



COMISIÓN EUROPEA

Bruselas, 15.10.2014
C(2014) 7280 final

VERSIÓN PÚBLICA

Este documento es un documento interno de la Comisión que se hace disponible exclusivamente con fines informativos.

DECISIÓN DE LA COMISIÓN
de 15.10.2014
RELATIVA A LA AYUDA ESTATAL
SA.35550 (2013/C) (ex 2013/NN)
ejecutada por España

Régimen relativo a la amortización fiscal del fondo de comercio financiero para la adquisición de participaciones extranjeras

(El texto en lengua española es el único auténtico)

(Texto pertinente a efectos del EEE)

DECISIÓN DE LA COMISIÓN
de 15.10.2014
RELATIVA A LA AYUDA ESTATAL
SA.35550 (2013/C) (ex 2013/NN) (ex 2012/CP)
ejecutada por España

**Régimen relativo a la amortización fiscal del fondo de comercio financiero para la
adquisición de participaciones extranjeras**

(El texto en lengua española es el único auténtico)

(Texto pertinente a efectos del EEE)

LA COMISIÓN EUROPEA,

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

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

Después de haber emplazado a los interesados para que presentaran sus observaciones, de conformidad con los citados artículos¹, y teniendo en cuenta dichas observaciones,

Considerando lo siguiente:

1. PROCEDIMIENTO

- (1) El 28 de octubre de 2009, la Comisión adoptó una decisión negativa con orden de recuperación en relación con la ayuda concedida a los beneficiarios de un régimen español que permitía realizar deducciones fiscales en relación con la adquisición de participaciones en empresas no residentes (en lo sucesivo, «la Primera Decisión»)². Dicha Decisión se limitaba a las adquisiciones en el interior de la Unión y la Comisión mantuvo abierto el procedimiento para las adquisiciones fuera de la Unión, habida cuenta de que las autoridades españolas se comprometieron a aportar nueva información relativa a los supuestos obstáculos a las fusiones transfronterizas fuera de la Unión.

¹ DO C 258 de 7.9.2013.

² DO L 7 de 11.1.2011, p. 48.

- (2) El 12 de enero de 2011, la Comisión adoptó una decisión negativa con orden de recuperación en relación con la ayuda concedida a los beneficiarios en virtud de la legislación impugnada al realizar adquisiciones fuera de la Unión (en lo sucesivo, «la Segunda Decisión»)³.
- (3) No obstante, la Comisión decidió limitar el alcance de la obligación de recuperación contenida en la Primera y Segunda Decisiones debido a la existencia de confianza legítima.
- (4) Mediante correo electrónico de 12 de abril de 2012, las autoridades españolas informaron a la Comisión de que el 21 de marzo de 2012 habían adoptado una nueva interpretación administrativa («consulta vinculante»)⁴ del régimen de ayuda en cuestión, que debía aplicarse también a las operaciones realizadas antes de esa fecha.
- (5) Mediante escrito de 4 de julio de 2012, en el marco del procedimiento de recuperación de la Segunda Decisión, la Comisión invitó a las autoridades españolas a aclarar una serie de cuestiones relacionadas con la nueva interpretación administrativa. España presentó sus observaciones el 5 de septiembre de 2012.
- (6) En octubre de 2012 y con referencia a esta nueva interpretación administrativa, la Comisión introdujo un nuevo asunto de oficio⁵ en su Registro de ayudas estatales.
- (7) Mediante escrito de 29 de octubre de 2012, la Comisión envió un requerimiento de información a España. Las autoridades españolas facilitaron la información solicitada el 5 de diciembre de 2012. El 12 de diciembre de 2012 se celebró una reunión técnica entre la Comisión y las autoridades españolas. A raíz de esta reunión, el 19 de diciembre de 2012 la Comisión envió otra carta a España, en el marco del procedimiento de recuperación, en la que expresaba también sus dudas sobre la legitimidad de la nueva interpretación administrativa. España presentó sus observaciones el 14 de febrero de 2013.
- (8) El 26 de abril de 2013, la Comisión envió una carta a las autoridades españolas en la que les instaba a revisar la nueva interpretación administrativa del régimen de ayudas a la luz de la normativa sobre ayudas estatales. El 31 de mayo de 2013, las autoridades españolas respondieron a la carta de la Comisión.
- (9) Mediante carta de 21 de junio de 2013, los servicios de la Comisión informaron a las autoridades españolas de que la Comisión se estaba planteando la posibilidad de dictar un requerimiento, por el que se exigiría la suspensión de toda ayuda ilegal concedida con arreglo a la nueva interpretación administrativa, y les invitaron a presentar sus observaciones al respecto. El 26 de junio de 2013, las autoridades españolas solicitaron una prórroga del plazo inicialmente establecido por la Comisión, solicitud que fue denegada ese mismo día. España presentó sus observaciones sobre el requerimiento de suspensión por carta de 1 de julio de 2013.

³ DO L 135 de 21.5.2011, p. 1.

⁴ Véase la consulta vinculante V0608-12 de 21 de marzo de 2012.

⁵ SA 35550 (2012/CP)

- (10) Puesto que el régimen modificado no había sido notificado con arreglo al artículo 108, apartado 3, del Tratado y ya se había aplicado antes de recibir la aprobación preliminar de la Comisión en virtud del artículo 107 del Tratado, la medida se incluyó en el registro de ayudas estatales de la Comisión como ayuda no notificada con el número SA. 35550 (2013/NN).
- (11) Mediante carta de 17 de julio de 2013, la Comisión informó a España de que había decidido incoar el procedimiento establecido en el artículo 108, apartado 2, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea con respecto a la ayuda.
- (12) La Decisión de la Comisión de incoar el procedimiento se publicó en el Diario Oficial de la Unión Europea⁶. La Comisión invitó a los interesados a presentar sus observaciones sobre la ayuda en cuestión.
- (13) La Comisión recibió observaciones de las autoridades españolas y de cinco terceros interesados. La Comisión remitió las observaciones de los terceros interesados a España, dándole la posibilidad de comentarlas. Sus observaciones se recibieron por cartas de 25 de noviembre y 20 de diciembre de 2013.
- (14) Mediante escrito de 26 de marzo de 2014, la Comisión envió un requerimiento de información a España. Las autoridades españolas facilitaron la información solicitada el 7 de mayo de 2014.

2. DESCRIPCIÓN DE LA MEDIDA

2.1. Introducción

a) Artículo 12, apartado 5, del TRLIS

- (15) La base jurídica del régimen de ayuda en cuestión se recoge en la Ley española del Impuesto sobre Sociedades (Real Decreto Legislativo 4/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades, en lo sucesivo «TRLIS»), y, en particular, en su artículo 12, apartado 5, leído en relación con su artículo 21.
- (16) El artículo 12, apartado 5, del TRLIS, que entró en vigor el 1 de enero de 2002, introdujo la posibilidad de que una sociedad residente en España dedujese de la base imponible del impuesto de sociedades el fondo de comercio financiero derivado de la adquisición de participaciones en una sociedad no residente cuyas rentas pudieran acogerse a la exención fiscal prevista en el artículo 21 del TRLIS (anterior artículo 20 bis de la Ley del Impuesto sobre Sociedades).
- (17) El fondo de comercio financiero se define en el artículo 12, apartado 5, del TRLIS como el importe de la diferencia entre el precio de adquisición de la participación y su valor contable a la fecha de adquisición que no ha sido imputado a los bienes y derechos de la

⁶ DO C 258 de 7.9.2013.

entidad no residente. Dicha parte de la diferencia sería deducible de la base imponible, con el límite anual máximo de la veintava parte de su importe. Ello se entiende sin perjuicio de la normativa contable en vigor.

b) Criterios del artículo 21 del TRLIS

(18) El artículo 21 del TRLIS establece los requisitos que deben cumplir las rentas de la entidad no residente en territorio español para que la sociedad residente pueda aplicar la deducción del artículo 12, apartado 5, del TRLIS:

- a) El porcentaje de participación, directa o indirecta, en el capital o en los fondos propios de la entidad no residente deben ser, al menos, del 5 %. Por otra parte, la participación deberá estar en posesión de la sociedad residente durante al menos un año de manera ininterrumpida⁷.
- b) La entidad no residente ha de estar gravada por un impuesto extranjero análogo al impuesto sobre sociedades. Se supone que se cumple esta condición si el país de residencia de la empresa participada ha suscrito un convenio fiscal con el Reino de España para evitar la doble imposición internacional que contenga una cláusula sobre intercambio de información⁸.
- c) Los beneficios deben proceder de la realización de actividades empresariales en el extranjero. Esta condición se considera cumplida cuando al menos el 85 % de los ingresos corresponden a los siguientes criterios⁹:
 - i) Las rentas de la entidad no residente deben ser obtenidas en el extranjero y no pueden incluirse en la base imponible debido a la aplicación de normas de transparencia fiscal internacional. En particular, se considera que las rentas cumplen este requisito si proceden de las siguientes actividades:
 - comercio al por mayor, cuando los bienes sean puestos a disposición de los adquirentes en el país o territorio en el que resida la entidad no residente o en cualquier otro país o territorio diferente del español, siempre que las operaciones las lleve a cabo la entidad no residente;
 - servicios prestados en el territorio en el que la sociedad no residente tiene su domicilio fiscal, en la medida en que estas operaciones sean efectuadas por la entidad no residente;
 - servicios financieros prestados a clientes que no tengan su domicilio fiscal en España, en la medida en que estas operaciones sean efectuadas por la entidad no residente;

⁷ Véase el artículo 21, apartado 1, letra a), del TRLIS.

⁸ Véase el artículo 21, apartado 1, letra b), del TRLIS.

⁹ Véase el artículo 21, apartado 1, letra c), del TRLIS.

- servicios de seguros relativos a riesgos situados en un territorio o un país distinto de España, en tanto que los servicios de seguros sean prestados por la entidad no residente.
 - ii) Los dividendos o participaciones en beneficios en entidades no residentes procedentes de participaciones indirectas que cumplan los requisitos que figuran en el artículo 21, apartado 1, letra a), del TRLIS. Asimismo, las rentas de capital derivadas de la transmisión de participaciones en sociedades no residentes en la medida en que se cumplan los requisitos establecidos en el artículo 21, apartado 2, del TRLIS.
- (19) Es conveniente señalar que, aunque el artículo 12, apartado 5, remite al artículo 21 del TRLIS, este último fue concebido inicialmente para establecer las condiciones de exención de la participación del impuesto sobre sociedades de los dividendos y rentas de fuente extranjera que se derivan de la adquisición de participaciones en entidades no residentes con el objetivo de evitar la doble imposición internacional¹⁰.

c) *Concepto de fondo de comercio financiero*

- (20) El fondo de comercio financiero es un concepto tributario que fue introducido por el legislador español en el artículo 12, apartado 5, del TRLIS y que está vinculado al concepto contable del fondo de comercio.
- (21) El fondo de comercio es un activo intangible que representa el valor de la buena reputación del nombre comercial, buenas relaciones con los clientes, la cualificación de los empleados y otros factores similares que permiten esperar que producirán en el futuro ganancias superiores a las aparentes. Desde un punto de vista contable, el fondo de comercio se calcula como la diferencia entre el precio de compra de una entidad y el valor contable de su patrimonio neto.
- (22) Según la información facilitada por las autoridades españolas, si el precio pagado por una participación en el capital de una empresa es superior a su valor contable, ello puede deberse a dos razones diferentes: 1) al valor añadido intrínseco de los activos de la empresa; 2) a un sobreprecio resultante de una expectativa de obtener unos ingresos más elevados en el futuro. Esta última categoría corresponde al fondo de comercio financiero.
- (23) De conformidad con el artículo 12, apartado 5, del TRLIS, el importe de la diferencia entre el precio de adquisición de la participación y su valor contable en la fecha de la adquisición debe imputarse a los bienes y derechos de la sociedad no residente con arreglo a los criterios fijados en el Real Decreto 1815/1991 sobre consolidación de cuentas. El «fondo de comercio financiero» es la parte de la diferencia que no ha sido imputada a los bienes y derechos de la entidad no residente. El fondo de comercio financiero puede deducirse de la base imponible, con el límite anual máximo de la veinteava parte de su valor.

¹⁰ El artículo 21 del TRLIS, titulado «Exención para evitar la doble imposición económica internacional sobre dividendos y rentas de fuente extranjera derivadas de la transmisión de valores representativos de los fondos propios de entidades no residentes en territorio español», forma parte del título IV del TRLIS.

- (24) Por consiguiente, para determinar el importe de fondo de comercio financiero que puede deducirse de la base imponible, es preciso realizar las siguientes tareas:
- i. Calcular la diferencia entre el precio de adquisición y el valor contable de la participación de la sociedad no residente en la fecha de la adquisición. El valor contable debe reflejar la parte de los fondos propios que corresponde a la participación y su valor contable.
 - ii. Imputar la diferencia a los bienes y derechos de la sociedad no residente con arreglo a los criterios establecidos en el Real Decreto 1815/1991 sobre las cuentas consolidadas.
 - iii. El importe (de dicha diferencia) que no pudiera ser imputado a los bienes y derechos de la sociedad no residente es el fondo de comercio financiero. Puede deducirse de la base imponible hasta una veinteva parte al año.

d) *Concepto de adquisiciones directas e indirectas*

- (25) Se considera adquisición directa la compra por una sociedad de una participación en los fondos propios de una empresa. Por adquisición indirecta se entiende la compra por parte de una sociedad de una participación en los fondos propios de una empresa de segundo o ulterior nivel como consecuencia de una adquisición directa previa. Por lo tanto, la empresa adquirente se convierte indirectamente en titular de participaciones en sociedades situadas en segundos o ulteriores niveles.
- (26) Sin embargo, habida cuenta de la información facilitada por las autoridades españolas y los terceros interesados, la Comisión observa que la controversia en el caso que nos ocupa se refiere fundamentalmente a las adquisiciones indirectas de participaciones como consecuencia de una adquisición directa de participaciones en los fondos propios de una sociedad holding no residente. De hecho, las sociedades holding son empresas cuyo objetivo principal es la tenencia de acciones de otras sociedades operativas. Las sociedades holding no ejercen una actividad económica propiamente dicha, por lo que no pueden generar fondo de comercio (y, en consecuencia, tampoco pueden generar fondo de comercio financiero). El fondo de comercio se genera en niveles ulteriores por sociedades operativas que sí desarrollan una actividad económica. Por lo tanto, en el asunto que nos ocupa se trata de determinar si las participaciones adquiridas indirectamente mediante la compra directa de una participación en una sociedad holding no residente pueden acogerse a la deducción contemplada en el artículo 12, apartado 5, del TRLIS.

2.2. Modificaciones en la redacción del artículo 12, apartado 5, del TRLIS

- (27) El artículo 12 lleva por título «Correcciones de valor: Pérdida de valor de los elementos patrimoniales». Su apartado 5 entró en vigor el 1 de enero de 2002. Se introdujo en la Ley española del Impuesto sobre Sociedades 43/1995, de 27 de diciembre, mediante el artículo 2, apartado 5, de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre¹¹. Posteriormente, el

¹¹ Ley 24/2001, de 27 de diciembre de 2001, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social.

artículo 12, apartado 5, del TRLIS se incorporó en el Real Decreto Legislativo 4/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades¹².

- (28) El artículo 12, apartado 5, del TRLIS se ha modificado varias veces desde su introducción en la Ley del Impuesto sobre Sociedades. La redacción inicial del artículo 12, apartado 5, del TRLIS introducido por la Ley 24/2001, establecía que la diferencia entre el precio de adquisición de la participación y su valor contable a la fecha de la adquisición debía ser imputada a los bienes y derechos de la entidad no residente, de conformidad con los criterios establecidos en el Real Decreto 1815/1991, de 20 de diciembre, por el que se aprueban las normas para formulación de las cuentas anuales consolidadas. En 2007, la referencia al Real Decreto 1815/1991, de 20 de diciembre, por el que se aprueban las normas para formulación de las cuentas anuales consolidadas, se sustituyó por una referencia al método de integración global establecido en el artículo 46 del Código de Comercio y demás normas de desarrollo.
- (29) Según las autoridades españolas, esa modificación fue consecuencia de la adopción de la Ley 16/2007, de 4 de julio, de reforma y adaptación de las normas contables para su armonización con base en la normativa de la Unión¹³. La adopción de esta Ley provocó una serie de modificaciones de diversas leyes y disposiciones, tales como el artículo 12, apartado 5, del TRLIS. Debido a que el Real Decreto 1815/1991 tenía que ser derogado y actualizado como consecuencia de las enmiendas introducidas en la normativa contable, se remitió al Código de Comercio, norma de rango superior. Las autoridades españolas explicaron que la enmienda antes citada es una mera modificación de carácter técnico: no modificaba las normas de consolidación ni influía en la manera en que se calcula el fondo de comercio financiero. Las autoridades españolas afirman que el método de integración global siempre se ha utilizado para calcular el fondo de comercio financiero y que este principio contable estaba contenido tanto en el Real Decreto 1815/1991 como en el artículo 46 del Código de Comercio español.
- (30) A raíz de la adopción de la Primera y Segunda Decisiones, España añadió un nuevo párrafo en el artículo 12, apartado 5, del TRLIS con vistas al cumplimiento de ambas decisiones. Aunque el artículo 12, apartado 5, del TRLIS había sido declarado ayuda ilegal e incompatible, no fue derogado formalmente, ya que podía seguir siendo aplicado por los beneficiarios que tenían confianza legítima en que la ayuda concedida no se recuperaría y para los cuales se reconoció el período transitorio en la Primera y Segunda Decisiones.
- (31) España introdujo un tercer punto en el artículo 12, apartado 5, del TRLIS en el que se establecía que la deducción del fondo de comercio financiero no se aplicaría a la adquisición de participaciones en empresas no residentes en el territorio de la Unión llevadas a cabo a partir del 21 de diciembre de 2007 (sin perjuicio de lo establecido en el

¹² Real Decreto Legislativo 4/2004, de 5 de marzo, de la versión consolidada de la Ley española del Impuesto sobre Sociedades.

