

Spanish Tax Alert

Amortización fiscal del fondo de comercio financiero para la adquisición de participaciones extranjeras

(Art.12.5 TRLIS)

Área de Fiscal de Gómez-Acebo & Pombo

El pasado viernes, 7 de noviembre del 2014, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea dictó dos sentencias de importante calado para España. Concretamente se trata de la Sentencia del Tribunal General de 7 de noviembre del 2014, dictada en el asunto T-219/10, y la Sentencia del Tribunal General de 7 de noviembre del 2014, dictada en el asunto T-399/11.

Ambas sentencias, en síntesis, anulan los artículos 1, apartado 1, y 4 de la Decisión 2011/282/UE de la Comisión, de 12 de enero del 2011, relativa a la amortización fiscal del fondo de comercio financiero para la adquisición de participaciones extranjeras aplicada por España, y condenan en costas a la Comisión Europea.

A estos efectos, conviene recordar que la citada decisión del 2011 tildaba de selectiva —y por consiguiente de ayuda de Estado— la norma fiscal española (art. 12.5 del Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre sociedades o TRLIS) que permite deducir de la base imponible del impuesto el fondo de comercio financiero resultante de la adquisición de participaciones en una entidad extranjera, por partes iguales durante los siguientes veinte años.

Tras estos nuevos pronunciamientos, entiende el Tribunal General que la norma española no ostenta dicho carácter selectivo, puesto que en ningún momento se dirige a una categoría particular de empresas o producciones, sino que

se encuentra dirigida a una categoría de operaciones económicas.

De este modo, concluye el tribunal que, aunque se trate de una excepción al régimen fiscal general, para que se cumpla el requisito de selectividad, debe en todo caso identificarse una categoría de empresas que sean las únicas favorecidas por la medida, cuestión que no se observa en relación con la citada norma española, dado que la medida resulta potencialmente accesible para todas las empresas.

Asimismo, señala el tribunal que el hecho de que una medida favorezca a las empresas que tributan en un Estado miembro en relación con las empresas que tributan en los demás Estados miembros —en particular, porque facilita las adquisiciones de participaciones por parte de empresas establecidas en ese Estado miembro en el capital de empresas establecidas en el extranjero— carece de relevancia a efectos de examen del criterio de selectividad. En este sentido, el Tribunal General establece que el criterio de selectividad únicamente debe apreciarse respecto del país afectado, por lo que establecer un incentivo fiscal que favorezca la exportación de capitales a terceros países no debe considerarse como una ayuda de Estado.

En definitiva, cabe concluir que, en el grado en que el Tribunal General de la Unión Europea considera que la norma fiscal española no se encuentra dirigida a una categoría concreta y particular de entidades ni puede ser tildada de selectiva por el hecho de

constituir una excepción al régimen fiscal general, dicha medida no podrá tener la consideración de ayuda de Estado y, por consiguiente, no será contraria al Derecho de la Unión Europea.

De igual modo, cabe señalar que las resoluciones dictadas por el Tribunal General pueden ser objeto, en el plazo de dos meses, de un recurso de casación limitado a las cuestiones de Derecho ante el Tribunal de Justicia. Este recurso de casación no tendrá, con carácter general, efecto suspensivo alguno, si bien el Tribunal de Justicia podrá, si estima que las circunstancias así lo exigen, ordenar la suspensión de la ejecución del acto impugnado. En este sentido, si el recurso de casación resultara admisible y se encontrase fundado, el Tribunal de Justicia anularía la resolución del Tribunal General. En el caso de que el Tribunal de Justicia no resuelva el litigio, lo devolverá al Tribunal General, que se encontrará vinculado por la decisión adoptada por el Tribunal de Justicia en el marco del recurso de casación.

Ante este horizonte, cabría plantearse, por parte de aquellas sociedades que hayan sido objeto de algún procedimiento de recuperación de ayudas de Estado, la posibilidad de solicitar el reembolso de aquellas cantidades que se hubieren devuelto en ejecución de lo dispuesto en la citada decisión de la Comisión que impidió la aplicación del artículo 12.5 del TRLIS. A estos efectos, conviene señalar que los tribunales españoles podrían suspender la tramitación de los procedimientos nacionales hasta que se resolviera un previsible recurso de casación.

Del mismo modo, aquellas sociedades que hubieran dejado de aplicar esta amortización fiscal del fondo de comercio financiero tras la promulgación de dicha decisión de la Comisión podrían plantearse la posibilidad de modificar sus autoliquidaciones del impuesto sobre sociedades no prescritas, a los efectos de incluir la aplicación de dicha amortización.