TRIBUNAL SUPREMO
Sentencia n.º 1071/2026 de 28 de septiembre de 2026
Sala de lo Contencioso-Administrativo
Recurso n.º 6401/2024

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 que afecten al ámbito tributario. Confianza legítima.* El Tribunal Supremo resuelve el recurso de Banco Santander en relación con la recuperación de las deducciones por amortización del fondo de comercio financiero aplicadas en el Impuesto sobre Sociedades de los ejercicios 2008 y 2009, al amparo del art. 12.5 del TRLIS, cuyo régimen fue declarado ayuda de Estado incompatible con el mercado interior por la Comisión Europea. La entidad sostenía que las deducciones correspondientes a las adquisiciones de participaciones mayoritarias en sociedades de Brasil, Estados Unidos y México debían quedar excluidas de la obligación de recuperación, al concurrir obstáculos jurídicos explícitos que impedían realizar operaciones de reestructuración transfronteriza y que justificaban la protección de la confianza legítima reconocida en la Decisión de la Comisión de 12 de enero de 2011. El Tribunal Supremo establece que, en la fase de recuperación de las ayudas, corresponde a las autoridades nacionales, incluidos los órganos jurisdiccionales, verificar en cada caso la existencia de esos obstáculos, teniendo en cuenta las indicaciones de la Comisión y los principios de cooperación y buena fe. Por tanto, no cabe entender que la Decisión hubiera cerrado definitivamente la posibilidad de acreditar impedimentos jurídicos específicos en las operaciones concretas. No obstante, al examinar la documentación aportada por Banco Santander, el Tribunal considera que no se ha demostrado suficientemente la existencia de tales obstáculos en las adquisiciones controvertidas, pues los documentos invocados no constituyen pruebas nuevas capaces de desvirtuar las conclusiones alcanzadas por la Comisión Europea. En consecuencia, desestima el recurso y confirma la obligación de recuperar las deducciones fiscales correspondientes a los ejercicios 2008 y 2009, fijando como doctrina que las autoridades nacionales deben examinar las circunstancias particulares alegadas por el beneficiario para determinar si procede aplicar la excepción por confianza legítima a la recuperación de una ayuda de Estado.

TRIBUNAL SUPREMO

SENTENCIA

Magistrados/as

FRANCISCO JOSE NAVARRO SANCHIS
RAFAEL TOLEDANO CANTERO
ISAAC MERINO JARA
MARIA DE LA ESPERANZA CORDOBA CASTROVERDE
MIGUEL DE LOS SANTOS GANDARILLAS MARTOS
MARIA DOLORES RIVERA FRADE

T R I B U N A L S U P R E M O

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Segunda

Sentencia núm. 1.071/2026

Fecha de sentencia: 28/09/2026

Tipo de procedimiento: R. CASACION

Número del procedimiento: 6401/2024

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 30/06/2026

Ponente: Excmo. Sr. D. Isaac Merino Jara

Procedencia: AUD.NACIONAL SALA C/A. SECCION 2

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. José Antonio Naranjo Lemos

Transcrito por: CGB

Nota:

R. CASACION núm.: 6401/2024

Ponente: Excmo. Sr. D. Isaac Merino Jara

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. José Antonio Naranjo Lemos

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Segunda

Sentencia núm. 1071/2026

Excmos. Sres. y Excmas. Sras.

D. Francisco José Navarro Sanchís, presidente

D. Rafael Toledano Cantero

D. Isaac Merino Jara

D.ª Esperanza Córdoba Castroverde

D. Miguel de los Santos Gandarillas Martos

D.ª María Dolores Rivera Frade

En Madrid, a 28 de septiembre de 2026.

Esta Sala ha visto el recurso de casación número 6325/2024 interpuesto por Banco Santander S.A., representado por el procurador D. Alberto Hidalgo Martínez, contra la sentencia dictada el 3 de mayo de 2024, por la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso- Administrativo de la Audiencia Nacional, que desestimó el recurso 951/2017 interpuesto frente a la resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central [«TEAC»], de 15 de julio de 2017, que desestimó la reclamación económico-administrativa interpuesta frente a los acuerdos de liquidación dictados por la Oficina Técnica de Inspección de la Dependencia de Control Tributario y Aduanero de la Delegación Central de Grandes Contribuyentes de la AEAT, relativos al Impuesto sobre Sociedades de los ejercicios 2008 y 2009.

Ha comparecido, como parte recurrida, la Administración General del Estado, representada y defendida por la Abogacía General del Estado.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Isaac Merino Jara.

ANTECEDENTES DE HECHO
PRIMERO.- Resolución recurrida en casación.

El objeto del presente recurso de casación lo constituye la sentencia dictada el 3 de mayo de 2024, por la Sección Segunda de la sala de lo Contencioso- Administrativo de la Audiencia Nacional, que desestimó el recurso nº 951/2017 interpuesto frente a la resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central [«TEAC»], de 15 de julio de 2017, que desestimó la reclamación económico-administrativa interpuesta frente a los acuerdos de liquidación dictados por la Oficina Técnica de Inspección de la Dependencia de Control Tributario y Aduanero de la Delegación Central de Grandes Contribuyentes de la AEAT, relativos al Impuesto sobre Sociedades de los ejercicios 2008 y 2009.

Las actuaciones de comprobación limitada respecto de esos dos ejercicios se centraron, exclusivamente, en regularizar las cantidades deducidas en concepto de amortización del fondo de comercio financiero derivado de las adquisiciones mayoritarias realizadas en entidades residentes en Estados Unidos (Sovereign), Brasil (Banco Real) y México (Grupo Alcanza), todas ellas posteriores al 21 de diciembre de 2007 y previas al 21 de mayo de 2011.

Con fecha 29 de mayo de 2014, se dictaron sendos cuerdos de liquidación (con números A23-72340275 y A23-72340336).

En los dos acuerdos, confirmados por la resolución del TEAC de 15 de julio de 2017, se llevó a cabo 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 dominante y las dominadas, que se citan en la correspondiente liquidación y que estaban afectadas por el carácter de ayuda estatal, de conformidad con la Decisión de la Comisión Europea de 18 de octubre de 2009 (Primera Decisión), y con la Decisión de 12 de enero de 2011 (Segunda Decisión),

relativas a la amortización fiscal del fondo de comercio financiero para la adquisición directa de participaciones extranjeras aplicadas por España.

La Segunda Decisión establece un régimen transitorio específico para adquisiciones extracomunitarias realizadas entre el 21 de diciembre de 2007 y el 21 de mayo de 2011 (fecha de publicación en el DOUE), en los términos de sus apartados 4 y 5 del art. 1. Nos interesa en este recurso su apartado 4, a cuyo tenor:

«4. Asimismo, las deducciones fiscales disfrutadas por los beneficiarios en virtud del artículo 12.5 del TRLIS al realizar adquisiciones fuera de la Unión en la fecha de publicación de la presente Decisión en el Diario Oficial de la Unión Europea, en relación con participaciones mayoritarias poseídas directa o indirectamente en empresas extranjeras establecidas en China, India y en otros países en los que se ha demostrado o se pueda demostrar la existencia de obstáculos jurídicos explícitos a las combinaciones transfronterizas de empresas, podrán continuar aplicándose durante el período íntegro de amortización previsto por el régimen de ayudas. »

Es decir, el régimen transitorio se dilata en el tiempo y expira el 21 de mayo de 2011, y se anuda a un doble requisito material: i) que se trate de una adquisición mayoritaria de los fondos propios de una entidad no residente; y ii) que se acredite la existencia de "obstáculos jurídicos explícitos a las combinaciones transfronterizas de empresas".

La Resolución del TEAC de fecha 5 de julio de 2017 declara, en su Fundamento de Derecho Quinto, lo siguiente:

«En síntesis, considera que BS acreditó en el curso del procedimiento de comprobación que las adquisiciones correspondientes a Banco Real y DTVM Asset Management posteriores a 21 de diciembre de 2007 cumplían las condiciones fijadas en este apartado para la aplicación del principio de confianza legítima no procediendo, por tanto, recuperar cantidad alguna por la adquisición de estas entidades.

Discrepa de la tesis de la Inspección relativa a que la no admisión de la existencia de obstáculos jurídicos explícitos deriva de una interpretación sistemática de la 2ª Decisión, equiparando el análisis a efectos de declarar la medida ayuda estatal con el análisis de la situación particular de Banco Santander a efectos de ejecutar la orden de recuperación, lo que ya se rechazaba en el escrito de alegaciones presentado ante el Inspector Jefe.