¹³ Ley 16/2007, de 4 de julio de 2007, de reforma y adaptación de la legislación mercantil en materia contable para su armonización internacional con base en la normativa de la Unión Europea.

artículo 1, apartado 3, de la Decisión de la Comisión de 28 de octubre de 2009 y en el artículo 1, apartado 3, de la Decisión de la Comisión de 12 de enero de 2011, respecto a las adquisiciones relacionadas con una obligación irrevocable convenida antes del 21 de diciembre de 2007). No obstante, en relación con la adquisición de participaciones mayoritarias en entidades residentes en países de fuera de la Unión adquiridas entre el 21 de diciembre de 2007 y el 21 de mayo de 2011 (fecha de publicación de la Segunda Decisión en el *Diario Oficial*), las deducciones podrían aplicarse si se demostrara que existen obstáculos jurídicos explícitos a las combinaciones transfronterizas de empresas a tenor de lo dispuesto en el artículo 1, apartados 4 y 5 de la Segunda Decisión de la Comisión de 12 de enero de 2011.

2.3. La interpretación administrativa del artículo 12, apartado 5, del TRLIS

- (32) El principal precepto legal, artículo 12, apartado 5, del TRLIS, no menciona si la deducción del fondo de comercio financiero podría aplicarse a las adquisiciones directas o indirectas de participaciones. No obstante, el artículo 21 del TRLIS hace referencia a las participaciones directas e indirectas al enumerar los criterios que deben cumplir las rentas de la sociedad no residente para que la sociedad residente pueda aplicar la deducción del artículo 12, apartado 5, del TRLIS.

2.3.1. La interpretación administrativa inicial

- (33) En el transcurso del procedimiento administrativo que dio lugar a la adopción de la Decisión de incoación de 2007, las autoridades españolas explicaron a la Comisión que la práctica administrativa reiterada de la Dirección General de Tributos, en lo sucesivo «DGT», y la jurisprudencia del Tribunal Económico Administrativo Central, en lo sucesivo «TEAC», únicamente permitían la deducción del fondo de comercio financiero resultante de adquisiciones directas de participaciones¹⁴. Las razones alegadas por las autoridades españolas fueron las siguientes:
- a) El artículo 12, apartado 5, del TRLIS es un método de depreciación de la inversión, depreciación que afecta directamente a la base imponible. La gestión de la deducción exige un control de la inversión, que solo puede ejercerse a través de una adquisición directa de participaciones en sociedades operativas ubicadas en el primer nivel.
 - b) Los requisitos establecidos en el artículo 21 del TRLIS de llevar a cabo una actividad económica en el extranjero por la entidad no residente y de estar sujeto a un impuesto comparable al impuesto sobre sociedades tienen su fundamento en las normas fiscales anti-abuso frente a territorios de nula tributación.
 - c) Por otra parte, el artículo 12, apartado 5, del TRLIS se limita a las adquisiciones efectuadas en el primer nivel, dado que, para la aplicación de la deducción establecida en el artículo 12, apartado 5, del TRLIS, el artículo 21 del TRLIS solo

¹⁴ Véase la carta de 4 de junio de 2007 remitida por España en respuesta a un requerimiento de información de 26 de marzo de 2007

exige la adquisición de al menos un 5 % de las acciones en el capital de la entidad no residente. Este porcentaje no implica ni la consolidación con la entidad no residente ubicada en el primer nivel ni la consolidación con filiales de la entidad no residente situadas en segundos o posteriores niveles. Solo después de la consolidación podría generarse el fondo de comercio en segundos o posteriores niveles.

- d) Por otra parte, la Administración tributaria debe supervisar la aplicación de la deducción del fondo de comercio financiero. Esta supervisión solo puede efectuarse a través de la entidad residente en España. En efecto, la Administración tributaria española puede supervisar fácilmente si las participaciones están situadas en el primer nivel, pues forman parte de los activos de la sociedad residente en España. Más difícil le resultaría supervisar el fondo de comercio que aflore en empresas no residentes situadas en niveles posteriores, ya que las participaciones se imputan en los activos de las entidades no residentes, que no están obligadas a someterse al control de la Administración tributaria española.
- (34) En el marco del procedimiento de investigación formal que dio lugar a la adopción de la presente Decisión, se exigió a las autoridades españolas que facilitasen una lista de las consultas vinculantes de la Administración tributaria relativas a la aplicación del artículo 12, apartado 5, del TRLIS. Las autoridades españolas presentaron¹⁵ una copia de las consultas vinculantes 1490-02, de 4 de octubre de 2002, y V 0391-05, de 10 de marzo de 2005¹⁶. Estas consultas vinculantes confirman que, desde la adopción del artículo 12, apartado 5, del TRLIS, la DGT excluyó explícitamente de su aplicación a las adquisiciones indirectas de participaciones que resultan de la adquisición directa de participaciones de una sociedad holding.
- (35) Las autoridades españolas también estaban obligadas a presentar una lista de la jurisprudencia del TEAC que hiciera referencia a la aplicación del artículo 12, apartado 5, del TRLIS. Las autoridades españolas aportaron¹⁷ copias de cuatro resoluciones¹⁸ del TEAC que confirmaban la exclusión del ámbito de aplicación del artículo 12, apartado 5, del TRLIS de las adquisiciones indirectas de participaciones que se derivasen de una adquisición directa de participaciones en una sociedad holding. El razonamiento que sustenta la exclusión de las adquisiciones indirectas de la aplicación del artículo 12, apartado 5, del TRLIS, y que se desarrolló en las consultas de la DGT y en las resoluciones del TEAC, puede resumirse como sigue:

¹⁵ Véase la carta de las autoridades españolas de 7 de mayo de 2014, en respuesta a un requerimiento de información de 26 de marzo de 2014.

¹⁶ Según la información facilitada por algunos de los terceros interesados, hay otras interpretaciones administrativas relacionadas con el artículo 12, apartado 5, TRLIS, a saber, las consultas vinculantes V 316-05 y V 2245-06.

¹⁷ Véase la carta de las autoridades españolas de 7 de mayo de 2014, en respuesta a un requerimiento de información de 26 de marzo de 2014.

¹⁸ Resolución 00/2842/2009; resolución 00/4872/2009 y resoluciones conjuntas, resolución 00/5337/2009 y resolución conjunta; resolución 00/3637/2010 y resolución conjunta.

- a) Uno de los requisitos establecidos en el artículo 12, apartado 5, del TRLIS es que el fondo de comercio resultante de la diferencia entre el precio de adquisición de las participaciones y su valor contable debe imputarse a los activos de la entidad adquirida no residente.
- b) El fondo de comercio se genera en entidades operativas. Como consecuencia de la realización de una actividad económica, se genera un activo intangible derivado de la cartera de clientes, la localización geográfica, los conocimientos técnicos especializados, los recursos humanos, el prestigio, etc. Todo ello se traduce, en última instancia, en un precio de compra más elevado que el imputado como valor contable. Por lo tanto, el fondo de comercio financiero solo puede aflorar como consecuencia de la adquisición directa de una entidad operativa resultante de la diferencia entre el precio de compra y el valor contable, siempre que esta diferencia no sea imputable a las plusvalías tácitas generadas por los activos de la empresa.
- c) Para calcular el importe del fondo de comercio financiero (la diferencia entre el precio de compra y el valor contable no imputable al patrimonio neto de la entidad no residente), es necesario llevar a cabo las tres tareas siguientes: 1) calcular la diferencia entre el precio de adquisición de la participación y su valor contable; el valor contable debe reflejar la parte de los fondos propios que corresponde a la participación que la entidad residente tiene en la entidad no residente; 2) la diferencia entre los dos valores antes mencionados debe imputarse a los activos de la entidad no residente hasta el límite del valor de mercado de los activos en cuestión en función de los criterios establecidos en las normas de consolidación contable¹⁹; 3) el importe remanente es el fondo de comercio financiero que puede deducirse de la base imponible, con el límite anual máximo de la veinteva parte de su importe.
- d) Las sociedades holding son entidades cuyo objetivo principal es la tenencia de acciones de otras entidades operativas, por lo que no desarrollan una actividad económica o empresarial como tal. De conformidad con el artículo 12, apartado 5, del TRLIS, si una empresa residente en territorio español adquiere una participación en una sociedad holding no residente (cuya principal actividad es la tenencia de acciones y la gestión de activos de otras sociedades operativas), la diferencia entre el precio de compra y el valor contable de los fondos propios de la participación debe imputarse como activo de la sociedad holding hasta el límite del valor de mercado del activo en cuestión. Dado que los activos de una sociedad holding son participaciones en entidades operativas no residentes, el valor de mercado de sus activos equivale al precio de adquisición de las acciones y, por lo tanto, no se generaría fondo de comercio financiero. En virtud de esta interpretación, el fondo de comercio financiero solo puede aflorar como consecuencia de una adquisición directa de una sociedad operativa resultante de la diferencia entre el precio de compra y el valor contable, en la medida en que esta

¹⁹ Artículos 23 y 24 del Real Decreto 1815/1991.

diferencia sea imputable directamente a las plusvalías intrínsecas generadas por los bienes y derechos de la entidad adquirida.

- (36) La práctica administrativa reiterada de las autoridades españolas que permitía la deducción del fondo de comercio financiero surgido exclusivamente de las adquisiciones directas de participaciones en sociedades operativas siguió siendo de aplicación incluso después de la adopción de la Primera y Segunda Decisiones²⁰.

2.3.2. La nueva interpretación administrativa

- (37) El 21 de marzo de 2012, a raíz de una consulta tributaria presentada por una empresa española, la DGT adoptó la consulta vinculante V0608-12²¹, en la que se establece que el artículo 12, apartado 5, del TRLIS permite la deducción del fondo de comercio financiero no solo de las adquisiciones directas de participaciones en sociedades operativas sino también la adquisición indirecta de participaciones derivadas de una adquisición directa de participaciones en una sociedad holding.
- (38) En la consulta vinculante antes mencionada, la DGT reconoció que se apartaba de su interpretación inicial del artículo 12, apartado 5, del TRLIS en lo relativo a su aplicación a adquisiciones indirectas de participaciones. Como consecuencia de ello, la DGT modificó el criterio en el que había basado sus respuestas anteriores a las consultas formuladas por empresas españolas sobre esta cuestión.
- (39) Además, en una resolución de 26 de junio de 2012²², el TEAC se alineó con la posición adoptada por la DGT en relación con la aplicación del artículo 12, apartado 5, del TRLIS a las adquisiciones indirectas de participaciones. Aunque la resolución se refería a otro asunto y la empresa en cuestión era una distinta de la afectada por la mencionada consulta vinculante de la DGT de 21 de marzo de 2012, el TEAC reconoció que había modificado su doctrina anterior al ampliar la aplicación de la deducción del fondo de comercio financiero a las adquisiciones indirectas de participaciones que resultaban de una adquisición directa de participaciones en una sociedad holding.
- (40) El TEAC también reconoce haberse apartado de su doctrina anterior. Según el tribunal, esta se sustentaba en la obligación contenida en el artículo 15 del Real Decreto 1777/2004²³, que se refería exclusivamente a la sociedad adquirida directamente. Sin embargo, dada la controversia en torno a la interpretación del artículo 12, apartado 5, del TRLIS y habida cuenta de las dos Decisiones adoptadas por la Comisión Europea, el TEAC se vio obligado a reconsiderar su anterior doctrina. En esencia, las razones aducidas por la DGT y el TEAC pueden resumirse como sigue:

²⁰ Véase la Resolución del TEAC de 3 de noviembre de 2011; R.G. 2842-09.

²¹ Véase también la consulta vinculante CV5615-12, de 25 de octubre de 2012, que sigue la misma línea de razonamiento.

²² Resolución del TEAC de 26 de junio de 2012; R.G. 00/3637/2010 y R.G.: 00/1439/2011.

²³ Real Decreto 1777/2004, de 30 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Impuesto sobre Sociedades.

- a) En primer lugar, la DGT y el TEAC se remiten al artículo 21, apartado 1, letra c), del TRLIS, para esgrimir que las adquisiciones indirectas también pueden acogerse a la deducción del artículo 12, apartado 5, del TRLIS. En opinión del TEAC y de la DGT, el requisito del ejercicio de una actividad económica puede cumplirse si la entidad operativa se encuentra también en segundos o ulteriores niveles. En particular, la DGT y el TEAC se remiten al artículo 21, apartado 1, letra c), segundo punto, del TRLIS, en el que se establece explícitamente que el precepto también se aplicará a los dividendos derivados de participaciones directas o indirectas. La DGT y el TEAC concluyen que el hecho de que la sociedad esté situada en segundos o ulteriores niveles no debe ser un obstáculo para la aplicación de la deducción contemplada en el artículo 12, apartado 5, del TRLIS.
- b) En segundo lugar, la DGT y el TEAC hacen referencia a la lógica del precepto: dado que el artículo 12, apartado 5, del TRLIS tiene por objeto el fomentar la internacionalización y la inversión extranjera de las empresas españolas, iría en contra del espíritu de la disposición excluir de su ámbito de aplicación a las inversiones efectuadas por empresas españolas en sociedades holding no residentes. Por otra parte, la DGT y TEAC alegan que la realidad económica pone de manifiesto que la adquisición de participaciones en sociedades no residentes suele realizarse mediante la adquisición de una sociedad holding. El hecho de que se realice una inversión a través de la adquisición de participaciones en una sociedad holding es una circunstancia exógena que no depende de la empresa que adquiere la sociedad holding, sino de cómo está estructurado el mercado. La presencia de empresas intermedias, como las sociedades holding, no debería ser un obstáculo para la realización de inversiones, ni discriminar entre diferentes tipos de adquisiciones.
- c) En tercer lugar, la DGT y el TEAC alegan que en la redacción de la Primera y la Segunda Decisión de la Comisión se hacían constantes referencias tanto a las adquisiciones directas como a las indirectas. De la formulación de estas dos Decisiones, la DGT y el TEAC infieren que la Comisión Europea acepta la deducción del fondo de comercio financiero tanto para las adquisiciones directas de participaciones como para las indirectas.
- d) En cuarto lugar, la DGT reconoce asimismo que esta interpretación se hace a pesar de la obligación de facilitar información recogida en el artículo 15 del Reglamento de aplicación de la Ley del Impuesto sobre Sociedades²⁴. Este artículo solo exige que se proporcione información sobre la adquisición de la sociedad directamente adquirida para poder aplicar el artículo 12, apartado 5, del TRLIS. Si esta deducción también fuera aplicable a las adquisiciones indirectas, habría sido lógico incluir también las adquisiciones indirectas, en aras de una mayor transparencia. No obstante, ello no debe ser un elemento determinante para realizar una interpretación restrictiva del artículo 12, apartado 5, del TRLIS.

²⁴ Real Decreto 1777/2004, de 30 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Impuesto sobre Sociedades.

- e) Por último, con el fin de aplicar la deducción a las adquisiciones indirectas, es necesario convertir la participación indirecta en directa mediante una operación de concentración previa. Tratar de forma diferente desde un punto de vista fiscal una adquisición que da lugar a una combinación de empresas y una adquisición de participaciones que no se traduce en una combinación de empresas sería contrario al principio de neutralidad fiscal. La DGT y TEAC llegan a la conclusión de que la deducción también debe ser posible en distintos niveles de adquisición de participaciones. A este respecto, es necesario demostrar, a través de un balance consolidado o por cualquier otro medio de prueba admitido en derecho, que una parte del precio de adquisición de la participación se corresponde con el fondo de comercio financiero existente en una participación de una sociedad operativa adquirida «indirectamente».
- (41) Las dos resoluciones del TEAC 00/2842/2009 y 00/4871/2009 fueron recurridas ante la Audiencia Nacional. En su sentencia de 6 de febrero de 2014²⁵, la Audiencia Nacional no respaldó la nueva interpretación administrativa y confirmó los criterios iniciales utilizados por la DGT y TEAC, en virtud de los cuales las adquisiciones indirectas de participaciones que resultan de una adquisición directa de una participación en una sociedad holding están excluidas del ámbito de aplicación del artículo 12, apartado 5, del TRLIS. En su sentencia, la Audiencia Nacional considera que el fondo de comercio y, por tanto, el fondo de comercio financiero, solo puede aflorar en empresas operativas que desarrollen una actividad económica. Las sociedades holding son empresas cuyo objetivo principal es la tenencia de acciones de otras sociedades operativas. Debido a que las sociedades holding no desarrollan una actividad económica, no pueden generar fondo de comercio ni, por consiguiente, un fondo de comercio financiero.

3. MOTIVOS PARA LA INCOACIÓN DEL PROCEDIMIENTO

- (42) Por carta de 17 de julio de 2013, la Comisión informó a las autoridades españolas de que había decidido incoar el procedimiento previsto en el artículo 108, apartado 2, del Tratado en lo relativo a los efectos de la nueva interpretación administrativa del artículo 12, apartado 5, del TRLIS introducida por las autoridades españolas tras la adopción de la Primera y Segunda Decisiones.
- (43) En su Decisión de incoar el procedimiento de investigación formal, la Comisión consideró que esta nueva interpretación administrativa parecía ampliar el ámbito de aplicación de la medida que había sido objeto de la investigación de la Comisión en la Primera y Segunda Decisiones, puesto que ahora sería aplicable no solo al fondo de comercio financiero resultante de adquisiciones directas de participaciones en empresas no residentes sino también al derivado de adquisiciones indirectas.

²⁵ Véase la sentencia de la Audiencia Nacional; recurso 125/2011 de 6 de febrero de 2014.

- (44) La Comisión concluyó con carácter preliminar que la nueva interpretación administrativa había ampliado el ámbito de aplicación de un régimen que ya se declaró ayuda ilegal e incompatible, sin haber sido notificado a la Comisión, y que, por tanto, constituía ayuda ilegal. La Comisión expresó sus dudas en cuanto a si la ayuda podría considerarse compatible con el mercado interior.
- (45) La Comisión consideró con carácter preliminar que la ayuda debía ser recuperada y que la confianza legítima reconocida en la Primera y Segunda Decisiones no podía hacerse extensiva (retroactivamente) a situaciones (adquisiciones indirectas) que, con arreglo a la práctica administrativa consolidada de las autoridades españolas, no estaban incluidas en el ámbito de aplicación de la medida impugnada en el momento de la Primera y Segunda Decisiones.
- (46) La Comisión decidió emitir un requerimiento de suspensión de conformidad con el artículo 11, apartado 1, del Reglamento (CE) nº 659/1999²⁶ del Consejo, por el que se obligaba a las autoridades españolas a que suspendieran toda ayuda a la espera de una decisión definitiva de la Comisión.
- (47) La Decisión de incoación del procedimiento se publicó en el *Diario Oficial de la Unión Europea*²⁷. La Comisión invitó a las autoridades españolas y a las partes interesadas a que presentaran sus observaciones.

