

## UN NUEVO EPISODIO SOBRE LA AMORTIZACIÓN DEL FONDO DE COMERCIO FINANCIERO ESPAÑOL. TGUE VS. TJUE: ¿NOS ENCONTRAMOS ANTE UNA AYUDA DE ESTADO?

**Análisis de la STJUE de 21 de diciembre de 2016, asuntos acumulados C-20/15 P y C-21/15 P**

**María del Carmen Cámara Barroso**

*Profesora de Derecho Financiero y Tributario.  
UDIMA*

---

### EXTRACTO

El pasado 21 de diciembre de 2016, el TJUE se pronunció sobre los asuntos acumulados C-20/15 P y C-21/15 P, que tenían por objeto dos recursos de casación relativos a la consideración como ayuda de Estado de la amortización del fondo de comercio financiero derivado de adquisiciones de sociedades en el extranjero prevista en el artículo 12.5 de nuestro TRLIS. Con su pronunciamiento, el TJUE anuló las sentencias del TGUE por las que se anulaban dos decisiones de la Comisión en las que se declaraba que dicha medida debía calificarse de ayuda de Estado por entender que la Comisión no había acreditado suficientemente el carácter selectivo de la medida nacional. Con su sentencia, el TJUE, que no ha resuelto de forma definitiva sobre el fondo del asunto, ha acordado la devolución del mismo al TGUE para que se pronuncie sobre el carácter discriminatorio de la medida y sobre alguno de los motivos de impugnación que no fueron analizados en su momento.

---

## 1. SUPUESTO DE HECHO

El 7 de noviembre de 2014, el Tribunal General de la Unión Europea (en adelante, TGUE) dictó dos sentencias, asunto T-219/10 –*Autogrill España/Comisión*– (NFJ056281) y asunto T-399/11 –*Banco Santander y Santusa/Comisión*– (NFJ056280), que anulaban las Decisiones de la Comisión Europea por las que se declaraba incompatible con el régimen de ayudas de Estado de la Unión Europea una norma española, contenida en el artículo 12.5 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 (en adelante, TRLIS), que permitía la amortización del fondo de comercio financiero que se pusiera de manifiesto en la adquisición de participaciones de sociedades extranjeras<sup>1</sup>.

Esta ventaja consistía en la posibilidad de deducir como gasto la amortización del denominado fondo de comercio financiero cuando una sociedad española adquiría participaciones significativas (de, al menos, un 5%) en entidades no residentes en territorio español (gravadas por un impuesto extranjero análogo al impuesto sobre sociedades), siempre que dichas participaciones se mantuvieran, de manera interrumpida, durante al menos un año<sup>2</sup>.

Como consecuencia de la publicación de sendas decisiones, se obligaba a las empresas que se habían visto beneficiadas por el régimen contenido en el artículo 12.5 del TRLIS a reintegrar el importe de las cuotas que hubieran dejado de ingresar –con sus correspondientes intereses de demora– al declararse dicha ventaja como contraria al Derecho de la Unión Europea. Sin embargo, con la anulación de dichas decisiones por parte del TGUE, dicha obligación de reintegro desapareció.

---

<sup>1</sup> A través del asunto T-219/10 (NFJ056281) se anuló la Decisión de la Comisión de 28 de octubre de 2009 relativa a la amortización fiscal del fondo de comercio financiero para la adquisición de participaciones extranjeras C-45/07 aplicada por España. Dicha Decisión se limitaba a las adquisiciones realizadas en el interior de la Unión Europea. Por su parte, con el asunto T-399/11 (NFJ056280) se anuló la Decisión de la Comisión de 12 de enero de 2011 relativa a la amortización del fondo de comercio financiero para la adquisición de participaciones extranjeras C-45/07 aplicada por España. En virtud de la misma, 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 Europea. No obstante, con base en el principio de confianza legítima, la Comisión decidió limitar el alcance de la obligación de recuperación contenida en ambas decisiones hasta la fecha de publicación en el Diario Oficial de la Unión Europea de la Decisión de la Comisión de incoar el procedimiento de investigación formal con arreglo al artículo 88, apartado 2, del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea –en adelante, TCE–, esto es, el 21 de diciembre de 2007.

<sup>2</sup> El fondo de comercio se determinaba deduciendo el valor de mercado de los activos materiales e inmateriales de la empresa participada del precio de adquisición pagado por la participación. Esta diferencia era deducible de la base imponible con el límite anual máximo de la veintava parte de su importe.

Las demandantes, Autogrill España, SA y Banco Santander, SA/Santusa Holding, SL, sostenían en sus respectivos recursos que el régimen controvertido no tenía carácter selectivo en el sentido del (entonces vigente) artículo 87 del TCE<sup>3</sup>.

Por su parte, la Comisión, que sí consideraba que el régimen controvertido era contrario al régimen de ayudas de Estado, se basaba en la existencia de una analogía entre la ventaja concedida en este caso (exportación de capital) y la ventaja concedida en el caso de exportación de bienes, que había sido declarada por la Comisión como medida selectiva<sup>4</sup>.

