

Nota sobre las consecuencias de la anulación por el TGUE de las dos primeras Decisiones de la Comisión relativas a la caracterización de la amortización fiscal del fondo de comercio financiero (artículo 12.5 TRLIS) como una ayuda de Estado

1. Antecedentes

El pasado viernes 7 de noviembre de 2014 el Tribunal General de la Unión Europea ("TGUE") dictó Sentencia en los asuntos T-219/10, *Autogrill España/Comisión*, y T-399/11, *Banco Santander y Santusa/Comisión*, en los que el Despacho ha representado a los recurrentes. En dichos asuntos se resolvían los correspondientes recursos de anulación interpuestos contra dos Decisiones de la Comisión Europea¹ en las que la ésta consideró que la posibilidad prevista en el artículo 12.5 del Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades ("TRLIS") de amortización fiscal del fondo de comercio financiero generado como consecuencia de la adquisición por parte de entidades sujetas al Impuesto sobre Sociedades español de participaciones en sociedades en otros Estados de la Unión (a las que se refiere la "**Primera Decisión**") y en terceros Estados (a las que se refiere la "**Segunda Decisión**") constituía una ayuda de Estado ilegal e incompatible y había ordenado, con ciertos límites, la recuperación de dichas ayudas.

En tales sentencias, el TGUE ha fallado a favor de las entidades recurrentes y ha anulado las Decisiones por considerar que la Comisión no había demostrado el carácter selectivo del artículo 12.5 TRLIS, cometiendo por tanto un error al caracterizar el mismo como una ayuda de Estado.

Para llegar a dicha conclusión, el Tribunal ha subrayado que el artículo 12.5 TRLIS podía ser aplicado por cualquier empresa de cualquier sector y tamaño, y que la única condición para ello consistía en realizar una actuación (adquirir participaciones en sociedades extranjeras) que está abierta a cualquiera de ellas. Asimismo, como mantuvimos en los escritos procesales y en la vista ante el Tribunal, las sentencias subrayan que el hecho de que algunas empresas opten por hacer dicha operación y otras no, no puede convertir la medida en selectiva ya que, si así fuese, toda disposición fiscal que no sea efectivamente aplicada por la totalidad de los sujetos pasivos del impuesto en cuestión sería selectiva.

La posición del TGUE a este respecto es clara, al señalar que:

"(...) para que se cumpla el requisito de selectividad, debe en todo caso identificarse una categoría de empresas que sean las únicas favorecidas por la medida en cuestión y que, en el supuesto contemplado en el apartado 48 supra, la selectividad no puede derivarse

¹ Decisión 2011/5/CE de la Comisión, de 28 de octubre de 2009 relativa a la amortización del fondo de comercio financiero para la adquisición de participaciones extranjeras C 45/07 (ex NN51/07, ex CP 9/07) aplicada por España (DO 2011, L7, p.48) y Decisión 2011/282/UE de la Comisión, de 12 de enero de 2011 relativa a la amortización del fondo de comercio financiero para la adquisición de participaciones extranjeras C 45/07 (ex NN51/07, ex CP 9/07) aplicada por España (DO 2011 L135, p.1).

únicamente de la constatación de que se ha establecido una excepción a un régimen general o «normal» de tributación.”²

En relación con la tesis de la Comisión, el TGUE afirma lo siguiente:

Pues bien, el enfoque propuesto por la Comisión podría conducir, contrariamente a la jurisprudencia mencionada en el apartado 67 supra, a que se declare que tiene carácter selectivo cualquier medida fiscal cuyo disfrute esté supeditado al cumplimiento de determinados requisitos, aun cuando las empresas beneficiarias no compartan ninguna característica propia que permita distinguirlas de las demás empresas aparte del hecho de que podrían satisfacer los requisitos a los que se supedita la aplicación de la medida.”³