4. POSICIÓN DE LAS AUTORIDADES ESPAÑOLAS Y DE LOS TERCEROS INTERESADOS

- (48) La Comisión recibió observaciones de las autoridades españolas y cinco terceros interesados, a saber, Telefónica, Iberdrola, Santander, Abertis y AXA. Todas las partes interesadas apoyaron la postura de las autoridades españolas.
- (49) Ni las autoridades españolas ni los terceros interesados comparten la opinión de la Comisión de que la nueva interpretación administrativa supone nueva ayuda y consideran que la confianza legítima sería aplicable también en lo que respecta a las adquisiciones indirectas de participaciones que resultan de la adquisición directa de una participación en una sociedad holding.

A. CARÁCTER DE NUEVA AYUDA DE LA MEDIDA

- (50) Según las autoridades españolas y los cinco terceros interesados, la nueva interpretación administrativa no constituye nueva ayuda por las siguientes razones:

²⁶ DO L 83 de 27.3.1999, p. 1

²⁷ DO C 258 de 7.9.2013.

4.1. La interpretación administrativa inicial no es definitiva y no es una práctica administrativa sistemática ni relevante

- (51) Las autoridades españolas se remitieron a la interpretación administrativa inicial de la DGT, contenida en las consultas 1490-02, de 4 de octubre de 2002, y V 0391-05, de 10 de marzo de 2005, que autorizaba la deducción del fondo de comercio financiero con respecto a las adquisiciones directas de participaciones en sociedades holding no residentes, en la medida en que las rentas generadas por la sociedad no residente cumplieren las condiciones establecidas en el artículo 21 del TRLIS. Las autoridades españolas explicaron que el razonamiento que sustentaba su interpretación administrativa inicial del artículo 12, apartado 5, del TRLIS, tal como se refleja en las dos consultas, es que en la contabilidad individual de una sociedad holding no puede aflorar fondo de comercio alguno.
- (52) Las autoridades españolas y los terceros interesados alegan que la consulta vinculante no constituye una práctica administrativa relevante. Las consultas de la DGT no son fuente de Derecho y no son vinculantes ni para los órganos jurisdiccionales ni para los ciudadanos, pues solo obligan a la Administración tributaria. Este carácter vinculante implica que la Administración tributaria está obligada a utilizar los mismos criterios cuando exista una identidad de hechos y circunstancias entre los sujetos pasivos. Por otra parte, las autoridades españolas explicaron que la consulta 1490-02 no es vinculante para la Administración tributaria y tan solo tiene carácter informativo frente a terceros. La consulta V0391-05 es vinculante para la Administración tributaria. En caso de que existan discrepancias con respecto a los criterios establecidos en la consulta vinculante, el sujeto pasivo podría interponer recurso ante los órganos jurisdiccionales competentes. Por tanto, los órganos jurisdiccionales nacionales no están obligados a seguir los criterios establecidos en la consulta vinculante.
- (53) Según las autoridades españolas, la Comisión se equivoca al afirmar en la Decisión de incoación que «la nueva interpretación del Ministerio de Hacienda fue confirmada por la resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central (TEAC) de 26 de junio de 2012». La DGT y el TEAC son instituciones independientes: la DGT forma parte de la Administración y el TEAC ha sido calificado como un órgano jurisdiccional por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea²⁸. El TEAC supervisa la aplicación de la legislación tributaria y establece la doctrina y los criterios que ha aplicar el resto de la Administración. Los terceros interesados afirman que el TEAC no es un órgano jurisdiccional, sino una entidad integrada en la Administración tributaria, dependiente del Ministerio de Hacienda. Sostienen también que la doctrina del TEAC no forma parte del ordenamiento jurídico. Aunque su doctrina es vinculante para la Administración tributaria, está sujeta al control de instancias judiciales posteriores.

²⁸

Véanse los asuntos acumulados C-110/98 y C-147/98 «Galbalfria y otros».

- (54) Las autoridades españolas y los terceros interesados sostienen que las consultas vinculantes y los criterios en ellas contenidos no son firmes y siempre pueden ser objeto de modificaciones, en la medida en que puedan estar objetivamente justificadas. A este respecto, las autoridades españolas se remiten al artículo 89 de la Ley nº 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, que establece los efectos jurídicos de las interpretaciones en materia tributaria:
- a) La contestación a una solicitud de interpretación de las disposiciones fiscales tendrá efectos vinculantes para la Administración tributaria.
 - b) En la medida en que la legislación o la jurisprudencia aplicable al caso no se haya modificado, los criterios contenidos en la interpretación tributaria se aplicará al obligado tributario.
 - c) Los órganos de la Administración tributaria encargados de la aplicación de los tributos deben aplicar los criterios contenidos en las consultas tributarias, siempre que exista identidad respecto a los hechos y circunstancias entre el obligado tributario y el destinatario de la consulta vinculante.
- (55) Asimismo, los terceros interesados afirman que la interpretación administrativa inicial no puede definirse como práctica consolidada de la Administración tributaria. Según algunos de los terceros interesados, solo consiste en cuatro consultas y una resolución del TEAC²⁹. Es más, algunos de los terceros interesados alegan que, antes de la consulta de la DGT y la resolución del TEAC de 2012, la interpretación administrativa venía siendo modificada de forma progresiva por una resolución del TEAC de 1 de junio de 2010 y una sentencia de la Audiencia Nacional de 13 de octubre de 2011. La cuestión analizada en la resolución del TEAC y la sentencia de la Audiencia Nacional se refería a la aplicación del artículo 12, apartado 5, del TRLIS a las adquisiciones de participaciones intragrupo. La sentencia de la Audiencia Nacional de 13 de octubre de 2011 fue confirmada por el Tribunal Supremo español en una sentencia de 24 de junio de 2013.
- (56) Las autoridades españolas afirman que no se denegaron sistemáticamente las solicitudes presentadas por las empresas relativas a la deducción del fondo de comercio financiero de las adquisiciones indirectas de participaciones, tal y como indicó la Comisión en la Decisión de incoación de 2013. No se procedió a una denegación sistemática porque el sistema de recaudación fiscal no requiere que el obligado tributario solicite la aplicación del artículo 12, apartado 5, del TRLIS. El sistema de recaudación del impuesto de sociedades se basa en la autoliquidación en virtud de la cual el obligado tributario debe seguir todas las operaciones fiscales, como la interpretación de la norma, la cualificación de las operaciones fiscales y el cálculo del importe del impuesto final adeudado. La Administración tributaria no interviene en este proceso. No obstante, las operaciones de autoliquidación pueden ser objeto de supervisión y control por la Administración tributaria, la cual determinará, en último término, la liquidación que proceda.

²⁹ Consultas 1490-02, V0391-05, V1316-05 y V2245-06; resolución nº 4871-09 del TEAC, de 17 de septiembre de 2011.

(57) Las autoridades españolas y los terceros interesados afirman que, a pesar de la interpretación administrativa inicial de la DGT, las empresas españolas venían aplicando la deducción del fondo de comercio financiero a las adquisiciones indirectas de participaciones. Según las autoridades españolas, aquellos sujetos pasivos que creían tener derecho a aplicar el artículo 12, apartado 5, del TRLIS a las adquisiciones indirectas, lo aplicaron. La existencia de una interpretación diferente de la DGT no suponía un impedimento para su aplicación: por una parte, aquellos sujetos pasivos que no fueron objeto de una inspección fiscal confirmaron *de facto* sus criterios una vez transcurrido el plazo de prescripción de cuatro años; por otra parte, los sujetos pasivos que fueron objeto de una inspección fiscal pudieron recurrir los criterios establecidos por la DGT en instancias posteriores.

4.2. La nueva interpretación administrativa no constituye una modificación sustancial del ámbito de aplicación del artículo 12, apartado 5, del TRLIS

(58) Tanto las autoridades españolas como los terceros interesados afirman que el artículo 12, apartado 5, del TRLIS no ha sido objeto de modificaciones sustanciales y que la interpretación administrativa sobre el ámbito de aplicación de una disposición no puede considerarse una modificación de la ayuda. El hecho de que la interpretación administrativa haya sido modificada por la DGT no afecta al ámbito de aplicación del artículo 12, apartado 5, del TRLIS.

(59) Las autoridades españolas y los terceros interesados afirman que el ámbito de aplicación no ha sido modificado por la nueva interpretación administrativa porque el artículo 12, apartado 5, del TRLIS ya hacía referencia al artículo 21 del TRLIS, que menciona en su apartado 1a) las adquisiciones directas e indirectas de participaciones de, al menos, el 5 %. Tal requisito no se ha alterado desde la introducción del artículo 12, apartado 5, del TRLIS en la legislación española relativa al impuesto sobre sociedades.

a) *Método de cálculo del fondo de comercio financiero*

(60) Uno de los terceros interesados pone en tela de juicio la afirmación realizada por la Comisión en la Decisión de incoación de que una serie de supuestos no contemplados inicialmente por la medida pasaron a incluirse en el ámbito de aplicación del artículo 12, apartado 5, del TRLIS. El tercero interesado considera que las adquisiciones de participaciones de sociedades holding siempre han cumplido los criterios objetivos para la aplicación de esta medida y que la controversia de la aplicación del artículo 12, apartado 5, del TRLIS se reduce a la discrepancia en el método de cálculo que debe aplicarse. El interesado considera que la comprensión de este asunto es fundamental para el caso que nos ocupa.

(61) El tercero interesado alega que las normas de consolidación contable justificaban una interpretación radicalmente distinta de la adoptada inicialmente por la DGT y el TEAC. Con arreglo a las normas de consolidación contable, el fondo de comercio financiero debe calcularse aplicando el método de integración global, que exige que todos los activos y pasivos de todas las empresas dependientes propiedad de una determinada entidad sean tratados como si fueran activos y pasivos de una entidad única. En virtud de este

principio, la participación de la sociedad holding en la filial operativa se elimina y el valor de dicha participación se sustituye en el balance de la sociedad holding por el valor de mercado de los activos y pasivos de la entidad operativa. Así pues, una vez que los activos se incorporen a los de la sociedad holding, se imputa una reserva en el balance consolidado de la sociedad holding por un importe igual a la diferencia entre el valor de mercado de los activos de la filial operativa y su valor contable. Así pues, la diferencia entre el precio pagado por la participación en el capital de la sociedad holding y el patrimonio neto de la sociedad holding tras haber consolidado plenamente los activos de su filial operativa se imputa como fondo de comercio financiero perteneciente a la sociedad holding.

(62) Con arreglo a este método de cálculo, los activos de la sociedad holding y la sociedad operativa se tratarían como si fueran activos de una sola entidad. Por lo tanto, la sociedad holding podría deducir el fondo de comercio financiero con arreglo a lo dispuesto en el artículo 12, apartado 5, del TRLIS.

b) *Razones que justifican el cambio de la interpretación administrativa inicial*

(63) Las autoridades españolas y los terceros interesados también reconocen que la DGT y el TEAC se apartaron de su práctica anterior, según la cual solo era posible aplicar el artículo 12, apartado 5, del TRLIS a las adquisiciones directas de participaciones en entidades operativas.

(64) Las autoridades españolas explicaron que la DGT y el TEAC justificaron el cambio de la interpretación administrativa inicial por las siguientes razones:

- a) En primer lugar, el artículo 12, apartado 5, del TRLIS se concibió como parte de un conjunto de medidas destinadas a fomentar el crecimiento económico y la internacionalización de las empresas españolas. Esta medida tenía la finalidad de favorecer la inversión española en el exterior. Por lo tanto, iría en contra del espíritu de la disposición excluir del ámbito de aplicación del artículo 12, apartado 5, del TRLIS a las inversiones efectuadas por empresas españolas en sociedades holding no residentes.
- b) En segundo lugar, el artículo 12, apartado 5, remite al artículo 21 del TRLIS en el que se hace referencia explícita a las adquisiciones directas e indirectas de participaciones. Por lo tanto, debe interpretarse que el artículo 12, apartado 5, del TRLIS comprende las adquisiciones indirectas de participaciones de sociedades no residentes a través de la adquisición directa de una participación en una sociedad holding no residente en la medida en que se cumplan las condiciones del artículo 21 del TRLIS.
- c) En tercer lugar, las dos Decisiones de la Comisión de 2009 y 2011 relativas a la amortización del fondo de comercio financiero se refieren a las adquisiciones de participaciones tanto directas como indirectas.
- d) En cuarto lugar, para poder aplicar la deducción a las adquisiciones indirectas es necesario convertir la participación indirecta en una participación directa mediante una operación previa de concentración. Dadas las dificultades de constituir combinaciones de empresas extranjeras, sería contrario al principio de neutralidad fiscal tratar de forma diferente,

desde el punto de vista fiscal, una adquisición que da lugar a una combinación de empresas y una adquisición de participaciones que no se traduce en una combinación de empresas. Por otra parte, el hecho de que se realice una inversión mediante la adquisición de participaciones de una sociedad holding es una circunstancia exógena que no depende de la empresa que adquiere la sociedad holding, sino más bien de cómo está estructurado el mercado.

- c) ***Referencias a las adquisiciones indirectas en la Primera y Segunda Decisiones, preguntas parlamentarias y el comunicado de prensa de la Decisión de incoar el procedimiento de 2007***
- (65) Las autoridades españolas y los terceros interesados afirman que la nueva interpretación administrativa, tal como se establece en la consulta vinculante V 0608-12, de 21 de marzo de 2012, y en la resolución del TEAC de 26 de junio de 2012, es coherente con la Primera y Segunda Decisiones. Ello se refleja en dos aspectos:
- a) En primer lugar, las dos Decisiones de la Comisión hacen referencia a las adquisiciones directas e indirectas en varias ocasiones. Ambas Decisiones consideran ayuda ilegal la deducibilidad del fondo de comercio financiero tanto para la adquisición directa como indirecta de participaciones. Las autoridades españolas y los terceros interesados citan una serie de apartados de la Primera y Segunda Decisiones en los que se hace referencia a las adquisiciones directas e indirectas, a saber, los apartados 21, 167, 170 y 175 de la Primera Decisión y el artículo 1 de la Primera y Segunda Decisiones.
 - b) En segundo lugar, parecía que la Comisión no consideraba pertinente la interpretación administrativa, ya que no se mencionaba ni en la Primera ni en la Segunda Decisión.
- (66) Además, las autoridades españolas indican que el 26 de marzo de 2007 los servicios de la Comisión enviaron una carta de servicio, antes de la apertura del procedimiento de investigación formal, en la que se señalaba que la interpretación administrativa del artículo 12, apartado 5, del TRLIS parecía demasiado restrictiva.
- (67) Las autoridades españolas alegan que la Administración tributaria y la DGT respetaron los principios de interpretación coherente con el Derecho de la Unión, del efecto directo y de primacía del Derecho de la Unión a la hora de adoptar la consulta V 0608-12, de 21 de marzo, y la resolución del TEAC de 26 de junio de 2012. Las autoridades, los jueces o la administración nacionales deben aplicar siempre el Derecho nacional de conformidad con el Derecho de la Unión, y están obligados a cumplir el principio de cooperación leal, establecido en el artículo 4 del Tratado.
- (68) Dado que las decisiones adoptadas por la Comisión Europea tienen carácter vinculante para su destinatario, la DGT y el TEAC tuvieron que modificar sus criterios administrativos en relación con la interpretación del artículo 12, apartado 5, del TRLIS. Por lo tanto, la consulta vinculante y la resolución del TEAC eran plenamente coherentes con el tenor y el ámbito de aplicación de las dos Decisiones de la Comisión, no estando sujeto a recuperación el fondo de comercio financiero resultante de las adquisiciones directas e indirectas que se llevaron a cabo durante el período en el que la Comisión

reconoció la existencia de confianza legítima para los beneficiarios y que cumplían las condiciones específicas incluidas en la Primera y Segunda Decisiones.

- (69) Las autoridades españolas y los terceros interesados afirman que, al aplicar la jurisprudencia del Tribunal de Justicia en los asuntos Kahla³⁰ y Namur - Les Assurances de Credit³¹ al presente asunto, la Comisión llega a una conclusión errónea. La sentencia Kahla afirma que toda información complementaria solicitada por la Comisión con el fin de aclarar el ámbito de aplicación de una medida de ayuda forma parte del régimen de ayudas notificado. Según las autoridades españolas, a pesar de que la Comisión ya tenía conocimiento de la interpretación administrativa que excluía a las adquisiciones indirectas de la aplicación del artículo 12, apartado 5, del TRLIS, la Comisión no hace referencia a ella ni en la Primera ni en la Segunda Decisión. Es más, a pesar de tener conocimiento de la interpretación administrativa, la Comisión mencionó las adquisiciones directas e indirectas en ambas Decisiones. Los terceros interesados alegan que nunca tuvieron conocimiento de la comunicación entre la Comisión y las autoridades españolas, en la que se indicaba que, en la práctica, el fondo de comercio financiero solo podría ser aplicable con respecto a una adquisición directa de participaciones.
- (70) En la sentencia Namur - Les Assurances el Tribunal establece que solo las modificaciones que introducen cambios sustanciales en un régimen de ayudas están sujetas a notificación adicional. Según las autoridades españolas, no existe ni una modificación de una medida de ayuda existente ni una nueva ayuda cuando no se han modificado ni las disposiciones legales que originariamente contenían la medida de ayuda, ni sus límites o modalidades. Por lo tanto, de la sentencia del Tribunal puede deducirse que, puesto que no se han modificado ni las disposiciones legales controvertidas [artículo 12, apartado 5, del TRLIS y artículo 21, apartado 1, letra a), del TRLIS] ni sus modalidades o límites, la nueva interpretación no pueden calificarse como nueva ayuda.
- (71) Por otra parte, las autoridades españolas y los terceros interesados afirman que en la Primera y Segunda Decisiones la Comisión reconoció que las preguntas parlamentarias formuladas por algunos miembros del Parlamento Europeo dieron lugar a la apertura del procedimiento de investigación formal. Estas preguntas parlamentarias se referían en su mayor parte a las adquisiciones indirectas, es decir, las adquisiciones de participaciones en sociedades holding no residentes, que al mismo tiempo ostentaban participaciones en entidades operativas no residentes. Ejemplos de estas adquisiciones fueron la compra de O2 por Telefónica, de Scottish Power Ltd por Iberdrola y de Abbey National Bank por el Banco Santander. Por lo tanto, la Comisión era consciente de que el artículo 12, apartado 5, del TRLIS también abarcaba a las adquisiciones indirectas.
- (72) Además, las autoridades españolas y los terceros interesados afirman que el comunicado de prensa por el que la Comisión informó de la incoación del procedimiento de investigación formal en 2007 hacía referencia a las preguntas parlamentarias que citaban

³⁰ Véase la sentencia de 16 de diciembre de 2010, en el asunto C-537/08P Kahla Thüringen Porzellan GmbH/Comisión.

