

**AUDIENCIA NACIONAL**

*Sentencia de 17 de octubre de 2024  
Sala de lo Contencioso-Administrativo  
Recurso n.º 500/2017*

**SUMARIO:**

**Ayudas de Estado. IS. Amortización del inmovilizado inmaterial. Amortización fiscal del fondo de comercio financiero para la adquisición de participaciones extranjeras. Recuperación de ayudas de Estado.** Los acuerdos impugnados tenían como finalidad la regularización relativa a la amortización de los fondos de comercio financiero correspondientes a adquisiciones directas de participaciones de entidades no residentes, efectuadas desde el 21 de diciembre de 2017, por la mercantil recurrente y que estaban afectadas por el carácter de ayuda estatal por la Segunda Decisión de 12 de enero de 2011, relativa a la amortización fiscal del fondo de comercio financiero para la adquisición directa de participaciones extranjeras aplicada por España. Lo que la Segunda Decisión viene a declarar ilegal son las deducciones fiscales de las que disfrutaron los sujetos pasivos del IS al realizar las adquisiciones fuera de la Unión, otorgadas en virtud del art. 12.5 del TRLIS, deducciones que pueden materializarse para cada ejercicio bien en una menor cuota a ingresar o en una mayor base imponible negativa a compensar en ejercicios futuros. En este caso, estas deducciones fiscales se practicaron mediante correcciones al resultado contable efectuadas por la reclamante al amparo del artículo 12.5 TRLIS, realizando los siguientes ajustes negativos en 2008, 2009 y 2010. Las liquidaciones practicadas que suponen la eliminación por la inspección en cada ejercicio de los ajustes negativos y el positivo practicados por la reclamante, y con ello, eliminado así las deducciones fiscales en su día practicadas, teniendo en cuenta el principio de independencia de ejercicios, aumentando la base imponible declarada en los ejercicios 2008 a 2010, deben reputarse conforme a lo establecido por la Comisión en su Segunda Decisión y, por ello, desestimarse la pretensión de la reclamante en este punto. No se advierte ninguna irregularidad en el modo en la Administración tributaria ha procedido a eliminar las deducciones fiscales realizadas por la actora, eliminando en cada ejercicio los ajustes practicados en cada ejercicio. La Segunda Decisión de la Comisión no establece el modo de recuperar la ayuda fiscal a recuperar, sino todo lo contrario, solo sirven para determinar el importe de la exacto de la ventaja económica disfrutada. La Administración tributaria al eliminar en cada ejercicio los ajustes realizados por la actora que constituían la ayuda económica ahora a recuperar, por lo que ningún reproche se puede hacer al modo en que se ha procedido a recuperar dicha ayuda.

**Sentencia****AUDIENCIA NACIONAL**

*Sala de lo Contencioso-Administrativo*

**SECCIÓN SEGUNDA**

*Núm. de Recurso: 0000500/2017*

*Tipo de Recurso:*

**PROCEDIMIENTO ORDINARIO**

*Núm. Registro General:*

**03456/2017**

*Demandante:*

**ArcelorMittal Spain Holding, S.L**

*Procurador:*

**MARIA CRUZ REIG GASTON**

*Demandado:*

**TRIBUNAL ECONOMICO ADMINISTRATIVO CENTRAL**

*Abogado Del Estado*

*Ponente Ilmo. Sr.:*

Síguenos en...



**D. MARCIAL VIÑOLY PALOP**

**S E N T E N C I A Nº:**

**Ilma. Sra. Presidente:**

D<sup>a</sup>. MARÍA ASUNCIÓN SALVO TAMBO

**Ilmos. Sres. Magistrados:**

D. MANUEL FERNÁNDEZ-LOMANA GARCÍA

D. FRANCISCO GERARDO MARTINEZ TRISTAN

D. JAVIER EUGENIO LÓPEZ CANDELA

D. MARCIAL VIÑOLY PALOP

Madrid, a diecisiete de octubre de dos mil veinticuatro.

Vistos los autos del recurso contencioso administrativo 500/2017 que ante esta Sala Segunda de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional ha promovido **ArcelorMittal Spain Holding, S.L.**, representada por la Procuradora D<sup>a</sup>. **MARIA CRUZ REIG GASTON**, contra la Resolución dictada por el **TRIBUNAL ECONOMICO ADMINISTRATIVO CENTRAL** de 4 de abril de 2017 por la que se desestimó las reclamaciones económico-administrativas número NUM000 y NUM001, interpuestas contra el acuerdo de liquidación de fecha 10 de febrero de 2012 por el que se practica liquidación provisional por el Impuesto sobre Sociedades, ejercicios 2008 y 2009, y contra el acuerdo de liquidación de fecha 18 de julio de 2012, por el que se practica liquidación provisional por el Impuesto sobre Sociedades, ejercicio 2010. Siendo parte demandada la Administración General del Estado, representada por la Abogacía del Estado.

#### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.**-Por la parte recurrente expresada se interpuso recurso contencioso administrativo, mediante escrito presentado en fecha 13 de junio de 2017, Siendo admitido a trámite el recurso por decreto de fecha 19 de junio de 2017, con reclamación del expediente administrativo.

**SEGUNDO.**-Recibido el expediente administrativo, y, en el momento procesal oportuno, la parte actora formalizó demanda, mediante escrito presentado el 30/10/2017, en el cual, tras alegar los hechos y fundamentos oportunos, terminó suplicando:

*" (...)dicte en su día sentencia por la que, estimando el recurso contencioso administrativo interpuesto por ARCELOR contra las Resolución del TEAC desestimatoria de las reclamaciones económicoadministrativas número NUM000 y NUM001, estime las pretensiones de esta parte, y, consecuentemente, anule los actos recurridos. .... "*

**TERCERO.**-La Abogacía del Estado contestó a la demanda, mediante escrito presentado en fecha 10 de julio de 2018, en el cual, tras alegar los hechos, y, los fundamentos jurídicos que estimó aplicables, terminó suplicando la desestimación del presente recurso.

**CUARTO.**-Fijada la cuantía, y presentadas por las partes conclusiones sucintas, quedaron los autos conclusos y pendientes de señalamiento para votación y fallo cuando por turno correspondiera.

**QUINTO.**-Se señaló para votación y fallo el día 11 de septiembre de 2024, continuando la deliberación el 9 de octubre de 2024, fechas en que se deliberó y votó, habiéndose observado en la tramitación las prescripciones legales.

**SEXTO.** -La cuantía del recurso se ha fijado en 33.505.477,7 euros.

Siendo Magistrado Ponente el Ilmo. Sr. D. Marcial Viñoly Palop, quien expresa el parecer de la Sala.

#### **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**PRIMERO.**-Por la representación de la mercantil ArcelorMittal Spain Holding, S.L se recurre la Resolución dictada por el Tribunal Económico-Administrativo Central de 4 de abril de 2017 por la que se desestimó las reclamaciones económico-administrativas número NUM000 y NUM001, interpuestas contra el acuerdo de liquidación de fecha 10 de febrero de 2012 por el que se practica liquidación provisional por el Impuesto sobre Sociedades, ejercicios 2008 y 2009, y contra el acuerdo de liquidación de fecha 18 de julio de 2012, por el que se practica liquidación provisional por el Impuesto sobre Sociedades, ejercicio 2010.

Síguenos en...



**SEGUNDO.**-A los efectos de resolución del presente procedimiento son de tener en cuenta los siguientes antecedentes de hecho recogidos en la resolución ahora impugnada:

- Con fecha 10 de febrero de 2012 la DCGC dictó Acuerdo de Liquidación respecto de los ejercicios 2008-2009 mediante el que se confirmaba la propuesta contenida en el Acta de disconformidad, desestimándose las alegaciones presentadas por ARCELOR y se regularizaban los ajustes de las sociedades ROZAK, ERDEMIR y LAMINADORA COSTARRICENSE, y añadía la regularización de los ajustes derivados de la aplicación del artículo 12.5 de la TRLIS en relación a la adquisición de la sociedad ACINDAR.

- Con fecha 18 de julio de 2012, la DCGC dictó Acuerdo de liquidación mediante el que se desestimaban las alegaciones presentadas por ARCELOR y se confirmaba la propuesta contenida en el Acta de disconformidad que regularizaba los ajustes de las sociedades ROZAK y ACINDAR.

Dichos acuerdos tenían como finalidad la regularización relativa a la amortización de los fondos de comercio financiero correspondientes a adquisiciones directas de participaciones de entidades no residentes, efectuadas desde el 21 de diciembre de 2007, por la mercantil recurrente y que estaban afectadas por el carácter de ayuda estatal por la 2ª Decisión de 12 de enero de 2011, relativa a la amortización fiscal del fondo de comercio financiero para la adquisición directa de participaciones extranjeras aplicada por España.