Añade que la propia Inspección ha rectificado con posterioridad su criterio en relación con la apreciación o no de obstáculos jurídicos explícitos que impiden la fusión de Banco Real y Banco Santander, concretamente en acuerdo de liquidación de 4 febrero de 2015, relativo al Impuesto sobre Sociedades del Grupo 17/89. Señala que en el acta de disconformidad de la que derivaba dicho acuerdo de liquidación se proponía la regularización de 199.028 €, correspondientes a la amortización del fondo de comercio financiero surgido en la adquisición el 28 de diciembre de 2007 del negocio Brasil Global Clients integrado en Banco Real; y, sin embargo, el acuerdo de liquidación no confirmó en este punto la propuesta contenida en el acta al señalar que:

"Llegados a este punto esta Oficina Técnica considera que la interpretación de lo dispuesto en el citado párrafo tercero del artículo 12.5 del TRLIS en la redacción dada al mismo por la Disposición final sexta de la Ley 31/2011, de 4 de octubre debe de realizarse a la luz de la posición del Reino de España en el procedimiento AYUDAS PUBLICAS- Ayuda SA 22309 (CR 46/2011). Así consta en el escrito de 4 de noviembre de 2013 dirigido por el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas a la Comisión Europea (AYUDAS PUBLICAS. Ayuda SA 22309 (CR 46/2011), Amortización fiscal del fondo de comercio financiero para la adquisición de participaciones significativas en entidades no residentes) lo siguiente: (...)"
.

Pues bien, este órgano revisor comparte el criterio inspector respecto a que la existencia de obstáculos jurídicos explícitos a las combinaciones transfronterizas de empresas en Brasil, Estados Unidos y Méjico ya fue analizado y rechazado durante la tramitación del expediente que dio lugar a la 2ª Decisión, por lo que no cabe que la Administración española alcance una conclusión distinta de un análisis de las circunstancias concretas de determinadas empresas en estos mismos países.

A juicio de este Tribunal, cuando el artículo 4.4 de la 2ª Decisión dice "...en relación con participaciones mayoritarias poseídas directa o indirectamente en empresas extranjeras establecidas en China, India y en otros países en los que se ha demostrado o se pueda demostrar la existencia de obstáculos jurídicos explícitos a las combinaciones transfronterizas de empresas, podrán continuar aplicándose durante el periodo integro de amortización previstos por el régimen de ayudas" , se está refiriendo a países en términos generales respecto a los que, no habiendo sido contemplados en el expediente que dio lugar a la Decisión, pudiera demostrarse la existencia de esos obstáculos jurídicos. Pero no significa, como pretende la entidad, que respecto a países implicados y analizados en el curso del expediente y concluida por la Comisión la ausencia de obstáculos jurídicos, pueda luego, sin embargo, caso por caso, respecto de empresas concretas de esos mismos países, invocarse esta situación, abordando la entidad la eventual tarea probatoria, con la consiguiente discusión en vía de Inspección y revisión administrativa y judicial.

Considera este TEAC que ello no es posible por lo que, asimismo, tal análisis le está vedado, habiendo de confirmarse la recuperación acordada por la Inspección.»

Contra la Resolución del TEAC Banco Santander interpuso recurso contencioso ante la AN.

En su escrito de demanda la parte recurrente solicitó la práctica de prueba

en relación con los siguientes hechos:

«a. Existencia y contenido de las Decisiones de la Comisión Europea referidas en el Hecho Segundo del presente escrito de demanda (documentos 1 y 2). [1ª Decisión y 2ª Decisión]

b. Existencia y contenido de la liquidación A23-72446011, relativa al ejercicio 2007 del Impuesto sobre Sociedades, citada en el Hecho Segundo del presente escrito de demanda, así como de la carta de 4 de noviembre de 2013 remitida por el Ministerio de Hacienda a la Comisión Europea, la cual se cita en la citada liquidación y fue aportada por la propia Administración al expediente electrónico de la citada liquidación A23 72446011 (documentos 3 y 4).»

Por auto de fecha 1 de septiembre de 2023, por la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional se admite y práctica dicha prueba solicitada. Dándose por reproducidos dichos documentos.

Ninguna de las partes ha propuesto que elevemos cuestión prejudicial. En particular, el Banco Santander manifiesta en su escrito de interposición que no quiere que planteemos dicha cuestión, ni debiéramos hacerlo. Tampoco quiere que decretemos la retroacción de actuaciones.

Pasamos a ocuparnos de la sentencia de instancia.

Los motivos alegados en la demanda pueden sintetizarse, en lo que a los efectos del presente recurso de casación importa, manifestando que las adquisiciones realizadas por el Banco Santander, de Banco Real (Brasil), Grupo Avanza (Méjico) y Banco Sovereign (Estados Unidos) están amparadas por el principio de confianza legítima, «toda vez que existían -a juicio la parte recurrente- obstáculos jurídicos explícitos que hacen procedente la regularización practicada.».

La sentencia recurrida delimita las cuestiones suscitadas en el recurso en el fundamento jurídico 5 al señalar que:

«Comencemos por decir que, contrariamente a lo que se dice en la demanda, la consideración sobre si la deducción del fondo de comercio financiero originado por la adquisición de las participaciones sociales de las referidas sociedades (ex artículo 12.5 TRLIS) constituye una ayuda de Estado incompatible con el mercado interior de la Unión Europea o si por el contrario, queda amparada por la confianza legítima al haberse demostrado la existencia de obstáculos jurídicos explícitos a las combinaciones transfronterizas de empresas, es una cuestión relativa al Derecho de la Competencia, cuyo análisis le corresponde a la Comisión Europea en los términos previstos en el artículo 107.1 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

Pero es que, además, el artículo 12.5 TRLIS ha sido objetado por la Comisión Europea por considerar que la deducción del fondo de comercio financiero regulado en dicho precepto constituía una ayuda de Estado incompatible con el mercado interior en virtud de tres Decisiones, siendo la que aquí nos interesa la Segunda Decisión de 12 de enero de 2011, en concreto y por lo que se refiere a la posible existencia de confianza legítima en las tres adquisiciones controvertidas, la propia Comisión en sus Considerandos 115 y 116 ha excluido expresamente la existencia de obstáculos jurídicos explícitos a las combinaciones transfronterizas de empresas españolas con una empresa residente en Estados Unidos, Méjico y Brasil.

Así y respecto del análisis realizado por la Comisión Europea en relación con Estados Unidos, refiere con carácter previo la misma en el Considerando 115 de la Decisión de 12 de enero de 2011 lo siguiente:

"La Comisión considera que fuera de los Estados miembros de la Unión, por lo menos en los siguientes terceros países pertinentes, no puede reconocerse ningún obstáculo jurídico explícito, según se pormenoriza a continuación: (...)"

Y, más adelante, se refiere expresamente a los tres países que ahora nos ocupan, esto es, EEUU, Méjico y Brasil. En particular y respecto de EEUU, refiere la Comisión la ausencia de obstáculos jurídicos, a saber:

"(...) según las normas generales del Derecho de sociedades (60) y del Derecho tributario (61) no hay ninguna prohibición explícita de combinaciones de empresas con entidades extranjeras.

(...) la Comisión no ha encontrado ninguna jurisprudencia de los tribunales competentes de los EE.UU. que contradiga su conclusión por lo que se refiere a la ausencia de obstáculos jurídicos explícitos a las combinaciones transfronterizas de empresas con una empresa residente en los Estados Unidos de América."

Otro tanto de lo mismo resulta del análisis realizado por la Comisión en relación con Méjico, en el que concluye lo siguiente:

"(...) conforme a la legislación mexicana (Derecho de sociedades y Derecho tributario) y teniendo en cuenta el citado Convenio fiscal, no hay ninguna prohibición jurídica explícita de la combinación de empresas con entidades españolas. iii) Finalmente, la Comisión no ha encontrado ninguna jurisprudencia de los tribunales mexicanos competentes que contradiga su conclusión por lo que se refiere a la ausencia de obstáculos jurídicos explícitos a las combinaciones transfronterizas de empresas con una empresa residente en México."

Y en idéntico sentido se desprende del estudio realizado por la Comisión en relación con Brasil, país respecto del que la Comisión refiere lo siguiente: "(...) conforme a las normas generales del Derecho de sociedades y del Derecho tributario (68), no hay ninguna prohibición jurídica explícita de las combinaciones de empresas con entidades extranjeras, aun cuando las formalidades administrativas puedan diferir (69).

(...) Finalmente, la Comisión no ha encontrado ninguna jurisprudencia que contradiga su conclusión por lo que se refiere a la ausencia de obstáculos jurídicos explícitos a las combinaciones transfronterizas de empresas con una empresa residente en Brasil."