El Tribunal también recuerda la jurisprudencia constante en materia de ayudas de Estado según la cual las comparaciones que justifican la selectividad de una medida solo pueden hacerse entre las empresas situadas en el mismo Estado miembro que adopta la medida y no respecto a las empresas situadas en otros países. De este modo el TGUE señala en sus sentencias que:

“(…) el hecho de que una medida favorezca a las empresas que tributan en un Estado miembro en relación con las empresas que tributan en los demás Estados miembros, en particular porque facilita las adquisiciones, por empresas establecidas en ese Estado miembro, de participaciones en el capital de empresas establecidas en el extranjero, carece de relevancia a efectos del examen del criterio de selectividad”⁴

Tras considerar que la Comisión erró en su caracterización del Artículo 12.5 TRLIS como una ayuda de Estado a los efectos del Artículo 107.1 TFUE⁵, el TGUE procedió a anular igualmente el apartado de las decisiones de la Comisión en que se ordenaba al Reino de España la recuperación de los importes que no fueron ingresados a la Hacienda Pública.⁶

Las Sentencias del TGUE podrán considerarse definitivas una vez transcurra el plazo para interponer recurso de casación ante el Tribunal de Justicia de la UE (TJUE) contra las mismas (dos meses desde su notificación) o bien, si la Comisión interpone dicho recurso, en el momento en que el TJUE lo desestime y proceda a la confirmación de las sentencias del TGUE.

No obstante lo anterior, el probable recurso de casación que la Comisión pudiera interponer no tendría efectos suspensivos sobre las Sentencias del TGUE,⁷ con lo cual las Decisiones se deben entender como provisionalmente anuladas.⁸

² Apartado 45 de la Sentencia en el asunto T-219/10, *Autogrill España/Comisión* y apartado 49 de la Sentencia en el asunto T-399/11 *Santander c. Comisión*.

³ Apartado 68 de la Sentencia en el asunto T-219/10, *Autogrill España/Comisión* y apartado 72 de la Sentencia en el asunto T-399/11 *Santander c. Comisión*.

⁴ Apartado 72 de la Sentencia en el asunto T-219/10, *Autogrill España/Comisión* y apartado 76 de la Sentencia en el asunto T-399/11 *Santander c. Comisión*.

⁵ Art. 1.1. de ambas Decisiones.

⁶ Art. 4 de ambas Decisiones.

⁷ Art. 60 del Estatuto del TJUE y autos del TJUE en los asuntos *s, C-345/90 P-R, Parlamento c Hanning*; *C-180/01 P-R Comisión c. NALOO y otros*; *C-242/90 P-R Comisión c Albany*; *C-166/95 P-R, Comisión c. Daffix*.

⁸ A salvo de que la Comisión solicite – y obtenga del TJUE - la suspensión cautelar de los efectos de las Sentencias del TGUE (ver jurisprudencia citada en la nota anterior), posibilidad que, en este momento, estimamos improbable (sobre todo por la dificultad para la Comisión de probar tanto la existencia de *fumus boni iuris* como el requisito de urgencia).

La situación a la que conduce la ejecución provisional de las Sentencias es, no obstante, compleja pues, entre otros posibles factores:

- (a) En el caso hipotético de que el TJUE casara posteriormente las Sentencias del TGUE, cualquier acto de ejecución de las Sentencias (devolución a los contribuyentes afectados de las supuestas ayudas ya recuperadas por la Administración española o, simplemente, anulación de las órdenes de recuperación suspendidas ante los órganos nacionales) debería deshacerse, debiendo asumir de nuevo el Estado la obligación de devolución de los importes afectados. Más adelante se apuntan los posibles escenarios derivados de la ejecución de las Sentencias de 7 de noviembre.
- (b) En su reciente Decisión de 15 de octubre de 2014 (la "**Tercera Decisión**"), la Comisión consideró que la posibilidad de amortización del fondo de comercio financiero derivado de la realización de adquisiciones indirectas (adquisiciones directas de una sociedad holding titular de las participaciones en la/s sociedad/es operativas) constituía una ayuda nueva y distinta a la que la Comisión analizó en sus decisiones Primera y Segunda, ahora anuladas por el TGUE.