A grandes rasgos, la labor del TGUE residía en determinar si la norma constituía una medida general o si, por el contrario, tenía carácter selectivo. Como sabemos, el método tradicional de análisis aplicable a la selectividad en materia tributaria requiere examinar si, teniendo en cuenta el «marco de referencia», dicha medida constituye una ventaja para determinadas sociedades en comparación con otras que se encuentran en una situación fáctica y jurídica comparable<sup>5</sup>.

En sus decisiones, la Comisión consideró que el «marco de referencia» era el régimen español general del impuesto sobre sociedades, entendiendo que la medida controvertida tenía como consecuencia la aplicación a las empresas que tributaban en España y que adquirían participaciones en sociedades establecidas en el extranjero de un tratamiento fiscal diferente del que se aplicaba a las empresas que tributaban en España pero que, por el contrario, adquirían participaciones en sociedades establecidas en España (a pesar de que, en principio, estas dos categorías de empresas se encontraban en situaciones comparables). En definitiva, la Comisión consideró que el fin último de esta norma era el de favorecer la exportación de capital desde España.

Sin embargo, a juicio del TGUE, la determinación de una categoría de empresas que sean las únicas favorecidas por la medida en cuestión es un requisito necesario para el reconocimiento de la

<sup>3</sup> Dicho artículo se encuentra recogido a día de hoy en el artículo 107 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (en adelante, TFUE) donde se establece que: «serán incompatibles con el mercado interior, en la medida en que afecten a los intercambios comerciales entre Estados miembros, las ayudas otorgadas por los Estados o mediante fondos estatales, bajo cualquier forma, que falseen o amenacen falsear la competencia, favoreciendo a determinadas empresas o producciones».

<sup>4</sup> La Comisión Europea, mediante decisión C (2006) 444 final, de 22 de marzo de 2006, adoptada en el asunto Ayuda de Estado n.º E 22/2004-España, consideró que el artículo 37 del TRLIS, bajo la rúbrica «deducción por actividades de exportación», ofrecía una ventaja con arreglo al artículo 87, apartado 1, del TCE.

<sup>5</sup> En este sentido, el TGUE, en su asunto T-219/10 (NFJ056281), apartado 33, señalaba lo siguiente: «la calificación de una medida fiscal nacional como "selectiva" presupone, en un primer momento, la identificación y el examen previos del régimen fiscal general o "normal" aplicable en el Estado miembro de que se trate. A la luz de este régimen fiscal general o "normal" debe apreciarse, en un segundo momento, el eventual carácter selectivo de la ventaja otorgada por la medida fiscal de que se trate asegurándose de que dicha medida supone una excepción al referido régimen general en la medida en que introduce distinciones entre operadores económicos que, con respecto al objetivo asignado al sistema fiscal de dicho Estado miembro, se encuentran en una situación fáctica y jurídica comparable [...]. En su caso, en un tercer momento, procederá examinar si el Estado miembro de que se trate ha logrado demostrar que la medida está justificada por la naturaleza o la estructura del sistema en el que se inscribe».

existencia de una ayuda de Estado, pues el artículo 107 del TFUE (en aquel momento, art. 87 del TCE) dispone que la ventaja debe favorecer a «determinadas empresas o producciones».

El TGUE entendió que, aun suponiendo que se hubiera demostrado la existencia de una excepción al «marco de referencia» identificado por la Comisión, dicha excepción no permitía por sí sola afirmar que la medida controvertida favorece a «determinadas empresas o producciones» pues esta era, en principio, accesible para cualquier sujeto pasivo, no dirigiéndose a ninguna categoría particular de empresas o de producciones, sino más bien a una categoría de operaciones económicas.

Partiendo de este razonamiento, el TGUE concluyó que no pueden incluirse en una única categoría las empresas beneficiarias que no comparten ninguna característica propia que permita distinguir las de las demás empresas, más allá del hecho de que puedan satisfacer los requisitos a que se supedita la aplicación de la medida.

También se pronunció el TGUE sobre la relación entre el criterio de la selectividad y la posible afectación a la competencia, señalando que son dos criterios que no deben mezclarse, puesto que el criterio de la selectividad debe ser apreciado únicamente en términos de derecho nacional.

Por último, por lo que respecta a la posible similitud del caso con la deducción por actividades a la exportación a la que hemos hecho referencia anteriormente, el TGUE consideró que en aquel caso el ámbito de aplicación de la medida (art. 37 del TRLIS) no solo contemplaba la adquisición de participaciones en sociedades directamente relacionadas con la actividad de exportación de bienes o servicios, sino que en el presupuesto de la norma se incluían, además, otras actividades, por lo que podía entenderse que aquella ventaja se reservaba a determinadas empresas (y, en particular, a aquellas que realizan actividades de exportación), y no exclusivamente a determinadas operaciones económicas.

## 2. DOCTRINA DEL TRIBUNAL

Como sabemos, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante, TJUE) ejerce un control sobre la actividad del TGUE a través del recurso de casación previsto en el artículo 256 del TFUE y en los artículos 56 a 61 del Estatuto del TJUE<sup>6</sup>. La interposición del recurso debe llevarse a cabo, con carácter general, en el plazo de dos meses a contar desde la notificación de la resolución impugnada.

