

Álvaro Carlos ESCUDER DUFT

El Régimen de amortización fiscal del Fondo de Comercio Financiero Internacional: su tratamiento jurídico como Ayuda de Estado. Problemas jurídicos planteados.

Treball Fi de Carrera

dirigit per

Dr. Jaime RODRIGO de LARRUCEA

Universitat Abat Oliba CEU

FACULTAT DE CIÈNCIES SOCIALS

Llicenciatura en Dret

2010

El presupuesto debe equilibrarse, el Tesoro debe ser reaprovisionado, la deuda pública debe ser disminuida, la arrogancia de los funcionarios públicos debe ser moderada y controlada, y la ayuda a otros países debe eliminarse para que Roma no vaya a la bancarrota. La gente debe aprender nuevamente a trabajar, en lugar de vivir a costa del Estado.

MARCO TULLIO CICERÓN
Año 55 a.d.C.

*A mi querida Ana, por su apoyo y por aguantar mis traspasos en estos años de intensa formación,
A mis padres, por su soporte y ayuda constante en mi carrera académica,
A Jaime, por su tiempo y su labor de mentor en este trabajo y
A Jose María, Bruno, Deo, Jordi y Manel, por su importantísima labor de nutrir de información al autor de este trabajo.*

Resumen

El Derecho Financiero-Tributario de un Estado miembro se supedita a las directrices y a los objetivos de armonización contemplados en el acervo jurídico comunitario de la Unión Europea. La incidencia e impacto del Derecho Comunitario sobre la soberanía fiscal de sus integrantes es evidente, sometiendo y acotando determinadamente las medidas fiscales a finalidades extrafiscales.

Un claro ejemplo de este fenómeno lo constituye la calificación del Régimen español de amortización fiscal del Fondo de Comercio Financiero Internacional (previsto en el artículo 12.5 del TRLIS) como Ayuda de Estado por parte de la Comisión Europea.

El análisis jurídico que aborda este trabajo sobre la evolución y Decisión final de este expediente de ayuda de Estado en particular, permite concluir que, la existencia, por un lado, de una concepción genérica e indeterminada de la institución de la ayuda de Estado y, por otro, de un *soft law* comunitario que da contenido a dicha institución y que ha sido evacuado por el propio órgano encargado de decidir sobre dichos expedientes (la Comisión Europea), esbozan un instrumento discrecional de *armonización fiscal negativa* en sede de la imposición directa en el marco de la Unión Europea.

En efecto, la presencia de la regla de la unanimidad en la toma de decisiones en materia tributaria desde los organismos comunitarios y la ausencia de una norma de armonización comunitaria en sede de imposición directa, propician una notable inseguridad jurídica a la hora de diseñar beneficios fiscales por parte de los legisladores de un Estado. Medidas fiscales que de ser calificadas contrarias al ordenamiento comunitario por parte de la Comisión Europea, como en el caso que aquí nos ocupará, desplieguen consecuencias especialmente gravosas para los operadores económicos que se han beneficiado de la misma y que distorsionan su voluntad en la toma de decisiones *a posteriori* y con efectos retroactivos.

Es necesaria, a los efectos de dotar una mayor seguridad jurídica al sistema comunitario de tributación directa, la sustitución de la regla de la unanimidad por la de mayorías simples o cualificadas, la voluntad de ceder parcelas de soberanía fiscal por parte de los Estados miembro y la aproximación de las legislaciones tributarias mediante la aprobación de Directivas y Reglamentos, para evitar de raíz el fenómeno de la desamornización en este ámbito, así como el uso abusivo de instrumentos arbitrarios de armonización fiscal negativa.

Palabras claves

Fondo de comercio financiero internacional – Ayuda de Estado – Armonización fiscal negativa

Resum

El Dret Financer-Tributari d'un estat membre es doblega a les directrius i als objectius d'harmonització contemplats al bloc normatiu comunitari de la Unió Europea. La incidència i l'impacte del Dret Comunitari sobre la sobirania fiscal dels seus integrants és evident, sotmetent i delimitant determinantment les mesures fiscals a finalitats extrafiscales.

Un clar exemple d'aquest fenomen el constitueix la qualificació del règim espanyol d'amortització fiscal del Fons de Comerç Financer Internacional (previst a l'article 12.5 del TRLIS) com ajut d'Estat per part de la Comissió Europea.

L'anàlisi jurídic que aborda aquest treball sobre l'evolució i Decisió final d'aquest expedient d'ajut d'Estat en particular, permet concloure que, l'existència, d'una banda, d'una concepció genèrica i indeterminada de la institució d'ajut d'Estat i, de l'altre, d'un soft law comunitari que dóna contingut a l'esmentada institució i que ha estat evacuat per el propi organisme encarregat de decidir sobre aquests expedients (la Comissió Europea), esbossen un instrument discrecional d'harmonització fiscal negativa en seu de la imposició directa al marc de la Unió Europea.

En efecte, la presència de la regla d'unanimitat en la presa de decisions en matèria tributaria des de els organismes comunitaris i l'absència d'una norma d'harmonització comunitària en seu d'imposició directa, propicien una notable inseguretat jurídica a l'hora de dissenyar beneficis fiscals per part dels legisladors d'un Estat. Mesures fiscals, que en cas de ser qualificades contràries a l'ordenament comunitari per part de la Comissió Europea, com al cas que ens ocuparà aquí, despleguen conseqüències especialment greus per als operadors econòmics que s'han beneficiat d'aquesta i que distorsionen la seva voluntat a la presa de decisions a posteriori i amb efectes retroactius.

És necessari als efectes de dotar una major seguretat jurídica al sistema comunitari d'imposició directa, la substitució de la regla d'unanimitat per la de majories simples o qualificades, la voluntat de cedir parcel·les de sobirania fiscal per part dels Estats membre i Reglaments, per tal d'evitar d'arrel el fenomen de la desharmonització en aquest àmbit, així com l'ús abusiu d'instruments arbitraris d'harmonització fiscal negativa.

Paraules clau

<i>Fons de Comerç Financer Internacional – Ajut d'Estat – Harmonització fiscal negativa</i>

Abstract

The tax and financial legal framework of a Member State is subordinated to the guidelines and harmonization targets contemplated on the community patrimony of the European Union. The incidence and impact of EU Law on the tax sovereignty of its Members is obvious and, thus, tax measures are limited by the boundaries set according to ultra-tax purposes.

A clear example of this phenomenon is the fact that the Spanish regime for the tax depreciation of the international financial goodwill (laid down in Article 12.5 of the Corporate Income Tax Law) has been regarded as a State aid by the European Commission.

The legal analysis on which this paper is focused, about the development and final Decision of this file of State aid in particular, leads to conclude that the existence, on the one hand, of a generic and undetermined figure such as a State aid, and, on the other hand, of a European soft-law that fleshes out said figure and which is issued by the same body who is in charge to decide on these files (i.e. the European Commission), turns out to be a discretionary instrument of negative tax harmonization as far as direct taxation within the European Union is concerned.

Indeed, the fact that the decision-making process when it comes to taxation requires a unanimous vote by the community bodies involved in it, and also the lack of a coordinated ground rule that applies to direct taxation, results in a significant level of legal uncertainty for the national lawmakers that design new tax benefits. If such tax benefits were to be regarded as contrary to the community legal framework by the European Commission, as in the case at hand, this Decision would have serious consequences for the taxpayers who have applied them and it would distort the companies' will when making decisions in this regard, both prospectively and retrospectively.

Therefore, to the purpose of increasing the level of legal certainty of the community direct taxation system, certain measures seem necessary, such as the replacement of the unanimous vote rule by a new rule of simple or qualified majority vote. Also, the Member States should be willing to give up a part of its tax sovereignty and work on a coordinate basis to approve Directives and Regulations that set a common ground for direct taxation, in order to prevent the harms derived from the current lack of harmonization as well as the misuse of discretionary instruments of negative tax harmonization.

Key Words

<i>International Financial Goodwill – State Aid – Negative Tax harmonization</i>

Sumario

1	INTRODUCCIÓN	13
1.1	La armonización negativa europea en materia de imposición directa	13
1.2	La calificación como Ayuda de Estado del Régimen español de amortización fiscal del Fondo de Comercio Financiero Internacional previsto en el artículo 12.5 del TRLIS. Un ejemplo de armonización fiscal negativa.	17
1.3	Estructura y metodología de trabajo.....	19
2	RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS AYUDAS DE ESTADO	21
2.1	Introducción	21
2.2	Aproximación al concepto de Ayuda de Estado.....	22
2.2.1	<i>Preceptos contenidos en el TFUE</i>	<i>22</i>
2.2.2	<i>Preceptos contenidos en el Reglamento 659/1999.....</i>	<i>23</i>
2.2.3	<i>Preceptos contenidos en el soft law de la Comisión y la jurisprudencia del TJCE....</i>	<i>24</i>
2.3	Ayudas de Estado de naturaleza tributaria.....	25
2.4	Elementos constitutivos del concepto de Ayudas de Estado de naturaleza tributaria. Especial consideración a las características de “ventaja” y de “naturaleza selectiva”.....	27
2.4.1	<i>La ventaja de naturaleza selectiva.....</i>	<i>27</i>
2.4.2	<i>Otorgamiento de la ventaja fiscal mediante recursos estatales</i>	<i>31</i>
2.5	El control comunitario de las Ayudas de Estado	31
2.5.1	<i>El procedimiento de control aplicable a las “ayudas ilegales”.....</i>	<i>32</i>
2.6	Efectos de las normas en materia de Ayudas de Estado en el derecho comparado y precedentes en la legislación española	33
2.6.1	<i>Ejemplos en el Derecho comparado.....</i>	<i>33</i>
2.6.2	<i>Ejemplos en el Derecho español</i>	<i>34</i>
2.6.3	<i>Especial consideración a la deducibilidad del Fondo de Comercio Financiero previsto en la normativa foral del País Vasco.....</i>	<i>37</i>
3	LA CALIFICACIÓN DEL RÉGIMEN DE AMORTIZACIÓN FISCAL DEL FONDO DE COMERCIO FINANCIERO INTERNACIONAL COMO AYUDA DE ESTADO.....	39
3.1	Antecedentes. El objeto del expediente de ayudas de Estado C45/2007: el beneficio fiscal del artículo 12.5 del TRLIS.....	39
3.1.1	<i>Régimen jurídico de la amortización fiscal del Fondo de Comercio Financiero Internacional</i>	<i>40</i>

3.1.2	<i>Un ejemplo con números del beneficio fiscal previsto en el artículo 12.5 del TRLIS.</i>	43
3.2	La experiencia práctica en la aplicación del artículo 12.5 del TRLIS en España y las primeras sospechas de un caso de Ayuda de Estado ilegal	45
3.3	Cronología de las decisiones emitidas por la Comisión Europea	48
3.3.1	<i>Actuaciones preliminares: preguntas parlamentarias y evaluación previa de la Comisión Europea</i>	48
3.3.2	<i>La Decisión de apertura de investigación</i>	50
3.3.3	<i>La Decisión de cierre de 28 de octubre de 2009</i>	52
3.4	Fundamentos jurídicos de la Decisión de la Comisión Europea de 29 de octubre de 2009	54
3.4.1	<i>Existencia de una ventaja económica</i>	55
3.4.2	<i>Transferencia de fondos públicos</i>	55
3.4.3	<i>Carácter selectivo del artículo 12.5 del TRLIS</i>	55
3.4.4	<i>Falseamiento de la competencia</i>	57
3.5	Consecuencias jurídicas de la Decisión de la Comisión Europea de 29 de octubre de 2009	58
3.6	Actuaciones realizadas por la AEAT para dar cumplimiento a lo requerido por la Comisión Europea	59
3.6.1	<i>Actuaciones realizadas con anterioridad a la Decisión de apertura del expediente</i>	60
3.6.2	<i>Actuaciones realizadas con posterioridad a la Decisión de apertura y con anterioridad a la Decisión de cierre del expediente</i>	60
3.6.3	<i>Actuaciones realizadas con posterioridad a la Decisión de cierre del expediente</i>	63
4	PROBLEMAS JURÍDICOS PLANTEADOS CON MOTIVO DE LA DECISIÓN DE LA COMISIÓN EUROPEA DE 29 DE OCTUBRE DE 2009	67
4.1	Valoración jurídica del Régimen de amortización fiscal del Fondo de Comercio Financiera Internacional: ¿nos hallamos efectivamente ante una Ayuda de Estado?	67
4.1.1	<i>Planteamiento</i>	67
4.1.2	<i>Otorgamiento por los Estados o mediante fondos estatales</i>	70
4.1.3	<i>Concesión de una ventaja</i>	71
4.1.4	<i>Afectación de los intercambios comerciales y falseamiento de la competencia</i>	72
4.1.5	<i>Selectividad “de facto”</i>	73
4.1.6	<i>Opinión crítica de la doctrina mayoritaria en cuanto al criterio esgrimido por la Comisión en su Decisión. Consecuencias negativas de la regla de la unanimidad y del soft law comunitario</i>	80

4.2	La aplicación exorbitante del régimen de ayudas fiscales selectivas como un ejemplo del fenómeno de la armonización fiscal negativa	85
4.2.1	<i>Concepto y fuentes de la armonización negativa.....</i>	86
4.2.2	<i>El uso generalizado del régimen de ayudas de Estado</i>	88
4.3	El principio de confianza legítima (estoppel) y recuperación de Ayudas de Estado..	89
4.3.1	<i>Concepto</i>	89
4.3.2	<i>La apreciación del principio de confianza legítima en la Decisión de la Comisión Europea de 29 de octubre de 2009.....</i>	93
4.4	Vías de recurso.....	95
4.5	Eventual responsabilidad patrimonial del Estado-Legislador. La STJUE de 26 de enero de 2010.	99
5	CONCLUSIONES	105
	BIBLIOGRAFÍA.....	109
	TABLA DE ABREVIATURAS	117

1 INTRODUCCIÓN

1.1 La armonización *negativa* europea en materia de imposición directa

El apogeo de la dicotomía entre la competencia fiscal (*tax competition*) entre países y la armonización fiscal en el seno de las organizaciones internacionales y supranacionales (OCDE¹ y UE², por ejemplo) constituye en nuestros días uno de los grandes dilemas y debates *perennes* de la soberanía fiscal de los Estados en el proceso de la globalización económica.

La interdependencia de las economías ha conllevado la interacción de las políticas fiscales de los distintos Estados, surgiendo una carrera peculiar y compleja de los países en el diseño de marcos jurídico-tributarios internos competitivos en aras a atraer factores de producción foráneos a las economías domésticas³. Ahora bien, el margen de maniobra del poder de los gobiernos en el diseño de sistemas fiscales competitivos no es ilimitado, sino acotado en el respeto a las directrices impuestas por los organismos supranacionales a fin de conseguir una cierta armonización y equilibrio de las normativas fiscales de los países a los que representan.

¹ La OCDE, a través de su Comité de Asuntos Fiscales, realiza una labor intensa enfocada a contrarrestar la competencia fiscal perjudicial, respondiendo a la petición formulada por sus integrantes en mayo de 1996. Al respecto se han publicado diversos informes sobre esta materia en 1998 (*Harmful Tax Competition*), 2000 (*Towards Global Tax Co-operation – Progress in Identifying and Eliminating Harmful Tax Practices*), 2001 (*The OECD's Project on Harmful Tax Practices: The 2001 Progress Report*) y 2004 (*The OECD's Project on Harmful Tax Practices: The 2004 Progress Report*). Para un análisis detallado del contenido de estos informes véase MARTÍN LÓPEZ, *Competencia fiscal perjudicial y Ayudas de Estado en la Unión Europea*. Tirant monografías nº 411, 2006. Páginas 65-113.

² La UE ha emprendido contra la competencia fiscal en el terreno de la imposición directa una peculiar estrategia de armonización basada en la elaboración por parte de la Comisión de un particular *soft law* (coordinación fiscal: recomendaciones, dictámenes, comunicaciones y códigos de conducta) que cubre las lagunas que el Derecho comunitario impone a la armonización en esta materia. No existen Directivas que armonicen la fiscalidad directa, sino que se respeta la plena capacidad legislativa de los Estados miembros en materia de fiscalidad directa, pero se someten a un control por parte de las instituciones de la Unión Europea. Resaltar al respecto, el *Primer Informe Monti* (Comisión Europea: la fiscalidad en la Unión Europea, 20 de marzo de 1996), el *Segundo Informe Monti* (Comisión Europea: La fiscalidad en la Unión Europea – Informe sobre la evolución de los sistemas tributarios, 22 de octubre de 1996), *Paquete de medidas para hacer frente a la competencia fiscal perniciosa en la Unión Europea* (Grupo de Política Fiscal, 1 de octubre de 1997), el *Código de Conducta sobre fiscalidad de las empresas* (1 de diciembre de 1997, un hito capital en este ámbito), *Informe Primarolo, 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*, etc. MARTÍN LÓPEZ, *op. cit.* páginas 136 y siguientes.

³ La teoría económica y de la Hacienda Pública utiliza el concepto comúnmente conocido de “*votar con los pies*”, acuñado por el economista TIEBOUT, para referirse al fenómeno de la migración fiscal por el cual un operador económico amenaza a trasladar sus bases imponibles a otras jurisdicciones con una menor carga fiscal. Esta teoría refleja gráficamente la existencia de una cierta clase de competencia interjurisdiccional por la captación de actividad económica foránea por parte de los gobiernos; especialmente, aquellos factores que gozan de una mayor movilidad, como es el caso de los capitales.

Esta tensión internacional de las políticas de competencia o de armonización en la esfera tributaria, así como las consecuencias e implicaciones que de ella se derivan en los ordenamientos jurídicos internos de los Estados, constituye un fenómeno que marca el dinamismo y transformación del Derecho Financiero-Tributario y, por ende, de las estructuras impositivas estatales. La responsabilidad del futuro fiscal de los Estados miembro descansa en las instancias comunitarias.

Como subrayan MARTÍN QUERALT y MARTÍNEZ LAFUENTE⁴,

Los Estados que integran las Comunidades ven limitado su poder financiero, especialmente en lo que al establecimiento de los tributos concierne, de forma que junto a los límites derivados del propio derecho interno, cuestión ésta de especial interés en los Estados compuestos, aparecerán otros derivados del Tratado de Roma y de la normativa dictada en su desarrollo que comportará una orientación uniforme de las diversas políticas tributarias; y ello es así por la autolimitación que supone la transferencia a la Comunidad de competencias o si se prefiere de soberanía. La soberanía comunitaria comporta, por consiguiente, que los Estados deben poner su poder financiero al servicio de aquélla en una relación muy próxima a la que existe dentro de un Estado federal entre éste y sus integrantes; son la primacía del Derecho comunitario y el denominado efecto directo, lo que ha permitido llegar a esta construcción que coloca al Derecho comunitario en una posición preordenada a la de los Estados Miembros.

En efecto, centrándonos en el ámbito geográfico que aquí nos ocupa, la Unión Europea no ha sido ajena a este fenómeno y desde sus orígenes ha previsto instrumentos jurídicos para erradicar o, al menos, minimizar la competencia fiscal entre sus Estados miembros, especialmente, la perniciosa (*harmful tax competition*).

El TS español en su sentencia de fecha 9 de diciembre de 2004 destaca en su fundamento jurídico decimocuarto que el régimen de ayudas de Estado y de su supervisión por la Comisión Europea “*constituye una cuestión de suma trascendencia para el Derecho europeo, necesario para la consecución de los propios objetivos del Tratado, y representa una importante limitación para la autonomía de las políticas económicas de los Estados miembros*”.

En este contexto cabe advertir que no compete a este trabajo dirimir sobre el carácter beneficioso o perjudicial de la competencia fiscal entre los países y de la posición de la Unión Europea frente a este fenómeno⁵. Desde la abstracción de un caso concreto en la legislación española, lo que aquí interesa es profundizar en la cuestión de cómo inciden

⁴ *La política fiscal europea*. En AA. VV. *Tratado de Derecho Comunitario Europeo (Estudio sistemático desde el Derecho Español)*. Civitas, Madrid, 1986. Tomo I, página 272.

⁵ “Todo proceso de integración económica, y de construcción de un mercado interior, supone la eliminación de las divergencias existentes en las diversas estructuras económicas, sociales y jurídicas que van a integrarse en un espacio único. Ello es especialmente relevante en el terreno impositivo, en la medida en que las asimetrías fiscales distorsionan la libre competencia y la eficiencia económica en un mercado integrado. El fundamento de la armonización fiscal en las uniones económicas es precisamente la extirpación de esas distorsiones fiscales, que se torna en inexorable en las que presentan mayor grado de integración, como es el caso de la Unión Europea con la realización de la unión monetaria”. DE JUAN CASADEVALL. *El Principio de No Discriminación Fiscal como Instrumento de Armonización Negativa*. Página 20 y 21.

los instrumentos de armonización fiscal en la limitación de la soberanía fiscal de los Estados miembros.

En este sentido y en el ámbito técnico-jurídico del Derecho comunitario de la Competencia y Financiero-Tributario, este trabajo tiene por objeto abordar un ejemplo concreto de la incidencia de la armonización europea en nuestra legislación tributaria interna bajo el análisis crítico de la calificación del Régimen de amortización fiscal del Fondo de comercio Financiero Internacional (previsto en el artículo 12.5 del TRLIS) como Ayuda de Estado por parte de la Comisión Europea.

El citado análisis permitirá entrar de lleno en los elementos esenciales de los instrumentos que poseen las autoridades europeas para armonizar las legislaciones tributarias de sus Estados miembros, y, concretamente, en la figura jurídica de la Ayuda de Estado de carácter tributario incompatible a la luz del ordenamiento comunitario y la apreciación del carácter *selectivo* de un beneficio fiscal, su otorgamiento mediante fondos del Tesoro público y la distorsión de la competencia que con ella se ocasiona⁶.

La conclusión a la que llega este trabajo en este caso en particular es que, en lo que respecta a la armonización en la imposición directa en el ámbito espacial de la Unión Europea, el fenómeno de la *armonización fiscal negativa*⁷, en contraposición de la *armonización fiscal normativa*⁸, tiene todo su esplendor y que, si bien adolece de un desarrollo normativo, en la práctica, esta estrategia de la Comisión Europea contribuye a neutralizar la competencia fiscal intraestatal en este ámbito.

La actual desamortización existente en Europa en sede de la imposición directa con motivo de la negativa de los Estados a ceder soberanía fiscal y el sometimiento de las competencias comunitarias a la regla de unanimidad, origina la aparición de mecanismos asimétricos en las Decisiones de la Comisión Europea y en los pronunciamientos de la jurisprudencia comunitaria para conseguir cierto grado de armonización entre los Estados miembros. En otros términos, la Comisión Europea y el TJCE asumen con sus pronunciamientos una función armonizadora que da lugar al fenómeno que se conoce como armonización fiscal negativa.

⁶ El régimen jurídico-comunitario de Ayudas de Estado contenido en los artículos 107 a 109 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea constituye un instrumento de Derecho comunitario en virtud del cual, tal y como se desarrollará ampliamente a lo largo del presente trabajo, se corrige la competencia fiscal (en materia de imposición directa) entre los países integrantes de la UE.

⁷ También denominada armonización indirecta o de segundo grado. Este fenómeno podría definirse como “la excesiva rigidez del procedimiento legislativo comunitario, el celo con el que los Estados administran su soberanía fiscal, y la relativa indeterminación de las competencias comunitarias en ciertas esferas de la fiscalidad, abren las puertas al fenómeno de la armonización negativa, que deriva de la propia interpretación de los Tratados por la Corte de Luxemburgo, de la coordinación fiscal desprovista de eficacia jurídica vinculante, o de la exorbitante aplicación del régimen de ayudas de Estado”. DE JUAN CASADEVALL. *Op. Cit.* Página 37.

⁸ “Es el enfoque normativo comunitario, que consiste en impulsar el proceso de armonización desde las instancias comunitarias mediante la aprobación de las correspondientes Directivas. Sólo la Comunidad, con la dirección y control del proceso de armonización normativa, puede evitar la competencia fiscal entre los Estados para alcanzar ventajas fiscales comparativas”. DE JUAN CASADEVALL. *Op. Cit.* Página 37.

Así, la existencia de una concepción genérica de la Ayuda de Estado fiscal en el acervo comunitario, cuyo contenido viene definido por el *soft law* comunitario, y la ausencia manifiesta de normas comunitarias en aras a regular la armonización de la imposición directa los Estados miembros⁹, configuran un escenario (de amplio margen) perfecto para las interpretaciones técnicamente razonables pero *subjetivas* de la Comisión Europea en la esfera tributaria. Este escenario, si bien puede constituir un vehículo idóneo para la Comisión en la consecución de la armonización fiscal directa en el mercado común¹⁰, tiene como contrapartida una elevada inseguridad jurídica que distorsiona y afecta *a posteriori* y *retroactivamente* la toma de decisiones de inversión de los operadores económicos.

Los operadores económicos necesitan un marco jurídico relativamente estable para poder proyectar, con alguna certeza, las diversas operaciones, compromisos e inversiones económicas; circunstancia que no se aprecia en el entorno actual descrito.

En efecto, tal y como se cuestiona MARTÍN LÓPEZ¹¹:

Esta carencia lleva a considerar la necesidad de contrastar si, en el vigente estadio de integración europea, el principio de incompatibilidad sancionado por el artículo 87.1 del TCE [actual 107 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea y que describe las características que debe reunir una Ayuda de Estado] basta para solucionar el problema de la competencia fiscal perniciosa en la esfera de la imposición empresarial o, por el contrario, ello precisa una mayor aproximación de las legislaciones tributarias de los países de la UE.

Llegados a este punto, la apreciación del principio de la *confianza legítima* tiene una especial relevancia a la hora de otorgar cierta seguridad jurídica a los operadores económicos ante eventuales mutaciones de la normativa. Este principio permite concebir ciertas limitaciones a la recuperación de los beneficios otorgados por una disposición calificada como de ayuda de Estado a la luz de lo previsto en el artículo 14 del Reglamento 659/1999.

⁹ Nótese que en materia de aproximación de las legislaciones de los Estados miembros en sede de imposición directa el artículo 94 del TCE (actual 115 del TFUE) exige la regla de la unanimidad en la toma de decisiones, circunstancia que ha dificultado considerablemente la acción comunitaria *positiva y directa* de integración de los sistemas fiscales de los países de la UE.

¹⁰ “A fuerza de corregir a los Estados en el plano aplicativo se refuerza una convergencia fiscal efectiva, tanto o más necesaria que la que, en un plano distinto, acometen Directivas y Reglamentos”. DE JUAN CASADEVALL. *Op. Cit.* Prólogo, página 15.

¹¹ *Op. Cit.* Página 24.

1.2 La calificación como Ayuda de Estado del Régimen español de amortización fiscal del Fondo de Comercio Financiero Internacional previsto en el artículo 12.5 del TRLIS. Un ejemplo de armonización fiscal negativa.

El pasado 28 de octubre de 2009 la Comisión Europea emitió la Decisión que pone fin a su procedimiento de ayudas de Estado C45/2007, relativo a la norma coloquialmente conocida como amortización fiscal del fondo de comercio financiero para la adquisición de participaciones extranjeras (artículo 12.5 del TRLIS).

Sus principales afirmaciones son las siguientes:

- La amortización del fondo de comercio financiero de participaciones extranjeras es una Ayuda de Estado ilegal cuando se refiere a inversiones en sociedades residentes en la UE.
- Respecto al Fondo de Comercio Financiero relativo a inversiones en sociedades extracomunitarias, no puede descartarse totalmente que existan motivos suficientes para justificar su adecuación al Derecho Comunitario. Para estas inversiones, el procedimiento de investigación continúa abierto.
- Por aplicación del principio de protección de la *confianza legítima*, las empresas españolas que hubieran adquirido antes del 21 de diciembre de 2007, fecha de publicación en el DOCE del inicio del procedimiento de investigación, participaciones en empresas comunitarias aptas para la amortización fiscal del fondo de comercio financiero podrán continuar beneficiándose de dicho régimen durante el período íntegro de 20 años previsto en el artículo 12.5 del TRLIS.
- Igualmente, aquellas empresas españolas que habían decidido invertir en participaciones aptas para la amortización fiscal antes del 21 de diciembre de 2007 y que no hubieran ejecutado la inversión al estar pendientes de una condición suspensiva ligada a la necesidad de obtener una autorización regulatoria se beneficiarán de idéntico régimen transitorio, siempre que hubieran realizado la preceptiva notificación a la autoridad regulatoria antes de dicha fecha.
- Las empresas que hayan aplicado la amortización del fondo de comercio financiero ligado a inversiones en sociedades residentes en la UE realizadas después del 21 de diciembre de 2007 no podrán completar tal amortización y deberán devolver, con intereses, el beneficio fiscal que ya hayan aplicado de forma efectiva.

- España debe garantizar que dicha recuperación se haga efectiva de forma inmediata en un plazo máximo de cuatro meses. Para ello, antes de transcurridos dos meses desde la notificación de la Decisión, deberá informar a la Comisión de: i) la lista de empresas que se hayan beneficiado de la ayuda, ii) el importe total –principal e intereses- a recuperar de cada una, y iii) las medidas tomadas en cumplimiento de la Decisión, incluyendo documentos que demuestren que se ha exigido la recuperación a los beneficiarios de las ayudas.

En definitiva, la Decisión de la Comisión Europea supone la eliminación a futuro de la amortización fiscal del fondo de comercio financiero relativo a inversiones en sociedades europeas, con la salvedad del régimen transitorio relativo a adquisiciones previas a la publicación del inicio del procedimiento de investigación.

Como puede apreciarse, la Decisión de cierre y las conclusiones alcanzadas por la Comisión han traído consigo múltiples consecuencias jurídicas que serán abordadas a lo largo del presente trabajo: declaración de incompatibilidad de las Ayudas, las implicaciones derivadas de la calificación de la Ayuda como ilegal, la adecuación del ordenamiento estatal española a las exigencias comunitarias, así como las consecuencias derivadas de la institución y principio de la confianza legítima para el establecimiento de un régimen transitorio, así como las posibles acciones y actuaciones por parte de los beneficiarios de las medidas fiscales enjuiciadas, las actuaciones llevadas a cabo por parte de la Administración Tributaria española (obtención de datos, verificación, inspección, etc.), entre otros.

Por su relevancia e incidencia sobre las inversiones de las grandes multinacionales españolas, nos hallamos ante una materia que ha generado una espesa actividad doctrinal desde la comunicación de la decisión de apertura del expediente (diciembre de 2007) hasta la decisión final de calificación (octubre de 2009). Sin embargo, desde diciembre de 2009, los pronunciamientos doctrinales sobre este particular y, especialmente, sobre el contenido de la decisión final de la Comisión, se cuentan con los dedos de una mano por dos motivos.

En primer lugar, porque los autores previsiblemente deben estar esperando que la Comisión se pronuncie sobre las adquisiciones de participaciones en sociedades residentes en países fuera de la UE.

Y, en segundo lugar, porque no conviene hacer mucho ruido sobre este asunto dado que el régimen transitorio previsto por la Comisión por aplicación del principio de *confianza legítima*, si bien insatisfactorio desde un punto de vista técnico-jurídico, es bastante favorable para los intereses del Estado español y de las grandes multinacionales españolas, que han aplicado dicho régimen sobre adquisiciones que se localizan temporalmente en su mayoría con anterioridad a diciembre de 2007 y que podrán seguir aplicando dicho régimen. En la práctica, puede afirmarse que los efectos retroactivos de dicha Decisión han sido tendentes a cero.

1.3 Estructura y metodología de trabajo

Sobre la base de este marco de estudio expuesto, la estructura de la exposición de este trabajo se articula en 3 capítulos que ofrecen partes bien diferenciadas.

Los dos primeros tienen por objeto la obtención de unos conocimientos básicos sobre la materia del presente trabajo que permiten dominar las herramientas y conocer el argot básico para que, en el tercer capítulo, se entre a analizar críticamente las diferentes consecuencias e implicaciones jurídicas de la Decisión de la Comisión Europea de 29 de octubre de 2009 como un claro ejemplo de la armonización fiscal negativa.

En concreto:

- El primer capítulo se centra en la exposición genérica del Régimen jurídico de Ayudas de Estado, especialmente, en las de carácter tributario y sus características de “ventaja” y “naturaleza selectiva”.
- El segundo capítulo, abarca el procedimiento por el cual el Régimen de amortización fiscal del Fondo de Comercio Financiero Internacional es calificado como de Ayuda de Estado por parte de las autoridades europeas y las consecuencias jurídicas que de ello se derivan.
- El tercer capítulo aborda los problemas jurídicos que se originan con motivo de la Decisión de la Comisión Europea de 29 de octubre de 2009, en el cual, sobre la base de los conocimientos adquiridos en los capítulos precedentes, se proyecta la opinión jurídica sobre la valoración del régimen de amortización fiscal del Fondo de Comercio Financiero Internacional como Ayuda de Estado, la aplicación extendida del régimen de ayudas fiscales selectivas como un ejemplo del fenómeno de la armonización fiscal negativa, el principio de *confianza legítima* y las vías de recurso.

Para abordar y exponer las conclusiones en cada uno de estos aspectos, el autor realizará un estudio detallado de los instrumentos normativos que nos suministra el Derecho Comunitario, el *soft law* elaborado por la Comisión Europea y el TJCE, la jurisprudencia, las aportaciones doctrinales y las noticias de prensa que permiten recrear la evolución del procedimiento de este expediente de ayuda de Estado.

2 RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS AYUDAS DE ESTADO

2.1 Introducción

A continuación se expondrán las principales características que presenta la normativa comunitaria relativa a las Ayudas de Estado para, ulteriormente, examinar de manera exhaustiva la proyección de los artículos 107 a 109 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea al campo propiamente tributario y, en última instancia, su virtualidad como instrumento contra el fenómeno de la competencia fiscal en sede de imposición directa¹².

Cabe precisar con carácter previo que el concepto de Ayuda de Estado constituye un concepto jurídico indeterminado, siendo las disposiciones de Derecho comunitario poco precisas en cuanto a su definición y delimitación, describiéndose someramente en tres artículos del TFUE las características que debe reunir y el procedimiento para su control.

Esta indeterminación del contenido y alcance jurídico de las Ayudas de Estado ha propiciado que en la práctica su interpretación por parte de la Comisión y del TJCE la haya dotado de una gran amplitud, generándose una *vis expansiva* de la jurisprudencia comunitaria en el marco del control de las Ayudas de Estado.

Por tanto, a la hora de estudiar dicha figura jurídica debe acudir a los pronunciamientos jurisprudenciales del TJCE y a los pronunciamientos de la Comisión, que de manera discrecional integran la laguna jurídica extensivamente.