- **En el acuerdo de liquidación relativo a los ejercicios 2008-2009 se hace costar:**

**1º Respecto de la adquisición de Erdemir:**

"La amortización fiscal del fondo de comercio financiero generado en la adquisición de la participación en la entidad turca Erdemir con fecha 13 de junio de 2008 constituye un régimen de ayuda estatal ilegal en los términos de la Decisión de 12 de enero de 2011, en la medida que no concurre ninguna de las circunstancias previstas para entender que se renuncie a la recuperación de la Ayuda." Se añadía que "La Comisión concluye que no existen obstáculos jurídicos **explícitos** para las fusiones transfronterizas de empresas **en Turquía**, por lo que insta a las autoridades españolas a que recuperen esta ayuda sin demora."

**2º Respecto de la participación de la adquisición del 35,19 % Acindar:**

"La Comisión, sin embargo, incide en el carácter de obligación no irrevocable, en el sentido de que **los accionistas de Acindar no estaban obligados** a vender la totalidad o parte de sus acciones, cuestión no discutida por el obligado... Esta Oficina Técnica no puede apreciar la existencia de un error en las conclusiones de la Comisión, cuando, como señala el obligado, las condiciones de esta OPA son las generalmente aplicadas en las legislaciones de todos los países, por lo que la Comisión entiende que estas OPAS no entran dentro de los supuestos contemplados en la excepción del artículo 1.3 de la Decisión."

Sobre la existencia de obstáculos jurídicos explícitos se manifiesta que "En este sentido, hay que señalar que Argentina es uno de los estados expresamente mencionados en los apartados 115 y 116 de la Decisión sin que se haya determinado por parte de la Comisión Europea la existencia de tales obstáculos. No se ha presentado justificación relativa a la existencia de dichos obstáculos jurídicos."

**3º Respecto de la adquisición del 51% y 19% de la entidad Rozak:**

A) En relación a la existencia de una condición suspensiva en el contrato de adquisición de la participación, consistente en la autorización imperativa de la autoridad reguladora.

"Una vez examinada dicha documentación por esta Oficina Técnica, cabe concluir que efectivamente, de los términos imprecisos de las normas y de los términos de la propia autorización, no ha quedado suficientemente acreditado si la mencionada autorización era imperativa. De hecho, como veremos a continuación, cabe destacar como hace la inspección, que dicha autorización se otorga a favor de otra entidad del grupo, la entidad francesa AM Distribution S.A, y no parece haberse tramitado otra distinta en favor del obligado que fue quien finalmente llevó a cabo la transacción, lo cual supone un indicio para concluir que la misma no tenía carácter imperativo."

B) En relación a la existencia de una comunicación a la autoridad reguladora competente con anterioridad a la fecha de 21 de diciembre de 2007.

"En definitiva, la excepción que recoge la decisión hace referencia a adquisiciones posteriores a 21 de diciembre, en la medida que a dicha fecha existiera una obligación de compra irrevocable y un contrato con una condición suspensiva relacionada con una autorización pendiente a dicha fecha. En este caso, a 21 de diciembre, no existe condición suspensiva pendiente de una autorización imperativa, en la medida que ya existía la citada autorización y la adquisición del 19% pudo haberse consumado en la misma fecha que la del 51%. No se han acreditado ni justificado las circunstancias por las que en el mismo contrato, y sujeto a las mismas condiciones,

parte del capital se adquiere antes de 21 de diciembre y otra parte en enero. Por ello, no parece que sea más que por la voluntad de las partes, perfeccionada en el mismo contrato, el que existan fechas diferentes."

**4º Respecto a la concurrencia de obstáculos jurídicos explícitos para las combinaciones transfronterizas de empresas en el sentido de la mencionada Decisión (art. 1.4) respecto de la adquisición de las acciones de la entidad Edermir.**

"...se ha concluido que no ha quedado acreditado la existencia de dichos obstáculos explícitos en Turquía, a efectos de la aplicación de la Decisión de la Comisión. Además, la Comisión Europea, mediante carta de 21/10/2011, concluye que no existen obstáculos jurídicos **explícitos** para las fusiones transfronterizas de empresas **en Turquía**, por lo que insta a las autoridades españolas a que recuperen esta ayuda sin demora."

**- En el acuerdo de liquidación relativo al ejercicio 2010 se hace costar:**

**1º Respecto de la adquisición del 0,22% de Acindar:**

"Considera que la amortización fiscal del fondo de comercio financiero generado en la adquisición de la participación del 0,22 % en la entidad Acindar constituye un régimen de ayuda estatal ilegal en los términos de la Decisión de 12 de enero de 2011, en la medida que no se cumple el triple requisito establecido por la Comisión para renunciar a la recuperación de las ayudas obtenidas en la adquisición de participaciones con posterioridad a 21.12.2007." Se llega a tal conclusión por los motivos que los expuestos con la adquisición del 35,19 % de dicha empresa.

**2º Adquisición del 19% de la entidad Rozak**

A) En relación a la existencia de una condición suspensiva en el contrato de adquisición de la participación, consistente en la autorización imperativa de la autoridad reguladora.

"Una vez examinada dicha documentación por esta Oficina Técnica, cabe concluir que efectivamente, de los términos imprecisos de las normas y de los términos de la propia autorización, no ha quedado suficientemente acreditado si la mencionada autorización era imperativa. De hecho, como veremos a continuación, cabe destacar como hace la inspección, que dicha autorización se otorga a favor de otra entidad del grupo, la entidad francesa AM Distribution S.A, y no parece haberse tramitado otra distinta en favor del obligado que fue quien finalmente llevó a cabo la transacción, lo cual supone un indicio para concluir que la misma no tenía carácter imperativo."

B) En relación a la existencia de una comunicación a la autoridad reguladora competente con anterioridad a la fecha de 21 de diciembre de 2007.

"En definitiva, la excepción que recoge la decisión hace referencia a adquisiciones posteriores a 21 de diciembre, en la medida que a dicha fecha existiera una obligación de compra irrevocable y un contrato con una condición suspensiva relacionada con un autorización pendiente a dicha fecha. En este caso, a 21 de diciembre, no existe condición suspensiva pendiente de una autorización imperativa, en la medida que ya existía la citada autorización y la adquisición del 19% pudo haberse consumado en la misma fecha que la del 51%. No se han acreditado ni justificado las circunstancias por las que en el mismo contrato, y sujeto a las mismas condiciones, parte del capital se adquiere antes de 21 de diciembre y otra parte en enero. Por ello, no parece que sea más que por la voluntad de las partes, perfeccionada en el mismo contrato, el que existan fechas diferentes."

**3º Respecto a la concurrencia de obstáculos jurídicos explícitos para las combinaciones transfronterizas de empresas en el sentido de la mencionada Decisión (art. 1.4) respecto de la adquisición de las acciones de la entidad Edermir.**

"La justificación relativa a la existencia de dichos "obstáculos jurídicos explícitos" en Turquía, contenida en el informe encargado por el obligado, no acredita por sí mismo, la existencia de "**obstáculos jurídicos explícitos para las combinaciones transfronterizas de empresas**" en el sentido del artículo 1.4 de la mencionada Decisión.

La Decisión no se remite a un análisis caso por caso, sino al análisis de la legislación del país afectado con carácter general.

Y, como se ha señalado en los antecedentes de hecho, la Comisión Europea, mediante carta de 21/10/2011, ha remitido a las autoridades españolas sus conclusiones sobre ésta regularización. La Comisión concluye que no existen obstáculos jurídicos **explícitos** para las fusiones transfronterizas de empresas en Turquía, por lo que insta a las autoridades españolas a que recuperen esta ayuda sin demora."

**TERCERO.-** Se alega en la demanda:

- Planteamiento de cuestión prejudicial al TJUE, al amparo de lo dispuesto en el artículo 267 del TFUE para el caso de que la no comparta el criterio de que, no concurriendo el requisito de

Síguenos en...



selectividad de la medida cuestionada al no existir situación de comparabilidad con los supuestos de adquisición de participaciones en entidades españolas, el artículo 12.5 del TRLIS no puede considerarse como una ayuda de Estado.

- el periodo de confianza legítima respecto de adquisiciones en sociedades no residentes en la Unión Europea debió extenderse hasta el 21 de mayo de 2011, fecha en que se publicó la Decisión de 12 de enero de 2011 (2ª Decisión), y subsidiariamente, el periodo de confianza legítima debió extenderse respecto a la adquisición de participaciones no comunitarias hasta el 11 de enero de 2011, fecha de publicación de la Primera Decisión, o alternativamente hasta el 28 de octubre de 2009, fecha de la Primera Decisión.