De manera que -como bien se alega por el Abogado del Estado- la cuestión sobre la existencia o no de obstáculos jurídicos explícitos a dichas combinaciones ha quedado zanjada por la Comisión Europea.

En este mismo sentido esta misma Sala y Sección en nuestra sentencia de 24 de enero de 2019, recurso nº 104/2014, que ya rechazara análogo argumento. Dicha sentencia es firme.

Por otra parte, no podemos considerar suficiente, pese al esfuerzo realizado por la recurrente, la prueba en la que intenta amparar su pretensión. Un análisis de los documentos invocados en la demanda nos lleva a considerarlos insuficientes para sostener la concurrencia de los referidos obstáculos.

Y ello por las siguientes razones:

En primer lugar y por lo que se refiere a la invocada Carta de 4 de noviembre de 2013 dirigida por el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas a la Comisión Europea, que si bien es cierto que se remitió en el marco de actuaciones de supervisión de la Comisión Europea para verificar la corrección de la ejecución de la Segunda Decisión, no puede, sin embargo, prevalecer sobre la Decisión, una vez adoptada por la Comisión Europea y confirmada por el TGUE y por TJUE, en la que se descartó la existencia de obstáculos jurídicos explícitos en dichos tres países tal y como, en definitiva, correctamente se entendió en la resolución del TEAC que ahora se impugna.

En segundo lugar, compartimos también el análisis realizado por la Administración demandada sobre el valor probatorio del acuerdo de liquidación correspondiente al ejercicio 2007 del Impuesto sobre Sociedades del Banco Santander, S.A., de 4 de febrero de 2015 y que, en definitiva, tampoco puede alterar las anteriores conclusiones, ya que las circunstancias fácticas existentes al tiempo de su dictado (acuerdo de liquidación de 4 de febrero de 2005 relativo al IS 2007) difieren de las vigentes cuando se giró la liquidación actualmente controvertida, el 29 de mayo de 2014. En aquel momento no se habían dictado las sentencias del TGUE de 7 de noviembre de 2014, por lo que el mandato de recuperación tenía plena eficacia y, por consiguiente, tampoco podemos acoger la pretensión actora.

Y, por último, la remisión que se hace en la demanda a determinados documentos obrantes en el expediente administrativo (vid. elementos 142 a 166 y 169) que fueron aportados por la hoy recurrente en el seno del procedimiento inspector relativo a los ejercicios 2005, 2006 y 2007, para su traslado a la Comisión Europea con el objeto de que resolviera sobre la aplicación del principio de confianza legítima, en nada altera las conclusiones precedentes ya que, en definitiva, la referida Decisión fue confirmada íntegramente por sentencia del TJUE dictada en casación, que anuló la sentencia del TGUE de 27 de noviembre de 2014 y acordó la devolución del asunto a éste último que confirmó íntegramente la decisión recurrida en Sentencia de 15 de noviembre de 2018.

En definitiva, no habiendo justificado la recurrente que los documentos invocados constituyan pruebas distintas de las ya analizadas por la Comisión Europea, en ningún momento tales documentos pueden desvirtuar las conclusiones de la propia Comisión Europea cuando refirió que no se advierte, en los ordenamientos jurídicos de Estados Unidos, Méjico y Brasil -entre otros-, la existencia de obstáculos jurídicos explícitos a las combinaciones transfronterizas de empresas.»

Frente a la mencionada sentencia de 3 de mayo de 2024, dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Segunda, de la Audiencia Nacional, se ha preparado el presente recurso de casación.

SEGUNDO. Tramitación del recurso de casación

1.- Preparación. El representante procesal de la parte recurrente presentó escrito, el 22 de julio de 2024, preparando recurso de casación contra la sentencia dictada.

Tras justificar la concurrencia de los requisitos reglados de plazo, legitimación y recurribilidad de la resolución impugnada, identifica como infringidos:

El artículo 4.1 de la Segunda Decisión de Comisión Europea de 12 de enero de 2011, 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; en relación con su artículo 1.4 y su considerando (200).

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 [«TRLIS»] -en la redacción dada a este por la Disposición final sexta de la Ley 31/2011, de 4 de octubre, por la que se modifica la normativa tributaria y presupuestaria y de adecuación de la normativa financiera para la intensificación de las actuaciones en la prevención y lucha contra el fraude fiscal-.

La Sala de instancia tuvo por preparado el recurso de casación en auto de 23 de julio de 2024.

2.- Admisión. La sección de admisión de esta Sala Tercera del Tribunal Supremo admitió el recurso de casación por medio de auto de 14 de enero de 2025, en el que aprecia la presencia de interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia, enunciada en estos términos:

«Determinar si, en la ejecución nacional de una decisión de la Comisión Europea de recuperación de ayudas de Estado, cuando el beneficiario invoca la protección de la confianza legítima reconocida en dicha decisión alegando la existencia de «obstáculos jurídicos explícitos a las combinaciones transfronterizas de empresas», corresponde a las autoridades nacionales incluidos los órganos jurisdiccionales- verificar, en el caso concreto, la concurrencia de tales obstáculos a efectos de apreciar la procedencia de la excepción a la recuperación; o si, por el contrario, pueden prescindir de dicho examen por considerar que la decisión de la Comisión ya ha excluido la existencia de tales obstáculos respecto de las combinaciones transfronterizas con los terceros Estados de que se trate, en particular en relación con el artículo 4.1 de la Decisión de la Comisión de 12 de enero de 2011 (asunto C45/07), en el marco de la aplicación del régimen fiscal previsto en el artículo 12.5 del Real Decreto Legislativo 4/2004, de 5 de marzo [«TRLIS »].»

3.- Interposición. La representación del Banco Santander S.A., interpuso recurso de casación mediante escrito de 27 de febrero de 2026.

Concluye el escrito de interposición delimitando el objeto de su pretensión casacional en que, por esta Sala: *«se dicte Sentencia, anulando totalmente la Sentencia impugnada (y los actos administrativos que confirma) y reconociendo el deber de los órganos administrativos y judiciales españoles de entrar a verificar, en cada caso concreto de aplicación de la Segunda Decisión, la concurrencia de obstáculos jurídicos explícitos a efectos de apreciar la procedencia de la excepción a la recuperación, incluso en aquellos casos en los que las adquisiciones se refieran a terceros Estados mencionados en la citada Decisión.*

Asimismo, suplico que, como consecuencia de la anulación total de la Sentencia de instancia, se estime el recurso contencioso-administrativo núm. 951/2017 , se reconozca la eficacia de los obstáculos jurídicos explícitos previamente apreciados por el Ministerio de Hacienda y la DCGC y, en consecuencia, se declare la concurrencia de la excepción a la obligación de recuperación prevista en la Segunda Decisión y se anulen los Acuerdos de liquidación correspondientes a los ejercicios 2008 y 2009, que se encuentran en el origen de este recurso de casación.»

4.- Oposición al recurso interpuesto.

La representación de la Administración General del Estado presentó escrito el 6 de abril de 2026, en el cual solicita que se fije la siguiente doctrina:

En la ejecución nacional de la Decisión de la Comisión Europea de 12 de enero de 2011 (asunto C-45/07), en el marco de la aplicación del régimen fiscal previsto en el artículo 12.5 del Real Decreto Legislativo 4/2004, de 5 de marzo [«TRLIS»], cuando el beneficiario invoca la protección de la confianza legítima reconocida en dicha decisión alegando la existencia de «obstáculos jurídicos explícitos a las combinaciones transfronterizas de empresas» con Estados Unidos, Brasil y México, no corresponde a las autoridades nacionales -incluidos los órganos jurisdiccionales- verificar, en este caso concreto, la concurrencia de tales obstáculos a efectos de apreciar la procedencia de la excepción a la recuperación, por cuanto que la propia Decisión de la Comisión ya ha excluido la existencia de tales obstáculos respecto de las combinaciones transfronterizas con dichos terceros Estados.

Y, concluye señalando que: «se dicte sentencia por la que lo desestime, confirmando la sentencia recurrida.»

5.- Votación, fallo y deliberación del recurso. Por providencia de fecha 28 de abril de 2026 se designó como magistrado ponente al Excmo. Sr. D. Isaac Merino Jara y se señaló vista para el día 30 de junio de 2026.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Objeto del recurso de casación.

La controversia que se suscita en el presente recurso de casación consiste en la determinación del alcance de las obligaciones que recaen sobre las autoridades nacionales -incluidos los órganos jurisdiccionales- cuándo el beneficio de una ayuda de estado declarada incompatible invoca la protección de la confianza legítima reconocida en una decisión de la Comisión Europea.

SEGUNDO. Alegaciones de las partes.

