

II

(Actos no legislativos)

DECISIONES

DECISIÓN DE LA COMISIÓN

de 12 de enero de 2011

relativa a la amortización fiscal del fondo de comercio financiero para la adquisición de participaciones extranjeras C 45/07 (ex NN 51/07, ex CP 9/07) aplicada por España

[notificada con el número C(2010) 9566]

(El texto en lengua española es el único auténtico)

(Texto pertinente a efectos del EEE)

(2011/282/UE)

LA COMISIÓN EUROPEA,

Visto el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea y, en particular, su artículo 108, apartado 2, párrafo primero,

Visto el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo y, en particular, su artículo 62, apartado 1, letra a),

Después de haber emplazado a los interesados para que presentaran sus observaciones, de conformidad con los citados artículos ⁽¹⁾, y teniendo en cuenta dichas observaciones,

Considerando lo siguiente:

lugar mediante la compra de acciones de la empresa británica de generación y distribución de energía Scottish Power Ltd por parte del productor español de energía Iberdrola, que, según dicho diputado, se había beneficiado irregularmente de una ayuda estatal en forma de prima fiscal aplicable a la adquisición. El diputado pidió a la Comisión que examinara todos los problemas de competencia que planteaba la adquisición, notificada el 12 de enero de 2007 para su examen por la Comisión de conformidad con el artículo 4 del Reglamento (CE) n° 139/2004 del Consejo, de 20 de enero de 2004, sobre el control de las concentraciones entre empresas ⁽³⁾ (en lo sucesivo, «el Reglamento de concentraciones»). Mediante la Decisión de 26 de marzo de 2007 (asunto COMP/M.4517 — Iberdrola/Scottishpower, SG-Greffe (2007) D/201696) ⁽⁴⁾, la Comisión decidió no oponerse a la operación notificada y declararla compatible con el mercado interior en aplicación del artículo 6, apartado 1, letra b), del Reglamento de concentraciones.

I. PROCEDIMIENTO

(1) Mediante preguntas escritas dirigidas a la Comisión (n° E-4431/05, E-4772/05 y E-5800/06), varios diputados del Parlamento Europeo indicaron que España había promulgado un régimen especial que ofrecía supuestamente un incentivo fiscal injusto a las empresas españolas que adquirirían una participación significativa en empresas extranjeras, de conformidad con el artículo 12.5 de la Ley del Impuesto de Sociedades española («Real Decreto Legislativo n° 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 «el TRLIS».

(2) Mediante la pregunta escrita n° P-5509/06, el diputado del Parlamento Europeo David Martin (PSE), presentó una queja ante la Comisión a raíz de la OPA hostil que tuvo

(3) Por cartas de 15 de enero y 26 de marzo de 2007, la Comisión pidió a las autoridades españolas que proporcionaran información para evaluar el alcance y los efectos del artículo 12.5 del TRLIS en cuanto a su posible calificación como ayuda estatal y su compatibilidad con el mercado interior.

(4) Por cartas de 16 de febrero y 4 de junio de 2007, las autoridades españolas respondieron a dichas peticiones.

⁽¹⁾ DO C 311 de 21.12.2007, p. 21.

⁽²⁾ Publicado en el *Boletín Oficial del Estado* de 11.3.2004.

⁽³⁾ DO L 24 de 29.1.2004, p. 1.

⁽⁴⁾ Véase http://ec.europa.eu/competition/elojade/isef/case_details.cfm?proc_code=2_M_4517

- (5) Por fax de 28 de agosto de 2007, la Comisión recibió una denuncia de un operador privado que alegaba que el régimen creado por el artículo 12.5 del TRLIS constituía ayuda estatal y era incompatible con el mercado interior. El denunciante solicitó que no se divulgara su identidad.
- (6) Mediante Decisión de 10 de octubre de 2007 (en lo sucesivo, «la Decisión de incoación»), la Comisión incoó el procedimiento formal de investigación establecido en el artículo 108, apartado 2, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (en lo sucesivo, «el TFUE»), antiguo artículo 88, apartado 2 del Tratado CE, en relación con la amortización fiscal del fondo de comercio financiero prevista en el artículo 12.5 del TRLIS, ya que parecía cumplir todas las condiciones para ser considerada ayuda estatal a tenor del artículo 107, apartado 1, del TFUE. La Comisión informó a España de que había decidido iniciar el procedimiento fijado en el artículo 108, apartado 2, del TFUE. La Decisión de incoación se publicó en el *Diario Oficial de la Unión Europea* ⁽⁵⁾, invitando a las partes interesadas a que presentaran sus observaciones.
- (7) Por carta de 5 de diciembre de 2007, la Comisión recibió observaciones de España sobre la Decisión de incoación.
- (8) Entre el 18 de enero y el 16 de junio de 2008, la Comisión recibió observaciones de treinta y dos terceros interesados sobre la Decisión de incoación. Los terceros que no solicitaron que se respetara su anonimato se enumeran en el anexo I de la presente Decisión.
- (9) Mediante cartas de 9 de abril, 15 de mayo, 22 de mayo de 2008 y de 27 de marzo de 2009, la Comisión envió las observaciones previamente mencionadas a las autoridades españolas, para darles la ocasión de responder. Mediante cartas de 30 de junio de 2008 y 22 de abril de 2009, las autoridades españolas presentaron sus comentarios a las observaciones de los terceros interesados.
- (10) Los días 18 de febrero de 2008, 12 de mayo y 8 de junio de 2009, se celebraron reuniones técnicas entre las autoridades españolas y los representantes de la Comisión para aclarar, entre otras cosas, ciertos aspectos de la aplicación del sistema en cuestión y la interpretación de la legislación española pertinente para el análisis del asunto.
- (11) El 7 de abril de 2008, tuvo lugar una reunión entre los representantes de la Comisión y del Banco de Santander SA; el 16 de abril de 2008 se celebró una reunión entre los representantes de la Comisión y J & A Garrigues SL, bufete de abogados que representa a diversos terceros interesados; el 2 de julio de 2008 tuvo lugar una reunión entre los representantes de la Comisión y Altadis SA; el 12 de febrero de 2009 se celebró una reunión entre los representantes de la Comisión y Telefónica SA.
- (12) El 14 de julio de 2008, las autoridades españolas presentaron información adicional relativa a la medida controvertida, en especial datos extraídos del impuesto de 2006 que proporcionaban una descripción general de los contribuyentes que se beneficiaban de la medida controvertida.
- (13) Por correo electrónico de 16 de junio de 2009, las autoridades españolas presentaron elementos adicionales y alegaron que las empresas españolas aún se enfrentan a varios obstáculos a la hora de realizar concentraciones transfronterizas en la Unión.
- (14) El 28 de octubre de 2009, la Comisión adoptó una decisión negativa ⁽⁶⁾ con orden de recuperación referente a la ayuda concedida a los beneficiarios sobre la base de la legislación controvertida al realizar adquisiciones en el interior de la Unión (denominada en lo sucesivo «la Decisión anterior»). Según se indicaba en el considerando 119 de dicha Decisión, la Comisión mantenía abierto el procedimiento incoado por la Decisión de incoación por lo que se refiere a las adquisiciones fuera de la Unión, habida cuenta de que las autoridades españolas se comprometieron a aportar nuevos elementos relativos a los obstáculos a las fusiones transfronterizas fuera de la Unión.
- (15) Los días 12, 16 y 20 de noviembre de 2009, las autoridades españolas presentaron información resumida referente a la inversión directa fuera de la Unión por parte de empresas españolas.
- (16) El 16 de diciembre de 2009, los servicios de la Comisión enviaron una solicitud de información a las autoridades españolas referente a las transacciones en países de fuera de la Unión que consideraba necesaria para evaluar la ayuda estatal del régimen siguiendo las sugerencias de las autoridades españolas.
- (17) Por carta de 3 de enero de 2010, las autoridades españolas presentaron información detallada sobre quince países de fuera de la Unión en los que se situaba la gran mayoría (aproximadamente un 70 %) de la inversión directa española en el extranjero. Más concretamente, las autoridades españolas presentaron dos informes elaborados por el bufete de abogados Garrigues y por KPMG, que contienen un análisis de los presuntos obstáculos fiscales y jurídicos en esos terceros países.
- (18) Por carta de 27 de enero de 2010, la Comisión recibió observaciones de Banesto, miembro del Grupo Santander.
- (19) Por correo electrónico de 3 de marzo de 2010, las autoridades españolas contestaron a una pregunta técnica que se les había planteado el 26 de febrero de 2010.

⁽⁵⁾ Véase la nota 1.

⁽⁶⁾ Véase la Decisión de la Comisión C (2009) 8107 final y la corrección de errores subsiguiente C (2009) 8107 corr, disponible desde enero de 2010 en el sitio Internet de la Comisión: http://ec.europa.eu/competition/state_aid/cases/222341/222341_1030573_302_1.pdf

- (20) Por carta de 9 de julio de 2010, la Comisión recibió comentarios del Banco Santander.
- (21) Por carta de 25 de noviembre de 2010, la Comisión recibió comentarios de Telefónica.
- (22) Los días 27 de noviembre de 2009 y 16 y 29 de junio de 2010, se celebraron reuniones técnicas entre los servicios de la Comisión y las autoridades españolas.

II. DESCRIPCIÓN DETALLADA DE LA MEDIDA CONTROVERTIDA

- (23) La medida en cuestión prevé una amortización fiscal del fondo de comercio financiero que sea consecuencia de la adquisición de una participación significativa en una empresa extranjera participada.
- (24) La medida se rige por el artículo 12.5 del TRLIS (denominado en lo sucesivo «la medida controvertida»). Más concretamente, el artículo 2.5 de la Ley nº 24/2001 de 27 de diciembre de 2001 modificó la Ley del Impuesto sobre Sociedades española nº 43/1995 de 27 de diciembre de 1995, añadiendo el artículo 12.5. El Real Decreto Legislativo nº 4/2004 de 5 de marzo de 2005 presenta una versión consolidada de la Ley del Impuesto sobre Sociedades.
- (25) La Comisión es consciente de que la legislación española ha evolucionado desde la fecha de la Decisión de incoación⁽⁷⁾. No obstante, considera que las últimas modificaciones no pueden cambiar ni alterar las dudas expresadas en la Decisión de incoación. En aras de una mayor coherencia, la Comisión hará referencia en la presente Decisión a la numeración de la legislación española según se recoge en la Decisión de incoación, aunque mientras tanto haya podido sufrir modificaciones. Toda nueva disposición legal se indicará explícitamente como tal.
- (26) El artículo 12.5 del TRLIS, como apartado del artículo 12 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 imponible en España puede deducir de su renta imponible el fondo de comercio financiero que resulte de la adquisición de una participación de por lo menos un 5 % de una empresa extranjera, en tramos anuales, durante los 20 años siguientes a la adquisición, como mínimo.

- (27) 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⁽⁸⁾, 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 consignarse como activo inmaterial separado en cuanto la empresa adquirente tome el control de la empresa participada⁽⁹⁾.

- (28) 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 en caso de adquisición o contribución de los activos integrantes de empresas independientes o tras una fusión o una operación de escisión.

- (29) Según se utiliza en el sistema fiscal español, el «fondo de comercio financiero» equivale al fondo de comercio que se habría consignado si la empresa que posee la participación y la empresa participada se hubieran combinado. 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.

- (30) El artículo 12.5 del TRLIS establece que la amortización del fondo de comercio financiero se condiciona al cumplimiento de los siguientes requisitos, establecidos por referencia al artículo 21 del TRLIS:

- a) el porcentaje de participación, directa o indirecta, en la empresa extranjera sea, al menos, del 5 % de manera ininterrumpida durante un año por lo menos⁽¹⁰⁾;

⁽⁷⁾ Ley nº 4/2008, de 23 de diciembre de 2008, que introdujo modificaciones en varias disposiciones de legislación tributaria.

⁽⁸⁾ Véanse los artículos 46 y 39 del Código de Comercio de 1885.

⁽⁹⁾ De resultas de la aplicación de la Ley 16/2007, de 4 de julio de 2007, de reforma y adaptación de la legislación mercantil en materia contable para su armonización internacional con base en la normativa de la Unión.

⁽¹⁰⁾ Véase el artículo 21.1.a) del TRLIS.

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 fiscal⁽¹¹⁾ con una cláusula sobre intercambio de información;

c) los ingresos de la empresa extranjera procedan principalmente de la realización de actividades empresariales en el extranjero o sean ingresos que puedan asimilarse. 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 España⁽¹²⁾. 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 española (artículo 21.1.c).2º del TRLIS)⁽¹³⁾.

(31) Además de la medida controvertida, cabe presentar brevemente las siguientes disposiciones del TRLIS a las que se hará referencia en la presente Decisión:

⁽¹¹⁾ Véase el artículo 21.1.b) del TRLIS.

⁽¹²⁾ Véase el artículo 21.1.c).1º del TRLIS.

⁽¹³⁾ Véase el artículo 21.1.c).2º del TRLIS.

— en el artículo 11 del TRLIS⁽¹⁴⁾, titulado «Correcciones de valor: amortizaciones» e incluido en el Capítulo IV del TRLIS que define la base imponible, el apartado 4 contempla la amortización durante 20 años como mínimo del fondo de comercio que proceda de una adquisición cuando se cumplan las siguientes condiciones: i) el fondo de comercio resulta de una adquisición a título oneroso; ii) el vendedor no tiene relación con la empresa adquirente. Las modificaciones de esta disposición acaecidas con posterioridad a la Decisión de incoación, introducidas por la Ley nº 16/2007, de 4 de julio de 2007, aclararon además que si no se cumple la condición, ii), el importe pagado utilizado para el cálculo del fondo de comercio será el importe de adquisición de la participación satisfecho por una empresa del mismo grupo cuando la hubiera adquirido de personas o entidades no vinculadas, y además exige que iii) se haya constituido una reserva indisponible por un importe equivalente, al menos, al importe deducido de conformidad con el artículo 12.5 del TRLIS,

— el artículo 12.3 del TRLIS, que forma parte del Capítulo IV, permite la deducción parcial por depreciación de la participación en fondos propios de entidades nacionales y extranjeras que no coticen en un mercado secundario con el límite máximo de la diferencia entre el valor teórico contable al inicio y al cierre del ejercicio fiscal. La medida controvertida puede aplicarse en conjunción con este artículo del TRLIS⁽¹⁵⁾,

— el artículo 89.3 del TRLIS, dentro del artículo 89 titulado «Participaciones en el capital de la entidad transmitente y de la entidad adquirente» está incluido en el Capítulo VIII del Título VII, relativo al «Régimen especial de las fusiones, escisiones, aportaciones de activos y canje de valores y cambio de domicilio de una sociedad Europea o una Sociedad Cooperativa Europea de un Estado miembro a otro de la Unión Europea». El artículo 89.3 del TRLIS establece la amortización del fondo de comercio resultante de una reestructuración empresarial. Conforme a esta disposición, hay que cumplir las siguientes condiciones para aplicar el artículo 11.4 del TRLIS al fondo de comercio resultante de una combinación empresarial: i) una participación de por lo menos el 5 % en la empresa participada antes de la combinación empresarial, ii) debe probarse que el fondo de comercio ha tributado con cargo al vendedor, iii) que no está vinculado con el adquirente. Si no se cumple la condición iii), el importe deducido deberá responder a una depreciación irreversible de los activos inmateriales,

⁽¹⁴⁾ En la legislación vigente, esta disposición es el artículo 12.6 del TRLIS.

⁽¹⁵⁾ Según se establece explícitamente en el párrafo segundo del artículo 12.5: «La deducción de esta diferencia (es decir la contemplada en el artículo 12.5 del TRLIS) será compatible, en su caso, con las pérdidas por deterioro a que se refiere el apartado 3 de este artículo».

- 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 propios de entidades no residentes en territorio español», forma parte del título IV del TRLIS. Este artículo 21 establece las condiciones aplicables a la exención de los dividendos o participaciones en beneficios de entidades no residentes en territorio español percibidos por una empresa con domicilio fiscal en España,
 - el artículo 22 del TRLIS, titulado «Exención de determinadas rentas obtenidas en el extranjero a través de un establecimiento permanente», forma parte del capítulo IV del TRLIS. Dicho artículo 22 establece las condiciones para que las rentas obtenidas en el extranjero a través de un establecimiento permanente situado fuera del territorio español estén exentas del pago del impuesto.
- (32) A efectos de la presente Decisión se entenderá por:
- transmisión de activos, una operación por la que una empresa transmite a otra, sin que ello comporte la extinción de la sociedad transmitente, todas o una o varias ramas de actividad,
 - combinación de empresas, una operación por la que una o varias empresas transmiten en bloque, como consecuencia y en el momento de su disolución sin liquidación, a otra empresa ya existente o a una empresa que creen, sus respectivos patrimonios sociales, mediante la atribución a sus socios de valores representativos del capital social de la otra empresa,
 - adquisición de una participación, una operación por la que una empresa adquiera acciones en el capital de otra empresa sin obtener una mayoría o el control de los derechos de voto de la empresa participada,
 - empresa participada, una empresa no residente en España, cuya renta cumpla las condiciones descritas en el considerando 30, letra c), en la que una empresa residente en España adquiera una participación,
 - adquisiciones intracomunitarias, 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 extracomunitarias, las adquisiciones de participaciones que reúnan todas las condiciones pertinentes del artículo 12.5 del TRLIS, en una empresa participada que no se haya formado 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.
- ### III. RAZONES QUE MOTIVARON LA INCOACIÓN DEL PROCEDIMIENTO
- (33) En la Decisión de incoación, la Comisión inició el procedimiento formal de investigación fijado en el artículo 108, apartado 2, del TFUE (antiguo artículo 88, apartado 2, del Tratado CE) con respecto a la medida controvertida, porque parecía cumplir todas las condiciones para ser considerada ayuda estatal a tenor del artículo 107, apartado 1, del TFUE. La Comisión también dudaba de que la medida controvertida pudiera considerarse compatible con el mercado interior, pues no parecía aplicable ninguna de las excepciones previstas en el artículo 107, apartados 2 y 3.
- (34) En particular, la Comisión consideró que la medida controvertida excedía del alcance ordinario del sistema español del impuesto sobre sociedades, que es el sistema fiscal de referencia. La Comisión también sostuvo que la amortización fiscal del fondo de comercio financiero resultante de la adquisición de una participación del 5 % en una empresa extranjera participada parecía constituir un incentivo excepcional.
- (35) La Comisión observó que la amortización fiscal solo se aplicaba a una determinada categoría de empresas, a saber las que adquieren ciertas participaciones, que asciendan por lo menos al 5 % del capital social de una empresa participada, y únicamente con respecto a empresas extranjeras participadas a condición de que se cumplan los criterios previstos en el artículo 21.1 del TRLIS. La Comisión también subrayó que, de conformidad con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, una reducción fiscal que favorece solamente la exportación de productos nacionales constituye ayuda estatal⁽¹⁶⁾. Así pues, la medida controvertida en cuestión parecía selectiva.

⁽¹⁶⁾ Véase la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 10 de diciembre de 1969, asuntos acumulados 6/69 y 11/69, Comisión/Francia (Rec. 1969, p. 523). Véase también el punto 18 de la Comunicación de la Comisión relativa a la aplicación de las normas sobre ayudas estatales a las medidas relacionadas con la fiscalidad directa de las empresas, (DO C 384 de 10.12.1998, p. 3).

- (36) En este contexto, la Comisión también consideró que la ventaja selectiva no parecía justificarse por la naturaleza inherente del sistema fiscal. En especial consideró que la diferenciación creada por la medida controvertida, que se apartaba del régimen general de los sistemas contable y fiscal de España no podía justificarse por razones ligadas a aspectos técnicos del sistema fiscal. Efectivamente, el fondo de comercio solo puede deducirse en caso de combinación de empresas o de transmisión de activos, con la única excepción de lo dispuesto en la medida controvertida. La Comisión también consideró que era desproporcionado que la medida controvertida pretendiera alcanzar los objetivos de neutralidad perseguidos por el sistema español porque se limita solamente a la adquisición de participaciones significativas en empresas extranjeras.
- (37) Además, la Comisión consideró que la medida controvertida suponía el uso de recursos del Estado ya que entrañaba la renuncia a ingresos tributarios por parte de la Hacienda española. Finalmente, la medida controvertida podía falsear la competencia en el mercado de la adquisición de empresas europeas al conferir una ventaja económica selectiva a las empresas españolas que adquiriesen una participación significativa en empresas extranjeras. La Comisión tampoco halló motivo alguno para considerar que la medida controvertida era compatible con el mercado interior.
- (38) Así pues, la Comisión concluyó que la medida controvertida podía constituir ayuda estatal incompatible. De ser así, la recuperación debería tener lugar con arreglo a lo establecido en el artículo 14 del Reglamento (CE) n° 659/1999 del Consejo, de 22 de marzo de 1999, por el que se establecen disposiciones de aplicación del artículo 93 del Tratado CE. A este respecto, la Comisión invitó a las autoridades españolas y a las partes interesadas a presentar sus observaciones en cuanto a la posible presencia de confianza legítima o de cualquier otro principio general del Derecho de la Unión que permitiera a la Comisión renunciar excepcionalmente a la recuperación de conformidad con el artículo 14, apartado 1, segunda frase, de dicho Reglamento del Consejo.

IV. LA PRIMERA DECISIÓN PARCIALMENTE NEGATIVA

- (39) En la Decisión anterior, la Comisión concluyó que el artículo 12.5 del TRLIS constituye un régimen de ayudas en el sentido del artículo 107, apartado 1, del TFUE cuando se aplique a las adquisiciones dentro de la Unión.
- (40) La Comisión también consideró que la medida controvertida, al haberse ejecutado infringiendo el artículo 108, apartado 3, del TFUE, constituía un régimen de ayuda ilegal, en la medida en que se aplicaba a las adquisiciones intracomunitarias.
- (41) La Comisión mantuvo abierto el procedimiento iniciado por la Decisión de incoación de 10 de octubre de 2007 por lo que se refiere a las adquisiciones fuera de la Unión, a la espera de los nuevos elementos relativos a los obstáculos a las fusiones transfronterizas fuera de la Unión que las autoridades españolas se comprometieron a aportar.

V. OBSERVACIONES DE LAS AUTORIDADES ESPAÑOLAS Y DE LOS TERCEROS INTERESADOS

- (42) La Comisión recibió observaciones de las autoridades españolas⁽¹⁷⁾ y de treinta y dos terceros interesados⁽¹⁸⁾, de los cuales ocho correspondían a asociaciones.
- (43) En resumen, las autoridades españolas consideran que el artículo 12.5 del TRLIS constituye una medida general y no una excepción al sistema fiscal español puesto que esta disposición permite la amortización de un activo inmaterial, que se aplica a cualquier contribuyente que adquiera una participación significativa en una empresa extranjera. Habida cuenta de la práctica de la Comisión y de la jurisprudencia en la materia, las autoridades españolas concluyen que las medidas controvertidas no pueden considerarse ayuda estatal a tenor del artículo 107 del TFUE. Además, las autoridades españolas consideran que una conclusión diferente vulneraría el principio de seguridad jurídica. Las autoridades españolas también impugnan la competencia de la Comisión para oponerse a esta medida general al afirmar que las normas sobre ayudas estatales no permiten a la Comisión armonizar cuestiones fiscales basándose en ellas.
- (44) Por lo general, treinta terceros interesados (en lo sucesivo, «las treinta partes interesadas») apoyan los puntos de vista de las autoridades españolas, mientras que otros dos terceros (en lo sucesivo, «las dos partes») consideran que el artículo 12.5 del TRLIS constituye una ayuda estatal ilegal incompatible con el mercado interior. Por lo tanto, en las siguientes secciones, los argumentos de las treinta partes interesadas se presentarán junto con la posición de las autoridades españolas, mientras que los argumentos de las dos partes se expondrán por separado.

A. Observaciones de las autoridades españolas y de las treinta partes interesadas

- (45) Como observación preliminar, las autoridades españolas subrayan que los impuestos directos son competencia de los Estados miembros. Por lo tanto, la acción de la Comisión en este ámbito debería coincidir con el principio de subsidiariedad declarado en el artículo 5 Tratado CE (sustituido ahora, en sustancia, por el artículo 5 del TFUE). Por otra parte, las autoridades españolas recuerdan que el artículo 3 del Tratado CE (sustituido ahora, en sustancia, por los artículos 3 a 6 del TFUE) y el artículo 58, apartado 1, letra a), del Tratado CE (sustituido ahora por el artículo 65 del TFUE), permiten a los Estados miembros establecer regímenes fiscales diferentes según la localización de la inversión o la residencia fiscal del contribuyente, sin que ello se considere una restricción a la libre circulación de capitales.

⁽¹⁷⁾ Véase el considerando 7.

⁽¹⁸⁾ Véase el considerando 8.

(46) Las treinta partes interesadas además afirman que una decisión negativa de la Comisión conculcaría el principio de autonomía fiscal nacional establecido en el TFUE, así como el artículo 56 Tratado CE (sustituido ahora por el artículo 63 del TFUE), que prohíbe las restricciones a la libre circulación de capitales.

A.1 La medida controvertida no constituye ayuda estatal

(47) Las autoridades españolas y las treinta partes interesadas consideran que la medida controvertida no constituye ayuda estatal a tenor del artículo 107, apartado 1, del TFUE ya que: i) no confiere una ventaja económica, ii) no favorece a determinadas empresas, iii) no falsea o amenaza falsear la competencia entre los Estados miembros. Conforme a la lógica del sistema fiscal español, consideran que la medida controvertida debe considerarse una medida general que se aplica indistintamente a cualquier tipo de empresa y a cualquier actividad.

A.1.1. La medida controvertida no confiere una ventaja económica

(48) Contrariamente a la posición de la Comisión manifestada en la Decisión de incoación, según las autoridades españolas, el artículo 12.5 del TRLIS no constituye una excepción al sistema español del impuesto de sociedades puesto que: i) el régimen contable español no es un punto de referencia apropiado para fundamentar la existencia de una excepción en el sistema fiscal, ii) e incluso si lo fuera, la caracterización del fondo de comercio financiero como activo amortizable a cierto plazo está incardinada históricamente en los regímenes españoles de contabilidad y de fiscalidad de las empresas.

(49) En primer lugar, a causa de la falta de armonización de las normas contables, el resultado contable no puede servir de punto de referencia para establecer el carácter excepcional de la medida controvertida. Efectivamente, en España, la base imponible se calcula sobre la base del resultado contable, rectificado con arreglo a la normativa fiscal. Por lo tanto, en el presente asunto las consideraciones contables no pueden, a decir de España, servir de punto de referencia para una medida fiscal.

(50) En segundo lugar, es incorrecto considerar que la amortización del fondo de comercio no se inscribe en la lógica del régimen contable español puesto que tanto el fondo de comercio⁽¹⁹⁾ como el fondo de comercio financiero⁽²⁰⁾ pueden amortizarse durante un límite máximo

de veinte años. Estas normas empíricas reflejan la pérdida de valor de los activos subyacentes ya sean materiales o no. Por lo tanto, el artículo 12.5 del TRLIS no constituye una excepción pues no se aparta de las normas relativas a la amortización del fondo de comercio establecidas en los sistemas contable y fiscal de España.