- Respecto de la adquisición de la entidad argentina ACINDAR:

1º Las deducciones fiscales generadas como consecuencia de la adquisición de las acciones de ACINDAR a través de una OPA quedan amparadas bajo la confianza legítima por existir una obligación irrevocable de adquisición convenida antes del 21 de diciembre de 2007.

2º Quiebra del derecho constitucional a la tutela judicial efectiva como consecuencia de la adopción sin motivación de unas supuestas tesis de la Comisión Europea, sin que se trate de una Decisión de la Comisión sino de la expresión de una opinión de los Funcionarios de la Comisión en un expediente de recuperación de ayuda.

3º Ausencia de un expediente administrativo completo concurriendo un motivo de anulación por causar indefensión al no haberse aportada al expediente de la carta de la Comisión Europea bajo el título "Determinados beneficiarios de la ayuda relacionada con el Asunto: CR 46/2011 (SA. 22309): Amortización fiscal de fondo de comercio financiero para la adquisición de participaciones significativas en entidades no residentes".

4º Existencia de prueba suficiente para acreditar que la OPA sí creaba una obligación irrevocable para ARCELOR.

- Respecto de los importes asociados a la adquisición de la entidad ROZAK:

1º la existencia de la autorización y aprobación por parte de la entidad reguladora de la competencia turca era un requisito indispensable para la ejecución de la transacción una obligación irrevocable de adquisición a 21 de diciembre de 2007-

2º la aprobación de la Autoridad de la Competencia turca, hecha a nombre de ARCELORMITTAL DISTRIBUTION SOLUTION (Francia), era perfectamente válida para ARCELORMITTAL SPAIN HOLDING (España), ya que cuando una sociedad de un grupo económico presenta la solicitud de aprobación de una operación ante una Autoridad de la Competencia, dicha autorización se realiza para la totalidad de dicho grupo económico y como tal autorización cubre a todas las sociedades filiales del mismo.

3º Existencia de una comunicación a la autoridad reguladora competente con anterioridad a la fecha de 21 de diciembre de 2007.

La Decisión tan solo requiere que la transacción se hubiese notificado antes del 21 de diciembre de 2007 a la autoridad competente y, en consecuencia, contrariamente a lo que defiende la Administración, cabe considerar la existencia de confianza legítima tanto a las notificadas y resueltas con anterioridad al 21 de diciembre de 2007, el caso de autos, como a las notificadas con anterioridad y resueltas con posterioridad.

Subsidiariamente, se alega que en el supuesto de que la Sala no comparta dicha interpretación del precepto, existirían motivos más que justificados para elevar una cuestión prejudicial al TJUE, en los términos expresados en otrosí al presente escrito, referida a la interpretación que deba darse al referido artículo 1.3 de la Segunda Decisión, a la luz del principio general de protección de la confianza legítima, que pretende salvaguardar dicho precepto.

- Respecto de los importes asociados a la adquisición de la entidad ROZAK y 102 ERDEMIR en Turquía al haber quedado acreditado en el expediente la existencia de obstáculos explícitos a las combinaciones de negocios o fusiones entre entidades turcas y entidades españolas.

En el curso del expediente se ha acreditado la existencia de obstáculos jurídicos explícitos a las combinaciones transfronterizas de empresas y lo ha hecho con informes de expertos jurídicos en Turquía y con informes de la propia Comisión Europea.

- incorrecta determinación del importe de la ayuda fiscal a recuperar por la Comisión.

La Inspección llevó a cabo un cálculo del importe a recuperar que resulta contrario a la letra y al espíritu de la Segunda Decisión. Al respecto se afirma que la Comisión establece que España deberá recuperar la ayuda, siendo la cuestión clave qué debe entenderse por "ayuda incompatible correspondiente a la reducción fiscal".

En tal sentido, se afirma que en el caso de la regularización de participaciones que hayan sido adquiridas y posteriormente vendidas, el importe de la ayuda a recuperar debería ser

exclusivamente el importe de los intereses que transcurren entre la fecha en que se ha disfrutado de la reducción fiscal y la fecha en que se ha reintegrado dicha reducción fiscal.

**CUARTO.-** Necesidad de planteamiento de cuestión prejudicial ante el TJUE.

Se interesa por la demandante el planteamiento de cuestión prejudicial ante el TJUE por entender que el artículo 12.5 del TRLIS no puede considerarse como una ayuda de Estado al no concurrir el requisito de selectividad de la medida cuestionada por no existir situación de comparabilidad con los supuestos de adquisición de participaciones en entidades españolas.

Es de tener en cuenta que en el momento de formularse la demanda solo existía la sentencia del TJUE de 21 de diciembre de 2016 por la que se estimó el recurso de casación interpuesto por la Comisión contra la sentencia del TGUE de 7 de noviembre de 2014, que anuló la Primera y la Segunda Decisiones, acordando devolver el asunto al TGUE, y que al momento de interposición de la presente demanda, el TGUE aún no se había vuelto a pronunciar sobre el carácter selectivo de la medida establecida en el art. 12.5 TRLIS y si se podía entender que constituía una ayuda de Estado.

Por sentencia de 15 de noviembre de 2018 el TGUE desestimó su recurso de anulación del artículo 1, apartado 1, y, con carácter subsidiario, del artículo 4 de la Decisión de 2011.

Por último, la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 6 de octubre de 2021, Banco Santander y Santusa/Comisión (C-53/19 P), entre otras recaídas en asuntos similares se desestimaron los recursos de casación interpuestos por Banco Santander, S. A. y Santusa Holding, S. L. contra la sentencia del Tribunal General de 15 de noviembre de 2018, Banco Santander y Santusa/Comisión (T- 399/11 RENV).

A tal efecto, y para dejar constancia de las distintas etapas por las que ha atravesado ese contencioso, y a pesar de la extensión de la cita (que se compensa con su claridad y precisión), debemos dejar constancia de aquéllas a partir de los antecedentes que se recogen en la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 6 de octubre de 2021, Banco Santander y Santusa/Comisión (C-53/19 P, apartados 3 a 22):

**"I. Antecedentes del litigio**

*3 Los antecedentes del litigio, expuestos por el Tribunal General en los apartados 1 a 12 de la sentencia recurrida, pueden resumirse de la siguiente manera.*

*4 El 10 de octubre de 2007, a raíz de unas preguntas escritas que le fueron planteadas en los años 2005 y 2006 por varios miembros del Parlamento Europeo y de una denuncia de una empresa privada recibida por ella en 2007, la Comisión Europea decidió incoar el procedimiento de investigación formal previsto en el artículo 108 TFUE, apartado 2, respecto a lo dispuesto en el artículo 12, apartado 5, de la Ley del Impuesto sobre Sociedades, introducido en dicha Ley mediante la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social (BOE n.º 313, de 31 de diciembre de 2001, p. 50493), y recogido 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 Sociedades (BOE n.º 61, de 11 de marzo de 2004, p. 10951; en lo sucesivo, «medida controvertida»).*

*5 La medida controvertida dispone que, en caso de adquisición, por parte de una empresa que tribute en España, de participaciones en una «sociedad extranjera», si el porcentaje de participación es de al menos el 5 % y dicha participación se posee de manera ininterrumpida 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 que deba pagar esa empresa. La medida controvertida precisa que, para tener la consideración de «sociedad extranjera», una sociedad debe estar sujeta a un impuesto idéntico al impuesto aplicable en España y sus ingresos deben proceder principalmente de la realización de actividades empresariales en el extranjero.*

*6 La Comisión concluyó el procedimiento, en lo que respecta a las adquisiciones de participaciones realizadas dentro de la Unión Europea, mediante la Decisión 2011/5/CE, 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 (ex NN 51/07, ex CP. 9/07) aplicada por España (DO 2011, L 7, p. 48; en lo sucesivo, « Decisión de 28 de octubre de 2009 »).*

*7 Mediante esta Decisión, la Comisión declaró incompatible con el mercado interior la medida controvertida, consistente en una ventaja fiscal que permitía que las empresas españolas amortizaran el fondo de comercio resultante de la adquisición de participaciones en sociedades no residentes, cuando se aplicaba a adquisiciones de participaciones en sociedades establecidas dentro de la Unión.*

Síguenos en...