A) **Escrito de interposición.**

En los inicios del escrito de interposición Banco de Santander advierte que, en la Segunda Decisión, de 12 de enero de 2011, relativa a la amortización fiscal del fondo de comercio financiero para la adquisición de participaciones extranjeras aplicada por España, la Comisión Europea extendió finalmente la calificación de ayuda de Estado a las adquisiciones de participaciones fuera de la UE y ordenó la recuperación de la ayuda. Reconoció otra vez la protección del principio de confianza legítima en los mismos términos que en la Primera Decisión y, además, estableció un periodo adicional de confianza legítima hasta el 21 de mayo de 2011 (fecha de la publicación en el Diario Oficial de la UE de la Segunda Decisión) para las adquisiciones de participaciones mayoritarias en terceros Estados cuando "se pueda demostrar la existencia de obstáculos jurídicos explícitos a las combinaciones transfronterizas de empresas".

Por consiguiente, *«las adquisiciones de participaciones mayoritarias en terceros Estados realizadas entre el 21 diciembre de 2007 y el 21 de mayo de 2011 en las que pudiera demostrarse la existencia de obstáculos jurídicos explícitos quedaban exceptuadas de la obligación de recuperación y podían seguir aplicando el beneficio fiscal controvertido.»*.Esa Segunda Decisión motivó la modificación del artículo 12.5 TRLIS (mediante la Disposición final sexta de la Ley 31/2011, de 4 de octubre), con el fin de incorporar expresamente la referencia a la confianza legítima reconocida por la Comisión.

Continúa señalando que la Segunda Decisión, tras diversas vicisitudes procesales, finalmente, fue confirmada en todos sus términos por los Tribunales de la UE, adquiriendo firmeza la caracterización del fondo de comercio financiero como una ayuda de Estado ilegal e incompatible y la necesidad de recuperarla de los beneficiarios, salvo en aquellos casos, anteriormente indicados, en los que se debe reconocer la existencia de confianza legítima.

Esas vicisitudes procesales fueron las siguientes:

La Segunda Decisión fue anulada en primera instancia por el Tribunal General de la UE mediante sentencia de 7 de noviembre de 2014 (asunto T-219/19), si bien dicha sentencia fue casada por el Tribunal de Justicia de la UE en su sentencia de 21 de diciembre de 2016 (asuntos C-20/15 P y C-21/15 P). Tras el consiguiente reenvío, la Segunda Decisión fue ratificada por el TGUE mediante sentencia de 15 de noviembre de 2018 y, posteriormente, confirmada por el TJUE en sentencia de 6 de octubre de 2021 (asuntos acumulados C-53/19 P y C-65/19 P).

Señala que en el marco de las labores de recuperación iniciadas por las autoridades fiscales españolas al amparo de la Primera y de la Segunda Decisión, el Ministerio de Hacienda y de Administraciones Públicas comunicó a la Comisión Europea, por medio de Carta de 4 de noviembre de 2013, el estado de los procedimientos de recuperación CR 45/2007 y CR 46/2011, relativos a la Primera y Segunda Decisión, respectivamente. En la citada Carta, en lo que respecta a las actuaciones recuperatorias seguidas frente a Banco Santander «el Ministerio de Hacienda reconoció que, en el caso particular de las adquisiciones que nos ocupan (Banco Real en Brasil, Sovereign en Estados Unidos y Grupo Alcanza en México), había quedado probada la imposibilidad de realizar una operación de reestructuración transnacional, de tal manera que concurrían obstáculos jurídicos explícitos en los términos señalados en la Segunda Decisión.»

Señala que en el marco de las actuaciones relativas a los ejercicios 2005 a 2007, con fecha 4 de febrero de 2015 se dictó, en lo que aquí interesa, Acuerdo de liquidación en relación con el ejercicio 2007 (con número A23-72446011). En el citado Acuerdo de liquidación «la DCGC admitió la deducibilidad de la amortización del fondo de comercio financiero relativo a la inversión realizada en Banco Real (Brasil) con posterioridad a 21 de diciembre de 2007, sobre la base de la posición comunicada por el Ministerio de Hacienda a la Comisión en la referida Carta de fecha 4 de noviembre de 2013, en la que el Ministerio apreció la existencia de obstáculos jurídicos explícitos en las adquisiciones de Banco Santander en México, Brasil y Estados Unidos.»

Añade a continuación que pese a ello, la comprobación de carácter parcial de los ejercicios 2008 y 2009 concluyó (con carácter previo a las actuaciones relativas al ejercicio 2007, pero con posterioridad a la referida Carta del Ministerio de Hacienda) mediante Acuerdos de liquidación de 29 de mayo de 2014 (con números A23-72340275 y A23-72340336, respectivamente), en los que *«la DCGC rechazó aplicar la confianza legítima reconocida por la Comisión en la Segunda Decisión, al considerar que ésta ya habría descartado en la propia Decisión la existencia de obstáculos jurídicos explícitos en relación con las jurisdicciones afectadas..»* .

Enfatiza que en estos dos Acuerdos de liquidación la DCGC se abstuvo de efectuar cualquier valoración individual de las circunstancias concretas de las operaciones de adquisición realizadas por el Banco Santander y acordó la recuperación de las cantidades deducidas, lo cual fue ratificado por el TEAC en su Resolución de 5 de julio de 2017.

Advierte que, en relación con la diferencia de criterio con respecto a la Carta remitida a la Comisión Europea y al Acuerdo de liquidación relativo al IS del ejercicio 2007 dictado con posterioridad, la citada Resolución el TEAC sostuvo que el criterio mantenido por el equipo actuario respecto del IS 2007 "viene motivado por la sentencia del Tribunal General de 7 de noviembre de 2014", mediante las cuales se anuló -de forma temporal, hasta su ulterior casación- la Segunda Decisión.

Frente a dicha Resolución se interpuso recurso contencioso-administrativo, que fue desestimado por la AN mediante Sentencia de 3 de mayo de 2024. Afirma que la Sala de instancia sostuvo que la Comisión Europea habría analizado descartando de forma definitiva la existencia de obstáculos jurídicos explícitos en las fusiones transfronterizas con entidades residentes en Estados Unidos, México y Brasil. Aseguró que las autoridades nacionales españolas, incluidos los órganos jurisdiccionales, no debían entrar a valorar, en relación con dichas jurisdicciones, las circunstancias concretas de cada beneficiario para determinar la aplicabilidad de la confianza legítima reconocida, en tanto que "la cuestión sobre la existencia o no de obstáculos jurídicos explícitos a dichas combinaciones ha quedado zanjada por la Comisión Europea".

Recuerda que la Comisión examinó la normativa de distintos Estados no pertenecientes a la UE, entre los que se encontraban Brasil, Estados Unidos y México y concluyó que la legislación de dichos países no presentaba barreras legales que prohibieran con carácter general tales operaciones y que, por tanto, no podía descartarse *ab initio*la posibilidad de realizar combinaciones transfronterizas con ellos, lo que, en algunos casos, quedaba corroborado por la existencia de precedentes de este tipo de operaciones con otros Estados (distintos de España).

Apunta que conclusiones similares se alcanzaron respecto de la mayoría de los países analizados, con la sola excepción de India y China, puesto que, respecto a ambos, la Comisión sí apreció obstáculos jurídicos explícitos, al prever sus legislaciones prohibiciones generales para la realización de operaciones de reestructuración (e incluso de adquisición) con entidades no residentes. No obstante, observa, en la medida en que no pudo acreditarse la existencia de tales obstáculos con carácter general para las combinaciones transfronterizas con terceros Estados -pues se habían constatado precedentes o, al menos, no se había descartado la posibilidad teórica en los restantes casos (Brasil, México, Estados Unidos, etc.)-, la Comisión concluyó que no cabía apreciar, *prima facie,*una situación diferenciada entre ambos grupos de contribuyentes que justificara la diferencia de trato establecida por el artículo 12.5 TRLIS.

De ahí que la citada medida fuera considerada selectiva y, en última instancia, calificada como ayuda estatal, incluso para los casos de adquisiciones de participaciones mayoritarias en filiales situadas en China o la India.

Mantiene que probada la caracterización del artículo 12.5 TRLIS como ayuda de Estado incompatible con el mercado interior («pero a la que se otorgaba un periodo de confianza legítima por las expectativas generadas durante el tiempo de la investigación respecto de la posible apreciación de obstáculos jurídicos explícitos en las jurisdicciones analizadas y en cualesquiera otras en las que pudieran demostrarse»), la función de la Comisión Europea quedaba agotada, de modo que, apostilla, «aquellas cuestiones que no podían ser apreciadas en sede del procedimiento de investigación formal -por referirse a circunstancias particulares de cada beneficiario- debían ventilarse, en su caso, en el marco de los actos de recuperación que, en ejecución de la Segunda Decisión, correspondía adoptar a las autoridades españolas.»

