

# El Tribunal General falla sobre el régimen español de amortización del fondo de comercio financiero

**Pilar Álvarez Barbeito**

Profesora titular de Derecho Financiero y Tributario de la Universidad de La Coruña  
Consejera académica de GA\_P

---

*El Tribunal General concluye que el régimen español de amortización del fondo de comercio financiero constituye una ayuda de Estado, confirmando así las decisiones de la Comisión Europea de 28 de octubre del 2009 y de 12 de enero del 2011.*

## 1. Antecedentes

Durante los años 2005 y 2006, varios miembros del Parlamento Europeo habían planteado a la Comisión Europea preguntas escritas acerca de la compatibilidad con el mercado interior del régimen fiscal español para la amortización del fondo de comercio financiero. La Comisión respondió manifestando la inexistencia de ayuda estatal alguna. Sin embargo, en octubre del 2007 y a raíz de la denuncia de una empresa, la Comisión decidió incoar un procedimiento de investigación formal respecto a lo dispuesto en el artículo 12, apartado 5, de la Ley del Impuesto sobre Sociedades, introducido en ella mediante la Ley 24/2001, de 27 de diciembre.

A tenor de ese precepto, cuando una empresa que tribute en España adquiera participaciones en una sociedad extranjera —siempre que ésta reúna determinadas condiciones—, si el porcentaje de participación es al menos de un 5 % y ésta se posea ininterrumpidamente durante al menos un año, el fondo de comercio financiero resultante de esta adquisición podrá deducirse, en forma de amortización, de la base imponible del impuesto sobre sociedades.

*Advertencia legal:* Este análisis sólo contiene información general y no se refiere a un supuesto en particular. Su contenido no se puede considerar en ningún caso recomendación o asesoramiento legal sobre cuestión alguna.

*N. de la C.:* En las citas literales se ha rectificado en lo posible —sin afectar al sentido— la grafía de ciertos elementos (acentos, mayúsculas, símbolos, abreviaturas, cursivas...) para adecuarlos a las normas tipográficas utilizadas en el resto del texto.

De la investigación de la Comisión se derivaron, particularmente, dos decisiones: una relativa a las adquisiciones de participaciones realizadas dentro de la Unión Europea —Decisión de 28 de octubre del 2009— y otra referida a las llevadas a cabo fuera dicho ámbito —Decisión de 12 de enero del 2011—. En ambos casos se concluyó que el régimen fiscal español de amortización del fondo de comercio financiero era constitutivo de una ayuda de Estado incompatible con el mercado interior.

Dichas decisiones llevaron a varias entidades españolas a solicitar al Tribunal General de la Unión Europea su anulación, extremo que se produjo por medio de dos sentencias de 7 de noviembre del 2014 (ass. T-219-10 y T-399-11) en las que el citado tribunal estimó que la Comisión no había demostrado el carácter selectivo de la controvertida medida. No obstante, recurridos dichos fallos ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, éste los anuló en su Sentencia de 21 de diciembre del 2016, obligando al Tribunal General a pronunciarse de nuevo sobre la aludida selectividad de la medida.

Pues bien, el Tribunal General acaba de resolver la cuestión entendiendo que la medida objeto de controversia es selectiva, confirmando así las citadas decisiones de la Comisión.

## **2. El criterio del Tribunal General de la Unión Europea**

El 15 de noviembre del 2018 el Tribunal General ha resuelto, en el sentido apuntado, los asuntos que le fueron devueltos, sentencias en las que destaca el análisis efectuado del requisito de la selectividad que ha de poder apreciarse en las medidas nacionales que puedan calificarse de ayudas estatales según lo dispuesto en el artículo 107 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

A estos efectos, el Tribunal General estima que una medida es selectiva cuando favorece a determinadas empresas en relación con otras al impedir que estas últimas puedan beneficiarse de ella, o bien, aplicando el método de análisis en tres etapas —cuya importancia ya destacó el Tribunal de Justicia en el referido fallo del 2016—, cuando se trata de modo diferente a empresas que se encuentran en situaciones comparables sin que tal diferencia de trato esté justificada.

Pues bien, la aplicación de dicho método para apreciar la selectividad de una medida fiscal exige un análisis en tres etapas:

- a) En primer lugar, es preciso determinar el régimen tributario común o «normal» aplicable.
- b) A continuación, será necesario demostrar que la medida fiscal en cuestión supone una excepción al referido régimen común introduciendo diferenciaciones entre operadores económicos que, desde el punto de vista del objetivo perseguido por dicho régimen común, se encuentren en una situación fáctica y jurídica comparable.
- c) Por último y aun cuando se aprecie que existen medidas que a priori son selectivas, habrá de analizarse si éstas pueden justificarse por la naturaleza o la estructura del sistema en que dichas medidas se enmarcan.

En relación con la «primera etapa» del citado método, el Tribunal General examina si el marco de referencia para analizar el carácter selectivo de la controvertida medida debe ser el tratamiento fiscal del fondo de comercio, sin ceñirse exclusivamente al tratamiento fiscal del fondo de comercio financiero —como estimó la Comisión— o si, por el contrario, la medida controvertida, en atención a sus características propias y, por tanto, al margen de cualquier análisis comparativo, puede constituir por sí sola un marco de referencia autónomo —tal como sostienen las demandantes—.

Avalando la posición de la Comisión, el tribunal concluye que el tratamiento fiscal del fondo de comercio constituye el sistema de referencia o régimen general pertinente en el presente asunto, régimen en virtud del cual, cuando una empresa adquiere participaciones en una sociedad sólo está autorizada a amortizar el fondo de comercio resultante de esa operación si se produce una combinación de empresas, extremo que a su vez se apoya en razones contables.