8 La Comisión, no obstante, mantuvo abierto el procedimiento en lo que respecta a las adquisiciones de participaciones realizadas fuera de la Unión, porque las autoridades españolas se comprometieron a aportar nuevos datos sobre los obstáculos a las fusiones transfronterizas existentes fuera de la Unión mencionados por ellas.

9 El 12 de enero de 2011, la Comisión adoptó la Decisión controvertida. Mediante esta Decisión, que fue objeto de correcciones de errores fechadas el 3 de marzo y el 26 de noviembre de 2011, la Comisión declaró incompatible con el mercado interior la medida controvertida cuando se aplica a adquisiciones de participaciones en empresas establecidas fuera de la Unión (artículo 1, apartado 1) e instó al Reino de España a recuperar las ayudas concedidas (artículo 4).

## **II. Procedimiento ante el Tribunal General y sentencia recurrida.**

10 Mediante escrito presentado en la Secretaría del Tribunal General el 29 de julio de 2011, Santander y Santusa interpusieron un recurso por el que solicitaban la anulación del artículo 1, apartado 1, de la Decisión controvertida y, con carácter subsidiario, del artículo 4 de esta.

11 Mediante sentencia de 7 de noviembre de 2014, Banco Santander y Santusa/Comisión (T-399/11 , EU:T:2014:938 ), el Tribunal General estimó el recurso por considerar que la Comisión había aplicado erróneamente el requisito de selectividad establecido en el artículo 107 TFUE , apartado 1. El Tribunal General anuló igualmente la de 28 de octubre de 2009 mediante su sentencia de 7 de noviembre de 2014, Autogrill España/Comisión (T-219/10 , EU:T:2014:939 ).

12 Mediante escrito presentado en la Secretaría del Tribunal de Justicia el 19 de enero de 2015, la Comisión interpuso un recurso de casación contra la sentencia de 7 de noviembre de 2014, Banco Santander y Santusa/Comisión (T-399/11 , EU:T:2014:938 ). Este recurso de casación, registrado con el número C-21/15 P, fue acumulado al recurso de casación, registrado con el número C-20/15 P, que la Comisión interpuso contra la sentencia de 7 de noviembre de 2014, Autogrill España/Comisión (T-219/10 , EU:T:2014:939 ).

13 Santander y Santusa, apoyadas por la República Federal de Alemania, por Irlanda y por el Reino de España, solicitaron que se desestimara el recurso de casación.

14 En su sentencia de 21 de diciembre de 2016, Comisión/World Duty Free Group y otros (C-20/15 P y C-21/15 P; en lo sucesivo, «sentencia WDFG», EU:C:2016:981 ), el Tribunal de Justicia anuló las sentencias de 7 de noviembre de 2014, Autogrill España/Comisión (T-219/10 , EU:T:2014:939 ), y de 7 de noviembre de 2014, Banco Santander y Santusa/Comisión ( T-399/11 , EU:T:2014:938 ), devolvió los asuntos al Tribunal General, reservó parcialmente la decisión sobre las costas y condenó a la República Federal de Alemania, a Irlanda y al Reino de España a cargar con sus propias costas.

15 Mediante decisión del Presidente de la Sala Novena ampliada del Tribunal General de 8 de diciembre de 2017, oídas las partes, se acumularon el asunto T-219/10 RENV, World Duty Free Group/Comisión, y el asunto T-399/11 RENV, Banco Santander y Santusa/Comisión, a efectos de la fase oral del procedimiento, con arreglo al artículo 68 del Reglamento de Procedimiento del Tribunal General .

16 Mediante la sentencia recurrida, el Tribunal General desestimó el recurso interpuesto por Santander y Santusa.

17 Tras desestimar los tres motivos invocados por estas últimas, basados, el primero, en la falta de carácter selectivo de la medida controvertida (apartados 29 a 232 de la sentencia recurrida); el segundo, en un error en la identificación del beneficiario de la medida controvertida (apartados 233 a 254 de la sentencia recurrida) y, el tercero, en la violación del principio de confianza legítima (apartados 254 a 349 de la sentencia recurrida).

18 Por lo que respecta más concretamente al primer motivo, el Tribunal General, en primer lugar, recordó que, como se desprende de la sentencia WDFG, una medida fiscal que confiere una ventaja cuya obtención depende de la realización de una operación económica puede ser selectiva incluso en el caso de que, dadas las características de la operación en cuestión, cualquier empresa pueda optar libremente por realizar tal operación (apartados 78 a 90 de la sentencia recurrida).

19 En segundo lugar, el Tribunal General examinó la medida controvertida a la luz de las tres etapas del método de análisis de la selectividad de una medida fiscal nacional, presentado en los apartados 61 y 62 de la sentencia recurrida, que consisten, en primer término, en identificar el régimen tributario común o «normal» aplicable en el Estado miembro de que se trate; en segundo término, en determinar si la medida fiscal en cuestión supone una excepción al referido régimen común, en la medida en que introduce diferenciaciones entre operadores económicos que, desde el punto de vista del objetivo perseguido por dicho régimen común, se encuentran en

una situación fáctica y jurídica comparable, y, en tercer término, en examinar si tal excepción queda justificada por la naturaleza o la estructura de ese régimen.

20 En cuanto a la primera etapa, el Tribunal General indicó que el marco de referencia definido en la Decisión controvertida, a saber, el «tratamiento fiscal del fondo de comercio» (apartado 93 de la sentencia recurrida), constituía el sistema de referencia pertinente en ese caso, en particular, en la medida en que las empresas que adquieren participaciones en sociedades no residentes se encuentran, desde el punto de vista del objetivo perseguido por el tratamiento fiscal del fondo de comercio, en una situación jurídica y fáctica comparable a la de las empresas que adquieren participaciones en sociedades residentes. Según el Tribunal General, el objetivo de ese régimen consiste en mantener una cierta coherencia entre el tratamiento contable y el tratamiento fiscal del fondo de comercio resultante para una empresa de la adquisición de participaciones en una sociedad (apartados 117 a 123 de la sentencia recurrida). De este modo, el Tribunal General rechazó la tesis de que la medida controvertida constituye un sistema de referencia autónomo apartados 127 a 141 de la sentencia recurrida) y, por consiguiente, rechazó la imputación basada en la existencia de obstáculos a las combinaciones transfronterizas de empresas (apartados 122, 139 y 142 de la sentencia recurrida).

21 En cuanto a la segunda etapa, el Tribunal General consideró que la Comisión había estimado acertadamente, en la Decisión controvertida, que la medida controvertida había introducido una excepción con respecto al régimen normal. Así pues, desestimó la alegación de que la Comisión no había cumplido su obligación de demostrar que las adquisiciones de participaciones en sociedades residentes y las adquisiciones de participaciones en sociedades no residentes eran comparables desde el punto de vista del objetivo de neutralidad fiscal perseguido por la medida controvertida (apartados 143 a 165 de la sentencia recurrida).

22 En cuanto a la tercera etapa, el Tribunal General subrayó que ninguna de las alegaciones específicamente formuladas en ese caso permitía justificar la excepción establecida por dicha medida y, por tanto, la diferencia de trato observada (apartados 166 a 231 de la sentencia recurrida)". Por tanto, se ha confirmado la legalidad de las Decisiones de 2009 y 2011, no siendo, por ello, necesario plantear cuestión prejudicial alguna.

#### **QUINTO.-**Periodo de confianza legítima.

la Comisión Europea incoó mediante Decisión de 10 de octubre de 2007 un procedimiento formal de investigación sobre la base del artículo 108.2 del TFUE, en relación a dicho régimen fiscal español, al objeto de determinar si el mismo constituye una ayuda de Estado respecto de la cual la Comisión deba instar su recuperación.

La Decisión de incoar tal procedimiento de investigación fue publicada en el DOUE el 21 de diciembre de 2007.

A juicio de la Comisión, esta fecha (21 de diciembre de 2007) es la fecha a la que habrá de estar a la hora de valorar las cuestiones controvertidas, no pudiendo entenderse amparadas por el principio de confianza legítima aquellas actuaciones de los administrados posteriores a la misma. Se afirma en la demanda que entre dicha fecha y la publicación el 21 de mayo de 2011 en el DOUE de la Decisión 2011/282/UE de 12 de enero de 2011 que puso término al procedimiento, transcurrió un plazo significativamente amplio que, nuevamente, habilitó la razonable adquisición por los administrados de una confianza legítima en la invariabilidad del Derecho.

Dicha interpretación, por legítima que sea, no puede ser mas que calificada de voluntarista en atención a la estimación de las pretensiones puestas de manifiesto en el presente recurso.