Ello incluye, sostiene la empresa recurrente, que en particular y de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 1.4 de la Decisión, la valoración de la eventual concurrencia de obstáculos jurídicos explícitos que impidieran, en cada concreto caso, la combinación transfronteriza con la entidad adquirida y que, por tanto, pudieran justificar la aplicación de la confianza legítima en los términos reconocidos por la Comisión. Resulta evidente, piensa, que la situación de un operador concreto puede verse afectada por circunstancias específicas (no solo derivadas de su residencia en un país no analizado desde una perspectiva general, sino también, por ejemplo, por razón del sector de actividad, como el sector financiero) que imposibiliten legalmente la fusión en su caso y que, lógicamente, no podían ser apreciadas *ex ante*por la Comisión al enjuiciar una norma de alcance general que no distingue ni por países destinatarios de la inversión, ni por sectores económicos ni, mucho menos, por adquisiciones concretas.

Prueba de ello es el apartado (200) de la Segunda Decisión, en el que la Comisión reconoce expresamente la posibilidad de que la confianza legítima se extienda a todas aquellas empresas que hayan adquirido participaciones mayoritarias en entidades residentes en terceros Estados y estén en condiciones de acreditar la existencia de obstáculos jurídicos explícitos que impidan una ulterior fusión transfronteriza con la entidad adquirida. Como allí se indica, lo anterior resulta aplicable también respecto de los Estados expresamente mencionados en la Decisión, entre ellos, México, Estados Unidos y Brasil.

Según la parte recurrente, la Sala de instancia rechaza siquiera entrar a valorar la existencia de tales obstáculos en el caso del Banco Santander, por considerar que, al tratarse de adquisiciones relativas a

países mencionados en la Segunda Decisión, dicha cuestión habría quedado ya zanjada por la Comisión. No comparte, el Banco Santander dicho criterio, pues tal conclusión resulta incompatible con el tenor literal del apartado (200) de la propia Decisión -en el que la Comisión Europea se pone expresamente a disposición de las autoridades españolas para asistirlas en el análisis de las pruebas que los beneficiarios pudieran aportar sobre la existencia de barreras jurídicas a las combinaciones transfronterizas-, y, además, ignora que las propias autoridades españolas ya hicieron uso en cierta medida de dicha posibilidad, como acredita la Carta de 4 de noviembre de 2013, en la que se exponen las pruebas recabadas acerca de la existencia de obstáculos jurídicos explícitos y se reconoce su existencia en el caso de las adquisiciones que nos ocupan.

Entiende, por tanto, que el incorrecto entendimiento por parte de la Sala de instancia de los términos y el alcance de la Segunda Decisión conduce a una infracción frontal de dicha Decisión, en particular de su artículo 4.1 en relación con el apartado (200) y con su artículo 1.4, así como el artículo 12.5 TRLIS, por cuanto que este precepto habría incorporado la confianza legítima reconocida por la Comisión en la Segunda Decisión.

Precisa que la Comisión no sólo no analizó el caso del Banco Santander en relación con las adquisiciones controvertidas, sino que ni siquiera podía hacerlo. Esta cuestión quedaba reservada a las autoridades españolas, quienes, de hecho, y tras analizar la normativa específica del sector financiero en México, Brasil y Estados Unidos, consideraron que las adquisiciones de participaciones mayoritarias efectuadas por el Banco Santander en dichas jurisdicciones debían quedar amparadas por el principio de confianza legítima y, por tanto, exceptuadas de la obligación de recuperación.

Así fue comunicado a la Comisión Europea en la Carta de 4 de noviembre de 2013, sin que esta opusiera objeción alguna; lo cual, habría sido perfectamente plausible si hubiera considerado que España, mediante tal interpretación de la Segunda Decisión, estaba incumpliendo la orden de recuperación que en ella se contenía, por ejemplo, iniciando un procedimiento de infracción contra España o, en su caso, interponiendo un recurso por incumplimiento ante el TJUE. Sin embargo, la Comisión no emprendió actuación alguna en ese sentido, de lo que se deduce con claridad que entendía que la interpretación realizada por las autoridades españolas no menoscababa en modo alguno el efecto útil de la Decisión.

Según la entidad recurrente, en el procedimiento que ahora nos ocupa, la DCGC, el TEAC y, en última instancia, la AN han considerado que la apreciación de obstáculos jurídicos explícitos no les compete. Por tal razón, se abstienen de valorar dicha cuestión y sostienen, sin mayor motivación, que la Comisión ya habría rechazado la existencia de obstáculos jurídicos explícitos en dichas jurisdicciones y que ese rechazo es inamovible.

Defiende que tal concepción de las funciones que les corresponden (especialmente a la Sala de instancia) en el marco del sistema de competencias atribuido por el Derecho de la UE en materia de ayudas de Estado resulta incompatible con la reiterada jurisprudencia de los Tribunales de la UE y constituye un error jurídico determinante, que no solo condiciona decisivamente el sentido del pronunciamiento recurrido, sino que vulnera su derecho a la tutela judicial efectiva de Banco Santander

Lo anterior, impone necesariamente la casación de la Sentencia impugnada y el reconocimiento por esta Sala del Tribunal Supremo de que los obstáculos jurídicos ya apreciados por el Ministerio de Hacienda y la DCGC deben desplegar igualmente sus efectos respecto de los ejercicios 2008 y 2009, al tratarse de las mismas adquisiciones de participaciones.

Ello sin que sea necesario solicitar la intervención del TJUE a título prejudicial, por cuanto que la cuestión que aquí nos ocupa (las obligaciones que recaen sobre las autoridades nacionales en sede de recuperación) constituye, en términos de la jurisprudencia comunitaria, un acto aclarado, como acredita el hecho de que, en la Sentencia de 6 de octubre de 2025, el TC acogiera el amparo de la recurrente sin someter dicha cuestión al juicio del TJUE.

B) **Escrito de oposición.**

Comienza su escrito de oposición la Abogacía del Estado manifestando que el debate se centra en si existen obstáculos jurídicos explícitos a las combinaciones transfronterizas entre empresas españolas y empresas domiciliadas en Estados Unidos, México y Brasil, todo ello con el propósito de quedar amparada la recurrente por la confianza legítima y evitar así la devolución de las ayudas.

Señala que la recurrente pone el acento en que la Comisión no habría vedado la posibilidad de que las autoridades fiscales (en sede de recuperación de la ayuda) o los órganos judiciales españoles (al controlar la conformidad a Derecho de los actos recuperatorios de aquéllas) puedan apreciar la existencia de tales obstáculos.

Sin embargo, la Segunda Decisión es explícita en este sentido al señalar en su considerando 115 que "la Comisión considera que fuera de los Estados miembros de la Unión, por lo menos en los siguientes terceros países pertinentes, no puede reconocerse ningún obstáculo jurídico explícito," analizando pormenorizadamente a continuación el caso de Estados Unidos, México, Argentina y Brasil.

Así pues, la cuestión sobre la existencia o no de obstáculos jurídicos explícitos a las combinaciones transfronterizas de empresas domiciliadas en Estados Unidos, México y Brasil ha quedado zanjada por la Comisión Europea de forma meridianamente clara, tal y como resulta de los considerandos 115 y 116 de la Segunda Decisión.

La Abogacía del Estado se opone a la distinción que pretende introducir la entidad recurrente entre análisis de la selectividad de la medida y análisis de la recuperación de la medida, puesto que, a su juicio, carece de respaldo alguno en la Decisión de la Comisión. El análisis de la selectividad de la medida es el que conduce a la Comisión a declarar la medida incompatible con el mercado interior. La cuestión de cómo ha de jugar la confianza legítima a los efectos de no exigir la devolución de la ayuda es lo que lleva a la Comisión a renunciar a la recuperación, tal y como explica en el considerando 210 de la Segunda Decisión. Y si nos atenemos a "los principios establecidos en la presente Decisión" deberemos concluir que, como señala el considerando 115 de la misma Decisión, tal y como ya se ha explicado, respecto de Estados Unidos, México y Brasil "no puede reconocerse ningún obstáculo jurídico explícito."

La Abogacía del Estado se centra después en el examen del papel de la Comisión Europea y el de las autoridades nacionales en el procedimiento de recuperación de las ayudas.