³¹ Véase la sentencia de 9 de agosto de 1994, en el asunto C-44/93, Namur — Les Assurances du Crédit/Comisión.

algunas de estas transacciones, especialmente la adquisición de O2 por Telefónica, la de Scottish Power Ltd por Iberdrola y las ofertas de Sacyr, Abertis y Cintra en relación con una concesión de autopistas en Francia. Por otro lado, Iberdrola alega que la Comisión autorizó la fusión³² de Iberdrola y Scottish Power y, por esta razón, esta última no podía ignorar que Iberdrola había adquirido acciones de una sociedad holding con filiales operativas.

d) Principios de igualdad de trato, no discriminación y neutralidad fiscal

- (73) Las autoridades españolas y algunos de los terceros interesados consideran que los principios de igualdad de trato y no discriminación exigen que situaciones de hecho comparables no sean tratadas de manera diferente y que no se traten de manera idéntica situaciones de hecho diferentes, a menos que tal diferenciación esté objetivamente justificada.
- (74) Las autoridades españolas y algunos de los terceros interesados afirman que la adquisición indirecta de una participación en entidades operativas no residentes que sea el resultado de una adquisición directa anterior de una participación de una sociedad holding es comparable a una adquisición directa de una participación en una entidad operativa. Por lo tanto, las conclusiones alcanzadas en la Primera y Segunda Decisiones deben ser aplicables tanto a las adquisiciones directas como a las indirectas. Esto implicaría que la consulta vinculante que abarca a las adquisiciones indirectas también debe ser declarada ayuda ilegal e incompatible y, automáticamente, la Comisión debe reconocer la existencia de confianza legítima respecto de las adquisiciones indirectas de participaciones realizadas entre el 1 de enero de 2002 y el 21 de diciembre de 2007 (21 de mayo de 2011) con arreglo a las condiciones establecidas en el artículo 1 de la Primera y Segunda Decisiones.
- (75) Los terceros interesados se refieren también al principio de neutralidad fiscal. Este principio exige un trato igualitario para toda inversión, independientemente de los medios utilizados para llevarla a cabo. En el caso de la adquisición indirecta de participaciones, el fondo de comercio financiero solo puede proceder de estas si la adquisición indirecta se convierte en directa a través de una operación de concentración mediante la cual la sociedad residente adquiera la no residente. Dadas las dificultades de las combinaciones internacionales de empresas, no debería ser necesario llevar a cabo una operación de fusión con una entidad operativa no residente para que aflore el fondo de comercio financiero. Por la misma razón, no debería ser necesario llevar a cabo una operación de fusión multinivel entre la empresa matriz y la sociedad holding no residente, que al mismo tiempo se fusionara con su filial operativa. Por lo tanto, dentro de la lógica del principio de neutralidad fiscal, habría que concluir que el artículo 12, apartado 5, del TRLIS abarca tanto a las adquisiciones directas como a las indirectas.

³²

Operación de concentración COMP M. 4517 — Iberdrola/Scottish Power.

e) ***La interpretación administrativa no tiene efectos retroactivos***

- (76) Las autoridades españolas y los terceros interesados también cuestionan lo declarado en la Decisión de incoación de 2013 en relación con los efectos retroactivos de la interpretación administrativa. Según las autoridades españolas, solo existe retroactividad en relación con las disposiciones legales o actos jurídicos que acarrear consecuencias jurídicas para terceros. Según el Tribunal Supremo, una interpretación administrativa, como puede ser la contestación a una consulta tributaria, no es un acto jurídico, sino un mero acto procedimental. Las consultas tributarias no pueden ser recurridas por el obligado y su finalidad es puramente informativa. Puesto que no pueden dar lugar a efectos jurídicos, no pueden tener efecto retroactivo. Los terceros interesados coinciden en que no existe una aplicación retroactiva de la medida. En primer lugar, las interpretaciones tributarias son presentadas por el sujeto pasivo en relación con los impuestos que aún no han sido liquidados. En segundo lugar, muchos de los sujetos pasivos no tuvieron en cuenta los criterios iniciales incluidos en la consulta vinculante y aplicaron la deducción del fondo de comercio financiero contemplada en el artículo 12, apartado 5, del TRLIS a las adquisiciones indirectas de participaciones.

B. CONFIANZA LEGÍTIMA, SEGURIDAD JURÍDICA Y PRINCIPIO DEL ESTOPPEL (O DE LOS ACTOS PROPIOS)

- (77) Según las autoridades españolas, en el caso de que la Comisión determine que la nueva consulta vinculante relativa al artículo 12, apartado 5, del TRLIS es una nueva ayuda ilegal, las mismas conclusiones expuestas en el artículo 1 de la Primera y Segunda Decisiones con respecto a la confianza legítima deben ser también aplicables a las adquisiciones indirectas de participaciones.
- (78) Las autoridades españolas invocan el artículo 14, apartado 1, del Reglamento (CE) nº 659/1999 del Consejo para alegar que no se proceda en el presente caso a la recuperación de las ayudas por la existencia de confianza legítima. De acuerdo con dicho precepto, la Comisión no exigirá la recuperación de la ayuda si ello fuera contrario a un principio general del Derecho comunitario
- (79) De acuerdo con las autoridades españolas y los terceros interesados, los siguientes actos de la Comisión sustentaron la creación de confianza legítima en los beneficiarios de la ayuda:
- a) La Comisión ha generado una nueva confianza legítima para los operadores que hayan llevado a cabo adquisiciones indirectas de participaciones, y que cumplen las condiciones establecidas en las dos Decisiones de la Comisión, debido a las constantes referencias a las adquisiciones indirectas tanto en la Primera como en la Segunda Decisión. En efecto, el reconocimiento de la confianza legítima en la Primera Decisión (apartados 164 a 167) y en la segunda Decisión (apartados 190 a 193) se refería tanto a las adquisiciones directas como a las indirectas.

- b) Las respuestas dadas por la Comisión a las preguntas escritas de los diputados del PE, Sres. Erik Meijer y David Martín y Sra. Sharon Bowles³³, sobre si la medida en cuestión debía calificarse como ayuda, hacían referencia explícitamente a la adquisición de O2 por Telefónica, las pujas de Abertis, Cintra y Sacyr en relación con las autopistas francesas y la adquisición de Scottish Power por Iberdrola. En la Primera y Segunda Decisiones se reconoce que las respuestas a estas preguntas parlamentarias generaron confianza legítima. Las autoridades españolas y los terceros interesados creen que estas respuestas no solo no limitan expresamente la aplicación del artículo 12, apartado 5, del TRLIS a las adquisiciones directas, sino que además era presumible que se refirieran a las adquisiciones indirectas, dada la estructura de los grupos de empresas adquiridos. En particular, las autoridades españolas y los terceros interesados hacen referencia a la fusión de Iberdrola y Scottish Power, autorizada por la Comisión. Por consiguiente, las autoridades españolas y los terceros interesados consideran que la Comisión tenía conocimiento, sobre la base de la información facilitada a los servicios de la DG Competencia, que esta última adquisición era una adquisición indirecta de participaciones en una sociedad no residente que se deriva de una adquisición anterior de una sociedad holding. Por lo tanto, de las respuestas dadas a los diputados al Parlamento Europeo un operador económico prudente y diligente no podía inferir que solo se referían a las adquisiciones directas de participaciones.
- (80) En opinión de las autoridades españolas, la existencia de una anterior interpretación administrativa restrictiva del artículo 12, apartado 5, del TRLIS no afecta a la confianza legítima de aquellos beneficiarios que llevaron a cabo adquisiciones indirectas de participaciones. Ello se debe a que el artículo 12, apartado 5, del TRLIS es una disposición clara, contiene una referencia expresa a las normas de consolidación contable y tiene como finalidad el favorecer las inversiones españolas en el exterior en la medida en que exista una cierta influencia en la actividad de la entidad adquirida y que tenga un carácter productivo.
- (81) Según los terceros interesados, las comunicaciones internas entre la Comisión y las autoridades españolas en el marco del procedimiento de investigación formal no alteran la confianza legítima en relación con los beneficiarios de una medida de ayuda. Estos debates internos podrían provocar efectos jurídicos frente a terceros en caso de que se plasmaran de algún modo en el texto de las decisiones.
- (82) Los terceros interesados sostienen que la Comisión ha violado el principio del *estoppel*, en virtud del cual la Comisión no puede ir contra sus propios actos o medidas. En la Primera y Segunda Decisiones, la Comisión hizo referencia constantemente a las adquisiciones indirectas, por lo que no debe modificar la garantía inicial conferida en dicho acto jurídico, argumentando que la Administración tributaria ha modificado la interpretación del precepto.

³³ Las preguntas escritas E-4431/05 y E-4772/05.

- (83) Los terceros interesados también alegan que la Comisión infringe el principio de seguridad jurídica. No solo la Comisión hace referencia reiteradamente tanto a las adquisiciones directas como a las indirectas, sino que, además, en el texto de las dos Decisiones no hace mención de la consulta vinculante del artículo 12, apartado 5, del TRLIS. Los terceros interesados consideran que, del tenor de las Decisiones, un operador prudente y diligente habría creído que las adquisiciones indirectas estaban incluidas en el ámbito de aplicación del artículo 12, apartado 5, del TRLIS.

5. OBSERVACIONES DE ESPAÑA A LOS COMENTARIOS DE LOS TERCEROS INTERESADOS

- (84) Las autoridades españolas observan que todos los terceros interesados comparten la misma opinión y suscriben los argumentos presentados en sus observaciones.
- (85) Las autoridades españolas reiteran que la nueva interpretación administrativa de la DGT recogida en la consulta V0608/12, de 21 de marzo de 2012, y en la resolución del TEAC de 26 de junio de 2012 no constituye nueva ayuda. Ni las contestaciones a las consultas tributarias ni las resoluciones del TEAC surten efectos jurídicos.
- (86) La sentencia dictada por el Tribunal Supremo el 24 de junio de 2013 demuestra que la determinación del fondo de comercio financiero debe hacerse teniendo en cuenta las normas contables consolidadas, con independencia de que las sociedades adquiridas no residentes presenten cuentas consolidadas o cuentas individuales. Aunque el objeto de esta sentencia no fuese si el artículo 12, apartado 5, del TRLIS se aplica a las adquisiciones directas o a las indirectas, el hecho de que se deba hacer referencia a las normas contables significa que debe darse un trato similar para las adquisiciones directas y las indirectas a efectos del artículo 12, apartado 5, del TRLIS.
- (87) Los cinco terceros interesados señalan en sus observaciones que, en sus liquidaciones del impuesto sobre sociedades, han deducido el fondo de comercio financiero en lo que respecta a las adquisiciones indirectas. Por lo tanto, la nueva interpretación administrativa no ha afectado al ámbito de aplicación del artículo 12, apartado 5, del TRLIS.
- (88) La Comisión reconoció la existencia de confianza legítima en la Primera y Segunda Decisiones debido a las respuestas dadas a las preguntas escritas del Sr. Erik Meijer y de la Sra. Sharon Bowles. Las respuestas no sugieren que se limitaran a las adquisiciones directas. Por el contrario, las respuestas a estas preguntas parlamentarias se referían a determinadas adquisiciones indirectas.
- (89) Es más, el principio de confianza legítima tiene por objetivo proteger a los beneficiarios de una presunta ayuda estatal, no al Estado miembro. Por lo tanto, los beneficiarios de la ayuda (y no el Estado miembro) son quienes deben evaluar si las medidas adoptadas por la Comisión podrían dar lugar a la existencia de confianza legítima.
- (90) Con la incoación del actual procedimiento de investigación, la Comisión pretende revisar sus propios actos, lo que constituye una vulneración de los principios de seguridad jurídica y del *estoppel*.

- (91) Las autoridades españolas recuerdan a la Comisión que el carácter de ayuda del artículo 12, apartado 5, del TRLIS no es definitivo, ya que está sujeto a revisión por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

6. EVALUACIÓN DE LA MEDIDA

- (92) En la Primera y Segunda Decisiones, la Comisión llegó a la conclusión de que el artículo 12, apartado 5, del TRLIS constituía un régimen ilegal e incompatible tanto en lo que se refiere a las adquisiciones en el interior de la Unión como fuera de ella. En particular, la Comisión señaló que la medida controvertida, que permite a las empresas españolas deducir el fondo de comercio financiero resultante de la adquisición de participaciones de al menos un 5 % en una sociedad extranjera, constituía una ventaja selectiva, que no se justifica por la lógica del sistema tributario. Además, la medida no se considera compatible con el mercado interior³⁴. La Comisión se remite a la argumentación plasmada en estas Decisiones con el fin de demostrar que la medida en cuestión constituía una ayuda estatal ilegal e incompatible.
- (93) Las autoridades españolas no interpusieron recurso de anulación contra ninguna de las dos Decisiones. No obstante, sigue habiendo muchos litigios pendientes interpuestos por terceros interesados ante el Tribunal General³⁵.
- (94) La presente Decisión se refiere exclusivamente a los efectos de la nueva interpretación administrativa del artículo 12, apartado 5, del TRLIS, que fue introducida por las autoridades españolas tras la adopción de la Primera y Segunda Decisiones.

³⁴ Véanse los apartados 83 y siguientes de la Primera Decisión y los apartados 96 y siguientes de la Segunda Decisión.

³⁵ La Decisión C45/07 de 28 de octubre de 2009 dio pie a la interposición de numerosos litigios. En particular, la sentencia del Tribunal General de 8 de marzo de 2012, Iberdrola/Comisión, T 211/10; los autos del Tribunal general de 21 de marzo de 2012, BBVA/Comisión, T-225/10; Telefónica/Comisión, T-228/10; Ebro/Puleva / Comisión, T-234/10 y Modelo Continente/Comisión T-174/11; y el auto de 29 de marzo de 2012, AEB/Comisión T236/10. Sentencia del Tribunal de Justicia de 19 de diciembre de 2003 Telefónica / Comisión C 274/12P. Siguen pendientes ante el Tribunal General los asuntos T 207/10 Deutsche Telekom/Comisión, T 219/10 Autogrill/Comisión y T-227/10 Banco Santander/Comisión. La Decisión C-45/07 de 12 de enero de 2011 también dio pie a abundantes litigios. En particular, los autos del Tribunal General de 5 de junio de 2012, Iberdrola/Comisión, T-431/1, el auto de 13 de diciembre de 2012, Cementos Molins/Comisión, T-424/11; auto de 10 de junio de 2013, Barloworld/Comisión, T-459/11; el auto de 9 de septiembre de 2013 en relación con los asuntos BBVA/Comisión, T-429/11; Telefónica/Comisión, T-430/11; Altadis/Comisión T-400/11; y Telefónica/Comisión T430/11. Siguen pendientes ante el Tribunal General los asuntos Sigma/Comisión, T-239/11; Banco Santander/Comisión, T-399/11; Axa/Comisión T-405/11; y Prosegur/Comisión, T-406/11. Los siguientes recursos siguen pendientes ante el Tribunal de Justicia: BBVA/Comisión, C-587/13P; y Telefónica/Comisión C-588/13P.

A. CARÁCTER DE NUEVA AYUDA DE LA MEDIDA

- (95) El objetivo de la Primera y Segunda Decisiones era evaluar la compatibilidad con el mercado interior de un régimen español tal como fue presentado por las autoridades españolas durante el procedimiento administrativo que condujo a la adopción de la Primera y Segunda Decisiones. Estas Decisiones declararon ayuda ilegal e incompatible el régimen «aplicado ilegalmente por España» (artículo 12, apartado 5, del TRLIS)³⁶.
- (96) Es jurisprudencia reiterada que el ámbito de aplicación de una decisión se ha de determinar no solo por referencia a su tenor literal sino también teniendo en cuenta el régimen de ayudas tal como lo describe el Estado miembro³⁷. En el asunto Kahla Thüringen, el Tribunal sostuvo que todo requerimiento de información adicional presentado por la Comisión que aspire a aclarar el ámbito de aplicación de un régimen de ayudas y la respuesta dada al mismo por los Estados miembros han de considerarse parte indivisible del régimen de ayudas³⁸.
- (97) Las autoridades españolas habían explicado en una carta de 4 de junio de 2007³⁹ que la práctica administrativa relevante solo autorizaba la deducción de fondo de comercio financiero en relación a las adquisiciones directas de participaciones en sociedades operativas.
- (98) Esta práctica también se evidencia en las interpretaciones administrativas de la DGT y el TEAC vigentes de 2002 a 2012. A pesar de la redacción de las disposiciones pertinentes del TRLIS, en el momento de la adopción de la Primera y Segunda Decisiones, la DGT y el TEAC aplicaban de forma sistemática y constante el artículo 12, apartado 5, del TRLIS exclusivamente a las adquisiciones directas de participaciones en sociedades operativas. Esta interpretación había estado vigente desde el 1 de enero de 2002, cuando el artículo 12, apartado 5, del TRLIS entró en vigor.
- (99) Por otra parte, la nueva interpretación administrativa del artículo 12, apartado 5, del TRLIS, introducida por las autoridades españolas en marzo de 2012, ha ampliado el ámbito de aplicación de dicho precepto, puesto que la medida ahora sería aplicable no solo al fondo de comercio financiero resultante de adquisiciones directas de participaciones en sociedades no residentes, sino también al fondo de comercio financiero

³⁶ Resulta evidente que la cuestión de la confianza legítima se limita al ámbito de aplicación de la medida, la cual fue calificada como ayuda ilegal e incompatible por las dos Decisiones. En efecto, el objetivo del reconocimiento de la confianza legítima por una decisión no puede ni debe resultar de la extensión del ámbito de aplicación de una ayuda ilegal y incompatible, que ya había sido examinada, sino una limitación al alcance de la obligación de recuperación.

³⁷ Véase la sentencia de 16 de diciembre de 2010, en el asunto C-537/08P Kahla Thüringen Porzellan GmbH / Comisión, apartado 44 y siguientes; véase también la sentencia en el asunto C-138/09 Todaro Nunziatina Rec. 2010, apartado 31.

³⁸ Véase la sentencia of 16 de diciembre de 2010 en el asunto C-537/08P Kahla Thüringen Porzellan GmbH / Comisión, apartado 45.