Es de tener en cuenta que la sentencia del TJUE de 6 de octubre de 2021, Banco Santander y Santusa/Comisión (C-53/19 P, ha confirmado la legalidad de ambas decisiones, por lo que no cabe discutir la fecha límite aplicable a las adquisiciones del demandante sea la de 21 de diciembre de 2007, fecha establecida con carácter general en la Primera Decisión.

#### **SEXTO.-**Adquisición de la mercantil ACINDAR

1º la existencia de una obligación irrevocable de adquisición a 21 de diciembre de 2007.

Como se pone de manifiesto en la demanda la adquisición las acciones de ACINDAR controvertidas se materializó a través de una Oferta Pública de Adquisición (OPA) ejecutada en la Bolsa de Buenos Aires, la cual fue autorizada por la Comisión Nacional de Valores argentina el 20 de diciembre de 2007.

Se afirma que de acuerdo con el Derecho argentino el citado Acuerdo exponía de manera literal que "la oferta se realiza en forma irrevocable durante el período indicado en el punto 3 anterior y sin restricciones por el total de las Acciones", por lo que antes del 21 de diciembre de 2007 existía una obligación de compra irrevocable. Ello fue reconocido en la propia Acta de inspección.

Síguenos en...

No obstante, a la vista tanto del Acta de inspección como de las alegaciones formuladas por la recurrente, la Comisión remitió una **Carta** bajo el título de "Determinados beneficiarios de la ayuda relacionada con el Asunto: CR 46/2011 (SA. 22309): Amortización fiscal del fondo de comercio financiero para la adquisición de participaciones significativas en entidades no residentes"

Como consecuencia de esa comunicación, se afirma que la Inspección de los Tributos modificó su inicial conclusión para solicitar ahora su reintegro.

En dicha **carta** se afirmaba que los accionistas de ACINDAR no estaban obligados a vender la totalidad o parte de sus acciones, sino que podrían haber optado por no vender, lo que habría supuesto que la adquisición, o parte de ella, no tuviera lugar.

Se alega, en primer lugar, la falta de fundamento del cambio de criterio por ser el criterio de funcionarios de la Comisión. Ello significa que no es la Segunda Decisión de la Comisión, ni una interpretación de la misma llevada a cabo por la propia Inspección, la que fundamenta su criterio, sino que dicho fundamento radica únicamente en la mera opinión de la Comisión.

Consta en el Acuerdo de Liquidación:

"Al respecto, cabe que señalar esta Oficina Técnica entiende que la Comisión, al analizar la señalada OPA ya conoce las condiciones de la misma y su "irrevocabilidad" para el comprador, dado que las características de la misma son similares a las de otras legislaciones como señala el propio obligado en la página 7 de sus alegaciones. La Comisión, sin embargo, incide en el carácter de obligación no irrevocable, en el sentido de que **los accionistas de Acindar no estaban obligados** a vender la totalidad o parte de sus acciones, cuestión no discutida por el obligado. El obligado entiende que se trata de un "error" de la Comisión, pero las conclusiones de la Comisión son tajantes: *"las alegaciones de este beneficiario en relación con esta adquisición no pueden ser aceptadas. Solicitamos a las autoridades españolas que la recuperación de las ayudas concedidas se lleve a cabo sin demora"*. Esta Oficina Técnica no puede apreciar la existencia de un error en las conclusiones de la Comisión, cuando, como señala el obligado, las condiciones de esta OPA son las generalmente aplicadas en las legislaciones de todos los países, por lo que la Comisión entiende que estas OPAS no entran dentro de los supuestos contemplados en la excepción del artículo 1.3 de la Decisión."

Debemos acudir al texto de la Segunda Decisión para determinar si la existencia de una OPA autorizada por la Comisión Nacional de Valores argentina puede entenderse como la existencia de una obligación irrevocable de la recurrente.

Establece el art. 1.3 de la Segunda Decisión:

"Las deducciones fiscales disfrutadas por los beneficiarios al realizar las adquisiciones fuera de la Unión, en virtud del artículo 12.5 del TRLIS, que están relacionadas con una obligación irrevocable, convenida antes del 21 de diciembre de 2007, de poseer los citados derechos cuando el contrato contenga una condición suspensiva relacionada con el hecho de que la transacción en cuestión está sujeta a la autorización imperativa de una autoridad reguladora y cuando la transacción se haya notificado antes del 21 de diciembre de 2007, podrán seguir aplicándose durante todo el periodo de amortización previsto por el régimen de ayudas para la parte de los derechos poseídos a partir de la fecha en que se levante la condición suspensiva."

Pues bien, a la vista del texto transcrito no se puede concluir más que la existencia de una OPA no puede entenderse como una obligación irrevocable por parte de la recurrente, ya que lo que está comprendido dentro de las deducciones fiscales a que hace referencia el art. 12.5 TRLIS no es el compromiso irrevocable de compra sino las adquisiciones de acciones adquiridas por un compromiso irrevocable de compra. Esto es no basta la mera oferta de compra de acciones, ya que los accionistas no están obligados a acudir a la OPA, sino la existencia de una adquisición de las mismas en virtud de un compromiso irrevocable por parte de ARCELOR. Y lo que es cierto y la parte no cuestiona es que en ningún momento se ha realizado adquisición alguna de acciones de la mercantil ACINDAR.

Las alegaciones realizadas por la parte no sirven para desvirtuar tal conclusión, ya que ni la aprobación de la OPA por el organismo competente, ni que los gestores de la sociedad ACINDAR recomendara acudir a la OPA, ni que dichas participaciones tenían asegurada con garantía bancaria la adquisición de las mismas supone que el 21 de diciembre de 2007 hubiera procedido a la adquisición de participación alguna.

2º Se alegan tres motivos adicionales al motivo principal de la existencia de una obligación irrevocable de adquisición de acciones.

A) El primero va referido a la falta de justificación del cambio de criterio efectuado por la Inspección.

Al respecto, lo importante a tener en cuenta no es si la argumentación de la Comisión, que la Inspección hace suya, proviene de una carta expedida por funcionarios de la Comisión, sino el contenido de dicha motivación. Queda fuera de toda duda que el criterio de la Comisión no vincula a esta Sala, como tampoco queda vinculada por la motivación recogida en el Acuerdo de liquidación.

Por eso puede ser objeto de debate en el presente recurso contencioso-administrativo si la existencia de una OPA es susceptible de ser entendida como la adquisición irrevocable de las participaciones a las que va dirigida, lo cual, por lo expuesto rechazamos.

B) En segundo lugar se alega la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva como consecuencia de la "adopción acrítica de unas supuestas tesis de la Comisión Europea".

Insiste la parte en que el hecho de acoger el acuerdo de liquidación el planteamiento de la Comisión ha conllevado la vulneración de la tutela judicial efectiva al no haber dado traslado a esta las alegaciones realizadas por Arcelor a "la Carta" que motivó el cambio de criterio por parte de la Inspección.

Bien, debemos comenzar poniendo de manifiesto que no nos encontramos en un procedimiento separado en el que proceda dar traslado de las alegaciones a la Comisión, por lo que la falta de traslado a esta de dichas alegaciones no puede constituir en ningún caso un supuesto de indefensión.

Por otro lado, y como la parte pone de manifiesto, no nos encontramos ante una Decisión de la Comisión sino ante una carta de la DG de Competencia en la Comisión Europea en la que se pone de manifiesto su parecer sobre las adquisiciones de Rozak y de Acindar.

El criterio, pues, recogido por el acuerdo de liquidación y confirmado por el TEAC ha podido ser discutido por la parte, pudiendo realizar todas las alegaciones que ha tenido por conveniente. Es más, no se manifiesta que alegación no ha podido realizar la parte, teniendo en cuenta que el acto recurrido es la resolución del TEAC.

Como ha afirmado el Tribunal Constitucional, entre otras, en su sentencia de 156/2007, de 2 de julio, "no toda irregularidad o infracción procesal implica una indefensión con trascendencia constitucional, sino sólo aquella en la que el incumplimiento de la norma procesal impide al recurrente desplegar adecuadamente su defensa con la oportunidad, por tanto, de realizar las alegaciones que a su derecho convengan, y suponiendo, en definitiva, una merma real del derecho de defensa que comporta un perjuicio efectivo para el afectado ( SSTC 210/1999, de 29 de noviembre, FJ 2; 109/2002, de 6 de mayo, FJ 2; 115/2005, de 9 de mayo, FJ 3, y 85/2006, de 27 de marzo, FJ 7)."

No se evidencia, por tanto, vulneración alguna del derecho a la tutela judicial efectiva.