(51) En tercer lugar, las autoridades españolas señalan que la medida controvertida no constituye una verdadera ventaja económica puesto que, en caso de venta de la participación adquirida, la cantidad deducida se recupera a través del impuesto sobre la plusvalía, de tal modo que el contribuyente se hallaría en la misma situación que existiría si no se hubiera aplicado el artículo 12.5 del TRLIS.

(52) En cuarto lugar, la Comisión estaría refiriéndose de forma errónea a los artículos 11.4 y 89.3 del TRLIS para establecer la existencia de una ventaja. En la Decisión de incoación, la Comisión declara que para beneficiarse de la aplicación del artículo 12.5 del TRLIS no es necesario que exista una combinación de empresas ni la toma de control de la participada. Esta declaración refleja una comprensión errónea del sistema fiscal español puesto que estos dos artículos no impiden que un grupo de empresas que adquiera conjuntamente el control de una empresa participada deduzca una fracción correspondiente del fondo de comercio resultante de la operación. Por lo tanto, para aplicar estos dos artículos no se exige un control individual de la empresa participada para beneficiarse de la medida controvertida. En este contexto, no sería oportuno considerar que el artículo 12.5 del TRLIS ofrece un trato más favorable en comparación con los artículos 11.4 o 89.3 del TRLIS por lo que se refiere a la posición de control de los beneficiarios⁽²¹⁾. Finalmente, por lo que se refiere al criterio de participación del 5 %, debe subrayarse que es coherente con las condiciones fijadas de conformidad con el artículo 89.3 del TRLIS, pero también con las directivas y la práctica de la Comisión.

(53) Las autoridades españolas afirman que la Comisión también se refiere de forma errónea al artículo 12.3 del TRLIS para establecer una presunta característica ventajosa del artículo 12.5 del TRLIS: el artículo 12.3 se aplica a las situaciones de depreciación en caso de pérdida objetiva registrada por la participada, mientras que el artículo 12.5 del TRLIS complementa esta disposición y refleja la pérdida de valor imputable a la depreciación del fondo de comercio financiero.

⁽¹⁹⁾ Las autoridades españolas se remitieron al artículo 194 del Real Decreto 1564/1989, de 22 de diciembre de 1989.

⁽²⁰⁾ Las autoridades españolas se remitieron a la resolución del Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas (ICAC)-nº 3, BOICAC, 27.11.1996.

⁽²¹⁾ Véase la Decisión de la Comisión de 22 de septiembre de 2004, N 354/04, Company Holding Regime (DO C 131 de 28.5.2005, p. 10).

- (54) En quinto lugar, la Comunicación de la Comisión relativa a la aplicación de las normas sobre ayudas estatales a las medidas relacionadas con la fiscalidad directa de las empresas ⁽²²⁾ (en lo sucesivo, «la Comunicación de la Comisión») menciona explícitamente que las normas de amortización no implican ayuda estatal. Puesto que el coeficiente actual de amortización del fondo de comercio financiero durante un mínimo de 20 años coincide con el coeficiente de amortización del fondo de comercio, la regla no constituye una excepción al régimen fiscal general.
- (55) Finalmente, las treinta partes interesadas también consideran que si la medida controvertida constituyera una ventaja, los beneficiarios en último término serían los accionistas de la participada puesto que percibirían el precio pagado por la adquirente que se beneficia de la medida controvertida.
- (57) En segundo lugar, según las autoridades españolas y las treinta partes interesadas, la Comisión ha mezclado, en su Decisión de incoación, el concepto de selectividad y las condiciones objetivas de la medida controvertida que solo se refieren a ciertas transacciones (es decir, la participación en una empresa extranjera participada). Efectivamente, la Comisión alega que el artículo 12.5 del TRLIS es selectivo puesto que no se concede el mismo trato a inversiones similares en empresas españolas. Sin embargo, la Comisión está ignorando que el criterio de selectividad no viene determinado por el hecho de que el beneficiario de la medida controvertida sea un grupo de empresas o una empresa multinacional que tiene una parte en una empresa participada. El hecho de que una medida beneficie solamente a las entidades que cumplen el criterio objetivo expuesto en la medida controvertida, no hace por sí mismo que la medida sea selectiva. El criterio de selectividad implica la necesidad de imponer restricciones subjetivas al beneficiario de la medida controvertida. El criterio de selectividad creado para este procedimiento es contrario a la práctica anterior de la Comisión y demasiado vago y amplio. El desarrollo de este concepto llevaría a concluir erróneamente que la mayoría de los gastos fiscalmente deducibles están incluidos en el ámbito de aplicación del artículo 107, apartado 1, del TFUE.

A.1.2. La medida controvertida no favorece a determinadas empresas o producciones

- (56) En primer lugar, sostiene España que el artículo 12.5 del TRLIS es una medida general puesto que estará abierta a cualquier empresa española independientemente de su actividad, su sector, su dimensión, su forma o cualquier otra característica. La única condición, prevista en la medida controvertida, para que el contribuyente se beneficie de ella, es la de ser imponible en España. El hecho de que no todos los contribuyentes se beneficien de la medida controvertida no la hace selectiva. Por lo tanto, el artículo 12.5 del TRLIS no puede ser selectivo ni *de facto* ni *de iure* a tenor del artículo 107, apartado 1, del TFUE. En este sentido, mediante carta de 14 de julio de 2008 ⁽²³⁾, las autoridades españolas proporcionaron unos datos extraídos de las declaraciones de la renta españolas de 2006, que ponen de manifiesto que todos los tipos de empresas (PYME y empresas grandes), así como las empresas activas en diversos sectores económicos, se habían beneficiado de la medida controvertida. Las autoridades españolas también subrayan que, en una sentencia reciente ⁽²⁴⁾, el Tribunal General ha indicado que un número limitado de beneficiarios tampoco es suficiente por sí mismo para demostrar la selectividad de la norma puesto que puede representar a la totalidad de las empresas que se encuentran en una situación factual y jurídica similar. En especial, las autoridades españolas subrayan que la medida controvertida presenta semejanzas con un caso reciente ⁽²⁵⁾ que la Comisión ha considerado medida general y, por lo tanto, solicitan el mismo trato.
- (58) Las autoridades españolas añaden que el hecho de limitar la amortización del fondo de comercio financiero al que resulta de la adquisición de una participación significativa de una empresa participada no basta para privar a la medida controvertida de su carácter general, puesto que se aplica de manera indistinta a cualquier empresa que tribute en España sin ningún otro requisito. Conforme a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia ⁽²⁶⁾, una medida que beneficia indistintamente a la totalidad de las empresas situadas en el territorio nacional no puede constituir ayuda de Estado.
- (59) En tercer lugar, por lo que se refiere al umbral del 5 %, este nivel no exige invertir una determinada cuantía mínima y por lo tanto la medida controvertida no beneficia únicamente a las empresas grandes. Por lo que se refiere al hecho de que no se exija para aplicar la medida controvertida que el vendedor tribute por la plusvalía obtenida, las autoridades españolas consideran que no es relevante puesto que carecen de competencia para controlar las rentas percibidas en el extranjero por un vendedor residente no sujeto al impuesto en España. Finalmente, el limitar, por razón de técnica fiscal, el alcance de una medida a las adquisiciones de acciones en empresas participadas, es coherente con la situación que resulta de la aplicación de distintas directivas comunitarias.

⁽²²⁾ DO C 384 de 10.12.1998, p. 3.

⁽²³⁾ Véase el considerando 12.

⁽²⁴⁾ Véase la sentencia del Tribunal General de 10 de abril de 2008, asunto T-233/04, Países Bajos/Comisión (Rec. 2008, p. II-591).

⁽²⁵⁾ Véase la Decisión de la Comisión de 3 de febrero de 2008, N 480/07, «Reducción de ingresos procedentes de determinados activos intangibles» (DO C 80 de 1.4.2008, p. 1).

⁽²⁶⁾ Véase la sentencia del Tribunal de Justicia de 8 de noviembre de 2001, Adria-Wien Pipeline GmbH y Wietersdorfer & Peggauer Zementwerke (Rec. 2001, p. I-8365).

(60) En cuarto lugar, la introducción de la medida controvertida se justifica en todo caso por el principio de neutralidad, que inspira toda la normativa fiscal española. Este principio implica que el tratamiento fiscal de una inversión debe ser neutro con independencia de los instrumentos utilizados, ya sea una transmisión de activos, una combinación de empresas o una adquisición de participaciones. Por lo tanto, la amortización fiscal de una inversión debe ser idéntica cualquiera que sea el instrumento utilizado para llevar a cabo la adquisición en cuestión. El objetivo final de la medida controvertida, desde esta perspectiva más amplia, estriba en garantizar la libre circulación de capitales evitando el trato fiscal discriminatorio entre las transacciones con empresas participadas en comparación con las transacciones meramente nacionales. Dado que las adquisiciones de participaciones significativas en entidades residentes pueden llevar a la combinación de las empresas adquirentes y de las adquiridas sin ningún obstáculo jurídico o tributario, el fondo de comercio, que afloraría a efectos fiscales a consecuencia de la combinación, podría amortizarse⁽²⁷⁾. Sin embargo, el fondo de comercio de las operaciones transfronterizas no puede aflorar al no haber finalizado la armonización a escala comunitaria o, peor incluso, al no existir armonización alguna fuera de la Unión.

(61) Por otra parte, durante la investigación, las autoridades españolas y algunas de las treinta partes interesadas proporcionaron una descripción muy detallada de los obstáculos jurídicos que existían en la legislación de 15 terceros países. La información técnica contenida en las presentaciones de las autoridades españolas y las treinta partes interesadas se resume en los anexos II y III de la presente Decisión (denominada en lo sucesivo «los informes»). Estas descripciones deben entenderse de forma más general en el contexto de la siguiente declaración de las autoridades españolas⁽²⁸⁾: «de ahí que la norma fiscal española haya previsto regímenes fiscales diferentes, como es el caso de adquisiciones de participaciones en entidades extranjeras frente a adquisiciones de empresas españolas (imposibilidad de acometer operaciones de concentración, asunción de riesgos, etc.) en aras de conseguir la neutralidad fiscal perseguida por la normativa española interna y por el propio Derecho de la Unión, y en aras de una lógica coherente y eficaz del sistema tributario español». Según dichas autoridades y las treinta partes interesadas, los obstáculos descritos en los informes hacen que no resulte posible la combinación de empresas de Estados miembros diferentes. Por lo tanto, la medida controvertida pretende eliminar el impacto negativo de estos obstáculos, cuya existencia no es imputable a España. Así pues, el hecho de limitar el alcance de la medida controvertida a las adquisiciones transfronterizas es necesario para aplicar el principio de neutralidad. De este modo, siempre según las autoridades españolas, el sistema fiscal español trata de forma diferente a contribuyentes que se hallan en situaciones diferentes⁽²⁹⁾,

lo que garantiza la neutralidad del sistema tributario español de conformidad con lo exigido en el propio sistema fiscal español y en el TFUE.

(62) En conclusión, la medida controvertida pretende eliminar los obstáculos fiscales que genera el sistema tributario español en la decisión de inversión al penalizar las adquisiciones de participaciones en empresas extranjeras en comparación con las adquisiciones en empresas nacionales. La medida controvertida garantiza el mismo trato fiscal de ambos tipos de adquisiciones (adquisiciones directas de activos y adquisiciones indirectas mediante la compra de participaciones): de esta manera permite identificar el fondo de comercio resultante de ambos tipos (fondo de comercio directo y fondo de comercio financiero) para promover la integración de los distintos mercados, hasta que se hayan eliminado los obstáculos de hecho y de derecho para las combinaciones transfronterizas de empresas. De este modo, las autoridades españolas velan por que los contribuyentes elijan invertir a nivel local o transfronterizo sin verse afectados por los citados obstáculos. En efecto, el artículo 12.5 del TRLIS establece unas condiciones de competencia equitativas suprimiendo los impactos negativos de los obstáculos.

A.1.3 La medida controvertida no falsea la competencia ni afecta al comercio de la Unión

(63) Afirman las autoridades españolas que la Comisión no ha probado, con arreglo a lo exigido en la legislación, que el artículo 12.5 del TRLIS restrinja la competencia, ya que i) el supuesto «mercado de la adquisición de acciones de empresas» no constituye un mercado de referencia a efectos del Derecho de competencia; y ii) aunque sí lo constituyera, la amortización del fondo de comercio financiero no afecta en sí misma a la competitividad de las empresas españolas.

(64) En primer lugar, la Comisión ha considerado que la medida controvertida constituye una ventaja contraria a la competencia basándose en que el artículo 12.5 permite a los contribuyentes españoles obtener una bonificación por la adquisición de una participación significativa en una empresa participada. Sin embargo, la Comisión no ha efectuado ningún estudio de evaluación comparativa de la realidad económica de las empresas españolas e internacionales.

(65) En segundo lugar, puesto que la medida controvertida está abierta a cualquier empresa española sin ninguna limitación, no puede falsear la competencia. Efectivamente, cualquier empresa que se halle en la misma situación que un beneficiario de la medida controvertida puede beneficiarse de la medida controvertida, reduciendo así su carga fiscal, lo que suprime cualquier ventaja competitiva que pueda derivarse de ella. Además, la menor fiscalidad de un Estado miembro que puede mejorar la situación competitiva de las empresas locales no debe estar contemplada en la normativa sobre ayudas estatales siempre que tenga un carácter general.

⁽²⁷⁾ En aplicación del artículo 89.3 del TRLIS.

⁽²⁸⁾ Véase la carta de 5 de diciembre de 2007 enviada por las autoridades españolas a la Comisión, p. 35, antes mencionada en el considerando 7.

⁽²⁹⁾ Según se afirma en la página 8 de la carta de las autoridades españolas con fecha de 30 de junio de 2008, véase el considerando 9.

- (66) Finalmente, la Comisión ya ha examinado a la luz del Reglamento sobre concentraciones muchas operaciones transfronterizas españolas ⁽³⁰⁾ que podrían haberse beneficiado de la medida controvertida. Sin embargo en ninguno de dichos exámenes llegó la Comisión a plantear problema alguno ante posibles falseamientos de la competencia.
- (67) Las alegaciones de la Comisión no solamente adolecen de un alejamiento de la realidad, sino que también son ajenas a la realidad inversora de las empresas españolas. La medida controvertida ni falsea la competencia ni afecta negativamente a las condiciones del comercio interior de la Unión de forma contraria al interés común.
- (68) En un mercado no armonizado, debido a la competencia entre los sistemas tributarios, las operaciones idénticas tienen un impacto fiscal diferente según la residencia de los operadores. Esta situación falsea la competencia incluso aunque las medidas nacionales en cuestión sean generales. Dicho de otra manera, este falseamiento no es fruto de la ayuda estatal, sino de una falta de armonización. Siguiendo el razonamiento de la Comisión, esta tendría que abrir investigaciones formales respecto de centenares de medidas nacionales, lo que generaría una inseguridad jurídica altamente perjudicial para las inversiones extranjeras.

A.2 Compatibilidad

- (69) Incluso si la Comisión considera que el artículo 12.5 del TRLIS constituye ayuda estatal a tenor del artículo 107, apartado 1, del TFUE, esta disposición es compatible con el artículo 107, apartado 3, del TFUE, puesto que contribuye al interés de la Unión de promover la integración de empresas internacionales.
- (70) Tal como se recoge en el Plan de acción de ayudas estatales ⁽³¹⁾, una medida puede considerarse compatible si corrige una deficiencia del mercado, cumple unos objetivos de interés común claramente definidos y no falsea la competencia y el comercio interior de la Unión en forma contraria al interés común. En el presente asunto, la deficiencia del mercado es la dificultad (o casi la imposibilidad) de efectuar combinaciones transfronterizas de empresas. El efecto del artículo 12.5 del TRLIS estriba en fomentar la creación de empresas paneuropeas, situando en pie de igualdad a las adquisiciones nacionales y las transfronterizas.

⁽³⁰⁾ Véanse las Decisiones de la Comisión de 10 de junio de 2005, Cesky Telecom; de 10 de enero de 2005, O₂; de 23 de mayo de 2006, Quebec, GIC, BAA de 15 de septiembre de 2004, Abbey National; y de 26 de marzo de 2007, Scottish Power, disponibles en: <http://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/>.

⁽³¹⁾ Plan de acción de ayudas estatales-Menos ayudas estatales con unos objetivos mejor definidos: programa de trabajo para la reforma de las ayudas estatales 2005-2009, COM(2005) 107 final, (DO L 1 de 4.1.2003, p. 1).

- (71) Por lo tanto, para las autoridades españolas, el artículo 12.5 del TRLIS es compatible con el mercado interior puesto que logra el objetivo, a falta de armonización fiscal europea, de eliminar los obstáculos a la inversión transfronteriza de manera proporcionada. Efectivamente, la medida controvertida pretende suprimir el impacto negativo de los obstáculos a las combinaciones transfronterizas de empresas y equiparar el trato fiscal de las combinaciones transfronterizas de empresas y de las locales, lo que garantiza que las decisiones adoptadas por lo que se refiere a tales operaciones no se basan en consideraciones fiscales, sino exclusivamente en consideraciones económicas.

A.3 Confianza legítima y seguridad jurídica

- (72) Finalmente, y en caso de que la Comisión declare que el artículo 12.5 del TRLIS constituye una ayuda estatal incompatible con el mercado interior, la Comisión debe reconocer que existen ciertas circunstancias que justifican la no recuperación de la presunta ayuda estatal recibida de conformidad con el artículo 12.5 del TRLIS. Los beneficiarios deben tener derecho a llevar a cabo la amortización excepcional del fondo de comercio financiero correspondiente a las adquisiciones efectuadas antes de la fecha de publicación de la decisión final.
- (73) En primer lugar, la Comisión parece reconocer, en la Decisión de incoación, la probable existencia de confianza legítima. Por lo tanto, conforme a la jurisprudencia del Tribunal General ⁽³²⁾, esta declaración constituye un indicio claro de la existencia de confianza legítima. Puesto que la Decisión de incoación no prejuzga el desenlace de la investigación formal, la confianza legítima debe reconocerse para todas las operaciones que han tenido lugar antes de la fecha de la publicación de la decisión final.
- (74) En segundo lugar, en sus respuestas a las preguntas escritas ⁽³³⁾ presentadas por miembros del Parlamento Europeo, la Comisión ha declarado que el artículo 12.5 del TRLIS no constituye ayuda estatal. Esta declaración representa una posición clara de la Comisión que proporciona confianza legítima obvia a las autoridades españolas y a los beneficiarios de la medida controvertida.
- (75) En tercer lugar, conforme a la conclusión a la que ha llegado la Comisión en asuntos similares ⁽³⁴⁾, la Comisión ha proporcionado una serie de pruebas indirectas de que el artículo 12.5 del TRLIS no supone ayuda estatal. Teniendo en cuenta estas decisiones, una empresa prudente no habría podido predecir que la Comisión podía tomar una posición contraria.

⁽³²⁾ Sentencia del Tribunal General de 12 de septiembre de 2007 en el asunto T-384/03, Koninklijke Friesland Foods/Comisión (Rec. 2007, p. II-101).

⁽³³⁾ Preguntas escritas E-4431/05 y E-4772/05.

⁽³⁴⁾ Entre ellos, la Decisión de la Comisión de 30 de julio de 2004 en el asunto N 354/04, Company Holding Regime (DO C 131 de 28.5.2005, p. 10), y la Decisión de la Comisión de 22 de septiembre de 2006 en el asunto C 4/07 (ex N 465/06), Groepsrentebox, (DO C 66 de 22.3.2007, p. 30).

(76) Finalmente, la medida controvertida debe seguir aplicándose a todas las operaciones anteriores a la fecha de publicación de una decisión negativa hasta que finalice la amortización del fondo de comercio financiero. Efectivamente, la medida controvertida corresponde a un derecho a deducir una cierta cuantía, determinada en el momento de la adquisición, cuya deducción se fracciona durante los veinte años siguientes. Por otra parte, a causa de la posición de la Comisión en asuntos similares ⁽³⁵⁾, está justificado considerar que la confianza legítima debe mantenerse hasta la fecha de la publicación de la decisión final.

B. Observaciones de las dos partes

(77) Según las dos partes, el artículo 12.5 del TRLIS constituye ayuda estatal. Consideran que en el presente asunto no existe confianza legítima por lo que solicitan a la Comisión que ordene la recuperación de cualquier ayuda ilegal percibida. Sus argumentos se resumen a continuación.

B.1 La medida controvertida constituye ayuda estatal

B.1.1 La medida controvertida confiere una ventaja económica

(78) El artículo 12.5 del TRLIS es, según las dos partes, de naturaleza excepcional debido a que el sistema fiscal español, con excepción de esta disposición, no permite ninguna amortización del fondo de comercio financiero sino solamente una deducción en caso de comprobación del deterioro del valor. Hasta la introducción del artículo 12.5 del TRLIS la legislación española sobre el impuesto de sociedades no permitía la amortización de las participaciones independientemente de si realmente había existido un deterioro. Subrayan que el artículo 12.5 del TRLIS probablemente es único en el ámbito europeo, no habiendo otro Estado miembro con un régimen similar relativo a las transacciones transfronterizas sin adquisición de acciones de control.

(79) En virtud del sistema fiscal español, el fondo de comercio solo puede amortizarse si existe una combinación de empresas, la única excepción es la medida controvertida que permite la amortización en un caso excepcional: si se adquiere una participación minoritaria en una empresa participada. Esto se aparta del sistema tributario general puesto que la amortización es posible no solo sin que exista una combinación de empresas sino también en los casos en que el comprador ni siquiera adquiere el control de la participada extranjera. El artículo 12.5 del TRLIS concede así un beneficio a ciertas empresas españolas respecto a i) otras empresas españolas que solo operan a nivel nacional, y ii) otros operadores de la Unión, que compiten internacionalmente con los beneficiarios españoles de la medida controvertida.

(80) Desde un punto de vista económico, las autoridades españolas no solo están concediendo un préstamo sin intereses, que se utilizará durante veinte años (aplazamiento sin intereses del pago del impuesto), sino que

también dejan efectivamente a la discreción del prestatario la fecha de reembolso del préstamo sin intereses, si este préstamo se reembolsa realmente. Si el inversor no realiza una transmisión de la participación significativa, el efecto es el mismo que una condonación de la deuda por parte de las autoridades españolas. En este caso, la medida se convierte en una exención fiscal permanente.

(81) Una de las dos partes calcula que, a consecuencia de la medida controvertida, los adquirentes españoles, por ejemplo del sector bancario, pueden pagar cerca de un 7 % más de lo que podrían pagar en caso contrario. Sin embargo, también reconoce que como el precio de oferta es una combinación de diversos elementos adicionales, la medida controvertida no es el único factor, aunque probablemente uno de los más determinantes de la agresividad de los adquirentes potenciales españoles que se beneficien de la medida controvertida. Esta parte considera también que la medida controvertida proporciona una ventaja definitiva a los adquirentes potenciales españoles en subastas internacionales.

B.1.2 La medida controvertida favorece a determinadas empresas o producciones

(82) Existe un paralelismo claro entre el presente asunto y las circunstancias que dan lugar a la sentencia del Tribunal de Justicia de 15 de julio de 2004 ⁽³⁶⁾. A pesar de los argumentos expuestos por las autoridades españolas de que la medida controvertida en este último asunto no es selectiva debido a que el artículo 37 del TRLIS se aplica a todas las empresas españolas que realizan inversiones internacionales, el Tribunal concluyó que la medida constituía ayuda estatal puesto que se limitaba a una categoría de empresas, a saber las que efectuaban ciertas inversiones internacionales. Este mismo razonamiento puede aplicarse al artículo 12.5 del TRLIS. Así pues, la selectividad del artículo 12.5 del TRLIS se debe a que solamente pueden beneficiarse de esta disposición las empresas que adquieren participaciones en empresas extranjeras.

(83) Además, solo las empresas de un cierto tamaño y con una determinada solidez financiera con operaciones multinacionales pueden beneficiarse del artículo 12.5 del TRLIS. Aunque el balance de la empresa revele los valores contables de los activos, es poco probable que refleje también los valores de mercado tácitos de los activos. Por lo tanto, en la práctica, solamente los operadores que tengan un interés de control en empresas participadas tienen suficiente acceso a los documentos de una empresa para determinar el valor de mercado tácito de los activos de la empresa. Por consiguiente, el umbral del 5 % favorece a las empresas que realizan operaciones multinacionales.

⁽³⁵⁾ Véase la Decisión 2001/168/CECA de la Comisión, de 31 de octubre de 2000, relativa a las leyes españolas sobre el impuesto de sociedades, (DO L 60 de 1.3.2001, p. 57).

⁽³⁶⁾ Sentencia del Tribunal de Justicia de 15 de julio de 2004 en el asunto C 501/00, España/Comisión (Rec. 2004, p. I-6717).

(84) Por otra parte, solamente un operador español que tenga negocio en España tiene base imponible española y puede aprovechar la depreciación. Por lo tanto, solamente las empresas residentes en España con una base imponible española significativa pueden en la práctica beneficiarse de ello, puesto que el beneficio potencial está vinculado a la dimensión de la operación española y no de la adquisición. Aunque el artículo 12.5 del TRLIS esté redactado para aplicarlo a todos los operadores establecidos en España, en la práctica, solamente un número limitado e identificable de empresas con base imponible española, que hagan adquisiciones extranjeras en el ejercicio pertinente y tengan un determinado importe de base imponible que les permita realizar la deducción del fondo de comercio financiero, pueden beneficiarse anualmente de la aplicación de la medida. Como resultado, la medida proporciona en la práctica un tratamiento fiscal diferente incluso a los operadores españoles en la misma posición de realizar adquisiciones en el extranjero.

(85) Las dos partes consideran que no han podido identificar ningún criterio o condición objetiva u horizontal que justifique la medida controvertida. Al contrario, consideran que la intención básica de la medida controvertida es proporcionar un beneficio a ciertos operadores españoles. Además, si la medida controvertida es inherente al sistema tributario español, las participaciones extranjeras adquiridas antes de esa fecha también deben poder beneficiarse de la medida, lo que no es el caso puesto que la deducción fiscal se concede solamente para las participaciones adquiridas después del 1.1.2002.

(86) Por consiguiente y teniendo en cuenta la política de la Comisión ⁽³⁷⁾, la medida controvertida debe considerarse selectiva.

B.1.3 La medida controvertida falsea la competencia y afecta al comercio en la Unión

(87) La medida controvertida es claramente discriminatoria al conceder a los operadores españoles una ventaja fiscal y monetaria evidente de la que no pueden disfrutar los operadores extranjeros. En caso de subasta o de otro procedimiento competitivo para la adquisición de una empresa, tal ventaja constituye una diferencia significativa.