³⁹ Véase la carta de 4 de junio de 2007 en respuesta a un requerimiento de información de la Comisión de 26 de marzo de 2007.

resultante de adquisiciones indirectas de participaciones en sociedades no residentes a través de la adquisición de participaciones en una sociedad holding.

- (100) Cabe señalar que lo relevante en el asunto que nos ocupa no es determinar si la ayuda puede ser calificada como ayuda existente. La Primera y la Segunda Decisión ya concluyeron que la medida objeto de examen (Artículo 12, apartado 5, del TRLIS tal y como era aplicado por las autoridades españolas) constituía ayuda ilegal e incompatible. Por lo tanto, la nueva interpretación administrativa no podía en ningún caso constituir una ayuda existente. Por el contrario, lo que es relevante en el asunto en cuestión es determinar si el ámbito de aplicación de la Primera y segunda Decisión también abarcaba adquisiciones indirectas de participaciones que resultaban de una adquisición directa de participaciones de una sociedad holding.
- (101) Por las razones que se exponen a continuación, la Comisión considera que ninguno de los argumentos presentados por las autoridades españolas y los terceros interesados demuestra que la medida no constituye nueva ayuda.

6.1. La interpretación administrativa no es firme y no constituye una práctica administrativa relevante ni sistemática

- (102) Con el fin de apoyar su tesis de que la medida no constituiría nueva ayuda, las autoridades españolas y los terceros interesados afirman que la interpretación administrativa inicial no era firme, ya que podía ser objeto de recurso ante instancias judiciales superiores.
- (103) Dichos argumentos son irrelevantes para la presente decisión. La Comisión, en la Primera y Segunda Decisión, examinó el régimen de ayudas tal y como era aplicado por las autoridades españolas. El hecho de que el régimen de ayudas pudiese ser modificado o alterado en el futuro (bien sea por la administración o bien por los órganos judiciales), no tiene consecuencias sobre el ámbito de aplicación de la investigación ni, por ende, sobre el ámbito de aplicación de las decisiones.
- (104) En cualquier caso, las alegaciones de las autoridades españolas han de ser rechazadas por las siguientes razones adicionales:
- (105) En lo relativo al argumento de que la interpretación administrativa no constituía una práctica consolidada y relevante de la Administración tributaria, la Comisión observa que todas las consultas vinculantes de la DGT y las resoluciones del TEAC facilitadas por las autoridades españolas evidencian un enfoque sistemático y coherente a la hora de excluir del ámbito de aplicación del artículo 12, apartado 5, del TRLIS las adquisiciones indirectas de participaciones que sean el resultado de una adquisición directa de participaciones en una sociedad holding.
- (106) Las autoridades españolas y los terceros interesados asimismo afirman que la consulta vinculante inicial no es una práctica administrativa relevante y firme, dado que no es una fuente de derecho y siempre puede ser objeto de recurso ante los órganos jurisdiccionales competentes.

- (107) La Comisión considera que el hecho de que la consulta vinculante y las resoluciones del TEAC puedan ser objeto de recurso ante instancias judiciales superiores no implica que estas consultas —y, en particular, las resoluciones del TEAC— no produzcan efectos jurídicos para el obligado tributario. Según lo establecido en el artículo 89 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, las respuestas dadas en el contexto de una consulta tributaria tienen efectos vinculantes para la Administración tributaria. Esto significa que esta última está obligada a utilizar los mismos criterios cuando exista una identidad de hechos y circunstancias entre los sujetos pasivos. Por lo tanto, un operador prudente y diligente esperaría de la Administración tributaria un enfoque coherente en situaciones en las que exista identidad de hechos y circunstancias entre los sujetos pasivos.
- (108) Las autoridades españolas y algunos de los terceros interesados sostienen que la consulta vinculante inicial no es una práctica administrativa coherente, ya que los criterios que figuran en ella siempre puede ser objeto de modificaciones adicionales. No obstante, como han explicado las autoridades españolas, el artículo 89 de la Ley 58/2003 exige que se apliquen con coherencia los criterios contenidos en una interpretación administrativa, en la medida en que la jurisprudencia o la ley aplicable no los modifiquen. La Comisión observa que todas las consultas de la DGT y las resoluciones del TEAC demuestran que durante el período 2002-2012 hubo una práctica constante, la cual no fue modificada por la legislación ni por la jurisprudencia.
- (109) Las autoridades españolas y algunos de los terceros interesados sostienen que la interpretación administrativa fue modificada progresivamente por una resolución del TEAC de junio de 2010 y una sentencia de la Audiencia Nacional de 13 de octubre de 2011⁴⁰, la cual fue posteriormente confirmada por el Tribunal Supremo en una sentencia de 24 de junio de 2013⁴¹. La Comisión considera que las citadas sentencias no demuestran la existencia de una modificación en el tratamiento tributario de las adquisiciones indirectas de participaciones en lo relativo a la aplicación del artículo 12, apartado 5, del TRLIS. La resolución del TEAC y las sentencias de la Audiencia Nacional y el Tribunal Supremo se referían a adquisiciones de participaciones intragrupo, que es una cuestión distinta de la que nos ocupa. Ninguna de las dos sentencias se refiere expresamente a la cuestión de las adquisiciones indirectas de participaciones ni entran a valorar la existencia de fondo de comercio financiero como tal, dado que la existencia del fondo de comercio financiero ya había sido confirmada por el Tribunal *a quo* y quedaba al margen del ámbito de aplicación del recurso de casación. A tal respecto, la práctica administrativa de las autoridades tributarias españolas en el procedimiento de recuperación ha sido la de analizar en primer lugar el carácter directo o indirecto de las adquisiciones, independientemente de que sea adquisiciones intragrupo, a fin de determinar si conducen o no a ventajitas fiscales.

⁴⁰ Véase la sentencia de la Audiencia Nacional de 13 de octubre de 2011; recurso nº 432/2008.

⁴¹ Véase la sentencia del Tribunal Supremo de 24 de junio de 2013; RJ/2013/5335.

- (110) Las autoridades españolas y los terceros interesados también cuestionan la afirmación hecha por la Comisión en la Decisión de incoar el procedimiento, de 17 de julio de 2013, de que las deducciones del fondo de comercio financiero relativas a las adquisiciones indirectas de participaciones que figuran en las declaraciones fiscales fueron denegadas de manera sistemática. Las autoridades españolas y los terceros interesados afirman que no se podía denegar sistemáticamente la deducción, dado que el sistema español de recaudación de tributos se basa en un sistema de autoliquidación.
- (111) La Comisión considera que la existencia de un sistema de autoliquidación no elimina el carácter de nueva ayuda de la medida. El hecho de que el sistema de recaudación tributaria se base en la autoliquidación no garantiza la corrección, ni, en último término, la legalidad, de todas y cada una de las operaciones tributarias realizadas por el obligado. La Administración tributaria está facultada para verificar y supervisar las operaciones de autoliquidación realizadas por los sujetos pasivos. De hecho, como indicaron las autoridades españolas, si un sujeto pasivo que hubiera deducido el fondo de comercio financiero resultante de adquisiciones indirectas fuera objeto de una inspección fiscal, la Administración tributaria, que está obligada a aplicar los mismos criterios a la hora de enfrentarse a situaciones en las que exista identidad de hechos y circunstancias entre los sujetos pasivos, no habría aceptado la deducción del fondo de comercio financiero contenida en la declaración tributaria de la entidad. Por lo tanto, la existencia de un sistema fiscal de autoliquidación no contradice la tesis de la Comisión de que las solicitudes realizadas por las empresas en relación con la deducción del fondo de comercio financiero en el contexto de adquisiciones indirectas de participaciones fueron denegadas sistemáticamente.
- (112) Es más, el hecho de que algunos sujetos pasivos ignoraran la interpretación administrativa aplicable deduciendo el fondo de comercio financiero de las adquisiciones indirectas de participaciones es irrelevante a los efectos del presente análisis. Con arreglo a lo dispuesto en el artículo 89 de la Ley 58/2003, la Administración tributaria está obligada a utilizar los criterios contenidos en las interpretaciones tributarias cuando exista una identidad de hechos y circunstancias entre los sujetos pasivos. Por lo tanto, los sujetos pasivos que dedujeron el fondo de comercio financiero en relación con las adquisiciones indirectas y que fueron posteriormente objeto de inspección tributaria tendrían que corregir sus declaraciones tributarias.
- (113) En conclusión, las consultas de la DGT y las resoluciones del TEAC confirman que, en el momento de la Primera y Segunda Decisiones, e incluso después de su adopción (hasta marzo de 2012), la práctica administrativa constante de las autoridades españolas consistió en aplicar el régimen tributario en cuestión únicamente a las adquisiciones directas de participaciones en sociedades operativas no residentes, mientras que se denegaron de manera sistemática todas las deducciones fiscales relativas a las adquisiciones indirectas de participaciones que fueran el resultado de una adquisición directa de participaciones en una sociedad holding. Asimismo, la Comisión considera que la naturaleza autoliquidativa del sistema español de recaudación tributaria no cambia el hecho de que la nueva interpretación administrativa ha ampliado el ámbito de aplicación del artículo 12, apartado 5, del TRLIS.

6.2. La interpretación administrativa no constituye una modificación sustancial del ámbito de aplicación del artículo 12, apartado 5, del TRLIS

- (114) Tanto las autoridades españolas como los terceros interesados afirman que el artículo 12, apartado 5, del TRLIS no ha sido objeto de modificaciones sustanciales y que la interpretación administrativa relativa al ámbito de aplicación de un precepto no puede considerarse una modificación sustancial de la ayuda. Además, el hecho de que la interpretación administrativa haya sido modificada por la DGT y el TEAC no afecta al ámbito de aplicación del artículo 12, apartado 5, del TRLIS.
- (115) Sin embargo, no hay duda de que la extensión del ámbito de aplicación de la ventaja fiscal (lo que podría suponer la concesión de miles de millones de euros de ayuda estatal) a las adquisiciones indirectas de participaciones constituye una modificación sustancial del ámbito de aplicación del régimen de ayudas⁴².
- (116) Ciertamente, se ha producido una modificación en el método de cálculo del fondo de comercio financiero, que ha sido rediseñado para permitir la deducción del fondo de comercio financiero resultante de adquisiciones indirectas de participaciones de sociedades no residentes a través de la adquisición directa de participaciones de una sociedad holding. Esta modificación del método de cálculo ha ampliado claramente el ámbito de aplicación del artículo 12, apartado 5, del TRLIS.

6.2.1. Método de cálculo del fondo de comercio financiero

- (117) Las consultas de la DGT y la jurisprudencia del TEAC facilitadas por las autoridades españolas a la Comisión durante el procedimiento administrativo y de investigación formal demuestran que, desde la adopción del artículo 12, apartado 5, del TRLIS en 2002 y hasta 2012, existió una práctica administrativa constante que excluía del ámbito de aplicación del artículo 12, apartado 5, del TRLIS a las adquisiciones indirectas de participaciones que fueran el resultado de una adquisición directa de participaciones en una sociedad holding. Básicamente, la doctrina de la DGT y la jurisprudencia del TEAC justificaron su interpretación inicial basándose en el razonamiento siguiente:
- (118) El fondo de comercio es un activo intangible que aflora cuando una sociedad adquiere otra y equivale a la diferencia entre el precio de compra y el valor contable de su patrimonio neto. Como consecuencia de la realización de una actividad económica, se genera un activo intangible debido a la cartera de clientes, los conocimientos técnicos especializados, los recursos humanos, la situación geográfica y el prestigio de la empresa, lo que se traduce en un precio de compra más elevado que el establecido como valor contable. Por lo tanto, el fondo de comercio solo puede aflorar a raíz de una adquisición directa de una sociedad operativa, es decir, una empresa que lleve a cabo realmente una actividad económica. Por el contrario, el fondo de comercio no puede surgir de una

⁴² Cabe señalar que con la nueva interpretación, la DGT y el TEAC reconocieron un cambio de la interpretación administrativa inicial del artículo 12, apartado 5, del TRLIS, en lo relativo a la nueva posibilidad de aplicar dicho precepto a las adquisiciones indirectas de participaciones (véase la sección 2.3.2)

sociedad holding, cuyo objetivo principal es la tenencia de las acciones de filiales operativas⁴³.

- (119) Si el precio pagado por una participación en el capital de una empresa es superior a su valor contable, puede deberse a dos razones diferentes: 1) al valor intrínseco de los bienes y derechos de la entidad, o 2) a un sobreprecio pagado como consecuencia de la expectativa de obtener unos ingresos más elevados en el futuro. Esta última categoría corresponde al fondo de comercio financiero⁴⁴.
- (120) La DGT y el TEAC aplicaron el siguiente método en cuatro fases para calcular el importe del fondo de comercio financiero, a saber, la diferencia entre el precio de compra y el valor contable de la participación no imputable al patrimonio neto de la sociedad no residente:
- a) calcular la diferencia entre el precio de adquisición de la participación y su valor contable;
 - b) el valor contable debe reflejar la parte de los fondos propios que corresponda a la participación que la sociedad residente tiene en la sociedad no residente;
 - c) la diferencia entre el precio de adquisición de la participación y su valor contable debe imputarse a los activos de la sociedad no residente hasta el límite del valor de mercado de los activos en cuestión en función de los criterios establecidos en las normas de consolidación contable⁴⁵;
 - d) el remanente es el fondo de comercio financiero, que puede deducirse de la base imponible hasta un límite anual máximo de la veintava parte de su valor.
- (121) Con arreglo a este método de cálculo, si una empresa residente en España adquiere una participación en una sociedad holding no residente cuya actividad principal sea la tenencia de acciones y la gestión de activos de otras sociedades operativas, la diferencia entre el precio de compra y el valor contable del patrimonio neto de la sociedad holding debe imputarse como un activo de la sociedad holding hasta el límite del valor de mercado del activo en cuestión. Como los activos de la sociedad holding son las participaciones en el capital de filiales operativas no residentes, el valor de mercado de sus activos equivale al precio de adquisición de las acciones y, por lo tanto, no podría surgir fondo de comercio financiero. En virtud de esta interpretación, el fondo de comercio financiero solo puede aflorar a raíz de la adquisición directa de una sociedad operativa.
- (122) La consulta vinculante de la DGT de 21 de marzo de 2012 y la posterior resolución del TEAC de 26 de junio de 2012 ampliaron el ámbito de aplicación del artículo 12, apartado 5, del TRLIS a las adquisiciones indirectas de participaciones que sean el resultado de una adquisición directa de participaciones en una sociedad holding. Según las

⁴³ Véase la resolución del TEAC de 3 de noviembre de 2011; R.G.: 2842-09.

⁴⁴ Véase la resolución del TEAC de 26 de junio de 2012; R.G: 3637/2010 y 1439/2011.

⁴⁵ Según el TEAC, artículos 23 y 24 del Real Decreto 1815/1991

autoridades españolas y uno de los terceros interesados, debe aplicarse el método de cálculo del fondo de comercio financiero que se especifica a continuación.

- (123) En el caso de la adquisición indirecta de participaciones que sea el resultado de una adquisición directa de participaciones en una sociedad holding, es necesario llevar a cabo un ejercicio de consolidación de forma que pueda ser posible llevar el fondo de comercio generado en el segundo y ulteriores niveles al nivel de la sociedad holding. Esto se hace eliminando la inversión - fondos propios entre la sociedad adquirente y la adquirida. A tal efecto, el proceso de eliminación de inversión - fondos propios debe realizarse en diferentes fases, de conformidad con el artículo 30 del Real Decreto 1815/1991:
- a) En primer lugar, se eliminará la inversión - fondos propios a nivel de la sociedad que no tiene ninguna participación directa en el capital de otra entidad. La participación que la sociedad holding tiene en la sociedad operativa se elimina y el valor de dicha participación se sustituye en el balance de la sociedad holding por el valor de mercado de los activos de la filial operativa. En el balance de la sociedad holding surge una reserva de consolidación que asciende a la diferencia entre el valor de mercado de los activos de la sociedad operativa y su valor contable.
 - b) En segundo lugar, la eliminación de la inversión - fondos propios también debe llevarse a cabo en etapas posteriores, teniendo en cuenta para el cálculo del valor de los fondos propios, las reservas de consolidación que surgieron en fases anteriores.
- (124) El fondo de comercio financiero es la parte de la diferencia entre el precio de adquisición de la participación y el nuevo valor de los fondos propios de la sociedad holding tras la consolidación que no puede imputarse a los activos de la sociedad holding. Mediante la aplicación de este método de cálculo, los activos y pasivos de todas las filiales que sean propiedad de una sociedad holding son tratados como si fueran activos y pasivos de una sola empresa.
- (125) Por lo tanto, el nuevo método de cálculo contenido en las consultas de la DGT y las resoluciones del TEAC de 2012 exige una simulación⁴⁶ previa de un ejercicio de consolidación, a fin de estar en condiciones de llevar los activos de la sociedad operativa no residente (la que genera fondo de comercio) al nivel de la sociedad holding, siguiendo los pasos que figuran en el artículo 30 del Real Decreto 1815/1991. Esta simulación de un proceso de consolidación permite imputar a los bienes y derechos de la sociedad holding no residente la diferencia entre el precio de adquisición de la participación y su valor contable. La diferencia que queda sería el fondo de comercio financiero que se ha de deducir de la base imponible. En definitiva, este método de cálculo evita la compensación entre el precio de adquisición y el valor de mercado de los activos de la sociedad holding (acciones), lo cual impedía que surgiese un fondo de comercio financiero a nivel de la sociedad holding.

⁴⁶

La Comisión se remite a una simulación de un ejercicio de consolidación, dado que uno de los requisitos del artículo 21 del TRLIS es la adquisición de al menos una participación del 5 %. Este porcentaje no implica la consolidación con la sociedad adquirente.

- (126) La controversia sobre el cálculo del fondo de comercio financiero surge a raíz de la remisión que el artículo 12, apartado 5, del TRLIS hace a las normas de consolidación. Esta referencia no especifica cuáles son las normas o disposiciones específicas de consolidación contable que deben aplicarse para calcular el importe final del fondo de comercio financiero:

«La diferencia entre el precio de adquisición de la participación y su valor contable en la fecha de la adquisición se imputará a los bienes y derechos de la entidad no residente de conformidad con los criterios establecidos en el Real Decreto 1815/1991 por el que se aprueban las normas para formulación de las cuentas anuales consolidadas.» [el subrayado es nuestro].