C) Por último, se manifiesta que el expediente administrativo estaba incompleto como consecuencia de aportación parcial de la carta enviada por la Comisión, lo cual ha constituido otro motivo de indefensión.

De acuerdo con lo dispuesto en el art. 55 de la LJCA, Arcelor podía haber solicitado el complemento del expediente con suspensión del plazo para formular la demanda a los efectos de que se aportara la carta de la Comisión, si entendía que el extracto incorporado no era suficiente, lo cual no consta que haya realizado. No puede alegarse ahora que los funcionarios de la Comisión podían haber realizado alguna alegación que hubiera podido ser de interés para la parte.

#### **SEPTIMO.-**Adquisición de la entidad ROZAK.

1º En primer lugar se alega que la existencia de la autorización y aprobación por parte de la entidad reguladora de la competencia turca era un requisito indispensable para la ejecución de la transacción una obligación irrevocable de adquisición a 21 de diciembre de 2007-

2º Por otro lado, se afirma que la aprobación de la Autoridad de la Competencia turca, hecha a nombre de ARCELORMITTAL DISTRIBUTION SOLUTION (Francia), era perfectamente válida para ARCELORMITTAL SPAIN HOLDING (España), ya que cuando una sociedad de un grupo económico presenta la solicitud de aprobación de una operación ante una Autoridad de la Competencia, dicha autorización se realiza para la totalidad de dicho grupo económico y como tal autorización cubre a todas las sociedades filiales del mismo.

3º Existencia de una comunicación a la autoridad reguladora competente con anterioridad a la fecha de 21 de diciembre de 2007.

Es de tener en cuenta los siguientes hechos:

- El 31 de julio de 2007 se suscribe un contrato privado de compraventa por el que se acordó una adquisición inicial del 51% de la entidad turca ROZAK con anterioridad a 21.12.2007, y la adquisición de un 19 % adicional con fecha de 10 de enero de 2008.

Dicho contrato fue firmado por la entidad francesa ARCELORMITTAL DISTRIBUTION FRANCE, perteneciente al grupo de empresas ARCELORMITTAL.

- El 8 de noviembre de 2007, la autoridad reguladora de la competencia en Turquía aprueba la operación de adquisición.

- El 9 de noviembre se formaliza y ejecuta definitivamente la transacción de adquisición del 51% por parte del grupo ARCELORMITTAL, cediéndose los derechos inherentes al contrato privado a favor de ARCELOR SPAIN HOLDING, SL, la ahora demandante.

- El 10 de enero de 2008 se ejecuta y formaliza definitivamente la obligación de adquisición del restante 19% de participación.

ARCELOR, en su demanda procede a manifestar que en la adquisición del 70% de ROZAK ha quedado acreditado que estuvo supeditada a obtener la autorización de la entidad reguladora en materia de competencia y que la obtención de la preceptiva autorización del regulador antes del 21 de diciembre de 2007 excluye la aplicabilidad del artículo 1.3 de la Segunda Decisión al no estar amparado el comprador por la existencia de una confianza legítima.

Establece el art. 1.3 de la segunda Decisión:

"Las deducciones fiscales disfrutadas por los beneficiarios al realizar las adquisiciones fuera de la Unión, en virtud del artículo 12.5 del TRLIS, que están relacionadas con una obligación irrevocable, convenida antes del 21 de diciembre de 2007, de poseer los citados derechos cuando el contrato contenga una condición suspensiva relacionada con el hecho de que la transacción en cuestión está sujeta a la autorización imperativa de una autoridad reguladora y cuando la transacción se haya notificado antes del 21 de diciembre de 2007, podrán seguir aplicándose durante todo el periodo de amortización previsto por el régimen de ayudas para la parte de los derechos poseídos a partir de la fecha en que se levante la condición suspensiva."

Son tres los requisitos a tener en cuenta:

- la existencia de obligación irrevocable de adquisición convenida antes del 21 de diciembre de 2007, requisito que se cumple al estar suscrito un contrato privado de compraventa con fecha 31 de julio de 2007.

- la necesidad de que la autorización imperativa de una autoridad reguladora.

- que la transacción se haya notificado antes del 21 de diciembre de 2007.

Consta que con fecha 8 de noviembre de 2007 la autoridad reguladora de la competencia en Turquía aprobó la operación de adquisición.

Es el segundo requisito el que no se cumple ya que con anterioridad al 21 de diciembre de 2007 ya se había autorizado por la autoridad turca de competencia.

Por tanto, el contrato de adquisición del 70% de la entidad ROZAK no estaba sujeto a condición suspensiva de conseguir la autorización por parte de la autoridad reguladora.

En el presente recurso únicamente se cuestiona por la parte la adquisición del 19% realizado con fecha 10 de enero de 2008 por entender que existiendo una obligación irrevocable convenida antes del 21 de diciembre de 2007, cabe considerar la existencia de confianza legítima tanto a las notificadas y resueltas con anterioridad al 21 de diciembre de 2007 como a las notificadas con anterioridad y resueltas con posterioridad.

El problema, pues, no es si era o no necesaria una autorización administrativa por parte de la autoridad reguladora turca autorizando la adquisición del 70% de ROZAK, dado que dicha autorización había sido concedida con anterioridad al 21 de diciembre de 2007, sino si la adquisición del 19% adquirido en enero de 2008 también está amparada por la confianza legítima en los términos establecidos en el art. 1.3 de la segunda Decisión.

No cabe sino concluir que el paquete del 19% adquirido en enero de 2018 no estaba sujeto a condición suspensiva alguna, ya que como la propia parte reconoce la autorización concedida a ARCELORMITTAL DISTRIBUTION FRANCE debía considerarse concedida a todo el grupo ARCELOR, no teniendo dicha adquisición con posterioridad al 21 de diciembre de 2007 mas que la propia voluntad de las partes. Cuestión nunca cuestionada por la parte.

Por último, la interpretación que realiza ARCELOR del art. 1.3 de la segunda Decisión es meramente voluntarista a los efectos de la estimación de sus pretensiones.

**OCTAVO.-**Existencia de obstáculos jurídicos explícitos a las a las combinaciones de negocios o fusiones entre entidades turcas y entidades españolas. Adquisición de ERDEMIR.

Se afirma en la demanda que se ha acreditado en el curso del expediente que la mercantil recurrente acreditó la existencia de obstáculos jurídicos explícitos a las combinaciones transfronterizas de empresas y lo ha hecho con informes de expertos jurídicos en Turquía y con informes de la propia Comisión Europea.

Se afirma en el acuerdo de liquidación:

Síguenos en...

"No obstante lo anterior, en el curso del procedimiento, el contribuyente manifiesta su disconformidad respecto de la propuesta de regularización practicada por la Inspección al entender que, a su juicio, existen obstáculos jurídicos explícitos para las combinaciones transfronterizas de empresas en Turquía.

Sin embargo, como se ha señalado y transcrito en los antecedentes de hecho, una vez realizada la propuesta de liquidación, la Comisión Europea, mediante carta de 21/10/2011, ha remitido a las autoridades españolas sus conclusiones sobre esta regularización. La Comisión concluye que no existen obstáculos jurídicos **explícitos** para las fusiones transfronterizas de empresas en **Turquía**, por lo que insta a las autoridades españolas a que recuperen esta ayuda sin demora. Cabe reproducir nuevamente los argumentos de la Comisión, que se basan en las propias apreciaciones de la Autoridad de Competencia Turca:

*"En primer lugar, en relación con los argumentos del beneficiario acerca del Código de Comercio de Turquía (el "CCT"), hemos consultado la Autoridad de Competencia de Turquía, que aclaró que no puede considerarse que el artículo 147 del Código de Comercio de Turquía suponga un obstáculo jurídico a las combinaciones transfronterizas en aquel país, contrariamente a lo alegado por el beneficiario.*

*De acuerdo con la Autoridad de Competencia de Turquía, el artículo 147 del CCT describe un proceso técnico y jurídico específico por el cual al menos una de las empresas deja de existir al final del proceso, y no puede interpretarse que esta disposición incluya restricciones, como la incorporación en Turquía, a las fusiones de empresas extranjeras con empresas turcas a través de la adquisición de acciones o activos, o de cualquier otra forma contractual.*

*En este sentido, la Autoridad de Competencia de Turquía también se refiere a la Ley de Competencia turca, en virtud de la cual es posible la combinación entre una empresa extranjera y una empresa turca, siempre y cuando esta operación no comporte la disminución significativa de la competencia en el mercado de bienes y servicios en Turquía o en parte de ella.*