(88) Las ofertas de adquisición suelen presuponer el pago de una prima sobre el precio de las acciones de la participada que casi siempre daría lugar a un fondo de comercio financiero. En varias ocasiones, la prensa financiera ha informado sobre grandes adquisiciones por parte de empresas españolas y sobre los respectivos beneficios fiscales derivados de las normas tributarias españolas relativas a la amortización del fondo de comercio financiero. Para una de esas adquisiciones por un banco de inversiones, se había calculado que el beneficio fiscal resultante del artículo 12.5 del TRLIS era de 1 700 millones EUR, es decir, el 6,5 % del precio de la oferta. Otro informe indicó que el adquirente español había podido presentar una oferta que era un 15 % mayor que la de los competidores no españoles.

(89) La medida controvertida también parece favorecer cierta actividad exportadora (ayuda a la exportación para la adquisición de participaciones extranjeras) de las empresas españolas, lo cual es contrario a la política de la Comisión establecida ⁽³⁸⁾ en este ámbito.

B.1.4 La medida controvertida afecta a recursos del Estado

(90) La medida controvertida beneficia a entidades que cumplen determinados requisitos y les permite reducir su base imponible y, por ello, el importe del impuesto que deberían pagar en un determinado ejercicio si no existiese esta disposición. Así pues, esta medida proporciona a las empresas una ventaja financiera, cuyo coste recae directamente en el presupuesto del Estado miembro afectado.

VI. RESPUESTA DE ESPAÑA A LAS OBSERVACIONES DE TERCEROS

(91) Las autoridades españolas señalan que la gran mayoría de las observaciones de terceros apoya su punto de vista. Solamente las dos partes coinciden en considerar que la medida controvertida constituye ayuda estatal, mientras que todas las demás concluyen que el artículo 12.5 del TRLIS no constituye ayuda estatal en el sentido del artículo 107, apartado 1, del TFUE. Si no fuera así, el número de operadores económicos que habría presentado observaciones hubiera sido menor. Además, la diversidad de la actividad y dimensión de los terceros interesados demuestra el carácter general de la medida controvertida.

⁽³⁷⁾ Véase la sección II.1.b.) y siguientes del Informe de la Comisión sobre la aplicación de las normas sobre ayudas estatales a las medidas relacionadas con la fiscalidad directa de las empresas, disponible en: http://ec.europa.eu/competition/state_aid/studies_reports/rapporataidesfiscales_es.pdf.

⁽³⁸⁾ Véase la Decisión 82/364/CEE de la Comisión de 17 de mayo de 1982, referente a la subvención de tipos de interés sobre créditos para Francia a Grecia después de la adhesión de este país a la Comunidad Económica Europea (DO L 159 de 10.6.1982, p. 44), en especial la parte IV, que hace referencia a los asuntos 6/69 y 11/69, Comisión/Francia.

(92) En lo que respecta a la naturaleza excepcional de la medida controvertida, las autoridades españolas rechazan esta calificación, recordando la característica común de la amortización del fondo de comercio y del fondo de comercio financiero según las normas contables españolas⁽³⁹⁾. Además, la deducción de la amortización del fondo de comercio constituye la regla general del sistema español del impuesto de sociedades de conformidad con las disposiciones establecidas en los artículos 11.4 y 89.3 del TRLIS. El artículo 12.5 del TRLIS sigue esta misma lógica. Es incorrecto presentar el artículo 12.3 del TRLIS como la regla general de la amortización del fondo de comercio financiero puesto que este artículo se refiere a la deducción de la participación en entidades no cotizadas. Esta disposición está relacionada con la depreciación del valor contable teórico y no con el fondo de comercio financiero. Los apartados 3 y 5 del artículo 12 del TRLIS son dos normas generales complementarias: el primero se refiere a la depreciación imputable a los resultados negativos generados por la participada, mientras que el segundo lo hace a la deducción solo de la parte de depreciación imputable a la depreciación del fondo de comercio financiero. Finalmente, el hecho de que ningún otro Estado miembro tenga una medida similar a la controvertida carece de importancia puesto que los sistemas fiscales no están armonizados en la Unión.

(93) En lo que respecta al carácter selectivo de la medida controvertida, el paralelismo establecido con la sentencia del Tribunal de Justicia de 15 de julio de 2004⁽⁴⁰⁾ es incorrecto puesto que en ese asunto la Comisión había definido claramente el perfil del beneficiario, mientras que en el presente asunto no ha podido definirse. En efecto, el artículo 12.5 del TRLIS no exige ningún vínculo entre la adquisición de una participación y la exportación de bienes y servicios. Por lo tanto, la medida controvertida no produce el efecto de aumentar la exportación de mercancías o servicios españoles. El hecho de que esta medida no selectiva no pueda aplicarse a las operaciones nacionales no afecta a su naturaleza general. Efectivamente, el objetivo final de la medida controvertida es el mismo que el de la Directiva sobre fiscalidad transfronteriza, que consiste en velar por que las decisiones de inversión se basen en consideraciones económicas y no en criterios fiscales. Por lo tanto, teniendo en cuenta que es posible efectuar combinaciones de empresas mediante adquisiciones nacionales y no mediante adquisiciones transfronterizas, el hecho de aplicar un tratamiento diferente a las operaciones nacionales y a las transfronterizas no solo está justificado jurídicamente para garantizar la neutralidad del sistema fiscal, sino que es necesario.

(94) En lo que respecta a las supuestas características de falseamiento de la medida controvertida, las autoridades españolas recuerdan que cualquier deducción fiscal que reduce los costes de funcionamiento de una empresa aumenta el poder competitivo del beneficiario. No obstante, esta afirmación es irrelevante ya que la medida

controvertida es una medida general. Los diversos tipos de gravamen aplicados en los Estados miembros, que inciden en la competitividad de sus empresas residentes, no entran en el ámbito de aplicación de las normas sobre ayudas estatales. Además, no se ha demostrado que la medida controvertida afecte al comercio entre los Estados miembros. Por otra parte, la amortización del fondo de comercio financiero no tiene necesariamente como consecuencia un aumento del precio ofrecido por un competidor.

(95) En lo que respecta a la compatibilidad de la medida controvertida con el mercado interior, las autoridades españolas consideran que el artículo 12.5 del TRLIS es apropiado y proporcional para corregir una deficiencia del mercado al establecer un sistema tributario neutro para las operaciones nacionales y transfronterizas que propicie el desarrollo de empresas paneuropeas.

VII. EVALUACIÓN DEL RÉGIMEN

(96) Para determinar si una medida constituye ayuda, la Comisión debe evaluar si cumple las condiciones del artículo 107, apartado 1, del TFUE. Esta disposición establece que «salvo que los Tratados dispongan otra cosa, serán incompatibles con el mercado interior, 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». Habida cuenta de esta disposición, la Comisión examina a continuación si la medida controvertida constituye ayuda estatal.

A Selectividad y carácter de ventaja de la medida

(97) Para ser considerada ayuda estatal, la medida debe ser específica o selectiva en el sentido de favorecer a determinadas empresas o a la producción de determinados bienes.

(98) En su Comunicación⁽⁴¹⁾, la Comisión afirma que «Para aplicar el apartado 1 del artículo 92 [actualmente, artículo 107, apartado 1, del TFUE] a una medida fiscal, resulta especialmente pertinente el hecho de que esta medida establezca una excepción a la aplicación del sistema fiscal a favor de determinadas empresas del Estado miembro. Por lo tanto, conviene determinar, en primer lugar, el régimen común aplicable. A continuación, debe examinarse si la excepción a este régimen o las diferencias en el mismo están justificadas “por la naturaleza o la economía del sistema” fiscal, es decir, si derivan directamente de los principios fundadores o directivos del sistema fiscal del Estado miembro en cuestión».

⁽³⁹⁾ Remitiéndose a la resolución del Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas de noviembre de 1996, nº 3, BOICAC 27.

⁽⁴⁰⁾ Véase la nota 36.

⁽⁴¹⁾ Véase la nota a pie de página 22.

- (99) Según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia ⁽⁴²⁾, «en lo que atañe a la apreciación del criterio de selectividad, constitutivo del concepto de ayuda de Estado, resulta de una reiterada jurisprudencia que el artículo 87, apartado 1 [actualmente, artículo 107, apartado 1, del TFUE], requiere que se examine si, en el marco de un régimen jurídico concreto, una medida nacional puede favorecer a “determinadas empresas o producciones” en relación con otras que se encuentren en una situación fáctica y jurídica comparable, habida cuenta del objetivo perseguido por el referido régimen» ⁽⁴³⁾.
- (100) El Tribunal también dictaminó en numerosas ocasiones que el artículo 107, apartado 1, del TFUE no establece una distinción según las causas o los objetivos de las intervenciones estatales, sino que las define en función de sus efectos ⁽⁴⁴⁾. Concretamente, las medidas fiscales que no constituyan una adaptación del sistema general a las características particulares de ciertas empresas, sino que hayan sido concebidas como medio para mejorar su competitividad, entran en el ámbito de aplicación del artículo 107, apartado 1, del TFUE ⁽⁴⁵⁾.
- (101) Ahora bien, el concepto de ayuda estatal no se aplica a las medidas estatales que establecen una diferencia entre las empresas cuando esa diferencia es fruto de la naturaleza o de la estructura global del sistema del cual forman parte. Según lo explicado en la Comunicación de la Comisión ⁽⁴⁶⁾, «algunas condiciones pueden estar justificadas por diferencias objetivas entre los contribuyentes».
- (102) Según se explica con más detalle en la siguiente sección, la Comisión considera que la medida controvertida es selectiva puesto que beneficia únicamente a determinados grupos de empresas que efectúan ciertas inversiones en el extranjero y que este carácter específico del régimen no se justifica por la naturaleza del sistema. La Comisión
- estima que la medida controvertida debe evaluarse habida cuenta de las disposiciones generales del régimen del impuesto sobre sociedades y, más concretamente, de las normas sobre el trato fiscal del fondo de comercio financiero (véanse los considerandos 48 a 69).
- (103) La Comisión ha analizado también si la hipótesis de hecho en la que se basan las autoridades españolas tiene fundamento, examinando si existen obstáculos en las legislaciones de terceros países. No obstante, cabe señalar que este ejercicio no puede constituir un reconocimiento de que tales obstáculos pueden justificar un tratamiento fiscal diferente en el presente caso. Por otra parte, el objetivo de la presente Decisión no estriba en establecer las condiciones que harían posible que el Estado miembro interesado evitara la calificación de la medida controvertida como ayuda estatal.
- (104) Incluso si se eligiera un sistema alternativo de referencia, inspirado en el que sugieren las autoridades españolas, la Comisión concluye que la medida controvertida aún constituiría una ventaja selectiva, debido esencialmente a la inexistencia de condiciones diferentes de hecho y de derecho exigidas para que las distintas situaciones se beneficien de las disposiciones sobre el fondo de comercio o el fondo de comercio financiero en operaciones extranjeras. Más importante aún, la medida controvertida permite que el fondo de comercio financiero aflore por separado y se amortice también en caso de que el beneficiario adquiera una participación minoritaria del 5 %, nivel muy inferior al necesario para aplicar las normas generales sobre amortización del fondo de comercio ⁽⁴⁷⁾. Por lo tanto, la medida controvertida constituye una excepción al sistema de referencia, sea cual sea su definición.
- (105) Además de esto, la Comisión observa otras diferencias por lo que se refiere a las condiciones de aplicación de la medida controvertida y a las disposiciones del sistema de referencia. Efectivamente, según la medida controvertida, las adquisiciones de participaciones efectuadas antes de 1 de enero de 2002 no se tienen en cuenta para el cálculo de la base amortizable. En cambio, en una situación de combinación de empresas, esta fecha límite no existe al calcular el fondo de comercio y el contribuyente tiene que probar que la combinación se efectúa por motivos económicos válidos, con objeto de evitar que las combinaciones pretendan meramente obtener ventajas fiscales ⁽⁴⁸⁾, mientras que la medida controvertida solo confiere ventajas fiscales. Las autoridades españolas no han podido proporcionar argumentos convincentes que justifiquen estas diferencias y, por lo tanto, no se puede considerar que la medida esté justificada por la lógica del sistema fiscal español.

⁽⁴²⁾ Véase, en este sentido, la sentencia del Tribunal de Justicia de 29 de abril de 2004 en el asunto C-308/01, *GIL Insurance* (Rec. 2004, p. I-4777), apartado 68; la sentencia del Tribunal de Justicia de 3 de marzo de 2005 en el asunto C-172/03, *Heiser* (Rec. 2005, p. I-1627), apartado 40, y la sentencia del Tribunal de Justicia de 6 de septiembre de 2006 en el asunto C-88/03, *Portugal/Comisión* (Rec. 2006, p. I-7115), apartado 54.

⁽⁴³⁾ Véase, en este sentido, la sentencia del Tribunal de Justicia de 6 de septiembre de 2006 en el asunto C-88/03, *Portugal/Comisión* (Rec. 2006, p. I-7115), apartado 54.

⁽⁴⁴⁾ Véase, por ejemplo, la sentencia del Tribunal de Justicia de 29 de febrero de 1996 en el asunto C-56/93, *Bélgica/Comisión* (Rec. 1996, p. I-723), apartado 79; sentencia del Tribunal de Justicia de 26 de septiembre de 1996 en el asunto C-241/94, *Francia/Comisión* (Rec. 1996, p. I-4551), apartado 20; sentencia del Tribunal de Justicia de 17 de junio de 1999 en el asunto C-75/97, *Bélgica/Comisión* (Rec. 1999, p. I-3671), apartado 25; y sentencia del Tribunal de Justicia de 13 de febrero de 2003 en el asunto C-409/00, *España/Comisión* (Rec. 2003, p. I-10901), apartado 46.

⁽⁴⁵⁾ Véase, por ejemplo, la sentencia del Tribunal de Justicia de 15 de diciembre de 2005 en el asunto C-66/02, *Italia/Comisión* (Rec. 2005, p. I-10901), apartado 101.

⁽⁴⁶⁾ Véase la nota 22.

⁽⁴⁷⁾ Artículo 89.3 del TRLIS, véase el considerando 31.

⁽⁴⁸⁾ Véase el artículo 96.2 del TRLIS.

(106) Por consiguiente, la medida controvertida es demasiado imprecisa e indiscriminada al no condicionar su beneficio a la existencia de situaciones específicas y delimitadas legalmente que justifiquen un trato fiscal diferente. Como consecuencia de esto, el beneficio de la medida controvertida se extiende a situaciones cuyo carácter diferente no se ha demostrado suficientemente para justificar una excepción selectiva a las normas generales en materia de fondo de comercio. Por lo tanto la Comisión considera que la medida controvertida consiste en una deducción fiscal de determinados tipos de costes y abarca una amplia categoría de transacciones de manera discriminatoria, lo que no puede justificarse por la existencia de diferencias objetivas entre contribuyentes.

(107) Por otra parte, conforme a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia ⁽⁴⁹⁾, la Comisión considera que, para concluir que un sistema constituye ayuda estatal, no es necesario demostrar que toda ayuda individual concedida al amparo de ese sistema tiene carácter de ayuda estatal a tenor del artículo 107, apartado 1, del TFUE. Con este fin, basta con que la aplicación del sistema en cuestión lleve a situaciones que constituyen ayuda, para poder concluir que el sistema contiene elementos de ayuda a tenor del artículo 107, apartado 1, del TFUE. Por lo tanto, en el contexto de la presente Decisión, no es necesario revisar la legislación de todos los posibles terceros países para los cuales el procedimiento de investigación de la Comisión aún está abierto. Así pues, según se indicó ya en los considerandos 115 y siguientes de la Decisión anterior ⁽⁵⁰⁾, la Comisión ha comprobado, basándose en un método explicado detalladamente más adelante, si alguna de las aplicaciones individuales del régimen de ayudas controvertido a transacciones fuera de la Unión supone ayuda estatal. Este análisis se centró en aquellos terceros países con los que España mantiene relaciones económicas estrechas y por lo tanto se han seleccionado por su importancia en términos de inversión directa en el extranjero entre el 1 de enero de 2002 y el 1 de junio de 2009 (en lo sucesivo, «IED»). Entre estos terceros países, la Comisión ha centrado su análisis en los países en que probablemente se registre un mayor número de aplicaciones individuales de la medida controvertida: Estados Unidos de América (IED de 35 000 millones EUR), México (IED de 18 000 millones EUR), Argentina (IED de 15 000 millones EUR) y Brasil (IED de 13 000 millones EUR). Según la información facilitada por las autoridades españolas durante el procedimiento, parece que, de los quince terceros países para los que dichas autoridades presentaron información, se han realizado transacciones no solo en los cuatro terceros países antes citados sino también en la República de Colombia, la República del Perú y la República del Ecuador. Así pues, la Comisión ha procedido a examinar también estos otros terceros países.

(108) El razonamiento de la Comisión resumido anteriormente se desarrolla en los considerandos siguientes.

⁽⁴⁹⁾ Véase la sentencia del Tribunal General de 9 de septiembre de 2009, asuntos acumulados T-227/01 a T-229/01, T-265/01, T-266/01 y T-270/01, Diputación Foral de Álava y otros/Comisión (Rec. 2009, p. II-1), apartados 381 y siguientes.

⁽⁵⁰⁾ Véase el considerando 14.

A.1. Tratamiento fiscal del fondo de comercio financiero en virtud del sistema impositivo español por lo que respecta a las adquisiciones fuera de la Unión

A.1.1. Sistema de referencia

(109) En la Decisión de incoación y en la Decisión anterior, la Comisión consideró que el sistema de referencia adecuado es el régimen español del impuesto sobre sociedades y, más concretamente, las normas relativas al tratamiento fiscal del fondo de comercio financiero contenidas en el sistema tributario español. Este planteamiento se ajusta a la práctica anterior de la Comisión y a la jurisprudencia de los Tribunales europeos, que consideran que el sistema de referencia es el régimen ordinario del impuesto sobre sociedades ⁽⁵¹⁾, y se mantiene en la presente Decisión.

(110) Las autoridades españolas subrayan que los obstáculos impuestos a las combinaciones transfronterizas de empresas sitúan, por lo general, a los contribuyentes que compran acciones en empresas nacionales en una situación de derecho y de hecho diferente a la de los que adquieren participaciones en empresas no residentes y, en especial, en empresas establecidas en terceros países. Las autoridades españolas han explicado que el objetivo de la medida controvertida es evitar una diferencia de trato fiscal entre, por una parte, una adquisición a la que sigue una combinación de empresas onerosa y, por otra, una adquisición de participación sin combinación de empresas. Sobre esta base, el ámbito del régimen controvertido se limitaría a la adquisición de participaciones significativas en una empresa no residente en España dado que algunos obstáculos harían más difícil realizar una combinación de empresas transfronteriza que otra local ⁽⁵²⁾. Como consecuencia de la existencia de estos obstáculos, los contribuyentes españoles que inviertan en el extranjero estarían, de derecho y de hecho, en una situación diferente de la de aquellos que inviertan en España. A este respecto, las autoridades españolas declaran que ⁽⁵³⁾: «En definitiva, el mero carácter diferencial de determinadas medidas fiscales no implica necesariamente que sean ayudas estatales, pues deberá también analizarse si tales medidas son necesarias o funcionales con respecto a la eficacia del sistema fiscal, tal y como se afirma en la Comunicación de la Comisión. De ahí que la norma fiscal española haya previsto regímenes fiscales diferentes para situaciones objetivamente diferentes, como es el caso de las adquisiciones de participaciones en entidades extranjeras frente a las adquisiciones en empresas españolas (imposibilidad de acometer operaciones de concentración, asunción de riesgos, etc.) en aras

⁽⁵¹⁾ Véase, entre otras, la sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 1 de julio de 2004 en el asunto T-308/00, Salzgitter/Comisión (Rec. 2004, p. II-1933, apartado 82).

⁽⁵²⁾ Véase el correo electrónico de las autoridades españolas de 16 de junio de 2009 citado en el considerando 13.

⁽⁵³⁾ Véase en particular la carta de las autoridades españolas de 22 de abril de 2009 (A-9531), página 6, citada en el considerando 9.

de conseguir la neutralidad fiscal perseguida por la normativa española interna y por el propio Derecho de la Unión, y en aras de alcanzar una lógica coherente y eficaz del sistema tributario español».

- (111) Según las autoridades españolas, sería necesario dar un trato fiscal específico a las adquisiciones de participaciones transfronterizas para garantizar la neutralidad del sistema fiscal español y evitar que las adquisiciones de participaciones españolas recibieran un trato más favorable. Por consiguiente, las autoridades españolas y las treinta partes interesadas consideran que el marco de referencia correcto para la evaluación de la medida controvertida sería el trato fiscal del fondo de comercio para adquisiciones extranjeras.
- (112) En la Decisión anterior, la Comisión mantuvo abierto el procedimiento para permitir que las autoridades españolas proporcionasen información nueva por lo que se refiere a la existencia de obstáculos jurídicos explícitos a las combinaciones transfronterizas de empresas en terceros países.
- (113) En este contexto, la Comisión, basándose esencialmente en los elementos contenidos en los informes, ha investigado la legislación de diversos terceros países simplemente para comprobar las alegaciones de las autoridades españolas sobre la existencia de obstáculos jurídicos explícitos para la combinación transfronteriza, sin que este examen constituya en modo alguno un reconocimiento de que tales obstáculos pueden justificar un sistema de referencia diferente en el presente asunto. Para ello, la Comisión verificó esencialmente si una empresa matriz española tenía capacidad jurídica para combinarse con una filial residente en un tercer país.
- (114) Esta investigación, limitada al examen de la veracidad de las alegaciones contenidas en los argumentos expuestos, se basa en las siguientes premisas:

— primero, la Comisión ha comprobado si, tal como se recoge en la Decisión anterior⁽⁵⁴⁾, las empresas españolas se enfrentan a un obstáculo jurídico explícito, imputable a un tercer país y no a España⁽⁵⁵⁾, que les impida convertir una filial extranjera en una sucursal. Sin embargo, estas disposiciones legales solo pueden constituir una barrera si la empresa interesada hubiera podido ejercer una influencia efectiva sobre la empresa participada, especialmente mediante una participación mayoritaria, a una escala tal que podría imponer una fusión si no existieran los obstáculos. Por lo tanto, las disposiciones legales de terceros países que impiden que un contribuyente español adquiera el control de una empresa participada en ese tercer país no pueden considerarse un obstáculo jurí-

dico explícito pertinente en el sentido alegado por las autoridades españolas: de resultas de tal disposición, las empresas/los contribuyentes españoles nunca podrían cumplir la condición de ejercer una influencia efectiva, pues seguirían siendo accionistas minoritarios de la empresa participada. Por lo tanto, nunca podrán tener la capacidad efectiva necesaria para imponer una combinación de empresas. La Comisión quiere aclarar también que la condición referente al control se ha evaluado a nivel del beneficiario de la medida (y no del grupo al que pueda pertenecer) conforme al sistema fiscal español. Siguiendo este mismo razonamiento, la Comisión considera que una prohibición explícita de que las entidades no residentes posean directamente activos específicos (por ejemplo, bienes inmuebles en la costa) no puede constituir un obstáculo jurídico explícito en el contexto de este ejercicio.

La Comisión considera que una mera carga o formalidad administrativa⁽⁵⁶⁾ exigida a las empresas no residentes por los terceros países no puede considerarse un obstáculo jurídico explícito, porque simplemente debe generar costes adicionales, que pueden ser fiscalmente deducibles en virtud del sistema impositivo español, sin imposibilitar la combinación de empresas,

- en segundo lugar, una alegación de la falta de ejemplos conocidos de combinaciones transfronterizas entre empresas españolas y de determinados terceros países no puede constituir una prueba suficiente ni demostrar la existencia de obstáculos. En efecto, cuando las empresas deciden realizar una combinación de empresas, los elementos que se tienen en cuenta son variopintos y no se limitan únicamente a la capacidad de las empresas afectadas para combinar sus actividades. Esto se ilustra claramente por el hecho de que algunas de las treinta partes interesadas tienen numerosas filiales españolas controladas al cien por cien sin combinar sus negocios españoles, a pesar de que las autoridades españolas reconocen que no hay obstáculos para las combinaciones empresariales nacionales. Por lo tanto, la Comisión considera que entre los elementos contenidos en los informes solo pueden aceptarse las prohibiciones explícitas de las combinaciones transfronterizas de empresas en virtud de las legislaciones de terceros países. Efectivamente, como ya se indicó en el considerando 93 de la Decisión anterior, si se tuvieran en cuenta elementos injustificados de naturaleza general, este análisis correría el riesgo de llegar a ser arbitrario en gran medida.

⁽⁵⁴⁾ Véanse los considerandos 117 y 118 de la Decisión anterior.

⁽⁵⁵⁾ Véase, en este sentido, el considerando 94 de la Decisión anterior.

⁽⁵⁶⁾ La Comisión subraya que cualquier tecnicismo necesario para efectuar una combinación transfronteriza de empresas, tal como la creación, antes de la combinación, de un establecimiento permanente en el país de residencia de la empresa participada o la realización de ciertas formalidades ante el banco central del tercer país, constituyen formalidades administrativas. La Comisión también considera que existen razones fiscales válidas para adoptar normas destinadas a evitar componendas que no reflejan la realidad económica o cuya razón principal es lograr una ventaja fiscal. Este tipo de normas también existe en el sistema impositivo español.

(115) Las conclusiones expuestas a continuación se basan en la información proporcionada por las autoridades españolas en los informes, cuya veracidad y plenitud ha sido comprobada por la Comisión a la luz de las observaciones metodológicas indicadas anteriormente. Partiendo de esta base, la Comisión considera que, contrariamente a las alegaciones de las autoridades españolas, no se puede considerar que todas las legislaciones de terceros países planteen obstáculos jurídicos explícitos a las combinaciones transfronterizas de empresas. Por lo tanto, de forma similar a lo declarado en la Decisión anterior en relación con las transacciones en la Unión ⁽⁵⁷⁾, la Comisión no puede compartir los puntos de vista expresados por las autoridades españolas, apoyadas en sus alegaciones por las treinta partes interesadas, por lo que se refiere a la existencia generalizada de estos supuestos obstáculos. La Comisión considera que fuera de los Estados miembros de la Unión, por lo menos en los siguientes terceros países pertinentes, no puede reconocerse ningún obstáculo jurídico explícito, según se pormenoriza a continuación:

— Estados Unidos

- i) En primer lugar, la Comisión observa que, en un informe presentado por las autoridades españolas ⁽⁵⁸⁾, al evaluar si hay precedentes de combinaciones transfronterizas de empresas, el autor afirma: «no se han hallado, pero es probable que esto haya ocurrido en Delaware». En contradicción con las alegaciones esenciales de las autoridades españolas, la conclusión de uno de los informes ⁽⁵⁹⁾ relativos a este país parece considerar que no hay ninguna prohibición jurídica general y explícita de las combinaciones transfronterizas de empresas.
- ii) En segundo lugar, según las normas generales del Derecho de sociedades ⁽⁶⁰⁾ y del Derecho tributario ⁽⁶¹⁾ no hay ninguna prohibición explícita de combinaciones de empresas con entidades extranjeras.
- iii) En tercer lugar, se aplican disposiciones específicas del Derecho de sociedades ⁽⁶²⁾ a las combinaciones de empresas nacionales. No hay, por lo que sabe la Comisión, ninguna prohibición explícita de aplicar esas disposiciones a las combinaciones transfronterizas de empresas, aun cuando las formalidades administrativas aplicables puedan

diferir. La Comisión subraya que, por lo menos, el Estado de Delaware hace explícitamente posibles las combinaciones transfronterizas de empresas ⁽⁶³⁾ a condición de que la legislación del país de residencia de la empresa extranjera permita la transacción inversa. Por lo tanto, si tal transacción no es posible entre empresas establecidas respectivamente en Delaware y España, la Comisión considera que tales obstáculos serían imputables a España, y por lo tanto no pertinentes para la actual evaluación. Esta conclusión debe verse en el marco de la importancia reconocida del Estado de Delaware para la domiciliación/constitución de empresas en los EE.UU. ⁽⁶⁴⁾.