En la Tercera Decisión la Comisión ordenó igualmente a la Administración: (i) la no concesión de ninguna nueva ayuda por lo que respecta a las operaciones indirectas (cuestión que ya había sido requerida mediante su decisión de 17 de junio de 2013, iniciando el procedimiento de investigación formal), así como la recuperación de aquellas ayudas que ya hubiesen sido concedidas.

Cabe interpretar (al menos, es probable que así lo haga la Comisión) que la Tercera Decisión alcanza a las deducciones practicadas como consecuencia de la adquisición de una entidad holding, tanto si son posteriores como anteriores a 21 de diciembre de 2007 (o se ven afectadas por cualquier otra circunstancia que confiriera confianza legítima de acuerdo con las dos primeras decisiones), que es jurídicamente independiente de las anuladas por el TGUE y que, por tanto, se debe entender en vigor en tanto la misma no sea (i) anulada por el TGUE; (ii) anulada por el TJUE mediante una cuestión prejudicial de validez⁹; o (iii) revocada por la propia Comisión Europea.

A la vista de lo anterior, es claro que las implicaciones de las sentencias para los distintos procedimientos, tanto a nivel nacional como europeo, que han tenido causa directa o indirecta en las Decisiones ahora anuladas, son complejas. Los distintos escenarios se mencionan a continuación.

2. Escenarios respecto de las órdenes de recuperación nacionales

2.1 *En los procedimientos referidos a adquisiciones directas no cubiertas por la confianza legítima reconocida en la Primera y en la Segunda Decisión*

A fecha de hoy, la Primera y la Segunda Decisión deben entenderse provisionalmente anuladas. Por tanto, desde un punto de vista jurídico, y en la medida en que la única causa de los procedimientos de regularización administrativa sea la existencia de la orden de

⁹ El TEAC ha planteado al TJUE, mediante resolución de 2 de abril de 2014, dos cuestiones prejudiciales: (i) de interpretación del apartado 2 del artículo 1 de la Primera Decisión⁹; y (ii) de validez de la Tercera Decisión (en principio referida a la decisión de apertura).

recuperación contenida en las Decisiones de la Comisión, dichos procedimientos deberían, bien ser anulados, o bien, al menos, quedar suspendidos a la espera de la resolución final del TJUE sobre los previsibles recursos de casación de la Comisión Europea.

En particular, y partiendo de la inexistencia de efecto suspensivo de una eventual casación ante el TJUE (máxime si, como sucede a día de hoy, dicho recurso todavía no se ha interpuesto), cabría plantear la solicitud de la devolución de las cantidades ya ingresadas a la Administración en ejecución de las decisiones (vía revocación del acto administrativo o devolución de ingresos indebidos, según los casos). De la misma forma, es obvio que el actual escenario llevaría consigo la estimación de los recursos internos frente a los acuerdos de liquidación dictados para la recuperación de las ayudas, si bien en este caso habrá previsiblemente que esperar a la tramitación íntegra de dichos los procedimientos internos.

Por el momento, la Administración española no ha hecho público si va a tomar alguna iniciativa (por ejemplo, la revocación de oficio) que pueda incidir en los procedimientos nacionales de recuperación que se encuentren en tramitación.

No obstante lo anterior y al margen de cuál pueda ser finalmente la posición de la Administración Española, aquellos contribuyentes que a partir de la publicación de la Primera y la Segunda Decisiones dejaran de aplicar el 12.5 TRLIS en sus autoliquidaciones (en previsión de una segura regularización posterior) podrían impugnar dichas autoliquidaciones para incluir de nuevo la deducción del 12.5 TRLIS antes de transcurra el plazo de prescripción legal para ello.