Comienza manifestando que de acuerdo con el art. 14.3 del Reglamento 659/1999 del Consejo, de 22 de marzo de 1999, por el que se establecen disposiciones de aplicación del artículo 93 del Tratado CE, vigente en el momento de adoptarse la Segunda Decisión, la recuperación de la ayuda ilegal se efectuará sin dilación y con arreglo a los procedimientos del Derecho nacional del Estado miembro interesado, siempre que permitan la ejecución inmediata y efectiva de la decisión de la Comisión. Para ello y en caso de procedimientos ante los órganos jurisdiccionales nacionales, los Estados miembros de que se trate tomarán todas las medidas necesarias previstas en sus ordenamientos jurídicos nacionales, incluidas las medidas provisionales, sin perjuicio del Derecho comunitario.

Por tanto, se prevé una intervención tanto de las autoridades nacionales como de los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros que hayan de recuperar la ayuda ilegal.

Conforme a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, en el caso de un régimen de ayudas, la Comisión puede limitarse a estudiar las características del régimen controvertido para apreciar, en la fundamentación de su decisión, si dicho régimen es adecuado para realizar alguno de los objetivos contemplados en el artículo 107 TFUE, apartado 3, artículo que se refiere a las ayudas compatibles con el mercado interior. En una decisión relativa a un régimen de ayudas, la Comisión no está obligada a efectuar un análisis de la ayuda concedida en cada caso individual sobre la base de ese régimen, y sólo en la fase de recuperación de las ayudas debe comprobarse la situación individual de cada empresa afectada.

La Comisión es la competente para evaluar si la ayuda es o no conforme con el Derecho de la UE y los Estados miembros son competentes para comprobar la situación individual de cada empresa afectada por la orden de recuperación.

Se da la circunstancia, según la Abogacía del Estado, de que en el caso concreto de la recuperación de las ayudas a que obligaba la Segunda Decisión las autoridades nacionales no tenían margen de apreciación alguno respecto de la existencia o no de obstáculos jurídicos explícitos a las combinaciones transfronterizas de empresas domiciliadas en Estados Unidos, México y Brasil, ya que esta cuestión la había zanjado la propia Comisión en su Decisión.

Pero en contra de lo que sostiene Banco de Santander debe tenerse presente que el artículo 12.5 TRLIS ha sido objetado por la Comisión Europea por considerar que suponía una ayuda de Estado y en tal sentido ha recibido redacción adaptada a tal hecho por la Ley 39/2010, artículo 74, y por la Ley 3112011, disposición final sexta, siendo además reiterado por la Decisión de la Comisión Europea dictada en fecha 15 de octubre de 2014.

En este sentido se pronuncia el Acuerdo de liquidación correspondiente al ejercicio 2009 del Impuesto sobre Sociedades respecto de las adquisiciones de Banco Real, Grupo Alcanza y Sovereign.

Y en el mismo sentido el Fundamento de Derecho Quinto de la Resolución del TEAC impugnada en la instancia señala lo siguiente:

«(...) este órgano revisor comparte el criterio inspector respecto a que la existencia de obstáculos jurídicos explícitos a las combinaciones transfronterizas de empresas en Brasil, Estados Unidos y Méjico ya fue analizado y rechazado durante la tramitación del expediente que dio lugar a la 2ª Decisión, por lo que no cabe que la Administración española alcance una conclusión distinta de un análisis de las circunstancias concretas de determinadas empresas en estos mismos países.»

En consecuencia, confirmada la ausencia de obstáculos jurídicos explícitos por el órgano genuinamente competente para ello en los Considerandos 115 y 116 de la Segunda Decisión, las alegaciones de la recurrente al respecto no podrán tener favorable acogida.

Finalmente, la Abogacía del Estado se pronuncia sobre la pretensión de que, si se casa la sentencia, el Tribunal Supremo resuelva con arreglo a las pruebas practicadas en la instancia

Recuerda que, a tal fin, la recurrente examina determinados documentos aportados con su demanda en la instancia y admitidos como medio de prueba por *la Sala a quo.*

La recurrente cita en defensa de la procedencia del análisis de la existencia de obstáculos jurídicos explícitos, el Considerando 200 de la Segunda Decisión.

Hace hincapié en que la revisión de las conclusiones alcanzadas sobre la inexistencia de obstáculos por la Comisión queda condicionada a la aportación de nuevas pruebas pertinentes.

Sin embargo, la recurrente se limita a invocar la Carta del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas de 4 de noviembre de 2013, el Acuerdo de liquidación correspondiente al ejercicio 2007 del Impuesto sobre Sociedades, así como a remitirse en bloque a determinados documentos obrantes en el Expediente Administrativo y que fueron aportados por el Banco en el seno del procedimiento inspector tramitado para comprobar los ejercicios 2005, 2006 y 2007, para su traslado a la Comisión Europea con el objeto de que la misma resolviera sobre la aplicación del principio de confianza legítima.

Pues bien, frente a esa forma de proceder la Abogacía del Estado responde:

En primer lugar y en lo atinente a la Carta de 4 de noviembre de 2013 dirigida por el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas a la Comisión Europea, «obsérvese que se trata de un documento presentado por el Reino de España en el seno de un procedimiento tramitado ante la Comisión Europea y en el que la posición procesal del Estado español consistía lógicamente en la defensa de la conformidad a Derecho de la UE de la normativa española. Cuestión distinta es, sin embargo, la ejecución obligatoria de las Decisiones de la Comisión que corresponde a los órganos internos de cada Estado miembro, que es precisamente lo que acontece en el caso que nos ocupa. Y es que la Decisión, una vez adoptada por la Comisión Europea y confirmada por el Tribunal General de la Unión Europea (TGUE) [STGUE de 15 de noviembre de 2018, Banco Santander y Santusa/Comisión, T-399/11 RENV, EU:T:2018:787)] y por el TJUE, [STJUE de 6 de octubre de 2021, Banco Santander y Santusa/Comisión, asuntos acumulados C-53/19P y C-65/19 P, EU:C:2021:795] en la que se descarta la existencia de obstáculos jurídicos explícitos en estos países, es ejecutiva y debe ser respetada por todos los órganos internos de los Estados miembros, tal y como hicieron tanto la AEAT y el TEAC en las Resoluciones, como la Audiencia Nacional en la sentencia ahora recurrida en casación.»

Por esa razón, la invocación de la Carta del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas en modo alguno desvirtúa las conclusiones alcanzadas por la AEAT y el TEAC en las Resoluciones recurridas. La sentencia recurrida también la examina en su FD quinto y llega a esta misma conclusión.

Ya se defendió en la instancia por la Abogacía del Estado, en cuanto al Acuerdo de liquidación correspondiente al ejercicio 2007 del Impuesto sobre Sociedades del Banco Santander, S.A., que el mismo no altera las anteriores conclusiones, toda vez que las circunstancias existentes al tiempo de su dictado difieren de las vigentes cuando se dictaron los dos Acuerdos de liquidación que ahora nos ocupan.

Quiere ello decir que la situación existente en el momento de su dictado no puede equipararse a la que existió al tiempo del dictado de los Acuerdos de liquidación que ahora nos ocupan, momento en que la Segunda Decisión no había sido objeto de anulación por el TGUE. Precisamente por esa razón el Acuerdo de liquidación ostenta naturaleza provisional y no definitiva.

Como consecuencia de ello, la prueba documental consistente en el Acuerdo de liquidación correspondiente al ejercicio 2007 tampoco desvirtúa las conclusiones alcanzadas por el TEAC en la Resolución recurrida. Esta argumentación, por otra parte, se recoge también en el FD quinto de la sentencia recurrida.

Procede, en última instancia, analizar la documentación obrante en el expediente administrativo e invocada por la recurrente (documentos 142 a 166 y 169). Son diferentes documentos contractuales.

Observa, al respecto, que la entidad recurrente tuvo ocasión de alegar lo que a su derecho convino ante la Comisión Europea en virtud de Carta de 9 de julio de 2010, tal y como consta en el Considerando número 20 de la Segunda Decisión. A su vez, el Banco recurrió la referida Decisión ante el TGUE, presentando demanda ante el mismo con objeto de anular la Decisión de continua referencia. Y recuérdese que la referida Decisión de 12 de enero de 2011 fue confirmada íntegramente por Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea dictada en casación, que anuló la Sentencia del TGUE de 7 de noviembre de 2014 y acordó la devolución del asunto al TGUE. Finalmente, el TGUE confirmó íntegramente la Decisión recurrida en Sentencia de 15 de noviembre de 2018 y, posteriormente, confirmada por el TJUE en sentencia de 6 de octubre de 2021 (asuntos acumulados C-53/19 P y C-65/19 P).