- iv) En cuarto lugar, se aplican disposiciones fiscales específicas a las combinaciones de empresas nacionales para evitar la fiscalidad desfavorable al llevar a cabo operaciones de reestructuración. No hay, por lo que sabe la Comisión, ninguna prohibición explícita de aplicarlas a las combinaciones transfronterizas de empresas, aun cuando las formalidades administrativas aplicables puedan diferir.
- v) Finalmente, la Comisión no ha encontrado ninguna jurisprudencia de los tribunales competentes de los EE.UU. que contradiga su conclusión por lo que se refiere a la ausencia de obstáculos jurídicos explícitos a las combinaciones transfronterizas de empresas con una empresa residente en los Estados Unidos de América.

— México

- i) En primer lugar, la Comisión observa que en el artículo 8.3 del Protocolo del Convenio fiscal entre España y México ⁽⁶⁵⁾ firmado el 6 de octubre de 1994, todavía vigente, se contemplan explícitamente las transacciones transfronterizas de combinación de empresas. Como consecuencia de esta disposición, dichas transacciones disfrutaban de una exención fiscal de la reorganización empresarial en el sentido de que no se gravan las plusvalías no realizadas. Según lo entiende la Comisión, este Convenio fiscal internacional tiene como finalidad anular la posible exclusión ⁽⁶⁶⁾ de la combinación transfronteriza de empresas

⁽⁵⁷⁾ Véase, en particular, el considerando 93 y siguientes.

⁽⁵⁸⁾ Véase la página 19 del informe de KPMG titulado «Análisis de la existencia de obstáculos específicos jurídicos y fiscales a las fusiones transfronterizas en algunas jurisdicciones»-diciembre de 2009.

⁽⁵⁹⁾ Véase en el anexo II de la presente Decisión, que contiene un resumen del informe de KPMG, la sección relativa a los Estados Unidos.

⁽⁶⁰⁾ Véase la nota 61.

⁽⁶¹⁾ Véase, entre otras, la sección 351 y siguientes del *Internal Revenue Code* (Código Fiscal) de 1986, modificado, y la sección 7874 de dicho Código, *Treasury Regulation* (Reglamento del Tesoro) de 23 de enero de 2006 (T.D. 9242), disponible en <http://www.law.cornell.edu/uscode/>.

⁽⁶²⁾ Véanse la nota 59, la sección 361 y siguientes, y 367 y siguientes del citado Código <http://www.law.cornell.edu/uscode/>.

⁽⁶³⁾ Véase, entre otras, la sección 252(a) de la *Delaware General Corporation Law* (Ley general de sociedades de Delaware) disponible en: <http://delcode.delaware.gov/title8/c001/sc09/index.shtml>.

⁽⁶⁴⁾ Según el sitio oficial de Internet del Estado de Delaware, «el Estado de Delaware es el domicilio principal de sociedades de los EE.UU. e internacionales. Más de 850 000 entidades comerciales tienen en Delaware su domicilio legal. Más del 50 % de todas las empresas que cotizan en bolsa en los Estados Unidos, incluido el 63 % de la lista Fortune 500, han elegido Delaware como su domicilio legal». Véase <http://www.corp.delaware.gov/aboutagency.shtml>.

⁽⁶⁵⁾ Disponible en http://www.agencia tributaria.es/wps/portal/Listado?channel=de40217740119010VgnVCM10000050f01e0a_a80_&ver=L&site=56d8237c0bc1ff00VgnVCM100000d7005_a80_&idioma=es_ES&menu=1&img=8.

⁽⁶⁶⁾ Véase, entre otro, el artículo 14-b del Código Fiscal de la Federación disponible en: <http://info4.juridicas.unam.mx/ijure/fed/7/18.htm?s=>.

del beneficio de las normas fiscales específicas que se aplican a las combinaciones de empresas nacionales.

- ii) En segundo lugar, conforme a la legislación mexicana (Derecho de sociedades y Derecho tributario) y teniendo en cuenta el citado Convenio fiscal, no hay ninguna prohibición jurídica explícita de la combinación de empresas con entidades españolas.
- iii) Finalmente, la Comisión no ha encontrado ninguna jurisprudencia de los tribunales mexicanos competentes que contradiga su conclusión por lo que se refiere a la ausencia de obstáculos jurídicos explícitos a las combinaciones transfronterizas de empresas con una empresa residente en México.

— Brasil

- i) En primer lugar, la Comisión observa que las autoridades españolas encontraron un precedente de una combinación transfronteriza de empresas (no con España) ⁽⁶⁷⁾.
- ii) En segundo lugar, conforme a las normas generales del Derecho de sociedades y del Derecho tributario ⁽⁶⁸⁾, no hay ninguna prohibición jurídica explícita de las combinaciones de empresas con entidades extranjeras, aun cuando las formalidades administrativas puedan diferir ⁽⁶⁹⁾.
- iii) Tercero, se aplican algunas restricciones jurídicas explícitas al ejercicio de actividades económicas en ciertos sectores ⁽⁷⁰⁾ por entidades controladas por empresas extranjeras. Sin embargo, como se ha explicado anteriormente (véase el considerando 114), las disposiciones legales de terceros países que impidan a un contribuyente español tomar el control de una empresa participada en ese tercer país, no pueden considerarse un obstáculo jurídico explícito pertinente en el sentido alegado por las autoridades españolas: a consecuencia de dicha disposición, las empresas/los contribuyentes españoles nunca pueden cumplir la condición de ejercer una influencia efectiva, pues seguirán siendo un accionista minoritario de la empresa participada. Por lo que sabe la Comisión, esta es precisamente la situación que se plantea con la legislación brasileña mencionada en los dos informes.

⁽⁶⁷⁾ Véase la página 29 del segundo informe. En 2004, Labatt Brewing Canada Holding Ltd, un fabricante de bebidas con sede en Bahamas, y Beverage Associates Holding, también con sede en Bahamas, se combinaron para dar lugar a la Companhia de Bebidas das Américas, empresa brasileña con sede en São Paulo.

⁽⁶⁸⁾ Véanse, entre otras, Lei 10 460/02, Lei 9 249/95, Lei 6 404/76, y Lei 9 249/95.

⁽⁶⁹⁾ Véanse, entre otros, Decreto Lei 2 627/40, Lei 10 406/02, Lei 4 132/62, Lei 5 709/1, Lei 6 634/79 y Decreto Federal 74 965/74 disponibles en <http://www.jusbrasil.com.br/>.

⁽⁷⁰⁾ Véanse, entre otros, Lei 9 472/97, y Decreto 2 617/98 disponibles en <http://www.jusbrasil.com.br/>.

- iv) Finalmente, la Comisión no ha encontrado ninguna jurisprudencia que contradiga su conclusión por lo que se refiere a la ausencia de obstáculos jurídicos explícitos a las combinaciones transfronterizas de empresas con una empresa residente en Brasil.

— Argentina

- i) En primer lugar, la Comisión observa que en el artículo 5 del Protocolo del Convenio fiscal entre España y Argentina ⁽⁷¹⁾, firmado el 26 de agosto de 1994 y aún en vigor, se contemplan explícitamente las combinaciones transfronterizas de empresas. Como consecuencia de esta disposición, las operaciones de reestructuración transfronterizas no darán lugar a una imposición desfavorable.
- ii) En segundo lugar, conforme a las normas generales del Derecho de sociedades ⁽⁷²⁾ y del Derecho tributario ⁽⁷³⁾, no hay ninguna prohibición jurídica explícita de la combinación empresarial con entidades extranjeras.
- iii) En tercer lugar, la Comisión no ha encontrado ninguna jurisprudencia que contradiga su conclusión por lo que se refiere a la ausencia de obstáculos jurídicos explícitos para las combinaciones transfronterizas de empresas con una empresa residente en la República Argentina. Por otra parte, la Comisión no comparte la interpretación que los dos informes hacen de las sentencias ⁽⁷⁴⁾ dictadas por la administración tributaria en ciertas transacciones transfronterizas previstas. Efectivamente, estos actos solamente aclaran las condiciones de aplicación del régimen fiscal argentino de exención de la reorganización empresarial, sin mencionar la existencia de una prohibición general y explícita de aplicar este régimen a las operaciones de reestructuración transfronterizas. Por otra parte, la interpretación que figura en los informes de estas sentencias específicas está en contradicción con la disposición general del Protocolo del Convenio fiscal ⁽⁷⁵⁾ entre el Reino de España y la República Argentina mencionada anteriormente.

⁽⁷¹⁾ Disponible en: http://www.agenciatributaria.es/wps/portal/Listado?channel=de40217740119010VgnVCM10000050f01e0a___&ver=L&site=56d8237c0bc1ff00VgnVCM100000d7005a80___&idioma=es_ES&menu=1&img=8.

⁽⁷²⁾ Véase, entre otras, la Ley de Sociedades Comerciales n° 19 550, Ley n° 25 156, disponible en <http://infoleg.mecon.gov.ar/>.

⁽⁷³⁾ Véase, entre otros, el Decreto 649/97 (Ley del Impuesto de Ganancias), Decreto 1344/98, disponible en <http://infoleg.mecon.gov.ar/>.

⁽⁷⁴⁾ Véase el dictamen de la AFIP n° 37/1997 de 8 de julio de 1997, n° 6/1998 de 30 de enero de 1998, disponible en <http://biblioteca.afip.gob.ar/>.

⁽⁷⁵⁾ Disponible en: http://www.agenciatributaria.es/wps/portal/Listado?channel=de40217740119010VgnVCM10000050f01e0a___&ver=L&site=56d8237c0bc1ff00VgnVCM100000d7005a80___&idioma=es_ES&menu=1&img=8.

— Ecuador

- i) En primer lugar, la Comisión observa que, según las normas generales del Derecho de sociedades y del Derecho tributario, no existe una prohibición jurídica explícita de las combinaciones de empresas con entidades extranjeras ⁽⁷⁶⁾.
- ii) En segundo lugar, la Comisión observa que un informe presentado por las autoridades españolas ⁽⁷⁷⁾ reconoce que se puede realizar una combinación de empresas siempre que la adquirente española haya establecido previamente una sucursal en Ecuador.

— Perú

- i) En primer lugar, la Comisión observa que, según las normas generales del Derecho de sociedades y del Derecho tributario, no existe, por lo que sabe la Comisión, una prohibición jurídica explícita de las combinaciones de empresas con entidades extranjeras ⁽⁷⁸⁾.
- ii) En segundo lugar, la Comisión observa que el artículo 2074 del Código Civil peruano establece los principios aplicables a la realización de combinaciones transfronterizas de empresas y que la Ley General de Sociedades permite la combinación entre una sucursal de una entidad extranjera y una empresa domiciliada en Perú ⁽⁷⁹⁾.
- iii) En tercer lugar, la Ley del Impuesto a la Renta garantiza el tratamiento neutral de la combinación entre una sucursal de una entidad extranjera y una empresa domiciliada en Perú ⁽⁸⁰⁾.
- iv) Por consiguiente, la Comisión entiende que, como mínimo, la combinación transfronteriza de empresas es factible siempre que la adquirente española haya establecido previamente una sucursal en Perú.

⁽⁷⁶⁾ Véase, entre otros, la Ley de Compañías del Ecuador, la Ley Orgánica de Régimen Tributario y el Código Tributario, disponibles en: <http://www.supercias.gov.ec/>.

⁽⁷⁷⁾ Véase la conclusión del anexo referente a la legislación de Ecuador elaborado por Garrigues.

⁽⁷⁸⁾ Véase, entre otros, el Código Civil, la Ley General de Sociedades y la Ley del Impuesto a la Renta, disponibles en <http://www.sunat.gov.pe/>.

⁽⁷⁹⁾ Véase la nota a pie de página 3 del anexo referente a Perú del informe de Garrigues.

⁽⁸⁰⁾ Véase la página 8 del anexo referente a Perú del informe de Garrigues.

— Colombia

- i) En primer lugar, la Comisión observa que la Superintendencia de Sociedades ⁽⁸¹⁾ confirma explícitamente que las combinaciones transfronterizas de empresas son factibles con arreglo a la legislación de Colombia ⁽⁸²⁾.
- ii) En segundo lugar, con arreglo a las normas del Derecho de sociedades y del Derecho tributario ⁽⁸³⁾, no existe una prohibición jurídica explícita de la combinación de una empresa con una entidad extranjera, aun cuando las formalidades administrativas aplicables puedan diferir.
- iii) En tercer lugar, la Comisión observa que un informe presentado por las autoridades españolas ⁽⁸⁴⁾ reconoce que la combinación transfronteriza de empresas es factible siempre que la adquirente española haya establecido previamente una sucursal en Colombia.

(116) Las autoridades españolas han presentado información sobre la legislación de otros ocho terceros países. Como ya se ha descrito en el considerando 107, la Comisión estima que las conclusiones anteriores bastan para confirmar que, en cualquier caso, si se admitiera que la existencia de obstáculos jurídicos a las combinaciones transfronterizas de empresas es significativa, el sistema de referencia son las normas sobre el tratamiento fiscal del fondo de comercio financiero incluidas en el sistema español. No obstante, aplicando la misma metodología y los mismos criterios descritos en el considerando 114 y siguientes, la Comisión entiende, basándose en la información disponible, que no existen obstáculos jurídicos explícitos a las combinaciones de carácter general en las respectivas legislaciones de Chile, Venezuela, Argelia, Canadá, Australia, Japón y Marruecos.

(117) Por lo tanto, basándose en las anteriores conclusiones, la Comisión no puede compartir los puntos de vista de las autoridades españolas de que cada beneficiario potencial individual de la medida controvertida se enfrentaría, aunque solo fuera en la práctica, a obstáculos insuperables para las combinaciones transfronterizas de empresas.

⁽⁸¹⁾ Esta institución se describe como un organismo técnico mediante el cual el Presidente de la República ejerce la inspección y control de las sociedades mercantiles (véase <http://www.supersociedades.gov.co/ss/drvisapi.dll?Mlval=sec&dir=280>).

⁽⁸²⁾ Véase, por ejemplo, la posición de la Superintendencia de Sociedades en sus respuestas a las preguntas n° 220-16478 y n° 220-62883, disponibles en: <http://www.supersociedades.gov.co/ss/drvisapi.dll?Mlval=sec&dir=45&id=18036>.

⁽⁸³⁾ Véase el Estatuto tributario, disponible en: http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/codigo/estatuto_tributario.html#14-1

⁽⁸⁴⁾ Véase la conclusión del anexo referente a la legislación de Colombia elaborado por Garrigues.

(118) Habida cuenta de todo lo anterior, la Comisión considera que no hay motivo alguno para apartarse del sistema de referencia de la Decisión de incoación y de la Decisión anterior: el marco de referencia apropiado para la evaluación de la medida controvertida es el constituido por el régimen español general del impuesto sobre sociedades y, más concretamente, las normas relativas al tratamiento fiscal del fondo de comercio financiero contenidas en el régimen tributario español. Esta conclusión no puede verse afectada por el hecho de que la Comisión haya encontrado dos terceros países en los que existen obstáculos jurídicos explícitos (India y China). En efecto, tal como se ha indicado con anterioridad en el considerando 107, de conformidad con la jurisprudencia del Tribunal General ⁽⁸⁵⁾, la Comisión considera que, para llegar a una conclusión en cuanto a la calificación de un régimen como ayuda estatal, no es necesario demostrar que toda ayuda individual concedida al amparo de ese régimen constituye ayuda estatal en el sentido del artículo 107, apartado 1, del TFUE.

(119) Más concretamente, por lo que se refiere a China, la Ley de sociedades de 2005, aplicable a las fusiones que solo implican a empresas de responsabilidad limitada o a sociedades anónimas de responsabilidad limitada constituidas en China, así como los artículos 2 y 55 de la normativa titulada «Disposiciones sobre las adquisiciones de empresas nacionales por inversores extranjeros», publicadas por el Ministerio chino de Comercio el 22 de junio de 2009, excluyen explícitamente a las empresas no residentes del ámbito de aplicación de las normas sobre combinaciones de empresas de tal modo que una empresa española no podría combinar su negocio con una filial china controlada.

(120) Con respecto a la legislación vigente en la India, la Ley de sociedades india de 1956, en los artículos 391 a 394, excluye explícitamente a las empresas no residentes del ámbito de aplicación de las normas sobre combinaciones de empresas de tal modo que una empresa española no podría combinar su negocio con una filial india controlada.

A.1.2. Existencia de una excepción a ese sistema de referencia

(121) En el sistema tributario español, la base imponible se calcula partiendo del resultado contable, introduciendo luego correcciones en aplicación de normas fiscales específicas. Como observaciones preliminares y con carácter

subsidiario, la Comisión señala que la medida controvertida constituye una excepción al régimen contable español. La aparición del fondo de comercio financiero solo puede computarse en abstracto consolidando la contabilidad de la empresa participada con la de la empresa adquirente. Sin embargo, a tenor del régimen contable español, la consolidación de cuentas es obligatoria en caso de tener el control ⁽⁸⁶⁾ y se aplica tanto a las asociaciones de empresas nacionales como extranjeras, para presentar la situación global de un grupo de empresas sujetas a control unitario. Se considera que existe tal situación ⁽⁸⁷⁾, por ejemplo, cuando la empresa matriz dispone de la mayoría de los derechos de voto de la empresa dependiente. No obstante, la medida controvertida no exige control alguno de esta índole y se aplica a partir de un nivel de participación del 5 %. Por último, la Comisión observa también que, a partir del 1 de enero de 2005 ⁽⁸⁸⁾, la mayoría de las empresas españolas ya no puede amortizar el fondo de comercio financiero con arreglo a las normas contables. Efectivamente, a este respecto las treinta partes interesadas hacen referencia a disposiciones ⁽⁸⁹⁾ que ya no están en vigor con arreglo al actual régimen contable español. Debido a la Ley n.º 16/2007, de 4 de julio de 2007, de reforma y adaptación de la legislación mercantil en materia contable para su armonización internacional con base en la normativa de la Unión, así como al Real Decreto 1514/2007, de 16 de noviembre de 2007, por el que se aprueba el Plan General de Contabilidad, desde un punto de vista contable ya no están permitidas la amortización del fondo de comercio ni la del fondo de comercio financiero. Estas modificaciones de la legislación contable española se ajustan al Reglamento (CE) n.º 1606/2002 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de julio de 2002, relativo a la aplicación de normas internacionales de contabilidad ⁽⁹⁰⁾. Así pues, teniendo en cuenta estas consideraciones, la medida controvertida constituye una excepción a las normas contables ordinarias aplicables en España.

(122) Dicho esto, dada la naturaleza fiscal de la medida controvertida, la existencia de una excepción debe evaluarse en comparación con el sistema fiscal de referencia y no meramente sobre una base contable. En este contexto, la Comisión señala que el sistema tributario español nunca ha permitido amortizar el fondo de comercio financiero, excepto de conformidad con el artículo 12.5 del TRLIS. Concretamente, esta amortización no es posible para las operaciones nacionales. Este hecho se pone de manifiesto en los siguientes elementos:

⁽⁸⁵⁾ Véase la sentencia del Tribunal General de 9 de septiembre de 2009, asuntos acumulados T-227/01 a T-229/01, T-265/01, T-266/01 y T-270/01, Diputación Foral de Álava y otros/Comisión (Rec. 2006, p. II-1), apartados 381 y siguientes.

⁽⁸⁶⁾ En aplicación del artículo 42 del Código de Comercio de 1885.
⁽⁸⁷⁾ Véase el artículo 42.1 del Código de Comercio de 1885.

⁽⁸⁸⁾ Empresas que hayan emitido valores admitidos a negociación en un mercado regulado de cualquier Estado miembro a tenor del artículo 1, considerando 13, de la Directiva 93/22/CEE del Consejo, en aplicación del artículo 4 de la norma mencionada.

⁽⁸⁹⁾ Artículo 194 del Real Decreto 1564/1989, de 22 de diciembre de 1989, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas.

⁽⁹⁰⁾ DO L 243 de 11.9.2002, p. 1.

(123) A efectos tributarios españoles, el fondo de comercio solo puede contabilizarse por separado a raíz de una combinación de empresas⁽⁹¹⁾, que se materializa en caso de adquisición o contribución de los activos que componen negocios independientes o tras una combinación legal de empresas. En estos casos, el fondo de comercio surge como la diferencia contable entre el coste de adquisición y el valor de mercado de los activos que componen los negocios adquiridos por la entidad combinada o en manos de esta. Cuando la adquisición del negocio de una empresa se efectúa mediante adquisición de sus acciones, como en el caso de la medida controvertida, el fondo de comercio solo puede aflorar si la empresa adquirente se combina posteriormente con la empresa adquirida, cuyo control pasará así a tener.

(124) Sin embargo, según la medida controvertida, no es necesario ni el control ni la combinación de las dos empresas. Basta con la simple adquisición de una participación mínima de un 5 % en una empresa extranjera. Así pues, al permitir que el fondo de comercio financiero, que es el fondo de comercio que se habría contabilizado si las empresas se hubieran combinado, surja por separado incluso sin que exista una combinación de empresas, la medida controvertida constituye una excepción al sistema de referencia. Hay que destacar que la excepción no se deriva de la duración del período durante el cual se amortiza el fondo de comercio financiero en comparación con el período que se aplica a la amortización del fondo de comercio tradicional⁽⁹²⁾, sino al distinto trato que reciben las operaciones nacionales y transfronterizas. La medida controvertida no puede considerarse una nueva norma contable general por derecho propio ya que la amortización del fondo de comercio financiero que resulta de la adquisición de participaciones nacionales no está permitida.

(125) Habida cuenta de todo lo anterior, la Comisión concluye que la medida controvertida constituye una excepción al sistema de referencia. Como se demostrará en los considerandos 153 a 163, la Comisión considera que ni las autoridades españolas ni las treinta partes interesadas han aducido argumentos suficientemente coherentes para modificar esta conclusión.

A.1.3. Existencia de una ventaja

(126) El artículo 12.5 del TRLIS permite deducir de la base imponible parte del fondo de comercio financiero derivado de la adquisición de participaciones en empresas extranjeras como excepción al sistema de referencia. Por consiguiente, al reducir la carga fiscal del beneficiario, el artículo 12.5 del TRLIS le otorga una ventaja econó-

mica. La ventaja consiste en una reducción fiscal del gravamen al que las empresas habrían estado sujetas en caso contrario. Esta reducción es proporcional a la diferencia entre el precio de adquisición pagado y el valor de mercado de los activos contabilizados subyacentes de las participaciones adquiridas.

(127) El importe exacto de la ventaja con respecto al precio de adquisición pagado corresponde al valor actualizado neto de la reducción de la carga fiscal otorgada por la amortización deducible durante el período completo de amortización tras la adquisición. Por consiguiente, depende del tipo del impuesto aplicable a la empresa en los años correspondientes y del tipo de interés de descuento aplicable.

(128) En caso de que se revendieran las participaciones adquiridas, parte de esta ventaja se recuperaría a través del impuesto sobre la plusvalía. En efecto, al permitir la amortización del fondo de comercio, si se revendiera la participación extranjera en cuestión, la cuantía deducida llevaría a un incremento de la plusvalía gravada en el momento de la venta. No obstante, si se produjera esta circunstancia incierta, la ventaja no desaparecería completamente ya que la imposición en una fase posterior no tiene en cuenta el coste de liquidez. Como acertadamente señalan las dos partes, desde un punto de vista económico, el importe de la ventaja es como mínimo similar al de una línea de crédito sin intereses que permita hasta veinte sustracciones de una veinteaava parte anual del fondo de comercio financiero durante todo el tiempo que se mantenga la participación en la contabilidad del contribuyente.

(129) Mediante un ejemplo hipotético, ya mencionado por la Comisión en la Decisión de incoación, una participación adquirida en 2002 supondría una ventaja que correspondería a un 20,6 % del importe del fondo de comercio financiero, si se aplica un tipo de interés de descuento del 5 %⁽⁹³⁾ y se toma en cuenta la actual estructura de los tipos del impuesto de sociedades hasta el año 2022 tal y como se establece en la actualidad en la Ley nº 35/2006⁽⁹⁴⁾. Las terceras partes no han impugnado estas cifras. En caso de que se revendieran las participaciones adquiridas, la ventaja correspondería a los intereses que se hubieran cobrado al contribuyente por una línea de crédito de las características descritas en el considerando anterior.

⁽⁹¹⁾ En aplicación del artículo 89.3 del TRLIS.

⁽⁹²⁾ En aplicación del artículo 11.4 del TRLIS.

⁽⁹³⁾ Según las disposiciones del TRLIS modificado por la Ley 35/2006, el tipo de gravamen en el Impuesto sobre Sociedades utilizado para el cálculo ha sido el 35 % desde 2002 a 2006, el 32,5 % en 2007, y el 30 % a partir de entonces.

⁽⁹⁴⁾ Disposición adicional octava, Ley 35/2006, de 28 noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y de modificación parcial de las leyes de los Impuestos sobre Sociedades, sobre la Renta de no Residentes y sobre el Patrimonio, BOE Nº 285, 29.11.2006.

- (130) Por último, la Comisión no puede aceptar el punto de vista de las autoridades españolas y de las treinta partes interesadas de que el beneficiario final de la medida controvertida sería únicamente el vendedor de la participación extranjera puesto que recibiría un precio más elevado. La Comisión rechaza este argumento después de evaluar el efecto de la medida controvertida según su redacción actual. En primer lugar, no hay un mecanismo que garantice que la ventaja se traspasa total o parcialmente al vendedor. En segundo lugar, el precio de adquisición es la resultante de una serie de elementos distintos y no solo de la medida controvertida. En tercer lugar, incluso si se cumplieran las dos condiciones anteriores, el contribuyente español beneficiario de la medida controvertida debe aún ser considerado beneficiario de la medida. En efecto, incluso si se traspasase al vendedor una ventaja económica, la medida controvertida aún daría al adquirente una mayor capacidad de ofertar un precio más elevado, lo que es de la máxima importancia en el caso de una operación de adquisición competitiva.
- (131) Por consiguiente, la Comisión debe concluir que, sea como fuere, la medida controvertida otorga una ventaja en el momento de la adquisición de participaciones extranjeras.