En cualquier caso, cabría plantear la modificación del régimen de medidas cautelares acordadas en el procedimiento nacional y solicitar, con apoyo en la "apariencia de buen derecho" que se desprende de las sentencias del TJUE (el 12.5 TRLIS no es una ayuda de Estado) que se dispense a los recurrentes de la obligación de aportar garantías y, de haberlas aportado, que se cancelen y se mantenga la suspensión sin garantías.

Sin perjuicio de lo anterior, y en términos estrictamente prácticos, es previsible que los Tribunales nacionales se limiten a suspender la tramitación de los procedimientos internos hasta que se resuelva la casación, y ello sin perjuicio de las ya apuntadas posibilidades de solicitar que, hasta que ello se produzca, se libere al contribuyente de la obligación de aportar o mantener las garantías.

Si, con independencia de que se haya hecho valer previamente el carácter no suspensivo del recurso de casación¹⁰, el TJUE desestimara el recurso, entonces cabría iniciar con mayor motivo cuantas actuaciones fueran necesarias para obtener la anulación definitiva de los procedimientos nacionales, la cancelación de las garantías constituidas al efecto y, en su caso, la devolución de las cantidades (indebidamente) ingresadas en ejecución de las decisiones anuladas.

2.2 En los procedimientos relacionados con adquisiciones indirectas (Tercera Decisión)

La Tercera Decisión no otorga confianza legítima ni reconoce protección alguna contra la recuperación por lo que respecta a las operaciones indirectas. Tampoco distingue entre operaciones dentro de la Unión Europea y operaciones realizadas en terceros países.

¹⁰ Teóricamente, la Comisión podría solicitar como medida cautelar la suspensión de los efectos de las sentencias, si bien dicha solicitud no es en absoluto frecuente en la práctica de la Comisión.

Si bien su razonamiento se basa fundamentalmente en las decisiones Primera y Segunda (no contiene un análisis propio de selectividad), la Tercera Decisión es formalmente distinta a las Decisiones provisionalmente anuladas por el TGUE. Por tanto, la prohibición que contiene, así como la recuperación que ordena se encuentra en vigor hasta que la Decisión no sea anulada por el TGUE y/o el TJUE o sea revocada de oficio por la Comisión -supuesto improbable en un escenario en que la Comisión recurra en casación las sentencias que anulan las Decisiones Primera y Segunda-).

Además, y dado que ni un recurso de anulación contra la Tercera Decisión ni el planteamiento de una cuestión prejudicial de validez de ésta ante el TJUE tienen por sí mismos carácter suspensivo, la suspensión de las órdenes de recuperación nacionales respecto de la Tercera Decisión requeriría la obtención de una suspensión cautelar de aquéllas (en el ámbito nacional) o de la suspensión de la orden de recuperación contenida en la propia Decisión (solicitada y obtenida ante el TGUE).

En principio, aquellas empresas que hayan realizado operaciones indirectas sujetas a recuperación podrían realizar las siguientes actuaciones:

- (i) Interponer un recurso de anulación ante el TGUE (sujeto a los requisitos de legitimación activa y plazos que imponen las normas de procedimiento de los tribunales de la Unión Europea); y
- (ii) Solicitar una medida provisional consistente en la suspensión cautelar de la orden de recuperación contenida en la Tercera Decisión, así como de la prohibición de conceder nuevas (supuestas) ayudas. Esta suspensión cautelar es difícil de obtener, pues al menos uno de los requisitos para ello (la existencia de urgencia en la adopción de la medida) es difícil de acreditar cuando se trata de las consecuencias patrimoniales de un acto de la Unión¹¹. En este caso concurren, sin embargo, determinadas circunstancias excepcionales (básicamente, la Tercera decisión se apoya casi exclusivamente en unas decisiones que han sido ya anuladas por el TGUE) que podrían hacer que el Tribunal valore, al menos, la posibilidad de suspensión.