¹² Para abordar el concepto de Ayuda de Estado se ha acudido, entre otros, a los trabajos de SOLER ROCH, M^a T., *Las medidas fiscales selectivas en la jurisprudencia del TJCE sobre ayudas de Estado*, Quincena Fiscal, número 14, 2006, páginas 13 y siguientes; VILLAR EZCURRA, M. y HERRERA MOLINA, P. M^a, *Ayudas fiscales y Derecho comunitario: un ejemplo de armonización fiscal negativa*, en la obra colectiva Estudios homenaje a Calvo Ortega, R., Vol. II, Lex Nova, 2005, páginas 2425 y siguientes; MARTÍN LÓPEZ, J., *Competencia fiscal perjudicial y ayudas de Estado en la Unión Europea*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, páginas 238 y siguientes; CALVO VÉRGEZ, J., *En torno a la pretendida calificación por la Comisión Europea del Fondo de Comercio Financiero de entidades no residentes regulado en el artículo 12.5 del TRLIS como ayuda de Estado*, Quincena Fiscal, abril 2008, páginas 23 y siguientes; MARTÍN JIMÉNEZ, A. *El régimen jurídico de las ayudas de estado y las normas de naturaleza tributaria*. CISS, Grupo Wolters Kluwer, 2007, páginas 843 y siguientes.

2.2 Aproximación al concepto de Ayuda de Estado

2.2.1 Preceptos contenidos en el TFUE

El régimen jurídico de las ayudas de Estado se encuentra en la Sección II del Capítulo I del Título VII del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, concretamente en los artículos 107 a 109 (antiguos artículos 87 a 89 del Tratado de la CE).

Como se ha anticipado, si el lector tiene la oportunidad de realizar una lectura rápida de los citados preceptos, es evidente que no se desprende una definición del concepto de Ayuda de Estado, sino que se realiza una mera descripción de las características que reúne una ayuda¹³.

Sin embargo, a partir del análisis de estas características, condiciones o requisitos, sí podríamos hacernos a la idea sobre el concepto de Ayuda de Estado, definiéndola, entre otros autores de referencia consultados para la elaboración de este trabajo, como ventajas otorgadas por los Estados miembros, bajo cualquier forma, que distorsionen o amenacen con distorsionar la competencia o afecten al comercio al favorecer a ciertas empresas o producciones¹⁴.

Por tanto, las normas internas de los Estados Miembros que reúnan las condiciones previstas en el apartado 1 del artículo 107 del Tratado de Funcionamiento de la UE se encontrarán prohibidas.

No obstante, se establecen una serie de excepciones en los apartados 2 y 3 del citado precepto (*régimen de compatibilidades*¹⁵) que no serán objeto de análisis en el presente trabajo, por cuanto no tienen relevancia en el caso que aquí nos ocupa.

Por tanto, el artículo 107 del Tratado presenta un planteamiento amplio del concepto de Ayuda de Estado, pero sin definirlo de manera clara y concisa. Además, los requisitos previstos en el primer apartado del artículo 107 del Tribunal son, a su vez, imprecisos, por lo que la labor interpretativa de los órganos comunitarios y, en especial, la del TJCE, resultará imprescindible para el correcto análisis de esta figura.

El artículo 108 del Tratado atribuye a la Comisión de las Comunidades Europeas la competencia para decidir acerca de la compatibilidad de una medida interna de un Estado miembro con el mercado común o de su autorización de conformidad con los

¹³ Extremo este denunciado unánimemente por la doctrina científica que se ha utilizado para la elaboración de este trabajo.

¹⁴ MARTÍN JIMÉNEZ, A. *Op. Cit.* Página 846.

¹⁵ El régimen de compatibilidades ha permitido el establecimiento de instrumentos legislativos de las ayudas de *minimis*, ayudas a PYMES, ayudas regionales, ayuda a la I+D+IT, medioambiente, capital-riesgo, radiodifusión, cine, electricidad, acero, construcción naval, etc.

critérios antes aludidos¹⁶. Por tanto, la Comisión europea ostenta el monopolio del control sobre las ayudas de Estado.

Para lo que aquí nos interesa, conforme al apartado 3 del artículo 108 del Tratado, los Estados miembros deben notificar a la Comisión todo proyecto de concesión de una nueva ayuda, que no podrá llevarse a efecto antes de que la Comisión adopte una decisión autorizándola. La ausencia de notificación determinará la calificación de la ayuda como ilegal y, si es declarada incompatible con el mercado común, la obligación del Estado miembros de adoptar todas las medidas necesarias para obtener del beneficiario la recuperación de la ayuda con los correspondientes intereses desde la fecha en que estuvo la ayuda a disposición del beneficiario.

Tal decisión, para el obligado a devolver la ayuda ilegalmente concedida puede tener evidentes consecuencias económicas (así, por ejemplo, en el caso de los incentivos fiscales, debe reintegrarse el importe de la exención, deducción, etc., más los correspondientes intereses de demora), máxime si consideramos que el período de prescripción aplicable no es el de cuatro años según lo establecido por la Ley General Tributaria, sino el más amplio de diez años que fijan las normas comunitarias.

2.2.2 Preceptos contenidos en el Reglamento 659/1999

En relación con la normativa específica en esta materia, además de los artículos 107 y 108 del Tratado de Funcionamiento de la UE, la norma fundamental es el *Reglamento CE número 659/1999 del Consejo de 22 de marzo de 1999, por el que se establecen las disposiciones de aplicación*¹⁷.

Dicho Reglamento, de procedimiento en materia de ayudas, define entre otros, los conceptos de ayuda nueva, ayuda existente y ayuda ilegal (artículo 1), ayuda individual, ayuda aplicada de manera abusiva, parte interesada, etc., el sistema de recuperación de ayudas (artículo 14), las consecuencias derivadas de la iniciación de estos procedimientos y el plazo de prescripción que se fija en diez años desde la concesión de la ayuda (artículo 15).

¹⁶ Sobre la competencia exclusiva de la Comisión en materia de ayudas de Estado y el papel que puede desempeñar en este campo el Consejo de la UE, véase la sentencia del TJCE de 22 de junio de 2006, *Comisión/Consejo*, Asunto C-399/03.

¹⁷ Dado que los aspectos procedimentales son regulados con cierta parquedad en el Tratado, el 22 de marzo de 1999 se aprobó (aplicable desde el 16 de abril) el Reglamento 659/1999, del Consejo, de 22 de marzo, sobre normas de procedimiento en materia de ayudas públicas.

2.2.3 Preceptos contenidos en el soft law de la Comisión y la jurisprudencia del TJCE

Por otro lado, en el ámbito tributario, son dos, fundamentalmente, los documentos de referencia en los que la Comisión ha examinado las consecuencias que las normas en materia de ayudas de Estado tienen sobre la normativa tributaria nacional:

- Imposición directa. *Comunicación de la Comisión de 11 de noviembre de 1998 sobre la aplicación de las reglas de ayudas de Estado a las medidas relativas a la fiscalidad directa de las empresas.*
- Imposición indirecta. *Informe de 9 de febrero de 2004 sobre la aplicación del documento de 11 de noviembre de 1998*¹⁸.

La citada Comunicación de 1998 constituye el documento por el cual la Comisión precisa las notas distintivas que deben concurrir en una medida fiscal para ser calificada como incompatible con el artículo 107 del TFUE. Pese a su teórica falta de obligatoriedad jurídica, es la auténtica norma rectora de la aplicación de los preceptos comunitarios sobre ayudas de Estado en el terreno tributario.

A mayor abundamiento, conforme a la opinión mayoritaria de la doctrina de autor sobre este particular, también debe tenerse en consideración la jurisprudencia del TJCE en este ámbito. En efecto, la definición de los perfiles del concepto de ayuda de Estado, en gran parte, además de por los trabajos de la Comisión, ha sido realizada por el Tribunal de Luxemburgo que se ha mostrado bastante permisivo con la Comisión. En efecto, hay que recordar que el poder de la Comisión en materia de ayudas de Estado sujeto a control por parte del TJCE y, especialmente, vinculado al respeto al Derecho comunitario.

Asimismo, siendo relevante para el caso que aquí nos ocupa, cabe resaltar que el Tribunal se ha mostrado bastante permisivo con la Comisión. Es habitual observar cómo medidas cuya naturaleza de ayuda de Estado podría ser considerada, cuando menos, dudosa, no son cuestionadas por la jurisprudencia del TJCE.

¹⁸ Si bien el Informe de 1998 trató de definir los criterios que guiarán a la Comisión en la aplicación de las normas en materia de ayudas de Estado a las normas tributarias en materia de imposición directa, como el Informe de 2004 y la jurisprudencia del TJCE han puesto de manifiesto, estos criterios se aplicarán también en relación con las normas en materia de tributos indirectos.

2.3 Ayudas de Estado de naturaleza tributaria

De acuerdo con el artículo 107 del Tratado de Funcionamiento de la UE, las normas nacionales que pueden ser calificadas como Ayudas de Estado se caracterizan por cuatro¹⁹ notas fundamentales que deben darse *acumuladamente*²⁰:

- La norma debe constituir una ventaja²¹;
- Concedida a favor de sectores específicos²², perfil selectivo: *el criterio de especificidad es el más difícil de establecer en una medida, a pesar de su importancia*²³;
- A través de recursos estatales²⁴;
- Que afecte al comercio²⁵ y a la competencia intracomunitaria²⁶.

¹⁹ Véase también 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*, op. cit. Apartados 8 a 12.

²⁰ Como ha reconocido el TJCE en numerosas ocasiones la calificación de una ayuda como ayuda de Estado requiere el cumplimiento de todos los requisitos del artículo 107 del Tratado. Véanse en este sentido las Sentencias del TJCE de 15 de julio de 2004, C-345/02; de 21 de marzo de 1990, Bélgica contra comisión, "Tubemeuse", C-142/87, apartado 25; de 14 de septiembre de 1994, España contra Comisión, Asuntos acumulados C-278/92 a C-280/02, apartado 20; de 16 de mayo de 2002.

²¹ El concepto de ayuda es un concepto objetivo que está en función únicamente de si una medida estatal confiere o no una ventaja a una o varias empresas.

²² De la redacción de este requisito se derivan dos implicaciones distintas: (i) por un lado, que el beneficiario de la ayuda debe ser una categoría de sujetos en concreto, es decir una empresa; (ii) y, por otro lado, que la medida debe tener *carácter selectivo* (favorezca únicamente a determinadas empresas de un sector, frente al resto de empresas de un sector, que no se ven favorecidas por dicha medida y quedan, por tanto, en peor situación). Según reiterada jurisprudencia del TJCE en el ámbito de las ayudas de Estado, por "empresa" debe entenderse "cualquier entidad que ejerza una actividad económica, con independencia del estatuto jurídico y de su modo de financiación". A su vez, el propio Tribunal define la realización de una "actividad económica" como "cualquier actividad consistente en ofrecer bienes o servicios en un determinado mercado".

²³ El TJCE ha establecido en este tema una consolidada doctrina (de amplio alcance), en el sentido de defender que una medida es selectiva cuando no es aplicable a todas las empresas de un Estado, de manera que favorece exclusivamente a determinadas empresas o producciones. Véanse, en este sentido, las Sentencias del TJCE de 26 de septiembre de 1996, Francia contra Comisión, Asunto C-241/94, apartado 24, de 1 de diciembre de 1998, Ecotrade, Asunto C-200/97, apartados 40 y 41, de 17 de junio de 1999, Bélgica contra Comisión, Asunto 75/97, apartado 26 y Sentencia del TPI de 29 de septiembre de 2000, CETM contra Comisión, Asunto T-55/99, apartado 39.

Por tanto, aquellas ayudas realmente destinadas a todas las empresas del conjunto de los sectores de la economía de un Estado miembro permanecen al margen del campo de actuación del artículo 107.1 del TFUE. Ahora bien, para lo que aquí nos interesa y tal y como tendremos ocasión de apreciar en capítulos posteriores, el Tribunal de Luxemburgo en numerosos pronunciamientos judiciales ha concluido que medidas estatales formalmente generales (y, por consiguiente, exceptuadas en principio de la incompatibilidad) son susceptibles de contener, *de facto*, ayudas selectivas.

²⁴ Procedencia estatal. El término "Estado" se interpreta por parte de la jurisprudencia de manera amplia, de manera que se deben entender comprendidos en este concepto: todos los órganos e instituciones estatales que son titulares de los Poderes Legislativo y Ejecutivo, entes o instituciones públicas distintas del gobierno central (Comunidades autónomas de España, los Länder en Alemania o las Regioni en Italia), etc.

²⁵ Este requisito también ha sido objeto de una interpretación laxa de la jurisprudencia comunitaria, la cual no sólo considera satisfecho este requisito cuando se produce una alteración real en el comercio intracomunitario, sino también, cuando los intercambios pueden verse potencialmente afectados.

Tanto el artículo 107 del Tratado de Funcionamiento de la UE como el Reglamento 659/1999 no se refieren a las normas tributarias o a los incentivos fiscales, pero, conforme con la jurisprudencia del TJCE, el concepto de Ayuda de Estado es lo suficientemente amplio como para que éstos queden comprendidos en su ámbito de aplicación.

En efecto, el TJCE (*Asunto 30/59, Steenkolenmijnen/Alta Autoridad de la Comunidad Económica del Carbón y del Acero, Rec. 1961 p. 19*) definió las ayudas de estado en la siguiente forma: “*el concepto de ayuda es, sin embargo, más amplio que el de subvención porque abarca no sólo las medidas positivas, como las propias subvenciones, sino también intervenciones que, en formas diversas, mitigan las cargas normalmente incluidas en el presupuesto de una empresa y que, sin ser, entonces, subvenciones en el sentido estricto del término, son similares en su naturaleza y tienen el mismo efecto*”.

Con este concepto, quedaba claro que medidas como los incentivos fiscales, que suponen una reducción de costes (“*gasto fiscal*”) para una empresa, pueden ser calificadas como Ayudas de Estado²⁷.

A mayor abundamiento, según MARTÍN LÓPEZ²⁸, también la Comisión tuvo oportunidad de pronunciarse sobre este particular, justificando la proyección de la normativa comunitaria sobre ayudas de Estado a la parcela fiscal²⁹.

Llegados a este punto, conviene resaltar la capital trascendencia de la *Comunicación relativa a las ayudas de Estado de carácter fiscal, publicada en el DOCE número C384, de 10 de diciembre de 1998*, la cual contiene las notas distintivas que deben concurrir en una medida fiscal para su calificación como incompatible. Dicho documento, si bien constituye un instrumento de *soft law* (esto es, sin efectos de obligatoriedad jurídica), sus efectos en la práctica se asimilan a los producidos por una disposición comunitaria vinculante (propios a los del *hard law*), debido al gran margen de maniobra que goza la Comisión a la hora de pronunciarse acerca de la compatibilidad de las ayudas estatales.

Dicho en otros términos, según MARTÍN LÓPEZ³⁰:

²⁶ También este requisito es objeto de una interpretación amplia. Según la jurisprudencia, basta que la medida controvertida alivie las cargas de la empresa beneficiaria, reforzando así su posición con respecto a otras empresas competidoras, para que se falsee la competencia.

²⁷ El TJCE lo ha reconocido explícitamente en numerosas ocasiones: Asunto C-200/97, *Ecotrade*, [1998] Rec. I-7907, párrafo 34 y Asunto C-387/92, *Banco Exterior de España v. Ayuntamiento de Valencia*, [1994] Rec. I-877, párrafo 13.

²⁸ *Op. Cit.* Página 320.

²⁹ Véase respuesta de 30 de julio de 1963 a la pregunta escrita número 48/63 del parlamentario BURGBACHER. Publicada en el DOCE número 125, de 17 de agosto de 1963, páginas 2235 y siguientes.

³⁰ *Op. Cit.* Páginas 322 y siguientes.

En tanto esta institución [Comisión Europea] constituye el órgano competente para resolver de modo discrecional, la compatibilidad o incompatibilidad de las ayudas públicas con arreglo al ordenamiento jurídico comunitario, los Estados miembros han de tener presente que si sus medidas tributarias reúnen los elementos configuradores de la noción de ayuda incompatible expuestos en la Comunicación, la Comisión declarará, ineluctablemente, la incompatibilidad de las mismas en virtud del artículo 107 del TFUE, acarreado para aquellos, con arreglo al Reglamento 659/1999, las siguientes repercusiones negativas.

Siguiendo a SOLER ROCH³¹:

El principio general de prohibición de las ayudas de Estado ilegítimas se proyecta sobre los ordenamientos tributarios de los Estados miembros, constituyendo de este modo, una importante limitación a tener en cuenta en el ejercicio del poder tributario y por ende, un elemento condicionante de las políticas fiscales nacionales, incluso en aquellas materias que no son objeto de armonización o respecto de las cuales opera el principio de subsidiariedad.

La posible calificación de una norma tributaria como ayuda estatal tiene como consecuencia que, como hemos visto con anterioridad, un Estado miembro debe solicitar a la Comisión, con carácter previo a su aplicación, la autorización correspondiente. En efecto, si la medida no hubiera sido notificada a la Comisión y ésta la califica como ayuda de Estado ilegal, el beneficiario deberá devolver la ayuda en cuestión, siendo el plazo de prescripción de diez años y el Estado debe hacer todo lo posible por recuperar la misma³².

En materia tributaria, las dos características más relevantes a analizar para su eventual calificación como ayuda de Estado es la de “ventaja” y de “naturaleza selectiva”. Estas características se analizan con mayor detalle a continuación.

2.4 Elementos constitutivos del concepto de Ayudas de Estado de naturaleza tributaria. Especial consideración a las características de “ventaja” y de “naturaleza selectiva”.

2.4.1 La ventaja de naturaleza selectiva

El primer requisito que debe cumplir una ayuda conforme la citada Comunicación de 1998 en el sentido del artículo 107 del Tratado de Funcionamiento de la UE nos remite a la idea de concesión de “ventajas selectivas o específicas”, en definitiva, tratos “de favor” a determinadas empresas o producciones. En concreto, “una ventaja que aligere

³¹ *Op. Cit.* Páginas 13 y siguientes.

³² Sólo excepcionalmente, cuando pueda vulnerarse algún principio fundamental del Derecho comunitario, como, por ejemplo, el principio de seguridad jurídica (*confianza legítima*), la Comisión o el TJCE autorizarán la no recuperación de una ayuda estatal.

las cargas que, por regla general, graven su presupuesto” (apartado número 9 de la Comunicación).

En consecuencia, puede afirmarse *a sensu contrario* que las medidas no selectivas, esto es, de naturaleza general, no estarán incluidas en el concepto de ayudas de Estado. Tan sólo las medidas fiscales de alcance general permanecen al margen del radio de acción del artículo 107 del TFUE.

De acuerdo con la jurisprudencia del TJCE, la apreciación del criterio de la selectividad exige que se examine si la medida nacional concreta 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 régimen³³.

Resulta indiferente que la ventaja consista en una reducción o incentivo en la base imponible o en la cuota de un impuesto (generalmente, el Impuesto sobre Sociedades), de una exención, un diferimiento de impuestos o, en relación con la aplicación de los tributos, de la concesión de condiciones especiales para el pago de los mismos (aplazamiento, normas especiales en materia de pago de los tributos como consecuencia de una situación de concurso).

Centrándonos en los pronunciamientos jurisprudenciales del TJCE podemos hacernos una idea del concepto jurídico indeterminado de “ventaja de naturaleza selectiva”:

- Una norma no será calificada como ventaja cuando el tratamiento diferenciado de un contribuyente o grupo de contribuyentes se encuentre justificado por la naturaleza o estructura del sistema tributario. (STJCE de 15 de julio de 2004, Reino de España / Comisión, Asunto C-501/00, Rec. I-6717, párra. 124).
- Si el tratamiento tributario especial responde a la aplicación del principio de capacidad económica o de igualdad, o simplemente trata de tomar en consideración determinadas circunstancias especiales de naturaleza objetiva de un grupo de contribuyentes que justifican el tratamiento dispar, podrá aplicarse la excepción mencionada. (Sentencias del TJCE de 29 de abril de 2004, Asunto C-159/01, Países Bajos/Comisión, Rec. 2004 I-4461, Asunto C-308/01, GIL Insurance Ltd. et al / Commissioners of Customs & Excise, Rec. I-4777).

³³ Asunto C-143/99, Adria-Wien Pipeline, Rec. 2001 p. I-8395, Asunto C-308/01, GIL Insurance Ltd. Et al/ Commissioners of Customs & Excise, Rec. I-4777, o la más reciente, de 6 de septiembre de 2006, Asunto C-88/03, República Portuguesa /Comisión).

- Las medidas que afectan a una parte del territorio nacional (los incentivos fiscales regionales) se consideran ayudas de Estado, incluso cuando hayan sido adoptadas por autoridades infraestatales. (STJCE de 14 de diciembre de 2006, Comisión/España, Asunto C-485/03 a C-490/03, que declara el incumplimiento de la obligación de recuperar ciertas ayudas concedidas por las Diputaciones Forales Vascas, o la STJCE de 6 de septiembre de 2006, República Portuguesa / Comisión, Asunto C-88/03, relativa al régimen tributario especial de las Azores³⁴).
- El principal problema en este ámbito ha surgido en relación con los territorios que tienen un poder tributario autónomo del Gobierno central, pero incluso en estos casos, si el ejercicio del poder tributario autónomo determina la aplicación de normas tributarias diferenciadas en este sector del territorio estatal es posible que nos encontremos ante una ayuda de Estado: regímenes forales del País Vasco y Navarra (en España), Gibraltar (Reino Unido), Islas Azores (Portugal), etc.
- Un sistema constitucional en el que todas las regiones o municipios pueden establecer tipos impositivos propios no existiría una medida selectiva puesto que no será posible encontrar un marco general de referencia. En el caso, sin embargo, de los sistemas asimétricos (en los que unas regiones o municipios tienen poder tributario pero otros no), el TJCE exige tres condiciones para que la medida regional pueda considerarse fuera del alcance del concepto de ayuda de Estado: (i) que la decisión en materia tributaria haya sido adoptada por una autoridad regional o local que desde el punto de vista constitucional, cuente con un estatuto político o administrativo distinto del Gobierno central; (ii) debe haber sido adoptada sin que el Gobierno central haya podido intervenir directamente en su contenido; (iii) las consecuencias financieras de una reducción del tipo impositivo (con respecto al vigente en el resto del territorio nacional) en el marco de la región o municipio no deben verse compensadas por ayudas o subvenciones procedentes de otras regiones o del Gobierno central. Esto es, no sólo se precisa que la región o municipio tenga competencias propias en materia tributaria, sino que, además, asuma las consecuencias políticas y financieras de tal medida.

³⁴ Así, el caso Azores considera novedosamente el grado de autonomía de las autoridades infraestatales como parámetro para apreciar si una medida fiscal regional es o no selectiva (hasta entonces la Comisión prácticamente equiparaba las ayudas regionales a las selectivas), afirmándose que *“la determinación del marco de referencia reviste especial importancia en el caso de las medidas fiscales, puesto que la propia existencia de una ventaja solo puede apreciarse en relación con una imposición considerada normal”*. El tipo impositivo normal es el vigente en la zona geográfica que constituye el marco de referencia y a este respecto, *“el marco de referencia no debe necesariamente coincidir con el territorio del Estado miembro considerado, de tal modo de una medida que conceda una ventaja en solo una parte del territorio nacional no pasa por este simple hecho a ser selectiva en el sentido del artículo 87 CE, apartado 1”*.

- Son contrarias al artículo 107 del Tratado las medidas que favorecen a sectores empresariales específicos. Tanto la Comisión como el TJCE consideran que el concepto de ayuda de Estado abarcará cualquier medida que determine una modificación de los costes de una empresa o grupo de ellas, con independencia del ámbito material al que esté referida y de la finalidad que persiga el legislador. La norma debe juzgarse en atención a sus efectos, no por la finalidad de la misma. En realidad, esta idea provoca que el concepto de ayudas de Estado se amplíe enormemente y que sus perfiles sean un tanto confusos en ocasiones, puesto que no sólo serán ayudas de Estado las normas dirigidas a sectores específicos de empresas, sino también podrán vulnerar el Tratado las medidas tributarias destinadas a un sector específico pero que son selectivas de facto. En definitiva, la Comisión y el TJCE vienen considerando que las medidas que favorecen a ciertos grupos económicos pueden ser selectivas porque de hecho rompen el mercado. Quizá sea éste el aspecto más polémico y que, sin duda, contribuye a ensanchar los contornos del concepto de ayuda de Estado más allá de los estrictos límites fijados por el Tratado.

En definitiva, para lo que aquí nos interesa, desde una concepción material del ordenamiento comunitario, la Comisión, respaldada y reforzada por el Tribunal de Justicia en este ámbito, ha declarado la incompatibilidad –y/o ilegalidad- de la medida tanto en aquellos supuestos en los que los criterios utilizados son formalmente selectivos como en aquellos casos en los que se arbitra *una selección de facto* de las entidades y empresas beneficiarias de las ayudas.

En efecto, la Comisión ha rechazado por selectivas no sólo las ayudas *ad hoc*, sino también aquellas con un ámbito restringido de aplicación a determinadas empresas, sea la restricción de carácter territorial o sectorial, o aquellas que otorguen a la Administración un ámbito de decisión discrecional no fundado en criterios objetivos y no discriminatorios, o propicie la estancamiento del sistema, tanto subjetiva como objetiva, al tratar de eliminar los regímenes fiscales perjudiciales.

Así es, en el apartado 13 de la Comunicación de la Comisión de 1998 se desprende la concepción de la *selectividad de facto*, al preverse que las medidas fiscales generales “*deben estar realmente abiertas a cualquier empresa sobre la base de la igualdad de acceso y su alcance no puede ser reducido de facto, por ejemplo, a causa de la discrecionalidad del Estado en su concesión o debido a otros factores que puedan restringir su efecto práctico*”.

En consecuencia, tal y como señala MARTÍN LÓPEZ³⁵, “*es posible que una medida fiscal pueda prever un beneficio abierto, en apariencia, al conjunto de los sectores productivos del Estado miembro en cuestión y exigir, simultáneamente, la observancia de condiciones que, en puridad, limiten su disfrute a ciertas empresas*”.

³⁵ *Op. cit.* Página 343.

2.4.2 Otorgamiento de la ventaja fiscal mediante recursos estatales

También cabe dedicar un pequeño inciso en cuanto al hecho de que la ventaja otorgada debe ser con *recursos estatales*. En efecto, la segunda característica propia de las ayudas de Estado es que la norma o medida refuercen la posición de una empresa o grupo de empresas mediante el desplazamiento de recursos de presupuesto estatal hacia los beneficiarios de la medida.

A estos efectos la Comisión y el TJCE vienen considerando que la pérdida de ingresos estatales equivale al otorgamiento de ventajas con cargo a recursos estatales, ya sea el Estado, las Comunidades Autónomas o los Entes Locales quienes las otorguen.

En el caso de medidas tributarias, se viene entendiendo que esta nota se cumple automáticamente si se considera que la norma o media constituye una ventaja selectiva, pues la identificación del tratamiento favorable para ciertas empresas y producciones equivale a la pérdida por el ente público en cuestión de ingresos de su presupuesto.

Es importante precisar que tanto la Comisión como el TJCE estiman cumplido este requisito incluso en aquellos regímenes destinados a atraer actividades internacionales que no se desarrollarían en un Estado a falta del mismo y que, teóricamente, en consecuencia, aportan ingresos que de otra manera ese Estado no obtendría. En la práctica, con ello, este segundo requisito, en los asuntos tributarios, pierde su importancia: bastará con que se identifique una ventaja (tributaria) selectiva para, por ello, entender cumplido el requisito de imputación a los fondos estatales o de pérdida de recaudación para el Estado.

2.5 El control comunitario de las Ayudas de Estado

El artículo 108 del TFUE y el Reglamento 659/1999 fijan el sistema comunitario de control de ayudas, compuesto, en esencia, por cuatro procedimientos de fiscalización distintos, aplicables en función del tipo de ayuda de que se trate: *notificada, ilegal, existente o abusiva*.

Para lo que aquí nos interesa, nos centraremos en el control comunitario de las Ayudas de Estado ilegales.

2.5.1 El procedimiento de control aplicable a las “ayudas ilegales”

Tal y como apunta MARTÍN LÓPEZ³⁶, “*las ayudas de Estado ilegales constituyen una categoría de construcción jurisprudencial –no prevista, en consecuencia, por el Derecho comunitario originario- normativizada, en la actualidad, por el Reglamento del Consejo 659/1999.*”

Este procedimiento de control, previsto en los artículos 10 a 15 del Reglamento 659/1999, tiene lugar, por tanto, cuando un Estado miembro no hubiere cumplido con las obligaciones de información y suspensión prescritas en el artículo 108 del TFUE; esto es, cuando el proyecto de ayuda nueva no se notifique a la Comisión o, habiéndose notificado, se ejecute precedentemente a la adopción de la correspondiente decisión de autorización o al acaecimiento del silencio administrativo positivo.

Bajo este procedimiento, en el caso de que obre en poder de la Comisión cualquier información, con independencia de su origen, relativa a una presunta ayuda ilegal, la institución comunitaria deberá proceder, sin demora, al examen de su compatibilidad a la luz del artículo 107 del TFUE, pudiendo, en el seno de dicha indagación, acordar, mediante decisión, dos clases de medidas cautelares: (i) la suspensión de la concesión de la ayuda (artículo 11.1 del Reglamento); y, (ii) su recuperación provisional, siempre que no existan dudas sobre el carácter de ayuda estatal de la medida controvertida, se precise una actuación urgente y concurra un grave riesgo de causar un perjuicio considerable e irreparable a un competidor (artículo 11.2 del Reglamento).

Concluido el análisis de la ayuda ilegal, la Comisión habrá de adoptar una de las tres decisiones previstas, declarándose, por ende, bien que la medida estudiado no es una ayuda de Estado, bien la compatibilidad de la ayuda (*decisión de no formular objeciones*), bien la apertura de una nueva fase de comprobación si se mantiene la incertidumbre acerca de la compatibilidad de la ayuda estatal (*decisión de incoar el procedimiento de investigación formal*).

En este último supuesto, la institución comunitaria podrá concluir, tras la pertinente evaluación y por medio de decisión, bien que la medida considerada no constituye una ayuda estatal, bien la compatibilidad de la ayuda (*decisión positiva*) o su sujeción a determinados requisitos (*decisión condicional*), bien la incompatibilidad de la misma (*decisión negativa*).

Cuando se aprecie la incompatibilidad de una ayuda ilegal, la Comisión compelerá al Estado miembro a obtener su reembolso del beneficiario (*decisión de recuperación*), salvo que ello suponga, en puridad, la conculcación de un principio general del ordenamiento jurídico comunitario (*la confianza legítima*).

³⁶ *Op. Cit.* Página 298 y siguientes. Seguiremos su obra para abordar dicho apartado.

Contra una decisión *condicional, negativa o de recuperación*, el Estado miembro y la empresa beneficiaria de la ayuda gozan de legitimación activa para interponer el oportuno recurso de anulación (artículo 263 del TFUE, antiguo artículo 230 del TCE); y, de otro lado, la inobservancia de alguna de tales decisiones faculta a la Comisión para elevar directamente el asunto ante la Corte de Luxemburgo a través de la interposición del correspondiente recurso por incumplimiento (artículo 258 del TFUE, antiguo artículo 226 del TCE).

Por último, destacar que en la tramitación del procedimiento de fiscalización de las ayudas ilegales la Comisión no se halla sometida a los plazos reglamentariamente previstos para el control de las ayudas notificadas, regulándose tan sólo un plazo de prescripción de diez años a efectos de la recuperación de aquéllas (artículo 15 del Reglamento 659/1999).

2.6 Efectos de las normas en materia de Ayudas de Estado en el derecho comparado y precedentes en la legislación española

A continuación se realiza un inventario, sin ánimo de ser exhaustivos, de las actuaciones de la Comisión aplicando las normas en materia de Ayudas e Estado en el ámbito tributario.

Ello tiene el propósito de entrar a analizar someramente posibles antecedentes al régimen fiscal previsto en el artículo 12.5 del TLRIS que pueden haber servido de inspiración a la Comisión para su calificación como Ayuda de Estado.

2.6.1 Ejemplos en el Derecho comparado

- Resulta interesante traer a colación, por su incidencia en el caso que aquí nos ocupa, la sentencia de 22 de junio de 2006 Reino de Bélgica, y Forum 187 ASBL contra Comisión, asuntos acumulados C-182/03 y C-217/03, párrafo 122. En esta sentencia, el TJCE consideraba que al constar “*que el citado régimen es aplicable únicamente a los Grupos internacionales cuyas filiales estén implantadas al menos en cuatro países diferentes, que dispongan de un capital y de reservas superiores o iguales a 1.000 millones de BEF, y que realicen un volumen de negocios anual consolidado superior o igual a 10.000 millones de BEF*”, el régimen controvertido presentaba un carácter selectivo.

- Ahora bien, en la Ayuda de Estado N674/2001, Italia, medidas para la regularización de la economía sumergida, Decisión de 13 de noviembre de 2001, C(2001)3455fin, párrafo 26) se argumentó que la capacidad de poder ser aplicada a todas las empresas en todos los sectores económicos de un Estado es lo que permite su calificación como medida general.
- En la Decisión de 22 de noviembre de 2004, relativa al régimen de sociedades holding irlandesas (N354/2004), se consideraba que la exigencia de un 5% no constituye un trato favorable para determinadas empresas, siendo un requisito de naturaleza horizontal, puesto que el requisito puede ser cumplido por cualquier empresa, con independencia de su tamaño y estructura legal.
- En el mismo sentido, en la más reciente Decisión de 26 de enero de 2007 (C4/07) sobre el régimen *national interest income* de Holanda.
- Decisiones de 7 de febrero de 2007 y de 21 de marzo de 2007. La Comisión ha considerado que la deducción de intereses intragrupo previstos en las legislaciones de Hungría y Holanda, no constituyen una medida general al excluir a las pequeñas empresas y medianas empresas, restringir la medida a los grupos societarios y siendo ventajoso sólo en un contexto internacional.
- Es importante tener también como referencia que existe una norma similar en el ordenamiento austriaco a la prevista por España en su artículo 12.5 del TRLIS.

Así es, el artículo 9 de la ley austriaca de imposición societaria (KStG), que prevé desde el año 2004 una posibilidad una posibilidad semejante de amortización pero, a diferencia de lo que ocurre con el caso español, se reserva para la adquisición de acciones de sociedades austriacas y se plantea si se trata, por esta razón, de una medida discriminatoria y contraria al derecho de establecimiento.

Como puede apreciarse aquí la problemática es justo la contraria. Sólo se aplica a la adquisición de participaciones en empresas austriacas, de manera que lo que en ella se cuestiona es si puede ser contraria al tratado por discriminatoria y obstaculizadora de la libertad de establecimiento.