A.1.4. Justificación de la medida por la lógica del sistema fiscal español

- (132) La Comisión considera que, según reiterada jurisprudencia del Tribunal ⁽⁹⁵⁾, las medidas que hacen una diferenciación entre empresas no constituyen ayuda estatal cuando la diferenciación resulte de la naturaleza o de la estructura general del sistema de cargas del que forman parte. Esta justificación basada en la naturaleza o en la estructura general del sistema fiscal refleja la coherencia de una medida fiscal específica con la lógica interna del sistema fiscal en general.
- (133) A este respecto, la Comisión considera, en primer lugar, que las autoridades españolas no han demostrado que la medida controvertida traería como consecuencia que se eliminara la doble imposición. El régimen de hecho no establece condiciones para demostrar que el vendedor ha tributado efectivamente en concepto del beneficio obtenido de la transmisión de la participación, aún cuando esta condición se impone para la amortización del fondo de comercio tras una combinación de empresas ⁽⁹⁶⁾. Cabe destacar que aunque las autoridades españolas alegan no ser competentes para ejercer control sobre un vendedor

extranjero que realice operaciones en el extranjero, la Comisión señala que esta condición es necesaria para la aplicación de otras disposiciones fiscales españolas ⁽⁹⁷⁾ pero no para la medida controvertida.

- (134) En segundo lugar, la medida controvertida tampoco constituye un mecanismo para evitar la doble imposición de futuros dividendos que estarían gravados al realizar futuros beneficios y no deberían estar gravados dos veces al repartirlos a la empresa que posee una participación significativa por cuya adquisición se pagó un fondo de comercio financiero. De hecho, la medida controvertida no establece un vínculo entre los dividendos percibidos y la deducción obtenida gracias a la medida controvertida. Por el contrario, los dividendos percibidos de una participación significativa ya se benefician tanto de la exención establecida en el artículo 21 del TRLIS como de la neutralidad fiscal directa establecida en el artículo 32 del TRLIS para evitar la doble imposición internacional. A este respecto, la amortización del fondo de comercio financiero tiene como consecuencia una ventaja adicional con respecto a la adquisición de participaciones significativas en compañías extranjeras.
- (135) En tercer lugar, las autoridades españolas no han demostrado que la medida controvertida fuera una ampliación de las normas sobre el deterioro de los valores que presupone que hay pruebas objetivas de pérdidas basadas en un cálculo detallado y objetivo que no exige la medida controvertida. Por el contrario, el artículo 12.3 del TRLIS permite la deducción parcial por depreciación de la participación en fondos propios de entidades nacionales y extranjeras que no coticen en un mercado secundario por el deterioro ocurrido entre el inicio y el cierre del ejercicio fiscal. La medida controvertida, que, para los beneficiarios, es compatible con el artículo 12.3 del TRLIS ⁽⁹⁸⁾, dispone otras deducciones por encima de la disminución del valor teórico contable vinculado al deterioro.
- (136) En cuarto lugar, la Comisión señala que el fondo de comercio financiero derivado de la adquisición de participaciones españolas no puede amortizarse mientras que el fondo de comercio financiero de empresas extranjeras se amortiza en determinadas condiciones. El distinto trato fiscal del fondo de comercio financiero de las empresas extranjeras respecto a las empresas españolas es una diferencia introducida por la medida controvertida que no es ni necesaria ni proporcionada habida cuenta de la lógica del sistema fiscal. De hecho, la Comisión considera que es desproporcionado que el régimen que nos ocupa imponga un gravamen nominal y efectivo sustancialmente distinto a empresas en situación comparable únicamente porque algunas de ellas participen en oportunidades de inversión en el extranjero.

⁽⁹⁵⁾ Véase el asunto C-88/03, Portugal/Comisión, apartado 81, véase la nota 49 de la presente Decisión, véase la sentencia del Tribunal General de 9 de septiembre de 2009 en el asunto T-227/01, Diputación Foral de Álava y otros (Rec. 2009, p. II-1), apartado 179, y la sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 9 de septiembre de 2009 en el asunto T-230/01, Diputación Foral de Álava y otros (Rec. 2009, p. II-139), apartado 190.

⁽⁹⁶⁾ En aplicación del artículo 89.3.a).1º del TRLIS.

⁽⁹⁷⁾ Véanse los artículos 89, 21 y 22 del TRLIS.

⁽⁹⁸⁾ Como dispone explícitamente el segundo párrafo del artículo 12.5, «la deducción de esta diferencia (es decir, el artículo 12.5 del TRLIS) será compatible, en su caso, con las pérdidas por deterioro a que se refiere el considerando 3 de este artículo.»

(137) Por otra parte, la Comisión entiende que los comentarios de una de las treinta partes interesadas⁽⁹⁹⁾ significan que incluso el razonamiento de la justificación presentada por España sería contrario a la lógica del sistema impositivo español. Efectivamente, según dichos comentarios, en una situación de combinación transfronteriza de empresas, el fondo de comercio que afloraría estaría, con toda probabilidad, situado en el extranjero y más concretamente en el establecimiento permanente en el extranjero resultante de la disolución de la empresa participada. Por lo tanto, siempre con arreglo a los citados comentarios, incluso en una situación de combinación transfronteriza de empresas, España no permitiría que el fondo de comercio se amortizara en España pues este no está situado en este país. Además, la Comisión observa diferencias adicionales en las condiciones que se aplican a cada una de estas dos situaciones. Efectivamente, según la medida controvertida, las adquisiciones de participaciones efectuadas antes del 1.1.2002 no se tienen en cuenta para el cálculo de la base amortizable. Sin embargo, en una situación de combinación de empresas, esa fecha límite no existe al calcular el fondo de comercio. Por otra parte, en una situación de combinación de empresas, el contribuyente tiene que probar que el principal objetivo de la combinación responde a motivos económicos para evitar combinaciones que solo pretenden obtener ventajas fiscales⁽¹⁰⁰⁾, mientras que la medida controvertida solamente proporciona ventajas fiscales. Las autoridades españolas no han podido proporcionar argumentos convincentes que justifiquen estas diferencias, que, por lo tanto, se deben considerar que no están debidamente justificadas por la lógica del sistema impositivo español.

(138) Por último, las autoridades españolas aducen también que la medida controvertida está justificada por el principio de neutralidad que debe aplicarse en el ámbito del impuesto de sociedades⁽¹⁰¹⁾. Efectivamente, la exposición de motivos de la Ley sobre el Impuesto de Sociedades⁽¹⁰²⁾ vigente cuando se introdujo la medida controvertida remitía claramente este principio. A este respecto, la Comisión señala que el «principio de competitividad»⁽¹⁰³⁾ aducido por las autoridades españolas, que se refieren expresamente a «un incremento de las exportaciones» impulsa también esta reforma. En este contexto, cabe recordar que, según decisiones anteriores de la Comisión⁽¹⁰⁴⁾, es desproporcionado imponer una tributación efectiva diferente a empresas que se hallan en situación comparable por el mero hecho de que realicen ac-

tividades relacionadas con la exportación o persigan oportunidades de inversión en el extranjero. Además, la Comisión recuerda que, según dictaminó el Tribunal⁽¹⁰⁵⁾ «[...] si bien los principios de igualdad ante el impuesto y de capacidad contributiva forman parte ciertamente del sistema fiscal español, no imponen que se trate de manera idéntica a contribuyentes que se hallen en situaciones diferentes [...]».

(139) A la luz de lo argumentado, la Comisión considera que el principio de neutralidad no puede justificar la medida controvertida. En realidad, como destacaron también las dos partes, el hecho de que la adquisición de una participación minoritaria del 5 % que se haya efectuado después de una determinada fecha se beneficie de la medida controvertida demuestra que dicha medida incluiría determinadas situaciones que no guardan gran similitud. De esta manera, podría decirse que, conforme al sistema de referencia, situaciones que son distintas tanto de hecho como de derecho reciben un trato idéntico. La Comisión considera por tanto que no puede alegarse el principio de neutralidad para justificar la medida controvertida.

(140) Habida cuenta de lo expuesto anteriormente, la Comisión debe concluir que el carácter de ventaja selectiva del régimen fiscal que nos ocupa no está justificado por la naturaleza del sistema fiscal. Por consiguiente, debe considerarse que la medida controvertida incluye un elemento discriminatorio, consistente en una limitación en cuanto al país en el que tiene lugar la operación que se beneficia de la ventaja fiscal, discriminación que no está justificada por la lógica del sistema fiscal español.

A.2. Razonamiento complementario: Análisis de la medida controvertida según un sistema de referencia inspirado en el que sugieren las autoridades españolas

(141) Si bien la Comisión estima, como se ha expuesto en los considerandos anteriores, que los argumentos de las autoridades españolas se basan en un análisis incorrecto de la legislación de hecho de terceros países, al igual que en la anterior Decisión, la Comisión ha analizado también la medida controvertida según un sistema de referencia hipotético, inspirado en el que sugieren las autoridades españolas.

(142) Las autoridades españolas han explicado que el objetivo de la medida controvertida es evitar una diferencia de trato fiscal entre, por una parte, una adquisición a la que sigue una combinación de empresas onerosa y, por otra, una adquisición de participación sin combinación de empresas. Sobre esta base, el ámbito del régimen controvertido se limitaría a la adquisición de participaciones significativas en una empresa no residente en España dado que algunos obstáculos harían más difícil realizar una combinación de empresas transfronteriza que otra local⁽¹⁰⁶⁾. Como consecuencia de la existencia de estos

⁽⁹⁹⁾ Véanse los comentarios recibidos de Telefónica el 20 de septiembre de 2010, página 2.

⁽¹⁰⁰⁾ Véase el artículo 96.2. del TRLIS.

⁽¹⁰¹⁾ Véase, en particular, el considerando 60.

⁽¹⁰²⁾ Ley 43/1995 del impuesto sobre sociedades, derogada por el Real Decreto Legislativo 4/2004.

⁽¹⁰³⁾ Definido por las autoridades españolas en la exposición de motivos de la Ley 43/1995: «El principio de competitividad pide que el Impuesto sobre Sociedades coadyuve y sea congruente con el conjunto de medidas de política económica destinadas al fomento de la competitividad. [...], así como los incentivos a la internacionalización de las empresas en cuanto que de la misma se derive un incremento de las exportaciones, responden al mencionado principio.»

⁽¹⁰⁴⁾ Véase, entre otras, la Decisión de la Comisión, de 22 de marzo de 2006, sobre incentivos fiscales directos a favor de actividades relacionadas con la exportación (DO C 302 de 14.12.2007, p. 3), considerando 51.

⁽¹⁰⁵⁾ Véase el considerando 127 de la sentencia mencionada en la nota 36.

⁽¹⁰⁶⁾ Véase el correo electrónico de las autoridades españolas de 16 de junio de 2009 citado en el considerando 13.

obstáculos, los contribuyentes españoles que inviertan en el extranjero estarían, de derecho y de hecho, en una situación diferente de la de aquellos que inviertan en España. En efecto, las autoridades españolas declaran que ⁽¹⁰⁷⁾: «En definitiva, el mero carácter diferencial de determinadas medidas fiscales no implica necesariamente que sean ayudas estatales, pues deberá también analizarse si tales medidas son necesarias o funcionales con respecto a la eficacia del sistema fiscal, tal y como se afirma en la Comunicación de la Comisión. De ahí que la norma fiscal española haya previsto regímenes fiscales diferentes para situaciones objetivamente diferentes, como es el caso de las adquisiciones de participaciones en entidades extranjeras frente a las adquisiciones en empresas españolas (imposibilidad de acometer operaciones de concentración, asunción de riesgos, etc.) en aras de conseguir la neutralidad fiscal perseguida por la normativa española interna y por el propio Derecho de la Unión, y en aras de alcanzar una lógica coherente y eficaz del sistema tributario español». Así pues, sería necesario dar un trato fiscal específico a las adquisiciones de participaciones transfronterizas para garantizar la neutralidad del sistema fiscal español y evitar que las adquisiciones de participaciones españolas recibieran un trato más favorable. Por consiguiente, las autoridades españolas y las treinta partes interesadas consideran que el marco de referencia correcto para la evaluación de la medida controvertida sería el trato fiscal del fondo de comercio para adquisiciones extranjeras.

(143) Sin embargo, la Comisión observa que, incluso según este sistema de referencia alternativo que puede definirse como el tratamiento fiscal del fondo de comercio y del fondo de comercio financiero resultante de la adquisición de un interés económico en una empresa residente en un país distinto de España, la medida controvertida sigue constituyendo una excepción que no se atiene a la lógica del sistema tributario español. En efecto, el hecho de que la adquisición de una participación minoritaria del 5 % realizada con posterioridad a una fecha determinada se beneficie de la medida controvertida demuestra que esta abarcaría ciertas situaciones que no guardan semejanza significativa alguna con otras transacciones que exigen al menos un control mayoritario. De este modo, cabe afirmar que, según este sistema alternativo hipotético de referencia, se aplica un trato idéntico a situaciones que son diferentes tanto de hecho como de derecho. Por lo tanto, la Comisión considera que la medida controvertida constituye una excepción incluso según este sistema de referencia alternativo y que no cabe invocar el principio de neutralidad para justificarla.

B. Presencia de recursos estatales

(144) La medida implica el uso de recursos estatales ya que supone la renuncia a ingresos tributarios por el importe correspondiente a una reducción de la deuda fiscal de las

⁽¹⁰⁷⁾ Véase en particular la carta de las autoridades españolas de 22 de abril de 2009 (A-9531), página 6, citada en el considerando 9.

empresas imposables en España que adquieran una participación significativa en empresas extranjeras, durante un período mínimo de 20 años tras la adquisición.

(145) La renuncia a los ingresos fiscales alivia las cargas que normalmente recaen sobre el presupuesto de una empresa y, por ello, sin ser subvenciones en el sentido estricto del término, son de similar naturaleza y tienen efectos idénticos. De la misma manera, una medida que permita a determinadas empresas beneficiarse de una reducción fiscal o aplazar el pago del impuesto que normalmente debería pagar equivale a una ayuda estatal. Desde un punto de vista presupuestario y en la línea de la jurisprudencia del Tribunal ⁽¹⁰⁸⁾ y la Comunicación de la Comisión ⁽¹⁰⁹⁾, la medida controvertida produce una pérdida de ingresos fiscales para el Estado, debido a la reducción de la base imponible, que equivale al uso de recursos estatales.

(146) Por estas razones, la Comisión considera que la medida controvertida implica que se han utilizado recursos estatales.

C. Falseamiento de la competencia y los intercambios entre Estados miembros

(147) Según la jurisprudencia del Tribunal ⁽¹¹⁰⁾, «[...] A efectos de la calificación de una medida nacional como ayuda de Estado prohibida, no es necesario acreditar la incidencia real de la ayuda sobre los intercambios comerciales entre los Estados miembros y el falseamiento efectivo de la competencia, sino únicamente examinar si tal ayuda puede afectar a dichos intercambios y falsear la competencia. En particular, cuando una ayuda otorgada por un Estado miembro sirve para reforzar la posición de una empresa frente a otras empresas que compiten con esta en los intercambios interiores de la Unión, dichos intercambios deben considerarse afectados por la ayuda. [...] Por otra parte, no es necesario que la empresa beneficiaria participe en los intercambios interiores de la Unión. La ayuda concedida por un Estado miembro a una empresa puede ayudar a mantener o incrementar la actividad nacional, con lo que las empresas establecidas en otros Estados miembros tienen menos oportunidades de entrar en el mercado del Estado miembro implicado». Además, según jurisprudencia reiterada ⁽¹¹¹⁾, para concluir que una medida falsea la competencia es suficiente con que su beneficiario compita con otras empresas en mercados abiertos a la competencia. La Comisión considera que las condiciones contempladas en la jurisprudencia se cumplen por las siguientes razones.

⁽¹⁰⁸⁾ Véase la sentencia del Tribunal de Justicia de 10 de enero de 2006, en el asunto C-222/04, Cassa di Risparmio di Firenze y otros (Rec. 2006, p. I-289).

⁽¹⁰⁹⁾ Véase la nota 21. En particular, véanse los puntos 9 y 10 de la Comunicación de la Comisión.

⁽¹¹⁰⁾ Véase la nota 42, considerandos 139 a 143.

⁽¹¹¹⁾ Sentencia del Tribunal General de 30 de abril de 1998 en el asunto T-214/95, Vlaams Gewest/Comisión (Rec. 1998, p. II-717).

(148) En primer lugar, la medida controvertida otorga una ventaja en términos de financiación y, por consiguiente, refuerza la posición de la unidad económica que pueden formar el beneficiario y la empresa participada. A este respecto, y en la línea de la jurisprudencia del Tribunal⁽¹¹²⁾, por el mero hecho de poseer el control de una empresa participada y ejercer efectivamente dicho control interviniendo directa o indirectamente en la gestión de esta última, debe estimarse que se participa en la actividad económica desarrollada por la empresa controlada.

(149) En segundo lugar, la medida controvertida puede falsear la competencia, más claramente entre competidores europeos, al conferir una reducción fiscal a las empresas españolas que adquieran una participación significativa en empresas participadas. Este análisis se confirma por el hecho de que varias empresas han denunciado o han intervenido tras la Decisión de incoación para declarar que la medida controvertida otorgaba una ventaja significativa dando alas al afán de concentración de las empresas españolas, en particular en el contexto de procedimientos de subasta. Estas intervenciones confirman como mínimo que una serie de empresas no españolas consideran que su posición en el mercado se ve afectada por la medida controvertida, con independencia de que sus presentaciones detalladas fueran correctas por lo que se refiere a la existencia de ayuda.

(150) La Comisión desea finalmente subrayar que la ventaja selectiva se concede a empresas que son contribuyentes españolas y no a la actividad fuera de la Unión de contribuyentes españoles. En efecto, la base imponible erosionada es resultante de la actividad económica imponible en España. Por lo tanto, la ventaja se concede directamente a la actividad del beneficiario que se lleva a cabo en España, y no en el establecimiento permanente de fuera de la Unión. Así pues, teniendo esto en cuenta, la Comisión considera que, en este caso, no puede alegarse que la ventaja no puede falsear la competencia o el comercio entre los Estados miembros por el hecho de que la medida controvertida se aplique a terceros países. El hecho de que la ventaja se conceda sujeta a condiciones objetivas relacionadas con transacciones con países de fuera de la Unión no es óbice para que el efecto de la medida produzca una erosión de la base imponible resultante de una actividad económica desarrollada en el mercado interior.

(151) Por consiguiente, la Comisión concluye que la medida controvertida puede afectar el comercio entre Estados miembros y falsear la competencia, principalmente en el mercado interior, al mejorar potencialmente las condiciones operativas de los beneficiarios que participan directamente en actividades económicas sujetas a tributación en España.

⁽¹¹²⁾ Véase la sentencia del Tribunal en el asunto C-222/04, citada en la nota 108.

D. Reacción de la Comisión a las observaciones recibidas

(152) Antes de concluir sobre la calificación de la medida, la Comisión considera oportuno analizar con más detalle ciertos argumentos aducidos por las autoridades españolas y por terceros que todavía no se han abordado explícita o implícitamente en los apartados relativos a la evaluación del régimen (considerando 96 y siguientes).

D.1. Reacción a los datos extraídos de las declaraciones de la renta de 2006 y a las observaciones sobre la sentencia del Tribunal de Justicia C-501/00

(153) Por lo que se refiere a los datos extraídos por las autoridades españolas de las declaraciones de la renta de 2006 con el fin de demostrar que la medida controvertida⁽¹¹³⁾ no es selectiva, la Comisión subraya la falta general de precisión de la información presentada. En primer lugar, los datos presentan la distribución de los beneficiarios por categorías (actividad, volumen de negocios) pero no indican si los beneficiarios en cuestión representan una parte pequeña o importante de cada una de las categorías afectadas. En segundo lugar, aunque las estadísticas basadas en la importancia del volumen de negocios de los beneficiarios podrían ser un indicador interesante para demostrar que la medida controvertida se aplica a todas las empresas en España, hay que subrayar que la medida controvertida se refiere a las adquisiciones de participaciones. Este tipo de inversión no genera necesariamente un volumen de negocios importante, lo que implica que, por ejemplo, sociedades de cartera puedan figurar como PYME en los datos en cuestión. Por consiguiente, para que los datos sean considerados relevantes, sería necesario tener en cuenta indicadores adicionales, tales como las cifras totales del balance así como si los beneficiarios pueden consolidar su base imponible con otros contribuyentes españoles. En tercer lugar, los datos tampoco parecen representativos ya que no indican el nivel de participaciones adquiridas (participaciones mayoritarias o solo minoritarias) por los beneficiarios. Por último, los datos recibidos no ofrecen indicaciones que permitan determinar si se cumplen las condiciones establecidas en la Recomendación de la Comisión de 2003 sobre las PYME⁽¹¹⁴⁾. Por consiguiente, la Comisión considera que su demostración de que la medida de ayuda controvertida es selectiva debido a las propias características de la legislación en cuestión no ha sido rebatida por los datos parciales y poco representativos presentados por las autoridades españolas.

(154) No obstante, aun cuando los argumentos presentados por las autoridades españolas se hubieran completado con pruebas adicionales, no por ello se habría eliminado el carácter selectivo de la medida controvertida ya que solo determinadas empresas se benefician de la medida, también a tenor de la sentencia del Tribunal de Justicia en el asunto C-501/00 España/Comisión⁽¹¹⁵⁾. En efecto, por lo que se refiere a la calificación, por parte de las autoridades españolas, de la medida como medida general⁽¹¹⁶⁾ por estar abierta a cualquier empresa domiciliada en España, cabe recordar esta sentencia del Tribunal de

⁽¹¹³⁾ Véase el considerando 12.

⁽¹¹⁴⁾ DO L 124 de 20.5.2003, p. 36.

⁽¹¹⁵⁾ Véase, la nota 36.

⁽¹¹⁶⁾ Véanse, en particular, los considerandos 43 y 56.

Justicia. El asunto se refería también a una excepción al impuesto sobre sociedades español, más concretamente a una medida titulada «Deducción por actividades de exportación». Las autoridades españolas defendieron ante el Tribunal que el régimen estaba abierto a cualquier empresa con domicilio fiscal en España. No obstante, el Tribunal consideró que la deducción fiscal podría «beneficiar a una categoría de empresas, a saber, aquellas que realizan actividades de exportación y efectúan determinadas inversiones contempladas en las medidas controvertidas»⁽¹¹⁷⁾. La Comisión considera que también en el presente asunto la medida controvertida pretende favorecer la exportación de capital desde España, para reforzar la posición de las empresas españolas en el extranjero, mejorando así la competitividad de los beneficiarios del régimen.

- (155) A este respecto, cabe señalar que, según el Tribunal de Justicia, «para justificar las medidas controvertidas basándose en la naturaleza o en la estructura del sistema fiscal en el que se inscriben, no basta con afirmar que tienen por objeto favorecer los intercambios internacionales. Tal finalidad constituye, efectivamente, un objetivo económico, pero no se ha demostrado que se corresponda con una lógica global del sistema fiscal. [...] Asimismo, la circunstancia de que las medidas controvertidas persigan un objetivo de política comercial o industrial, como el fomento de los intercambios internacionales mediante el apoyo a las inversiones en el extranjero, no es suficiente para que puedan eludir de entrada la calificación de “ayudas” a efectos del artículo 4 CA, letra c)»⁽¹¹⁸⁾. En el presente asunto, las autoridades españolas simplemente han declarado que la medida controvertida tiene por objeto fomentar el comercio internacional y la consolidación de empresas, sin demostrar que dicha medida esté justificada por la lógica del sistema. Habida cuenta de lo anterior, a la Comisión confirma su análisis de que la medida controvertida es selectiva.

D.2. Reacción a las observaciones sobre la práctica de la Comisión

- (156) Por lo que respecta a la referencia a la interpretación presuntamente innovadora del concepto de selectividad en el presente asunto, en primer lugar habría que destacar que este planteamiento es totalmente acorde con la práctica decisoria de la Comisión y la jurisprudencia del Tribunal descritos en el considerando 109. El planteamiento en este asunto concreto tampoco difiere de la Decisión de la Comisión N 480/07⁽¹¹⁹⁾ a la que remiten las autoridades españolas. De hecho, esta Decisión tuvo en cuenta la naturaleza específica del objetivo perseguido al remitir⁽¹²⁰⁾ a la Comunicación de la Comisión al Consejo, el Parlamento Europeo y el Comité Económico y Social-Hacia una utilización más eficaz de los incentivos fiscales a la I + D⁽¹²¹⁾. En el asunto que nos ocupa, el

objetivo perseguido por la medida controvertida no es un objetivo similar. Además, a diferencia del asunto que nos ocupa, la medida española objeto de la Decisión de la Comisión N 480/07 no hacía distinciones entre operaciones nacionales e internacionales.

- (157) Por último, por lo que se refiere a la excepción al régimen de fiscalidad de las empresas resultante de la aplicación de Directivas⁽¹²²⁾, tales como la Directiva sobre matrices y filiales o la Directiva sobre pagos de intereses y cánones transfronterizos, la Comisión considera que la situación resultante de la aplicación de estas Directivas es totalmente coherente con el razonamiento expuesto en la presente Decisión. Efectivamente, a resultas de la armonización comunitaria, las operaciones transfronterizas dentro de la Comunidad y dentro de cada Estado miembro deberán considerarse en situación jurídica y fáctica comparable. Además, la Comisión desearía subrayar que el Tribunal General dictaminó lo siguiente⁽¹²³⁾: «en el estado actual del Derecho de la Unión, la fiscalidad directa es competencia de los Estados miembros, si bien es jurisprudencia reiterada que estos últimos deben ejercer esta respetando el referido Derecho [véase en particular, el asunto C-391/97, *Geschwind* (Rec. 1999, p. I-5451), apartado 20] y abstenerse, por tanto, de adoptar en este contexto cualquier medida que pueda constituir una ayuda de Estado incompatible con el mercado interior».