- (127) En sus anteriores resoluciones, el TEAC aclaró que la referencia a las normas de consolidación contable solo se hizo con el fin de imputar la diferencia entre el precio de adquisición y el valor contable de la participación a los bienes y derechos de la entidad no residente⁴⁷ y que el artículo 12, apartado 5, del TRLIS no exige en realidad la consolidación contable. En una resolución del TEAC de 3 de noviembre de 2011 se indica que «la remisión que realiza el art. 12.5 de la LIS al RD 1815/1991 (Normas de consolidación) lo es únicamente a los efectos de realizar la imputación de la diferencia entre el precio de adquisición de la participación y su valor teórico contable a los bienes y derechos de la entidad participada.».
- (128) En particular, en el caso de adquisición de participaciones en una sociedad holding, el debate se centra en cómo determinar cuál es el valor contable que debe tenerse en cuenta a efectos de calcular el importe del fondo de comercio financiero: el valor contable resultante de las cuentas consolidadas o el valor contable resultante de las cuentas individuales. La disyuntiva puede llevar a un resultado muy diferente: por una parte, si se hace referencia al valor contable incluido en las cuentas individuales, no afloraría fondo de comercio financiero en el caso de la adquisición de participaciones en una sociedad holding; por otra parte, si se hace referencia al valor contable incluido en las cuentas consolidadas, en ese caso el fondo de comercio financiero afloraría a nivel de la sociedad holding.
- (129) De las resoluciones del TEAC cabe deducir que algunos sujetos pasivos ya solicitaron la deducción del fondo de comercio financiero resultante de participaciones adquiridas indirectamente y ubicadas en segundo o ulteriores niveles al instar a la Administración tributaria a considerar los valores de referencia incluidos en las cuentas consolidadas del grupo, en lugar de los que figuraban en las cuentas individuales. No obstante, la Comisión observa que, en sus consultas y resoluciones anteriores a 2012, la DGT y el TEAC sostuvieron repetidamente que el valor contable que se había de tener en cuenta debía ser el que figuraba en las cuentas individuales.

⁴⁷

Véase la resolución del TEAC 2842-09, de 3 de noviembre de 2011.

- (130) En particular, el TEAC alegó inicialmente que consolidación tributaria y consolidación contable no son equivalentes, como tampoco lo es el concepto de grupo consolidado a efectos tributarios y a efectos contables⁴⁸. A modo de ejemplo, el TEAC hace referencia a la forma en que la Ley española del impuesto sobre sociedades no tiene en cuenta los beneficios del grupo incluidos en los estados financieros consolidados, sino el total de los beneficios individuales incluidos en los estados financieros individuales. Ello es así porque los fines perseguidos por las normas contables y las normas tributarias son en último término diferentes: mientras que el objetivo de los estados financieros consolidados es informar de la situación económica y financiera de un grupo, desde el punto de vista tributario lo que es importante es determinar la capacidad económica del grupo que va a ser gravado⁴⁹. Considerar los estados financieros consolidados podría dar lugar a distorsiones en el cálculo de la base imponible. Por ejemplo, podría ocurrir que la inversión se hubiera realizado cuando la sociedad no formaba parte de un grupo; o a la inversa, que la inversión aún se reflejara en los estados consolidados incluso después de que la sociedad hubiera dejado de formar parte del grupo. Por lo tanto, aunque el artículo 12, apartado 5, del TRLIS no excluya explícitamente que se tenga en cuenta el valor contable reflejado en los estados consolidados, el valor contable al que se refiere debe ser el que esté incluido en las cuentas individuales de la sociedad adquirida no residente, pues, de no ser así, la disposición habría incluido una referencia explícita a las normas contables, como es el caso en otras disposiciones tributarias de la legislación española del impuesto sobre sociedades.
- (131) La Comisión considera que el método de cálculo del fondo de comercio financiero sobre el que se fundamentaban las interpretaciones administrativas constituye una parte inherente del artículo 12, apartado 5, del TRLIS, que define su ámbito de aplicación y sus efectos jurídicos. En efecto, el artículo 12, apartado 5, del TRLIS constituye, en sí mismo, un método de cálculo del fondo de comercio financiero: especifica los pasos que hay que dar para obtener el importe que constituye el fondo de comercio financiero. Es obvio que una modificación o alteración del presente método de cálculo, el cual implica una modificación sustancial de la ventaja tributaria derivada de dicha disposición, podría tener un impacto directo sobre los efectos jurídicos del precepto.
- (132) El método de cálculo inicial utilizado sistemáticamente por la DGT y el TEAC concluyó que el valor contable que debe tenerse en cuenta debe ser el reflejado en las cuentas individuales de la sociedad adquirida no residente. Por lo tanto, ningún fondo de comercio (y, por consiguiente, ningún fondo de comercio financiero) podría aflorar en el contexto de una adquisición indirecta de participaciones resultante de una adquisición directa de participaciones en sociedades holding no residentes. La práctica administrativa inicial solo permitía la deducción del fondo de comercio financiero derivado de la adquisición directa de participaciones en sociedades operativas.

⁴⁸ Véase la resolución del TEAC de 17 de febrero de 2011; R.G. 4871-09, 4872-09, 4873-09 y 4874-09.

⁴⁹ Véase la sentencia del Tribunal Supremo de 24 de junio de 2013; RJ/2013/5335.

- (133) El nuevo método de cálculo incluido en la consulta vinculante de la DGT y la resolución del TEAC de 2012 expande los límites iniciales del artículo 12, apartado 5, del TRLIS al permitir la deducción del fondo de comercio financiero también en el contexto de adquisiciones indirectas de participaciones resultantes de adquisiciones directas de participaciones en una sociedad holding, con el resultado de que empresas que en el momento de la Primera y Segunda Decisiones se suponía que no debían aplicar la medida a las adquisiciones indirectas, ahora pueden solicitar deducciones por dichas adquisiciones.
- (134) Por otra parte, la Comisión observa que, al permitir que el fondo de comercio generado en segundos o ulteriores niveles se lleve al nivel de la sociedad holding, no se cumple una de las premisas del artículo 12, apartado 5, del TRLIS, que es la generación de fondo de comercio que proceda de una adquisición de participaciones de una sociedad no residente por una sociedad residente en territorio español. Efectivamente, el fondo de comercio se generaría en segundos o ulteriores niveles, casos en los que ambas empresas no son residentes en España. (el subrayado es nuestro).
- (135) En conclusión, aunque no se ha modificado la redacción del artículo 12, apartado 5, ni del artículo 21 del TRLIS, la Comisión considera que la nueva interpretación administrativa del artículo 12, apartado 5, del TRLIS, la cual está fundamentada en el nuevo método de cálculo antes mencionado, constituye un cambio fundamental del régimen, ya que amplía el ámbito de aplicación inicial del precepto al permitir la deducción del fondo de comercio financiero también en los casos de adquisiciones indirectas de participaciones que sean el resultado de una adquisición directa de participaciones en una sociedad holding.

6.2.2 Razones alegadas por las autoridades españolas y los terceros interesados que justificarían la desviación de la anterior interpretación administrativa

- (136) Las autoridades españolas y los terceros interesados han reconocido⁵⁰ que, hasta la modificación de la interpretación administrativa de 2012, la deducción del artículo 12, apartado 5, del TRLIS solo era aplicable, en la práctica, a las adquisiciones directas de participaciones en sociedades no residentes. Las autoridades españolas y los terceros interesados han aducido una serie de razones para justificar la modificación de la práctica administrativa en relación con la aplicación del artículo 12, apartado 5, del TRLIS.
- (137) Sin embargo, dichos argumentos no son pertinentes para el análisis que nos ocupa. En efecto, las razones que explican el por qué de la modificación del régimen de ayudas en cuestión en 2012 no pueden alterar el ámbito de aplicación de la Primera y Segunda Decisión que fueron adoptadas en 2009 y 2011, respectivamente.
- (138) Es más, la Comisión observa que las razones inicialmente invocadas por las autoridades españolas al precisar el ámbito de aplicación de la medida durante el procedimiento administrativo que condujo a la Decisión de incoación de 2007, así como las que figuraban en las consultas vinculantes iniciales de la DGT y las resoluciones del TEAC,

⁵⁰ Véase la carta de 4 de junio de 2007 remitida por España en respuesta a un requerimiento de información de 26 de marzo de 2007.

contrastan con las aducidas durante el presente procedimiento de investigación formal para reivindicar la ausencia de carácter de ayuda de la nueva interpretación administrativa.

- (139) Con carácter subsidiario, los motivos invocados por las autoridades españolas y los terceros interesados no justifican, en ningún caso, un cambio en la interpretación administrativa anterior.

a) La finalidad del artículo 12, apartado 5, del TRLIS: fomentar la internacionalización de las empresas españolas

- (140) Tal y como se indica en las observaciones de las autoridades españolas, a la hora de justificar el cambio en la interpretación administrativa, tanto la DGT como el TEAC se remiten a la finalidad que subyace al artículo 12, apartado 5, del TRLIS. El objetivo de esta última disposición es fomentar la internacionalización y la inversión de las empresas españolas en el extranjero. La exclusión de las adquisiciones indirectas no estaría en consonancia con dicho objetivo.

- (141) El tratamiento fiscal diferenciado entre las adquisiciones de participaciones nacionales y extranjeras establecido en el artículo 12, apartado 5, del TRLIS, cuyo objetivo es fomentar la internacionalización e inversión de las empresas españolas en el exterior, fue declarado ayuda ilegal e incompatible con el mercado interior en la Primera y Segunda Decisiones. La Comisión considera que una modificación de la práctica administrativa no puede justificarse por la finalidad (la internacionalización de las empresas españolas) de una disposición (el artículo 12, apartado 5, del TRLIS), que ya había sido declarada ayuda ilegal e incompatible con el mercado interior en la Primera y Segunda Decisiones.

b) Referencias a la adquisición indirecta en la Primera y Segunda Decisiones, las preguntas parlamentarias y el comunicado de prensa de la Decisión de incoación de 2007

- (142) Uno de los argumentos aducidos por las autoridades españolas y los terceros interesados para cuestionar que la nueva interpretación administrativa del artículo 12, apartado 5, del TRLIS constituya nueva ayuda radica en que la redacción de la Primera y Segunda Decisiones de la Comisión hace referencia tanto a la adquisición directa como indirecta de participaciones. Por lo tanto, consideran que la nueva interpretación administrativa está en consonancia con las dos Decisiones de la Comisión.

- (143) La Comisión no está de acuerdo en que estas referencias eliminen el carácter de nueva ayuda de la medida. Las referencias que se hacen en la Primera y Segunda Decisión a las adquisiciones directas e indirectas de participaciones se deben a la remisión que el artículo 12, apartado 5, del TRLIS hace al artículo 21 del TRLIS, que establece explícitamente que el porcentaje de participación, directa o indirecta, en el capital de la sociedad no residente debe ser, como mínimo, del 5 %. No es tarea de la Comisión determinar en la Primera y Segunda Decisiones cómo se debe aplicar una disposición de la Ley española del Impuesto sobre Sociedades, sino examinar si el precepto constituye una ayuda estatal, teniendo en cuenta cómo es aplicado por el Estado miembro de que se trate en el momento de la notificación.

- (144) Por otra parte, hay que señalar que, durante el procedimiento de investigación formal que condujo a la adopción de la Primera y Segunda Decisión, la investigación se centró en determinar si el artículo 12, apartado 5, del TRLIS constituía ayuda estatal o no, y esta evaluación no requería analizar si tanto las adquisiciones directas como las indirectas se encuadraban en el artículo 12, apartado 5, del TRLIS. El debate sobre si las adquisiciones indirectas de participaciones formaban parte del ámbito material del artículo 12, apartado 5, del TRLIS surgió en el contexto del procedimiento de recuperación, cuando las autoridades españolas informaron a la Comisión de la modificación de la práctica administrativa anterior. El hecho de que la Comisión, en una fase temprana, antes del procedimiento de investigación formal, formulase preguntas por escrito en una carta de servicio de 26 de marzo de 2007 relativas al ámbito de aplicación del artículo 12, apartado 5, del TRLIS no es de relevancia para el presente análisis. Lo que importa en el asunto que nos ocupa es determinar de qué manera las autoridades españolas estaban aplicando el artículo 12, apartado 5, del TRLIS en el momento de la adopción de la Primera y Segunda Decisiones.
- (145) En el asunto en cuestión hay que recordar la jurisprudencia del Tribunal de Justicia en el asunto Kahla⁵¹, en la que se establece que el ámbito de aplicación de una decisión debe venir determinado no solo por referencia a su tenor literal, sino también teniendo en cuenta el régimen de ayuda tal como lo describe el Estado miembro en cuestión. A este respecto, las autoridades españolas, en un escrito de 4 de junio de 2007, aclararon que el ámbito de aplicación del artículo 12, apartado 5, del TRLIS solo abarcaba las adquisiciones directas de participaciones en sociedades no residentes. La ausencia de una referencia explícita a este escrito en la Primera y Segunda Decisiones no altera el hecho de que, desde su adopción, el artículo 12, apartado 5, del TRLIS se aplicó excluyendo de su ámbito de aplicación las adquisiciones indirectas de participaciones.
- (146) Asimismo, de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia establecida en el asunto Kahla se observa que, en el contexto de la adopción de la nueva interpretación administrativa, las autoridades españolas ya tenían conocimiento de la información contenida en la carta enviada a la Comisión, en la que se afirmaba que solo las adquisiciones directas de participaciones podrían acogerse a la deducción del artículo 12, apartado 5, del TRLIS. Las autoridades españolas deberían haber garantizado que la Decisión se aplicase de conformidad con la información que ya habían proporcionado a los servicios de la Comisión⁵².
- (147) La Comisión considera que el ámbito de aplicación de la Primera y Segunda Decisiones no viene determinado únicamente por el tenor literal de la Decisión, sino también teniendo en cuenta toda la información presentada por las autoridades españolas con el fin de describir la forma en que el régimen de ayudas analizado se desarrollaba en el momento en que se adoptaron las dos Decisiones.

⁵¹ Véase la sentencia de 16 de diciembre de 2010, en el asunto C-537/08P Kahla Thüringen Porzellan GmbH/Comisión, p. 44. Véase también la sentencia en el asunto C-138/09 Todaro Nunziatina Rec. 2010, apartado 31.

⁵² Véase la sentencia de 16 de diciembre de 2010, en el asunto C-537/08P Kahla Thüringen Porzellan GmbH/Comisión, p. 44.

- (148) La cuestión sobre si los terceros interesados no habían estado al corriente de la comunicación entre las autoridades españolas y la Comisión es irrelevante a la hora de determinar si la nueva interpretación administrativa constituye una ayuda nueva. Aunque no se ha modificado la redacción del precepto legal que nos ocupa, el artículo 12, apartado 5, del TRLIS, leído en relación con el artículo 21 del TRLIS, la Comisión estima que se han modificado sus límites y modalidades. La nueva interpretación administrativa amplía el ámbito de aplicación inicial del artículo 12, apartado 5, del TRLIS, al autorizar la deducción del fondo de comercio financiero en el caso de la adquisición indirecta de participaciones a través de una adquisición directa de participaciones en una sociedad holding. Esta situación no estaba en un principio contemplada por la interpretación administrativa inicial, que solo permitía la deducción del fondo de comercio financiero procedente de adquisiciones directas de participaciones en sociedades operativas.
- (149) En la sentencia *Namur - Les Assurances*⁵³, el Tribunal de Justicia estableció que solo las modificaciones que introducen cambios sustanciales en un régimen de ayudas están sujetas a notificación adicional como nueva ayuda. La Comisión considera que la nueva interpretación administrativa constituye una modificación sustancial del régimen de ayudas analizado por la Comisión en la Primera y Segunda Decisiones, dado que los límites y las modalidades de interpretación del artículo 12, apartado 5, del TRLIS se han ampliado a situaciones que no estaban inicialmente abarcadas por el ámbito de aplicación de la disposición. Además, conviene señalar que en el asunto que nos ocupa no se trata de determinar si la ayuda podría ser considerada ayuda existente o nueva ayuda. De hecho, la Primera y Segunda Decisiones ya concluyeron que el artículo 12, apartado 5, del TRLIS constituía ayuda ilegal e incompatible. No obstante, lo que importa en este caso es determinar si el ámbito de aplicación de la Primera y Segunda Decisiones abarcaba también las participaciones indirectas derivadas de una adquisición de una sociedad holding con el fin de determinar la existencia de ayuda, su compatibilidad y la existencia de confianza legítima.
- (150) Además, las autoridades españolas y los terceros interesados sostienen que la medida no sería nueva ayuda, ya que una serie de adquisiciones que tuvieron lugar antes de la apertura del procedimiento en 2007 eran adquisiciones indirectas de participaciones resultantes de una adquisición directa de participaciones en una sociedad holding. Las autoridades españolas y los terceros interesados afirman que las referencias a estas adquisiciones que figuraban en el comunicado de prensa relativo a la apertura del procedimiento de incoación de 2007 y en las respuestas de la Comisión a preguntas parlamentarias escritas demuestran que la Comisión tenía conocimiento del carácter indirecto de estas adquisiciones.
- (151) Aunque las adquisiciones a las que se hace referencia en las respuestas a las preguntas parlamentarias escritas o en el comunicado de prensa sobre la Decisión de incoación del procedimiento de 2007 podrían haber supuesto adquisiciones indirectas, la Comisión no podía saber, al menos en relación con la inmensa mayoría de operaciones, cuál era la

⁵³ Véase la sentencia de 9 de agosto de 1994 en el asunto C-44/93, *Namur – Les Assurances du Crédit/Comisión*.

estructura corporativa de las empresas que estaban siendo adquiridas, es decir, si las empresas adquiridas eran sociedades operativas o sociedades holding. Como ya se ha señalado en el apartado 128, el asunto que nos ocupa radica en si el artículo 12, apartado 5, del TRLIS constituía ayuda estatal ilegal debido a la diferencia de trato fiscal entre las adquisiciones de participaciones nacionales y extranjeras, por lo que no era necesario analizar la estructura corporativa de la sociedad no residente adquirida. En efecto, la distinción entre adquisiciones directas e indirectas no se consideró pertinente a efectos de la evaluación requerida en la Primera y Segunda Decisiones. En último término, tal distinción no habría variado la evaluación definitiva de ayuda estatal de la medida, que consistía en que la Comisión declaró que la medida era selectiva por sus características intrínsecas, es decir, que no permitía la amortización del fondo de comercio financiero en las operaciones entre sociedades residentes en España.