Es decir, el Banco ha tenido ocasión de aducir, tanto ante la Comisión Europea como ante los Tribunales referidos, lo que a su derecho convenga sobre la existencia de obstáculos jurídicos explícitos, sin que por la Comisión ni por los Tribunales se hayan alterado las conclusiones alcanzadas en los Considerandos 115 y 116 de la Decisión de 12 de enero de 2011.

Ello es importante, pues el requisito para que la Comisión analice nuevamente la existencia de potenciales obstáculos jurídicos es que se aporten nuevas pruebas. No constando que los documentos obrantes en el expediente constituyan nuevas pruebas y siendo firme ya la referida Decisión que descarta la presencia de obstáculos jurídicos explícitos en relación con los tres Estados de continua referencia, no se colman las exigencias del Considerando 200 de la Segunda Decisión.

No habiendo justificado, en fin, la actora que los documentos invocados constituyan pruebas distintas de las ya analizadas por la Comisión Europea, entiende la Abogacía del Estado que dichos documentos en modo alguno pueden desvirtuar las conclusiones alcanzadas por la Comisión Europea en los Considerandos 115 y 116 cuando refieren que no se advierte, en los ordenamientos jurídicos de Estados Unidos, México y Brasil -entre otros-, la existencia de obstáculos jurídicos explícitos a las combinaciones transfronterizas de empresas.

Consecuentemente, no habiendo levantado la actora la carga de la prueba de la existencia de los obstáculos jurídicos explícitos invocados de contrario, todas estas pruebas en nada desvirtúan la conclusión alcanzada por la sentencia recurrida

TERCERO. - El criterio de la Sala

Comenzaremos señalando que la Segunda Decisión de la Comisión de 12 de enero de 2011, establece un régimen transitorio específico para adquisiciones extracomunitarias, como es el caso, realizadas entre el 21 de diciembre de 2007 y el 21 de mayo de 2011 (fecha de publicación en el DOUE), en los términos de los apartados 4 de su art. 1, cuyo tenor es el siguiente:

«4. Asimismo, las deducciones fiscales disfrutadas por los beneficiarios en virtud del artículo 12.5 del TRLIS al realizar adquisiciones fuera de la Unión en la fecha de publicación de la presente Decisión en el Diario Oficial de la Unión Europea , en relación con participaciones mayoritarias poseídas directa o indirectamente en empresas extranjeras establecidas en China, India y en otros países en los que se ha demostrado o se pueda demostrar la existencia de obstáculos jurídicos explícitos a las combinaciones transfronterizas de empresas, podrán continuar aplicándose durante el período íntegro de amortización previsto por el régimen de ayudas.».

Es decir, el régimen transitorio se dilata en el tiempo y expira el 21 de mayo de 2011, y se anuda a un doble requisito material: i) que se trate de una adquisición mayoritaria de los fondos propios de una entidad no residente; y ii) que se acredite la existencia de "obstáculos jurídicos explícitos a las combinaciones transfronterizas de empresas", y que parece referirse a la concurrencia de alguna prohibición, o imposibilidad jurídica insalvable, en las fusiones o adquisiciones transfronterizas.

De dicha Segunda Decisión reproducimos los considerandos invocados por las partes, que son los siguientes:

«(115) Las conclusiones expuestas a continuación se basan en la información proporcionada por las autoridades españolas en los informes, cuya veracidad y plenitud ha sido comprobada por la Comisión a la luz de las observaciones metodológicas indicadas anteriormente. Partiendo de esta base, la Comisión considera que, contrariamente a las alegaciones de las autoridades españolas, no se puede considerar que todas las legislaciones de terceros países planteen obstáculos jurídicos explícitos a las combinaciones transfronterizas de empresas. Por lo tanto, de forma similar a lo declarado en la Decisión anterior en relación con las transacciones en la Unión la Comisión no puede compartir los puntos de vista expresados por las autoridades españolas, apoyadas en sus alegaciones por las treinta partes interesadas, por lo que se refiere a la existencia generalizada de estos supuestos obstáculos. La Comisión considera que fuera de los Estados miembro de la Unión, por lo menos en los siguientes terceros países pertinentes, no puede reconocerse ningún obstáculo jurídico explícito, según se pormenoriza a continuación: [entre otros, se analizan EEUU, Brasil y México]

(116) Las autoridades españolas han presentado información sobre la legislación de otros ocho terceros países.

Como ya se ha descrito en el considerando 107, la Comisión estima que las conclusiones anteriores bastan para confirmar que, en cualquier caso, si se admitiera que la existencia de obstáculos jurídicos a las combinaciones transfronterizas de empresas es significativa, el sistema de referencia son las normas sobre el tratamiento fiscal del fondo de comercio financiero incluidas en el sistema español. No obstante, aplicando la misma metodología y los mismos criterios descritos en el considerando 114 y siguientes, la Comisión entiende, basándose en la información disponible, que no existen obstáculos jurídicos explícitos a las respectivas legislaciones de Chile, Venezuela, Argelia, Canadá, Australia, Japón y Marruecos.

(117) Por lo tanto, basándose en las anteriores conclusiones, la Comisión no puede compartir los puntos de vista de las autoridades españolas de que cada beneficiario potencial individual de la medida controvertida se enfrentaría, aunque solo fuera en la práctica, a obstáculos insuperables para las combinaciones transfronterizas de empresas.

[...]

(200) Este mismo trato se aplicará a los beneficiarios que hayan realizado una transacción en otros terceros países, que hayan adquirido una participación mayoritaria y que pue dan presentar elementos suficientes para demostrar que existe un obstáculo jurídico explícito, en el sentido de la presente Decisión, en la legislación de ese tercer país.

Para los países mencionados en los informes, la Comisión tendrá en cuenta que, basándose en la información facilitada por las autoridades españolas, no ha sido posible encontrar esos obstáculos, pero está dispuesta a examinar nuevas pruebas pertinentes.

[...]

(210) No obstante, dado que existía confianza legítima hasta la fecha de publicación de la Decisión de incoación, la Comisión renuncia excepcionalmente a la recuperación, y acepta que la aplicación puede continuar durante todo el período de amortización previsto en el régimen de ayudas, de cualquier ventaja fiscal derivada de la aplicación del régimen de ayudas en las ayudas vinculadas a las participaciones en empresas extranjeras controladas directa o indirectamente por empresas adquirentes españolas antes de 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 108, apartado 2, salvo que, en primer lugar, antes del 21 de diciembre de 2007 se hubiera convenido una obligación irrevocable, por parte de una empresa española adquirente, de poseer dichos derechos; en segundo lugar, el contrato contuviera una condición suspensiva relacionada con el hecho de que la transacción en cuestión está sujeta a la autorización imperativa de una autoridad reguladora y, en tercer lugar, la transacción se hubiera notificado antes del 21 de diciembre de 2007.

Por otra parte, la Comisión debe renunciar a la recuperación, y acepta que la aplicación puede continuar durante todo el período de amortización previsto en el régimen de ayudas también para cualesquiera beneficios fiscales resultantes de la aplicación del régimen de ayudas, a las transacciones de accionariado mayoritario efectuadas antes de la publicación de la presente Decisión que se refieran a terceros países en los que la presencia de obstáculos jurídicos explícitos para las combinaciones transfronterizas esté debidamente justificada conforme a los principios establecidos en la presente Decisión.»

Como se ha dicho Banco Santander propuso como prueba, que fue admitida y practicada, sobre la existencia y contenido de la Decisión de la Comisión Europea de 18 de octubre de 2009 (1ª Decisión), y de la Decisión de 12 de enero de 2011 (2ª Decisión), referidas a la amortización fiscal del fondo de comercio financiero para la adquisición directa de participaciones extranjeras aplicadas por España, y, asimismo, sobre la existencia y contenido de la liquidación A23-72446011, relativa al ejercicio 2007 del Impuesto sobre Sociedades, y también sobre, la Carta de 4 de noviembre de 2013 remitida por el Ministerio de Hacienda a la Comisión Europea,

De la mencionada liquidación de IS reproducimos parte de sus fundamentos de derecho (págs.. 218-219), concretamente, los siguientes:

«La controversia aquí suscitada se centra en torno a la interpretación que ha de darse a la comentada Decisión CE de 12 de enero de 2011 (2ª Decisión). La representación de Banco Santander presentó el día 29/07/2011 demanda contra la misma ante el Tribunal General de la UE.