2.6.2 Ejemplos en el Derecho español

Por lo que respecta a nuestra legislación en materia de Impuesto sobre Sociedades, España ha conocido una especial virulencia por parte de la Comisión Europea en el control de las ayudas fiscales en los últimos años, siendo la norma más afectada el artículo 37 del TRLIS, esto es, la *deducción de actividades exportadoras* en aras al establecimiento por parte del tejido empresarial español de cierta infraestructura

exportadora en el exterior o por lanzamiento de ciertos productos y participación en ferias con carácter internacional.

Tras la sentencia del TJCE de 15 de julio de 2004, España / Comisión, Asunto C-501/00, en el ámbito del Tratado CECA, quedó claro que los incentivos españoles a la exportación podían vulnerar el artículo 107 del Tratado y así lo ha declarado la Comisión que considera esta norma como una ayuda existente, que debe suprimirse hacia el futuro, pero que no exige la obligación de devolución de las ayudas concedidas (Decisión de la Comisión de 22 de marzo de 2006 sobre el expediente EE-22/2004, y la Resolución de la DGT 1/2006, que trata de desarrollar la decisión de la Comisión)³⁷.

También cabe citar el caso de las llamadas ayudas vascas o con las comúnmente denominadas “*vacaciones fiscales vascas*” (sentencia del TJCE de 14 de diciembre de 2006, asuntos acumulados C-485/03 y C490/03). La Comisión y el TJCE consideraron que los créditos fiscales concedidos por las tres diputaciones vascas a las empresas de nueva creación constituyen ayudas de Estado.

El régimen de las entidades de la Zona Especial Canaria (ZEC), condicionado por las exigencias de la Comisión Europea, ha quedado limitado, en lo que a imposición directa se refiere, a una reducción de tipos en el Impuesto sobre Sociedades para las empresas de nueva creación, en la que se tiene en cuenta el número de empleos creado. Fue la Ley 4/2006, de 29 de marzo, la que añadió a la Ley 19/1994, de 6 de julio, de modificación del régimen económico y fiscal de Canarias, una disposición adicional 12ª titulada “incompatibilidad entre ayudas de Estado”, en virtud de la cual se adaptó el régimen a las más recientes decisiones de la Comisión. La Ley incorporó al ordenamiento interno el resultado de la Decisión de la Comisión de 26 de enero de 2005 autorizando prorrogar determinadas ayudas hasta el 31 de diciembre de 2006. En concreto, la que se refiere a la posibilidad de materializar las dotaciones de la Reserva para Inversiones en Canarias en la suscripción de títulos de deuda pública de la Comunidad Autónoma de Canarias, de las corporaciones locales canarias o de sus empresas públicas u organismos autónomos, siempre que se destine a financiar inversiones en infraestructuras o de mejora o protección del medio ambiente en territorio canario.

³⁷ La Recomendación de la Comisión, de 22 de marzo de 2006, propuso a España la adopción de medidas entre las cuales estaba la de eliminar gradualmente la deducción (debiendo pasar del 25% al 12% a partir de 1 de enero de 2007 e ir reduciéndose en tres puntos porcentuales cada uno de los años siguientes, de modo que desaparezca totalmente a partir de 1 de enero de 2011) y poner fin con efecto inmediato a todas las ayudas a la exportación, con el propósito de suprimir cualquier posible incompatibilidad con los compromisos de la Unión Europea con arreglo a las normas de la OCM. La Dirección General de Tributos, por su parte, en Resolución de 24 de junio de 2006, acordó que la deducción fiscal no sería aplicable en relación con los actos o negocios jurídicos relativos al establecimiento y la explotación de una red de distribución cuya fecha de adopción o celebración fuera posterior al 21 de marzo de 2006, siendo finalmente la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y de modificación parcial de las Leyes del Impuesto sobre Sociedades, sobre la Renta de los no Residentes y sobre el Patrimonio la que formalmente adaptó este incentivo al Derecho comunitario. Confesaba su exposición de motivos, tras hacer referencia a la desaparición de la deducción por inversiones en el extranjero en el año 2007, que con la importante reducción del tipo impositivo y la eliminación de las bonificaciones y deducciones se pretende que la fiscalidad no distorsione la libertad de movimiento de capitales, bienes y servicios.

También los incentivos estatales y forales de las inversiones extranjeras han sido foco de atención permanente por parte de la Comisión Europea. En su Decisión de 31 de octubre de 2000, entendió que en cuanto las ayudas beneficiaban a empresas siderúrgicas CECA establecidas en España, los incentivos eran incompatibles con el mercado común del carbón y del acero. El procedimiento se inició en 1997 al considerar que se apoyaba solo a un grupo concreto de empresas. Por entonces, el artículo 34 de la Ley del Impuesto sobre Sociedades permitía la deducción por inversiones en la creación de sucursales y establecimientos permanentes en el extranjero; en la adquisición de participaciones de sociedades extranjeras, en la constitución de filiales; en gastos de propaganda y publicidad de proyección plurianual para el lanzamiento internacional de productos, apertura y prospección de mercados en el extranjero; y gastos de concurrencia a ferias, exposiciones y manifestaciones análogas, incluso las celebradas en España con carácter internacional y, además, fuera del ámbito de la CECA, tal precepto parecía difícilmente compatible con las libertades comunitarias.

Confirmada la Decisión por el TJCE (en sentencia de 15 de julio de 2004, España c. Comisión, asunto C-501/00), el tribunal apreció que al beneficiar la deducción fiscal solamente *“a una categoría de empresas, a saber, aquellas que realizan actividades de exportación y efectúan determinadas inversiones contempladas en las medidas controvertidas”*, había que entender confirmado el carácter selectivo de la ventaja de que se trata. Y la misma problemática se planteó posteriormente con el artículo 37 del TRLIS, por lo que la Recomendación de la Comisión de 22 de marzo de 2006 propuso a España la adopción de medidas, como se ha expuesto líneas más arriba.

Por último, destacar también las siguientes Decisiones, entre otras:

- Decisión 93/337/CEE, de 10 de mayo de 1993, relativa a la incompatibilidad de un sistema de incentivos fiscales a la inversión en el País Vasco (publicada en el DOCE número L 134, de 3 de junio de 1993)
- Decisión 1999/509/CE, de 14 de octubre de 1998 (publicada en el DOCE número L198, de 20 de julio de 1999), relativa a la incompatibilidad de una ayuda estatal en forma de impago continuado de impuestos y contribuciones a la Seguridad Social.
- Las Decisiones 1999/718/CE, de 24 de febrero de 1999 (publicada en el DOCE número L292, de 13 de noviembre de 1999) y 2000/795/CE (publicada en el DOCE número L318, de 16 de diciembre de 2000), relativas a la incompatibilidad de determinados beneficios fiscales contemplados en la normativa foral del Territorio Histórico de Álava.
- La Decisión 2000/131/CE (publicada en el DOCE número L37, de 12 de febrero de 2000), relativa a la incompatibilidad de determinados créditos fiscales concedidos a favor de los astilleros españoles de titularidad pública.

- La Decisión 2002/935/CE (publicada en el DOCE número L329, de 5 de diciembre de 2002), relativa a la incompatibilidad de una ayuda estatal consistente en la condonación y aplazamiento de pago de deudas tributarias.

2.6.3 Especial consideración a la deducibilidad del Fondo de Comercio Financiero previsto en la normativa foral del País Vasco

Cabe apuntar que, a partir de 1 de enero de 2002, las Normas Forales del Impuesto sobre Sociedades (artículo 12.8 NFIS) adoptan una redacción idéntica a la normativa estatal de la deducción del Fondo de Comercio Financiero de entidades no residentes, por lo que en teoría todo lo dicho hasta el momento y a continuación con respecto a la normativa estatal debería servir para esta medida foral.

Sin embargo, ya desde 1996 las Normas Forales (artículo 12.6 NFIS) contemplaban una medida, expresamente compatible con la anterior, que no discriminaba entre empresas nacionales o extranjeras: la deducción fiscal del fondo de comercio financiero por quintas partes, en el supuesto de adquisición de una participación significativa (igual o superior al 5%) de los fondos propios de entidades que no coticen en un mercado secundario organizado, o bien que, cotizando, sean representativas del capital de sociedades del grupo o asociadas.

Este incentivo no está contemplado en la normativa del Territorio Común, y su característica de no discriminación entre entidades residentes y no residentes hace que, en principio, esta parte de la normativa foral no reúna las condiciones aludidas por la Comisión en este expediente, pero pudiera encajar en la crítica de la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de diciembre de 2004 por ser una especialidad foral.

Esta sentencia argumenta que los artículos anulados suponen una reducción de la carga fiscal de las empresas con respecto a la que les hubiera correspondido bajo el régimen común del Impuesto sobre Sociedades, encuadrándose por lo tanto en el concepto de ayudas de Estado, avalando la tesis de la Federación de Empresarios de la Rioja de que estas medidas suponían la creación de incentivos que fomentan la implantación de empresas en los territorios vascos, en perjuicio del resto de territorios del Estado, alterándose así el juego de la libre competencia.

Sin embargo, otra línea de opinión de signo totalmente contrario ya se ha marcado por la Sentencia del TJCE de 6 de septiembre de 2006 sobre el régimen fiscal de las islas Azores, tal y como hemos tenido ocasión de apuntar líneas más arriba.

En este caso, según opinión del Tribunal, para que una medida fiscal adoptada por una Administración Territorial parte de un Estado sea permitida por la legislación comunitaria, debe existir una triple autonomía:

- Autonomía institucional: tiene que ser aprobada en el ejercicio de facultades lo suficientemente autónomas del poder central y aplicada a todas las empresas establecidas en el territorio afectado;
- Autonomía en materia de procedimiento: debe haber sido adoptada sin que el Gobierno central haya podido intervenir directamente en su contenido; y
- Autonomía económica: las consecuencias financieras de su aplicación no deben verse compensadas por ayudas o subvenciones procedentes de otras regiones o del Gobierno central.

3 LA CALIFICACIÓN DEL RÉGIMEN DE AMORTIZACIÓN FISCAL DEL FONDO DE COMERCIO FINANCIERO INTERNACIONAL COMO AYUDA DE ESTADO.

3.1 Antecedentes. El objeto del expediente de ayudas de Estado C45/2007: el beneficio fiscal del artículo 12.5 del TRLIS

El artículo 12.5 del TRLIS³⁸, en la redacción cuestionada en el procedimiento por ayuda ilegal, disponía en un único párrafo³⁹ que:

“Cuando se adquieran valores representativos de la participación en fondos propios de entidades no residentes en territorio, cuyas rentas puedan acogerse a la exención establecida en el artículo 21 de esta Ley, el importe de la diferencia entre el precio de adquisición de la participación y su valor teórico contable a la fecha de adquisición imputará a los bienes y derechos de la entidad no residente en el territorio español, de conformidad con los criterios establecidos en el Real Decreto 1815/1991, de 20 de diciembre, por el que se aprueban las normas para la formalización de las cuentas anuales consolidadas, y la parte de la diferencia que no hubiera sido imputada será deducible de la base imponible, con el límite anual máximo de la veinteaava parte de su importe, salvo que se hubiera incluido en la base de la deducción del artículo 37 de esta Ley sin perjuicio de los establecido en la normativa contable de aplicación⁴⁰.

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

³⁸ En la actualidad, y con efectos para los períodos impositivos iniciados a partir de 1 de enero de 2008, el precepto ha sido modificado por la Disp. Ad. 8.1.2 de la Ley 16/2007 de 4 de julio, de reforma y adaptación de la legislación mercantil en materia contable para su armonización internacional con base a la normativa de la Unión Europea.

³⁹ Nótese que un beneficio fiscal de tal magnitud sólo se regula en un único párrafo, habiendo dado lugar a múltiples dudas en su aplicación y, por consiguiente, a múltiples pronunciamientos doctrinales, administrativos y jurisprudenciales en su aplicación práctica.

⁴⁰ Nótese que el artículo 12.5 del TRLIS ofrece una redacción similar a la prevista en el artículo 89.3 del TRLIS (fondo de comercio afluído con motivo del régimen especial de fusiones previsto en el Capítulo VIII del Título VII del TRLIS) y huelga decir que ciertamente la determinación del fondo de comercio financiero se presenta como una labor no exenta de cierta complejidad.

Asimismo, el artículo 12.5 del Reglamento del IS establece una serie de obligaciones formales consistentes en aportar una serie de documentación⁴¹ conjuntamente con la declaración del Impuesto en todos y cada uno de los ejercicios en los que se practique el citado beneficio fiscal.

3.1.1 Régimen jurídico de la amortización fiscal del Fondo de Comercio Financiero Internacional

El artículo 12.5 del TRLIS, en vigor desde 2002 con motivo de la Ley de acompañamiento 24/2001 en aras a potenciar la internacionalización de las empresas españolas, prevé la posibilidad de amortizar durante 20 años el llamado “*fondo de comercio financiero*” que aparezca como consecuencia de la adquisición de una participación accionarial significativa (>5%) en una empresa extranjera y se cumplan determinados requisitos relacionados con la actividad y localización de la citada empresa.

Dicho en otros términos, la norma permitía deducir en la base imponible durante un período de 20 años la diferencia entre el precio de adquisición de la participación extranjera y su valor teórico contable corregido en las imputaciones de valor que correspondiera realizar a los bienes y derechos de la entidad no residente de conformidad con los criterios establecidos en el Real Decreto de consolidación contable.

Todo ello sin que se requiera la contabilización del gasto (se trata de una amortización fiscal, no contable) o sin que el fondo de comercio surja a resultas de la fusión de las dos entidades.

En concreto, el cálculo del fondo de comercio financiero se calcula en dos etapas:

- En primer lugar se debe hallar la diferencia entre el precio de adquisición de la participación en la entidad no residente y su valor teórico contable en la fecha de adquisición.
- En segundo lugar, la diferencia positiva se debe imputar a los elementos patrimoniales de la entidad adquirida en función del porcentaje de participación adquirido, aumentando el valor de los activos o reduciendo el de los pasivos de acuerdo con su valor de mercado según lo previsto en el Real Decreto 1815/1991, de 20 de diciembre, por el que se aprueban las normas para la formulación de cuentas consolidadas.

⁴¹ Se trata de información sobre la entidad no residente directamente participada: identificación de la compañía, porcentaje de participación, descripción de sus actividades, valor y fecha de adquisición de las participaciones y el valor teórico contable de dichas participaciones a partir de las cuentas anuales homogeneizadas. Asimismo, justificación de los criterios de homogeneización valorativa y temporal y los de imputación a los bienes y derechos de la entidad participada de la diferencia existente entre el precio de adquisición de sus participaciones y de su valor teórico contable en la fecha de adquisición.

- La parte de la diferencia positiva que no sea imputable a ninguno de los elementos patrimoniales de la entidad adquirida constituye el fondo de comercio financiero susceptible de ser amortizado durante un período de 20 años, esto es, a razón de un 5 por 100 anual.

La amortización fiscal del fondo de comercio financiero se sujeta a tres restricciones significativas⁴²:

- En primer lugar, la amortización del fondo de comercio financiero supone una diferencia temporal como así ha sido confirmado por la Dirección General de Tributos en su informe de 17 de marzo de 2006. De acuerdo con el criterio de la Dirección General de Tributos la exención prevista en el artículo 21 del TRLIS sólo se aplicará, cuando se transmita la participación, a la parte de la renta que exceda de la corrección valorativa que ha sido deducida de acuerdo con lo previsto en el artículo 12.5. En otras palabras, el beneficio obtenido en la transmisión de la participación, si existe, no estará exento del impuesto en la parte que corresponda al importe del fondo de comercio financiero deducido en los años precedentes, quedando, por tanto, integrada dicha corrección valorativa en la base imponible de la sociedad. Esto implica que la ventaja prevista en el artículo 12.5 tendrá un efecto puramente financiero durante el período de tiempo limitado.
- En segundo lugar, en el supuesto de adquisición de una participación en una sociedad holding con participaciones en otras sociedades operativas subyacentes, es probable que la diferencia entre el precio de la participación en la sociedad holding y su valor teórico contable sea totalmente imputado como mayor valor de las filiales subyacentes, que son a su vez elementos patrimoniales de la sociedad holding. La Dirección General de Tributos, en recientes consultas se habría manifestado en el sentido de rechazar la posibilidad de que la adquisición de una sociedad holding pueda de hecho generar un fondo de comercio financiero susceptible de ser amortizado fiscalmente de acuerdo con lo previsto en el artículo 12.5 del TRLIS.
- Finalmente para que el fondo de comercio financiero pueda ser amortizado con efectos fiscales, las rentas obtenidas por la entidad no residente deben cumplir con los requisitos previstos en el artículo 21 de la misma ley, esto es, cumplir con lo que comúnmente se conoce como el régimen español de exención en rentas derivadas de participaciones en entidades no residentes⁴³.

⁴² Las dos primeras no previstas por la normativa, pero sí por los pronunciamientos de la Dirección General de Tributos.

⁴³ Esto es, (i) que el porcentaje de participación, directa o indirecta en la entidad no residente sea, al menos, del 5 por 100 durante un período mínimo de un año; (ii) que la empresa extranjera esté sujeta a un impuesto similar al impuesto aplicable en España (se considerará cumplido este requisito cuando la entidad

Precisar, asimismo, que la Ley del IS ya preveía, y todavía lo hace, la amortización fiscal de otros dos tipos de fondo de comercio. En primer lugar, el entonces vigente artículo 11.4 de la LIS (actual 12.6 del TRLIS) permitía la amortización fiscal del fondo de comercio nacido en virtud de una adquisición realizada a título oneroso. Y, en segundo lugar, el régimen especial de fusiones y otras reestructuraciones empresariales permite, bajo determinadas condiciones, amortizar el fondo de comercio de fusión nacido cuando la entidad absorbente participa en al menos un 5 por 100 del capital de la sociedad absorbida (artículo 89.3 del Capítulo VIII del Título VII del TRLIS).

Esto es, la legislación española no permite amortizar el fondo de comercio financiero en adquisiciones de empresas españolas cuando sólo se adquieran participaciones en acciones, pero sí prevé la amortización cuando la empresa doméstica adquirida se fusione con la adquirente o cuando ésta adquiera directamente activos de aquélla.

Por tanto, conforme con la legislación mercantil-tributaria española pueden existir tres tipos de fondo de comercio: (i) el explícito derivado de la adquisición de activos y pasivos a un tercero (“adquisición directa”), (ii) el que aflora tras un proceso de fusión por absorción y (iii) el aquí tratado, el fondo de comercio financiero o implícito en el precio satisfecho en la adquisición de unas participaciones.

Respecto a este último, sólo se permite su deducibilidad fiscal a un ritmo del 5 por 100 anual si se trata de participaciones en el capital social de una entidad operativa en el extranjero (no en participaciones en el capital social de una entidad española)⁴⁴.

Por último, cabe apuntar que las modificaciones acaecidas en la normativa del Impuesto sobre Sociedades, a partir de 1 de enero de 2008, con motivo de la Ley 16/2007, de 4 de julio, de reforma y adaptación de la legislación mercantil en materia contable para su armonización internacional con base en la normativa de la Unión Europea, no han introducido cambios en la regulación de la deducibilidad del fondo de comercio financiero internacional. Simplemente pequeñas modificaciones que podríamos catalogar de semánticas (patrimonio neto en vez de valor teórico contable, etc.).

participada sea residente en un país con el que España tenga suscrito un convenio para evitar la doble imposición internacional y la evasión fiscal); (iii) que los ingresos de la empresa extranjera procedan principalmente de actividades empresariales en el extranjero (se entenderá cumplido este requisito cuando al menos el 85 por 100 de los ingresos de la empresa participada no sean ingresos pertenecientes a una categoría sujeta a las normas españolas contrarias al aplazamiento fiscal aplicables a las empresas extranjeras controladas y sean ingresos por dividendos).

⁴⁴ Véase que como principal diferencia entre estos regímenes tradicionales de amortización de fondos de comercio, el artículo 12.5 del TRLIS únicamente es aplicable en relación con inversiones en sociedades extranjeras. Por esta razón, empresas europeas competidoras lanzaron acusaciones contra esta medida, señalándola como ayuda de estado ilegal.

3.1.2 *Un ejemplo con números del beneficio fiscal previsto en el artículo 12.5 del TRLIS.*

Veamos con un ejemplo numérico el impacto del ahorro en cuota que proporciona la aplicación del beneficio fiscal previsto en el artículo 12.5 del TRLIS.⁴⁵

Así, por ejemplo, dada una Sociedad no residente “A” cuyo valor teórico contable asciende a 10.000.000 de Euros, y una segunda Sociedad española “B” que adquiere el 100 por 100 de la participación en el capital social de la primera por un importe de 15.000.000 de Euros. Supongamos que la Sociedad no residente “A” contase en su activo con un inmueble cuyo valor contable fuese de 1.000.000 de Euros, siendo su valor de mercado a la fecha de adquisición de la participación de 2.000.000 de Euros, no pudiendo establecerse ninguna otra imputación concreta del sobreprecio pagado respecto del valor teórico contable de la Sociedad no residente “A” a otros elementos patrimoniales de esta última.

Atendiendo al supuesto de hecho y de cara a la determinación del fondo de comercio financiero internacional, nótese que existiría una diferencia entre el precio satisfecho por parte de la Sociedad “B” y el valor teórico contable de la Sociedad no residente “A” de 5.000.000 de Euros (15.000.000 Euros de precio de adquisición – 10.000.000 Euros de valor teórico de la Sociedad no residente “A” a fecha de adquisición).

De dicha diferencia, se imputaría 1.000.000 Euros a la plusvalía tácita del inmueble de la Sociedad no residente “A” y el resto se imputaría al Fondo de Comercio Financiero Internacional; esto es, 4.000.000 de Euros.

Estos 4.000.000 de Euros de valor de Fondo de Comercio Financiero Internacional constituyen la base sobre la cual se aplicaría una amortización fiscal anual del 5% como ajuste negativo en la Base Imponible del Impuesto sobre Sociedades de la Sociedad “B”.

A modo de resumen, el importe del fondo de comercio financiero (implícito) internacional sobre el que se aplicaría el 5% de amortización fiscal anual en la base imponible de la Sociedad “B” se determinaría de la siguiente forma:

⁴⁵ Ejemplo extraído de las clases impartidas por el autor en ESADE en la asignatura del Impuesto sobre Sociedades (licenciatura de ADE), primer semestre curso 2009/2010.

Precio de adquisición de la participación	15.000.000
Valor teórico contable de la participación extranjera adquirida	(10.000.000)
Diferencia	5.000.000
Plusvalía tácita del inmueble (2.000.000 – 1.000.000)	(1.000.000)
Fondo de comercio financiero internacional	4.000.000
% amortización fiscal anual prevista en el artículo 12.5 del TRLIS	5%
Ajuste fiscal negativo anual en la Base Imponible	(200.000)
Ahorro anual en cuota del IS por aplicación del régimen fiscal del art. 12.5 del TRLIS (bajo un tipo general del IS del 30%).	60.000
Ahorro bruto en cuota en los 20 años de aplicación del régimen (sin aplicar tasas de descuento):	1.200.000
% ahorro bruto en cuota en los 20 años de la aplicación del régimen sobre el precio de adquisición	8%

Obsérvese que, bajo los números propuestos del ejemplo y un tipo general del Impuesto sobre Sociedades del 30 por 100 constante, el ahorro fiscal que obtendría la Sociedad “B” ascendería a un importe anual de 60.000 Euros durante 20 años.

Por consiguiente, si tenemos en consideración el ahorro fiscal a lo largo de todo el período de aplicación del régimen fiscal, podría concluirse que el 8% del precio de adquisición de las participaciones en el capital social de la Sociedad no residente “A” ha sido “subvencionado” por parte del Estado al dejar de ingresar 1,2 millones de Euros con motivo de este incentivo fiscal.

En tal sentido, dependiendo del caso en concreto con el que nos hallemos, el beneficio fiscal será más o menos importante en función del sobreprecio que se pague sobre el valor teórico contable de la sociedad a adquirir y el importe de las plusvalías tácitas de dicha sociedad. En cualquier caso, la Comisión ha estimado que este incentivo fiscal constituye una ventaja económica que viene a consistir en una reducción del 20,6% del importe del fondo de comercio financiero en los veinte años siguientes a su adquisición⁴⁶.

⁴⁶ El cálculo se hace sobre la base de una adquisición en el año 2002, una tasa de descuento del 5% y teniendo en cuenta la actual estructura de tipos del impuesto.

3.2 La experiencia práctica en la aplicación del artículo 12.5 del TRLIS en España y las primeras sospechas de un caso de Ayuda de Estado ilegal

El artículo 12.5 del TRLIS ha sido aplicado desde su entrada en vigor en numerosas adquisiciones exteriores realizadas por empresas españolas⁴⁷, coincidiendo con el *boom* expansivo y el desembarco internacional desde 2002 de empresas españolas en la conquista de los mercados de Sudamérica y de la Unión Europea, concretamente, Inglaterra⁴⁸.

Así es, las empresas españolas (TELEFÓNICA, SANTANDER, IBERDROLA, ABERTIS, etc.) han protagonizado en los últimos años una serie de adquisiciones transfronterizas de grandes dimensiones que han llamado la atención, sobre todo las del Reino Unido. Distintas fuentes calculan que el 12.5 ha permitido la aplicación de créditos fiscales por valor de unos 30.000 millones de Euros⁴⁹. A juicio de la Comisión, tal y como se ha adelantado previamente, la norma fiscal española constituye una ventaja económica que viene a consistir en una reducción del 20,6% del importe del fondo de comercio financiero en los veinte años siguientes a su adquisición⁵⁰. Es posible ofertar un sobreprecio muy superior a los competidores de otros países.

Así, en el años 2004 la entidad BSCH se hizo con el Banco ABBEY NATIONAL (13.800 millones de Euros), en 2005 TELEFONICA adquiría O2 (26.000 millones de Euros), el segundo operador de móviles del Reino Unido, y en 2006, Ferrovial se hacía con el control de siete aeropuertos británicos tan emblemáticos como Heathrow.

La compra por parte de TELEFONICA de O2 motivó la pregunta de Sharon Bowles – europarlamentaria del Reino Unido y miembro del Grupo de la Alianza de los Demócratas y Liberales por Europa-, cuestionando la medida fiscal sobre el fondo de comercio financiero, que es contestada por la Comisión en el sentido de que, de acuerdo con la información que posee, parece que la norma española se aplica a las empresas españolas independientemente de su tamaño, sector o forma legal y al margen de su propiedad privada o pública, por lo que no parece caer en el ámbito de la aplicación de las reglas sobre ayuda de Estado.

⁴⁷ 02/02/2007. Expansión. *Bruselas pone bajo la lupa las deducciones multimillonarias por internacionalización*. “La deducción del fondo de comercio es uno de los incentivos más poderosos con los que cuenta ahora las empresas, y que explica muchas de las compras de compañías en el exterior.”

⁴⁸ En los últimos diez años la economía española deja de ser receptora neta de inversión extranjera y pasa a ser emisora neta de inversión directa internacional, siendo Iberoamérica y la Unión Europea las principales áreas geográficas hacia las que se ha canalizado la inversión.

Asimismo, “las operaciones de adquisición como las de Abbey por BSCH, de O2 por TELEFÓNICA, de BAA por FERROVIAL, o las más recientes de WRG por FCC o la oferta formulada sobre Scottish Power por Iberdrola, han convertido al Reino Unido en uno de los principales destinos de inversión del capital nacional”. 08/03/2007. EXPANSIÓN. *La fiscalidad de las adquisiciones*.

⁴⁹ Artículo de NEGOCIO (pág. 33) de 19 de noviembre de 2009.

⁵⁰ El cálculo se hace sobre la base de una adquisición en el año 2002, una tasa de descuento del 5% y teniendo en cuenta la actual estructura de tipos del impuesto.

Sin embargo, las ofertas de las empresas ABERTIS, CINTRA y SACYR VALERMOSO sobre las acciones del Estado francés de empresas de autopistas de peaje motivan la pregunta del diputado socialista holandés Eric Meijer sobre varias cuestiones relacionadas con el hecho de que estas ofertas se sitúan entre un 15% y un 18% por encima de las de otras sociedades. En este estadio, la Comisión volvió a contestar que la legislación española sobre la amortización del fondo de comercio financiero es una norma general de depreciación que no entra en el ámbito de aplicación de las ayudas de Estado, si bien afirmó que estaba examinando los incentivos fiscales españoles a las inversiones para la exportación y negociando con las autoridades españolas la adaptación a criterios comunitarios de esos incentivos.

La culminación de las inversiones españolas en Inglaterra y la gota que colmó el vaso fue la adquisición de SCOTTISH POWER por parte de IBERDROLA en el año 2007⁵¹.

El diputado español del PSE, David Martín, planteó una pregunta por la cual IBERDROLA se habría beneficiado irregularmente de una ayuda estatal en forma de prima fiscal aplicable a dicha operación. En este caso, la Comisión decidió no oponerse a la operación notificada y declarada compatible con el mercado común, en aplicación del artículo 6.1.b) del Reglamento (CE) número 139/2004 del Consejo sobre el control de concentraciones entre empresas, pero la aportación de datos por parte de IBERDROLA permitió estimar el valor actual neto de este incentivo fiscal entre 1.000 y 1.500 millones de Euros.

Dicha adquisición motivó también la reacción del Reino Unido de atribuir la expansión internacional de las empresas españolas a la supuesta ayuda de Estado del artículo 12.5 del TRLIS y que la comisaria europea de competencia, Neelie Kroes⁵², ultimara un expediente contra España por el apoyo fiscal a empresas españolas para la adquisición de empresas extranjeras, es decir, por la deducibilidad fiscal del fondo de comercio financiero en participaciones extranjeras.

Según la nota de prensa de la Comisión Europea de 10 de octubre de 2007 (IP/07/1469), Neelie Kroes, Comisaria responsable de la competencia, aseguró: *“muchos creen que este régimen otorga una ventaja a las empresas españolas que compran empresas extranjeras. Esta investigación va a permitirnos determinar si esta inquietud está justificada.”*

⁵¹ Nota de prensa de la Comisión Europea de 10 de octubre de 2007: *“La Comisión ha recibido varias preguntas de diputados del Parlamento Europeo, así como denuncias formales que sostienen que el régimen español es ilegal. Las preguntas parlamentarias se refieren sobre todo a la adquisición de compañías extranjeras por parte de empresas españolas, a saber, la compra de O2 por Telefónica (operador de telefonía) y de Scottish Power por Iberdrola (energía), y las ofertas de Sacyr, Abertis y Cintra para la concesión de las autopistas de Francia.”*

⁵² Véase *“Kroes expedientará a España por sus ayudas fiscales a las opas internacionales”* en CINCO DÍAS 28/9/2007.

En efecto, determinados competidores de las empresas españolas adquirentes, parlamentarios europeos y medios de prensa económica internacional comenzaron a airear quejas por lo que consideraban una ventaja desleal a las empresas españolas. Algunos miembros del Parlamento europeo plantearon preguntas y alguna empresa competidora presentó una denuncia formal ante la Comisión europea.

Todas estas acusaciones se dirigieron a la Comisión Europea, la cual examinó la cuestión bajo un prisma y línea de actuación que a finales de los años noventa había iniciado en aras a luchar contra lo que denominó “*competencia fiscal perniciosa*” entre los Estados Miembros.

Dentro de esos objetivos incluyó una apuesta decidida por perseguir las medidas fiscales nacionales que pudieran falsear la competencia.

De manera expresa, la Comisión europea publicó su “*Comunicación relativa a la aplicación de las normas sobre ayudas estatales a las medidas relacionadas con la fiscalidad directa de las empresas*”⁵³, en la que afirmaba su voluntad de perseguir las normas fiscales nacionales dirigidas a incentivar la exportación de productos o los sectores sometidos a competencia internacional.

Además, como ya se ha anticipado, probablemente como resultado del lobby realizado por empresas europeas, varios parlamentarios europeos preguntaron a la Comisión si consideraba que la amortización fiscal prevista en el artículo 12.5 del TRLIS era una ayuda de estado ilegal.

Ya, en enero y febrero de 2006⁵⁴ los representantes de la Comisión contestaron ante el Parlamento que, a su juicio, esta norma no constituía una ayuda de estado ilegal.

A pesar de estas primeras respuestas de la Comisión, otros parlamentarios europeos insistieron en sus acusaciones.

Adicionalmente en agosto de 2007 la Comisión recibió una denuncia formal por parte de un operador privado que solicitó quedar en el anonimato.

Ante estas solicitudes, la Comisión decidió el 10 de octubre de 2007 iniciar el procedimiento formal de investigación que ha concluido en su Decisión C45/2007 del pasado 28 de octubre 2009 calificando el régimen español del artículo 12.5 del TRLIS como Ayuda de Estado.

⁵³ Publicada en el DOCE C384 de 10 de diciembre de 1998.

⁵⁴ El 19 de enero de 2006 la Comisión respondió a las preguntas del diputado europeo holandés Sr. Erik Meijer (pregunta escrita E-4431/05); el 17 de febrero del mismo año respondió una pregunta similar planteada por la diputada europea británica Sra. Sharon Bowles (pregunta escrita E-4772/05).

Ahora bien, los ataques a dicho beneficio fiscal no sólo han venido por parte de la Comunidad Europea, sino también, desde el origen del mismo, por parte de la propia Administración Tributaria española, vía Inspección y vía contestaciones restrictivas a consultas por parte de la Dirección General de Tributos. Así, cabe recordar que a principios de 2007 comienzan a aparecer noticias en prensa por las cuales se hacía público la voluntad por parte de la Inspección de poner freno de forma “*beligerante*” a la aplicación de gran parte de los incentivos que han permitido la expansión de las empresas españolas en los últimos años⁵⁵.

Véase en el mismo sentido la noticia publicada en Negocio en fecha 19 de noviembre de 2009: “*Hacienda abre un plan masivo de inspección del fondo de comercio*”: “*la Inspección de Hacienda tiene en su agenda a corto plazo un considerable apretón de tuercas a las empresas, que podría alcanzar a las grandes operaciones de internacionalización amparadas desde 2002 por la deducción del fondo de comercio financiero, el artículo 12.5 de la ley del Impuesto sobre Sociedades*”.

Sin embargo, la Inspección española no ponía en duda la naturaleza jurídica del beneficio fiscal como en el caso que aquí nos ocupa, sino que se sospechaba si el importe de las operaciones no se ajustaba a la realidad (infravaloración del valor de los activos de la compañía adquirida con el fin de incrementar la cuantía a deducir como fondo de comercio) y sobre la aplicación de dicho beneficio fiscales a la adquisición de sociedades holdings extranjeras (fondo de comercio financiero internacional indirecto); cuestión muy distinta a la aquí analizada.