---

<sup>6</sup> Debemos tener en cuenta que la revisión del asunto tramitado en primera instancia se limita únicamente a las cuestiones de Derecho plasmadas en la resolución impugnada. De acuerdo con los artículos 169 y 170 del Reglamento de Procedimiento del TJUE el objeto del recurso de casación solo puede referirse a dos tipos de pretensiones: a) la anulación total o parcial de la resolución del TGUE impugnada, tal y como figura en su fallo; y b) la estimación de todas o parte de las pretensiones que se adujeron en primera instancia. En consecuencia, el recurrente no puede añadir ninguna pretensión nueva que modifique el objeto del litigio planteado ante el TGUE.

Mediante los recursos de casación C-20/15 P y C-21/15 P, la Comisión europea solicitó tanto la anulación de la Sentencias T-219/10 (NFJ056281) y T-399/11 (NFJ056280) del TGUE por las que, como hemos señalado anteriormente, dicho tribunal anulaba las decisiones 2011/5/CE y 2011/282/UE, como la devolución de los respectivos asuntos al TGUE.

Para fundamentar sus recursos de casación, la Comisión alegó un motivo único, estructurado en dos partes, basándose en un error de Derecho del TGUE al interpretar el requisito de la selectividad.

Mediante la primera parte de su motivo único, la Comisión reprochaba al TGUE un error de Derecho al haberle impuesto, con objeto de demostrar el carácter selectivo de la medida, la obligación de señalar un grupo de empresas con características propias al que la ventaja fiscal contenida en el artículo 12.5 del TRLIS resultase de aplicación.

A juicio del TGUE, correspondía a la Comisión, que entendía que dicha medida constituía una excepción al «marco de referencia», demostrar que esta medida, pese a conferir a su juicio una ventaja de alcance general (pues podía favorecer al conjunto de aquellas empresas que llevasen a cabo tales operaciones), se otorgaba exclusivamente a determinadas empresas o a determinados sectores de actividad.

La Comisión reprochó asimismo al TGUE un error de Derecho por haber declarado que una medida como la controvertida no era selectiva por estar relacionada con la compra de activos específicos (participaciones en sociedades extranjeras) y, en principio, no excluir de sus ventajas a ninguna categoría de empresas.

Por su parte, el TJUE entiende que, por lo que respecta al requisito de la selectividad, su apreciación requiere que se determine si, en el marco de un régimen jurídico determinado, la medida nacional en cuestión puede favorecer a «determinadas empresas o producciones» en relación con otras que se encuentran en una situación fáctica y jurídica comparable, habida cuenta del objetivo perseguido por el referido régimen.

A juicio del TJUE, aunque el TGUE declaró que, en todo caso, debe identificarse una categoría particular de empresas que sean las únicas favorecidas por la medida en cuestión, tal exigencia adicional de identificación de una categoría particular de empresas no se deduce de su propia jurisprudencia.

Así, según se desprende de la jurisprudencia reiterada del TJUE, es suficiente para considerar que una medida de excepción a un régimen tributario común es selectiva con que se demuestre que la medida favorece a determinados operadores y no a otros cuando el conjunto de esos operadores se encuentra en una situación objetivamente comparable, habida cuenta del objetivo perseguido por el régimen tributario común.

En este sentido, contrariamente a lo que declaró en su momento el TGUE, para demostrar la selectividad de una medida, no puede exigirse que la Comisión identifique determinadas ca-

racterísticas propias y específicas, comunes a las empresas que disfrutaban de la ventaja fiscal, que permitan distinguirlas de aquellas que quedan excluidas de él. El TJUE entiende que es suficiente con que la medida tenga el efecto de situar a las empresas beneficiarias en una situación más ventajosa que la de otras empresas.

Del mismo modo el tribunal consideró que el hecho de que el número de empresas que puedan acogerse a una medida nacional sea muy significativo –o de que dichas empresas pertenezcan a sectores de actividad diferenciados– no es suficiente para desvirtuar su carácter selectivo y, en consecuencia, para excluir la calificación de ayuda de Estado.

Asimismo, el tribunal entendió que el posible carácter selectivo de la medida controvertida no quedaba desvirtuado por el hecho de que el requisito esencial para conseguir la ventaja fiscal otorgada por esta medida se refiera a una operación económica (y, en particular, a una operación financiera) que no está acompañada de un importe mínimo de inversión y que es independiente de la naturaleza de la actividad de las empresas beneficiarias.

El TJUE llega a la conclusión de que el TGUE incurrió en error de Derecho al anular parcialmente las decisiones controvertidas por no haber determinado la Comisión una categoría dada de empresas favorecidas por la medida fiscal en cuestión, sin comprobar si la Comisión había efectivamente analizado y demostrado el carácter discriminatorio de esa medida.

Por lo que respecta a las ayudas a la exportación invocada en las decisiones controvertidas (segunda parte de su motivo único), la Comisión reprochó al TGUE el haber introducido una distinción artificial entre las ayudas a la exportación y las ayudas a la exportación de capitales, pues, con cierta lógica, entiende que, al no haber diferencia alguna entre ambas actividades, la medida controvertida tenía carácter selectivo por los mismos motivos que las medidas sobre las ayudas a la exportación invocadas en las decisiones controvertidas.