Del mismo modo, sería posible solicitar ante el juez nacional (y, eventualmente, ante el TEAC):

- (i) La suspensión cautelar de los actos nacionales de ejecución de la Tercera Decisión. Para ello el juez nacional deberá seguir los mismos criterios que debe considerar el juez de la Unión.¹² Dicha suspensión cautelar se podría conceder sólo en el caso de que existiese un recurso de anulación por el solicitante contra la Tercera Decisión¹³ o, en su caso, se

¹¹ Ver Auto del Presidente del Tribunal de 12 de mayo de 2010, *Reagens c. Comisión*, T-30/10 R, apartado 32 y Auto del Presidente del Tribunal, de 7 de marzo de 2014 en el asunto T-1/14, *Cortizo*, apartado 15. No obstante el TGUE podría, como ha hecho en otros asuntos, rechazar además la urgencia en la adopción por su parte de medidas cautelares en la medida en que existan vías nacionales que permitan lograr el mismo resultado. Ver por ejemplo el asunto *Itelazpi*, en que el TGUE, en su Auto de 16 de octubre de 2013 en el asunto T- 462/13R, *Pais Vasco e Itelazpi c Comisión*. Esa apreciación por el TGUE podría resultar útil si se solicitasen medidas cautelares a nivel nacional.

¹² Ver asuntos acumulados C-143/88 y C-92/89, *Zuckerfabrik Süderdithmarschen y Zuckerfabrik Soest/Hauptzollamt Itzehoe y Hauptzollamt Paderborn*, apartado 33 y Asunto C-465/93, *Atlanta Fruchthandels-gesellschaft y otros/Bundesamt für Ernährung und Forstwirtschaft*, apartado 51.

¹³ Ver Auto del Presidente del TGUE de 14 de marzo de 2008 en el asunto T-440/07 R, *Huta Buczek sp. z o.o., c-. Comisión* apartado 67 y Auto del presidente del TGUE, de 3 de diciembre de 2002 en el asunto T-181/02 R, *Neue Erba*, apartado 107.

hubiera planteado una cuestión prejudicial. Por su parte, el órgano nacional debería motivar en su resolución las razones por las que entiende que la Tercera Decisión sería contraria a Derecho.¹⁴

Dicho esto, y hasta donde conocemos, los procedimientos nacionales de recuperación de las deducciones practicadas en aplicación del artículo 12.5 TRLIS (incluyendo las adquisiciones indirectas no cubiertas por confianza legítima) no han traído causa de la Tercera Decisión, sino de las Decisiones Primera y Segunda. Ello permitiría argumentar ante la Administración y/o los órganos jurisdiccionales que la anulación de las dos primeras decisiones por el TGUE situaría a las órdenes de recuperación de dichas operaciones en la misma situación que las operaciones directas. No obstante, este argumento no sería válido respecto de aquellas acciones de la Administración que claramente tuviesen causa en la Tercera Decisión (por ejemplo, operaciones de adquisición indirecta anteriores a 21 de diciembre de 2007).

En todo caso, y a la vista de las circunstancias excepcionales que concurren en este asunto, entendemos que, incluso en estos casos, sería posible solicitar a la Administración la suspensión (idealmente, con el acuerdo tácito de la Comisión) de los procedimientos nacionales de recuperación relacionados con la Tercera Decisión hasta que se clarifique por el TGUE o el TJUE si las decisiones Primera y Segunda deben entenderse referidas también a las operaciones indirectas y si el TGUE considera que la Tercera Decisión es conforme a Derecho.

Como se desprende de todo lo anterior, las consecuencias procesales derivadas de las sentencias anulatorias de las dos primeras decisiones emitidas por el TGUE y de su posible interacción con la Tercera Decisión pueden ser complejas, por lo cualquier conclusión al respecto requerirá, necesariamente, de un análisis jurídico pormenorizado, en Derecho español y de la UE, de cada caso concreto, para lo que nos ponemos a su disposición.

¹⁴ Ver Sentencia del TJUE de 29 de marzo de 2012 en el asunto C-243/10, *Comisión c. Italia*, apartado 48.