3.3 Cronología de las decisiones emitidas por la Comisión Europea

3.3.1 Actuaciones preliminares: preguntas parlamentarias y evaluación previa de la Comisión Europea

En cuanto a los antecedentes del procedimiento de ayudas abierto por el artículo 12.5 del TRLIS, la Comisión europea recibió ya en noviembre de 2005 una queja del operador de telecomunicaciones, Deutsche Telekom, en la que argumentaba que la amortización del fondo de comercio financiero en la adquisición de participaciones significativas en entidades no residentes contemplada en el artículo 12.5 del TRLIS constituía una ayuda de Estado contraria al artículo 107 del Tratado de Funcionamiento de la UE.

⁵⁵ *Expansión*. 31 de enero de 2007. “*Hacienda pone en cuarentena la rebaja fiscal por el fondo de comercio financiero*”.

Meses después, como ya hemos anticipado, en enero y febrero de 2006 los representantes de la Comisión contestaron ante el Parlamento que, as su juicio, esta norma no constituía una ayuda de estado ilegal.

En concreto, el 19 de enero de 2006 la Comisión respondió a las preguntas del diputado europeo holandés Sr. Erik Meijer (pregunta escrita E-4431/05); el 17 de febrero del mismo año respondió una pregunta similar planteada por la diputada europea británica Sra. Sharon Bowles (pregunta escrita E-4772/05).

En concreto, el Comisario McCreevy respondió en nombre de la Comisión a la pregunta E-4772/05 que: *“Spanish tax rules related to the write off of a “goodwill” are applicable to all undertakings in Spain, independently from their sizes, sectors, legal forms or if they are privately or publicly owned because they constitute general depreciation rules. Therefore, they do not appear to fall within the scope of application of the State aid rules (...).”*

Sin embargo, las presiones originadas con motivo de las cuestiones planteadas por miembros del Parlamento Europeo en relación a supuestas ayudas estatales concedidas a sociedades españolas bajo la forma de incentivos fiscales a la adquisición de participaciones en entidades no residentes calaron en la Comisión europea.

Así, en fecha 15 de enero de 2007 dicho organismo envía una carta (COMP/H/2/PR/msD(2007)–0018) a la representación permanente de España en la Unión Europea al objeto de llevar a cabo una evolución preliminar sobre si el beneficio del artículo 12.5 del TRLIS constituye o no ayuda de estado:

Parece desprenderse que el régimen en cuestión proporcionaría un incentivo fiscal que se desvía del ámbito ordinario de los sistemas contables y tributarios aplicables en España, sin que tal excepción encuentre su justificación en la naturaleza del sistema fiscal. Asimismo tal incentivo parece ser de exclusiva aplicación a determinadas inversiones en el extranjero y puede por tanto afectar a la competencia y a los intercambios entre Estados Miembros de forma tal que está prohibido por la normativa de ayudas estatales tal y como ha declarado la jurisprudencia pertinente.

Al objeto de poder realizar esta evaluación la Comisión europea solicita a las autoridades españolas toda la información disponible en relación a las operaciones y alcance del régimen. Se invita igualmente a las autoridades españolas a que proporcionen toda la legislación, reglamentos de aplicación, resoluciones administrativas, fecha de entrada en vigor e incluso gasto presupuestario relativo a su aplicación de los últimos tres años.

Las sucesivas contestaciones de la Administración española no modificaron sustancialmente la opinión de la Comisión, por lo que, como veremos a continuación, ante una nueva denuncia formulada por un operador privado, la Comisión Europea decidió iniciar el procedimiento de investigación formal para determinar la existencia de una ayuda prohibida.

3.3.2 *La Decisión de apertura de investigación*⁵⁶

A raíz de del proceso de expansión internacional de algunas grandes empresas españolas y tras varias solicitudes de información a las autoridades españolas, la Comisión europea decidió el 10 de octubre de 2007 iniciar el procedimiento formal de investigación del artículo 88.2 del Tratado de la Comunidad Europea de ayudas de Estado en relación con el artículo 12.5 del TRLIS⁵⁷:

- *“A la comisión le preocupa que el régimen confiera una ventaja a las empresas españolas a la hora de adquirir empresas extranjeras con respecto a la adquisición de otras empresas españolas”⁵⁸.*
- *“La evaluación inicial de la Comisión ha suscitado dudas en torno a si las empresas españolas que adquieran empresas extranjeras obtendrían una ventaja selectiva, lo que podría falsear la competencia⁵⁹. Además, la Comisión teme que el régimen incite al establecimiento en España de sociedades de cartera internacionales, al tiempo que excluye de su ámbito de aplicación la creación de grupos nacionales”⁶⁰.*

⁵⁶ Según la normativa aplicable, el procedimiento pertinente a este caso es el procedimiento relativo a las ayudas ilegales, que se aplica a una medida que se viene aplicando y que está bajo sospecha de constituir una ayuda de Estado. Regulado en los artículos 10 y siguientes del Reglamento 659/1999.

⁵⁷ Véase nota de prensa de la Comisión Europea de 10 de octubre de 2007. IP/07/1469. Así como Decisión de la Comisión publicada en el DOCE C311/23, de 21 de diciembre de 2007.

⁵⁸ La Comisión observa que la medida implica el uso de recursos del Estado, ya que supone la renuncia a ingresos tributarios, que se corresponde con una reducción de la deuda fiscal de las empresas que se acojan al régimen previsto en el artículo 12.5 del TRLIS, admitiendo en este caso que la renuncia a los ingresos fiscales es equivalente a gastos de Hacienda y, en este sentido, afecta a los recursos del Estado.

⁵⁹ Al parecer, la Comisión entiende que existe un tal “mercado de las adquisiciones de empresas”. De este modo, al suponer este régimen una condonación de impuestos para las inversiones en el extranjero realizadas en España, dicho régimen altera la competencia leal al captar la localización de sociedades de cartera internacionales en España, al tiempo que excluye de la medida las inversiones locales tales como la adquisición de empresas nacionales en España. A mayor abundamiento, en el apartado 49 de la Decisión, la Comisión entiende que el régimen en cuestión altera las decisiones normales de inversión de las empresas españolas, motivo por el cual parece ser incompatible con el mercado común.

⁶⁰ La Comisión considera que la medida beneficia únicamente a determinadas empresas, en la medida en que proporciona ventajas reservadas a empresas que realizan inversiones de explotación en empresas extranjeras que llevan a cabo directamente actividades económicas en el extranjero, sin que, al parecer, se concedan las mismas ventajas directas para las inversiones similares a empresas españolas.

- *“España no notificó el régimen de ayudas a la Comisión antes de su aplicación. Si en la investigación se concluye que el régimen constituye ayuda estatal incompatible, España podría verse obligada a recuperar las ayudas concedidas ilegalmente”.*
- *“El régimen parece establecer una excepción al sistema fiscal general español al permitir la amortización del fondo de comercio incluso cuando no se unen la empresa adquirente y la empresa adquirida en una sola entidad. El régimen sólo se aplica a las participaciones en empresas extranjeras y se supedita a la adquisición de más del 5 por 100 de la empresa objetivo, sin que resulte necesario adquirir su control”⁶¹.*

En definitiva, la Comisión hizo público que tenía serias dudas sobre la compatibilidad de esta medida con el mercado común, sirviéndose para ello de varios argumentos, al constatar que, en su opinión, la medida reunía los cuatro requisitos exigibles para la existencia de una ayuda de Estado.

La citada decisión de apertura se publicó en el DOCE el 21 de diciembre de 2007⁶². Cabe retener en nuestra memoria la citada fecha de publicación, por cuanto, como veremos más adelante, ésta servirá para determinar la fecha a partir de la cual las operaciones se encuentran sujetas a recuperación.

La apertura del procedimiento de investigación formal de una posible Ayuda de Estado concedida a través de la amortización del Fondo de Comercio Financiero con los requisitos previstos en el artículo 12.5 del TRLIS puso en alerta (por no decir, en jaque) a la comunidad empresarial con vocación internacional, así como a la comunidad jurídica, ante el reto de calificar el régimen previsto en el TRLIS como ayuda de Estado, descifrando para ello su pretendido carácter selectivo o general. Numerosas empresas y asociaciones realizaron alegaciones en el marco del procedimiento, la gran mayoría a favor del mantenimiento del artículo 12.5 del TRLIS y en contra de su calificación como ayuda.

En un determinado momento los servicios de la Comisión parecieron establecer conexiones entre el análisis del caso español y los otros casos en otros Estados miembros en los que también se discutía sobre el carácter selectivo o no de una medida.

⁶¹ La Comisión se llegó a plantear que, tal vez, la medida en cuestión estuviera justificada por la lógica interna del sistema fiscal español (argumento que ha argüido el Gobierno español en su defensa en este procedimiento, junto al razonamiento de que la medida se encontraba justificada por el principio de neutralidad impositiva). Sin embargo, la Comisión concluyó que la medida constituye una excepción no justificada al sistema tributario español.

⁶² Al respecto cabe apuntar que la dilación de más de dos meses en la citada publicación fue el resultado de las demandas de tratamiento confidencial de determinados datos que España solicitó y finalmente obtuvo de la Comisión.

No obstante, el procedimiento se observaba con cautela y prudencia ante la falta de unas pautas claras que certificaran la actuación previa de la Comisión Europea en el ejercicio de su función de control de las ayudas de Estados.

El procedimiento iniciado generó un proceso de reflexión sereno acerca de los efectos, alcance y dimensión de la acción de la Comisión, así como una vigilancia de las posibles consecuencias jurídicas y económicas que puedan derivarse de la conclusión del procedimiento iniciado para las entidades beneficiarias potenciales y reales del artículo 12.5 del TRLIS, a efectos de ejercer los correspondientes mecanismos de defensa a su alcance.

Finalmente consideraciones de orden político parecen haber pesado más que el principio de igualdad de trato, puesto que las soluciones dadas en dichos casos a cuestiones similares han sido claramente divergentes. Así, el “*interest box*” holandés ha sido calificado de no ayuda pese a otorgar una ventaja fiscal a los grupos transnacionales que realizan operaciones de financiación intra-grupo.

Esto sólo ha sido posible con una lectura extraordinariamente flexible del concepto de selectividad que contrasta con el rigor mostrado al respecto en la decisión española, posterior en sólo 3 meses.

3.3.3 *La Decisión de cierre de 28 de octubre de 2009*

La Comisión europea adoptó el 28 de octubre de 2009 la Decisión que pone parcialmente fin en vía administrativa al expediente de ayudas de Estado C45/2007, que había abierto a España el 10 de octubre de 2007 en relación con la amortización fiscal que prevé el artículo 12.5 del TRLIS del fondo de comercio financiero en las adquisiciones de participaciones en empresas extranjeras⁶³.

Dicha decisión es de especial relevancia y en su artículo 1 se desprende toda la sustancia de la misma y permite rápidamente configurarnos una idea sobre la opinión de la Comisión, así como del régimen transitorio diseñado para que el impacto de las devoluciones no fuese tan gravoso:

- *“El régimen de ayudas ejecutado por España conforme al artículo 12.5 del Real Decreto Legislativo 4/2004 que consolidó las modificaciones introducidas en la Ley del Impuesto sobre Sociedades, aplicado ilegalmente por el Reino de España infringiendo el artículo 88, apartado 3, del Tratado, es incompatible con el mercado común a efectos de las ayudas concedidas a los beneficiarios al realizar adquisiciones intracomunitarias.*

⁶³ Cabe apuntar que, a la fecha de emisión del presente trabajo, dicha Decisión todavía no ha sido publicada en el DOCE.

- *No obstante, las deducciones fiscales de las que disfrutaron los beneficiarios al realizar adquisiciones intracomunitarias otorgadas en virtud del artículo 12.5 del TRLIS en relación con derechos poseídos directa o indirectamente empresas extranjeras que cumplieran condiciones pertinentes del régimen de ayudas antes del 21 de diciembre de 2007, siempre que se cumpliesen con 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.*
- *Las deducciones fiscales disfrutadas por los beneficiarios al realizar adquisiciones intracomunitarias, debido al 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”.*

La Decisión del 28 de octubre de 2009 se pronuncia únicamente sobre la aplicación del artículo 12.5 del TRLIS a operaciones de adquisición en países comunitarios. El pronunciamiento sobre la aplicación en países terceros se reenvía a una decisión ulterior, aunque se adelanta una valoración provisional distinta y más positiva de la Comisión sobre éstas. A la fecha de emisión del presente trabajo este pronunciamiento todavía no ha visto la luz.

En relación con operaciones en países comunitarios, la Comisión entiende que el 12.5 del TRLIS es una ventaja selectiva, por aplicarse sólo a adquisiciones de participaciones en el extranjero y no aplicarse a adquisiciones similares en España.

La Comisión no ha atendido –y tampoco ha respondido- al argumento de que dicha diferencia no implica selectividad porque cualquier empresa establecida en España puede, *de iure y de facto*, realizar una adquisición en el extranjero y aplicarse el beneficio. Las estadísticas aportadas por España corroboran que no existe un perfil de empresa beneficiaria sino que son empresas de todos los sectores y de todos los tamaños.

La Comisión tampoco acepta que sea *de facto* imposible fusionarse con empresas establecidas en otros países comunitarios y rechaza por ello la equivalencia funcional del artículo 12.5 del TRLIS con la posibilidad de amortizar en fondo de comercio en fusiones internas. Al hacerlo podría estar incurriendo en contradicción, no sólo con la realidad, sino con sus propios análisis en ésta y otras decisiones recientes.

La Comisión responde a cuestiones que no se habían planteado en este caso (el sistema de referencia) y no responde a las que sí se han planteado (no se menciona el tipo específico de empresas que se beneficia del artículo 12.5 del TRLIS para llegar a la conclusión de que la medida es selectiva).

En cualquier caso, la Comisión entiende que, el artículo 12.5 del TRLIS, en relación con adquisiciones en la UE, es una ayuda de Estado. La Comisión también rechaza sumariamente la posibilidad de considerarla compatible con el Tratado.

En principio ello debería implicar automáticamente la obligación de recuperar dichas ayudas. La Comisión entiende, no obstante, que los operadores podían tener la “*confianza legítima*” de que el artículo 12.5 del TRLIS no era ayuda sobre la base de diversas respuestas en este sentido de la Comisión a preguntas parlamentarias.

Dicha confianza *legítima* lleva a la Comisión a no exigir la recuperación de las ayudas en relación con las operaciones cerradas antes de la publicación de la decisión de apertura del procedimiento el 21 de diciembre de 2007. Por el contrario, las operaciones intra-EU cerradas después de dicha fecha se verán sometidas a recuperación.

3.4 Fundamentos jurídicos de la Decisión de la Comisión Europea de 29 de octubre de 2009

El artículo 87 del Tratado CE⁶⁴ considera incompatibles con el mercado común, en la medida en que afecten a los intercambios comerciales entre Estados miembros, las ayudas otorgadas por los Estados o mediante fondos estatales que falseen o amenacen falsear a la competencia, favoreciendo a determinadas empresas o producciones.

La Decisión concluye que el artículo 12.5 del TRLIS es una ayuda de estado porque tiene las cuatro características implícitas en la definición del artículo 87 del Tratado:

- Supone una ventaja económica para sus beneficiarios.
- Dicha ventaja trae causa de una transferencia de fondos públicos.
- Tiene carácter selectivo o específico; es decir, favorece únicamente a determinadas empresas o producciones.
- Afecta a la competencia e intercambios entre los Estados Miembros.

⁶⁴ El pasado 1 de diciembre de 2009 entró en vigor el Tratado de Lisboa, que introduce varios cambios en la numeración y terminología de los Tratados de la UE. Así, bajo la nueva denominación, el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea ha pasado a llamarse Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. El antiguo artículo 87 (ayudas de estado) es el actual artículo 107. Dado que la Decisión de la Comisión se dictó antes de la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, en el presente apartado se utiliza la terminología anterior, pues es la que consta en el texto de la Comisión.

Veamos en profundidad los argumentos esgrimidos por parte de la Comisión para fundamentar cada uno de estos puntos.

3.4.1 Existencia de una ventaja económica

La comisión considera que el artículo 12.5 del TRLIS ofrece a una empresa que lo aplique desde 2002 a 2022 una desgravación fiscal con un valor neto presente aproximado del 20% del fondo de comercio adquirido en la inversión extranjera. En sus cálculos, la Comisión utilizó un tipo de interés de descuento del 5 por 100 y los tipos de gravamen del IS aplicables desde 2002.

En sus observaciones, la Administración española argumentó que estos cálculos eran erróneos, al no tener en cuenta el carácter temporal del artículo 12.5 del TRLIS. Es decir, el simple descuento financiero de la amortización fiscal no tiene en cuenta que, ante una venta de la participación, el contribuyente “*devuelve*” el beneficio disfrutado, ya que la plusvalía equivalente al fondo de comercio financiero amortizado forma parte de la base imponible del IS.

Ante este argumento, la Comisión apuntó que incluso en los casos en que el inversor revendiera las participaciones habría disfrutado de una ventaja económica equivalente a una línea de crédito estatal sin intereses disponible en veinte anualidades.

3.4.2 Transferencia de fondos públicos

Conforme al criterio de la Comisión, confirmado por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, una disminución de los ingresos es equivalente a una subvención o transferencia directa de fondos públicos.

La amortización fiscal del fondo de comercio financiero supone la renuncia del Tesoro a ingresar el importe correspondiente a la deuda por impuesto sobre sociedades que ahorran las empresas que se benefician del artículo 12.5 del TRLIS.

La decisión afirma que el carácter temporal del artículo 12.5 del TRLIS no modifica esta conclusión, ya que el aplazamiento de los ingresos tributarios tiene efectos equivalentes a una subvención pública de intereses.

3.4.3 Carácter selectivo del artículo 12.5 del TRLIS

La mayor parte de los argumentos de la Comisión se dirigen a justificar por qué considera que el artículo 12.5 del TRLIS únicamente favorece a “*determinadas*

empresas o producciones”, característica básica de las ayudas de estado prohibidas por el artículo 88 del Tratado.

En defensa del carácter general del artículo 12.5 del TRLIS, la Administración española argumentó que se trata de una regla de amortización de activos intangibles aplicable por todos los contribuyentes del IS. Como soporte de este argumento, la Administración envió datos relativos a la campaña del IS de 2006, que mostraban que el artículo 12.5 del TRLIS estaba siendo utilizado por empresas de las más variadas circunstancias (desde PYMES a multinacionales), en numerosos sectores de la economía. Con fundamento en estos datos, la Administración afirmó que no existe un patrón de usuarios del artículo 12.5 del TRLIS que permitiese sostener que únicamente beneficia a “*determinadas empresas o producciones*”.

Además, la Administración defendió que esta regla otorga coherencia y neutralidad a las inversiones significativas en empresas extranjeras, ya que, normalmente, una inversión española similar permitiría lograr la amortización de un fondo de comercio similar mediante la simple fusión de la entidad participada. Ante la dificultad de ejecutar fusiones transnacionales, la Administración defendía que el artículo 12.5 del TRLIS evita distorsiones en la toma de decisiones de inversión, ofreciendo coherencia y neutralidad al sistema fiscal.

Por tanto, la Administración alegó que el artículo 12.5 del TRLIS no ofrecía ventajas a ningún contribuyente o conjunto de contribuyentes en particular y tampoco podía ser considerada, en sí misma, como una norma especial, sino simplemente como un mecanismo dirigido a tratar en forma neutral adquisiciones en empresas españolas y europeas.

La Comisión desoyó estos argumentos considerando que la norma únicamente beneficia a un conjunto de empresas: las que invierten en sociedades extranjeras.

Técnicamente, este razonamiento, según el cual todas las empresas invierten en el exterior forman parte de un “*sector o producción*” a efectos de ayudas de Estado es más que discutible. Sin embargo, no es nuevo, pues la Comisión lo incluyó en su Comunicación sobre ayudas relacionadas con la fiscalidad directa.

La jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades parece confirmar la validez de esta tesis, en especial la sentencia de 15 de julio de 2004⁶⁵ relativa a la incompatibilidad de la deducción por actividades exportadoras con el Tratado CECA. En ella, el Tribunal consideró que las empresas que realizan las inversiones contempladas en la norma fiscal forman por sí mismas una categoría suficiente para cumplir el requisito de especificidad.

⁶⁵ Sentencia de 15 de julio de 2004, Asunto C501/00, España v Comisión, Rec. 2004, p. I-6717.

Respecto a la posibilidad de considerar el artículo 12.5 del TRLIS como una norma de carácter general coherente con la estructura del impuesto sobre sociedades español, la Comisión no aceptó los argumentos de neutralidad planteados en su defensa. A su juicio, el hecho de que el fondo de comercio de participaciones extranjeras se pueda amortizar sin necesidad de acordar una fusión es una excepción significativa al régimen general del impuesto sobre sociedades. Y no acepta que en el ámbito comunitario existan obstáculos a las fusiones transfronterizas, ya que a su juicio las Directivas sobre normativa fiscal⁶⁶ y societaria⁶⁷ aplicable a estas fusiones han eliminado tales inconvenientes.

En definitiva, la Comisión entiende que el artículo 12.5 del TRLIS esconde una ayuda selectiva dirigida a las empresas que realizan inversiones en el extranjero. Y no considera que sea comparable o complementario con el resto de amortizaciones del fondo de comercio previstas en la Ley del IS, por lo que sostiene que se trata de una excepción sin justificación al régimen general del impuesto. Por todo ello, cumple con la característica propia de las ayudas de Estado consistente en dirigirse en exclusiva al beneficio de un conjunto determinado de empresas.

Ahora bien, según la humilde opinión del que escribe estas líneas, así como de la mayoría de los pronunciamientos doctrinales por parte de los autores españoles de mayor reconocimiento, los razonamientos de la Comisión sobre la selectividad de la medida son más que discutibles, tal y como será objeto de análisis en apartados siguientes.

Así es, identificar a las empresas que realizan el supuesto de hecho de la norma (tomar inversiones en sociedades extranjeras) como un “*sector de producción*” supone extender mucho más allá de lo razonable la normativa de ayudas de Estado, dirigidas a evitar incentivos específicos o sectoriales. Además, argumentar que no existen obstáculos a las fusiones transfronterizas en el seno de la Unión Europea es, simplemente, obviar la realidad.

Tal como señalaremos más adelante, estas debilidades argumentales pueden justificar la presentación de recursos de anulación sólidos contra la Decisión.

3.4.4 Falseamiento de la competencia

A juicio de la Comisión, la amortización fiscal del fondo de comercio financiero puede falsear la competencia en dos aspectos concretos.

⁶⁶ Directiva 90/434/CEE del Consejo, de 23 de julio de 1990, relativa al régimen fiscal común aplicable a las fusiones, escisiones, aportaciones de activos y canjes de acciones realizados entre sociedades de diferentes Estados miembros.

⁶⁷ Directiva 2005/56/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de octubre de 2005, relativa a las fusiones transfronterizas de las sociedades de capital.

En primer lugar, al suponer una ventaja financiera para la empresa inversora, refuerza la posición de la unidad económica formada por ésta y la sociedad participada.

En segundo lugar, coloca a las empresas españolas en una posición ventajosa en los procedimientos de concentración empresarial, principalmente cuando se realizan a través de subasta.

Sin duda, esta segunda razón es la que subyace al lobby realizado en Europa contra la medida, que normalmente ha coincidido en el tiempo con la ejecución de alguna adquisición importante de sociedades extranjeras por parte de empresas españolas.

3.5 Consecuencias jurídicas de la Decisión de la Comisión Europea de 29 de octubre de 2009

Como hemos visto, la Comisión entiende que los operadores podían tener la “*confianza legítima*” de que el artículo 12.5 no era ayuda sobre la base de diversas respuestas en este sentido de la Comisión a preguntas parlamentarias.

Dicha *confianza legítima* lleva a la Comisión a no exigir la recuperación de las ayudas en relación con las operaciones intra-EU cerradas antes de la publicación de la decisión de apertura del procedimiento el 21 de diciembre de 2007.

La decisión establece que las operaciones no sometidas a recuperación podrán amortizarse normalmente a lo largo de los 20 años previstos en la norma.

La no recuperación de las operaciones previas al 21 de diciembre de 2007 aleja un riesgo económico considerable para los operadores afectados. Conviene no obstante subrayar que la decisión está calificando la aplicación del artículo 12.5 del TRLIS a estas operaciones como ayudas de Estado incompatibles. En el caso de que esta calificación no se recurra, la misma devendrá firme. Si, como parece probable, las empresas competidoras recurriesen por su parte y lograsen la anulación de la parte de la decisión donde se reconoce la *confianza legítima* ello reabriría la obligación de recuperar dichas ayudas. El tema dista por ello de estar zanjado.

Valga señalar, además, que en un escenario en el que las empresas competidoras recurrieran y las empresas españolas no, el papel de éstas, se limitaría como mucho al de mero coadyuvante de la Comisión, por lo que el marco del litigio quedaría circunscrito a la existencia o no de *confianza legítima*, sin poder entrar ya a analizar la cuestión de la selectividad.

La decisión establece que las operaciones intra-EU cerradas después del 21 de diciembre de 2007 se verán sometidas a la recuperación de las amortizaciones ya realizadas y a no tomarse las pendientes.

La Comisión requiere a España para que le dé en un plazo de 2 meses una lista de las empresas beneficiarias y de los montantes a recuperar. España deberá poner en marcha los mecanismos adecuados de derecho interno para recuperar dichas ayudas. En principio las empresas sometidas a recuperación sólo podrán hacer valer sus argumentos contra la decisión comunitaria presentando un recurso de anulación ante el Tribunal de Primera Instancia de la UE.

La decisión requiere también a España la abolición del 12.5 del TRLIS a futuro para operaciones intracomunitarias.

El pronunciamiento sobre la aplicación del 12.5 en países terceros se reenvía a una decisión ulterior, aunque se adelanta una valoración provisional distinta y más positiva de la Comisión sobre éstas.

La Comisión parece aceptar aquí el principio de que al menos en determinados países terceros es imposible fusionarse con empresas locales. Ello debería conducir a considerara que, en esos países, el 12.5 tendría equivalencia funcional con las posibilidades de amortizar el fondo de comercio en fusiones internas y no sería por ello selectivo.

Esto supondría, no sólo la no recuperación sino el mantenimiento futuro del 12.5 para adquisiciones en países terceros.

La valoración final sobre esta cuestión está pendiente de negociaciones con el Gobierno español sobre los umbrales de participación mínima (20, 50, 70%) requeridas en los distintos países en función de su grado de apertura a la inversión exterior⁶⁸.

3.6 Actuaciones realizadas por la AEAT para dar cumplimiento a lo requerido por la Comisión Europea

Llegados a este punto, resulta interesante realizar un breve repaso sobre la posición que ha ido adoptando la AEAT a lo largo del procedimiento. Su comportamiento ha basculado de un extremo a otro dependiendo de cada momento procesal y ello se refleja claramente *googleando* los artículos de prensa digital que se han publicado sobre este particular.

⁶⁸ Según los expertos en materia tributaria (entre otros, BEGOÑA GARCÍA ROZADO, subdirectora en imposición directa de la Dirección General de Tributos, en su conferencia en la UIC), éstos apuestan en que la participación mínima se situará en el 50 por 100 (toma de control).

3.6.1 *Actuaciones realizadas con anterioridad a la Decisión de apertura del expediente*

Con anterioridad a la apertura del expediente de ayudas de Estado por parte de la Comisión Europea (esto es, desde el origen del incentivo fiscal en 2002 hasta finales de 2006), la AEAT atacó el beneficio fiscal previsto en el artículo 12.5 del TRLIS por dos frentes bien diferenciados: (i) vía Inspección fiscal belicosa entrando a revisar las operaciones de compra de empresas extranjeras y (ii) vía pronunciamientos restrictivos *extra legem* por parte de la DGT (Dirección General de Tributos) limitando en la práctica el alcance de aplicación de este incentivo fiscal⁶⁹.

Así es, el éxito inesperado en la aplicación de los beneficios fiscales dirigidos a la expansión internacional de las empresas españolas despertó la curiosidad de la Hacienda española, la cual, al cuantificar los costes que implicaba asumir el otorgamiento de tales ventajas a los operadores económicos, dio a conocer públicamente su voluntad de poner freno a esa situación⁷⁰.

Las divergencias en cuanto a la interpretación de la ley por parte del Fisco generó una gran inseguridad jurídica a las multinacionales, las cuales se sentían acosadas por la Inspección de Hacienda y opinaban que estaban actuando escrupulosamente conforme a la ley vigente de ese momento⁷¹.

3.6.2 *Actuaciones realizadas con posterioridad a la Decisión de apertura y con anterioridad a la Decisión de cierre del expediente*

Paradójicamente, desde principios de 2007, momento en el cual aparecen los primeros intentos por parte de las autoridades europeas de investigar el régimen español de amortización del Fondo de Comercio Financiero Internacional, la AEAT cambia su postura en aras a defender el citado incentivo fiscal (posiblemente influenciada por el lobby del *Club de los Exportadores*, entre otros, y por las notorias consecuencias negativas para la economía española que podrían derivarse de una eventual obligación de devolver las cuotas tributarias relativas a dicho beneficio fiscal).

⁶⁹ En varios pronunciamientos emitidos por la DGT se ha esgrimido que la deducción solo es aplicable en compras directas, y no indirectas, o lo que es lo mismo que sólo se podría aplicar comprando las participaciones de cada empresa y no adquiriendo un *holding* que sea la cabecera de un grupo.

⁷⁰ 31/01/2007: EXPANSIÓN. “Hacienda pone en cuarentena la rebaja fiscal por el fondo de comercio financiero”.

⁷¹ 15/03/2007. EXPANSIÓN. “Multinacionales bajo la lupa de Hacienda”

De este modo aparecen en febrero de 2007 manifestaciones por parte del Secretario de Estado de Hacienda en defensa de los incentivos fiscales existentes en la legislación española para apoyar la internacionalización de las empresas españolas⁷²: *“no hay que cambiarlo, pero sí explicarlo (a la Comisión) para demostrar que el modelo no es discriminatorio y afecta a todas las compañías por igual”*.

Con la apertura del expediente de Ayudas de Estado por parte de la Comisión Europea (octubre de 2007) saltaron las alarmas por parte del tejido empresarial⁷³, previendo la devolución de ingentes cifras multimillonarias si España acabase siendo sancionada por dicho incentivo fiscal.

Sin embargo, en aquellos momentos, ya se contaba por parte de los expertos que la prohibición de esta ventaja no debería ser retroactiva por el principio de la *confianza legítima*⁷⁴, pero sí que las empresas perderían todas las deducciones que tenían previstas hasta llegar a los 20 años.

En tal sentido, el mismo Secretario de Estado de Hacienda manifestó que: *“si hay algo que discutir con la Comisión será el futuro, pero nunca sobre las operaciones que tuvieron lugar en el pasado”*⁷⁵ y *“nuestras empresas pueden estar tranquilas, la previsión de devolución es cero, con independencia de cuál sea el resultado del expediente”*.

Durante el procedimiento, Hacienda manifestó su voluntad de defender hasta el final el incentivo fiscal y coordinó con las empresas las estrategias de defensa⁷⁶, en aras a evitar a toda costa sembrar la incertidumbre sobre la situación financiera y legal de unas empresas que actuaron en todo momento respetando la legalidad vigente⁷⁷. El 19 de octubre de 2007 se reunió el Ministerio de Economía con las empresas afectadas, animando los representantes del ministerio a que las compañías aportasen toda la

⁷² 06/02/2001. EXPANSIÓN. *“Ocaña defenderá ante Bruselas los incentivos a la internacionalización”*.

⁷³ 09/10/2007. COTIZALIA. *“Botín se juega 3.600 millones en ABN si Bruselas sanciona a España por deducir el fondo de comercio”*. *“Un escalofrío recorre la espalda de los directivos de todas las grandes empresas españolas. La próxima apertura de un expediente de la Comisión Europea a nuestro país por la deducción fiscal del fondo de comercio puede suponer unos ingentes gastos inesperados para las compañías que han acometido adquisiciones en el extranjero”*.

⁷⁴ 15/10/2007. CINCO DÍAS. *“La CE apoyó la norma española sobre fondo de comercio”*. *“La Comisión Europea defendió en 2006 los incentivos fiscales españoles a los que ahora acusa de ayuda de estado. El brusco giro, según los expertos, hace casi imposible que se pueda exigir a las empresas la devolución de las ayudas”*.

⁷⁵ 10/10/2007. EXPANSIÓN. *“Bruselas abre hoy a España un expediente por la deducción del fondo de comercio financiero”*.

⁷⁶ 11/10/2007. EXPANSIÓN. *“Hacienda coordina con las empresas la defensa en la UE del fondo de comercio”*.

⁷⁷ 15/10/2007. CINCO DÍAS. *“Ayudas bajo sospecha”*.

información posible y todos los argumentos jurídicos a su alcance para lograr la mejor defensa posible⁷⁸.

Sin embargo, es posible que en el desarrollo del procedimiento⁷⁹, se cambiase la estrategia al ponderar las líneas de defensa que se pudiesen emplear, pasando de “continuar con una defensa a ultranza de la medida” a llegar a un “acuerdo con la Comisión dirigida a su modificación”.

En efecto, visto el particular régimen transitorio previsto por la Comisión Europea en cuanto a la devolución de dicha ayuda de Estado, no sería descabellado pensar que, ante la amenaza de una resolución desfavorable con la consecuente devolución de las ayudas fiscales recibidas, se pactase, supuestamente, eliminar dicha medida fiscal a cambio de consolidar los beneficios fiscales ya concedidos.

Así es, al intuir posibles argumentos contundentes por parte de la Comisión Europea, algunas fuentes manifestaron que el Ministerio de Economía intentaría “*proteger las deducciones ya aplicadas –es decir, que la medida no sea retroactiva- y negociar su desmantelamiento progresivo: que los que ya han aplicado la deducción puedan seguir haciéndolo pero que nadie más pueda subirse al carro*”; “*se trata de que no afecte a los que ya compraron y que puedan seguir aplicando la deducción en el futuro, y que los que vengan paguen el pato*”⁸⁰.

No debe sorprender, pues, que dos años después, la Comisión fallase en este sentido y apareciesen noticias que vendiesen la Decisión de cierre de dicho organismo comunitario como un éxito del Gobierno español⁸¹.