Identificado así el régimen fiscal nacional común aplicable, la «segunda etapa» del método exige verificar si la medida fiscal en cuestión supone una excepción.

En ese sentido, el tribunal apunta que el ejercicio de comparación necesario para aplicar la segunda etapa del método mencionado exige tomar en consideración el objetivo del régimen común en su conjunto. Pues bien, ese objetivo, recuerda el tribunal, no consiste en permitir que las empresas disfruten de la ventaja fiscal que supone la amortización del fondo de comercio cuando encuentren dificultades que les impidan constituir una combinación de empresas, ya que ése es el objetivo de la medida controvertida y no del régimen común de referencia.

Teniendo en cuenta lo anterior, el tribunal considera que al permitir que se amortice el fondo de comercio correspondiente a las adquisiciones de participaciones en sociedades no residentes sin que exista combinación de empresas, se está concediendo a estas operaciones un trato diferente del que se aplica a las adquisiciones de participaciones en sociedades residentes, pese a que estos dos tipos de operaciones se encuentran en situaciones jurídicas y fácticas comparables desde el punto de vista del objetivo perseguido por el régimen normal.

En consecuencia, el tribunal, en línea con la posición de la Comisión, concluye que la medida controvertida establece una excepción al régimen común aplicable.

Continuando con la «tercera etapa» del referido análisis sobre el posible carácter selectivo de la medida, el tribunal examina si la citada excepción podría encontrar justificación en la naturaleza y estructura del sistema fiscal en el que se enmarca.

En ese sentido, el Reino de España trató de justificar la diferencia de trato que reciben las adquisiciones de participaciones en sociedades residentes y no residentes en virtud de la medida controvertida, por la necesidad de neutralizar la diferencia de trato que el régimen fiscal español relativo al fondo de comercio establece en favor de las primeras y en detrimento de las segundas.

A este respecto, el Tribunal General apunta que, aun cuando se pueda admitir la pertinencia de tal justificación centrada en la neutralidad fiscal e incluso que la medida controvertida permita efectivamente garantizar dicho principio —extremos ambos que pone en tela de juicio—, tal medida excepcional tendría un carácter desproporcionado y, por lo tanto, injustificado. Y ello porque no todas las empresas que poseen participaciones de un 5 % como mínimo en sociedades residentes tienen necesariamente la posibilidad e incluso la intención de fusionarse con esas sociedades y de obtener así la ventaja de la amortización del fondo de comercio. Sin embargo, con una medida como la controvertida, todas las empresas que adquieren participaciones en sociedades no residentes, aunque no tengan necesariamente el objetivo de llevar a cabo una fusión, disfrutan automáticamente de la amortización del fondo de comercio, lo que las sitúa en una situación más ventajosa que la de las entidades que adquieren participaciones en sociedades residentes.

Todas las consideraciones precedentes han conducido al Tribunal General, en las sentencias de 15 de noviembre del 2018 —en las que se resolvieron los asuntos T-207/10, T-219/10, T-227/10, T-239/11, T-405/11, T-406/11 y T-399/11—, a confirmar las dos decisiones de la Comisión antes referidas del 2009 y del 2011, concluyendo que el régimen fiscal español de amortización del fondo de comercio financiero constituye una ayuda de Estado incompatible con el mercado interior.

Por su parte, en la sentencia que ha resuelto el asunto T-207/10, el tribunal confirma, además, la disposición de la decisión del 2009 a tenor de la cual se permite que esta medida fiscal española pudiera seguir aplicándose durante todo el periodo de amortización a las adquisiciones de participaciones realizadas —o cuya realización se hubiera acordado irrevocablemente— antes de la fecha de publicación en el *Diario Oficial de la Unión Europea* de la decisión de incoación del procedimiento de investigación formal, esto es, antes del 21 de diciembre del 2007. La razón esgrimida para ello no es otra que la confianza legítima que generaron las respuestas que en el 2005 y el 2006 había dado la Comisión a las preguntas planteadas por algunos parlamentarios respecto del tema analizado.

### 3. Consideraciones finales

Tal y como se desprende de la propia doctrina del Tribunal General, «la constatación de la selectividad de una medida no resulta necesariamente del hecho de que a determinadas empresas les resulte imposible beneficiarse de la ventaja establecida por esa medida a causa de limitaciones jurídicas, económicas o prácticas que les impiden realizar la operación de la que depende la obtención de esta ventaja, pero sí puede resultar de la mera constatación de que existe una operación que, pese a ser comparable a la operación de la que depende la obtención de la ventaja en cuestión, no da derecho a obtenerla».

Por tanto, a partir de ahora habrá que tener muy en cuenta que una medida fiscal puede ser selectiva incluso en el caso de que cualquier empresa pueda optar libremente por llevar a cabo la operación de la que depende la obtención de la ventaja establecida por esa medida. Se mantiene así un concepto de la selectividad que no sólo atiende a la distinción entre empresas en función de

sus características propias, sino que se extiende a la diferenciación entre las empresas que optan por realizar ciertas operaciones y las empresas que optan por no efectuarlas.

De todos modos, no hay que olvidar que los fallos del Tribunal General son susceptibles de recurso de casación ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, lo que puede abrir la puerta a una interpretación diferente que podría incidir de manera especial en el análisis de lo que el Tribunal General ha calificado de medida desproporcionada para justificar el principio de neutralidad fiscal que perseguiría la norma española.