En otro orden de ideas, apoyando la tesis de la Comisión, el TJUE estimó que el TGUE incurrió en error de Derecho al declarar que esa jurisprudencia no versaba sobre el requisito relativo a la repercusión en la competencia y en los intercambios comerciales. En concreto, el tribunal señaló que una medida como la controvertida, que pretende favorecer las exportaciones, puede considerarse selectiva si beneficia a las empresas que realizan operaciones transfronterizas, en particular operaciones de inversión, en detrimento de otras empresas que se encuentran en una situación comparable, en relación con el objetivo perseguido por el régimen tributario de que se trate, y lleven a cabo operaciones similares en el territorio nacional.

En consecuencia, el TJUE entendió que, al estar fundado el motivo único de la Comisión en sus dos partes, procedía estimar el recurso de casación y, en consecuencia, anular la resolución del TGUE.

En el artículo 61 del Estatuto del TJUE se señala que, cuando se estime el recurso de casación, el TJUE anulará la resolución del TGUE. En tal caso, el TJUE podrá o bien resolver él mismo definitivamente el litigio, cuando su estado así lo permita, o bien devolver el asunto al

TGUE para que este último lo resuelva. En caso de devolución, el TGUE estará vinculado por las cuestiones de derecho dirimidas por la resolución del TJUE.

En este caso, dado que el TGUE había estimado dos recursos de anulación sin haber examinado tres de los cuatro motivos invocados en cada uno de estos recursos y no haber comprobado, al examinar el primer motivo de dichos recursos, si las empresas que no reunían los requisitos para conseguir la ventaja fiscal concedida por la medida controvertida se encontraban, en relación con el objetivo perseguido por el régimen tributario en cuestión, en una situación fáctica y jurídica comparable a la de las empresas favorecidas por esa medida, procedía devolver ambos asuntos al TGUE<sup>7</sup>.

### 3. COMENTARIO CRÍTICO

Es innegable que el de las ayudas de Estado es un tema que ha ocupado muchas páginas en los últimos tiempos, especialmente por lo que se refiere a las ventajas fiscales selectivas ofrecidas por algunos países a grandes compañías como Apple, Fiat o Starbucks, en su gran mayoría relacionadas con los mecanismos de precios de transferencia<sup>8</sup>.

A nuestro juicio, los pronunciamientos del TGUE supusieron un importante cambio de rumbo por lo que respecta a la interpretación del criterio de selectividad en su aplicación a normas de naturaleza tributaria (y, en concreto, en lo que se refiere a la distinción entre normas generales y selectivas). El razonamiento del TGUE fue que la medida no era selectiva porque no beneficiaba a un grupo específico de empresas (y que, en consecuencia, cualquier sujeto pasivo del impuesto sobre sociedades podía beneficiarse de ella). En definitiva, se entendía que el régimen no se dirigía a ninguna categoría particular de empresas, sino a una categoría de operaciones económicas.

<sup>7</sup> En el asunto T-219/10 (NFJ056281) los motivos invocados fueron los siguientes: el primero se basa en un error de Derecho en la aplicación del requisito de selectividad realizada por la Comisión; el segundo, en que la medida no tiene carácter selectivo debido a que la distinción que establece se deriva de la naturaleza o de la estructura del sistema en el que se inscribe; el tercero, en que la medida no proporciona ninguna ventaja a las sociedades a las que se aplica el régimen controvertido; y el cuarto, en que, en lo que respecta tanto al criterio de selectividad como al de existencia de una ventaja, la Decisión impugnada carece de motivación. En el asunto T-399/11 (NFJ056280) se invocaron cinco motivos: el primero se basa en un error de Derecho en la aplicación del requisito de selectividad realizada por la Comisión; el segundo, en un error en la identificación del sistema de referencia; el tercero, en que la medida no tiene carácter selectivo debido a que la distinción que establece se deriva de la naturaleza o de la estructura del sistema en el que se inscribe; el cuarto, en que la medida no proporciona ninguna ventaja a las sociedades a las que se aplica el régimen controvertido; y el quinto, en que, en lo que respecta tanto al criterio de selectividad como al de existencia de una ventaja, la Decisión impugnada carece de motivación. Tanto en una como en otra, únicamente se analizó el primer motivo por el TGUE.

<sup>8</sup> En tal sentido nos parece interesante destacar la entrada en vigor, a partir del 1 de enero de 2017, de las nuevas normas de transparencia para los acuerdos tributarios en virtud de las cuales los Estados miembros estarán obligados a intercambiar automáticamente la información sobre todos los nuevos acuerdos tributarios con efecto transfronterizo que hayan formulado.

¿Tiene sentido que la mera exigencia del cumplimiento de una serie de requisitos para la aplicación de un determinado incentivo fiscal sea catalogada como una ayuda de Estado prohibida por el artículo 107 del TFUE? Entendemos que esto entraría en directa colisión con el principio de soberanía fiscal, especialmente predicable en el ámbito de la fiscalidad directa, y supondría una intromisión desmesurada por parte de la Comisión en la normativa interna de los distintos Estados miembros.

En tal sentido, nos parece interesante traer aquí las palabras de MALVÁREZ PASCUAL cuando señala que «los criterios aplicados en estos últimos años por las instituciones europeas han llevado a calificar como selectivas numerosas medidas de carácter general, dirigidas a una pluralidad de destinatarios y cuyo ámbito de aplicación no se restringía *a priori* por la norma»<sup>9</sup>.

