la Comisión no recibe una solicitud motivada al efecto en el plazo indicado, se considerará que se acepta la publicación del texto íntegro de la carta. Dicha solicitud, en la que se precisará la información afectada, deberá ser enviada por correo certificado o por fax a la siguiente dirección:

Comisión Europea
Dirección General de Competencia
Registro de ayudas estatales
1049 Bruselas
Bélgica
Fax (32-2) 296 12 42

Reciba el testimonio de mi más alta consideración.

Por la Comisión



Joaquín ALMUNIA
Vicepresidente