*En relación al segundo argumento relativo a las negociaciones de adhesión a la UE, y a las referencias, remitidas por ARCELOR MITTAL, al informe de evaluación de la UE de 2006 sobre la necesidad de introducir disposiciones relativas a las combinaciones transfronterizas de empresas, las referencias citadas no establecen que exista una prohibición jurídica explícita a las fusiones transfronterizas, tal y como requiere la decisión de la Comisión.*

*De hecho, en el capítulo sobre derecho de la competencia del informe de evaluación de 2006, la Comisión no señaló problemas de falta de conformidad con el acervo a la hora de analizar la legislación sobre fusiones en Turquía, con la excepción de la legislación bancaria turca.*

*Contrariamente a lo que alega el beneficiario, el informe no reconoce la existencia de obstáculos jurídicos a las fusiones en Turquía.*

*En este sentido, el beneficiario también alega que Turquía habría indicado que las condiciones para la regulación de las fusiones transfronterizas en el sentido de la Directiva [2005/56/CE] no existen para los Estados no miembros como Turquía. Sin embargo, Turquía se limita a señalar que la Directiva 2005/56/CE no es aplicable a este país. El principal objetivo de esta Directiva es facilitar las fusiones entre sociedades de responsabilidad limitada constituidas en diferentes Estados miembros, en particular mediante la identificación de la legislación aplicable. Por lo tanto, el hecho de que la presente Directiva no se aplique a Turquía, no quiere decir que existan obstáculos a las fusiones transfronterizas en Turquía.*

*Por último, en cuanto a las alegaciones planteadas en relación con las obligaciones relativas al registro y a la fiscalidad, la carga o formalidad administrativa no pueden considerarse como obstáculos jurídicos explícitos, ya que sólo generaran costos adicionales, tal y como se establece en la decisión (párrafo 114). En este sentido, ya en la decisión, la Comisión consideró que las cuestiones técnicas necesarias para realizar una combinación transfronteriza de empresas, como un establecimiento permanente o cumplir con ciertas formalidades constituyen trámites administrativos, y no barreras jurídicas.*

*En opinión de los servicios de la DG Competencia, las alegaciones de este beneficiario en relación con la adquisición de ROZAK no pueden ser aceptadas. Solicitamos a las autoridades españolas que procedan a la recuperación de la ayuda incompatible concedida sin demora".*

El TEAC por su parte confirma el acuerdo de liquidación por entender que la argumentación realizada en relación con la adquisición de ROZAK, respecto de la inexistencia de obstáculos jurídicos explícitos a las combinaciones transfronterizas de empresa, es igualmente aplicable a la adquisición de ERDEMIR.

Tal como dijimos en nuestra sentencia de 28 de febrero de 2023 (recurso 610/2013), Fundamento de Derecho Cuarto (pg. 22 y ss):

"Desde este punto de vista, deben concurrir acumulativamente tres condiciones para que pueda operar la excepción a que pretender acogerse la recurrente: debe tratarse de un obstáculo a las fusiones transfronterizas de empresas, debe ser de carácter jurídico y debe ser explícito, de modo que solo en el caso de concurrir estos tres requisitos estaremos dentro del ámbito de la excepción.

Para tratar de precisar qué debe entenderse por obstáculo jurídico explícito y, por ende, qué es lo que debe acreditar la recurrente para acogerse a la excepción correspondiente, la propia Decisión de 2011 aporta una serie de indicaciones muy relevantes y significativas.

Por una parte, al citar dos casos en los que se reconoce expresamente la existencia de dichos obstáculos (China e India) y precisar cuáles son las condiciones establecidas en dichos países en atención a las cuales se aprecia dicha excepción.

Así, se puede leer en los apartados 119 y 120 de la Decisión de 2011:

*"(119) Mais concretamente, por lo que se refiere a China, la Ley de sociedades de 2005, aplicable a las fusiones que solo implican a empresas de responsabilidad limitada o a sociedades anónimas de responsabilidad limitada constituidas en China, así como los artículos 2 y 55 de la normativa titulada «Disposiciones sobre las adquisiciones de empresas nacionales por inversores extranjeros», publicadas por el Ministerio chino de Comercio el 22 de junio de 2009, excluyen explícitamente a las empresas no residentes del ámbito de aplicación de las normas sobre combinaciones de empresas de tal modo que una empresa española no podría combinar su negocio con una filial china controlada.*

*(120) Con respecto a la legislación vigente en la India, la Ley de sociedades india de 1956, en los artículos 391 a 394, excluye explícitamente a las empresas no residentes del ámbito de aplicación de las normas sobre combinaciones de empresas de tal modo que una empresa española no podría combinar su negocio con una filial india controlada".*

Por otra parte, al precisar que debe aplicarse con rigor el concepto de "obstáculos jurídicos explícitos", declarando al efecto en el apartado 114 de la Decisión de 2011 lo siguiente:

*"la Comisión considera que entre los elementos contenidos en los informes solo pueden aceptarse las prohibiciones explícitas de las combinaciones transfronterizas de empresas en virtud de las legislaciones de terceros países. Efectivamente, como ya se indicó en el considerando 93 de la Decisión anterior, si se tuvieran en cuenta elementos injustificados de naturaleza general, este análisis correría el riesgo de llegar a ser arbitrario en gran medida."*

Y, en tercer lugar, al delimitar negativamente la noción en cuestión por referencia a supuestos o casos que no pueden asimilarse a "obstáculos jurídicos explícitos" a las fusiones transfronterizas de empresas.

Así, en el mismo apartado 114 de la Decisión de 2011 se afirma:

*"La Comisión considera que una mera carga o formalidad administrativa(56) exigida a las empresas no residentes por los terceros países no puede considerarse un obstáculo jurídico explícito, porque simple mente debe generar costes adicionales, que pueden ser fiscalmente deducibles en virtud del sistema impositivo español, sin imposibilitar la combinación de empresas".*

Y en la nota (56) a que se remite dicho apartado, se añade lo siguiente:

*"La Comisión subraya que cualquier tecnicismo necesario para efectuar una combinación transfronteriza de empresas, tal como la creación, antes de la combinación, de un establecimiento permanente en el país de residencia de la empresa participada o la realización de ciertas formalidades ante el banco central del tercer país, constituyen formalidades administrativas. La Comisión también considera que existen razones fiscales válidas para adoptar normas destinadas a evitar componendas que no reflejan la realidad económica o cuya razón principal es lograr una ventaja fiscal. Este tipo de normas también existe en el sistema impositivo español".*

A tenor de estos parámetros, no puede admitirse la tesis de la recurrente de que el art. 147 del Código de Comercio turco constituya un "obstáculo jurídico explícito" a la fusión transfronteriza de empresas.

No puede equipararse dicha previsión normativa, que solo exige literalmente que las sociedades objeto de la fusión tengan la misma forma jurídica, a las disposiciones aludidas por la Decisión de 2011 en el caso de China y de India que de forma explícita, clara y determinada excluyen explícitamente a las empresas no residentes del ámbito de aplicación de las normas sobre combinaciones de empresas."

Para tratar de probar la existencia de obstáculos jurídicos explícitos a las combinaciones transfronterizas de empresas se aporta como documento nº 2 de la demanda informe emitido por el jurista D. Clemente quien en sus conclusiones afirma que hay claros obstáculos en la ley turca

en relación con las combinaciones de negocios transfronterizos por entender que ARCELOR, que no es una sociedad mercantil según el art. 136 del TCC, no puede fusionarse con una sociedad mercantil turca, ya que las normas del TCC solo permite la fusión entre dos sociedades mercantiles que se encuentren definidas en virtud del TCC y que sean del mismo tipo. En segundo lugar apunta que, desde el punto de vista fiscal, dicha transacción no habría cumplido los requisitos de una fusión libre de impuestos, sino que se habría considerado una liquidación de ROZAK, generando tributación.

A su vez, se hace referencia informe de la Comisión Europea relativo a las adaptaciones necesarias en la legislación turca para llevar a cabo su proceso de adhesión a la Unión Europea: "Screening Report Turkey".

En dicho informe se hace referencia a la necesidad de realizar ajustes importantes respecto de la revelación y publicación de informes financieros, determinadas disposiciones respecto de la inscripción de sucursales de sociedades extranjeras, establecimiento de motivos de nulidad, aspectos procesales relativos a fusiones y divisiones nacionales, fusiones transfronterizas, sociedades privadas unipersonales de responsabilidad limitada, reconocimiento de la Societas Europaea y de la Agrupación Europea de Interés Económico, así como una serie de aspectos relativos a ofertas públicas de adquisición.