Sin embargo, era previsible que si la Comisión interponía un recurso de casación ante el TJUE, este corrigiese el razonamiento del TGUE, en la medida en que se apartaba de su jurisprudencia. No obstante, como hemos señalado anteriormente, para tener una resolución definitiva sobre la existencia (o no) de ayuda de Estado habrá que esperar a que el TGUE dicte su nueva sentencia (que volverá a ser susceptible de recurso de casación ante el TJUE).

A grandes rasgos, con su pronunciamiento, el TJUE ha declarado que una medida de carácter fiscal debe considerarse selectiva, independientemente de su carácter más o menos general, siempre que introduzca una diferencia de trato entre sujetos pasivos que se encuentren en una situación fáctica o jurídica semejante. A su juicio, la Comisión únicamente estaba obligada a demostrar que el artículo 12.5 del TRLIS, pese a conferir una ventaja de alcance general para todas aquellas empresas que llevasen a cabo la adquisición de entidades en el extranjero, la otorgaba exclusivamente a determinadas empresas o a determinados sectores de actividad.

Por último, señalar que entendemos que, una vez casadas las sentencias que anularon las decisiones de 2009 y 2011, tales decisiones vuelven a ser aplicables, reactivándose la obligación de recuperación por parte de las autoridades españolas. Recuperación esta que también resulta de aplicación en virtud de lo ordenado en la Decisión de la Comisión de 15 de octubre de 2014 relativa a la ayuda estatal ejecutada por España, sobre una interpretación administrativa del artículo 12.5 del TRLIS, a tenor de la cual se entendía que las empresas que podían continuar aplicando el régimen también podían amortizar fiscalmente el fondo de comercio financiero derivado de la adquisición indirecta de participaciones mediante la adquisición de sociedades *holding* extranjeras.

---

<sup>9</sup> MALVÁREZ PASCUAL, L. A.: «La doctrina del Tribunal General de la UE en el caso de la amortización fiscal del fondo de comercio financiero: un cambio de criterio de alcance general en la distinción entre medidas generales y selectivas», *Quincena Fiscal*, n.º 22, 2014, págs. 127-158.

Las demandantes, Autogrill España, SA y Banco Santander, SA/Santusa Holding, SL, sostenían en sus respectivos recursos que el régimen controvertido no tenía carácter selectivo en el sentido del (entonces vigente) artículo 87 del TCE<sup>3</sup>.

Por su parte, la Comisión, que sí consideraba que el régimen controvertido era contrario al régimen de ayudas de Estado, se basaba en la existencia de una analogía entre la ventaja concedida en este caso (exportación de capital) y la ventaja concedida en el caso de exportación de bienes, que había sido declarada por la Comisión como medida selectiva<sup>4</sup>.

A grandes rasgos, la labor del TGUE residía en determinar si la norma constituía una medida general o si, por el contrario, tenía carácter selectivo. Como sabemos, el método tradicional de análisis aplicable a la selectividad en materia tributaria requiere examinar si, teniendo en cuenta el «marco de referencia», dicha medida constituye una ventaja para determinadas sociedades en comparación con otras que se encuentran en una situación fáctica y jurídica comparable<sup>5</sup>.

En sus decisiones, la Comisión consideró que el «marco de referencia» era el régimen español general del impuesto sobre sociedades, entendiendo que la medida controvertida tenía como consecuencia la aplicación a las empresas que tributaban en España y que adquirían participaciones en sociedades establecidas en el extranjero de un tratamiento fiscal diferente del que se aplicaba a las empresas que tributaban en España pero que, por el contrario, adquirían participaciones en sociedades establecidas en España (a pesar de que, en principio, estas dos categorías de empresas se encontraban en situaciones comparables). En definitiva, la Comisión consideró que el fin último de esta norma era el de favorecer la exportación de capital desde España.

Sin embargo, a juicio del TGUE, la determinación de una categoría de empresas que sean las únicas favorecidas por la medida en cuestión es un requisito necesario para el reconocimiento de la

<sup>3</sup> Dicho artículo se encuentra recogido a día de hoy en el artículo 107 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (en adelante, TFUE) donde se establece que: «serán incompatibles con el mercado interior, en la medida en que afecten a los intercambios comerciales entre Estados miembros, las ayudas otorgadas por los Estados o mediante fondos estatales, bajo cualquier forma, que falseen o amenacen falsear la competencia, favoreciendo a determinadas empresas o producciones».

<sup>4</sup> La Comisión Europea, mediante decisión C (2006) 444 final, de 22 de marzo de 2006, adoptada en el asunto Ayuda de Estado n.º E 22/2004-España, consideró que el artículo 37 del TRLIS, bajo la rúbrica «deducción por actividades de exportación», ofrecía una ventaja con arreglo al artículo 87, apartado 1, del TCE.