Si bien es cierto que el sector empresarial puede estar satisfecho con los resultados alcanzados en la práctica con la resolución del expediente en cuestión, no debe olvidarse que hemos sido “salvados por la campana”. Así es, el régimen de la amortización fiscal del fondo de comercio financiero internacional ha sido calificado como Ayuda de Estado, lo que supone un claro fracaso por parte de la defensa de los intereses españoles. Pero, por suerte, el reconocimiento de la institución del principio de la *confianza legítima* a fin de consolidar las ventajas obtenidas para las

⁷⁸ Si bien parece que se estaba cumpliendo con el dicho de “todos estamos en el mismo barco”, la verdad es que muchas empresas no confiaron en el gobierno y contrataron a despachos de abogados para personarse a la causa. Hubieron grandes temores a que la pérdida de peso de España en la UE hiciesen vanos los esfuerzos del Gobierno y a que éste no fuese del todo activo ya que se trataba de una medida fiscal creada por el PP. Véase la editorial de *El País* del 15 de octubre de 2007 que apuntó claramente en esa dirección, lo que sembró el pánico de las grandes compañías.

⁷⁹ Tal y como apunta JAVIER MARTÍN FERNÁNDEZ. EXPANSIÓN. *El fondo de comercio: ¿cobardes o arruinados?*

⁸⁰ 6/11/2007. COTIZALIA. “*Estrategia de Solbes sobre el fondo de comercio: salvar las operaciones hechas, ceder las futuras*”.

⁸¹ 13/10/2009. EXPANSIÓN. “*Fondo de comercio*”.

adquisiciones anteriores a diciembre de 2007, constituye un consuelo que en la práctica enmascara como éxito político y económico un fracaso técnico jurídico.

3.6.3 *Actuaciones realizadas con posterioridad a la Decisión de cierre del expediente*

La Decisión de 28 de octubre de 2009 de la Comisión Europea, relativa a la amortización fiscal del fondo de comercio financiero asociado a la adquisición de participaciones en entidades residentes en la UE, prevista en el artículo 12.5 del TRLIS, exige que la recuperación de la ayuda concedida ha de ser inmediata y efectiva, habiéndose otorgado a España un plazo de cuatro meses para su aplicación.

Además, España debe suministrar determinada información sobre el proceso de recuperación antes del 28 de diciembre de 2009.

Por ello, la AEAT ha solicitado determinada información a las sociedades incluidas en el régimen del artículo 12.5 del TRLIS, con el objeto de conocer cuáles han disfrutado de ayudas que han de ser objeto de recuperación⁸².

Se tiene constancia de que la Agencia Tributaria ha enviado requerimientos de información a los contribuyentes que han aplicado el artículo 12.5 del TRLIS⁸³ a los

⁸² Recordemos que la Decisión determina que el sistema de amortización fiscal previsto para el fondo de comercio financiero constituye un régimen de ayuda estatal incompatible con el mercado común. No obstante lo anterior, la Comisión ha considerado que deben distinguirse dos períodos: por un lado, el comprendido desde la entrada en vigor de la medida (1 de enero de 2002) hasta la fecha de publicación de la *Decisión de incoación* en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas (21 de diciembre de 2007); y, por otro lado, el período posterior a dicha publicación en el DOCE (desde el 22 de diciembre de 2007 en adelante).

Por lo que se refiere al primer período, señala la Comisión que las deducciones fiscales de las que disfrutaron los beneficiarios al realizar adquisiciones con anterioridad a 21 de diciembre de 2007, siempre que cumplan con el año de permanencia, podrán continuar aplicándose durante el período íntegro de amortización (20 años).

Por el contrario, las deducciones fiscales disfrutadas, asociadas a adquisiciones posteriores a 21 de diciembre de 2007, deberán ser recuperadas por España. Las cantidades pendientes de recuperación devengarán intereses. Además en estos casos las cantidades pendientes de deducción aun no disfrutadas quedarán canceladas.

Véase, *Acta de la "Reunión del Pleno del Foro de Grandes Empresas celebrada el 3 de diciembre de 2009", Foro de Grandes Empresas*. Reunión en la cual acuden miembros en representación de la Agencia Estatal de Administración Tributaria y miembros en representación de las Grandes Empresas (ACERINOX, ACS, BBVA, BANCO SANTANDER, LA CAIXA, CAJA MADRID, COFARES, CEPESA, EL CORTE INGLÉS, ENDESA, FCC, GAS NATURAL, GENERALI ESPAÑA, IBERDROLA, IBERIA, INDITEX, MAPFRE, MERCADONA, MICHELIN, NORFIN HOLDER, RENAULT ESPAÑA, REPSOL YPF, SEAT, SIEMENS, TELEFÓNICA, VODAFONE, WAM ACQUISITION).

⁸³ En concreto han sido dos requerimientos de información a los contribuyentes que han aplicado dicho beneficio fiscal.

El primero (recibido por parte de los contribuyentes durante la primera quincena de diciembre de 2009) dirigido a informar por parte del contribuyente de aquellas adquisiciones acaecidas con posterioridad a diciembre de 2007 y los ajustes negativos practicados.

En concreto, "por lo que se refiere a los ejercicios iniciados a partir del 21 de diciembre de 2006, y en relación al importe total consignado en la declaración del Impuesto sobre Sociedades del ejercicio 2007

efectos de discernir entre aquellas adquisiciones de participaciones extranjeras sobre las que se ha aplicado el incentivo fiscal anteriores a diciembre de 2007 y posteriores a esta fecha y, en este último caso, qué cuantía se han deducido para que procedan a devolverla.

Estas actuaciones demuestran que la Administración ya está cumpliendo la Decisión, circunstancia que confirma su decisión de no recurrir (o al menos, sus pocas expectativas sobre la posibilidad de obtener una suspensión del acto) y que se encuentra satisfecha con la Decisión de la CE porque afectan a inversiones mínimas⁸⁴.

No obstante, una vez cerrado el expediente y alcanzado cierto grado de seguridad jurídica, la Hacienda vuelve a remeter contra los contribuyentes aprovechando que debe recopilarse tal información. El mismo jefe de Inspección de la Agencia Tributaria, Carlos Cervantes, lanzó un mensaje claro⁸⁵:

- *“habrá un llamamiento masivo a los beneficiarios para que nos expliquen cómo se han estado aplicando la deducción”.*
- *“la Agencia Tributaria “va a requerir” a todos los contribuyentes que aplicaron el fondo de comercio, “los que lo hicieron bien y los que lo hicieron mal” a los ojos de la Comisión Europea, para que aclaren la aplicación del 12.5”.*

Así es, la AEAT ha decidido inspeccionar el uso de este instrumento en todas las adquisiciones internacionales, incluyendo aquellas realizadas antes de 2008 y que se han salvado de esta resolución (no hay que olvidar que hay mucho en juego, por cuanto se estima que a cuantía total de la deducción desde 2002 asciende a 30.000 millones de euros).

(clave 542) y del ejercicio 2008 (clave 330) como disminución al resultado contable por adquisición de participaciones en entidades no residentes, deberá indicar el importe de la deducción fiscal aplicada al amparo del artículo 12.5 del TRLIS que corresponda a adquisiciones de participaciones realizadas desde el 21 de diciembre de 2007 inclusive (fecha de publicación en el Diario Oficial de la Unión Europea de la Decisión de la Comisión de incoar este procedimiento de investigación formal) en adelante, consignando las fechas de las inversiones, y distinguiendo las adquisiciones que han sido realizadas en países de la Unión Europea o en otros países fuera de este ámbito.

Asimismo, deberá informar, en su caso, la concurrencia de las circunstancias descritas en el artículo 1.3 de la decisión de la Comisión, esto es: que tales deducciones fiscales disfrutadas al realizar adquisiciones intracomunitarias estén 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 esté sujeta a la autorización imperativa de una autoridad reguladora y cuando la transacción se haya notificado antes del 21 de diciembre de 2007.”

El segundo requerimiento (recibido por parte de los contribuyentes durante la segunda quincena de enero de 2010) iba dirigido a obtener por parte del contribuyente los títulos de adquisición de tales participaciones. En concreto, *“a los efectos de completar la información suministrada en atención al mencionado requerimiento, ahora se solicita aporte la documentación obrante a su poder acreditativa de las adquisiciones de participaciones societarias que motivaron las mencionadas correcciones de disminución del resultado, con independencia de la fecha de adquisición de las mismas.”*

⁸⁴ 28/10/2009. EUROPAPRESS. *“Hacienda satisfecha con la decisión de la CE...”*.

⁸⁵ 19/11/2009. NEGOCIO, pág. 33. *“Hacienda abre un plan masivo de inspección del fondo de comercio”*.

Por tanto, no sólo se negará la aplicación del beneficio fiscal para aquellas adquisiciones acaecidas con posterioridad a diciembre de 2007, sino que para aquéllas acaecidas con anterioridad a dicha fecha, la Inspección ya ha manifestado una comprobación masiva de las mismas. No se trata de un plan para que Tributos concrete una acción organizativa para concretar la forma y plazos de las devoluciones exigidas por Bruselas, sino un plan específico ideado por el propio Cervantes para revisar los importes de la deducción, analizando si están correctamente certificados.

En tal sentido, en la práctica todos los fondos de comercio financieros internacionales, sin excepción, están afectados.

Por otro lado, en el ámbito legislativo, la disposición adicional de la Ley 2/2010, de 1 de marzo, por la que se trasponen determinadas Directivas en el ámbito de la imposición indirecta y se modifica la Ley del Impuesto sobre la Renta de no Residentes para adaptarla a la normativa comunitaria expresa la voluntad de legislador español en dar cumplimiento de la Decisión de la Comisión Europea relativa a la amortización fiscal del Fondo de comercio financiero para la adquisición de participaciones extranjeras:

“A partir de la notificación de la Decisión de la Comisión Europea relativa a la amortización fiscal del Fondo de comercio financiero para la adquisición de participaciones extranjeras, en el asunto Ayuda de Estado n.º C45/2007-España, se procederá a la modificación del artículo 12.5 del Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades, aprobado por el Real Decreto Legislativo 4/2004, de 5 de marzo, al objeto de adoptar las medidas necesarias en aplicación de dicha Decisión.”

4 PROBLEMAS JURÍDICOS PLANTEADOS CON MOTIVO DE LA DECISIÓN DE LA COMISIÓN EUROPEA DE 29 DE OCTUBRE DE 2009

4.1 Valoración jurídica del Régimen de amortización fiscal del Fondo de Comercio Financiera Internacional: ¿nos hallamos efectivamente ante una Ayuda de Estado?

4.1.1 Planteamiento

Compete ahora, prescindiendo del pronunciamiento y criterios de la Decisión de la Comisión, valorar si el artículo 12.5 del TRLIS constituye una simple medida de estímulo a la inversión en cierto tipo de activos empresariales o si, por el contrario, forma parte de un conjunto normativo coherente regulador de la tributación de las participaciones en el capital de entidades extranjeras en el que no prevalece la finalidad incentivadora; esto es, deslindar meticulosamente entre lo que son medidas selectivas y regímenes especiales.

La polémica reside, por tanto, en determinar si el hecho de que el fondo de comercio financiero sea fiscalmente deducible constituye una ayuda de Estado para las empresas españolas y es, por consiguiente, incompatible con el mercado común.

Debemos tener presente la dificultad en determinar en nuestros días sobre el régimen común aplicable en un contexto normativo plagado de excepciones a la regla general y la experiencia en la práctica del criterio discrecional que sostiene la Comisión de prejuzgar y sospechar de las medidas que favorecen la exportación; son dos aspectos que generan un escenario hostil para tal propósito, en especial, el *uso exorbitante* de la aplicación del régimen de ayudas fiscales selectivas por parte de la Comisión.

DE JUAN CASADEVALL⁸⁶ ya apuntaba este fenómeno con anterioridad a la emisión de la Decisión de la Comisión Europea sobre el artículo 12.5 del TRLIS:

El procedimiento abierto a España por la amortización fiscal del fondo de comercio financiero de participaciones en entidades no residentes, es un ejemplo reciente y sonado, -no exento de una cierta alarma social-, de la vis expansiva con la que se viene aplicando el instituto de las ayudas de Estado por las autoridades europeas, y de las rigurosas consecuencias que, para los operadores económicos afectados, podría suponer una eventual declaración de incompatibilidad. Nótese que estaríamos ante una ayuda nueva no notificada, constitutiva de ayuda ilegal y, por ende, y como recuerda la propia Comisión, susceptible de recuperación en base al artículo 14 del Reglamento 659/99.

⁸⁶ Bruselas contra España: la calificación de la amortización fiscal del fondo de comercio financiero como ayuda ilegal. Gaceta fiscal. Marzo, 284/2009, página 80.

Que la incorporación de la medida prevista en el artículo 12.5 del TRLIS supuso la concesión de una ventaja a las entidades españolas que no podían antes de su aprobación, y que dicha ventaja se obtiene con cargo a fondos estatales, parecen elementos fuera de discusión.

Sin embargo, que dicha ventaja tributaria –meramente temporal, derivada de la anticipación fiscal de la depreciación del activo- constituya una Ayuda de Estado y además contraria al Ordenamiento comunitario no puede presumirse sin más, casi de forma automática. Cabe preguntarse, pues, si desde un enfoque técnico-jurídico, la Comisión actuó bajo cierta presión política⁸⁷, y respondiendo a unos determinados condicionamientos mediáticos, que motivaron la utilización de este recurso jurídico que le permitía una reacción más rápida y contundente, desviando el *quid* de la cuestión en el debate sin consenso técnico de si la medida que aquí nos ocupa constituye una ventaja selectiva y no general.

Es también, tal y como apunta DE JUAN CASADEVALL⁸⁸, un ejemplo de cómo, en ocasiones, no es fácil para los Gobiernos nacionales realizar *ex ante* una calificación jurídica correcta de las disposiciones fiscales que aprueban. Dada la ausencia de una normativa que armonice las medidas fiscales, no se dispone de referentes para un análisis material, objetivo y racional *a priori* que determine si la medida fiscal proyectada reviste los atributos que la colorean como una ayuda fiscal selectiva incompatible con el mercado común. Por ello, incluso un operador jurídico cualificado, como es el Gobierno de un Estado miembro, puede incurrir en error en esa calificación jurídica previa y prescindir de la notificación de la medida proyectada a las autoridades europeas por entender que no es necesaria.

Todo ello permite introducir el fenómeno en el ámbito de la tributación directa comunitaria de lo que se conoce como *armonización fiscal negativa (indirecta o de segundo grado)* en contraposición de la armonización normativa. Esto es, la adaptación y aproximación de las legislaciones de los diferentes Estados miembros al Derecho comunitario en función de lo que decide discrecionalmente la Comisión Europea, con el apoyo del TJCE, en vez de acudir a los Reglamentos y Directivas para tal propósito.

⁸⁷ DE JUAN CASADEVALL. *Op. cit.* Página 94. “Por las especiales circunstancias que rodearon los primeros requerimientos de información, el inicio del examen previo y de la investigación formal, se trata de un atípico procedimiento por ayudas ilegales, alumbrado al socaire de la presión mediática y política que se desata, sobre todo en el Reino Unido, a raíz de la expansión internacional de grandes empresas españolas, adquiriendo no pocas empresas emblemáticas de aquél país. Este contexto ambiental, condiciona el análisis de la Comisión, predeterminando, en gran medida, por una específica tipología de casos: la gran empresa que utiliza una supuesta ventaja fiscal para hacerse con el control de entidades extranjeras de dimensiones y características similares”.

⁸⁸ *Op. cit.* Página 81.

Sobre la base de la abstracción técnica, dejando de lado los discursos voluntaristas, las presiones mediáticas y políticas, a continuación nos centraremos en el estudio de la concepción y naturaleza de lo que debe entenderse por el concepto jurídico “ayuda de Estado” desde un punto de vista meramente técnico⁸⁹, para, posteriormente, analizar el fenómeno de la amortización fiscal negativa.

Al respecto, utilizando las propias herramientas de *soft law* de la Comisión Europea, en su Comunicación de 1998⁹⁰, citada líneas más arriba, estableció los requisitos que, con carácter cumulativo, debía cumplir una medida para ser calificada de *ayuda de Estado*.

Éstos son los siguientes:

- *Ventaja*: la medida debe ofrecer a los beneficiarios una ventaja que aligere las cargas que tengan.
- *Medida que afecte a la competencia*: la medida ventajosa debe afectar a la competencia y a los intercambios entre los Estados miembros.
- *Procedente del Estado*: la ventaja debe ser concedida por el Estado o mediante fondos estatales. Una disminución de ingresos fiscales se entiende como ayuda que procede del Estado.
- *Específica o selectiva*: debe favorecer a determinadas empresas o sectores.

En efecto, la Comunicación, en sus apartados 13 a 16, distingue los conceptos de *ayudas estatales* y *medidas generales*:

En principio, las medidas fiscales abiertas a todos los agentes económicos que actúan en el territorio de un Estado miembro constituyen medidas generales. Deben estar realmente abiertas a cualquier empresa sobre la base de la igualdad de acceso y su alcance no puede ser reducido de facto, por ejemplo, a causa de la discrecionalidad del Estado en su concesión o debido a otros factores que puedan restringir su efecto práctico. Esta condición no limita, sin embargo, la capacidad de los Estados miembros para escoger aquella política económica que juzguen más apropiada y especialmente para repartir como estimen oportuno la carga fiscal impuesta sobre los diferentes factores de producción, concluyendo que conviene determinar, en primer lugar, el régimen común aplicable y examinar, a continuación, si la excepción a este régimen común está justificada por la naturaleza o la economía del sistema fiscal del Estado miembro implicado, evaluando así la existencia de ayudas fiscales.

Analicemos si se dan cada uno de los citados requisitos en el caso que aquí nos ocupa. En efecto, expuestos los criterios, veamos en qué medida el incentivo fiscal de la norma española pasa el test de control de las ayudas de estado.

⁸⁹ La cuestión nodular del debate jurídico planteado consiste en determinar si estamos ante una medida general o selectiva.

⁹⁰ *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 de 10 de diciembre de 1998.*

En este sentido, el apartado 16 de la Comunicación de la propia Comisión relativa a la aplicación de las normas sobre ayudas estatales de 1998 marca los pasos a seguir en este análisis: “*conviene determinar, en primer lugar, el régimen común aplicable. A continuación, debe examinarse si la excepción a este régimen o las diferencias del mismo están justificadas por la naturaleza o economía del sistema fiscal, es decir, si se derivan directamente de los principios fundadores o directivos del sistema fiscal del Estado miembro en cuestión. De no ser así, serían constitutivas de ayuda estatal.*”

Conviene tener presente, antes de analizar críticamente el juicio que hace la Comisión de la medida española, que dicho análisis no es una tarea sencilla. La complejidad técnica sobre este asunto es evidente y, todavía más, si se adopta una posición de defensa del artículo 12.5 del TRLIS.

No obstante, anticipando la opinión de este autor, el análisis de los instrumentos normativos que nos suministra el Derecho Comunitario, el propio *soft law* evacuado por la Comisión Europea, la jurisprudencia, las aportaciones doctrinales, o la simple exégesis del artículo 107 del TFUE, permite concluir que la amortización fiscal del fondo de comercio financiero constituye una medida fiscal legítima, en la que no concurrirían todos los elementos constitutivos de una ayuda fiscal ilícita. Veámoslo.

4.1.2 Otorgamiento por los Estados o mediante fondos estatales

En cuanto al requisito *de otorgamiento por los Estados o mediante fondos estatales* no cabe duda que se cumple. Como ya se ha anticipado la Comisión y el TJCE vienen entendiendo que las ventajas o beneficios de carácter fiscal satisfacen normalmente esta condición, por cuanto implican la renuncia por parte del Estado miembro a una serie de ingresos fiscales que en circunstancias normales habrían sido objeto de recaudación⁹¹.

En nuestro caso en particular es evidente la existencia de uso de recursos estatales desde el momento en que existe renuncia a ingresos tributarios de la Hacienda Pública durante el período de amortización de 20 años siguientes a la adquisición de la participación extranjera y con independencia de que se trate de un simple diferimiento en la tributación a la luz de la jurisprudencia del TJCE.

⁹¹ La Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 23 de febrero de 1961, asunto C-30/59, *De Gezamenlijke Steenkolenmijnen in Limburg c. Alta Autoridad de la Comunidad Económica del Carbón y del Acero*, declaró que el régimen comunitario de ayudas estatales abarca no sólo las aportaciones patrimoniales positivas del Estado a una empresa, como las subvenciones y demás beneficios directos, sino también cualesquiera otras reducciones de sus cargas financieras. Constituye en nuestros días criterio jurisprudencial consolidado. Véanse entre otras, STJCE de 8 de noviembre de 2001 C-143/99, STJCE de 15 e julio de 2004 C-501/00 o STJCE de 15 de diciembre de 2005 C-66/02.

4.1.3 Concesión de una ventaja

En cuanto al requisito de la *concesión de una ventaja*, según la Comisión, el artículo 12.5 del TRLIS constituiría una ventaja económica, pues permite la deducibilidad fiscal de un gasto que normalmente no goza de dicha condición, salvo en los casos de combinación de empresas. Supone, por tanto, una reducción fiscal que es proporcional a una parte del precio de adquisición pagado por la participación comprada, y es una excepción a la regla general que sólo permite la deducción de las depreciaciones ocurridas entre el inicio y el cierre del ejercicio fiscal (artículo 12.3 el TRLIS).

La intensidad de la ventaja depende del valor descontado neto de la amortización deducible durante los 20 años siguientes a la adquisición, del tipo impositivo aplicable durante este lapso temporal, y del tipo de interés de descuento aplicable⁹².

A mayor abundamiento, el argumento de que la ventaja fiscal que resulta de la amortización del fondo de comercio financiero se recupera en el momento de la venta de las participaciones adquiridas previamente (esto es, que se trata de un ajuste extracontable de carácter temporal, no permanente) no altera la conclusión de que, en todo caso, el régimen proporciona una ventaja temporal en el momento de la adquisición de participaciones extranjeras, y que sus beneficiarios pueden aplazar el pago de una parte del Impuesto sobre la empresa al que de otro modo estarían inmediatamente sujetos en el momento de la adquisición de las participaciones.

A pesar de la opinión de la Comisión, cabría argumentar que el artículo 12.5 del TRLIS no representa tal ventaja ya que simplemente refleja la deducibilidad de la depreciación sufrida por un activo financiero cierto (la participación en la filial), concepto éste de fácil encaje en el sistema contable y fiscal español (en realidad, en cualquier sistema). Con arreglo a la legislación contable vigente cuando se estableció el 12.5 del TRLIS, eran objeto de amortización sistemática tanto el fondo de comercio directo (el puesto de manifiesto en la compra de activos), como el fondo de comercio surgido en las combinaciones de negocio y, en lo que aquí respecta (y precisamente para conferir un tratamiento homogéneo en la compra de acciones y de activos), el implícito en la compra de acciones.

Por tanto, la deducción establecida en el 12.5 del TRLIS se corresponde con un gasto contable (regulado, además, de forma homogénea con el resto de “fondos de comercio”), y no puede considerarse una excepción al principio general de determinación de la base imponible en el IS a partir del resultado neto. El hecho de que la aplicación del 12.5 del TRLIS suponga una reducción de la carga fiscal no implica necesariamente que suponga una ventaja, puesto que lo mismo ocurre con cualquier

⁹² La Comisión propone un ejemplo: para una participación adquirida en 2002, la ventaja proporcionada sería del 20,6% del importe del fondo de comercio financiero, considerando el progresivo abatimiento de tipos de gravamen introducido por la Ley 35/2006, y aplicando un tipo de interés de descuento del 5%.

gasto. Por otro lado, el hecho de que el registro contable de dicha amortización pueda no ser exigible para la deducción fiscal no debería ser un problema, en la medida en que dicha especificidad halle su encaje en el sistema fiscal nacional. No son pocos, de hecho, los supuestos en que la deducción fiscal de un gasto no está condicionada a su inscripción contable.

Ahora bien, contablemente, cuando se trata de una adquisición de acciones el fondo de comercio sólo puede aparecer si la adquirente se fusiona con la adquirida asumiendo su control. Sin embargo, según el régimen que nos ocupa, no son necesarios ni el control ni la fusión entre las dos empresas. Basta con la simple adquisición de una participación de por lo menos el 5% de una empresa extranjera. Así pues, al permitir que el fondo de comercio financiero exista por separado, incluso aunque no exista una combinación de las empresas, parece que el régimen en cuestión constituye una excepción a las normas contables ordinarias aplicables en España.

4.1.4 Afectación de los intercambios comerciales y falseamiento de la competencia

La Comisión considera que esta medida fiscal podría afectar a la competencia, ya que mejoraría la posición de las empresas españolas en el llamado mercado comunitario de adquisición de participaciones en sociedades.

Dicho en otros términos, al conceder una ventaja económica a las sociedades sometidas al Impuesto sobre Sociedades español que adquieran una participación significativa en sociedades extranjeras, el régimen puede falsear la competencia en “*el mercado de la adquisición de sociedades europeas*”, situando a los competidores no españoles en una desventaja relativa a la hora de realizar ofertas comparables en los mercados de referencia, ya que las sociedades españolas que puedan acogerse a este beneficio fiscal podrán asumir un mayor coste de la operación de adquisición de participaciones gracias a este beneficio fiscal, mientras que el resto de sociedades no españolas que opten por adquirir dichas participaciones no tienen una ventaja similar prevista en la normativa interna del Estado en el que tributan.

Sin embargo, en realidad, resulta difícil apreciar la existencia de tal “mercado de adquisiciones de empresas”, ni existen precedentes para ello, tal y como ya apuntó el Gobierno de España en su escrito de observaciones contestando la incoación de la investigación formal⁹³. Es más, si existiese tal mercado, no parece que fuera relevante a efectos de aplicación del Derecho de la competencia.

⁹³ En apoyo de su tesis, invoca no pocos precedentes de Decisiones de la Comisión en es sentido, como el caso de las adquisiciones de CESCY TELECOM, O2, ABBEY NACIONAL, entre otros.

En cualquier caso, el mercado de adquisición de empresas es global, de modo que las empresas europeas no sólo compiten entre sí, sino también con las de países terceros. Estados Unidos, Japón y Suiza, como la generalidad de los países, aplican normas distintas a las inversiones en el extranjero que a las internas, a veces para atraer las cabeceras o subcabeceras de sus grupos, pero casi siempre por la lógica de sus sistemas fiscales.

Asimismo, tal y como apunta DE JUAN CASADEVALL⁹⁴:

En cualquier caso, y prescindiendo del automatismo y la rigidez con que se aplica este elemento constitutivo de la ayuda fiscal selectiva, habría que relativizar el impacto sobre la competencia, de la amortización fiscal del fondo de comercio incorporado al precio de la participación adquirida. En un escenario de falta de armonización de la fiscalidad empresarial, pueden existir múltiples divergencias fiscales que induzcan a la inversión extranjera, entre ellas y muy significativamente, el diferencial de tipos impositivos; y no parece que la norma valorativa que venimos analizando, y que a la postre acaba trocándose en una simple anticipación fiscal de la amortización de un activo, sea un factor decisivo para distorsionar la competencia, o para contribuir a la deslocalización de actividades empresariales.

4.1.5 Selectividad “de facto”

Por último, entramos a analizar el último requisito (el de la *selectividad*⁹⁵), siendo éste, por su indefinición dentro del acervo jurídico comunitario, el más controvertido y de compleja apreciación a la hora de emitir una opinión jurídica en relación con la concurrencia o no de la nota de selectividad en el caso que aquí no ocupa.

En este sentido, la gran mayoría de la doctrina de autor de más reconocido prestigio⁹⁶ ha puesto en duda la concurrencia de dicho requisito para la calificación de ayuda de Estado del artículo 12.5 del TRLIS y se han manifestado claramente en contra a la decisión adoptada por parte de la Comisión Europea⁹⁷.

⁹⁴ Op. cit. Página 93.

⁹⁵ Véanse apartados 17 a 20 de la Comunicación de la Comisión de 1998 relativa a la aplicación de las normas sobre ayudas estatales. La medida será selectiva si tiene principalmente por efecto favorecer a uno o varios sectores de actividad, favorecer exclusivamente a los productos nacionales exportados, al conjunto de sectores sometidos a la competencia internacional, o a determinadas formas de empresa, funciones o tipos de producción, aunque en determinados casos es posible que se admita su compatibilidad con el mercado interior.

⁹⁶ DE JUAN CASADEVALL: Op. Cit. Página 87. MARTÍN QUERALT: Op. Cit. Página 6. VILLAR EZCURRA: *La amortización del fondo...*, Página 89. CALVO VERGEZ. Op. cit. Página 17. CALVO Y PASTORIZA. Op. Cit. Página 73.

⁹⁷ Como hemos visto, en opinión de la Comisión, el régimen establecido en el artículo 12.5 del TRLIS establece una ventaja fiscal selectiva que solamente favorece a las empresas españolas que invierten en el extranjero mediante la adquisición de participaciones de empresas extranjeras, porque sólo pueden beneficiarse de este beneficio fiscal una determinada categoría de sociedades que tributan en España (aquellas empresas que adquieran, al menos, el 5 por 100 del capital social de una empresa extranjera, siempre que se cumplan los criterios previstos en el artículo 21.1 del TRLIS), sin que se concedan las mismas ventajas a la generalidad de las sociedades que tributan en España.

Así es, en cuanto al requisito de *selectividad*, la Comisión fija en la citada Comunicación una importante distinción entre *medidas generales* y *ayudas estatales*. Así, entiende que son medidas generales, en contraposición con el concepto de medidas selectivas o específicas, las disposiciones fiscales a las que pueden acceder de forma igualitaria todos los agentes económicos de un Estado miembro sin que su concesión o alcance pueda reducirse discrecionalmente por el Estado⁹⁸.

Según la práctica de la Comisión y del propio TJCE, la selectividad se puede apreciar de forma directa o indirecta (este sería el caso de una medida teóricamente general pero que en su aplicación favoreciera de facto a un colectivo determinado de empresas).

La apreciación de la selectividad directa es difícil en un caso como éste. Debemos tener presente que, tal y como se desprende de una primera lectura del precepto, el artículo 12.5 del TRLIS es una medida general que no afecta a ningún sector ni actividad concretos ni exige volumen o cuantía alguna de inversión para ser aplicada (esto es, abierta a todas las sociedades que tributen en España), si bien exige una serie de requisitos para acogerse a ella.

El *quid* de la cuestión radica, pues, en aclarar si una medida de la que no se puede beneficiar la totalidad de las sociedades de un Estado (por exigirse una serie de requisitos para su disfrute, como es el caso), puede ser, por ello, considerada selectiva.

Nótese que si la respuesta a dicha cuestión fuese positiva, entonces concluiríamos fácilmente que cualquier beneficio fiscal constituiría una ayuda de Estado⁹⁹. Por tanto, llegados a este punto de razonamiento y análisis jurídico, sería lógico defender que el mero hecho de exigir a una sociedad que tributa en España, la realización de una inversión en el extranjero, no convierte, de forma automática, a la medida prevista en el artículo 12.5 del TRLIS en selectiva.

⁹⁸ Una cuestión que es oportuno aclarar, antes de pronunciarse sobre el carácter selectivo o no de la medida, es cuál debe ser el ámbito de comparación, esto es, si para apreciar la selectividad de la medida se debe comparar con empresas del mismo Estado (en este caso, España) o con empresas de otros Estados miembros. Debe tenerse presente, tal y como ha venido a aclarar el TJCE, que la idea de selectividad de una ayuda de Estado en el sentido del artículo 87 del Tratado, apartado 1, se establece por comparación con otras empresas del mismo Estado miembro y no con empresas de otros Estados miembros (véase, en este sentido, la Sentencia TJCE de 2 de julio de 1974, Italia contra Comisión, Asunto 173/73, Rec. Pág. 709, apartados 36 a 39), esto es, el marco de referencia para apreciar la selectividad es el del Estado que ha adoptado la medida controvertida.

⁹⁹ PÉREZ BERNABEU. *Op. cit.* : “Piénsese, por ejemplo, en una medida que concediera un beneficio fiscal a empresas que contrataran a parados de larga duración o una medida que estableciera un tipo impositivo reducido para cooperativas; según el razonamiento expuesto por la Comisión, estas medidas u otras análogas (existentes en muchos ordenamientos tributarios, como el español) constituyen ayudas de Estado. Consecuentemente, cualquier beneficio fiscal recogido por la normativa tributaria, para el que se exigiera el cumplimiento de algún requisito, por mínimo que fuera, sería una ayuda de Estado contraria al Tratado, pues siempre cabría la posibilidad de que algún sujeto no cumpliera tal requisito.”

Pero, paradójicamente, la Comisión Europea parece dejar intuir que llega a una conclusión distinta en su Decisión, dejándose arrastrar por una corriente jurisprudencial sentada por el TJCE que esgrime la apreciación de selectividad de una medida que tuviere la apariencia de medida general. Esto es, lo que se conoce como una forma indirecta de apreciar la selectividad o la doctrina de la *selectividad de facto*.

Sobre esta expresión, *selectividad de facto*, ha tenido ocasión de pronunciarse MARTÍN JIMÉNEZ¹⁰⁰ y MARTÍN LÓPEZ¹⁰¹, estableciendo que pueden considerarse como selectivas *de facto* medidas generales en tres casos:

- En el primer caso, se trata de medidas que aparentemente son generales pero que tienen una redacción diseñada con el fin de ser aplicables únicamente a un grupo reducido de empresas o incluso a una sola empresa¹⁰².
- El segundo supuesto está constituido por las medidas generales que conceden, en su aplicación, un amplio margen de discrecionalidad al Estado, en ejercicio del cual, las autoridades de ese Estado miembro pueden beneficiar a determinadas empresas en concreto¹⁰³.
- El tercer y último grupo de medidas selectivas *de facto* viene constituido por un grupo heterogéneo de medidas generales que, de algún modo, son susceptibles de influir en el comercio a favor de determinadas empresas de un Estado.

La medida española objeto de comentario parece *selectiva de facto* (incardinable en el primer grupo de los comentados) por favorecer a determinadas empresas o producciones y, no concediendo las mismas ventajas directas para inversiones similares en entidades españolas, se está favoreciendo a la exportación. En efecto, sus argumentos se basan en que (i) la medida se aplica exclusivamente en a compra de empresas extranjeras (y no en la adquisición de sociedades españolas) y (ii) se exige la adquisición de una participación de, al menos, el 5% de la filial. En otros términos, se trata de una medida selectiva con “disfraz” de generalidad.

¹⁰⁰ *El concepto de ayuda de Estado y las normas tributarias: problemas de delimitación del ámbito de aplicación*. Noticias de la Unión Europea, número 196, mayo, 2001, páginas 97-102.

¹⁰¹ *Competencia fiscal perjudicial y ayudas de Estado en la Unión Europea*. Tirant monografías, 411, 2006. Página 274.

¹⁰² Sentencia TJCE de 14 de julio de 1983, Comisión contra Italia, Asunto 203/82; en este asunto el Gobierno italiano concedió una rebaja de las cotizaciones sociales a las trabajadoras, circunstancia que fue considerada como ayuda de Estado por el Tribunal, al considerar que esta medida estaba dirigida a favorecer el sector textil que empleaba mano de obra mayormente femenina.