D.3. Reacción a las observaciones sobre el artículo 65, apartado 1, letra a), del TFUE

- (158) Como ya se ha señalado anteriormente, no hay que olvidar que, aunque la fiscalidad directa es competencia de los Estados miembros no es menos cierto que deben ejercerla respetando el Derecho de la Unión⁽¹²⁴⁾, incluidas las disposiciones del TFUE sobre ayudas estatales. El artículo 65, apartado 1, letra a), del TFUE solo limita el ámbito de aplicación del artículo 63 del TFUE y no afecta en modo alguno a la aplicación de las normas del TFUE sobre ayudas estatales, incluidas aquellas que conceden competencias de control a la Comisión en este ámbito.
- (159) Además, el artículo 65 del TFUE, alegado por las autoridades españolas, debe leerse en relación con el artículo 63 del TFUE, que prohíbe la restricción de circulación de capitales entre Estados miembros. En efecto, el artículo 65, apartado 1, del TFUE prevé que «lo dispuesto en el artículo 63 se aplicará sin perjuicio del derecho de los Estados miembros a: a) aplicar las disposiciones pertinentes de su Derecho fiscal que distingan entre contribuyentes cuya situación difiera con respecto a su lugar de residencia o con respecto a los lugares donde esté invertido su capital».

⁽¹¹⁷⁾ Véase el considerando 59.

⁽¹¹⁸⁾ Véase el considerando 123 de la sentencia del Tribunal de Justicia en el asunto C-501/00, citada en la nota 36.

⁽¹¹⁹⁾ Véase la nota 25 y el considerando 56.

⁽¹²⁰⁾ Véase la Decisión de la Comisión de 14 de febrero de 2008, asunto N 480/07, citado en la nota 25.

⁽¹²¹⁾ SEC(2006) 1515, COM(2006) 728 final, sección 1.2.

⁽¹²²⁾ Véase la sentencia del Tribunal de Justicia de 11 de agosto de 1995 en el asunto C-80/94, *Wielockx* (Rec.1995, p. I-2493), apartado 16; sentencia del Tribunal de Justicia de 11 de diciembre de 1997 en el asunto C-264/96, *ICI/Colmer (HMIT)* (Rec. 1998, p. I-4695), apartado 19; y sentencia del Tribunal de Justicia de 29 de abril de 1999 en el asunto C-311/97, *Royal Bank of Scotland* (Rec. 1999, p. I-2651), apartado 19.

⁽¹¹⁷⁾ Véase el asunto C-501/00, en particular el considerando 120 de la sentencia.

⁽¹¹⁸⁾ Véase el asunto C-501/00, la nota 36, y el considerando 124 de la sentencia.

⁽¹¹⁹⁾ Véase la nota 25 y el considerando 56.

⁽¹²⁰⁾ Véase la Decisión de la Comisión de 14 de febrero de 2008, asunto N 480/07, citado en la nota 25.

⁽¹²¹⁾ SEC(2006) 1515, COM(2006) 728 final, sección 1.2.

(160) La posibilidad que brinda a los Estados miembros el artículo 65, apartado 1, letra a), del TFUE de aplicar las disposiciones pertinentes de su legislación fiscal que distingan entre contribuyentes cuya situación difiera en función de su lugar de residencia o de los lugares donde esté invertido su capital, ya ha sido confirmada por el Tribunal. Según jurisprudencia anterior a la entrada en vigor del artículo 65, apartado 1, letra a), del TFUE, las disposiciones fiscales nacionales que establecen determinadas distinciones basadas, en particular, en la residencia de los contribuyentes, podrían ser compatibles con el Derecho de la Unión siempre que se apliquen a situaciones que no sean comparables objetivamente⁽¹²⁵⁾ o podrían estar justificadas por razones imperiosas de interés general, relacionadas en particular con la coherencia del régimen tributario⁽¹²⁶⁾. Sea como fuere, los objetivos de carácter meramente económico no pueden constituir una razón imperiosa de interés general que pueda justificar una restricción de una libertad fundamental garantizada por el TFUE⁽¹²⁷⁾.

(161) También por lo que se refiere al período posterior a la entrada en vigor del artículo 65, apartado 1, letra a), del TFUE, el Tribunal ha examinado la posible presencia de situaciones comparables objetivamente que pudieran justificar una legislación que restrinja la libre circulación de capitales. Con respecto a determinadas legislaciones fiscales, que producían el efecto de disuadir a los contribuyentes que residen en un Estado miembro de invertir sus capitales en sociedades establecidas en otro Estado miembro y que producían asimismo un efecto restrictivo para las sociedades establecidas en otros Estados miembros, en cuanto que constituye para ellas un obstáculo a la captación de capitales en el referido Estado, el Tribunal de Justicia ha dictaminado reiteradamente que tales legislaciones no pueden justificarse por una situación objetivamente distinta en la que se pueda fundar una diferencia de trato fiscal, con arreglo al artículo 65, apartado 1, letra a), del TFUE⁽¹²⁸⁾.

(162) En cualquier caso, no hay que olvidar que el artículo 65, apartado 3, del TFUE precisa que las disposiciones nacionales a que se hace referencia en el artículo 65, apartado 1, letra a), del TFUE, no pueden constituir ni un medio de discriminación arbitraria ni una restricción encubierta de la libre circulación de capitales y pagos⁽¹²⁹⁾.

⁽¹²⁵⁾ Véase, en particular, la sentencia del Tribunal de Justicia de 14 de febrero de 1995 en el asunto C-279/93, Schumacker (Rec.1995, p. I-225).

⁽¹²⁶⁾ Véase la sentencia del Tribunal de Justicia de 28.1.1992 en el asunto C-204/90, Bachmann/Estado belga (Rec. 1992, p. I-249), y la sentencia del Tribunal de Justicia de 28.1.1992 en el asunto C-300/90, Comisión/Bélgica (Rec. 1992, p. I-305).

⁽¹²⁷⁾ Véase la sentencia del Tribunal de Justicia de 28 de abril de 1998 en el asunto C-120/95 Decker/Caisse de Maladie des Employés Privés (Rec. 1998, p. I-1831), apartado 39; la sentencia del Tribunal de Justicia de 28 de abril de 1998 en el asunto C-158/96 Kohl/Union des Caisses de Maladie (Rec. 1998, p. I-1931), apartado 41; y la sentencia del Tribunal de Justicia de 6 de junio de 2000 en el asunto C-35/98, Verkooijen, ya citada, apartado 48.

⁽¹²⁸⁾ Véase la sentencia del Tribunal de Justicia de 15 de julio de 2004 en el asunto C-315/02, Lenz (Rec. 2004, p. I-7063); la sentencia del Tribunal de Justicia de 7 de septiembre.2004 en el asunto C-319/02, Manninen (Rec. 2004, p. I-7477).

⁽¹²⁹⁾ Véase la sentencia del Tribunal de Justicia de 6.6.2000 en el asunto C-35/98, Verkooijen, ya citada, apartado 44.

(163) Habida cuenta de lo anterior y, en particular, tomando en consideración que no existen obstáculos jurídicos explícitos en algunos de los terceros países a los que se aplica el régimen controvertido, la Comisión considera que, en el presente asunto, las adquisiciones de participaciones nacionales y las adquisiciones de participaciones de empresas establecidas en todos los demás Estados miembros, así como en algunos de los terceros países en los que no se han encontrado obstáculos jurídicos explícitos, se encuentran, por las razones antes señaladas, en una situación objetiva comparable, y que no existen razones imperiosas de interés general que pudieran justificar un trato distinto de los contribuyentes en función del lugar donde esté invertido su capital.

E. Conclusión sobre la calificación de la medida controvertida

(164) Debido a que el sistema se aplica tanto en la Unión (véase la Decisión anterior), como a cierto número de situaciones fuera de la Unión en las que no se ha identificado ningún obstáculo jurídico explícito, la Comisión considera que la medida controvertida, en todos sus elementos, también por lo que se refiere a las adquisiciones fuera de la Unión, reúne todas las condiciones establecidas en el artículo 107, apartado 1, del TFUE y que, por tanto, debe considerarse ayuda estatal.

(165) Conforme a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia⁽¹³⁰⁾, la Comisión desea reiterar que el objetivo de la presente Decisión no estriba en establecer las condiciones que harían posible que el Estado miembro interesado evitara la calificación de la medida controvertida como ayuda estatal. Este aspecto es más bien un tema objeto de diálogo entre las autoridades españolas y la Comisión, como parte de la notificación del sistema en cuestión, que debería haber tenido lugar antes de que el sistema entrara en vigor.

F. Compatibilidad

(166) Como estableció en la Decisión de incoación, la Comisión considera que el régimen de ayuda en cuestión no puede acogerse a ninguna de las excepciones contempladas en el artículo 107, apartados 2 y 3, del TFUE.

(167) A lo largo del procedimiento, las autoridades españolas y las treinta partes interesadas presentaron sus argumentos para demostrar que las excepciones contempladas en el artículo 107, apartado 3, letra c), del TFUE se aplicarían en el presente asunto⁽¹³¹⁾. Las dos partes consideraron que ninguna de las disposiciones del artículo 107, apartado 2, ni del artículo 107, apartado 3, del TFUE eran de aplicación en el presente asunto.

⁽¹³⁰⁾ Véase la sentencia del Tribunal General de 9 de septiembre de 2009, asuntos acumulados T-227/01 a T-229/01, T-265/01, T-266/01 y T-270/01, Diputación Foral de Álava y otros/Comisión (Rec. 2006, p. II-1), apartados 381 y siguientes.

⁽¹³¹⁾ Véase el considerando 69 y siguientes.

- (168) Las excepciones contempladas en el artículo 107, apartado 2, del TFUE, que se refieren a las ayudas de carácter social concedidas a consumidores individuales, las ayudas destinadas a reparar el daño causado por desastres naturales u otros acontecimientos excepcionales y las concedidas en determinadas regiones de la República Federal de Alemania, no se aplican en el presente asunto.
- (169) Tampoco es de aplicación la excepción contemplada en el artículo 107, apartado 3, letra a), que autoriza 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 ya que la medida no está supeditada a la realización de ningún tipo de actividad en regiones específicas⁽¹³²⁾.
- (170) Del mismo modo, no puede considerarse que la medida controvertida adoptada en 2001 fomenta la ejecución de un proyecto de interés común europeo o que esté destinada a poner remedio a una grave perturbación de la economía española, tal y como establece el artículo 107, apartado 3, letra b). Tampoco tiene por objeto promover la cultura y la conservación del patrimonio, tal y como establece el artículo 107, apartado 3, letra d).
- (171) Por último, la medida controvertida debe ser examinada con arreglo al artículo 107, apartado 3, letra c), que permite autorizar 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. A este respecto, en primer lugar cabe señalar que la medida controvertida no entra en el ámbito de ninguno de los marcos o directrices que definen las condiciones para considerar determinados tipos de ayuda compatibles con el mercado interior.
- (172) En cuanto a los argumentos aducidos por las autoridades españolas y las treinta partes interesadas sobre el Plan de acción de ayudas estatales de 2005⁽¹³³⁾, según los cuales consideran que determinadas medidas pueden ser compatibles si responden esencialmente a una deficiencia de mercado, la Comisión observa que las presuntas dificultades generales a la hora de realizar fusiones transfronterizas no pueden ser consideradas deficiencias de mercado.
- (173) El hecho de que una empresa específica tal vez no pueda emprender un determinado proyecto u operación sin ayuda no significa necesariamente que exista una deficiencia de mercado. Únicamente cuando las fuerzas del mercado por sí solas no puedan lograr un resultado eficiente, es decir, cuando no se realicen todas las ganancias potenciales en la operación, puede considerarse que existe una deficiencia de mercado.
- (174) La Comisión no discute que los costes que implican algunas operaciones pueden ser mucho más elevados que los de otras. No obstante, dado que estos costes son costes reales que reflejan con precisión la naturaleza de los proyectos en cuestión, es decir, costes relativos a las distintas ubicaciones geográficas o a los distintos ordenamientos jurídicos en los que se llevan a cabo, es eficiente que las empresas tengan estos costes plenamente en cuenta a la hora de tomar sus decisiones. Por el contrario, se produciría un resultado ineficiente si se ignoraran estos costes reales o, con mayor razón, si fueran compensados con ayudas estatales. El mismo tipo de diferencias en los costes reales surge también al comparar distintas operaciones dentro del mismo país y al comparar operaciones transfronterizas y la existencia de estas diferencias no significa que se vaya a producir un resultado de mercado ineficiente.
- (175) Los ejemplos aducidos por las autoridades españolas de presuntos incrementos de costes para realizar operaciones internacionales en comparación con las operaciones nacionales se refieren todos a costes reales de realizar operaciones que deberían ser plenamente tenidos en cuenta por los participantes en el mercado para lograr resultados eficientes.
- (176) Para que exista una deficiencia de mercado fundamentalmente deberían concurrir circunstancias externas (incidencias indirectas positivas) generadas por las operaciones o información significativa incompleta o asimétrica que motivaran que no se realizaran operaciones que, de otro modo, habrían sido eficientes. Aunque, teóricamente, esto puede ocurrir en determinadas operaciones, tanto internacionales como nacionales (por ejemplo, en el contexto de programas conjuntos de I + D), no puede considerarse inherente a todas las operaciones internacionales, y menos aún a las operaciones del tipo en cuestión. A este respecto, la Comisión considera que el argumento de las deficiencias de mercado no puede aceptarse.

⁽¹³²⁾ Véanse, entre otros ejemplos de práctica anterior de la Comisión, la Decisión 2004/76/CE de la Comisión, de 13 de mayo de 2003, sobre el régimen de ayuda estatal ejecutado por Francia en favor de las sedes centrales y los centros de logística, (DO L 23 de 28.1.2004, p. 1), considerando 73; Decisión 2003/515/CE de la Comisión, de 17 de febrero de 2003, sobre el régimen de ayudas ejecutado por los Países Bajos en favor de las actividades de financiación internacional (DO L 180 de 18.7.2003, p. 52), considerando 105; Decisión 2004/77/CE de la Comisión, de 24 de junio de 2003, sobre el régimen de ayudas ejecutado por Bélgica en forma de un régimen de *ruling* fiscal aplicable a las *US Foreign Sales Corporations* (sociedades de venta estadounidenses) (DO L 23 de 28.1.2004, p. 14), considerando 70.

⁽¹³³⁾ Véase la nota 31.

- (177) Por otra parte, hay que recordar que, al evaluar si una ayuda puede ser considerada compatible con el mercado interior, la Comisión sopesa el impacto positivo de la medida de lograr un objetivo de interés común y sus posibles efectos secundarios negativos, tales como el falseamiento de los intercambios y la competencia. Basándose en esta práctica, el Plan de acción de ayudas estatales ha institucionalizado una «prueba de sopesamiento» en tres fases. Las dos primeras fases abordan los efectos positivos de la ayuda estatal y la tercera los efectos negativos y el balance resultante de unos y otros. La prueba de sopesamiento se articula en torno a tres preguntas:
- a) evaluar si la ayuda está destinada a un objetivo específico de interés común (por ejemplo, crecimiento, empleo, cohesión, medio ambiente o seguridad energética);
 - b) evaluar si la ayuda es adecuada para lograr el objetivo de interés común, es decir, si la ayuda propuesta remedia la deficiencia de mercado u otro objetivo. Para hacer esta evaluación, hay que verificar si:
 - i) la ayuda estatal es un instrumento político adecuado,
 - ii) existe un efecto incentivador, concretamente si la ayuda cambia el comportamiento de las empresas,
 - iii) la medida es proporcionada, es decir, si podría conseguirse el mismo cambio de comportamiento con menos ayuda;
 - c) evaluar si los falseamientos de la competencia y el comercio son limitados, de manera que el balance general sea positivo.
- (178) En primer lugar, es necesario evaluar si el objetivo perseguido por la ayuda puede efectivamente considerarse un objetivo de interés común. A pesar de que presuntamente se pretende favorecer la integración del mercado único, en el presente asunto el objetivo perseguido por la ayuda no está claramente especificado, puesto que excede la integración del mercado al fomentar la expansión de empresas españolas en el mercado europeo en particular.
- (179) La segunda fase exige evaluar si la ayuda es adecuada para lograr el objetivo específico de interés común. Más concretamente, la ayuda estatal debe cambiar el comportamiento de una empresa beneficiaria de manera que esta emprenda actividades que contribuyan a lograr el objetivo de interés común que no realizaría sin la ayuda o que realizaría de una manera limitada o diferente. Las autoridades españolas y las treinta partes interesadas no han aducido argumentos específicos que demuestren la probabilidad de que se produzca este efecto incentivador.
- (180) La tercera cuestión aborda los efectos negativos de la ayuda estatal. Aún cuando una ayuda sea adecuada para lograr un objetivo de interés común, una ayuda concedida a una empresa o sector económico concreto puede ocasionar graves falseamientos de la competencia y de los intercambios entre Estados miembros. A este respecto, las treinta partes interesadas consideran que el régimen de ayudas no tiene un impacto sobre la situación competitiva de empresas sujetas al impuesto sobre sociedades en España ya que el efecto financiero del artículo 12.5 sería desdeñable. No obstante, como ya se ha señalado en los considerandos 126 y siguientes, hay serios indicios de que el efecto del artículo 12.5 dista mucho de ser desdeñable. Además, puesto que el régimen de ayudas solo se aplica a operaciones extranjeras, su efecto claramente concentra los falseamientos de la competencia en los mercados extranjeros.
- (181) La última fase en el análisis de la compatibilidad consiste en evaluar si los efectos positivos de la ayuda, caso de haberlos, superan a sus efectos negativos. Como ya se ha señalado, en el presente asunto las autoridades españolas y las treinta partes interesadas no han demostrado la existencia de un objetivo específico que produzca efectos claramente positivos. Consideran, en términos generales, que el artículo 12.5 del TRLIS cumple el objetivo de la Unión de fomentar las operaciones transfronterizas, sin entrar en la evaluación de los efectos negativos potenciales y reales de la medida controvertida. Sea como fuere, 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.
- (182) En conclusión, la Comisión considera que, por lo que se refiere en particular al análisis con arreglo al artículo 107, apartado 3, letra c), las ventajas fiscales concedidas en virtud de la medida controvertida no están vinculadas a la inversión, la creación de empleo o a proyectos específicos. Las ventajas simplemente liberan a las empresas afectadas de cargas que normalmente tendrían que soportar y, por consiguiente, deben ser consideradas ayuda de funcionamiento. En principio, las ayudas de funcionamiento no están comprendidas en el ámbito de aplicación del artículo 107, apartado 3, letra c), del TFUE ya que falsean las condiciones de competencia en los sectores en los que se conceden sin que puedan,

por su propia naturaleza, alcanzar ninguno de los objetivos establecidos por esta disposición ⁽¹³⁴⁾. De conformidad con la práctica habitual de la Comisión, esta ayuda no puede considerarse compatible con el mercado interior ya que no facilita el desarrollo de determinadas actividades o de determinados ámbitos económicos ni está limitada en el tiempo, no se reduce progresivamente ni es proporcional a lo que es necesario para remediar una desventaja económica específica en los ámbitos en cuestión. El resultado de la «prueba de sopesamiento» confirma este análisis.

- (183) Habida cuenta de todo lo anterior, debe concluirse que la totalidad del régimen de ayudas en cuestión, también por lo que se refiere a las adquisiciones fuera de la Unión, es incompatible con el mercado interior.

G. Recuperación

- (184) La medida controvertida ha sido ejecutada sin haber sido notificada previamente a la Comisión con arreglo al artículo 108, apartado 3, del TFUE. La medida constituye, por consiguiente, ayuda estatal ilegal.
- (185) Cuando la ayuda estatal concedida ilegalmente se considere incompatible con el mercado interior esta conclusión traerá como consecuencia que deberá obtenerse de los beneficiarios la recuperación de la ayuda de conformidad con el artículo 14 del Reglamento (CE) n° 659/1999 del Consejo de 22 de marzo de 1999 por el que se establecen disposiciones de aplicación del artículo 93 del Tratado CE ⁽¹³⁵⁾. Mediante la recuperación de la ayuda, se restablece en la medida de lo posible la situación competitiva existente antes de que se concediera la ayuda. Ni las autoridades españolas ni las treinta partes interesadas han aducido argumentos que justifiquen un distanciamiento general de este principio básico.
- (186) No obstante, el artículo 14, apartado 1, del Reglamento (CE) n° 659/1999 dispone que «La Comisión no exigirá la recuperación de la ayuda si ello fuera contrario a un principio general del Derecho de la Unión». La jurisprudencia del Tribunal de Justicia y la práctica de la Comisión establecen, entre otras cosas, que el hecho de ordenar la recuperación de la ayuda vulnera un principio general del Derecho de la Unión cuando, como consecuencia de la actuación de la Comisión, el beneficiario de una medida pueda confiar legítimamente en que la ayuda se haya concedido con arreglo a la legislación de la Unión ⁽¹³⁶⁾.

- (187) En su sentencia en el asunto Forum 187 ⁽¹³⁷⁾, el Tribunal dictaminó que «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. Del mismo modo, cuando un operador económico prudente y diligente está en condiciones de prever la adopción de una medida comunitaria que pueda afectar a sus intereses, no puede invocar el beneficio de tal principio si dicha medida se adopta».

- (188) Las autoridades españolas y las treinta partes interesadas han alegado esencialmente la existencia de confianza legítima basada, en primer lugar, en ciertas respuestas de la Comisión a preguntas parlamentarias escritas y, en segundo lugar, en la presunta similitud del régimen de ayudas con medidas anteriores que la Comisión ha declarado compatibles. En tercer lugar, las autoridades españolas y las treinta partes interesadas consideran que el principio de confianza legítima implica que la Comisión no puede solicitar la recuperación de las deducciones ya efectuadas ni la recuperación de todas las deducciones pendientes hasta el período de veinte años establecido por el TRLIS.

- (189) Por lo que se refiere a la presunta similitud del régimen de ayudas con otras medidas que se han considerado no constitutivas de ayuda estatal, la Comisión estima que el régimen de ayudas es sustancialmente diferente de las medidas evaluadas por la Comisión en su Decisión de 1984 relativa a los «centros de coordinación belgas» ⁽¹³⁸⁾. La medida controvertida tiene un ámbito de aplicación diferente puesto que no se refiere a actividades dentro del grupo, como en el asunto de los «centros de coordinación belgas». Además, la medida controvertida tiene una estructura diferente, lo que la hace selectiva, principalmente porque solo se aplica a operaciones vinculadas a países extranjeros.

- (190) Por lo que se refiere al impacto de las declaraciones de la Comisión sobre la confianza legítima de los beneficiarios, la Comisión considera que deben distinguirse dos períodos: a) el comprendido desde la entrada en vigor de la medida el 1.1.2002 hasta la fecha de publicación de la Decisión de incoación en el *Diario Oficial de la Unión Europea* el 21 de diciembre de 2007; b) el posterior a la publicación de la Decisión de incoación en el *Diario Oficial de la Unión Europea*.

⁽¹³⁴⁾ Véase la sentencia del Tribunal General de 4 de septiembre de 2009, asunto T-211/05, Italia/Comisión (Rec. 2009, p. II-2777), apartado 173; véase también la sentencia del Tribunal General de 8 de junio de 1995 en el asunto T-459/00, Siemens/Comisión (Rec. 1995 p. II-1675), apartado 48.

⁽¹³⁵⁾ DO L 83 de 27.3.1999, p. 1.

⁽¹³⁶⁾ Véase, entre otras, las Decisiones 2003/515/CE, 2004/76/CE y 2004/77/CE

⁽¹³⁷⁾ Sentencia del Tribunal de Justicia de 22 de junio de 2006 en los asuntos C-182/187 y C-217/03, Forum 187 ASBL (Rec. 2006, p. I-5479), apartado 147; véase también la sentencia del Tribunal de Justicia de 26 de noviembre de 2005 en el asunto C-506/03, Alemania/Comisión, pendiente de publicación, apartado 58, y la sentencia del Tribunal de Justicia de 11 de marzo de 1987 en el asunto C-265/85, Van den Bergh en Jurgens BV/Comisión (Rec. 1987, p. 1155), apartado 44.

⁽¹³⁸⁾ Decisión de la Comisión SG(84) D/6421 de 16 de abril de 1984.

(191) Por lo que se refiere al primer período, la Comisión admite sus respuestas a las preguntas parlamentarias del Sr. Erik Meijer y de la Sra. Sharon Bowles sobre la posible naturaleza de ayuda estatal de la medida controvertida. Más concretamente, en respuesta a la pregunta parlamentaria del diputado del Parlamento Europeo, Sr. Erik Meijer, el 19 de enero de 2006, un Comisario respondió lo siguiente en nombre de la Comisión: «La Comisión no puede confirmar si las elevadas ofertas de las empresas españolas se deben a la legislación fiscal española que permite a las empresas amortizar el fondo financiero más rápidamente que sus homólogas francesas o italianas. La Comisión puede confirmar, no obstante, que tales legislaciones nacionales no entran en el ámbito de aplicación de las normas sobre ayudas estatales sino que constituyen más bien normas generales de depreciación aplicables a todas las empresas en España»⁽¹³⁹⁾. El 17 de febrero de 2006, en respuesta a la pregunta parlamentaria de la diputada europea Sra. Sharon Bowles, un Comisario respondió lo siguiente en nombre de la Comisión: «Según la información de que dispone actualmente la Comisión, al parecer las normas tributarias españolas relativas a la amortización del fondo de comercio son aplicables a todas las empresas en España independientemente de su tamaño, sector, forma jurídica o de si son de propiedad privada o pública ya que constituyen normas de amortización general. Por consiguiente, no parecen entrar en el ámbito de aplicación de las normas sobre ayudas estatales.»⁽¹⁴⁰⁾

(192) Mediante estas declaraciones al Parlamento Europeo, la Comisión ha ofrecido garantías específicas, incondicionales y concordantes de una naturaleza tal que da lugar a que los beneficiarios de la medida controvertida alberguen esperanzas justificadas de que el régimen de amortización del fondo de comercio era legal, en el sentido de que no entraba en el ámbito de aplicación de las normas sobre ayudas estatales⁽¹⁴¹⁾, y que, por lo tanto, ninguna de las ventajas derivadas de dicho régimen podía ser objeto de un procedimiento de recuperación subsiguiente. Aunque estas declaraciones no equivalieran a una decisión formal de la Comisión por la que se establece que el régimen de amortización no constituía ayuda estatal, su efecto era equivalente desde el punto de vista de la creación de una confianza legítima, especialmente teniendo en cuenta que en el presente asunto se habían respetado los procedimientos aplicables que garantizaban el respeto del principio de colegialidad. Dado que el concepto de ayuda estatal es objetivo⁽¹⁴²⁾ y que la Comisión no tiene poder discrecional por lo que se refiere a

su interpretación, al contrario de lo que ocurre al analizar la compatibilidad, cualquier declaración precisa e incondicional en nombre de la Comisión en el sentido de que una medida nacional no se debe considerar ayuda estatal se entenderá naturalmente que significa que la medida no era constitutiva de ayuda desde el principio (es decir, también antes de la declaración en cuestión). 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. En estas circunstancias específicas, y teniendo en cuenta que el Derecho de la Unión no requiere la demostración de un nexo causal entre las garantías ofrecidas por una institución comunitaria y el comportamiento de los ciudadanos o las empresas a los que se refieren tales garantías⁽¹⁴³⁾, cualquier empresario diligente podía esperar razonablemente que la Comisión no impondría posteriormente ninguna recuperación⁽¹⁴⁴⁾ por lo que se refiere a las medidas que ella misma había cualificado previamente, en una declaración a otra institución comunitaria, como no constitutivas de ayuda, con independencia de cuando se concluyó la transacción que se beneficiaba de la medida de ayuda.