<sup>5</sup> En este sentido, el TGUE, en su asunto T-219/10 (NFJ056281), apartado 33, señalaba lo siguiente: «la calificación de una medida fiscal nacional como "selectiva" presupone, en un primer momento, la identificación y el examen previos del régimen fiscal general o "normal" aplicable en el Estado miembro de que se trate. A la luz de este régimen fiscal general o "normal" debe apreciarse, en un segundo momento, el eventual carácter selectivo de la ventaja otorgada por la medida fiscal de que se trate asegurándose de que dicha medida supone una excepción al referido régimen general en la medida en que introduce distinciones entre operadores económicos que, con respecto al objetivo asignado al sistema fiscal de dicho Estado miembro, se encuentran en una situación fáctica y jurídica comparable [...]. En su caso, en un tercer momento, procederá examinar si el Estado miembro de que se trate ha logrado demostrar que la medida está justificada por la naturaleza o la estructura del sistema en el que se inscribe».

existencia de una ayuda de Estado, pues el artículo 107 del TFUE (en aquel momento, art. 87 del TCE) dispone que la ventaja debe favorecer a «determinadas empresas o producciones».

El TGUE entendió que, aun suponiendo que se hubiera demostrado la existencia de una excepción al «marco de referencia» identificado por la Comisión, dicha excepción no permitía por sí sola afirmar que la medida controvertida favorece a «determinadas empresas o producciones» pues esta era, en principio, accesible para cualquier sujeto pasivo, no dirigiéndose a ninguna categoría particular de empresas o de producciones, sino más bien a una categoría de operaciones económicas.

Partiendo de este razonamiento, el TGUE concluyó que no pueden incluirse en una única categoría las empresas beneficiarias que no comparten ninguna característica propia que permita distinguirlas de las demás empresas, más allá del hecho de que puedan satisfacer los requisitos a que se supedita la aplicación de la medida.

También se pronunció el TGUE sobre la relación entre el criterio de la selectividad y la posible afectación a la competencia, señalando que son dos criterios que no deben mezclarse, puesto que el criterio de la selectividad debe ser apreciado únicamente en términos de derecho nacional.

Por último, por lo que respecta a la posible similitud del caso con la deducción por actividades a la exportación a la que hemos hecho referencia anteriormente, el TGUE consideró que en aquel caso el ámbito de aplicación de la medida (art. 37 del TRLIS) no solo contemplaba la adquisición de participaciones en sociedades directamente relacionadas con la actividad de exportación de bienes o servicios, sino que en el presupuesto de la norma se incluían, además, otras actividades, por lo que podía entenderse que aquella ventaja se reservaba a determinadas empresas (y, en particular, a aquellas que realizan actividades de exportación), y no exclusivamente a determinadas operaciones económicas.

## 2. DOCTRINA DEL TRIBUNAL

Como sabemos, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante, TJUE) ejerce un control sobre la actividad del TGUE a través del recurso de casación previsto en el artículo 256 del TFUE y en los artículos 56 a 61 del Estatuto del TJUE<sup>6</sup>. La interposición del recurso debe llevarse a cabo, con carácter general, en el plazo de dos meses a contar desde la notificación de la resolución impugnada.

---

<sup>6</sup> Debemos tener en cuenta que la revisión del asunto tramitado en primera instancia se limita únicamente a las cuestiones de Derecho plasmadas en la resolución impugnada. De acuerdo con los artículos 169 y 170 del Reglamento de Procedimiento del TJUE el objeto del recurso de casación solo puede referirse a dos tipos de pretensiones: a) la anulación total o parcial de la resolución del TGUE impugnada, tal y como figura en su fallo; y b) la estimación de todas o parte de las pretensiones que se adujeron en primera instancia. En consecuencia, el recurrente no puede añadir ninguna pretensión nueva que modifique el objeto del litigio planteado ante el TGUE.

Mediante los recursos de casación C-20/15 P y C-21/15 P, la Comisión europea solicitó tanto la anulación de la Sentencias T-219/10 (NFJ056281) y T-399/11 (NFJ056280) del TGUE por las que, como hemos señalado anteriormente, dicho tribunal anulaba las decisiones 2011/5/CE y 2011/282/UE, como la devolución de los respectivos asuntos al TGUE.

Para fundamentar sus recursos de casación, la Comisión alegó un motivo único, estructurado en dos partes, basándose en un error de Derecho del TGUE al interpretar el requisito de la selectividad.

Mediante la primera parte de su motivo único, la Comisión reprochaba al TGUE un error de Derecho al haberle impuesto, con objeto de demostrar el carácter selectivo de la medida, la obligación de señalar un grupo de empresas con características propias al que la ventaja fiscal contenida en el artículo 12.5 del TRLIS resultase de aplicación.

A juicio del TGUE, correspondía a la Comisión, que entendía que dicha medida constituía una excepción al «marco de referencia», demostrar que esta medida, pese a conferir a su juicio una ventaja de alcance general (pues podía favorecer al conjunto de aquellas empresas que llevasen a cabo tales operaciones), se otorgaba exclusivamente a determinadas empresas o a determinados sectores de actividad.

La Comisión reprochó asimismo al TGUE un error de Derecho por haber declarado que una medida como la controvertida no era selectiva por estar relacionada con la compra de activos específicos (participaciones en sociedades extranjeras) y, en principio, no excluir de sus ventajas a ninguna categoría de empresas.