¹⁰³ Sentencia TJCE de 29 de junio de 1999, Asunto C-256/97. La empresa belga DMT, que se encontraba en situación de quiebra, adeudaba a la Seguridad Social belga más de dieciocho millones de francos belgas. Ante esta situación, el organismo de recaudación de la Seguridad Social, en ejercicio de su poder discrecional, le concedió un aplazamiento para el pago de dichas deudas. El Tribunal declaró que el organismo de recaudación de la Seguridad Social belga demostró tener una extraordinaria paciencia para con DMT.

Ahora bien, la Comisión no cita la doctrina de la selectividad de facto en su decisión, sino que considera la media como selectiva por el mero hecho de que sólo se pueden beneficiar de esta medida aquellas sociedades que tributen en España y que persigan oportunidades de inversión en el extranjero.

Por todo ello, la doctrina ha criticado con dureza la interpretación inicial apuntada por la Comisión y ello por cuanto la media tratada es general, dado que todas las empresas españolas y sucursales extranjeras pueden acceder a ella¹⁰⁴.

No puede despreciarse que la propia Comisión en su Comunicación sobre ayudas de Estado de 1998, considera como medidas generales las disposiciones fiscales abiertas “a todos los agentes económicos que actúan en el territorio de un Estado miembro”. Consideramos que la amortización del fondo de comercio financiero se amolda a esta definición, y la propia Comunicación, tras efectuar esta delimitación conceptual, considera que no son ayudas de Estado las medidas de “pura técnica fiscal”, entre las que cita “las normas de depreciación y amortización”.

En tal sentido, para lo que aquí nos ocupa, según nuestra opinión y de la de MARTÍN LÓPEZ¹⁰⁵, la supeditación de la concesión de un beneficio al cumplimiento de requisitos por su perceptor no comporta que dicha ayuda presente la nota distintiva de selectividad, aun cuando de ello se derive que solamente algunos operadores económicos consigan gozar de aquél:

En efecto, una norma tributaria que imponga criterios objetivos para que entre en juego su consecuencia jurídica –en este supuesto, una disminución de la carga impositiva- no se verá afectada por la incompatibilidad del artículo 107 del TFUE si la misma se aplica, sin excepción, a todas las empresas que los satisfagan; de esta manera, únicamente existirá una ayuda de Estado incompatible cuando parte de las empresas que reúnan los requisitos objetivos marcados por la disposición fiscal queden excluidas de su ámbito de actuación, dispensándose así un tratamiento tributario diferenciado sujetos que se encuentran en idénticas circunstancias.”

En lo relativo al carácter general de la medida es claro que la medida es general por ser accesible a todo tipo de empresas, incluso extranjeras (sucursales).

¹⁰⁴ Como señala DE JUAN CASADEVALL: *op. cit.* Páginas 87 y 88. “La participación significativa se anuda a un porcentaje de participación en el capital relativamente modesto (5%), que no se vincula necesariamente a las inversiones financieras de los grandes grupos multinacionales; es más, no excluye ni la inversión ni la participación realizadas, desde o en una PYME. Por lo demás, el porcentaje del 5% coincide con el fijado por la normativa fiscal interna, en multitud de supuestos. Tampoco es cierto que proteja la exportación de productos nacionales, ni la medida fiscal cuestionada se refiere al sector exportador, ni necesariamente la entidad inversora tiene que desarrollar una actividad exportadora. Tampoco es una medida que se aplique sólo a las empresas españolas que invierten en el extranjero. Es una medida abierta, que se aplica a las entidades residentes y a los establecimientos permanentes de entidades no residentes, y su eventual efecto exclusivo se contrae a las adquisiciones nacionales. De existir esa ventaja fiscal selectiva, estaríamos ante un supuesto de discriminación inversa, y de ahí la alegación efectuada por el Gobierno de España, que, bajo el epígrafe de libertad de movimientos de capital, insiste en la proporcionalidad de la medida.”

¹⁰⁵ *Competencia fiscal perjudicial y ayudas de Estado en la Unión Europea*. Tirant monografías 411/2006. Página 344.

En efecto, según MARTÍN QUERALT¹⁰⁶: “El hecho de que la medida no afecte por igual a todos los contribuyentes sino únicamente a aquellos en los que concurren los presupuestos materiales de adquisición de las participaciones extranjeras no puede ser calificado per se como selectividad”.

A mayor abundamiento, la jurisprudencia del TJCE se ha pronunciado en el sentido de afirmar que “una medida que encuentre justificación en la naturaleza o en la economía general del sistema en el que se inscribe, no reúne el requisito de la selectividad, aunque constituya una ventaja para su beneficiario”¹⁰⁷.

En este mismo sentido se manifestó la Comisión en respuesta a preguntas parlamentarias en relación con la norma española.

En concreto, el Comisario McCreevy respondió en nombre de la Comisión a la pregunta E-4772/05 que: “Spanish tax rules related to the write off of a “goodwill” are applicable to all undertakings in Spain, independently from their sizes, sectors, legal forms or if they are privately or publicly owned because they constitute general depreciation rules. Therefore, they do not appear to fall within the scope of application of the State aid rules (...)”.¹⁰⁸

Obsérvese de la existencia de una manifestación escrita clara, explícita y razonada por parte de la Comisión manifestando que el artículo 12.5 del TRLIS no constituye ayuda de Estado (por ser una medida general).

No obstante, por alguna razón, con posterioridad a estas manifestaciones la propia Comisión se ha contradicho, resultando cuanto menos sospechoso el cambio de criterio de la Comisión desde el prisma de un mero análisis estrictamente técnico del caso que aquí nos ocupa¹⁰⁹. Sorprende, por tanto, con estos antecedentes, que la Comisión haya dado un *giro copernicano*¹¹⁰ de tal magnitud.

Es por ello que, desde un punto de vista técnico, la calificación del artículo 12.5 del TRLIS como ayuda de Estado resulta discutible y, además, es contraria a varios precedentes establecidos por la propia Comisión Europea, tal y como desarrollamos a continuación.

¹⁰⁶ *La deducción del fondo de comercio financiero y las Ayudas de Estado*. CISS Tribuna Fiscal, número 207, enero 2008

¹⁰⁷ Sentencias del TJCE de 2 de julio de 1974, Italia contra Comisión, Asunto 173/73, apartado 33 y, más recientemente, de 8 de noviembre de 2001, Adria-Wien Pipeline GMBH, Wietersdorfer & Peggauer Zementwerke GMBH, Asunto C-143/99, apartado 42, entre otras.

¹⁰⁸ “Las normas sobre amortización del fondo de comercio se aplican en España a todas las empresas, con independencia de su tamaño, sector, forma legal o naturaleza pública o privada, al constituir reglas generales de amortización. En consecuencia, no parece que entren dentro del ámbito de aplicación de las ayudas de Estado”.

¹⁰⁹ Entendemos que sólo la existencia de presiones políticas y/o empresariales explicaría todo ello.

¹¹⁰ 12/11/2007. EXPANSIÓN. *Fondo de comercio: la Comisión investiga*.

A mayor abundamiento destacar que la propia Comisión, en su caso, cuando menos éticamente cuestionable, calificó como generales (y, por consiguiente, no constituían ayudas de Estado) las medidas italianas de amnistía fiscal, cuyo fin era regularizar la economía sumergida, por ser éstas aplicables a todas las empresas y en todo el territorio italiana (Ayuda de Estado N674/2001, Italia, medidas para la regularización de la economía sumergida, Decisión de 13 de noviembre de 2001, C(2001)3455fin, párrafo 26)¹¹¹. En efecto, es la capacidad de poder ser aplicada a todas las empresas en todos los sectores económicos de un Estado lo que permite su calificación como medida general, argumento coincidente en la contestación a las preguntas parlamentarias a propósito de la norma española sobre la deducción del fondo de comercio financiero.

Ahora bien, tal y como hemos apuntado con anterioridad, la verificación de la selectividad de la norma tributaria española enjuiciada se realiza, de forma particular, al considerar como categoría específica de empresas, aquellas que *“adquieren ciertas participaciones de, por lo menos, un 5% del capital social de una empresa participada y sólo de empresas extranjeras a condición de que se cumplan los criterios previstos por el artículo 21.1 del TRLIS.”*

Pero contrasta dicha posición de partida con la mantenida por la misma Comisión ante supuesto de hecho análogos al aquí analizado. Así es, la Comisión declaró que la exigencia de una participación sustancial no convertía a la medida en selectiva, rechazándose el carácter de ayuda de Estado.

En tal sentido véase la Decisión de 22 de noviembre de 2004, relativo al régimen de sociedades holding irlandesas (N354/2004), en la que se consideraba que la exigencia de un 5% no constituye un trato favorable para determinadas empresas, es un requisito de naturaleza horizontal, puesto que el requisito puede ser cumplido por cualquier empresa, con independencia de su tamaño y estructura legal; o en la más reciente Decisión de 26 de enero de 2007 (C4/07) sobre el régimen *national interest income* de Holanda.

Bien es cierto que, en otros asuntos recientes, la Comisión parece haber cambiado de criterio. Así, la Comisión ha considerado que la deducción de intereses intragrupo previstos en las legislaciones de Hungría y Holanda (Groepsrentebox) no constituyen una medida general al excluir a las pequeñas y medianas empresas, restringir la medida a los grupos societarios y siendo ventajoso sólo en un contexto internacional (Decisiones de 7 de febrero de 2007 y de 21 de marzo de 2007).

¹¹¹ *“Misura per la regolarizzazione dell’economia somersa”.*

Por tanto, los criterios de selectividad aplicados por la Comisión contravendrían lo establecido por la propia Comisión en otros supuestos en los que ni el hecho de limitar la aplicación de una normativa de compra de filiales en el exterior ni el de establecer un determinado umbral de participación fueron considerados como indicios de tal selectividad.

Parece desprenderse que la ventaja en un contexto internacional aparece medida conjuntamente con otros criterios selectivos para concluir la existencia de selectividad, de modo que no puede calibrarse con precisión si la sola existencia de la ventaja internacional podría fundamentar una Decisión positiva de la Comisión para la apreciación de la selectividad. De ser así, la Comisión habría dado un importante paso al frente para controlar determinados mecanismos y técnicas tributarias que abordan el tratamiento de las rentas e inversiones internacionales, con consecuencias imprevistas y difícilmente predecibles.

El uso de un criterio de selectividad tan amplio es contraproducente y, en última instancia, podrían hacer tambalear los principios de soberanía fiscal de los Estados miembros y de intervención subsidiaria de las instituciones comunitarias.

Así, sería previsible que cualquier estudio de Derecho comparado, como el breve ejercicio realizado en párrafos anteriores, revele la existencia de una serie de medidas fiscales en otros países de la UE que podrían ser consideradas ayudas de Estado.

Por otro lado, desde la perspectiva de la discriminación inversa, cabría oponer que la diferencia en el tratamiento fiscal de la adquisición de empresas españolas y extranjeras está fundamentada en las distintas ventajas y cargas tributarias que soportan quienes invierten en España y en el exterior. El artículo 12.5 del TRLIS podría interpretarse como una medida de política fiscal legítima, pensada para evitar que la inversión de las empresas españolas en el extranjero se vea desincentivada por la imposibilidad de aplicar determinadas ventajas fiscales que sí son posibles en la compra de filiales españolas (por ejemplo, posibilidad de aflorar un fondo de comercio deducible a través de una fusión que es indudablemente más difícil cuando la filial a absorber se encuentra en el extranjero).

En definitiva y concluyendo, compartiendo la opinión de DE JUAN CASADEVALL¹¹²:

El artículo 12.5 del TRLIS constituye una medida general, y una presunta ayuda fiscal de carácter genérico pierde, esta precisa circunstancia, su pretendido perfil selectivo. La reacción jurídica frente a una medida fiscal general, que distorsione la competencia y afecte a los intercambios comunitarios, debe ser la adopción de una Directiva de armonización en los términos del artículo 94 del TCE, y no la utilización del régimen del artículo 87 del TCE, aunque éste sea un mecanismo más rápido, y con unos efectos procesales más rigurosos, como la suspensión o reembolso de la ayuda, y, por tanto, más efectivo.

¹¹² *Op. cit.* Página 89.

En el mismo sentido, MARTÍN QUERALT¹¹³:

Más claro imposible. La Comisión no puede utilizar sus mecanismos de control de Ayudas de Estado como vía indirecta para la eliminación de las divergencias entre los Estados miembros que provoquen efectos distorsionadores de la competencia. Para ello, la Comisión debe ajustarse a la elaboración de meras propuestas de medidas que deben ser refrendadas, en todo caso, por el Consejo. En este sentido, es encomiable la propuesta elaborada por la Comisión encaminada a la elaboración de una base tributaria consolidada común en el ámbito de la imposición societaria (Documento de 20 de noviembre de 2007).

4.1.6 *Opinión crítica de la doctrina mayoritaria en cuanto al criterio esgrimido por la Comisión en su Decisión. Consecuencias negativas de la regla de la unanimidad y del soft law comunitario.*

Podemos concluir que el criterio de la Comisión Europea para dirimir sobre este particular es volátil y oscilante a lo largo del tiempo, y cuando menos especialmente cuestionable en lo que al criterio de selectividad se refiere, siendo complejo poder pronunciarse desde una esfera técnica sobre esta materia, al existir conclusiones contradictorias ante supuestos de hecho análogos, decantándose la balanza del lado del peso de las decisiones de índole política y por la ya abundante jurisprudencia en materia de ayudas de Estado de carácter fiscal con constantes cambios de orientación.

Con todo ello, se ha conseguido que no sea una tarea fácil, desde un punto de visto técnico, establecer una clara línea divisoria entre aquellas medidas de fomento que constituyen una ayuda de Estado y aquellas que no lo son, pues la zona gris entre ambas figuras es importante y con un alto componente de subjetividad política.

Además, ello se confirma, según MARTÍN QUERALT¹¹⁴, si se tiene en consideración que:

Ante la ausencia de un marco tributario de referencia común, armonizado o coordinado en el ámbito comunitario, o de un sistema de imposición mínima exigido por los diferentes Estados miembros y la perenne negativa a definir dicha exigencia con rango comunitario, el punto de referencia es nacional y por lo tanto, particular e individualizado para las empresas de cada Estado. De ahí que las pautas de verificación de la existencia de una ayuda –en materia tributaria- sean distintas y singulares en relación con cada sistema tributario de los diferentes Estados miembros, generándose situaciones claramente contradictorias con los objetivos de creación de un mercado interior sin barreras fiscales.

¹¹³ *Op. cit.* Página 7.

¹¹⁴ *La deducción del fondo de comercio financiero y las Ayudas de Estado.* CISS Tribuna Fiscal, número 207, enero 2008

Como es sabido, el acervo comunitario no armoniza la fiscalidad directa¹¹⁵, pero podría afirmarse que la tradicional parcela de soberanía fiscal de los Estados miembros en esta materia se está viendo progresivamente acotada por los factores comunitarios y, en concreto, por la propia Comisión Europea en el control de las ayudas de Estado en virtud de los artículos 107 a 109 del Tratado de Funcionamiento de la UE.

En efecto, la extensión del criterio de selectividad de manera que alcance a medidas fiscales generales constituye un precedente peligroso y que podría condicionar la actuación futura de la propia Comisión y de los Estados miembros, teóricos titulares de la soberanía fiscal en materia de fiscalidad directa.

La Comisión dispone de amplias facultades para autorizar una ayuda fiscal que, en principio, sería incompatible con el acervo comunitario. Asimismo, la Comunicación aprobada por la Comisión de 1998 relativa a la aplicación de las normas sobre ayudas de Estado, tal y como se desprende de sus apartados 28 a 33, se precisan algunos criterios dirigidos a orientar su propia discrecionalidad.

La actual postura de la Comisión sobre la selectividad de las medidas que suponen incentivos fiscales es una interpretación excesivamente expansiva del criterio de selectividad que, cada vez más, limita la libertad de los Estados miembros para adoptar medidas de fomento de carácter fiscal para determinados sectores de su economía y que, llevada a su máxima expresión, acabaría considerando como ayuda de Estado cualquier medida fiscal de la que no se beneficiaría la totalidad de los contribuyentes.

La Comisión debería frenar esta interpretación extensiva del concepto de ayuda de Estado y no incluir en este concepto, casi de manera automática, cualquier medida de fomento de carácter fiscal adoptada por un Estado miembro, tal y como parece estar sucediendo en la actualidad.

Conforme con la opinión de PÉREZ BERNABEU¹¹⁶, a pesar de la gran dificultad que presenta la tarea, sería conveniente precisar los límites de la idea de selectividad¹¹⁷, para aportar seguridad jurídica tanto a los Estados que adoptan medidas de fomento de un sector o actividad de su economía como a sus destinatarios. Si no se lleva a cabo esta delimitación, la consideración de una medida de fomento como ayuda de Estado

¹¹⁵ “La madurez de la armonización fiscal positiva es notable en materia de imposición indirecta, y muy tímida en lo que se refiere a imposición directa, que plantea de forma descarnada el problema de su engarce con las competencias comunitarias.” DE JUAN CASADEVALL. *El Principio de No Discriminación Fiscal como Instrumento de Armonización Negativa*. Editorial Aranzadi, 2010. Página 72.

¹¹⁶ *El requisito de la selectividad en las ayudas de Estado de carácter fiscal y su incidencia en el ordenamiento español: dos ejemplos recientes*. Revista de información fiscal, número 95, octubre 2009. Páginas 45-74.

¹¹⁷ Por ejemplo, sería oportuno idílicamente desde un punto de vista técnico, pero utópico en la práctica por cuanto los Estados miembros son reacios a ceder parcelas de soberanía, la obligatoriedad de la previa notificación de los Estados miembros a la Comisión sobre su intención de poner en práctica las medidas marcadas por su política de incentivos, previamente a su implantación, al objeto de que la Comisión se pronuncie sobre su compatibilidad con el mercado común, evitando así que el Estado miembro se vea posteriormente obligado a llevar a cabo su recuperación.

sobrevolará “cual espada de Damocles, no sólo las políticas de gastos y fiscales de los Estados miembros, sino también y en última instancia, los bolsillos de los ciudadanos europeos o con intereses económicos en la Unión Europea, en su condición de contribuyentes o perceptores de subvenciones”¹¹⁸, que pueden verse compelidos a su devolución.

Ahora bien, esta pretensión de limitar la discrecionalidad de la Comisión Europea mediante el impulso de la armonización fiscal positiva (normativa) en sede de la imposición directa es un tanto utópica si atendemos a la evolución de esta materia desde los orígenes de la construcción europea.

Así es, tal y como apunta MARTÍN LÓPEZ¹¹⁹:

Como es sabido, la armonización de la imposición directa en el espacio comunitario ha encontrado, desde los albores de la construcción europea, una resistencia acusada por parte de los propios Estados miembros, siempre reticentes a ceder a dicha organización supranacional el ejercicio de su poder en esta parcela específica de la fiscalidad. Reservas estas las cuales, blindadas por medio de la regla de la unanimidad que rige la toma de decisiones en materia de tributación directa conforme al artículo 94 del TCE, han dificultado considerablemente la acción comunitaria de integración de los sistemas fiscales de los países de la UE.

En efecto, el citado precepto (actual artículo 115 del TFUE) constituye la base jurídica de la armonización de la imposición directa en la UE, estableciendo que las directivas para la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros que incidan directamente en el establecimiento o funcionamiento del mercado común deberán ser adoptadas por el Consejo por unanimidad, a propuesta de la Comisión y previa consulta al Parlamento Europeo y al Comité Económico y Social.

Sobre este particular, la doctrina científica mayoritaria consultada para la elaboración de este trabajo opina que el requisito de la unanimidad origina un importante freno para la armonización comunitaria de la imposición directa. En tal sentido, podría resultar interesante la supresión de la exigencia de unanimidad en el Consejo para la toma de decisiones en materia tributaria y la implantación de un sistema de mayoría simple.

No obstante, en vez de cambiar la regla de unanimidad para la toma de decisiones del Consejo, la Comisión, ante el fenómeno de la competencia en imposición directa, optó por sustituir, a partir de la segunda mitad de la pasada década de los noventa, la

¹¹⁸ Citando a SOLER ROCH. *Las medidas fiscales selectivas en la jurisprudencia del TJCE sobre ayudas de Estado*. Quincena Fiscal, número 14/2006, páginas 13 y siguientes.

¹¹⁹ *Competencia fiscal perjudicial y ayudas de Estado en la Unión Europea*. Tirant monografías nº 411, 2006. Página 136 y siguientes.

aspiración de una armonización directa, por otra menos ambiciosa basada en la coordinación fiscal¹²⁰.

No existen Directivas que armonicen la fiscalidad directa, sino que se respeta la plena capacidad legislativa de los Estados miembros en materia de fiscalidad directa, pero se someten a un control por parte de las instituciones de la Unión Europea.

En efecto, conforme con MARTÍN LÓPEZ¹²¹:

Mientras que la armonización fiscal presupone la aprobación por los órganos comunitarios de normas tributarias de naturaleza jurídica vinculante –i.e., hard law-, implicando ineluctablemente una restricción del poder tributario de los países pertenecientes a la UE, la coordinación fiscal, al vehicularse en cambio por medio de actos comunitarios sin fuerza obligatoria y cuya adopción únicamente vincula a los Estados miembros desde un punto de vista político –i.e. soft law [derecho blando]-, no lleva aparejada en teoría una cesión de la soberanía estatal en el ámbito impositivo a las instituciones europeas, en tanto aquellos conservan –al menos formalmente- tanto su competencia como su plena capacidad legislativa en materia de fiscalidad directa.

En el mismo sentido, ROCHE LAGUNA¹²². La coordinación fiscal no limita directamente al poder tributario de los países de la UE, ya que, al instrumentarse a través de actos comunitarios carentes de *vinculatoriedad* jurídica, no conlleva *per se* modificación alguna del contenido sustantivo de sus respectivas normativas tributarias internas por imperativo comunitario, sino tan sólo una suerte de organización de su actuación conjunta, la cual sí suele conducir, de manera indirecta, a que los Estados miembros aproximen finalmente sus legislaciones fiscales; de esta forma, por medio de la coordinación fiscal las instituciones comunitarias pretenden que los Estados, aun conservando *de iure* su poder tributario intacto, lo ejerzan *de facto* coordinadamente, constituyendo así aquella un fiel exponente del modelo de cooperación internacional, impregnado de un carácter marcadamente intergubernamental. Por el contrario, la armonización fiscal supone, como es conocido, la emanación por parte de los órganos comunitarios competentes de normas jurídicamente obligatorias para los Estados miembros, constriñéndose, por ende, su soberanía fiscal; de este modo, frente al sistema de cooperación internacional representado por la coordinación fiscal, la armonización fiscal responde propiamente a un modelo de integración.

¹²⁰ *Soft Law*. Se trata de una variada gama de actos procedentes de las instituciones europeas e integrantes del ordenamiento jurídico comunitario y caracterizados por su falta de vinculatoriedad, pero influyentes políticamente en los Estados y ciudadanos de la UE. Se trataría pues, de actos típicos como las recomendaciones o dictámenes y actos formalmente atípicos como, por ejemplo, las comunicaciones o los códigos de conducta.

¹²¹ *Op. cit.* Página 141.

¹²² *La integración europea como límite a la soberanía fiscal de los Estados miembros*. Tirant lo Blanch, 2000.páginas 33 a 43). Citado también por MARTÍN LÓPEZ.

En definitiva, la coordinación de los sistemas tributarios de los Estados miembros mediante el empleo del soft law supone, a diferencia de la armonización fiscal en sentido estricto, que la aproximación de sus legislaciones en material de imposición directa no se realice directamente por las instituciones europeas merced a la adopción de actos de Derecho comunitario derivado de carácter vinculante (hard law), sino que, por el contrario, sean los propios Estados miembros los que, si bien influenciados por dicho soft law, se comprometan colectivamente a modificar su fiscalidad en la dirección indicada por este último, obteniéndose, en definitiva, un acercamiento sutil de sus sistemas impositivos.

Ahora bien, tal y como subraya MARTÍN LÓPEZ¹²³, debe tenerse en consideración los peligros jurídicos que conlleva la utilización del derecho blando comunitario (soft law) para los países de la UE:

Genera, en la praxis, un peligroso efecto bumerán para aquellos países, ya que se configura como una técnica que posibilita a la Comisión soslayar el procedimiento legislativo establecido en el TCE para armonizar la imposición directa y aproximar así, de manera subrepticia, determinados sectores de la fiscalidad de los Estados miembros. Ciertamente, mediante el soft law la Comisión realiza, por la puerta trasera, una suerte de armonización de las legislaciones de los Estados miembros en material de imposición directa, al generar un derecho blando, carente de control alguno por parte del Consejo, que influye sobremanera en la acción legal de los Estados en tal terreno, forzándoles implícitamente a reformar sus sistemas tributarios en la línea significada por el mismo. Y ello sin obviar, a mayor abundamiento, que en no pocas ocasiones dicho soft law comunitario acaba transformándose, al ser asumido por el Tribunal de Luxemburgo en su jurisprudencia, en norma obligatoria para la totalidad de los Estados miembros o, dicho en otros términos, en auténtico hard law.

El Código de Conducta sobre fiscalidad de las empresas, hito capital de los actos soft law, en su epígrafe J, y 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, atribuyen a los preceptos comunitarios en materia de ayudas estatales un papel capital en la tarea de erradicación de la competencia fiscal perjudicial. Con ello se abrió la vía para que la Comisión en virtud de los artículos 107 a 109 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea en aras de impedir que los Estados miembros empleen sus sistemas tributarios para deslocalizar inversiones empresariales y atraerlas hacia el interior de sus correspondientes fronteras.

No obstante, tal y como se apuntaba con anterioridad, esta función de la Comisión lleva aparejada una serie de peligros en la práctica: una atribución a la Comisión de una potestad cuasi legislativa en sede de imposición directa que no viene amparado en el acervo competencial comunitario ampara amplias facultades discrecionales a dicha institución.

¹²³ *Op. cit.* Página 149.

Mediante decisiones, la Comisión Europea declara la incompatibilidad a la luz del artículo 107 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea de aquellas medidas fiscales de los Estados miembros que se aparten de las directrices contenidas en su *soft law* y ordenar, en consecuencia, su supresión o modificación en un plazo determinado, estando además legitimada para, en su caso de incumplimiento, interponer el oportuno recurso ante el Tribunal de Luxemburgo.

Así, la Comisión goza, según la opinión mayoritaria de los autores, de un gran margen de maniobra a la hora de decidir si una concreta disposición tributaria de un Estado miembro incurre en la incompatibilidad prevista en el citado artículo 107 y permite equiparar su Comunicación de 1998 antes señalado como una auténtica norma de *hard law*, teniendo como resultado en la práctica una aproximación de las legislaciones de una forma poco ortodoxa ("*legislación por la puerta de atrás*"), por cuanto no ha habido intervención alguna por parte del Consejo.

MARTÍN LÓPEZ¹²⁴ apunta que:

Esta especie de regulación subrepticia realizada por la Comisión a través de su derecho blando atinente a las ayudas estatales de carácter fiscal, constituye un espaldarazo a la lucha contra la competencia fiscal perjudicial en el espacio geográfico europeo, puesto que aquellas ventajas tributarias orientadas a la captación de empresas determinadas podrán ser declaradas ayudas de Estado incompatibles. De este modo, el régimen comunitario de ayudas estatales se cierra, cual espada de Damocles, sobre la utilización selectiva del beneficio fiscal, dificultándose, consiguientemente, que mediante el manejo torticero de esta institución los distintos países de la UE consigan atraer actividad empresarial hacia sus respectivos territorios.

En definitiva, ante la indeterminación que del concepto de ayuda estatal presentan las disposiciones de Derecho comunitario originario, el TJCE ha integrado dicha laguna jurídica extensivamente, dotándolo, en la praxis, de una gran amplitud, apareciendo así una *vis expansiva* de la jurisprudencia comunitaria en el marco del control de las ayudas de Estado.

4.2 La aplicación exorbitante del régimen de ayudas fiscales selectivas como un ejemplo del fenómeno de la armonización fiscal negativa¹²⁵

Sentado lo anterior y dada la dificultad de establecer una armonización normativa de la imposición directa en la UE, aparece en la práctica una forma distinta de realizar armonización fiscal por parte de las autoridades europeas mediante el uso exorbitante

¹²⁴ Op. cit. Página 242.

¹²⁵ Véanse las obras de DE JUAN CASADEVALL (*El Principio de No Discriminación Fiscal como Instrumento de Armonización Negativa*, páginas 71 a 94) y de VILLAR EZCURRA (*Ayudas fiscales y Derecho Comunitario: un ejemplo de armonización fiscal negativa*) que se citan en la bibliografía y que abordan ampliamente este particular.

de la figura de la ayuda de Estado para el control de los incentivos fiscales de los Estados miembros.

En efecto, VILLAR EZCURRA¹²⁶ y DE JUAN CASADEVALL¹²⁷ utilizan el término de armonización de “*resultado*”, “*indirecta*”, “*de segundo grado*”¹²⁸ o “*armonización fiscal negativa*”¹²⁹, en el sentido en que “*provoca que las legislaciones estatales vayan ajustándose a los parámetros del Derecho comunitario al son que marca la Comisión Europea bajo el control –o más bien, como hemos visto, con el apoyo- del TJCE.*”

Paradójicamente, mientras que la armonización fiscal positiva (normativa) constituye un relativo fracaso en el ámbito de la fiscalidad directa, la actuación de la Comisión Europea frente a las ayudas fiscales estatales en forma de incentivos y ventajas ha sido tan decisiva que se ha convertido en un verdadero motor indirecto de cambios en la fiscalidad empresarial europea.

Al margen de las críticas por el déficit democrático que supone esta forma de acercar ordenamientos nacionales, no es difícil entender la preocupación de los Estados miembros por el alcance invasor en el ámbito de su soberanía fiscal, ya que, obviamente, se recorta su esfera de autonomía para diseñar sus sistemas fiscales.

Pues bien, pese a las importantes consecuencias jurídicas, económicas y políticas del tema que nos ocupa, el bloque normativo que constituye el parámetro de legalidad encuentra problemas de concreción y provoca inseguridad jurídica.

4.2.1 Concepto y fuentes de la armonización negativa

Como hemos ido anticipando a lo largo del presente trabajo, existen vías alternativas de armonización fiscal, además de la armonización normativa comunitaria, que producen un efecto práctico equivalente.

En la fiscalidad directa europea, la acción normativa mínima de las Directivas de armonización se suple con la labor discrecionalmente integradora de la Comisión Europea y la Corte de Luxemburgo, materializada en una tupida jurisprudencia comunitaria, un denso *soft law* comunitario (legislación blanda) y la aplicación exorbitante del régimen de ayudas de Estado.

¹²⁶ *Ayudas fiscales y Derecho comunitario: un ejemplo de armonización fiscal negativa*. Estudios de Derecho Financiero y Tributario en Homenaje al Profesor Calvo Ortega, tomo II, Lex Nova, Valladolid, 2005.

¹²⁷ *El Principio de No Discriminación Fiscal como Instrumento de Armonización Negativa*. Aranzadi, 2010.

¹²⁸ Llamada así en contraposición a la armonización normativa o de primer grado que se vehicula mediante Directivas. Precisamente su aprobación por unanimidad deviene un óbice constitucional para la producción normativa en materia tributaria alumbrando el fenómeno de la armonización de segundo grado.

¹²⁹ “La dicotomía “armonización positiva – armonización negativa” fue acuñada por PINDER (1968), partiendo de la tesis de TINBERGEN (1954), referidas a la integración positiva y negativa, cuyos precisos linderos se rebasarían más tarde para penetrar en el ámbito de lo económico y lo jurídico”. Martín Jiménez, *La armonización de la imposición directa en las Uniones Económicas: lecciones desde la Unión Europea*. Revista Euroamericana de Estudios Tributarios, número 5, 2000, página 223 nota 8.

Este conjunto heterogéneo de acciones y disposiciones integran la llamada *amortización fiscal negativa* que, de forma paulatina, lamina la soberanía fiscal de los Estados y produce la convergencia progresiva de la imposición directa. Consiste en una armonización *de facto* que resulta de obligaciones de no hacer impuestas por la jurisprudencia del TJCE y las Decisiones de la Comisión.

En efecto, según DE JUAN CASADEVALL¹³⁰,

La principal diferencia reside en que la armonización positiva, especialmente la normativa, emplaza al legislador nacional a regular un determinado ámbito de la fiscalidad en el sentido predeterminado por la norma comunitaria de armonización (obligación de hacer), mientras que la armonización negativa impone a las fuentes de producción normativa interna, o a los operadores jurídicos nacionales, determinadas prohibiciones de discriminación fiscal o la supresión de incentivos fiscales, desplegando así una función depuradora de los sistemas fiscales internos, que acaba produciendo una progresiva convergencia fiscal de facto.

La armonización negativa opera en diferentes niveles y su manifestación que aquí nos interesa es la aplicación del régimen de ayudas de Estado por la Comisión y el propio TJCE¹³¹.

Sin ánimos de ser exhaustivos, las fuentes de la armonización fiscal negativa que aquí nos interesa son:

- El *soft law* comunitario.

Es el “derecho blando” (recomendaciones, dictámenes, comunicaciones, resoluciones o acuerdos) por el cual la coordinación fiscal se realiza a través de actos comunitarios sin fuerza obligatoria cuya adopción únicamente vincula a los Estados miembros desde el punto de vista político (función interpretadora). Los Estados conservan *de iure* su poder tributario, pero *de facto* lo ejercen de forma coordinada. El vehículo formal de esa coordinación fiscal es el *soft law* integrado por un conjunto de resoluciones y comunicaciones emanadas generalmente por la Comisión.

- Las Comunicaciones de la Comisión.

Las comunicaciones son actos atípicos multifuncionales que impulsan el diálogo comunitario para preparar futuros actos normativos (comunicaciones informativas), o definen un marco de actuación en aquellos ámbitos materiales en que posee un poder discrecional (comunicaciones decisorias) o, simplemente, informan a los Estados miembros y a los operadores privados de

¹³⁰ *Op. cit.* 73.

¹³¹ Dicho régimen se ha convertido en un instrumento de armonización negativa de los incentivos fiscales, e incluso también para luchar contra un fenómeno totalmente distinto como es la competencia fiscal perniciosa.

los derechos y obligaciones que ostentan en un ámbito sectorial determinado, de acuerdo con la jurisprudencia del TJCE (comunicaciones interpretativas).

Así, por ejemplo, entre el *soft law* de naturaleza fiscal, resaltar 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 de 10 de diciembre de 1998*.

- Los Códigos de conducta

Los códigos de conducta pretenden orientar el comportamiento de las autoridades públicas nacionales y operadores privados en un sentido determinado.