Leído informe emitido por el jurista D. Clemente, al margen de la opinión jurídica del autor del referido informe sobre la interpretación de la normativa mercantil turca y del esfuerzo realizado en su dictamen, lo que exige la Decisión de 2011 para entrar dentro del ámbito de la excepción contemplada en su art. 1, apartado 4, es una prohibición explícita de las combinaciones transfronterizas de empresas en virtud de las legislaciones de terceros países y esto último es algo que no resulta clara y determinadamente del art. 147 del Código de Comercio turco.

Basta para concluir en el sentido expuesto con contrastar el tenor de esta disposición con los supuestos previstos en la legislación china y en la legislación india a que se refiere la Decisión de 2011.

Pues bien, del informe aportado junto con la demanda solo se puede concluir que no existe ningún obstáculo explícito de carácter jurídico a las adquisiciones transfronterizas en la legislación turca ya que ni las repercusiones fiscales, ni la distintas formas jurídicas de las sociedades implicadas pueden considerarse como tales.

En consecuencia, procede confirmar la valoración que la resolución impugnada hace de la cuestión litigiosa aquí discutida.

#### **NOVENO.-**Determinación del importe de la ayuda fiscal a recuperar por la Comisión.

Se afirma en la demanda que la Inspección llevó a cabo un cálculo del importe a recuperar que resulta contrario a la letra y al espíritu de la Segunda Decisión. Al respecto se afirma que la Comisión establece que España deberá recuperar la ayuda, siendo la cuestión clave qué debe entenderse por "ayuda incompatible correspondiente a la reducción fiscal".

En tal sentido, se afirma que en el caso de la regularización de participaciones que hayan sido adquiridas y posteriormente vendidas, el importe de la ayuda a recuperar debería ser exclusivamente el importe de los intereses que transcurren entre la fecha en que se ha disfrutado de la reducción fiscal y la fecha en que se ha reintegrado dicha reducción fiscal, tal como se reconoce en los considerandos 127 a 129 de la Segunda Decisión.

Se añade que para el resto de participaciones no vendidas la administración ha recuperado el importe total de las reducciones a la base imponible disfrutadas en los diferentes ejercicios. A tal efecto la Inspección ha integrado en la base imponible de cada ejercicio (2008, 2009 y 2010) las amortizaciones del fondo de comercio financiero disfrutadas en cada ejercicio (como si de una diferencia permanente se tratase), entendiéndose que dicho procedimiento no ha sido el correcto. Se alega, al respecto, que los considerandos 205 a 208 de la Segunda Decisión ofrecen ciertos criterios para poder interpretar como cuantificar el importe de la ayuda asociada a la reducción, concluyendo que conforme al considerando 208 de la Decisión, las autoridades españolas han de basarse en las operaciones que se realizaron en el ejercicio precedente a la publicación de la Decisión (esto es han de partir de la base imponible del ejercicio 2010, pues la Decisión fue publicada el 21 de mayo de 2011). Por consiguiente, el procedimiento del punto 208 de la Decisión supone un mandato para integrar en la base imponible de 2010 todos los ajustes por amortización del Fondo de Comercio Financiero realizados hasta este ejercicio y que viesen afectados por la Decisión de la Comisión.

Dado que en 2010 la mercantil recurrente se encontraba en situación de pérdidas, dicha regularización determinaría un menor importe de las bases imponibles negativas de 2010.

Paralelamente, las bases imponibles de los ejercicios 2008, 2009 y 2010 no deberían ser regularizadas.

Por el TEAC se afirma:

Alega en primer lugar la interesada la incorrecta determinación por la Inspección del importe de la ayuda fiscal a recuperar.

No podemos dar la razón a la reclamante en este punto. Lo que la Segunda Decisión viene a declarar ilegal son las deducciones fiscales de las que disfrutaron los sujetos pasivos del Impuesto sobre Sociedades al realizar las adquisiciones fuera de la Unión, otorgadas en virtud del artículo 12.5 del TRLIS, deducciones que pueden materializarse para cada ejercicio bien en una menor cuota a ingresar o en una mayor base imponible negativa a compensar en ejercicios futuros.

Estas deducciones fiscales se practicaron mediante correcciones al resultado contable efectuadas por la reclamante al amparo del artículo 12.5 TRLIS, realizando los siguientes ajustes negativos en 2008, 2009 y 2010, así como el correspondiente ajuste positivo en el ejercicio 2009, consecuencia de la transmisión de la participación en ese ejercicio en Erdemir, revirtiendo el ajuste negativo practicado en el ejercicio anterior:

200820092010

ROZAK

-921.491,15€

-921.491,15€

-921.491,15€

ERDERMIR

-9.210.373,10€

+9.210.373,10€

ACINDAR

- 9.409.902€

-9.409.902€

-9.409.902€

LAMINADORA COSTARRICENSE

-1.255.647,05€

-1.255.647,05€

Total ajustes neto

-20.797.413,30€

-2.376.667,10€

-10.331.393,30€

Por ello, las liquidaciones practicadas que suponen la eliminación por la inspección en cada ejercicio de los ajustes negativos y el positivo practicados por la reclamante, y con ello, eliminado así las deducciones fiscales en su día practicadas, teniendo en cuenta el principio de independencia de ejercicios, aumentando la base imponible declarada 20.797.413,30€, en el ejercicio 2008, 2.376.667,10€ en el ejercicio 2009, y 10.331.393,30€ en el ejercicio 2010, deben reputarse conforme a lo establecido por la Comisión en su Segunda Decisión y, por ello, desestimarse la pretensión de la reclamante en este punto.

Si bien se alega por la parte otra forma de determinar el importe de la ayuda fiscal a recuperar por la Comisión, no se advierte ninguna irregularidad en el modo en la Administración tributaria ha procedido a eliminar las deducciones fiscales realizadas por la actora, eliminando en cada ejercicio los ajustes practicados en cada ejercicio.

Por un lado, es de tener en cuenta que los considerandos 127 a 129 de la 2ª Decisión, no establecen el modo de recuperar la ayuda fiscal a recuperar, sino todo lo contrario, solo sirven para determinar el importe de la exacto de la ventaja económica disfrutada.

Por otro lado, el considerando 205 procede a determinar el importe exacto de la ayuda a recuperar, estableciendo: "*Habida cuenta de todas las consideraciones anteriores y tal como se destacó en la Decisión anterior, en un determinado ejercicio, para un determinado beneficiario, el importe exacto de la ayuda corresponde al valor actualizado neto de la reducción de la carga fiscal otorgada por la amortización contemplada en el artículo 12.5 del TRLIS. Por consiguiente, depende del tipo del impuesto aplicable a la empresa en los años correspondientes y del tipo de interés de descuento aplicable.*"

Y esto es lo que ha realizado la Administración tributaria al eliminar en cada ejercicio los ajustes realizados por la actora que constituían la ayuda económica ahora a recuperar, por lo que ningún reproche se puede hacer al modo en que se ha procedido a recuperar dicha ayuda.

Todo lo expuesto conlleva la desestimación del presente recurso.

Síguenos en...

**DECIMO.-**Costas procesales.

En cuanto a las costas dispone el artículo 139.1º LJCA, que "En primera o única instancia, el órgano jurisdiccional, al dictar sentencia o al resolver por auto los recursos o incidentes que ante el mismo se promovieren, impondrá las costas a la parte que haya visto rechazadas todas sus pretensiones, salvo que aprecie y así lo razone, que el caso presentaba serias dudas de hecho o de derecho".

En el caso que nos ocupa, no apreciando la concurrencia de dudas de hecho ni de derecho en el planteamiento o resolución de la litis, la Sala entiende procedente que se condene al demandante en las costas causadas en este proceso.

Vistos los preceptos legales citados y demás de pertinente y general aplicación, la Sala dicta el siguiente

**FALLO**

Desestimar el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la representación procesal de la mercantil ArcelorMittal Spain Holding, S.L contra la Resolución dictada por el Tribunal Económico-Administrativo Central de 4 de abril de 2017. Con imposición de costas a las partes demandantes.

La presente sentencia es susceptible de recurso de casación que deberá prepararse ante esta Sala en el plazo de 30 días contados desde el siguiente al de su notificación; en el escrito de preparación del recurso deberá acreditarse el cumplimiento de los requisitos establecidos en el art 89.2 de la Ley de la Jurisdicción justificando el interés casacional objetivo que presenta.

Así por esta nuestra Sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

**PUBLICACIÓN.-**La anterior Sentencia ha sido publicada en la fecha que consta en el sistema informático. Doy fe.

El contenido de la presente resolución respeta fielmente el suministrado de forma oficial por el Centro de Documentación Judicial (CENDOJ).

Síguenos en...