Por su parte, el TJUE entiende que, por lo que respecta al requisito de la selectividad, su apreciación requiere que se determine si, en el marco de un régimen jurídico determinado, la medida nacional en cuestión puede favorecer a «determinadas empresas o producciones» en relación con otras que se encuentran en una situación fáctica y jurídica comparable, habida cuenta del objetivo perseguido por el referido régimen.

A juicio del TJUE, aunque el TGUE declaró que, en todo caso, debe identificarse una categoría particular de empresas que sean las únicas favorecidas por la medida en cuestión, tal exigencia adicional de identificación de una categoría particular de empresas no se deduce de su propia jurisprudencia.

Así, según se desprende de la jurisprudencia reiterada del TJUE, es suficiente para considerar que una medida de excepción a un régimen tributario común es selectiva con que se demuestre que la medida favorece a determinados operadores y no a otros cuando el conjunto de esos operadores se encuentra en una situación objetivamente comparable, habida cuenta del objetivo perseguido por el régimen tributario común.

En este sentido, contrariamente a lo que declaró en su momento el TGUE, para demostrar la selectividad de una medida, no puede exigirse que la Comisión identifique determinadas ca-

racterísticas propias y específicas, comunes a las empresas que disfrutan de la ventaja fiscal, que permitan distinguirlas de aquellas que quedan excluidas de él. El TJUE entiende que es suficiente con que la medida tenga el efecto de situar a las empresas beneficiarias en una situación más ventajosa que la de otras empresas.

Del mismo modo el tribunal consideró que el hecho de que el número de empresas que puedan acogerse a una medida nacional sea muy significativo –o de que dichas empresas pertenezcan a sectores de actividad diferenciados– no es suficiente para desvirtuar su carácter selectivo y, en consecuencia, para excluir la calificación de ayuda de Estado.

Asimismo, el tribunal entendió que el posible carácter selectivo de la medida controvertida no quedaba desvirtuado por el hecho de que el requisito esencial para conseguir la ventaja fiscal otorgada por esta medida se refiera a una operación económica (y, en particular, a una operación financiera) que no está acompañada de un importe mínimo de inversión y que es independiente de la naturaleza de la actividad de las empresas beneficiarias.

El TJUE llega a la conclusión de que el TGUE incurrió en error de Derecho al anular parcialmente las decisiones controvertidas por no haber determinado la Comisión una categoría dada de empresas favorecidas por la medida fiscal en cuestión, sin comprobar si la Comisión había efectivamente analizado y demostrado el carácter discriminatorio de esa medida.

Por lo que respecta a las ayudas a la exportación invocada en las decisiones controvertidas (segunda parte de su motivo único), la Comisión reprochó al TGUE el haber introducido una distinción artificial entre las ayudas a la exportación y las ayudas a la exportación de capitales, pues, con cierta lógica, entiende que, al no haber diferencia alguna entre ambas actividades, la medida controvertida tenía carácter selectivo por los mismos motivos que las medidas sobre las ayudas a la exportación invocadas en las decisiones controvertidas.

En otro orden de ideas, apoyando la tesis de la Comisión, el TJUE estimó que el TGUE incurrió en error de Derecho al declarar que esa jurisprudencia no versaba sobre el requisito relativo a la repercusión en la competencia y en los intercambios comerciales. En concreto, el tribunal señaló que una medida como la controvertida, que pretende favorecer las exportaciones, puede considerarse selectiva si beneficia a las empresas que realizan operaciones transfronterizas, en particular operaciones de inversión, en detrimento de otras empresas que se encuentran en una situación comparable, en relación con el objetivo perseguido por el régimen tributario de que se trate, y lleven a cabo operaciones similares en el territorio nacional.

En consecuencia, el TJUE entendió que, al estar fundado el motivo único de la Comisión en sus dos partes, procedía estimar el recurso de casación y, en consecuencia, anular la resolución del TGUE.

En el artículo 61 del Estatuto del TJUE se señala que, cuando se estime el recurso de casación, el TJUE anulará la resolución del TGUE. En tal caso, el TJUE podrá o bien resolver él mismo definitivamente el litigio, cuando su estado así lo permita, o bien devolver el asunto al

TGUE para que este último lo resuelva. En caso de devolución, el TGUE estará vinculado por las cuestiones de derecho dirimidas por la resolución del TJUE.

En este caso, dado que el TGUE había estimado dos recursos de anulación sin haber examinado tres de los cuatro motivos invocados en cada uno de estos recursos y no haber comprobado, al examinar el primer motivo de dichos recursos, si las empresas que no reunían los requisitos para conseguir la ventaja fiscal concedida por la medida controvertida se encontraban, en relación con el objetivo perseguido por el régimen tributario en cuestión, en una situación fáctica y jurídica comparable a la de las empresas favorecidas por esa medida, procedía devolver ambos asuntos al TGUE<sup>7</sup>.

### 3. COMENTARIO CRÍTICO

Es innegable que el de las ayudas de Estado es un tema que ha ocupado muchas páginas en los últimos tiempos, especialmente por lo que se refiere a las ventajas fiscales selectivas ofrecidas por algunos países a grandes compañías como Apple, Fiat o Starbucks, en su gran mayoría relacionadas con los mecanismos de precios de transferencia<sup>8</sup>.