- (152) En particular, por lo que respecta a la fusión notificada de Iberdrola y Scottish Power⁵⁴, procede señalar que la Comisión había indicado claramente en el punto 42 de la Decisión de concentración que, a los efectos de dicha Decisión, no era necesario ni adecuado determinar si el artículo 12, apartado 5, del TRLIS constituía ayuda estatal. En cualquier caso, las respuestas dadas por la Comisión a las preguntas parlamentarias escritas eran anteriores al comienzo de la investigación formal del régimen de ayudas⁵⁵. Por consiguiente, en el momento en el que se respondió a las preguntas formuladas por el Parlamento, la Comisión ni podía tener, ni tenía, una posición sobre el asunto⁵⁶.
- (153) En conclusión, lo relevante a efectos de la evaluación de la ayuda estatal es la forma en que la medida ha sido ejecutada por el Estado miembro de que se trate. En este sentido, España había explicado que el ámbito de aplicación del artículo 12, apartado 5, del TRLIS se limitaba a las adquisiciones directas. Así lo confirma también la existencia de una práctica administrativa constante y relevante, que se mantuvo en vigor hasta 2012. A este respecto, la Comisión considera que, como ya ha señalado también el Tribunal de Justicia, la Comisión ha de analizar un régimen de ayudas tal y como este es aplicado. En el caso que nos ocupa, no puede rebatirse que la práctica administrativa consolidada no permitía la deducción del fondo de comercio financiero correspondiente a las adquisiciones indirectas.

c) La remisión al artículo 21 del TRLIS

- (154) Otro argumento alegado por las autoridades españolas⁵⁷ es que el artículo 12, apartado 5, del TRLIS remite al artículo 21, apartado 1, letra c), segundo párrafo, en el que se declara explícitamente que los dividendos derivados de participaciones directas o indirectas también estarán cubiertos por la disposición. Por lo tanto, el hecho de que la sociedad operativa se encuentre en segundo o ulteriores niveles no debe ser óbice para la aplicación

⁵⁴ COMP M. 4517, apartado 42.

⁵⁵ Las autoridades españolas informaron a la Comisión mediante carta de 4 de Junio de 2007 que el artículo 12, apartado 5, del TRLIS, se aplicaba exclusivamente en el caso de adquisiciones directas.

⁵⁶ Cabe señalar que las respuestas a las preguntas parlamentarias escritas no hicieron ninguna distinción explícita entre adquisiciones directas e indirectas.

⁵⁷ Véase la carta de 4 de junio de 2007 remitida por España en respuesta a un requerimiento de información de 26 de marzo de 2007.

de la deducción contemplada en el artículo 12, apartado 5, del TRLIS. Sin embargo, tal y como explicaron las autoridades españolas durante el procedimiento administrativo que dio lugar a la adopción de la Decisión de incoación de 2007, una de las razones para excluir las adquisiciones indirectas del ámbito de aplicación del artículo 12, apartado 5, del TRLIS es que el artículo 21 del TRLIS también exige que la sociedad no residente ejerza una actividad económica en el extranjero y que esté sujeta a un impuesto similar al impuesto sobre sociedades. Esta disposición tiene su razón de ser en las normas fiscales contra las prácticas abusivas con el fin de evitar que las empresas establecidas en paraísos fiscales o en territorios con nula imposición se acojan a la deducción. Al no ejercer una actividad económica propiamente dicha, las sociedades holding estaban excluidas del ámbito de aplicación del artículo 12, apartado 5, del TRLIS.

- (155) En sus consultas vinculantes y resoluciones iniciales, la DGT y el TEAC explicaron que el fondo de comercio (y por lo tanto el fondo de comercio financiero) no podía aflorar al nivel de una sociedad holding, pues este tipo de sociedades no ejercen una actividad económica, con arreglo a los requisitos establecidos en el artículo 21 del TRLIS. Por tanto, no podía generarse fondo de comercio financiero al nivel de la sociedad holding. Sin embargo, en 2012 la DGT y el TEAC revisaron su interpretación anterior alegando que puede cumplirse el requisito del ejercicio de una actividad económica si la sociedad operativa se encuentra en el primer nivel o en segundo o ulteriores niveles.
- (156) Aunque el artículo 21 del TRLIS hace referencia explícita a las adquisiciones directas e indirectas, no es menos cierto que en su apartado c) exige que los beneficios se deriven de la realización de actividades empresariales en el extranjero. Como ha reconocido la Audiencia Nacional⁵⁸ en su sentencia de 6 de febrero de 2014, tal no es el caso si la empresa no residente que se pretende adquirir es una sociedad holding, cuya principal actividad consiste en la mera tenencia de acciones de otras sociedades operativas.
- (157) Cabe señalar que el artículo 21 del TRLIS se concibió inicialmente para establecer las condiciones de exención del impuesto sobre sociedades de los dividendos y rentas de fuente extranjera derivados de la adquisición de participaciones en empresas no residentes con el objetivo de evitar la doble imposición internacional. El artículo 12, apartado 5, del TRLIS solo remite a dicha disposición con el fin de analizar si las rentas procedentes de la sociedad no residente adquirida cumplen estos criterios, de forma que la sociedad adquirente pueda deducir el fondo de comercio resultante de dicha operación. Por lo tanto, la extrapolación de los criterios establecidos en el artículo 21 del TRLIS debe hacerse con la salvedad de que esta última disposición tiene por objeto determinar las condiciones necesarias para la exención de los dividendos y rentas de fuente extranjera.
- (158) Según lo declarado por las autoridades españolas en su carta de 4 de junio de 2007, la Administración tributaria tiene que supervisar la aplicación de la amortización del fondo de comercio financiero. Esta supervisión solo puede efectuarse a través de la sociedad residente en España, en la que la Administración tributaria española puede supervisar fácilmente la deducción debido a que las participaciones forman parte de los activos de la sociedad residente en España. A la Administración tributaria española le resultaría más difícil controlar el fondo de comercio surgido de sociedades no residentes situadas en

⁵⁸

Véase la sentencia de la Audiencia Nacional; recurso 125/2011; 6 de febrero de 2014.

ulteriores niveles, en los que las participaciones forman parte de los activos de las sociedades no residentes, las cuales no están sujetas a la obligación de informar a la Administración tributaria española.

- (159) De hecho, esta necesidad de supervisar la aplicación de la deducción que se deriva de una inversión se refleja en la obligación contenida en el artículo 15 del Reglamento de aplicación de la Ley del impuesto sobre sociedades (RD1777/2004), la cual solo exige proporcionar información relativa a la adquisición de la sociedad adquirida directamente para poder aplicar el artículo 12, apartado 5, del TRLIS. Si se hubiera querido que esta deducción también fuera aplicable a las adquisiciones indirectas, lo lógico habría sido incluirlas. La Comisión considera que, al limitar la obligación de información a las adquisiciones directas, el legislador excluyó deliberadamente del ámbito de aplicación del artículo 12, apartado 5, del TRLIS las adquisiciones indirectas de participaciones. Así lo confirma también la DGT, que reconoce haber reconsiderado su doctrina anterior a pesar de la obligación de facilitar información, recogida en el artículo 15 del Reglamento RD1777/2004.
- (160) Además, lo relevante a efectos de la presente evaluación de la ayuda estatal es el modo en que la medida ha sido aplicada por el Estado miembro en cuestión. A este respecto, España había explicado a la Comisión que su Administración tributaria solo permitía la deducción del fondo de comercio financiero derivado de la adquisición directa de participaciones, debido, en parte, al argumento de que el artículo 21 del TRLIS exige claramente la realización de una actividad económica para poder acogerse a la aplicación del artículo 12, apartado 5, del TRLIS. Esta condición solo se cumple en las sociedades operativas, dado que las sociedades holding no llevan a cabo ninguna actividad económica real. Por lo tanto, dadas las explicaciones ofrecidas por las autoridades españolas sobre la ejecución de la disposición, la Comisión consideró, en el momento de la adopción de la Primera y Segunda Decisiones, que el ámbito de aplicación del artículo 12, apartado 5, del TRLIS se limitaba a las adquisiciones directas de participaciones en sociedades operativas, lo que también fue confirmado por la existencia de una práctica administrativa constante y relevante, que se mantuvo en vigor hasta 2012.
- (161) La Comisión considera que, a pesar de las referencias que se hacen en el artículo 21, letra c), segundo párrafo, a las adquisiciones directas e indirectas, la práctica administrativa constante de la DGT, corroborada también por el TEAC, indica que las adquisiciones indirectas de participaciones estaban excluidas del ámbito de aplicación del artículo 12, apartado 5, del TRLIS. Ello se debió al hecho de que las sociedades holding no ejercen una actividad económica con arreglo a lo dispuesto en el artículo 21, letra c), del TRLIS, que exige que los beneficios se deriven de la realización de actividades empresariales en el extranjero. Al reconsiderar esta posición, alegando que el artículo 21 del TRLIS hace referencia a la adquisición indirecta en el segundo párrafo de su letra c), las autoridades españolas están ampliando el ámbito de aplicación del artículo 12, apartado 5, del TRLIS al abarcar aquellas situaciones que no estaban incluidas en el momento de la Primera y Segunda Decisiones.

d) Principios de igualdad de trato, no discriminación y neutralidad fiscal

- (162) Las autoridades españolas y algunos de los terceros interesados sostienen que las adquisiciones indirectas de participaciones de sociedades no residentes que se derivan de

una adquisición de participaciones en una sociedad holding son comparables a las adquisiciones directas de participaciones de sociedades operativas. Por este motivo, y con el fin de garantizar los principios de igualdad de trato y no discriminación, las conclusiones alcanzadas en la Primera y Segunda Decisiones deben ser aplicables tanto a las adquisiciones directas de participaciones como a las indirectas.

- (163) Los terceros interesados también alegan que, con arreglo al principio de neutralidad fiscal, debe garantizarse la igualdad de trato tanto a una inversión realizada como adquisición directa de participaciones en sociedades operativas como a una adquisición indirecta de participaciones a través de una sociedad holding. En particular, los interesados alegan que, dadas las dificultades de las combinaciones internacionales de empresas, no debería ser necesario llevar a cabo una operación de concentración (única situación en la que podría aflorar fondo de comercio financiero de la adquisición indirecta de participaciones) u operaciones de concentración multinivel.
- (164) En primer lugar, cabe recordar que los principios de igualdad de trato, no discriminación y neutralidad fiscal son irrelevantes a la hora de determinar el ámbito de aplicación de la primera y la segunda Decisión, a saber, si ambas Decisiones abarcan adquisiciones indirectas de participaciones.
- (165) En cualquier caso, la Comisión observa que de la interpretación inicial incluida en las consultas vinculantes de la DGT y las resoluciones del TEAC anteriores a 2012 se deduce que las adquisiciones directas e indirectas de participaciones que resultan de una adquisición anterior de una sociedad holding no eran comparables a los efectos del artículo 12, apartado 5, del TRLIS.
- (166) La lógica que sustentaba la diferencia de trato en la interpretación administrativa inicial consistía en que una de las premisas del artículo 12, apartado 5, del TRLIS no se cumplía en el caso de la adquisición de participaciones de una sociedad holding y la posterior adquisición indirecta de participaciones en las filiales operativas. De hecho, el concepto fiscal de fondo de comercio financiero está ligado al concepto contable de fondo de comercio. Existe fondo de comercio cuando el precio pagado por una sociedad supera el valor contable de su patrimonio neto. Esta diferencia puede deberse a dos razones diferentes: 1) al valor intrínseco de los bienes y derechos de la entidad, o 2) a un sobreprecio debido a unas mayores expectativas de obtener en el futuro ingresos superiores a lo esperado. Esta última categoría corresponde al fondo de comercio financiero. El fondo de comercio y, por lo tanto, el fondo de comercio financiero, solo puede aflorar en las sociedades operativas, pues llevan a cabo una actividad económica. Las sociedades holding, cuyo principal objetivo es la tenencia de participaciones de filiales operativas, no ejercen una actividad económica real y, por tanto, no pueden generar fondo de comercio. Así también lo demuestra el método de cálculo utilizado en las interpretaciones administrativas iniciales, que es una parte intrínseca del artículo 12, apartado 5, del TRLIS. Con arreglo a este método de cálculo, el valor de mercado de los activos de la sociedad holding (acciones de filiales operativas no residentes) equivale al precio de adquisición de la participación y, por consiguiente, no podría existir fondo de comercio financiero. El hecho de que exista una compensación entre el precio de adquisición y el valor de mercado de los activos (acciones) de la sociedad holding se debe a una característica intrínseca de las sociedades holding, que es que sus activos son acciones de otras filiales operativas.

- (167) Las autoridades españolas explicaron⁵⁹, en el marco del procedimiento administrativo que condujo a la Decisión de incoación de 2007, que el artículo 12, apartado 5, del TRLIS solo exige la adquisición de una participación del 5 % en el capital de la sociedad no residente, porcentaje de participación que no implica la consolidación ni con la sociedad no residente ni con filiales posteriores. Solo tras la consolidación de las sociedades holding y sus filiales operativas con la matriz adquirente podría aflorar fondo de comercio en los estados financieros consolidados.
- (168) Con respecto a la disyuntiva sobre si considerar los valores contenidos en las cuentas consolidadas o en las cuentas individuales, el TEAC había sostenido reiteradamente que los valores de referencia que deben tenerse en cuenta para el cálculo del fondo de comercio financiero son los establecidos en las cuentas individuales. El TEAC ha mantenido de forma reiterada que los objetivos de las normas contables y los de las normas tributarias son diferentes y que analizar la información contenida en los estados financieros consolidados a efectos tributarios podría dar lugar a distorsiones en la interpretación del artículo 12, apartado 5, del TRLIS.
- (169) Por otra parte, las autoridades españolas explicaron también que el artículo 12, apartado 5, es un método de depreciación de una inversión cuya gestión requiere un control por parte de la Administración tributaria. El control de la depreciación solo puede hacerse a través de la sociedad residente en España, porque las participaciones, ubicadas en el primer nivel, forman parte del activo de la sociedad residente en España. A la Administración tributaria le resultaría más difícil controlar el fondo de comercio financiero derivado de sociedades no residentes situadas en el segundo o ulteriores niveles., en cuyo caso las participaciones se imputarían a los activos de sociedades no residentes, las cuales no están sujetas a la obligación de informar a la Administración tributaria española.
- (170) Con arreglo a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, el principio general de igualdad de trato exige que situaciones comparables no sean tratadas de manera diferente y que situaciones diferentes no sean tratadas de igual manera, a no ser que dicho trato esté objetivamente justificado⁶⁰.
- (171) La Comisión observa que la exclusión de las adquisiciones indirectas del ámbito de aplicación del artículo 12, apartado 5, del TRLIS, tal como se estableció en las consultas vinculantes iniciales, no parece ser el resultado de razones arbitrarias sino que parecía estar justificada por la naturaleza y la lógica intrínseca de la disposición, así como por la posibilidad de gestionar el tributo.
- (172) La Comisión desea subrayar que, a efectos de la presente evaluación de ayuda estatal, es irrelevante determinar si la interpretación administrativa inicial conduce a una discriminación entre las adquisiciones directas y las indirectas o si vulnera el principio de neutralidad fiscal. Como ya se ha explicado anteriormente, no es tarea de la Comisión determinar en una decisión cómo debe aplicarse una disposición nacional. La Comisión está obligada a evaluar si la disposición en cuestión constituye ayuda estatal, teniendo en

⁵⁹ Véase la carta de 4 de junio de 2007 remitida por España en respuesta a un requerimiento de información de 26 de marzo de 2007.

⁶⁰ Asuntos acumulados 66/79, 127/79 y 128/79, Salumi y otros, Rec. 1980, p. 1237, apartado 14; asunto C-14/01 Niemann, Rec. 2003, p. I- 2279, apartado 49.

cuenta el modo en que la llevan a la práctica las autoridades nacionales en el momento de su notificación. En el caso que nos ocupa, es evidente que se ha producido un cambio en la interpretación administrativa anterior, que amplía el ámbito de aplicación del artículo 12, apartado 5, del TRLIS al incluir situaciones que inicialmente no estaban contempladas por la interpretación administrativa inicial.

e) Retroactividad de la medida

- (173) Las autoridades españolas y los terceros interesados cuestionan el carácter retroactivo de la interpretación administrativa. Las autoridades españolas se refirieron a las explicaciones anteriores⁶¹ según las cuales, en el caso de las adquisiciones realizadas hasta el 21 de diciembre de 2007 y cuyo fondo de comercio financiero esté sujeto a revisión, el importe del fondo de comercio financiero resultante de adquisiciones indirectas (y directas) se deducirá de la base imponible. Por lo que respecta a las adquisiciones realizadas después del 21 de diciembre de 2007, no se aceptará la deducción del fondo de comercio financiero resultante de adquisiciones directas o indirectas.
- (174) Las autoridades españolas explicaron que, de conformidad con el artículo 120 de la Ley nº 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, las empresas que consideren que la declaración fiscal ha afectado negativamente a sus intereses legítimos pueden solicitar la rectificación de la autoliquidación de conformidad con el procedimiento aplicable. El procedimiento se establece en los artículos 126 a 129 del Real Decreto 1065/2007⁶². Una empresa puede solicitar la rectificación de su autoliquidación una vez presentada, y antes de que la Administración tributaria haya adoptado la liquidación definitiva o, en su defecto, antes de que expire el plazo de prescripción de que dispone la Administración tributaria para determinar el importe del impuesto que se ha de recaudar. De conformidad con los artículos 66 y 67 de la Ley General Tributaria, el plazo para solicitar la rectificación de la declaración tributaria es de cuatro años a partir de la fecha límite para la presentación de la declaración.
- (175) Las autoridades españolas reconocieron que las sociedades que llevaron a cabo adquisiciones indirectas de participaciones en sociedades extranjeras hasta el 21 de diciembre de 2007 y que no incluyeron la deducción del fondo de comercio financiero resultante de adquisiciones indirectas podrían rectificar ahora sus declaraciones con el fin de deducir el fondo de comercio financiero derivado de ellas. Las empresas que incluyeron en sus anteriores declaraciones fiscales la deducción del fondo de comercio financiero resultante de adquisiciones indirectas y que ya habían sido objeto de evaluación por parte de la Administración tributaria, no podrán solicitar la rectificación de las declaraciones ya presentadas; sin embargo, dado que la deducción se extiende a lo largo de 20 años, ello no es óbice para que esas sociedades puedan deducir el fondo de comercio financiero en futuras declaraciones.