(193) En consecuencia, la Comisión concluye que algunos beneficiarios de la medida controvertida podían tener la confianza legítima de que la ayuda no sería recuperada y, por tanto, no pide la recuperación de las ayudas fiscales concedidas a dichos beneficiarios en el contexto de cualquier participación que una empresa adquirente española tuviera directa o indirectamente en una empresa extranjera antes de la fecha de la publicación⁽¹⁴⁵⁾ en el *Diario Oficial de la Unión Europea* de la Decisión de la Comisión de incoar el procedimiento de investigación formal con arreglo al artículo 108, apartado 2, del TFUE que podrían haberse beneficiado entonces de la medida controvertida.

(194) Más allá de estas consideraciones que son idénticas a las formuladas por la Comisión en su Decisión anterior, la Comisión considera que es necesario tener en cuenta una serie de elementos adicionales.

⁽¹³⁹⁾ Pregunta escrita E-4431/05.

⁽¹⁴⁰⁾ Pregunta escrita E-4772/05.

⁽¹⁴¹⁾ Sobre el principio de confianza legítima, véanse las sentencias del Tribunal de Justicia Van den Bergh en Jurgens BV/Comisión, apartado 44; la sentencia del Tribunal de Justicia en el asunto C-182/03 y C-217/03, Forum 187 ASBL/Comisión (Rec. 2006, p. I-5479), apartado 147, y la sentencia del Tribunal de Primera Instancia, asunto T-290/97, Mehibas Dordtselaan/Comisión (Rec. 2000, p. II-15), apartado 59.

⁽¹⁴²⁾ Sentencia del Tribunal de Justicia de 22 de diciembre de 2008, British Aggregates/Comisión, C-487/06 P, apartados 111 a 114 y 185 y 186; sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 17 de octubre de 2002, asunto T-98/00, Linde/Comisión, apartado 33.

⁽¹⁴³⁾ Es decir, no es necesario demostrar que el particular o la empresa participó en actividades que de lo contrario podría no haber realizado, confiando en la garantía en cuestión.

⁽¹⁴⁴⁾ Véanse, por analogía, la Decisión de la Comisión, de 17 de febrero de 2003, relativa a los centros de coordinación de Bélgica (2003/757/CE), y la Decisión de la Comisión, de 20 de diciembre de 2006, AIE fiscales (C46/2004).

⁽¹⁴⁵⁾ Véase la nota 1.

- (195) En efecto, con arreglo al considerando 117 de la Decisión anterior, aunque la Comisión consideró que las autoridades españolas y las treinta partes interesadas no habían aportado elementos suficientes que justificasen un trato fiscal diferente entre las operaciones de participaciones españolas y las operaciones entre empresas establecidas en la Unión, la Comisión declaró que «*a priori* no puede descartar completamente tal diferenciación por lo que se refiere a las operaciones relativas a terceros países. De hecho, fuera de la Comunidad, pueden persistir barreras jurídicas a las combinaciones de empresas transfronterizas, que colocarían a las operaciones transfronterizas en una situación de derecho y de hecho diferente de las operaciones intracomunitarias. Como resultado, las adquisiciones extracomunitarias que hubieran podido conducir a la amortización fiscal del fondo de comercio, cual es el caso cuando se detenta la mayoría del accionariado, podrían quedar excluidas de esa ventaja fiscal por la imposibilidad de realizar combinaciones de empresas. La amortización fiscal del fondo de comercio para dichas transacciones que se hallan fuera del marco de hecho y de derecho de la Unión, podría ser necesaria para garantizar la neutralidad fiscal». La Comisión concluyó su análisis declarando en el considerando 119 de la Decisión anterior, disponible en el sitio Internet de la Comisión desde los primeros días de enero de 2010, que «en este contexto, la Comisión mantiene el procedimiento incoado por la Decisión de incoación de 10 de octubre de 2007 abierto por lo que se refiere a las adquisiciones extracomunitarias, habida cuenta de que las autoridades españolas se han comprometido a aportar nuevos elementos relativos a los obstáculos a las fusiones transfronterizas extracomunitarias. Por consiguiente, el procedimiento incoado el 10 de octubre de 2007 sigue pendiente por lo que se refiere a las adquisiciones extracomunitarias».
- (196) En los apartados 115 a 119 de la Decisión anterior, la Comisión indicó que podía existir una diferenciación entre las operaciones de adquisición efectuadas en la Unión y las realizadas fuera de la Unión. Concretamente, la Comisión observó que «pueden persistir barreras jurídicas a las combinaciones de empresas transfronterizas, que colocarían a las operaciones transfronterizas en una situación de derecho y de hecho diferente de las operaciones intracomunitarias». Las referencias a los criterios de «obstáculos jurídicos» y de «mayoría del accionariado» son, en esas circunstancias específicas, particularmente pertinentes.
- (197) A la luz de estos elementos específicos y peculiares del presente asunto, la Comisión considera que la declaración contenida en el punto 117 de la Decisión anterior podía haber generado confianza legítima por lo que se refiere a la aplicación del régimen de ayudas controvertido a las transacciones de empresas españolas en aquellos terceros países en los que existen «obstáculos jurídicos» explícitos a las combinaciones transfronterizas de empresas y en las que la empresa española en cuestión había adquirido una «mayoría del accionariado», con independencia de la fecha en que la transacción tuvo lugar antes de la adopción de la presente Decisión.
- (198) Basándose en la información presentada por las autoridades españolas en los informes y sin perjuicio de la calificación de ayuda estatal del régimen controvertido y de su aplicación a transacciones individuales por los motivos esbozados en el considerando 107, la Comisión observa que, entre los países analizados, la legislación vigente en dos de ellos, a saber, la India y China, presenta obstáculos jurídicos explícitos para las combinaciones transfronterizas de empresas.
- (199) A la luz de las conclusiones expuestas en los considerandos 119 y 120, la Comisión concluye que, para las transacciones relativas a estos dos países, los beneficiarios de la medida controvertida que hayan adquirido una participación mayoritaria podían tener la confianza legítima de que no se recuperaría la ayuda.
- (200) Este mismo trato se aplicará a los beneficiarios que hayan realizado una transacción en otros terceros países, que hayan adquirido una participación mayoritaria y que puedan presentar elementos suficientes para demostrar que existe un obstáculo jurídico explícito, en el sentido de la presente Decisión, en la legislación de ese tercer país. Para los países mencionados en los informes, la Comisión tendrá en cuenta que, basándose en la información facilitada por las autoridades españolas, no ha sido posible encontrar esos obstáculos pero está dispuesta a examinar nuevas pruebas pertinentes.
- (201) Para los beneficiarios acogidos a la confianza legítima basándose en declaraciones de la Comisión a los diputados del Parlamento Europeo o en la Decisión anterior, la Comisión también considera que todos esos beneficiarios deberían continuar disfrutando las ventajas de la medida controvertida hasta que finalice el período de amortización establecido en la misma. La Comisión reconoce que las operaciones se planificaron y las inversiones se realizaron con la confianza razonable y legítima de cierto grado de continuidad de las condiciones económicas, incluida la medida controvertida. Por tanto, conforme a anterior jurisprudencia del Tribunal de Justicia y a la práctica de la Comisión⁽¹⁴⁶⁾, a falta de interés público imperativo⁽¹⁴⁷⁾, la Comisión considera que debe permitirse a los beneficiarios continuar disfrutando de las ventajas de la medida controvertida durante el período íntegro de amortización previsto por el artículo 12.5 del TRLIS.

⁽¹⁴⁶⁾ Véase la Decisión 2003/755/CE de la Comisión, de 17 de febrero de 2003, relativa al régimen de ayudas ejecutado por Bélgica en favor de los centros de coordinación establecidos en Bélgica (DO L 282 de 30.10.2003, p. 25), y la sentencia del Tribunal de Justicia de 22 de junio de 2006 en el asunto C- 182/03 y C-217/03, Forum 187 ASBL, apartados 162 y 163.

⁽¹⁴⁷⁾ Véase la sentencia en el asunto Forum 187, apartado 149; véase también la sentencia del Tribunal de Justicia de 14 de mayo de 1975 en el asunto C-74/74, CNTA/Comisión (Rec. 1975, p. 533), apartado 44.

- (202) Por otra parte, la Comisión considera que debe preverse un período razonable de transición a las empresas que se beneficien de la confianza legítima y que ya habían adquirido, con una perspectiva a largo plazo, derechos en empresas extranjeras y que no detentaban dichos derechos durante un período interrumpido de al menos un año en la fecha de la publicación de la Decisión de incoación (confianza legítima resultante de declaraciones de la Comisión a diputados del Parlamento Europeo) o en la fecha de la publicación de la presente Decisión (confianza legítima resultante de la Decisión anterior). Por consiguiente, la Comisión estima que deberá considerarse que las empresas que reunían todas las demás condiciones pertinentes del artículo 12.5 del TRLIS antes del 21 de diciembre de 2007 o, respectivamente, en la fecha de publicación de la presente Decisión en el *Diario Oficial de la Unión Europea*, aparte de la condición de poseer sus participaciones durante un período interrumpido de un año como mínimo, también se benefician de la confianza legítima, si poseían esos derechos durante un período interrumpido de un año como mínimo no más tarde del 21 de diciembre de 2008 o, respectivamente, un año después de la publicación de la presente Decisión.
- (203) En cambio, en los casos en los que una empresa adquirente española no se beneficie de la confianza legítima, se recuperará de este beneficiario toda ayuda incompatible, salvo que, en primer lugar, se hubiera convenido una obligación irrevocable antes del 21 de diciembre de 2007 (confianza legítima resultante de declaraciones de la Comisión a diputados del Parlamento Europeo) o antes de la fecha de la publicación de la presente Decisión (confianza legítima resultante de la Decisión anterior), por parte de una empresa española adquirente, de poseer dichos derechos; en segundo lugar, el contrato contuviera una condición suspensiva relacionada con el hecho de que la transacción en cuestión está sujeta a la autorización imperativa de una autoridad reguladora; y, en tercer lugar, la transacción se hubiera notificado antes del 21 de diciembre de 2007 (confianza legítima resultante de declaraciones de la Comisión a diputados del Parlamento Europeo) o antes de la publicación de la presente Decisión (confianza legítima resultante de la Decisión anterior).
- (204) La Comisión considera asimismo que la medida controvertida no constituye ayuda si, en el momento en el que los beneficiarios disfrutaron de sus ventajas reunían todas las condiciones establecidas por la normativa adoptada de conformidad con el artículo 2 del Reglamento (CE) n° 994/98 del Consejo ⁽¹⁴⁸⁾, que era aplicable en el momento en que se disfrutó la reducción fiscal.
- (205) Habida cuenta de todas las consideraciones anteriores y tal como se destacó en la Decisión anterior, en un determinado ejercicio, para un determinado beneficiario, el importe exacto de la ayuda corresponde al valor actualizado neto de la reducción de la carga fiscal otorgada por la amortización contemplada en el artículo 12.5 del TRLIS. Por consiguiente, depende del tipo del impuesto aplicable a la empresa en los años correspondientes y del tipo de interés de descuento aplicable.
- (206) Para un determinado ejercicio y un determinado beneficiario, el valor nominal de la ayuda corresponde a la reducción fiscal otorgada por la aplicación del artículo 12.5 del TRLIS para los derechos en compañías extranjeras que no cumplan las condiciones expuestas en los anteriores considerandos.
- (207) El valor actualizado se calcula aplicando el tipo de interés al valor nominal, de conformidad con el capítulo V del Reglamento (CE) n° 794/2004 de la Comisión ⁽¹⁴⁹⁾ y con el Reglamento (CE) n° 271/2008 que modifica el Reglamento (CE) n° 794/2004 de la Comisión ⁽¹⁵⁰⁾.
- (208) Al calcular la carga fiscal de los beneficiarios si no hubiera existido la medida de ayuda ilegal, las autoridades españolas deben basarse en las operaciones que se realizaron en el período precedente a la publicación de la Decisión de incoación en el Diario Oficial (confianza legítima resultante de declaraciones de la Comisión a diputados del Parlamento Europeo) o precedente a la publicación de la presente Decisión (confianza legítima resultante de la Decisión anterior), como se ha indicado anteriormente. No puede alegarse que de no haber existido estas ventajas ilegales, los beneficiarios habrían estructurado sus operaciones de forma diferente con el fin de reducir su carga fiscal. Como se expone claramente en la sentencia del Tribunal en el asunto Unicredito ⁽¹⁵¹⁾, estas consideraciones hipotéticas no pueden ser tenidas en cuenta a los efectos de calcular la ayuda.

VIII. CONCLUSIÓN

- (209) La Comisión debe considerar, a la vista de la citada jurisprudencia y de las particularidades del asunto, que el artículo 12.5 del TRLIS constituye un régimen de ayuda estatal a tenor de lo dispuesto en el artículo del artículo 107, apartado 1, del TFUE, también por lo que se refiere a las adquisiciones fuera de la Unión. La Comisión también considera que la medida controvertida, al haberse ejecutado infringiendo el artículo 108, apartado 3, del TFUE, constituye un régimen de ayuda ilegal, por lo que se refiere a las adquisiciones intracomunitarias.

⁽¹⁴⁸⁾ DO L 142 de 14.5.1998, p. 1. Este Reglamento faculta, entre otros, a la Comisión para adoptar un Reglamento que declare que determinadas ayudas no cumplen todos los criterios del artículo 107, apartado 1, del TFUE (ayuda *de minimis*).

⁽¹⁴⁹⁾ DO L 140 de 30.4.2004, p. 1.

⁽¹⁵⁰⁾ DO L 82 de 25.3.2008, p. 1.

⁽¹⁵¹⁾ Sentencia del Tribunal de Justicia de 15 de diciembre de 2005, Unicredito Italiano Spa/Agenzia delle Entrate (Rec. 2005, p. I-11137), apartados 117 a 119.

(210) No obstante, dado que existía confianza legítima hasta la fecha de publicación de la Decisión de incoación, la Comisión renuncia excepcionalmente a la recuperación, y acepta que la aplicación puede continuar durante todo el período de amortización previsto en el régimen de ayudas, de cualquier ventaja fiscal derivada de la aplicación del régimen de ayudas en las ayudas vinculadas a las participaciones en empresas extranjeras controladas directa o indirectamente por empresas adquirentes españolas antes de la fecha de publicación en el *Diario Oficial de la Unión Europea* de la Decisión de la Comisión de incoar el procedimiento de investigación formal con arreglo al artículo 108, apartado 2, salvo que, en primer lugar, antes del 21 de diciembre de 2007 se hubiera convenido una obligación irrevocable, por parte de una empresa española adquirente, de poseer dichos derechos; en segundo lugar, el contrato contuviera una condición suspensiva relacionada con el hecho de que la transacción en cuestión está sujeta a la autorización imperativa de una autoridad reguladora y, en tercer lugar, la transacción se hubiera notificado antes del 21 de diciembre de 2007. Por otra parte, la Comisión debe renunciar a la recuperación, y acepta que la aplicación puede continuar durante todo el período de amortización previsto en el régimen de ayudas también para cualesquiera beneficios fiscales resultantes de la aplicación del régimen de ayudas, a las transacciones de accionariado mayoritario efectuadas antes de la publicación de la presente Decisión que se refieran a terceros países en los que la presencia de obstáculos jurídicos explícitos para las combinaciones transfronterizas esté debidamente justificada conforme a los principios establecidos en la presente Decisión.

HA ADOPTADO LA PRESENTE DECISIÓN:

Artículo 1

1. El régimen de ayudas ejecutado por España en virtud del artículo 12.5 del Real Decreto Legislativo nº 4/2004 de 5 de marzo de 2005, que consolidó las modificaciones introducidas en la Ley del Impuesto sobre Sociedades, aplicado ilegalmente por España infringiendo el artículo 108, apartado 3, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, es incompatible con el mercado interior a efectos de las ayudas concedidas a los beneficiarios, al realizar adquisiciones fuera de la Unión.

2. No obstante, las deducciones fiscales de las que disfrutaron los beneficiarios al realizar adquisiciones fuera de la Unión, otorgadas en virtud del artículo 12.5 del TRLIS en relación con derechos poseídos directa o indirectamente en empresas extranjeras que cumplieran las condiciones pertinentes del régimen de ayudas antes del 21 de diciembre de 2007, aparte de la condición de poseer sus participaciones durante un período ininterrumpido mínimo de un año, podrán continuar aplicándose durante el período íntegro de amortización previsto por el régimen de ayudas.

3. Las deducciones fiscales disfrutadas por los beneficiarios al realizar adquisiciones fuera de la Unión, en virtud del

artículo 12.5 del TRLIS, que están relacionadas con una obligación irrevocable, convenida antes del 21 de diciembre de 2007, de poseer los citados derechos cuando el contrato contenga una condición suspensiva relacionada con el hecho de que la transacción en cuestión está sujeta a la autorización imperativa de una autoridad reguladora y cuando la transacción se haya notificado antes del 21 de diciembre de 2007, podrán seguir aplicándose durante todo el período de amortización previsto por el régimen de ayudas para la parte de los derechos poseídos a partir de la fecha en que se levante la condición suspensiva.

4. Asimismo, las deducciones fiscales disfrutadas por los beneficiarios en virtud del artículo 12.5 del TRLIS al realizar adquisiciones fuera de la Unión en la fecha de publicación de la presente Decisión en el *Diario Oficial de la Unión Europea*, en relación con participaciones mayoritarias poseídas directa o indirectamente en empresas extranjeras establecidas en China, India y en otros países en los que se ha demostrado o se pueda demostrar la existencia de obstáculos jurídicos explícitos a las combinaciones transfronterizas de empresas, podrán continuar aplicándose durante el período íntegro de amortización previsto por el régimen de ayudas.

5. Las deducciones fiscales disfrutadas por los beneficiarios al realizar adquisiciones fuera de la Unión, otorgadas en virtud del artículo 12.5 del TRLIS, que estén relacionadas con una obligación irrevocable, convenida antes de la publicación en el *Diario Oficial de la Unión Europea* de la presente Decisión, de poseer los citados derechos en empresas extranjeras establecidas en China, India y en otros países en los que se ha demostrado o se pueda demostrar la existencia de obstáculos jurídicos explícitos a las combinaciones transfronterizas de empresas, cuando el contrato contenga una condición suspensiva relacionada con el hecho de que la transacción en cuestión está sujeta a la autorización imperativa de una autoridad reguladora y cuando la transacción se haya notificado antes de la publicación de la presente Decisión en el *Diario Oficial de la Unión Europea*, podrán continuar aplicándose durante el período íntegro de amortización previsto por el régimen de ayudas a partir de la fecha de levantamiento de la condición suspensiva.

Artículo 2

La ayuda individual otorgada en virtud del régimen contemplado en el artículo 1 no constituye ayuda si, en el momento de su concesión, cumple las condiciones establecidas por un reglamento adoptado en aplicación del artículo 2 del Reglamento (CE) nº 994/98, aplicable en el momento de la concesión de la ayuda.

Artículo 3

La ayuda individual otorgada en virtud del régimen contemplado en el artículo 1 que, en el momento de su concesión, cumpla las condiciones establecidas por un reglamento adoptado en aplicación del artículo 1 del Reglamento (CE) nº 994/98 o por cualquier otro régimen de ayudas aprobado, es compatible con el mercado interior, hasta las intensidades máximas de ayuda aplicables a este tipo de ayudas.

Artículo 4

1. España recuperará la ayuda incompatible correspondiente a la reducción fiscal prevista en virtud del régimen contemplado en el artículo 1, apartado 1, de los beneficiarios cuyos derechos en compañías extranjeras, adquiridos en el marco de adquisiciones fuera de la Unión, no cumplan las condiciones contempladas en el artículo 1, apartados 2 a 5.

2. Las cantidades pendientes de recuperación devengarán intereses desde la fecha en que se pusieron a disposición del beneficiario hasta la de su recuperación.

3. Los intereses se calcularán sobre una base compuesta de conformidad con el capítulo V del Reglamento (CE) nº 794/2004.

4. España cancelará toda reducción fiscal pendiente otorgada por el régimen contemplado en el artículo 1, apartado 1, con efectos a partir de la fecha de adopción de la presente Decisión, excepto la reducción concedida a derechos en compañías extranjeras que cumplan las condiciones establecidas en el artículo 1, apartado 2.

Artículo 5

1. La recuperación de la ayuda concedida en virtud del régimen contemplado en el artículo 1 será inmediata y efectiva.

2. España garantizará que la presente Decisión se aplique en el plazo de cuatro meses a partir de la fecha de su notificación.

Artículo 6

1. En el plazo de dos meses a partir de la notificación de la presente Decisión, España presentará la siguiente información:

- a) la lista de beneficiarios que hayan recibido ayuda en virtud del régimen citado en el artículo 1 y el importe total de la ayuda recibida por cada uno de ellos con arreglo a dicho régimen;
- b) el importe total, principal e intereses, que debe recuperarse de cada beneficiario;
- c) una descripción detallada de las medidas ya adoptadas y previstas para el cumplimiento de la presente Decisión;
- d) documentos que demuestren que se ha ordenado a los beneficiarios que reembolsen la ayuda.

2. España mantendrá informada a la Comisión del avance de las medidas nacionales adoptadas en aplicación de la presente Decisión hasta que la recuperación de la ayuda concedida con arreglo al régimen contemplado en el artículo 1 haya concluido. Presentará inmediatamente, a petición de la Comisión, información sobre las medidas ya adoptadas y previstas para el cumplimiento de la presente Decisión. También proporcionará información detallada sobre los importes de la ayuda y los intereses ya recuperados de los beneficiarios.

Artículo 7

El destinatario de la presente Decisión será el Reino de España.

Hecho en Bruselas, el 12 de enero de 2011.

Por la Comisión
Joaquín ALMUNIA
Vicepresidente

ANEXO I

LISTA DE LAS TERCERAS PARTES INTERESADAS QUE HAN PRESENTADO OBSERVACIONES A LA DECISIÓN DE INCOACIÓN Y NO HAN SOLICITADO PERMANECER ANÓNIMAS

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)
Banco Santander SA
Club de Exportadores e Inversores Españoles
Compañía de distribución integral Logista SA
Confederacion Española de Organizaciones Empresariales
Confederacion Española de la Pequeña y Mediana Empresa (CEPYME)
Ebro Puleva SA
Ferrovia Services SA
Hewlett-Packard Española SL
La Caixa S A, Iberdrola S A
Norvarem SA
Prosegur Compañía de Seguridad SA
Sociedad General de Aguas de Barcelona SA (Grupo AGBAR)
Telefónica SA

RESUMEN DEL INFORME DE KPMG PRESENTADO POR LAS AUTORIDADES ESPAÑOLAS

Cuadro resumen

País	Derecho de sociedades aplicable a las fusiones	¿Están prohibidas las fusiones transfronterizas por el Derecho de sociedades y por normativas subsiguientes? (Sí/No/No contemplado específicamente)	¿Se refieren la jurisprudencia o la doctrina a la imposibilidad de una fusión transfronteriza? (Sí/No/No se ha encontrado)	¿Se han identificado obstáculos importantes de hecho que impidan una fusión transfronteriza? (Sí/No)	¿Se han identificado normas fiscales que impongan costes fiscales adicionales a una fusión transfronteriza? (Sí/No/tratamiento fiscal incierto)	¿Hay precedentes de fusiones transfronterizas en su jurisdicción? (Sí/No/No se ha encontrado)	Resumen
Argentina	Ley n° 19550 Artículos 82 a 87 y 118	No contemplado específicamente en la Ley de sociedades ni en las principales normativas sobre el Registro Mercantil	Sí La doctrina pertinente indica que las fusiones transfronterizas no son posibles en Argentina	Sí Problemas de registro con el Registro Mercantil pertinente	Sí. Impuestos sobre la empresa participada y sus accionistas, puesto que se considera que el protocolo del Tratado firmado por Argentina y España no debe aplicarse. Por otra parte, la doctrina pertinente y la administración fiscal argentina señalan que el régimen de exención fiscal de la reorganización empresarial solo puede aplicarse a las fusiones nacionales	No	La doctrina señala que no es posible la fusión transfronteriza. Impuestos sobre la empresa participada y sus accionistas
Australia	Ley de sociedades de 2001 (artículos principales: 606, 413 y 611)	El Derecho de sociedades no contempla el concepto de fusión transfronteriza La Ley de sociedades de 2001 solo prevé tres procedimientos específicos en relación con las fusiones, ninguno de los cuales contempla la fusión transfronteriza	No se ha encontrado	Sí Las fusiones transfronterizas no son factibles en Australia	Tratamiento fiscal incierto El régimen de exención fiscal de la reorganización empresarial solo se aplica a las fusiones nacionales	No se ha encontrado	La Ley de sociedades de 2001 no contempla específicamente la fusión transfronteriza como transacción permitida y por lo tanto no es factible

País	Derecho de sociedades aplicable a las fusiones	¿Están prohibidas las fusiones transfronterizas por el Derecho de sociedades y por normativas subsiguientes? (Sí/No/No contemplado específicamente)	¿Se refieren la jurisprudencia o la doctrina a la imposibilidad de una fusión transfronteriza? (Sí/No/No se ha encontrado)	¿Se han identificado obstáculos importantes de hecho que impidan una fusión transfronteriza? (Sí/No)	¿Se han identificado normas fiscales que impongan costes fiscales adicionales a una fusión transfronteriza? (Sí/No/tratamiento fiscal incierto)	¿Hay precedentes de fusiones transfronterizas en su jurisdicción? (Sí/No/No se ha encontrado)	Resumen
Brasil	Código Civil Brasileño (Ley nº 10 406/02) y Ley nº 6 404/1976	No contemplado específicamente	No se ha encontrado	Autorización del Consejo de Estado La aprobación del registro en el SISBACEN es incierta La restricción en determinados sectores imposibilita las fusiones transfronterizas	Tratamiento fiscal incierto Los contribuyentes brasileños y extranjeros (es decir, los accionistas de la empresa brasileña) participantes en una fusión al valor de mercado sufrirían consecuencias fiscales adversas	No Solo se ha encontrado una transacción pero se refiere a una fusión inversa en la que algunas empresas extranjeras fueron absorbidas por una entidad brasileña	Existe obstáculos importantes que impiden en la práctica realizar una fusión transfronteriza
Canadá	Ley canadiense de sociedades comerciales y leyes de sociedades aplicables en las provincias canadienses	Sí Las dos entidades de la fusión deben aplicar la legislación canadiense Solo se permiten teóricamente ciertos tipos de fusiones (por ejemplo integración) en Columbia Británica, pero no hay precedentes	No se ha encontrado	Sí	Sí/tratamiento fiscal incierto En caso de disolución de una filial al 100 %, la empresa disuelta y su accionista tributarían	No se ha encontrado	En general, las fusiones transfronterizas no son posibles (solo en Columbia Británica en determinadas circunstancias) salvo en caso de disolución de una filial canadiense al 100 % La empresa disuelta y sus accionistas tributan
Chile	Ley nº 18 046 <i>Artículo 99</i>	No contemplado específicamente	No se ha encontrado	Sí Es necesario obtener un certificado de terminación de la actividad empresarial emitido por la administración del impuesto sobre la renta, lo que puede demorar considerablemente el proceso. Existen otros obstáculos relativos a las normas del Banco Central de	No hay certidumbre de que el régimen de exención fiscal de la reorganización empresarial se pueda aplicar a los accionistas y a la entidad absorbida Una fusión transfronteriza no generaría más efectos fiscales que la imposición adeudada sobre los beneficios retenidos hasta la fecha	Sí Solo uno pero se refería a un holding sin actividades ni activos en Chile	Hay obstáculos importantes que pueden impedir la realización de una fusión transfronteriza Tratamiento fiscal incierto de los accionistas y de la entidad absorbida