A nuestro juicio, los pronunciamientos del TGUE supusieron un importante cambio de rumbo por lo que respecta a la interpretación del criterio de selectividad en su aplicación a normas de naturaleza tributaria (y, en concreto, en lo que se refiere a la distinción entre normas generales y selectivas). El razonamiento del TGUE fue que la medida no era selectiva porque no beneficiaba a un grupo específico de empresas (y que, en consecuencia, cualquier sujeto pasivo del impuesto sobre sociedades podía beneficiarse de ella). En definitiva, se entendía que el régimen no se dirigía a ninguna categoría particular de empresas, sino a una categoría de operaciones económicas.

<sup>7</sup> En el asunto T-219/10 (NFJ056281) los motivos invocados fueron los siguientes: el primero se basa en un error de Derecho en la aplicación del requisito de selectividad realizada por la Comisión; el segundo, en que la medida no tiene carácter selectivo debido a que la distinción que establece se deriva de la naturaleza o de la estructura del sistema en el que se inscribe; el tercero, en que la medida no proporciona ninguna ventaja a las sociedades a las que se aplica el régimen controvertido; y el cuarto, en que, en lo que respecta tanto al criterio de selectividad como al de existencia de una ventaja, la Decisión impugnada carece de motivación. En el asunto T-399/11 (NFJ056280) se invocaron cinco motivos: el primero se basa en un error de Derecho en la aplicación del requisito de selectividad realizada por la Comisión; el segundo, en un error en la identificación del sistema de referencia; el tercero, en que la medida no tiene carácter selectivo debido a que la distinción que establece se deriva de la naturaleza o de la estructura del sistema en el que se inscribe; el cuarto, en que la medida no proporciona ninguna ventaja a las sociedades a las que se aplica el régimen controvertido; y el quinto, en que, en lo que respecta tanto al criterio de selectividad como al de existencia de una ventaja, la Decisión impugnada carece de motivación. Tanto en una como en otra, únicamente se analizó el primer motivo por el TGUE.

<sup>8</sup> En tal sentido nos parece interesante destacar la entrada en vigor, a partir del 1 de enero de 2017, de las nuevas normas de transparencia para los acuerdos tributarios en virtud de las cuales los Estados miembros estarán obligados a intercambiar automáticamente la información sobre todos los nuevos acuerdos tributarios con efecto transfronterizo que hayan formulado.

¿Tiene sentido que la mera exigencia del cumplimiento de una serie de requisitos para la aplicación de un determinado incentivo fiscal sea catalogada como una ayuda de Estado prohibida por el artículo 107 del TFUE? Entendemos que esto entraría en directa colisión con el principio de soberanía fiscal, especialmente predicable en el ámbito de la fiscalidad directa, y supondría una intromisión desmesurada por parte de la Comisión en la normativa interna de los distintos Estados miembros.

En tal sentido, nos parece interesante traer aquí las palabras de MALVÁREZ PASCUAL cuando señala que «los criterios aplicados en estos últimos años por las instituciones europeas han llevado a calificar como selectivas numerosas medidas de carácter general, dirigidas a una pluralidad de destinatarios y cuyo ámbito de aplicación no se restringía *a priori* por la norma»<sup>9</sup>.

Sin embargo, era previsible que si la Comisión interponía un recurso de casación ante el TJUE, este corrigiese el razonamiento del TGUE, en la medida en que se apartaba de su jurisprudencia. No obstante, como hemos señalado anteriormente, para tener una resolución definitiva sobre la existencia (o no) de ayuda de Estado habrá que esperar a que el TGUE dicte su nueva sentencia (que volverá a ser susceptible de recurso de casación ante el TJUE).

A grandes rasgos, con su pronunciamiento, el TJUE ha declarado que una medida de carácter fiscal debe considerarse selectiva, independientemente de su carácter más o menos general, siempre que introduzca una diferencia de trato entre sujetos pasivos que se encuentren en una situación fáctica o jurídica semejante. A su juicio, la Comisión únicamente estaba obligada a demostrar que el artículo 12.5 del TRLIS, pese a conferir una ventaja de alcance general para todas aquellas empresas que llevasen a cabo la adquisición de entidades en el extranjero, la otorgaba exclusivamente a determinadas empresas o a determinados sectores de actividad.

Por último, señalar que entendemos que, una vez casadas las sentencias que anularon las decisiones de 2009 y 2011, tales decisiones vuelven a ser aplicables, reactivándose la obligación de recuperación por parte de las autoridades españolas. Recuperación esta que también resulta de aplicación en virtud de lo ordenado en la Decisión de la Comisión de 15 de octubre de 2014 relativa a la ayuda estatal ejecutada por España, sobre una interpretación administrativa del artículo 12.5 del TRLIS, a tenor de la cual se entendía que las empresas que podían continuar aplicando el régimen también podían amortizar fiscalmente el fondo de comercio financiero derivado de la adquisición indirecta de participaciones mediante la adquisición de sociedades *holding* extranjeras.

---

<sup>9</sup> MALVÁREZ PASCUAL, L. A.: «La doctrina del Tribunal General de la UE en el caso de la amortización fiscal del fondo de comercio financiero: un cambio de criterio de alcance general en la distinción entre medidas generales y selectivas», *Quincena Fiscal*, n.º 22, 2014, págs. 127-158.