⁶¹ Carta de 4 de diciembre de 2012.

⁶² Real Decreto 1065/2007, de 27 de julio, por el que se aprueba el Reglamento General de las actuaciones y los procedimientos de gestión e inspección tributaria y de desarrollo de las normas comunes de los procedimientos de aplicación de los tributos.

- (176) En primer lugar, el hecho de que la nueva interpretación administrativa tenga o no efectos retroactivos no tiene consecuencias a la hora de determinar el ámbito de aplicación de la primera y segunda Decisión, a saber, si ambas decisiones abarcan las adquisiciones indirectas de participaciones.
- (177) En cualquier caso, la Comisión considera que la nueva interpretación administrativa tiene efectos jurídicos retroactivos. En efecto la nueva interpretación administrativa de 21 de marzo de 2012 puede ser aplicada a adquisiciones que fueron llevadas a cabo anteriormente a esa fecha.

6.3. Compatibilidad de la ayuda

- (178) Tras haber determinado, con carácter preliminar, que el régimen controvertido constituye ayuda estatal en el sentido del artículo 107, apartado 1, del TFUE, procede analizar si el régimen modificado puede considerarse compatible con el mercado interior en virtud del artículo 107, apartados 2 y 3 del Tratado. Las autoridades españolas no han presentado ningún argumento al respecto.
- (179) La Comisión considera que la nueva interpretación administrativa del artículo 12, apartado 5, del TRLIS no puede considerarse compatible con el mercado interior. En este sentido, la Comisión estima que es de aplicación el mismo razonamiento seguido en la Primera y Segunda Decisiones. Por lo tanto, se remite a los apartados 140 y siguientes de la Primera Decisión y a los apartados 166 y siguientes de la Segunda Decisión.
- (180) En particular, con respecto a la aplicación del artículo 107, apartado 3, letra c), del Tratado las deducciones fiscales concedidas al amparo del artículo 12, apartado 5, del TRLIS no están relacionadas con inversiones, la creación de empleo o proyectos específicos. Las deducciones fiscales liberan a las empresas afectadas de cargas que normalmente tendrían que soportar y, por consiguiente, deben ser consideradas ayuda de funcionamiento. Por regla general, las ayudas de funcionamiento no están comprendidas en el ámbito de aplicación del artículo 87, apartado 3, letra c), del Tratado ya que falsean la competencia en los sectores en los que se conceden. La ayuda no puede considerarse compatible con el mercado interior porque no facilita el desarrollo de actividad o región económica alguna, no está limitada en el tiempo, no está prevista una reducción gradual y no es proporcional a lo que es necesario para remediar una desventaja económica específica en los ámbitos en cuestión. En conclusión, la Comisión no considera que la medida sea compatible con el mercado interior.

B. CONFIANZA LEGÍTIMA, SEGURIDAD JURÍDICA, PRINCIPIO DEL ESTOPPEL Y RECUPERACIÓN DE LA AYUDA

6.4. Principios del *estoppel* y de seguridad jurídica

- (181) La Comisión considera que no hay razones para apartarse de las consideraciones expresadas en la Decisión de incoación, pues no infringió el principio del *estoppel* ni el de seguridad jurídica.
- (182) La consulta vinculante de 21 de marzo de 2012, que introdujo la nueva interpretación administrativa, es el resultado de una elección realizada por las autoridades españolas. Este acto administrativo, que dio lugar a una situación de nueva ayuda ilegalmente concedida sin haber sido notificada previamente a la Comisión, es un acto de las

autoridades españolas y no un acto de la Comisión. Por lo tanto, el principio del *estoppel* es irrelevante.

- (183) Por lo que respecta a la supuesta violación del principio de seguridad jurídica, la Comisión recuerda que, según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, el alcance de una decisión de ayuda estatal debe venir determinado no solo por el tenor literal de dicha decisión sino también por el régimen de ayuda tal como lo describe y aplica específicamente el Estado miembro de que se trate⁶³.
- (184) Aun si se pudiese constatar una infracción del principio de seguridad jurídica, la Comisión considera que era España la que habría infringido el principio de seguridad jurídica. Es más, la Comisión considera que la creación de inseguridad jurídica se derivaría del carácter impreciso y confuso de la redacción de determinadas disposiciones del régimen.

6.5. Recuperación de la ayuda

- (185) La medida controvertida ha sido ejecutada sin haber sido notificada previamente a la Comisión con arreglo al artículo 108, apartado 3, del Tratado. Por consiguiente, constituye ayuda ilegal.
- (186) Cuando las ayudas estatales concedidas ilegalmente se consideran incompatibles con el mercado interior, deben ser devueltas por los beneficiarios, con arreglo al artículo 14 del Reglamento (CE) n° 659/1999 de la Comisión, de 22 de marzo de 1999. Gracias a la recuperación de las ayudas, se restablece en la medida de lo posible la situación competitiva existente antes de su concesión. El importe que debe recuperarse deberá poder eliminar la ventaja económica dada a los beneficiarios.
- (187) Ninguno de los argumentos esgrimidos por las autoridades españolas o los terceros interesados justifica un distanciamiento general de este principio básico. Por tanto, se debe exigir a España que recupere las ayudas incompatibles.
- (188) En un determinado ejercicio y para un determinado beneficiario, el valor de las ayudas corresponde a la reducción fiscal otorgada por la aplicación del artículo 12, apartado 5, del TRLIS por adquisiciones indirectas de participaciones en sociedades operativas no residentes derivadas de adquisiciones anteriores de participaciones en sociedades holding.

6.6. Confianza legítima

- (189) Las autoridades españolas y los terceros interesados argumentan que la confianza legítima reconocida en la Primera y Segunda Decisiones debe aplicarse igualmente a las adquisiciones indirectas de participaciones que sean el resultado de una adquisición directa de participaciones en una sociedad holding. En este sentido, alegan que debe reconocerse la confianza legítima debido a las referencias realizadas a las adquisiciones indirectas en la redacción de la Primera y Segunda Decisiones, las respuestas a preguntas parlamentarias escritas y las adquisiciones mencionadas en el comunicado de prensa de la Decisión de incoación de 2007.

⁶³ Véase el asunto C-537/08 P, Kahla Thüringen Porzellan GmbH, apartados 40 y siguientes.

- (190) La Comisión no está de acuerdo con los argumentos presentados por las autoridades españolas y los terceros interesados y considera que la confianza legítima que se reconoció en la Primera y Segunda Decisiones no puede hacerse extensiva a situaciones (adquisiciones indirectas de participaciones que se derivan de la adquisición de participaciones en una sociedad holding) que no estaban incluidas en el ámbito de aplicación de la medida en el momento de la adopción de dichas Decisiones. En efecto, la confianza legítima solo puede basarse en elementos de hecho conocidos en el momento de la adopción de una Decisión y no en acontecimientos futuros como, por ejemplo, la introducción de la nueva interpretación administrativa.
- (191) Según jurisprudencia reiterada⁶⁴, el derecho a invocar el principio de protección de la confianza legítima se extiende a todo justiciable que se encuentre en una situación de la que se desprenda que una institución de la Unión Europea, dándole garantías concretas, le hizo concebir esperanzas fundadas. Tales garantías, cualquiera que sea la forma que adopten, constituyen información concreta, incondicional y concordante.
- (192) No se puede considerar que la ausencia de restricciones explícitas en el régimen de ayudas en cuestión constituya una declaración concreta, incondicional y concordante efectuada por la Comisión a las sociedades afectadas en lo que respecta a la aplicación de la medida también a las adquisiciones indirectas de participaciones como consecuencia de una adquisición directa de participaciones en una sociedad holding. Por consiguiente, la ausencia de restricciones explícitas no puede generar en las empresas interesadas la confianza legítima de que la medida podría aplicarse legalmente a las adquisiciones indirectas⁶⁵.
- (193) Incluso si hubiera sido el caso de que las referencias que se hacen a las adquisiciones indirectas en la Primera y Segunda Decisiones hubieran creado una confianza para las empresas en cuestión, es necesario examinar si la confianza fundada sobre esa base tiene carácter legítimo⁶⁶. La Comisión estima que las empresas que han llevado a cabo adquisiciones indirectas no pueden invocar confianza legítima de que la adquisición indirecta de participaciones estuviera abarcada por el artículo 12, apartado 5, del TRLIS, dado que estas empresas eran conscientes de la práctica administrativa de la Administración tributaria y del TEAC que estuvo en vigor hasta 2012. Estas empresas sabían que el régimen fiscal comunicado a la Comisión (artículo 12, apartado 5, del TRLIS) excluía en ese momento de su ámbito de aplicación las adquisiciones indirectas de participaciones resultantes de una adquisición directa de participaciones en una sociedad holding.
- (194) Las autoridades españolas alegan que la existencia de una interpretación administrativa restrictiva no menoscaba la confianza legítima que los agentes económicos que llevaran a cabo adquisiciones indirectas de participaciones a través de una adquisición directa de participaciones de una sociedad holding podrían haber tenido sobre la vigencia del

⁶⁴ Sentencia del Tribunal de Justicia de 22 de junio de 2006 en los asuntos C-182/03 y C-217/03, Forum 187 ASBL, Rec. 2006, p. I- 5479, apartado 147.

⁶⁵ Sentencia de 16 de diciembre de 2010 en el asunto C-537/08P Kahla Thüringen Porzellan GmbH/Comisión, apartado 44.

⁶⁶ Sentencia del Tribunal de Justicia de 22 de junio de 2006 en los asuntos C-182/03 y C-217/03, Forum 187 ASBL, Rec. 2006, p. I- 5479, apartado 159.

artículo 12, apartado 5, del TRLIS. Ello se debe a que 1) el artículo 12, apartado 5, del TRLIS es una disposición clara; 2) remite expresamente al artículo 21 del TRLIS, que menciona tanto a las adquisiciones directas como a las indirectas; 3) contiene una referencia expresa a las normas contables consolidadas; 4) aspira a fomentar las inversiones internacionales de las empresas españolas.

- (195) La Comisión no está de acuerdo con esta aseveración. El artículo 12, apartado 5, del TRLIS ha demostrado ser un precepto carente de claridad debido a la referencia indeterminada a la consolidación de las normas contables y a la imprecisa extrapolación a los criterios establecidos en el artículo 21 del TRLIS. Este último artículo se concibió inicialmente para fijar las condiciones relativas a la exención de los dividendos y rentas de fuente extranjera. La referencia del artículo 21 a las adquisiciones indirectas contrasta con el requisito de llevar a cabo una actividad económica por parte de la sociedad adquirida directamente. Además, la confianza legítima no puede basarse en la lógica de un régimen de ayudas, el artículo 12, apartado 5, del TRLIS, que ya había sido declarado ayuda ilegal e incompatible en la Primera y Segunda Decisiones debido a la diferencia de trato fiscal entre las adquisiciones extranjeras y nacionales llevadas a cabo por sociedades residentes en España. La Comisión considera que el carácter impreciso y confuso de la disposición dio lugar a su interpretación controvertida. De hecho, esta controversia se pone de manifiesto en la mayor parte de las consultas de la DGT y de las resoluciones del TEAC. Por consiguiente, las autoridades españolas no pueden alegar que, a pesar de la interpretación administrativa restrictiva, el artículo 12, apartado 5, del TRLIS podría haber generado confianza legítima para aquellas empresas que llevaron a cabo adquisiciones indirectas de participaciones.
- (196) Por lo que se refiere, más concretamente, a la adquisición de Scottish Power por parte de Iberdrola, la Comisión señala que la Decisión de concentración (COMP M. 4517) indicaba claramente que no era necesario ni adecuado determinar si el artículo 12, apartado 5, del TRLIS constituía ayuda estatal (véase el apartado 42 de la Decisión) a efectos de la Decisión de concentración.
- (197) Con referencia a las alegaciones de España y de los terceros interesados, según las cuales las respuestas a las preguntas parlamentarias escritas generaron confianza legítima a los beneficiarios de la ayuda, la Comisión observa que estas preguntas parlamentarias no se centraban en la distinción entre adquisición directa e indirecta, sino que se preguntaban si el régimen establecido en el artículo 12, apartado 5, del TRLIS podría constituir ayuda estatal. Por lo tanto, de las respuestas dadas por la Comisión a las preguntas parlamentarias escritas no se podía inferir que habrían estado cubiertas tanto las adquisiciones directas como las indirectas.
- (198) Por lo que se refiere a la alegación según la cual la Primera y la Segunda Decisiones generarían nueva confianza legítima, ya que ambas hacen referencia a las adquisiciones indirectas, la Comisión recuerda que tales referencias se hicieron exclusivamente porque las disposiciones jurídicas nacionales hacen mención tanto de las adquisiciones directas como de las indirectas. Más concretamente, el artículo 12, apartado 5, del TRLIS remite al artículo 21 del TRLIS, que exige que al menos el 5 % de las participaciones de la sociedad no residente debe ser propiedad directa o indirecta de la empresa española durante un período interrumpido de un año. Ni España ni los terceros interesados cuestionan el hecho de que las autoridades españolas estuviesen aplicando el artículo 12,

apartado 5, del TRLIS únicamente a las adquisiciones directas. Como ya se ha indicado anteriormente, la Comisión está facultada, por consiguiente, para invocar las explicaciones facilitadas por el Estado miembro en cuestión y, por tanto, podía suponer legítimamente que el régimen se aplicó como el Estado miembro había indicado.

- (199) Por otra parte, la Comisión considera que, a pesar de que en el texto de las Decisiones no se refleja la comunicación entre las autoridades españolas y la Comisión, en la que se explicaba que en la práctica solo puede deducirse el fondo de comercio financiero surgido de las adquisiciones directas de participaciones en sociedades operativas, no genera confianza legítima para los beneficiarios de la ayuda de que las adquisiciones indirectas también estuvieran comprendidas en el ámbito de aplicación del artículo 12, apartado 5, del TRLIS. Los beneficiarios de la ayuda ya conocían la práctica constante y sistemática que excluía las adquisiciones indirectas de participaciones a través de la adquisición de participaciones en una sociedad holding del ámbito de aplicación del artículo 12, apartado 5, del TRLIS y que se había aplicado hasta 2012.
- (200) En conclusión, la confianza legítima reconocida en la Primera y Segunda Decisiones no puede hacerse extensiva a situaciones que no entraban en el ámbito de aplicación de la medida impugnada en el momento de la Primera y Segunda Decisiones.

7. CONCLUSIONES

- (201) En vista de lo anterior, la Comisión considera que la nueva interpretación administrativa que ha ampliado el ámbito de aplicación de un régimen que ya se declaró ilegal e incompatible sin haber sido notificado a la Comisión, constituye ayuda ilegal e incompatible en el sentido de lo dispuesto en el artículo 1 del Reglamento (CE) nº 659/1999 del Consejo.
- (202) La Comisión no considera que la medida sea compatible con el mercado interior en virtud del artículo 107, apartados 2 y 3 del Tratado.
- (203) Las ayudas deben ser recuperadas de los beneficiarios, con arreglo al artículo 14 del Reglamento (CE) nº 659/1999 del Consejo, de 22 de marzo de 1999.

HA ADOPTADO LA PRESENTE DECISIÓN:

Artículo 1

La nueva interpretación administrativa adoptada por el Reino de España que amplía el ámbito de aplicación del artículo 12, apartado 5, del Real Decreto Legislativo 4/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades, con el fin de abarcar las adquisiciones indirectas de participaciones en sociedades no residentes a través de una adquisición directa de participaciones en sociedades holding no residentes, y que ha sido ejecutada ilegalmente por el Reino de España infringiendo lo dispuesto en el artículo 108, apartado 3, del Tratado, es incompatible con el mercado interior.

Artículo 2

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

Artículo 3

La ayuda individual otorgada en virtud del régimen mencionado en el artículo 1 que, en el momento de su concesión, cumpla las condiciones establecidas por un reglamento adoptado en aplicación del artículo 1 del Reglamento (CE) n° 994/98 o por cualquier otro régimen de ayudas aprobado, es compatible con el mercado interior, hasta las intensidades máximas de ayuda aplicables a este tipo de ayudas.

Artículo 4

1. El Reino de España deberá poner fin al régimen de ayudas contemplado en el artículo 1, en lo que se refiere a las ayudas concedidas a los beneficiarios al realizar adquisiciones indirectas de participaciones de sociedades no residentes a través de la adquisición directa de participaciones de sociedades holding, en la medida en que sea incompatible con el mercado común.
2. El Reino de España procederá a recuperar de los beneficiarios la ayuda incompatible concedida en virtud del régimen mencionado en el artículo 1.
3. Las cantidades pendientes de recuperación devengarán intereses desde la fecha en que se pusieron a disposición de los beneficiarios hasta la de su recuperación.
4. Los intereses se calcularán sobre una base compuesta de conformidad con el capítulo V del Reglamento (CE) n° 794/2004.
5. El Reino de España cancelará todos los pagos pendientes de la ayuda concedida en virtud del régimen mencionado en el artículo 1 con efectos a partir de la fecha de adopción de la presente Decisión.

Artículo 5

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

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

Artículo 6

1. En el plazo de dos meses a partir de la notificación de la presente Decisión, el Reino de España presentará la siguiente información:
 - a) la lista de beneficiarios que han recibido ayudas en virtud del régimen contemplado en el artículo 1 y el importe total de las ayudas recibidas por cada uno de ellos en virtud de dicho régimen;
 - b) el importe total (principal e intereses de recuperación) que deba recuperarse de cada beneficiario;
 - c) una descripción detallada de las medidas ya adoptadas y previstas para el cumplimiento de la presente Decisión;
 - d) documentos que demuestren que se ha ordenado a los beneficiarios que reembolsen la ayuda.
2. El Reino de España mantendrá informada a la Comisión del avance de las medidas nacionales adoptadas en aplicación de la presente Decisión hasta que se haya completado la recuperación de la ayuda concedida en virtud del régimen contemplado en el artículo 1. Presentará inmediatamente, a petición de la Comisión, información sobre las medidas ya adoptadas y previstas para el cumplimiento de la presente Decisión. También proporcionará información detallada sobre los importes de la ayuda y los intereses ya recuperados de los beneficiarios.

Artículo 7

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

Hecho en Bruselas, 15.10.2014

Por la Comisión

Joaquín ALMUNIA
Vicepresidente

Aviso

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

Comisión Europea
Dirección General de Competencia
Registro de Ayudas Estatales
Place Madou 1
B-1210 Bruselas

Bélgica

Fax: + 32.2.296.12.42