Entre ellos destacar el *Código de Conducta sobre fiscalidad empresarial de 1 de diciembre de 1997*.

4.2.2 El uso generalizado del régimen de ayudas de Estado

La institución de las ayudas de Estado ha experimentado una importante mutación en materia tributaria. Si bien inicialmente fue concebida para evitar medidas anticompetitivas, en la actualidad se ha convertido el instrumento favorito¹³² para controlar la política fiscal de los Estados miembros y evitar la competencia fiscal interestatal.

Buena prueba de ello es, tal y como hemos analizado en epígrafes anteriores, la Comunicación sobre ayudas de Estado de 1998 que constituye una comunicación interpretativa y una norma de *soft law* que iluminará la práctica administrativa de la Comisión y la propia jurisprudencia comunitaria.

Como hemos visto, la configuración del régimen de ayudas públicas selectivas¹³³ —y sobre todo su desmesurada interpretación extensiva—, como instrumento de armonización negativa, tiene una doble consecuencia¹³⁴:

¹³² Así es, tal y como se ha concluido anteriormente, considerando el amplio margen de discrecionalidad de que dispone la Comisión para apreciar la existencia de una ayuda pública incompatible con los intercambios comunitarios, los artículos 107 y siguientes del TFUE se convierten en un formidable instrumento de armonización negativa de la fiscalidad empresarial.

¹³³ Recuérdese que sin duda el elemento constitutivo de la ayuda fiscal selectiva que ha sido apreciado con una mayor elasticidad es el llamado *perfil selectivo* de la medida cuestionada. La noción de selectividad experimenta una considerable extensión objetiva con la inclusión de aquellas medidas fiscales aparentemente generales, pero que son consideradas selectivas *de facto*.

¹³⁴ DE JUAN CASADEVALL. *Op. cit.* Páginas 85 y siguientes.

- En primer lugar restringe considerablemente la utilización extrafiscal del tributo, en la medida en que todo incentivo fiscal puede ser considerado una ilegítima ayuda estatal.

En este sentido, una desmesurada interpretación del carácter selectivo de un incentivo fiscal se convierte en un poderoso factor de armonización negativa de la política de incentivos fiscales de los Estados miembros en materia de imposición societaria.

- En segundo lugar se produce una agresión directa al valor constitucional de la seguridad jurídica distorsionando las decisiones de los operadores económicos.

En cualquier caso, desde una óptica pro armonizadora, el régimen de ayudas de Estado tiene una innegable función depuradora de los sistemas jurídicos nacionales, con la privación de sus efectos jurídicos (suspensión cautelar o definitiva), y el pleno restablecimiento de la legalidad comunitaria, incluso con carácter retroactivo (decisión de recuperación de la ayuda).

De este modo, se convierten en un formidable instrumento de armonización negativa de la fiscalidad empresarial, al limar los incentivos fiscales que, sin obedecer necesariamente a una deliberada intencionalidad de distorsionar la competencia entre los agentes económicos que operan en el mercado, fueron concebidos con una determinada finalidad extrafiscal (construir una determinada política económica o captar inversiones o capitales extranjeros).

4.3 El principio de *confianza legítima* (estoppel) y recuperación de Ayudas de Estado

Cabe profundizar ahora sobre la institución jurídica de la “*confianza legítima*”. Este principio es fundamental en materia de la recuperación de la ayuda prevista en el artículo 12.5 del TRLIS, en el bien entendido de que por seguridad jurídica no se puede castigar a nadie por cumplir una ley.

4.3.1 Concepto

Según SANZ RUBIALES¹³⁵, “*el principio de protección de la confianza legítima de los particulares en el ámbito del Derecho público limita la actividad del poder público, para impedir que éste destruya sin razón suficiente la confianza que su actuación haya*

¹³⁵ *El principio de confianza legítima, limitador del poder normativo comunitario*. Página 91 y siguientes.

podido crear en los ciudadanos sobre la estabilidad de una determinada situación jurídica”.

Este principio no aparece mencionado en los Tratados constitutivos de la Unión Europea, pero es reconocido como principio general del derecho comunitario (constitucional) y tiene sus antecedentes en la jurisprudencia constitucional alemana, el cual ha venido manifestando su eficacia, sobre todo, en el derecho administrativo, limitando las facultades de revocación de los actos administrativos.

La *confianza legítima* tiene también un importante papel en la apreciación jurídica de los actos normativos, buscando, por un lado, la estabilidad y certeza del derecho en un Estado de Derecho ante un entorno de creciente mutabilidad normativa y, por otro, la creación de un ámbito de seguridad jurídica¹³⁶ para los operadores económicos en la aplicación de la legislación vigente.

En efecto, las normas europeas deben respetar la confianza legítima que los particulares –como consecuencia del comportamiento de las autoridades comunitarias– hayan podido depositar en la estabilidad de una determinada ordenación¹³⁷.

El TJCE ha calificado a dicho principio como “*principio fundamental de la Comunidad*”¹³⁸, que “*forma parte del orden jurídico comunitario*”¹³⁹, o como “*una de las reglas superiores del orden jurídico comunitario, destinado a proteger a los particulares*”¹⁴⁰. En definitiva, según SANZ RUBIALES¹⁴¹, “*en cuanto que se impone a la actividad normativa comunitaria (y no sólo a la de mera gestión administrativa), ostentaría rango “constitucional”.*”

El reconocimiento de la confianza legítima supone la protección de las expectativas legítimas de los operadores económicos que han actuado de buena fe. La confianza legítima no sólo asegura los derechos adquiridos de un actor económico, sino también a los derechos en vías de constitución, todavía no adquiridos, pudiendo entender estas expectativas legítimas como intereses. Se trata, en definitiva, de proteger a los particulares contra las mutaciones normativas que, por su inmediata aplicación o por su retroactividad, puedan producirles daños y perjuicios, cuando éstos confiaban legítimamente en la estabilidad de una determinada regulación.

¹³⁶ La fuente de la confianza legítima se encuentra en el principio de seguridad jurídica.

¹³⁷ El principio de confianza tiene un ámbito de aplicación similar al tradicional principio de irretroactividad.

¹³⁸ STJCE de 16 e mayo de 1979 (as. 84/78, Tomadini), STJCE de 5 de mayo de 1981 (as. 112/80, Dürbech c/ Hauptzollant Main-Flughafen).

¹³⁹ STJCE de 21 de septiembre de 1983, (as. Acumulados 205 a 215/82, Deutsche Milchkontor c. Alemania).

¹⁴⁰ STJCE de 14 de mayo de 1975, as. CNTA, 74/74; STJCE de 19 de mayo de 1992, Mulder y otros c. Consejo y Comisión, asuntos acumulados 104/89 y 37/90.

¹⁴¹ *Op. cit.* Página 95.

Centrándonos en los casos de recuperación de ayudas de Estado, el artículo 14 del Reglamento 59/1999 dispone sobre la recuperación de una ayuda en los supuestos de ayudas ilegales. Dicho precepto establece que cuando se aprecie la incompatibilidad de una ayuda ilegal, la Comisión compelerá al Estado miembro a obtener su reembolso del beneficiario (decisión de recuperación), salvo que ello suponga en puridad, la conculcación de un principio general del ordenamiento jurídico comunitario, como es el caso de la *confianza legítima*.

No obstante, cabe señalar que, si bien se prevé no violar dicho principio, la apreciación del mismo es bastante infrecuente¹⁴². En materia tributaria se ha venido alegando con muchísima frecuencia, pero sólo se ha tenido en consideración en contadas ocasiones.

Pocas veces se ha reconocido su virtualidad, siendo la ponderación de intereses caso por caso y el análisis específico, los criterios determinantes para su aplicación con alcance reducido.

La vulneración de ese principio se admite cuando concurren los siguientes requisitos¹⁴³:

- En primer lugar, *“debe existir un acto o un comportamiento de la administración comunitaria que pueda haber generado esta confianza. En efecto, según la jurisprudencia, el principio de protección de la confianza legítima sólo puede invocarse contra un acto comunitario en la medida en que la propia Comunidad haya creado previamente una situación que puede infundir dicha confianza.*

¹⁴² Martín López. *Competencia fiscal perjudicial y ayudas de Estado en la Unión Europea*. Tirant monografías, 411/2006. Páginas 300 y 301:

“No obstante, la Corte de Luxemburgo rechaza, con carácter general, la protección de la confianza legítima como óbice a la recuperación de aquellas ayudas de Estado ilegales declaradas incompatibles, aseverándose que las empresas beneficiarias tan sólo podrían ampararse en dicho principio si las ayudas hubieran sido concedidas tras la obtención de la oportuna autorización de la Comisión; en efecto, en su capital Sentencia de 20 de septiembre de 1990, asunto C5/89, Comisión/Alemania (par. 14), el TJCE sostuvo que, habida cuenta de la naturaleza imperativa del control de las ayudas estatales efectuado por la Comisión con arreglo al actual artículo 108 del TFUE, los beneficiarios de una ayuda únicamente pueden depositar una confianza legítima en su validez cuando sea otorgada observándose el procedimiento previsto por dicho precepto.

Si bien esta doctrina jurisprudencial, llevada al extremo, conllevaría la inaplicabilidad absoluta del principio de confianza legítima como causa impeditiva de la recuperación de las ayudas ilegales (puesto que éstas se caracterizan, precisamente, por haberse conferido contraviniendo las obligaciones de notificación y suspensión establecidas en el artículo 108.3 del TFUE y en los artículos 2 y 3 del Reglamento 659/1999), el Tribunal de Luxemburgo ha aceptado, excepcionalmente, la posibilidad de que el beneficiario de una ayuda ilegal invoque circunstancias especiales que avalen su confianza legítima en el carácter lícito de aquélla (y pueda oponerse, en consecuencia, a su reembolso), correspondiendo a los órganos jurisdiccionales nacionales valorar tales hechos.

Sin embargo, la regla general es, pues, la inadmisión del principio de confianza legítima como motivo de exclusión del deber de recuperar la ayuda ilegal, concluyendo el TJCE en una constante jurisprudencia que un Estado miembro cuyas autoridades otorgan una ayuda con violación a las reglas de procedimiento contempladas en el artículo 108 del TFUE, no puede alegar la confianza legítima de los beneficiarios para negarse a proceder a su recuperación, en tanto ello significaría privar a los artículos 107 y 108 del TFUE de todo efecto útil.”

¹⁴³ Conclusiones del Abogado General Sr. Philippe Léger, presentadas el 9 de febrero de 2006, Asuntos acumulados C-182/03 y C-217/03, Reino de Bélgica contra Comisión de las Comunidades Europeas y Forum 187 ASBL contra Comisión de las Comunidades Europeas.

Esta situación es la que constituye, en cierto modo, la “base” de la confianza de la persona afectada. Además, debe tratarse de garantías concretas.”

- *En segundo lugar, “la persona afectada no debe poder prever el cambio de la línea de conducta adoptada anteriormente por la administración comunitaria. En efecto, según la jurisprudencia, cuando un operador económico prudente y diligente estaba en condiciones de prever la adopción de un acto comunitario que pueda afectar a sus intereses, no puede invocar el beneficio del principio de protección de la confianza legítima cuando dicho acto se adopta. La confianza generada por el acto o el comportamiento de la administración comunitaria es, pues, “legítima” y debe, en consecuencia, protegerse cuando la persona afectada podía razonablemente confiar en el mantenimiento o la estabilidad de la situación de tal modo creada, como podía hacerlo un operador económico “prudente y diligente”.*
- *Y en tercer lugar, “es preciso que el interés comunitario perseguido por el acto impugnado no justifique que se perjudique la confianza legítima del interesado. Este último requisito concurre cuando la ponderación de los intereses existentes demuestra que, en las circunstancias del asunto, el interés comunitario no prima sobre el de la persona afectada en que se mantenga una situación que podía considerar legítimamente estable”.*

Asimismo, 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 de 1998, se refiere expresamente a dicho principio cuando afirma que si la Comisión comprueba que una ayuda estatal es incompatible con el mercado común, *“debe exigir que dicho Estado miembro la recupere, salvo en el caso de que esta exigencia sea contraria a algún principio fundamental del Derecho comunitario; en particular, la confianza legítima en que puede basarse la actitud de la Comisión”.*

En la actualidad, el uso exorbitante de la figura de la ayuda de Estado conlleva que se exija habitualmente la devolución de las ayudas incompatibles con el derecho comunitario. Es por ello que cada vez se utilicen argumentos más afinados para oponerse al reconocimiento del principio de confianza legítima¹⁴⁴.

¹⁴⁴ Según MERINO JARA, I., “la verdad es que en este campo, como en general, en toda la materia relativa a las ayudas de estado los poderes de la Comisión son muy intensos, y además, los ejerce con bastantes dosis de discrecionalidad”. Véase su obra *Ayudas de estado y confianza legítima*, Quincena Fiscal Aranzadi, num. 19/2009.

4.3.2 La apreciación del principio de confianza legítima en la Decisión de la Comisión Europea de 29 de octubre de 2009

Como se ha anticipado, uno de los principios esenciales de la normativa comunitaria es la obligación de los Estados de exigir a los beneficiarios la devolución de las ayudas declaradas ilegales, junto con intereses devengados desde su fecha de concesión¹⁴⁵. El objetivo de este principio es claro: el reestablecimiento de la situación anterior al falseamiento de la competencia, eliminando la ventaja disfrutada de forma ilegal frente a los competidores.

Como únicas excepciones, el marco comunitario prevé la no recuperación de una ayuda cuando hacerlo fuese contrario al principio general del Derecho comunitario. Uno de los pocos principios de la Comisión y el Tribunal de Justicia consideran suficientes para impedir la recuperación es la protección de la *confianza legítima*.

La *confianza legítima* es un principio de creación jurisprudencial y con ánimo de mantener la seguridad jurídica. Protege a cualquier ciudadano de la UE que realiza una conducta bajo la creencia de estar respetando el marco legal porque una institución comunitaria le hizo concebir esperanzas fundadas en ese sentido¹⁴⁶. En efecto, en supuestos muy excepcionales, en los que el comportamiento de las Instituciones comunitarias ha generado en los beneficiarios de la ayuda una expectativa fundada de que la medida aplicada no era tal ayuda de Estado, entonces la exigencia de recuperación podría evitarse¹⁴⁷.

Es evidente que cuando la propia Comisión europea respondió a preguntas de distintos parlamentarios europeos afirmando que se trataba de un régimen compatible con el mercado común generó una confianza legítima en los operadores españoles. En consecuencia, al existir una manifestación escrita clara, explícita y razonada por parte de la Comisión manifestando que el artículo 12.5 del TRLIS no constituía ayuda de Estado (por ser una medida general) se estaría generando una manifiesta confianza legítima para los beneficiarios de dicha medida.

Por esta razón, la posterior Decisión contraria (cambio de criterio) a dicha medida debe venir acompañada de un régimen transitorio que proteja a quienes tomaron sus decisiones de inversión siguiendo los pronunciamientos públicos de la Comisión (se debía evitar a toda costa sembrar la incertidumbre sobre la situación financiera y legal de unas empresas que actuaron en todo momento respetando la legalidad vigente).

¹⁴⁵ Artículo 14 del Reglamento C659/1999, del Consejo, de 22 de marzo de 1999, de procedimiento en materia de ayudas de estado (DOCE L 83, 27 de marzo de 1999).

¹⁴⁶ Sentencia del Tribunal de Justicia de 22 de junio de 2006, asuntos acumulados C182/03 y C217/03, Bélgica y Forum 187 v. Comisión.

¹⁴⁷ Otro supuesto sería si hubiese transcurrido un plazo ininterrumpido de diez años desde la concesión de la ayuda al beneficiario (prescripción).

En efecto, en virtud del artículo 14 del Reglamento 659/1999 la Comisión tendría vedada la recuperación de la misma para períodos anteriores a dichas manifestaciones.

El régimen transitorio aprobado en la Decisión merece, a la vez, una alabanza¹⁴⁸ y una severa crítica.

Sin duda es positivo que dicho régimen suponga, además de la consolidación de fondos de comercio amortizados en el pasado, la posibilidad de seguir amortizando a futuro, hasta cumplir el plazo de los 20 años, los fondos de comercio financieros imputables a participaciones adquiridas con anterioridad al inicio del procedimiento de infracción¹⁴⁹.

Por el contrario, la fijación de la fecha límite de la confianza legítima en el momento de publicación de apertura de la investigación en lugar de atender a la finalización del mismo no resulta conforme con la esencia de dicho principio y denota una cierta retroactividad en la recuperación de las ayudas¹⁵⁰. Además, es contrario a las tesis de la Comisión en asuntos similares y a la jurisprudencia del Tribunal relativa a este principio¹⁵¹.

Por tanto, nos hallamos ante una solución *pilotada, híbrida y parcial* (esto es, permite consolidar y seguir aplicando el régimen para unos casos y para otros, con efectos retroactivos, exigen la devolución de la ayuda y su inaplicación prospectiva) por aplicación discrecional y poco ortodoxa del principio de la confianza legítima, la cual plantea ciertas dudas desde un prisma técnico jurídico, pero que es satisfactoria económica y políticamente en la práctica en atención a que la mayoría de las adquisiciones son anteriores a diciembre de 2007 (decisión de apertura del expediente)¹⁵².

Por su parte, la Comisión afirma que la confianza legítima ofrecida a los operadores cuando se mostró favorable a la medida desaparece una vez que inició el procedimiento de investigación, pues la existencia de tal procedimiento implica dudas en la legalidad de la norma investigada.

¹⁴⁸ Tanto el gobierno español como las grandes empresas españolas están satisfechas con el régimen transitorio previsto por parte de la Comisión Europea por cuanto la mayoría de las grandes inversiones y adquisiciones en el extranjero tuvieron lugar con anterioridad a diciembre de 2007.

¹⁴⁹ Debe tenerse presente que la mayoría de los expertos contaban que la prohibición de esta ventaja no debería ser retroactiva, pero sí que las empresas perderían todas las deducciones que tenían previstas hasta llegar a los 20 años.

¹⁵⁰ En tal sentido, en opinión emitida por los expertos con anterioridad a la Decisión de cierre del expediente de ayudas de Estado, se esperaba que la confianza legítima abarcara a todas las adquisiciones hasta la emisión de tal Decisión. Véanse en este sentido las publicaciones en prensa digital.

¹⁵¹ Algunos expertos consideran un fracaso que Hacienda no haya logrado pactar un régimen transitorio para conservar las ayudas en todas las compras realizadas hasta la finalización del expediente, o para las adquisiciones a futuro que se efectúen fuera del ámbito de la Unión Europea.

¹⁵² Así es, el impacto del dictamen resulta mitigado por el hecho de que durante 2008 la expansión de las empresas españolas perdió ritmo debido a la crisis financiera, realizándose menos operaciones y más baratas, de manera que los fondos de comercio generados también decayeron. Se estima que se han salvado más del 90% de los incentivos fiscales concedidos.

Ahora bien, este razonamiento resulta inaceptable según la opinión de muchos autores. La apertura de un procedimiento de investigación únicamente supone una evaluación preliminar sobre el carácter de ayuda de una medida. El inicio de la investigación no prejuzga que su conclusión vaya a ser contraria a la medida analizada, ya que es absolutamente posible que el resultado de la investigación sea la confirmación de la compatibilidad de la medida con el mercado común. Mucho menos en un caso como este, en el que tras analizar la medida en dos ocasiones había concluido favorablemente a su legalidad.

Las anteriores afirmaciones pueden parecer rotundas pero, además de resumir la opinión de este trabajo, adquieren aún mayor firmeza cuando se comprueba que pertenecen a la Comisión, pues se han tomado de los razonamientos que siguió en su análisis sobre la compatibilidad de la deducción por actividades exportadoras con el Tratado CECA¹⁵³.

En definitiva, apartándose de las tesis seguidas en el pasado, parece que la Comisión ha tratado de buscar una solución intermedia que contentase a los denunciantes y al Reino de España. Ello supone lógicamente no asumir íntegramente los postulados de todas las partes, por lo que resulta de interés analizar las posibles vías de recurso contra la Decisión.

4.4 Vías de recurso

La Decisión de la Comisión puede ser recurrida ante el Tribunal General (antiguo Tribunal de Primera Instancia). El TFUE legitima a recurrir tanto a España, Estado miembro al que se dirige la Decisión, como a cualquier persona física o jurídica a la que le afecte directa e individualmente¹⁵⁴.

Así es, el TFUE permite recurrir en anulación contra los actos de las instituciones comunitarias en el plazo de 2 meses (+10 días de plazo de distancia) a partir de su notificación o de su publicación en el DOCE¹⁵⁵. Este recurso se presentaría ante el Tribunal General¹⁵⁶ de la UE, único órgano competente para conocer de un recurso de anulación contra la decisión del 12.5 del TRLIS. Este plazo comenzó para España el día en que fue notificada de la Decisión. Para el resto de operadores, el plazo comienza tras su publicación en el Diario Oficial.

¹⁵³ Decisión de la Comisión de 31 de octubre de 2000, DOCE L 60, 1 de marzo de 2001.

¹⁵⁴ Artículos 26 (antiguo artículo 225 TCE) y 263 (antiguo artículo 230 TCE) del Tratado de Funcionamiento de la UE.

¹⁵⁵ A la fecha en la que verá la luz este trabajo, sorprendentemente, todavía no ha sido publicada en el DOCE dicha Decisión.

¹⁵⁶ Reglamento de procedimiento de 2 de mayo de 1991. DO L 163 de 30 de mayo de 1991.

En tanto que recurrente privilegiado, el Reino de España, que es el destinatario de la decisión, podría presentar un recurso contra la misma en el citado plazo a partir de la notificación de la Comisión. Las declaraciones públicas de determinados altos cargos indican sin embargo que –salvo cambio de opinión- el gobierno español no tiene ninguna intención de hacerlo en este caso¹⁵⁷.

El TFUE permite también recurrir contra la decisión a empresas y particulares que muestren un interés directo e individual. Aunque la jurisprudencia al respecto no es enteramente coherente, normalmente ese interés suelen tenerlo, bien los beneficiarios de la ayuda, bien los competidores de éstos.

El plazo para recurrir (el anuncio y la interposición del recurso se producen en unidad de acto) es de 2 meses (+10 días de plazo de distancia). Dado que la decisión sólo se “notifica” formalmente al Reino de España, único destinatario de la misma, el plazo de recurso para los beneficiarios y demás interesados empezará a correr a partir de la publicación de la decisión en el DOCE.

Desde un punto de vista procesal, la demanda la pueden presentar individual o conjuntamente varias empresas afectadas, siendo preceptiva la intervención de abogado. La sustanciación del recurso conlleva los trámites de demanda, contestación, réplica y dúplica, así como la celebración de una vista ante el Tribunal. Se trataría en principio de un debate jurídico (excluyéndose, en principio, la práctica de prueba).

Además de cómo demandantes, las empresas pueden solicitar comparecer como coadyuvantes, aunque su papel en ese escenario se limitaría a defender las pretensión procesal de la parte a la que apoyan, sin poder suscitar otras pretensiones distintas.

Al igual que en el ámbito procesal español, la parte que ve desestimada sus pretensiones vendría, en principio, obligada a pagar las costas de la contraparte. No obstante, la Comisión no puede repercutir el coste de sus Letrados a las demás partes, por lo que dicho riesgo se limitaría en su caso a las costas de los eventuales coadyuvantes.

¹⁵⁷ En cierta medida por (i) las pocas expectativas sobre la posibilidad de obtener algún éxito (u obtener, al menos, una suspensión del acto), (ii) porque se da por satisfecha y (iii) porque también podría interesarle frenar la aplicación de dicho incentivo fiscal.

Así es, en una noticia de Expansión de 31 de enero de 2007 ya se apuntaba: “Los asesores consultados aseguran que la Inspección se ha puesto muy belicosa en la deducción del fondo de comercio financiero, una medida introducida en la ley de Acompañamiento de 2001, para potenciar la internacionalización de las empresas españolas. Pasados cuatro años, Hacienda ha hecho números, se ha dado cuenta del coste que comienza a tener este incentivo fiscal, y quiere poner freno a esa situación (...). El incentivo es tan bueno que la Administración se ha asustado (...)”.

En el mismo sentido y dos años más tarde, en publicación Diario de 19 de noviembre de 2009, Carlos Cervantes, director de Inspección de la Agencia, declara que Hacienda abre un plan masivo de inspección del fondo de comercio, siendo la Inspección especialmente restrictiva con el artículo 12.5 y la deducción por exportaciones de ejercicios precedentes.

Es de prever que los denunciantes y empresas que alegaron en contra del 12.5 del TRLIS, amén de otros competidores, se planteen un recurso de anulación contra la parte de la decisión que excluye la recuperación de las operaciones anteriores al 21 de diciembre de 2007.

No hay que olvidar que buena parte de las grandes operaciones que dieron lugar a polémica son anteriores a dicha fecha y escapan por ello a la recuperación¹⁵⁸.

Parece improbable que empresas que han hecho un seguimiento activo del tema durante años se den por satisfechas con una mera declaración de principio sin resultado efectivo.

Las empresas españolas beneficiarias del 12.5 por operaciones posteriores al 21 de diciembre de 2007 tienen un obvio interés directo e individual en recurrir contra la decisión, dado que es la única vía jurídica para lograr la anulación de la decisión de recuperación.

Las empresas españolas beneficiarias del 12.5 por operaciones anteriores al 21 de diciembre de 2007, aunque no estén sometidas a una orden de recuperación, tienen también un interés directo e individual en recurrir contra la decisión. No hay que olvidar que la decisión está calificando la aplicación del 12.5 del TRLIS a estas operaciones como ayudas de Estado incompatibles. En el caso de que esta calificación no se recurra, la misma devendrá firme. Si, como es posible y parece probable, las empresas competidoras recurriesen por su parte y lograsen la anulación de la parte de la decisión donde se reconoce la *confianza legítima* ello reabrirla automáticamente la obligación de recuperar dichas ayudas.

Por ello, las empresas españolas beneficiarias del 12.5, sea por operaciones anteriores o posteriores al 21 de diciembre de 2007, tendrían en principio un interés directo e individual en recurrir contra la decisión en la medida en que califica de ayuda de Estado y en la medida en que exige la recuperación de determinadas ayudas¹⁵⁹.

Más discutible sería la legitimación activa de las empresas que no se han beneficiado hasta la fecha del 12.5 pero que deseaban aplicárselo en el futuro y ven truncadas sus expectativas por la decisión de la Comisión. Es dudoso que el impacto de la decisión sobre la situación jurídica de estas empresas cumpla con el estándar requerido de afectación directa e individual.

¹⁵⁸ Así es, el plazo fijado deja fuera de peligro a grandes operaciones como la compra de O2 por TELEFONICA, de ABBEY por BSCH o SCOTTISH POWER por IBERDROLA.

¹⁵⁹ Según el Despacho GARRIGUES, ABOGADOS Y ASESORES TRIBUTARIOS, el haber participado previamente en el procedimiento administrativo, directamente o a través de una asociación, ayuda al reconocimiento de legitimación. En cualquier caso, la presencia en el procedimiento de asociaciones como CEOE, CEPYME, AEB, SEOPAN, Club de Exportadores y Foro de Marcas Renombradas podría ser utilizado para tratar de defender que todos sus miembros han participado, al menos de modo indirecto, en el procedimiento.

El recurso de anulación ante el Tribunal de Primera Instancia de la UE no tiene en principio efecto suspensivo. En teoría la suspensión se puede solicitar al Tribunal comunitario a título de medidas provisionales, pero este mecanismo se invoca muy poco y se reconoce en escasísimos casos¹⁶⁰.

En ausencia de medidas de suspensión, España deberá comunicar en 2 meses a la Comisión la lista de los beneficiarios y los montantes a recuperar de cada uno. La recuperación deberá realizarse mediante las vías apropiadas en derecho interno.

Aunque no cabe en ese ámbito nacional contestar el carácter fundado en Derecho de la decisión de la Comisión, sí que podría intentarse solicitar del Tribunal nacional la suspensión del procedimiento nacional de recuperación a la espera de que se resuelva el recurso de fondo presentado en paralelo por la misma empresa ante el Tribunal de Primera Instancia de la UE.

Tal como hemos señalado anteriormente, creemos que existen sólidos argumentos jurídicos para discutir la Decisión tanto en su apartado principal (calificación del artículo 12.5 del TRLIS como ayuda de estado ilegal) como en la limitación temporal del principio de confianza legítima que contiene. A la espera de la publicación del texto de la Decisión en el DOCE, parece recomendable que las empresas afectadas comiencen a evaluar las ventajas que les ofrece participar, ya sea como demandantes o coadyuvantes¹⁶¹, en un eventual recurso contra la Decisión.

Ahora bien, tal y como hemos tenido ocasión de señalar con anterioridad en lo que se refiere a la apreciación de connotaciones de *selectividad* de la medida española, debe tenerse presente que la jurisprudencia comunitaria tiene consolidado el criterio sobre la teoría sobre la selectividad *de facto*, por lo que si el TJCE llegara a enjuiciar este asunto, pudiera apreciar (basándose en pronunciamientos anteriores) la selectividad del artículo 12.5 del TRLIS bajo el razonamiento de la selectividad *de facto*¹⁶².

¹⁶⁰ Para ello es necesario justificar de forma clara ("*a primera vista*", en términos del Reglamento de Procedimiento) las razones que justifican dicha medida provisional. La suspensión, en todo caso, tiene carácter extraordinario, por lo que es difícil obtener su reconocimiento ante el Tribunal.

¹⁶¹ Además de la personación, las normas procedimentales comunitarias prevén el derecho de cualquier persona que pueda demostrar un interés en la solución del litigio de intervenir como "*coadyuvante*". Se trata de una suerte de personación subordinada, en la que el coadyuvante únicamente puede apoyar las pretensiones de las partes, pero no incluir *petitums* no invocados por aquéllas.

¹⁶² Nótese que la doctrina de la selectividad *de facto* para apreciar la existencia de selectividad tiene elevadas connotaciones subjetivas y que depende únicamente de la opinión que el TJCE mantenga al enjuiciar este asunto en concreto, en el supuesto de que esta cuestión llegara a dicha instancia.

Sin embargo, según PÉREZ BERNABEU¹⁶³, cabe también tener presente que el TJCE (aunque tradicionalmente venía asumiendo como propios los postulados de la Comisión) en sus pronunciamientos más recientes se ha separado de las “tesis automatistas” mantenidas por la Comisión, con lo que se abre una vía para la esperanza para las autoridades españolas si recurren la decisión de la Comisión.

4.5 Eventual responsabilidad patrimonial del Estado-Legislador. La STJUE de 26 de enero de 2010.

En el presente apartado se analiza la repercusión que va a tener la reciente sentencia del TJUE de 26 de enero de 2010 (*Asunto C-118/08. Transportes Urbanos y Servicios Generales, SAL*) en nuestro derecho interno, la cual abre la puerta a reclamar la responsabilidad patrimonial del Estado-legislador¹⁶⁴ por una norma interna que infringe el Derecho comunitario.

VILLAR EZCURRA¹⁶⁵ ya planteó en su día la cuestión de si sería posible o no exigir la responsabilidad patrimonial del Estado legislador sobre el caso particular que aquí nos ocupa.

No es radicalmente claro que el caso de la norma española cuestionada sea una ayuda de Estado incompatible con el Derecho Comunitario. Y, en todo caso existen argumentos y líneas de defensa a considerar al margen de que si finalmente las empresas beneficiarias tuvieran obligación de devolver la ayuda, podría estudiarse la posibilidad de recurrir a la exigencia de indemnización por la vía de la responsabilidad patrimonial del Estado legislador si concudiesen los requisitos y no contraviniera el Derecho comunitario.

Hasta hace poco la respuesta a esta cuestión hubiera sido negativa. En efecto, la doctrina jurisprudencial de nuestro TS sobre la responsabilidad patrimonial de la Administración por las Leyes internas que infringen el Derecho comunitario, contenida en las sentencias de 29 de enero de 2004 y 24 de mayo de 2005, negaba su apreciación, reservándola exclusivamente para la depuración de los efectos económicos de vicios de inconstitucionalidad.

¹⁶³ Op. cit. Página 45-74.

¹⁶⁴ Existe un principio general de responsabilidad extracontractual de los Estados que les obliga a reparar los daños causados a los ciudadanos como consecuencia de su indebida o ilícita actuación, del que no está excluido el Poder Legislativo, cuando incumple las obligaciones que le impone la Constitución o el Derecho comunitario.

La *ausencia* o la indebida actuación del Estado a través de su Poder Legislativo debe provocar también, de forma general, el correlativo derecho de los ciudadanos afectados a obtener la correspondiente reparación.

¹⁶⁵ *La amortización del fondo de comercio financiero en España y su problemática jurídico-comunitaria. ¿Un nuevo cas de ayuda de Estado?* Página 93.

Así es, la jurisprudencia contenciosa admitía la acción de responsabilidad patrimonial del Estado-legislador en materia tributaria cuando se había producido una declaración de inconstitucionalidad¹⁶⁶, pero había vedado esta vía procesal cuando se producía una violación del Derecho comunitario.

En relación a leyes tributarias declaradas inconstitucionales, se admitía la acción de responsabilidad patrimonial por el cauce de los artículos 139 y siguientes de la LRJAP y PAC, que había de ejercitarse en el plazo de un año desde la sentencia de inconstitucionalidad, y permitía el resarcimiento incluso de impuestos cuyo derecho de devolución tributaria hubiera prescrito¹⁶⁷.

Por el contrario, según DE JUAN CASADEVALL¹⁶⁸:

Las SSTS de 29 de enero de 2004 y 24 de mayo de 2005 habían denegado la extensión de esta doctrina a los supuestos de infracción de la legalidad comunitaria por las diferencias estructurales existentes entre ambos tipos de reclamación, a saber: i) las leyes estatales gozan de una presunción de constitucionalidad, y las autoridades administrativas y judiciales deben aplicarla en tanto que el Tribunal Constitucional no declare su inconstitucionalidad, mientras que, según reiterada jurisprudencia del TJCE, las leyes contrarias al Derecho de la Unión deben ser inaplicadas por las autoridades judiciales y administrativas, a las que se puede solicitar directamente la reparación del daño patrimonial; y ii) la infracción del Derecho de la Unión que pueda generar responsabilidad debe declararse en una sentencia prejudicial del TJCE dictada en virtud del artículo 267 TFUE, y que, a diferencia de las sentencias del Tribunal Constitucional, no determina la nulidad de la legislación controvertida ni genera efectos jurídicos ex tunc.

Véase también en relación con el diferente régimen establecido por el TS entre la responsabilidad de la Administración por leyes anuladas por el Tribunal Constitucional y las declaradas contrarias al derecho comunitario por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas la obra de RODRÍGUEZ CARBAJO¹⁶⁹.