País	Derecho de sociedades aplicable a las fusiones	¿Están prohibidas las fusiones transfronterizas por el Derecho de sociedades y por normativas subsiguientes? (Sí/No/No contemplado específicamente)	¿Se refieren la jurisprudencia o la doctrina a la imposibilidad de una fusión transfronteriza? (Sí/No/No se ha encontrado)	¿Se han identificado obstáculos importantes de hecho que impidan una fusión transfronteriza? (Sí/No)	¿Se han identificado normas fiscales que impongan costes fiscales adicionales a una fusión transfronteriza? (Sí/No/tratamiento fiscal incierto)	¿Hay precedentes de fusiones transfronterizas en su jurisdicción? (Sí/No/No se ha encontrado)	Resumen
				Chile que requieren una solicitud especial para realizar esta fusión, las normas sobre inversiones extranjeras del Decreto Ley nº 600 y el hecho de que en ciertos sectores económicos la fusión transfronteriza no es factible	de la fusión por la empresa adquirida La liquidación de una entidad chilena en su filial directa no se considera similar a una fusión a efectos fiscales en Chile. Así, los accionistas estarán sujetos al impuesto de sociedades chileno cuando los activos transferidos se incrementan		
China	<p>a) Ley de sociedades de la RPC de 2005 para fusiones en las que participan solamente empresas de responsabilidad limitada o sociedades anónimas de responsabilidad limitada constituidas en China, y</p> <p>b) Disposiciones sobre fusión y división de empresas de inversión extranjeras (promulgadas en 2001) aplicables a las fusiones con inversión extranjera en China</p> <p>Disposiciones sobre fusión de una empresa extranjera promulgadas en 2009</p>	<p>Las normas existentes solamente hacen referencia a fusiones nacionales</p> <p>El 22 de junio de 2009, el Ministerio de Comercio decretó un nuevo conjunto de disposiciones sobre las fusiones y adquisiciones de una empresa nacional por inversores extranjeros</p> <p>No es posible una fusión transfronteriza en el sentido de lo mencionado en este documento</p>	No se ha encontrado	Sí No se permite una fusión transfronteriza	Tratamiento fiscal incierto La Comunicación 59 (que contiene las normas de reorganización del impuesto de sociedades) no se aplica a las fusiones transfronterizas, y por lo tanto la neutralidad impositiva no se aplicará, aunque no se permite una fusión transfronteriza en China	No se ha encontrado	En 2009 se promulgó una nueva Ley de sociedades aplicable a las fusiones realizadas por inversores extranjeros. Sin embargo, no se permiten las fusiones transfronterizas (en el sentido mencionado en este documento)

País	Derecho de sociedades aplicable a las fusiones	¿Están prohibidas las fusiones transfronterizas por el Derecho de sociedades y por normativas subsiguientes? (Sí/No/No contemplado específicamente)	¿Se refieren la jurisprudencia o la doctrina a la imposibilidad de una fusión transfronteriza? (Sí/No/No se ha encontrado)	¿Se han identificado obstáculos importantes de hecho que impidan una fusión transfronteriza? (Sí/No)	¿Se han identificado normas fiscales que impongan costes fiscales adicionales a una fusión transfronteriza? (Sí/No/tratamiento fiscal incierto)	¿Hay precedentes de fusiones transfronterizas en su jurisdicción? (Sí/No/No se ha encontrado)	Resumen
Colombia	Artículos 172 y siguientes del Código de Comercio	No contemplado específicamente. Sin embargo, las fusiones transfronterizas se aceptan en la práctica ya que la Superintendencia de Sociedades facilita directrices. Una filial colombiana tendría que desarrollar la actividad económica de la entidad extranjera en un importante número de actividades económicas lo que impide en la práctica la realización de una fusión transfronteriza.	No	Sí Las normas sobre inversiones extranjeras y principalmente la imposibilidad de que una filial colombiana desarrolle ciertas actividades económicas.	Sí Tributación de los accionistas	Sí, pero no con empresas españolas	Hay obstáculos importantes que pueden retrasar o impedir la realización de una fusión transfronteriza Tributación de los accionistas
Ecuador	Ley de Compañías del Ecuador (R.O. 312, de 5.11.1999 y Ley Reformatoria a la Ley de Compañías (R.O. 519, de 15.5.2009) artículos 337 a 344	No contemplado específicamente No es factible realizar una fusión transfronteriza en Ecuador ya que sería necesario liquidar la entidad ecuatoriana	No se ha encontrado	Sí No es factible realizar una fusión transfronteriza en Ecuador	Tratamiento fiscal incierto Existe un régimen de exención fiscal de la reorganización empresarial solo para las reestructuraciones de empresas nacionales	No es factible realizar una fusión transfronteriza en Ecuador	
India	Artículos 391 a 394 de la Ley de sociedades india de 1965	El artículo 394.4.b) de la Ley de sociedades prohíbe las fusiones ascendentes	No se ha encontrado	Sí Las fusiones ascendentes no son posibles	Sí Por lo que se refiere a las fusiones ascendentes, existirían costes fiscales para la empresa participada y sus accionistas aunque las fusiones transfronterizas no se permiten en la India	No Solo hay precedentes de fusiones inversas (ningún precedente de fusiones ascendentes)	No se permiten las fusiones ascendentes

País	Derecho de sociedades aplicable a las fusiones	¿Están prohibidas las fusiones transfronterizas por el Derecho de sociedades y por normativas subsiguientes? (Sí/No/No contemplado específicamente)	¿Se refieren la jurisprudencia o la doctrina a la imposibilidad de una fusión transfronteriza? (Sí/No/No se ha encontrado)	¿Se han identificado obstáculos importantes de hecho que impidan una fusión transfronteriza? (Sí/No)	¿Se han identificado normas fiscales que impongan costes fiscales adicionales a una fusión transfronteriza? (Sí/No/tratamiento fiscal incierto)	¿Hay precedentes de fusiones transfronterizas en su jurisdicción? (Sí/No/No se ha encontrado)	Resumen
Japón	Ley de Sociedades nº 86 de 26 de julio de 2005	No contemplado específicamente No obstante, según el criterio de los servicios del Ministerio de Justicia cuando se promulgó la Ley de Sociedades, no deberían permitirse las fusiones transfronterizas	Sí La doctrina pertinente y los servicios del Ministerio de Justicia señalan que las fusiones transfronterizas no son factibles en Japón	La Oficina de Asuntos Jurídicos de Japón no permite registrar una fusión transfronteriza	En teoría, dado que la Ley de Sociedades no contempla las fusiones transfronterizas, el tratamiento fiscal es incierto	No	La Oficina de Asuntos Jurídicos de Japón no permite registrar una fusión transfronteriza
México	Ley General de Sociedades Mercantiles	No contemplado específicamente	No se ha encontrado	Sí Las restricciones en ciertos sectores de actividad económica no permitirían una fusión transfronteriza	Sí Por lo que se refiere a las fusiones ascendentes, existen costes fiscales para la empresa participada y sus accionistas	Sí, pero no con empresas españolas	Impuestos sobre la empresa participada y sus accionistas
Marruecos	Ley 17-95 de Sociedades Anónimas (sin embargo, todos los principios se aplican también a la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada)	No contemplado específicamente	No se ha encontrado	Sí La normativa sobre cambio de divisas puede impedir la absorción de una empresa marroquí por una española	Tratamiento fiscal incierto Las normas sobre neutralidad fiscal solo se aplican a las fusiones entre entidades nacionales	No se ha encontrado	No existen disposiciones específicas. Los importantes obstáculos jurídicos, fiscales y fácticos impedirían una fusión transfronteriza
Perú	Ley 268.87, General de Sociedades (LGS)	No contemplado específicamente No es factible realizar una fusión transfronteriza en Perú ya que sería necesario liquidar la entidad peruana	Sí	No es factible realizar una fusión transfronteriza en Perú	Tratamiento fiscal incierto Existe un régimen de exención fiscal de la reorganización empresarial solo para las reestructuraciones de empresas nacionales	No se ha encontrado	No es factible realizar una fusión transfronteriza en Perú

País	Derecho de sociedades aplicable a las fusiones	¿Están prohibidas las fusiones transfronterizas por el Derecho de sociedades y por normativas subsiguientes? (Sí/No/No contemplado específicamente)	¿Se refieren la jurisprudencia o la doctrina a la imposibilidad de una fusión transfronteriza? (Sí/No/No se ha encontrado)	¿Se han identificado obstáculos importantes de hecho que impidan una fusión transfronteriza? (Sí/No)	¿Se han identificado normas fiscales que impongan costes fiscales adicionales a una fusión transfronteriza? (Sí/No/tratamiento fiscal incierto)	¿Hay precedentes de fusiones transfronterizas en su jurisdicción? (Sí/No/No se ha encontrado)	Resumen
Estados Unidos	Leyes de sociedades aplicables en los Estados de EE.UU.	Las leyes de EE.UU. no prohíben o no tratan las fusiones de forma diferente a las otras combinaciones de empresas con entidades extranjeras Sin embargo, algunos Estados (por ejemplo Delaware) no permiten tales fusiones cuando las leyes de la otra jurisdicción no permiten una fusión transfronteriza	No	Sí Limitaciones estrictas en ciertos sectores en virtud de ciertas leyes de seguridad nacional Reglas estrictas para obtener la aprobación del proceso de fusión transfronteriza	No. Sin embargo, el incumplimiento de los requisitos de regímenes exentos de impuestos daría lugar a consecuencias fiscales adversas En la práctica, los accionistas de empresas de EE.UU. se oponen a menudo a las fusiones transfronterizas debido a las cargas fiscales que podrían resultar para ellos	No se han encontrado pero es probable que hayan ocurrido en Delaware	Una fusión transfronteriza solamente sería posible en ciertos Estados siempre que se cumplan varios requisitos
Venezuela	Código de Comercio de 26 de julio de 1955 y artículo 340 del Código Comercial	No contemplado específicamente No es factible realizar una fusión transfronteriza en Venezuela ya que sería necesario liquidar la entidad venezolana	No	Sí No es factible realizar una fusión transfronteriza en Venezuela	Tratamiento fiscal incierto Existe un régimen de exención fiscal de la reorganización empresarial solo para las reestructuraciones de empresas nacionales	No se ha encontrado	No es factible realizar una fusión transfronteriza en Venezuela

ANEXO III

RESUMEN DEL INFORME DE GARRIGUES PRESENTADO POR LAS AUTORIDADES ESPAÑOLAS

Aspectos jurídicos y reglamentarios

En los siguientes países no es posible la fusión transfronteriza desde el punto de vista del Derecho mercantil:

- **India**, con arreglo a una combinación de los artículos 3, y 391 a 394 de las legislaciones indias pertinentes (Ley de sociedades de 1965).
- **Australia**, dado que ni la Ley de sociedades de 2001 ni la Ley de Adquisiciones y Absorciones Extranjeras de 1975 reconocen las fusiones transfronterizas, estas no son factibles con arreglo a la legislación australiana.
- **Japón**, dado que, tal como lo ha confirmado la Oficina de Asuntos Jurídicos de Tokio (departamento del Ministerio de Justicia de Japón que lleva el registro de las fusiones realizadas en este país), la interpretación de los artículos 2 y 748 de la Ley de Sociedades excluye la posibilidad de realizar una fusión transfronteriza.
- **Canadá**, dado que la legislación canadiense no contempla las fusiones transfronterizas y que la única operación similar reconocida es la llamada «integración», que exige, para su ejecución, que ambas empresas se rijan por la misma normativa canadiense (artículos 2 y 181 de la Ley Federal de Canadá de Sociedades Comerciales), no es posible efectuar una fusión transfronteriza como la definida.
- **Ecuador**, de conformidad con los artículos 342 y 415 de la Ley de Sociedades de este país, publicada en el Registro Oficial nº 312 el 5 de noviembre de 1999, para realizar una fusión la adquirente debe tener su domicilio en Ecuador o constituir previamente una nueva empresa en Ecuador, lo que excluye las fusiones transfronterizas como la considerada. Este enfoque ha sido confirmado también por la Superintendencia de Sociedades (organismo técnico que inspecciona y controla las sociedades ecuatorianas), que es la responsable de la autorización de las fusiones de empresas y otras operaciones en Ecuador.
- **China**, según se refleja en las normativas que rigen la adquisición de empresas locales por no residentes (concretamente, los artículos 2 y 55 de las Disposiciones sobre las adquisiciones de empresas nacionales por inversores extranjeros, publicadas por el Ministerio chino de Comercio el 22 de junio de 2009).

Hay otros países en los que las fusiones transfronterizas no están específicamente reguladas pero hay obstáculos jurídicos que las complican hasta tal punto que, según la opinión de los bufetes de abogados consultados y/o de la doctrina administrativa o académica pertinente, tales fusiones son prácticamente imposibles, particularmente en los siguientes países:

- **Argentina**, donde el número de obstáculos jurídicos y prácticos (descritos detalladamente en el informe adjunto sobre Argentina) impide la realización de fusiones transfronterizas. Comparten esta misma conclusión la mayor parte de la doctrina argentina, citada en el informe, y la administración argentina de justicia que, a través del Departamento de Preclasificados de la Inspección General de Justicia (órgano de control de las personas jurídicas para la Ciudad Autónoma de Buenos Aires), describe estas fusiones como «casos de laboratorio» que carecen de precedentes.
- **Brasil**, donde, según la asesoría jurídica consultada, las fusiones transfronterizas son casi imposibles debido tanto a la incompatibilidad de las leyes brasileñas a efectos del registro de la fusión en Brasil como a la necesidad de abrir una sucursal con la que se fusionaría la empresa brasileña, lo que exige un gran número de autorizaciones de organismos políticos y económicos que es prácticamente imposible obtener (especialmente el Decreto Presidencial mencionado en el informe sobre Brasil).
- **Perú**, dado que, según la información facilitada por la consultora jurídica local, los registros públicos peruanos han denegado hasta ahora las solicitudes de registro de fusiones transfronterizas descritas por tratarse de operaciones de reorganización no incluidas en el ámbito de aplicación de la vigente Ley nº 26887 General de Sociedades.
- **Colombia**, donde i) la falta de un procedimiento específico para las fusiones transfronterizas, ii) la necesidad de abrir una sucursal en Colombia, siguiendo un procedimiento de autorización específico, y iii) las restricciones jurídicas y regulatorias para ejercer ciertas actividades en numerosos sectores económicos, hacen imposible realizar una fusión transfronteriza en dichos sectores, según indica el informe adjunto de la consultora jurídica.

Además, según se explica en el informe sobre Colombia, en algunos de los países analizados las limitaciones jurídicas de las inversiones extranjeras en determinados sectores económicos impiden la realización de fusiones transfronterizas ya que, si se efectuaran tales fusiones, las actividades serían realizadas directamente en cada país por un no residente, lo que generaría incompatibilidades que estarían totalmente prohibidas o seriamente restringidas en esos países. De los países analizados, este es el caso de los países latinoamericanos, especialmente **Colombia**, que prohíbe todas las inversiones de entidades extranjeras en numerosos sectores económicos; **Brasil**, con unas prohibiciones totales similares; **Chile**, con prohibiciones y restricciones importantes que afectan al sector de las telecomunicaciones, a la empresas concesionarias y a los sectores de la electricidad, los servicios sanitarios y la energía, entre otros; **Ecuador**, con importantes restricciones referentes a los sectores financiero y de seguros; **Venezuela**, especialmente en el sector de las telecomunicaciones; **México**, e incluso los **Estados Unidos**, con algunas restricciones relacionadas con la seguridad nacional y el sector financiero.

Aspectos fiscales

Por otra parte, en la mayoría de países analizados hay obstáculos fiscales importantes para la realización de fusiones transfronterizas. En este sentido, si fuera posible, que no lo es, realizar una fusión transfronteriza, en la mayoría de los países analizados, las plusvalías no realizadas estarían gravadas inmediatamente al nivel de la empresa participada y/o de los accionistas, y también se aplicarían impuestos indirectos como a cualquier otra transferencia finalizada. Los informes adjuntados reflejan en detalle esta situación en los siguientes países:

- En **Argentina**, la Ley del Impuesto a las Ganancias no permite tratar una fusión transfronteriza como una «reorganización exenta de impuestos», según lo ha confirmado específicamente la Administración Federal de Ingresos Públicos en varias resoluciones, según las cuales la empresa participada (y sus accionistas, independientemente de las disposiciones del Convenio para evitar la doble imposición España-Argentina, como se detallará más adelante) estarían sujetas al impuesto a las ganancias sobre las plusvalías no realizadas y a los impuestos indirectos aplicables a la transacción en Argentina: Impuesto sobre el valor añadido, Impuesto sobre los Ingresos Brutos, Impuesto de Sellos (derechos de timbre), etc.
- En **Australia**, todas las «integraciones» están sujetas al pago de impuestos australianos, tanto por lo que respecta a la empresa que transfiere sus activos y pasivos (la empresa que se disuelve) como a sus accionistas.
- En **Brasil**, estas transacciones estarían sujetas al régimen fiscal general aplicable a las transferencias, con respecto a todos los impuestos brasileños, tanto por lo que se refiere a la participada como a sus accionistas. El régimen especial establecido en el artículo 21 de la Ley 9249/95 solo es aplicable a las fusiones de empresas brasileñas.
- En **Canadá**, las únicas operaciones similares a las fusiones transfronterizas exigen la liquidación de la participada y, por lo tanto, está sujeta a todos los impuestos canadienses aplicables.
- En **Chile**, las fusiones transfronterizas estarían gravadas con arreglo a las normas fiscales generales aplicables a las fusiones. En virtud de la Ley sobre Impuestos a la Renta, todos los beneficios de la empresa que se disuelve estarían gravados con un impuesto del 35 % y sus accionistas tendrían que pagar un impuesto del 17 % o del 35 % sobre las ganancias realizadas siempre que obtengan un incremento de valor a efectos fiscales. Asimismo, las autoridades fiscales chilenas inspeccionarían previamente la disolución de la participada, lo que constituye un obstáculo más, que desincentiva y puede retrasar considerablemente la realización de estas transacciones.
- En **Colombia**, ninguna fusión da lugar al pago del impuesto sobre la renta (artículo 14.1 del Estatuto Tributario) ni del impuesto sobre el valor añadido por parte de la empresa disuelta. No obstante, teniendo en cuenta que no existe ninguna disposición legal que rijan el tratamiento fiscal de los accionistas, la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales (Concepto nº 053516 de 6 de julio de 2009) ha establecido que los accionistas obtienen un incremento patrimonial susceptible de ser gravado si el valor de mercado de las acciones, activos monetarios u otros activos recibidos es superior al coste de adquisición de las acciones recibidas de resultados de la fusión.
- En los **Estados Unidos** el impuesto federal sobre la renta de EE.UU. tiene algunas consecuencias adversas materiales para una sociedad de EE.UU. («USCo») y sus accionistas de EE.UU., según se detalla en el informe de EE.UU., que podrían resultar de una fusión de una USCo con y en una sociedad extranjera («ForCo») en la que subsista la ForCo. A causa de los temores de las autoridades tributarias de EE.UU. de que las sociedades de EE.UU. se trasladen al extranjero para pagar menos en EE.UU. en concepto del impuesto federal sobre la renta, a menudo las normas que permiten que una fusión de dos USCo esté exenta de impuestos se declaran no aplicables en el caso de una fusión de una USCo en una ForCo. Aunque puedan existir buenos motivos empresariales para realizar una fusión transfronteriza, los accionistas de sociedades de EE.UU. se oponen a menudo a tales fusiones ya que la fusión puede dar lugar a la aplicación de regímenes tributarios gravosos.

- En **Marruecos**, una fusión transfronteriza da lugar al pago de todos los impuestos marroquíes aplicables, por parte de la empresa que se disuelve y de sus accionistas, ya que el régimen especial establecido en el artículo 162 del *Code Général des Impôts* solo se aplica a las empresas marroquíes sujetas al impuesto sobre la renta, tal como prevé dicho Código. Además, al igual que ocurre en Chile, la disolución de una empresa marroquí supone siempre la realización de una auditoría previa, lo que constituye un obstáculo adicional a este tipo de fusiones que también puede retrasar considerablemente su realización.
- En **México**, la fusión de una empresa mexicana con una empresa extranjera dará lugar al pago del impuesto mexicano sobre la renta por parte de la empresa fusionante (también hay que tener en cuenta a estos efectos la redacción del Convenio entre España y México para evitar la doble imposición, como se explicará más adelante) y al de otros impuestos aplicables a todas las transferencias de bienes o derechos: el Impuesto Empresarial a Tasa Única («IETU»), el Impuesto al Valor Agregado («IVA»), el Impuesto Sobre Adquisición de Inmuebles («ISAI»), etc. El artículo 14-b del Código Fiscal de la Federación solo permite aplicar un régimen de neutralidad fiscal a las fusiones en las que participen sociedades residentes en México.

Por lo que se refiere a los accionistas de la empresa participada, los artículos 1 y 179 de la Ley del Impuesto sobre la Renta establecen que los no residentes también están obligados a pagar este impuesto por los bienes que adquiera la sociedad fusionante derivados de la fusión.

- En **Perú**, si se pudiera realizar una fusión transfronteriza, recibiría el mismo tratamiento fiscal que una venta y para la empresa que se disuelve cualquier ganancia estaría gravada al 30 %. Los accionistas deberían pagar impuestos sobre los beneficios de la liquidación por el importe que supere el valor nominal de las acciones más la prima suplementaria de capital. La fusión estaría también gravada con impuestos indirectos (fundamentalmente el denominado Impuesto General a las Ventas) al tipo del 19 % del valor de venta. El Informe vinculante de la Administración Tributaria Peruana n° 229-2005-SUNAT/2B0000, de 28 de septiembre de 2005, ha confirmado específicamente este régimen.
- Por último, en **Venezuela**, si la fusión pudiera realizarse desde un punto de vista comercial, daría lugar, según el informe de la consultora venezolana, al pago de los impuestos venezolanos aplicables tanto por parte de la participada como de sus accionistas.

Cabe también tener en cuenta que ninguno de los Tratados de doble imposición firmados por España incluye ventajas específicas adicionales para las fusiones transfronterizas, en comparación con otros Tratados de doble imposición de otros países basados en el Modelo de Convenio de la OCDE.

En cambio, además de lo que se explicará posteriormente con relación a los Tratados de doble imposición firmados entre España y Argentina y México, algunos tratados contemplan la posibilidad de aplicar el impuesto en el Estado de origen de la transferencia (inclusive, a efectos del presente análisis, cuando la transferencia sea consecuencia de la amortización de las participaciones en una fusión) de participaciones significativas en empresas domiciliadas en ese Estado.

A este respecto, España se aparta del planteamiento general de la OCDE sobre la fiscalidad de la plusvalía de la venta por un residente en un Estado contratante de valores y acciones en sociedades del otro Estado contratante (independientemente de si la venta tiene lugar en el contexto de una fusión). El planteamiento general de la OCDE consiste en asignar esta responsabilidad fiscal exclusivamente al Estado de residencia del vendedor (en este caso España). Sin embargo, de conformidad con las reservas de España incluidas en el comentario al artículo 13 del Modelo de Convenio de la OCDE (punto 45), y con arreglo a los acuerdos bilaterales celebrados, los tratados suelen distribuir la fiscalidad entre España y el Estado de residencia de la sociedad cuyas participaciones se enajenan (en este caso, como consecuencia de la amortización de las participaciones en una fusión), cuando la participación es «sustancial» (de los Estados analizados aquí, este es el caso de los Tratados con Argentina, Australia, Chile, la India, China, Estados Unidos y Marruecos).

No obstante, en los protocolos respectivos a los Tratados concluidos con dos de estos países (concretamente, los de los Tratados firmados con México y Argentina), se puede interpretar⁽¹⁾ que, cuando la transferencia forma parte de una fusión transfronteriza entre empresas del mismo grupo, se permite aplicar un régimen de aplazamiento del pago del impuesto a las ganancias de capital en el Estado de origen.

En el caso de la cláusula específica del Protocolo del Convenio para evitar la doble imposición firmado entre España y Argentina, el bufete de abogados de este país interpreta, en el mismo sentido que la doctrina existente, que esta cláusula no permite la aplicación del régimen argentino de aplazamiento del pago del impuesto a una fusión transfronteriza de una empresa española y argentina.

⁽¹⁾ Esta interpretación es cuestionable, pues estas cláusulas se refieren más bien a fusiones de empresas que residen en un Estado contratante y que poseen activos en el otro Estado contratante, las cuales, si esas cláusulas no existieran, estarían gravadas en ese Estado, mientras que, por el contrario, en el Estado de residencia los impuestos se diferirían con arreglo a un régimen de aplazamiento del pago del impuesto.

En el caso de la cláusula del Protocolo del Convenio para evitar la doble imposición firmado entre el Reino de España y los Estados Unidos Mexicanos, el bufete de abogados de este país también considera muy dudosa la interpretación según la cual dicha cláusula es aplicable a una fusión transfronteriza de una empresa española y mexicana y, si fuera aceptable (lo que parece remoto), esta circunstancia podría incluso, en algunos casos, dar lugar a un coste fiscal superior al coste que debe aplazarse, puesto que el impuesto «aplazado» pagaría los impuestos «congelados» con independencia de la existencia de una renta económica real (e incluso si la transferencia diera lugar a una pérdida definitiva).

En todo caso, debe tenerse en cuenta que los citados Protocolos de Convenios para evitar la doble imposición no afectan a los impuestos indirectos aplicables a estas transacciones en cada jurisdicción.

Finalmente, como prueba de que los obstáculos fiscales, jurídicos y de hecho antes citados son reales, debe considerarse que, por lo general, según lo descrito en los diversos informes de los países analizados, no se ha producido ninguna fusión transfronteriza en esas jurisdicciones. [...]