¹⁶⁶ Nuestro TS ha venido reconociendo la responsabilidad patrimonial del Estado-legislador por la declaración de inconstitucionalidad de normas con rango legal. STS de 13 de junio de 2000: "por definición, la ley declarada inconstitucional encierra en sí misma, como consecuencia de la vinculación más fuerte de la Constitución, el mandato de reparar los daños y perjuicios concretos y singulares que su aplicación pueda haber originado." En materia tributaria, esta doctrina se aplicó a la declaración de inconstitucionalidad del gravamen complementario de la tasa fiscal del juego (entre otras muchas, la SSTS de 15 de diciembre de 2005, 18 de mayo de 2006, 5 de diciembre de 2006), o del recargo del 50 por 100 por pagos voluntarios extemporáneos (entre otras, SSTS de 13 de marzo de 2004, 22 de febrero de 2005, 28 de marzo de 2006). Véase sobre este particular MORENO FERNÁNDEZ, *La responsabilidad Patrimonial del Estado-Legislador en materia tributaria y vías para reclamarla*. Editorial Aranzadi, 2009. Página 84 y siguientes.

¹⁶⁷ DE JUAN CASADEVALL, *El Principio de No Discriminación Fiscal como Instrumento de Armonización Negativa*. Editorial Aranzadi, 2010. Página 241 y siguientes.

¹⁶⁸ *Op. cit.* Página 241 y siguientes.

¹⁶⁹ *La responsabilidad patrimonial del Estado español derivada de las normas internas que infringen el Derecho comunitario después de la STJCE de 26 de enero de 2010*. Actualidad Administrativa, nº 8, Sección Fundamentos de Casación, Quincena del 16 al 30 abril de 2010, pág. 1000, tomo 1, Editorial La Ley. Esta obra entra en el análisis del diferente régimen establecido por el TS entre la responsabilidad de la Administración por leyes anuladas por el TC y las declaradas contrarias al derecho comunitario por el TJCE: i) en cuanto a la aplicación de la doctrina del acto firme y consentido, ii) por lo que se refiere a la supuesta

No obstante, la reciente sentencia del TJUE de 26 de enero de 2010¹⁷⁰, en sus párrafos 33 a 48 (véase), ha declarado que la jurisprudencia del TS español relativa a la responsabilidad patrimonial del Estado derivada de las Leyes internas que infringen el Derecho de la Unión Europea es contraria al *principio de equivalencia*, abriendo una vía procesal para la exacción de responsabilidad patrimonial del Estado-legislador por infracción comunitaria.

En esta sentencia se establece que la jurisprudencia sentada por nuestro TS es contraria al principio de equivalencia consagrado por la jurisprudencia comunitaria, habida cuenta que el tratamiento distinto y más perjudicial que se da en la citada jurisprudencia del TS a los supuestos de infracción del Derecho comunitario respecto a los de inconstitucionalidad en materia de responsabilidad patrimonial del Estado legislador, es contrario al Derecho de la Unión.

La supremacía del principio de equivalencia supone la extensión al ámbito comunitario de la doctrina jurisprudencial del TS sobre responsabilidad patrimonial del Estado Legislador por vicios de constitucionalidad.

Para lo que aquí nos interesa, según DE JUAN CASADEVALL¹⁷¹, cabe señalar que:

El ejercicio antijurídico de la potestad legislativa, la defectuosa utilización de técnica legislativa, cualquiera que sea el vicio, constitucional o comunitario, que la invalida, habilita al contribuyente a reclamar el daño ilícito soportado, -los impuestos improcedentemente pagados-, incluso cuando se trate de ejercicios fiscales prescritos” y, a mayor abundamiento, “la sentencia no establece ninguna diferenciación en función de la naturaleza de la infracción detectada. El Tribunal de Justicia se refiere a la vulneración del “Derecho de la Unión”, término novedoso acuñado tras el Tratado de Lisboa, que viene a reemplazar al concepto de Derecho Comunitario, y que genéricamente concebido, incluye no sólo la defectuosa transposición de Directiva comunitaria, -como en el supuesto de hecho enjuiciado-, sino también la inexistente o tardía transposición, en las que el derecho de reparación constituye la vertiente económica del efecto directo vertical, o, en cuanto aquí nos interesa, la cláusula de no discriminación fiscal y la violación de las cuatro libertades fundamentales de circulación, -de mercancías, personas, servicios y capitales-, cuya eficacia directa ha sido reconocida por la jurisprudencia comunitaria”. Para concluir que: “de esta forma, la armonización negativa cuenta, por efecto mimético de nuestro ordenamiento interno (principio de equivalencia), con un fabuloso instrumento para depurar la responsabilidad patrimonial del Estado infractor.

distinta eficacia de las sentencias del TC y del TJCE en orden a su retroactividad; iii) en cuanto a la gravedad de la infracción que genera el daño; iv) en cuanto al nexo causal entre la infracción y el daño.

¹⁷⁰ Es el Tribunal Supremo quien elevó cuestión prejudicial sobre la legalidad comunitaria de su propia jurisprudencia.

¹⁷¹ *Op. cit.* Páginas 243 y 244.

También resulta importante el párrafo 20 de la sentencia en cuestión: “*la reparación del daño causado por una infracción del Derecho de la Unión por un Estado miembro, no está subordinada al requisito de que una sentencia dictada por el Tribunal de Justicia con carácter prejudicial declare la existencia de tal infracción*”. De este modo, se posibilita el ejercicio de la acción de responsabilidad aun cuando no se haya declarado por sentencia la ilegalidad comunitaria de la medida legislativa controvertida.

Por tanto, de la sentencia objeto de análisis en el presente apartado, cabe afirmar que sería posible iniciar una acción para depurar la responsabilidad patrimonial del Estado legislador ante un beneficio fiscal que ha sido calificado como de ayuda de Estado, como concurre en el caso particular para el Régimen de amortización fiscal del Fondo de Comercio Financiero Internacional previsto en el artículo 12.5 del TRLIS.

Esta acción de requerir la responsabilidad patrimonial del Estado español puede resultar muy interesante para aquellos contribuyentes que hubieren adquirido las participaciones en una entidad no residente después de diciembre de 2007 y que tengan que devolver los beneficios fiscales obtenidos por aplicación de dicho régimen fiscal.

Ahora bien, si bien la sentencia analizada habilita tal posibilidad, debe realizarse un estudio jurídico exhaustivo para evaluar los visos de éxito en este cometido; una tarea que merecería el desarrollo de otro trabajo. En cualquier caso, sí puede apuntarse someramente una breve reflexión sobre este particular a modo de conclusión.

Así, desde un punto de vista estrictamente jurídico y atendiendo a los principios y supuestos que configuran la esfera de la responsabilidad patrimonial del Estado ante normas internas contrarias al Derecho de la Unión, sí sería planteable, al menos teórica y procesalmente, exigir tal responsabilidad.

Sin embargo, desde un punto de vista estrictamente *economicista* (y nunca dejemos de tenerlo en materia de ayudas de Estado), el reconocimiento de la responsabilidad patrimonial del Estado en este supuesto en particular constituiría una paradoja, un círculo vicioso, por cuanto exigir que el Estado se hiciese cargo de resarcir patrimonialmente a los operadores económicos de los beneficios fiscales de una medida fiscal que han perdido y que tienen que devolver por su calificación como ayuda de Estado constituiría en si mismo una nueva ayuda de Estado¹⁷².

¹⁷² Según la STJCE de 19 de mayo de 1999: “*la ausencia de intento por parte de un Estado condenado de recuperar la ayuda ilegalmente concedida hace imposible demostrar la imposibilidad de su recuperación*”.

A mayor abundamiento y llevado al extremo, el propio régimen transitorio previsto por parte de la Unión Europea en su Decisión sobre la calificación de ayuda de Estado del artículo 12.5 del TRLIS constituye en sí mismo una nueva ayuda de Estado. En efecto, el reconocimiento del principio germánico de la *confianza legítima* por parte de la Unión Europea y, sobre todo, dejar a los operadores económicos seguir aplicando durante los próximos 20 años el régimen del 12.5 del TRLIS para aquellas adquisiciones anteriores a diciembre de 2007, ¿no constituye todo ello en sí mismo una nueva de ayuda de Estado ideada por la propia Comisión?¹⁷³

¹⁷³ No debe olvidarse que el importe total de las ayudas de las que se han beneficiado las empresas españolas gracias a este régimen para las adquisiciones acaecidas con anterioridad a diciembre de 2007 asciende a 30.000 millones de euros, según fuentes conocedoras del caso.

5 CONCLUSIONES

En el ámbito de la imposición directa, el grado de armonización normativa es precario e insuficiente y la voluntad política de impulsarla brilla por su ausencia, originando vías alternativas de armonización indirecta (*negativa, de segundo grado o de facto*) promovidas discrecionalmente por las Decisiones de la Comisión Europea.

La aplicación expansiva y generalizada del régimen de ayudas de Estado se ha revelado como un instrumento idóneo de la Comisión Europea para tal propósito, pero con una contrapartida muy gravosa y dañina que afecta a la soberanía de los Estados miembros (*déficit de legitimidad democrática*) y a la seguridad jurídica de los operadores económicos que, después de limitarse simplemente a aplicar un incentivo fiscal previsto por una ley fiscal nacional vigente, se ven abocados a un procedimiento de restitución, con escasas o nulas posibilidades de oponer el principio *de confianza legítima*, con efectos económicos demolidores para su patrimonio y para el más elemental sentido de justicia material.

La calificación del régimen de amortización como ayuda de Estado con motivo de la Decisión de la Comisión Europea de 29 de octubre de 2009 es un claro ejemplo de este fenómeno y de los giros copernicanos en las interpretaciones y pronunciamientos de la Comisión Europea.

Del estudio proyectado en el presente trabajo y en contraposición de la Decisión de cierre de la Comisión Europea, es opinión mayoritaria de la doctrina de autor que el artículo 12.5 del TRLIS es una mera y simple corrección valorativa, que se acomoda a lo que la Comunicación de la Comisión de 1998 denomina medidas de "*pura técnica fiscal*", y que puede concebirse como una anticipación fiscal de la depreciación de un activo. Además, reviste carácter general: abierta a todos los operadores económicos, cualesquiera que fuera el tamaño o cuota de Mercado de las entidades adquirente y adquirida. No tiene por tanto un perfil selectivo, tal y como apreció en un primer momento la propia Comisión, ni quebranta la lógica del sistema impositivo o su siempre encomiable neutralidad fiscal.

Por todo ello, si bien desde un punto de vista técnico es cierto que la línea divisoria entre una medida general y selectiva es muy delgada, en el caso que aquí nos ocupa sí podríamos afirmar que los fundamentos jurídicos de la Decisión de la Comisión no se cobijan en aspectos técnico jurídicos, sino a presiones políticas y mediáticas de los Estados miembros que se vieron perjudicados por el desembarco de las multinacionales españolas en sus respectivas economías.

La indeterminación del concepto de ayuda de Estado y el margen de maniobra propiciado por el *soft law* comunitario en este ámbito habilita la aparición de este fenómeno, donde la discrecionalidad de la Comisión Europea sucumbe a esas tensiones extrafiscales, enmascarando una medida técnicamente compatible como políticamente incompatible.

Es más, la falta de convicción por parte de la Comisión Europea en este asunto viene manifiestamente reflejada del análisis de las implicaciones que se derivan en la práctica del régimen transitorio previsto a tales efectos. Así es, si bien se califica el régimen del artículo 12.5 del TRLIS como una Ayuda de Estado, la Comisión limita considerablemente la restitución de las mismas por aplicación y reconocimiento de una forma particular del principio de la *confianza legítima*, dejando sin efecto en la práctica la Decisión por cuanto se estima que el 90% de los incentivos fiscales concedidos están salvados.

En efecto, ante la ausencia de la armonización normativa, suerte de la existencia de principios generales que permiten contrarrestar los efectos demoledores del fenómeno de la armonización fiscal negativa ejercida por la Comisión y que dotan de atisbos de cierta seguridad jurídica del sistema.

Sin embargo, en este estadio y en el caso que aquí nos ocupa, volvemos a apreciar en todo su esplendor la discrecionalidad de la Comisión Europea al aplicar el principio de la confianza legítima de una forma *particular y teledirigida* en aras a mitigar los efectos demoledores del régimen de restitución de ayudas de Estado.

En definitiva, todo el revuelo acaecido desde 2007 hasta nuestros días con motivo del expediente de ayudas de Estado del régimen español de amortización fiscal del Fondo de Comercio Financiero Internacional, se ha resuelto con una solución, carente de fundamentos jurídicos contundentes, pero integradora en la práctica y que converge los intereses contrapuestos de los actores económicos afectados por la medida: así, por un lado, la gran mayoría de los beneficiarios del incentivo fiscal han podido consolidar las ventajas concedidas y podrán seguir amortizando el fondo de comercio financiero en ejercicios futuros sobre adquisiciones acaecidas con anterioridad a diciembre de 2007 y, por otro lado, aquéllos que se han manifestado como afectados de dicho incentivo han visto que el beneficio fiscal se ha eliminado para adquisiciones posteriores a dicha fecha.

Llegados a este punto, también ha sido objeto de estudio el elenco de posibilidades muy variopintos para que los operadores económicos que han sido perjudicados por la Decisión de la Comisión hagan valer sus intereses y defensa jurídica ante la justicia comunitaria y en nuestro Derecho interno, sin olvidar la posibilidad de reclamar la responsabilidad del Estado-legislador a la luz de la reciente y relevante sentencia del STJUE de 26 de enero de 2010.

Por último, si del plano práctico volvemos a ascender al plano teórico, conviene insistir que la problemática de la armonización negativa produce un daño y efectos severos para los operadores económicos en términos de seguridad jurídica y perjuicio patrimonial sobrevenido.

La preocupación de la Comisión por la eventual captación de inversiones extranjeras no plantea un problema de distorsión fiscal de la competencia entre los operadores económicos, sino, de competencia fiscal dañina, cuya solución debería pasar por la armonización legislativa, y no por el uso desmesurado del régimen de ayudas de Estado, aun cuando así lo autoricen el Código de Fiscalidad empresarial o la Comunicación de la Comisión sobre ayudas de Estado de 1998.

BIBLIOGRAFÍA

a) Normativa nacional aplicable y pronunciamientos administrativos

- Real Decreto Legislativo 4/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades (TRLIS, a lo largo del trabajo). Apartado 5 del artículo 12.
- Real Decreto 1777/2004, de 30 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Impuesto sobre Sociedades (Reglamento IS, a lo largo del trabajo). Apartado 5 del artículo 12 del mismo.
- Informe de la DGT de 16 de marzo de 2006 sobre el carácter temporal y la naturaleza de la amortización fiscal del fondo de comercio financiero internacional.
- Comunicado de la Comisión Nacional del Mercado de Valores (CNMV) de 17 de febrero de 2006 sobre la naturaleza de la deducción prevista en el artículo 12.5 de la Ley del Impuesto sobre Sociedades.
- Acta de la reunión del pleno del Foro de Grandes Empresas celebrada el 3 de diciembre de 2009. Agencia Tributaria.

b) Normativa comunitaria aplicable y pronunciamientos de la Comisión Europea

- Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. Artículos 107 a 109, *Ayudas otorgadas por los Estados*.
- Reglamento CE 659/99, del Consejo, de 22 de marzo de 1999, de procedimiento en materia de ayudas de Estado (DOCE L 83, 27 de marzo de 1999).
- Directiva 90/434/CEE del Consejo, de 23 de julio de 1990, relativa al régimen fiscal común aplicable a las fusiones, escisiones, aportaciones de activos y canjes de acciones realizados entre sociedades de diferentes Estados miembros.
- Directiva 2005/56/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de octubre de 2005, relativa a las fusiones transfronterizas de las sociedades de capital.
- Reglamento de procedimiento de 2 de mayo de 1991. DO L 163 de 30 de mayo de 1991.
- Código de Fiscalidad empresarial. Aprobado por la Resolución de 1 de diciembre de 1997, adoptada de forma conjunta por el Consejo y los Representantes de los Estados miembros.
- *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*. Comisión Europea. Comunicación publicada en el DOCE C384 de 10 de diciembre de 1998.
- Informe de 9 de febrero de 2004 sobre la aplicación del documento de 11 de noviembre de 1998 (anterior).
- Decisión de apertura de expediente de ayudas de Estado por parte de la Comisión Europea publicada en el DOCE C311/23, el 21 de diciembre de 2007.
- Decisión de la Comisión de 28 de octubre de 2009. "*Relativa a la amortización fiscal del fondo de comercio financiero para la adquisición de participaciones extranjeras nº C45/2007*". A la fecha de emisión del presente trabajo esta decisión no se ha publicado en el DOCE.

- Decisión de la Comisión de 31 de octubre de 2000, DOCE L 60, 1 de marzo de 2001.
- Nota de prensa de la Comisión Europea de 28 de octubre de 2009 (IP/09/1601). *Ayudas estatales: La Comisión insta a España a suprimir el régimen fiscal que favorece las adquisiciones de otras empresas europeas.*
- Nota de prensa de la Comisión Europea de 10 de octubre de 2007 (IP/07/1469). *Ayudas estatales: La Comisión inicia una investigación formal sobre un régimen fiscal español para la adquisición de acciones en empresas extranjeras.*
- Pregunta escrita E-4431/05
- Pregunta escrita E-4772/05
- Carta emitida por la Comisión Europea a la representación de España en la Unión Europea. Bruselas, 15 de enero de 2007. D/50164. COMP/H/2/PR/ms D(2007)-0018. Asunto: "Aplicación de las normas sobre ayudas estatales a las medidas relacionadas con la fiscalidad directa de las empresas. CP 9/2007, España. Amortización del fondo de comercio financiero en la adquisición de entidades no residentes. Artículo 12, apartado 5 del Real Decreto Legislativo 4/2004 por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades".

c) Obras y artículos doctrinales

- ALONSO GARCÍA, R. *El Soft Law comunitario*. Revista de Administración Pública, núm. 154, enero-abril 2001.
- ALONSO GARCÍA, R. *La responsabilidad patrimonial del Estado-legislador, en especial en los casos de infracción del Derecho comunitario: a propósito del auto del Tribunal Supremo de 1 de febrero de 2008 y la cuestión prejudicial planteada ante el TJCE (C-118/08)*. Cuadernos de Derecho Local, núm. 19, 2009.
- ARMESTO MACÍAS, D. Y HERRERA MOLINA, P.M. *¿Es ayuda de Estado un tipo de gravamen regional inferior al vigente en el resto del territorio?* Quincena Fiscal, número 13, 2006.
- ARPIÓ SANTACRUZ, J. L. *Las ayudas públicas ante el Derecho Europeo de la Competencia*. Aranzadi, 2000.
- BERLIN, D. *Las ayudas de Estado en materia fiscal y el Derecho Comunitario*. Noticias CEE, número 32/1987.
- CALVO VÉRGEZ, JUAN. *En torno a la pretendida calificación por la Comisión Europea del Fondo de Comercio Financiero de entidades no residentes regulado en el artículo 12.5 del TRLIS como ayuda de Estado*. Quincena Fiscal, abril 2008. Páginas 11-31.
- CALVO, RAFAEL; PASTORIZA, SALVADOR. *Procedimiento de investigación formal de ayudas de Estado vs deducibilidad fiscal del fondo de comercio financiero*. Estrategia financiera, número 246, enero de 2008.
- CÁRDENAS ORTIZ, R. *Las ayudas de Estado y el Derecho Comunitario*. Instituto de Estudios Fiscales, Investigaciones Jurídicas, número 3/2003.
- CASTILLO BLANCO, F. *La protección de confianza en el derecho administrativo*. Marcial Pons, Madrid 1998.
- CUATRECASAS, GONÇALVES PEREIRA, Despacho de Abogados. *Principales Novedades Tributarias para el año 2010*. Páginas 16-27. Nota de análisis emitida en fecha 12 de enero de 2010.

- DE JUAN CASADEVALL, JORDI. *Bruselas contra España: la calificación de la amortización fiscal del fondo de comercio financiero como ayuda ilegal*. Gaceta Fiscal, marzo 2009, número 284.
- DE JUAN CASADEVALL, JORDI. *El "exit tax" en el Derecho español: una perspectiva comunitaria*. Revista de la Asociación de Abogados del Estado. Año VI, núm. 26, diciembre, 2009.
- DE JUAN CASADEVALL, JORDI. *El principio de no discriminación fiscal como instrumento de armonización negativa*. Cuatrecasas, Gonçalves Pereira, Thomson Reuters, Aranzadi, 2010.
- DE JUAN CASADEVALL, JORDI. *La cláusula comunitaria de no discriminación en la tributación directa: el enfoque analítico del TJCE*. Quincena Fiscal núm. 21, diciembre, 2009.
- DOMÍNGUEZ, BRUNO. *Comission requires Spain to abolish tax amortisation of financial goodwill scheme*. Artículo publicado en Internet el 4 de diciembre de 2009.
- DOMÍNGUEZ, BRUNO. *Spanish Government committed to retaining the tax credit for purchases outside the EU*. Artículo publicado en Internet el 9 de diciembre de 2009.
- FALCÓN Y TELLA, R. *En torno a la STS 9 diciembre 2004 relativa a las normas forales de 1996 (i): los efectos de la declaración de nulidad y el papel del Tribunal Supremo en el control de las ayudas de Estado* y *"En torno a la STS 9 diciembre 2004 relativa a las normas forales de 1996 (ii): regímenes de ayudas y libertad de establecimiento*. Quincena Fiscal, número 2, 3 y 4 de 2005.
- FLORINDO GIJÓN, F. *El código de conducta sobre la fiscalidad de las empresas y su relación con el régimen comunitario de control de las ayudas estatales*. Crónica Tributaria, número 109/2003.
- GARCÍA-ROZADO GONZÁLEZ, BEGOÑA. *Guía Impuesto sobre Sociedades*. CISS Grupo Wolters Kluwer. Edición 2008.
- GARCÍA-VALDECASAS, JOSE MARÍA. *La intervención de los gobiernos en la economía. Las Ayudas de Estado y el Fondo de Comercio Financiero*. Recensión no publicada.
- GARRIGUES, Abogados y Asesores Tributarios. *Decisión de la Comisión europea de 28 de octubre de 2009 sobre el expediente de ayudas de Estado C45/2007 – España - amortización fiscal del fondo de comercio financiero en las adquisiciones de participaciones en empresas extranjeras*. Nota de análisis emitida el 6 de noviembre de 2009.
- GÓMEZ JIMÉNEZ, IGNACIO LUIS. *Deducibilidad fiscal del Fondo de Comercio financiero por la adquisición de participaciones en entidades no residentes*. Monografías Carta Tributaria, primera quincena de enero 2005.
- HEREDIA BENOT, D. *El Reglamento 659/1999 del Consejo, de 22 de marzo, normas de procedimiento en materia de ayudas públicas*. Noticias de la Unión Europea, número 196/2001.
- LAMADRID DE PABLO, ALFONSO. *El Código de conducta en materia de fiscalidad de las empresas y su relación con el régimen comunitario de Ayudas de Estado*. Instituto de Estudios europeos, Centro de política de la competencia. Número 3/2005. Madrid, septiembre 2005.
- LÓPEZ-SANTACRUZ MONTES, JOSÉ ANTONIO. *Memento Impuesto sobre Sociedades*. Ediciones para los ejercicios fiscales 2004, 2005, 2006, 2007, 2008 y 2009. Ediciones Francis Lefebvre.

- MAGRANER MORENO; MARTÍN LÓPEZ. *Ayudas de Estado y beneficios fiscales: la deducción por actividad exportadora en el Impuesto sobre Sociedades*. Tribuna fiscal: revista tributaria y financiera, número 172/2005.
- MARTÍN JIMÉNEZ, A.; HERNÁNDEZ GUERRERO, V. *El Derecho Tributario de Gibraltar desde la óptica española y de la Unión Europea*. Servicio de Publicaciones de la Universidad de Cádiz, 2004.
- MARTÍN JIMÉNEZ, ADOLFO. *El concepto de ayuda de Estado y las normas tributarias: problemas de delimitación del ámbito de aplicación del artículo 87.1 TCE*. Noticias Unión Europea número 196/2001.
- MARTÍN JIMÉNEZ, ADOLFO. *El régimen jurídico de las ayudas de Estado y las normas de naturaleza tributaria*. Capítulo III de la obra *Convenios Fiscales Internacionales y Fiscalidad de la Unión Europea*. Editorial CIIS Grupo Wolters Kluwer. 2007. Páginas 843 y siguientes.
- MARTÍN LÓPEZ, JORGE. *Competencia fiscal perjudicial y ayudas de Estado en la Unión Europea*. Tirant monografías nº 411, 2006.
- MARTÍN QUERALT, J; MARTÍNEZ LAFUENTE, A. *La política fiscal europea*. En AA. VV. *Tratado de Derecho Comunitario Europeo (Estudio sistemático desde el Derecho Español)*. Civitas, Madrid, 1986.
- MARTÍN QUERALT, JUAN. *La deducción del fondo de comercio financiero y las Ayudas de Estado*. CISS Tribuna Fiscal, número 207, enero 2008.
- MARTÍNEZ ALONSO, JUAN IGNACIO. *Cuestionamiento europeo de la deducción fiscal del fondo de comercio financiero surgido en la adquisición de participaciones significativas en entidades no residentes*. La revista tributaria de Álava. Forum Fiscal de Álava. 18 de febrero de 2008. Páginas 19-29.
- MARTÍNEZ CABALLERO; RUIZ ALMENDRAL. *Ayudas de Estado selectivas y poder tributario de las Comunidades Autónomas*. Revista Española de Derecho Europeo, número 20/2006.
- MERINO JARA, ISAAC. *Ayudas de estado y confianza legítima*. Quincena Fiscal Aranzadi, núm. 19/2009. Editorial Aranzadi, SA, Pamplona. 2009.
- MORENO FERNÁNDEZ. *La responsabilidad Patrimonial del Estado-Legislador en materia tributaria y vías para reclamarla*. Editorial Aranzadi, 2009.
- ORTIZ BLANCO; LEÓN JIMÉNEZ. *Evolución del criterio de la selectividad de las ayudas de estado en relación con las medidas fiscales*. Derecho de la competencia europeo y español, 2003
- PÉREZ BERNABEU, BEGOÑA. *El requisito de la selectividad en las ayudas de Estado de carácter fiscal y su incidencia en el ordenamiento español: dos ejemplos recientes*. Revista de información fiscal, número 95, octubre 2009. Páginas 45-74.
- PIÑA GARRIDO, D. *Ayudas vascas contrarias a Derecho comunitario y responsabilidad patrimonial de la administración pública autonómica*. Temas tributarios de actualidad, junio 2005.
- PONT CLEMENTE, J. F. *El derecho a la devolución de ingresos tributarios indebidos como resultado de una contravención del Derecho Comunitario*. Quincena Fiscal Aranzadi núm. 5/2010. Editorial Aranzadi, SA. Pamplona, 2010.
- ROCHE LAGUNA, I. *La integración europea como límite a la soberanía fiscal de los Estados miembros*. Tirant lo Blanch, 2000.

- RODRÍGUEZ CARBAJO, J. R. *La jurisprudencia del TS sobre la responsabilidad patrimonial de la Administración por las Leyes internas que infringen el Derecho comunitario y su posible contradicción con la doctrina del TJCE*. Diario La Ley, núm. 6.936, 30 de abril de 2008.
- RODRÍGUEZ CARBAJO, J. R. *La responsabilidad patrimonial del Estado español derivada de las normas internas que infringen el Derecho comunitario después de la STJCE de 26 de enero de 2010*. Actualidad Administrativa, nº 8, Sección Fundamentos de Casación, Quincena del 16 al 30 abril de 2010, pág. 1000, tomo 1, Editorial La Ley.
- SANZ RUBIALES, IÑIGO. *El principio de confianza legítima, limitador del poder normativo comunitario*.
- SOLER ROCH, M^a T. *Las medidas fiscales selectivas en la jurisprudencia del TJCE sobre ayudas de Estado*. Quincena Fiscal, número 14/2006, páginas 13 y siguientes.
- ULECIA RUBIO, PABLO. *Tratamiento fiscal del fondo de comercio financiero incorporado en el precio de adquisición de participaciones en el capital de entidades no residentes*. Boletín Fiscal Quantor, junio 2006.
- URREA CORRES, M. *El ejercicio de competencia del País Vasco en materia fiscal y su compatibilidad con el Derecho comunitario europeo*. Revista de Derecho Comunitario Europeo, número 12/2002.
- VILLAR EZCURRA, M.; HERRERA MOLINA, P. M. *Ayudas fiscales y Derecho comunitario: un ejemplo de armonización fiscal negativa*. Estudios de Derecho Financiero y Tributario en Homenaje al Profesor Calvo Ortega, tomo II, Lex Nova, Valladolid, 2005.
- VILLAR EZCURRA, MARTA. *La amortización del fondo de comercio financiero en España y su problemática jurídico-comunitaria. ¿Un nuevo caso de ayuda de Estado?*. Revista de contabilidad y tributación del CEF, número 298, 3/2008. Páginas 73-96.
- VILLAR EZCURRA, MARTA. *Las ayudas estatales de carácter fiscal y el Derecho comunitario: algunas notas sobre su diferencia de los tributos internos discriminatorios y las exacciones de efecto equivalente a propósito del primer informe sobre el Código de Conducta Fiscal*. Aranzadi Fiscal, boletín mensual, número 2, 1999.
- VVAA. *La deducción por actividades de exportación y el ordenamiento comunitario: la "inocuidad" de la Resolución DGT 1/2006, de 15 de junio*. Quincena Fiscal, número 13 de 2006.

d) Conferencias

- GARCÍA-ROZADO GONZÁLEZ, BEGOÑA. Subdirectora general adjunta del Impuesto sobre las Personas Jurídicas de la Dirección General de Tributos. Conferencia en la UIC de 10 de diciembre de 2009. *Novedades fiscales en sede del Impuesto sobre Sociedades en el ejercicio 2010*.

e) Notas de prensa digital

- 31/01/2007: EXPANSIÓN. *"Hacienda pone en cuarentena la rebaja fiscal por el fondo de comercio financiero"*.
- 01/02/2007: EXPANSIÓN. *"Oleada de enfrentamientos entre la Comisión Europea y el Gobierno español"*.
- 02/02/2007: Expansión. *"Bruselas pone bajo la lupa las deducciones multimillonarias por internacionalización"*.
- 06/02/2007: Expansión. *"Ocaña defenderá ante Bruselas los incentivos de la internacionalización"*.

- 08/03/2007: Expansión. *“La fiscalidad de las adquisiciones”*
- 15/03/2007: Expansión. *“Multinacionales bajo la lupa de Hacienda”*.
- 28/9/2007: Cinco Días, pág. 5: *“Kroes expedientará a España por sus ayudas fiscales a las opas internacionales”*.
- 28/9/2007: Expansión, pág. 32: *“Bruselas expedientará a España por el uso del fondo de comercio”*.
- 09/10/2007: Cotizalia. *“Botín se juega 3.600 millones en ABN si Bruselas sanciona a España por deducir el fondo de comercio”*.
- 10/10/2007: Expansión. *“Bruselas abre a España un expediente por la deducción del fondo de comercio”*.
- 10/10/2007: Expansión. *“Bruselas abre hoy a España un expediente por la deducción del fondo de comercio financiero”*.
- 10/10/2007: Nota de prensa de la Comisión Europea. *“Ayudas estatales: la Comisión inicia una investigación formal sobre un régimen fiscal español para la adquisición de acciones en empresas extranjeras”*. IP/07/1469.
- 11/10/2007: Expansión. *“Hacienda coordina con las empresas la defensa en la UE del fondo de comercio”*.
- 15/10/2007: CincoDías. *“Ayudas bajo sospechas”*.
- 15/10/2007: CincoDías. *“La CE apoyó la norma española sobre fondo de comercio”*.
- 18/10/2007: CincoDías. *“El fondo de comercio: ¿cobardes o arruinados?”*
- 22/10/2007: CincoDías. *“Bruselas contra España”*.
- 28/10/2007: CincoDías. *“Hacienda, satisfecha con la decisión de la CE sobre las ayudas fiscales porque afectan a inversiones mínimas”*.
- 05/11/2007: Cotizalia. *“Estrategia de Solbes sobre el fondo de comercio: salvar las operaciones hechas, ceder las futuras”*.
- 12/11/2007: Expansión. *“Fondo de comercio: la Comisión investiga”*.
- 11/01/2008: CincoDías. *“Decisiones sorprendentes”*.
- 02/10/2009. Cinco Días. *“La CE apoyó la norma española sobre fondo de comercio”*.
- 13/10/2009: Expansión. *“Fondo de comercio”*.
- 13/10/2009: CincoDías. *“Salgado dice que Telefónica e Iberdrola no tendrán que devolver las ayudas por las compras”*.
- 13/10/2009: CincoDías. *“Telefónica e Iberdrola no tendrán que devolver las ayudas por comprar O2 y Scottisch Power”*.
- 23/10/2009: Negocio. *“El fondo de comercio se podrá deducir al 100% en compras anteriores a 2008”*.
- 28/10/2009: CincoDías. *“Bruselas reclama la devolución de las ayudas desde diciembre de 2007 a las multinacionales españolas”*.

- 28/10/2009: CincoDías. *“La CE sólo acepta las ayudas fiscales a las fusiones hasta 2007”*.
- 28/10/2009: Expansión. *“ Bruselas declara ilegal el sistema de deducción fiscal para compras en el extranjero”*.
- 28/10/2009: Cotizalia. *“Bruselas pedirá hoy la devolución de parte de las ayudas a multinacionales españolas por invertir en extranjero.”*
- 19/11/2009: Negocio. *“Hacienda abre un plan masivo de inspección del fondo de comercio”*.
- 04/12/2009: *“El fondo de comercio como ayuda de Estado: el día después”*.
- 22/01/2010: Cotizalia. *“Hacienda inspeccionará a todas las grandes empresas por sus compras en el extranjero”*.

TABLA DE ABREVIATURAS

Abreviaturas más comunes de uso en el texto.

AEAT	Agencia Estatal de Administración Tributaria
art.	artículo
CE/CC.EE	Comunidad Europea / Comunidades Europeas
CEE	Comunidad Económica Europea
DGT	Dirección General de Tributos
DOCE	Diario Oficial de las Comunidades Europeas
núm.	número
OCDE	Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico
<i>op. cit.</i>	obra ya citada del mismo autor
STJCE	Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas
TCE	Tratado constitutivo de la Comunidad Europea
TCEE	Tratado de la Comunidad Económica Europea
TS	Tribunal Supremo
TEDH	Tribunal Europea de Derechos Humanos
TJCE	Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas
TJUE	Tribunal de Justicia de la Unión Europea
TRLIS	Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades
TUE	Tratado de la Unión Europea
TFUE	Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea
UE	Unión Europea