Con posterioridad a la fecha de incoación del Acta a que se refiere este acuerdo de liquidación se ha dictado Sentencia en este asunto. Es más, se han dictado dos Sentencias, ambas de 7/11/2014 del Tribunal General de la Unión Europea en las que el citado Tribunal ha anulado la consideración de la medida contenida en el artículo 12.5 del TRLIS como ayuda ilegal e incompatible con el Derecho Comunitario que se hacía en la 1ª Decisión (Decisión 2011/5/CE, de 28 de octubre de 2009) y en la 2ª Decisión (Decisión 2011/282/UE, de 12 de enero de 2011). Dichas Sentencias del Tribunal General de la Unión Europea han sido recurridas por la Comisión estando en estos momentos pendientes de resolver por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Ambas Resoluciones, si bien no son firmes, si bien la interposición de un recurso de casación no suspende los efectos de las sentencias del Tribunal General (artículo 60 Estatuto TJUE).

.

Sin embargo, se debe tener en cuenta que estas Decisiones y, en concreto, la 2ª Decisión se incorporó a la normativa española a través de la modificación introducida en el artículo 12.5 (concretamente párrafo tercero) TRLIS por la Disposición final sexta de la Ley 31/2011, de 4 de octubre, con efectos para los periodos concluidos a partir de 21 de diciembre de 2007.

[...]

En cuanto a la demostración de obstáculos jurídicos explícitos a las combinaciones transfronterizas, el día 21 de diciembre de 2012 la representación de BANCO SANTANDER SA hizo entrega a la Inspección de un escrito relativo a la materia que aquí nos ocupa, al objeto de que se diera traslado del mismo a la

Comisión Europea para su adecuada valoración al hilo de la resolución de la Demanda presentada por la entidad ante el Tribunal General de la Unión Europea contra la Decisión de la Comisión Europea de 12 de enero de 2011, en la cual, entre otras cuestiones, se alegaba, con carácter subsidiario, la existencia de obstáculos jurídicos a las combinaciones transfronterizas de empresas en relación con adquisiciones llevadas a cabo por las entidades del Grupo 17/89, BANCO SANTANDER SA y SANTUSA HOLDING SL, en países tales como EEUU, Méjico y Brasil. Así pues, a criterio de la entidad, la amortización del fondo de comercio financiero surgido de estas adquisiciones se hallaría amparada por lo dispuesto en el apartado 4 del artículo 1 de la Decisión CE de 12 de enero de 2011, por lo que sería de plena aplicación lo dispuesto en el artículo 12.5 del TRLIS durante el período íntegro de amortización previsto en el mismo.

La citada Sentencia del Tribunal General de la Unión Europea dictada el 7/11/2014 en el asunto T-399/11 (Banco Santander, S.A. y Santusa Holding, SL) no entra en esta cuestión alegada con carácter subsidiario por las entidades recurrentes porque, como ya se ha dicho, decide anular la consideración de la medida en liza como ayuda ilegal e incompatible con el Derecho Comunitario, esto es, decide la anulación del artículo 1, apartado 1, y del artículo 4 de la Decisión 2011/282/UE (2ª Decisión).

Llegados a este punto esta Oficina Técnica considera que la interpretación de lo dispuesto en el citado párrafo tercero del artículo 12.5 del TRLIS en la redacción dada al mismo por la Disposición final sexta de la Ley 31/2011, de 4 de octubre debe de realizarse a la luz de la posición del Reino de España en el procedimiento AYUDAS PUBLICAS- Ayuda SA 22309 (CR 46/2011)-. Así consta en el escrito de 4 de noviembre de 2013 dirigido por el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas a la Comisión Europea (AYUDAS PUBLICAS. Ayuda SA 22309 (CR 46/2011), Amortización fiscal del fondo de comercio financiero para la adquisición de participaciones significativas en entidades no residentes) lo siguiente:

"En conclusión, en todos estos supuestos entiende el Reino de España que estas circunstancias determinan la imposibilidad de realizar una operación de reestructuración transnacional, y nos encontramos ante un supuesto real en el que resulta inviable la realización de una fusión transfronteriza entre una entidad española y una entidad participada residente fiscal en Brasil, en el sector financiero. En este sentido, las autoridades españolas consideran que las conclusiones anteriormente señaladas constituyen una prueba suficiente para determinar que dicha fusión no resultaría posible y que, por tanto, existen obstáculos jurídicos explícitos para su realización, en los términos señalados en el párrafo (114) de la citada Decisión".

Dicha carta, dirigida por el Reino del España a la Comisión europea en el seno del mencionado procedimiento, queda incorporada al presente expediente electrónico.

Así pues, en consecuencia, con lo anteriormente expuesto, no puede confirmarse la propuesta efectuada por la Inspección respecto de este capítulo de hechos y procede admitir la deducibilidad del fondo de comercio financiero correspondiente a la inversión realizada indirectamente en Banco Real si bien con carácter provisional, a expensas de la resolución del recurso interpuesto en casación por la Comisión ante el TJUE contra la Sentencia de primera instancia del TGUE, y a expensas de la resolución del recurso interpuesto por el Reino de España contra la Tercera Decisión de la Comisión de fecha 15.10.2014".»

Cabe recordar de nuevo las circunstancias singulares que rodean el dictado del Acuerdo de liquidación correspondiente al ejercicio 2007, circunstancias a las que apela el TEAC para descartar que por la AEAT se haya procedido a un cambio de criterio, a saber:

«Por otra parte, la alegación de la reclamante acerca de que la propia Inspección ha rectificado con posterioridad su criterio, no puede compartirse pues la reclamante omite un dato trascendental para enmarcar la decisión del Inspector Jefe en el citado acuerdo de liquidación de 4 de febrero de 2005 (relativo al IS 2007); y es que, como en el propio acuerdo se señala en párrafos siguientes a los trascritos por la entidad, el criterio mantenido en dicho acuerdo viene motivado por las sentencias del Tribunal General de 7 de noviembre de 2014

Pues bien, este criterio no es trasladable al marco temporal existente cuando se giró la liquidación aquí impugnada, el 29/05/2014. En aquel momento no habían emanado las sentencias del Tribunal General de la UE, de 7/11/2014, por lo que el mandato de recuperación tenía plena eficacia.

Por otra parte, tampoco es el marco existente con la también referida sentencia del Tribunal de Justicia de la UE, de 21/12/2016 , que resuelve el recurso interpuesto en casación por la Comisión. Es precisamente la resolución de recurso en casación interpuesto por la Comisión ante el TJUE la que el propio acuerdo de liquidación de 5/02/2015 condiciona el carácter temporal de ese criterio a que la reclamante apela.

En consecuencia, no cabe considerar aplicable ese pretendido cambio de criterio, que no es sino una respuesta a las concretas circunstancias que en aquel momento concurrían y confirmar el criterio aplicado por la Inspección en el acuerdo aquí impugnado. Ni en el momento en que el mismo se adoptó ni en el momento presente concurren tales circunstancias, por lo que no cabe acoger la pretensión actora. Sin perjuicio de que, aunque la 1ª y 2ª Decisiones han recuperado su eficacia, como el propio TJUE señala, no se ha resuelto definitivamente el asunto, por lo que queda a expensas de lo que en las instancias judiciales europeas se resuelva con carácter definitivo.»

Del documento 4 de noviembre de 2003, reiteradamente mencionado, relativo a *«Ayudas CR 45/2007 y CR 46/2011 (SA.22309) Amortización fiscal del fondo de comercio financiero para la adquisición de participaciones significativas en entidades no residentes.»*se reproducen los siguientes párrafos (págs. 1 y 2):

«En contestación a su escrito de 30 de septiembre de 2013 [COMP/H4/CGF/mt D 2013/096584] sobre el asunto arriba expresado, a continuación se proporciona la información solicitada atendiendo a los apartados en los que se estructura.*

L CR 45/2007 Fondo de comercio financiero I

[...]

1.2. BANCO SANTANDER SA (NIF: A39000013)

En relación con las actuaciones inspectoras sobre el Banco Santander, se considera necesario poner de manifiesto la especial complejidad que conlleva la comprobación de entidades que tributan en el régimen de consolidación fiscal recogido en el capítulo VII título VII del Real decreto legislativo 4/2004, de 5 de marzo por el cual se aprueba el texto refundido de la ley del Impuesto sobre Sociedades (en adelante, TRIS),

Con carácter general, el plazo máximo de duración de los procedimientos de aplicación de los tributos es de seis meses. Ello sin perjuicio de la existencia de periodos de interrupción justificada y de las dilaciones por causa no imputables a la Administración que podrían alargar este plazo de acuerdo con el artículo 104 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria (en adelante LGT),

Sin embargo, en determinadas circunstancias, como ocurre en el caso de la comprobación del Banco Santander, el contribuyente es objeto de procedimiento general de comprobación de mucho más amplio alcance y complejidad. En estos casos, la duración de las actuaciones puede llegar a ser de hasta doce meses, ampliable por otros doce cuando las actuaciones revistan especial complejidad, lo que se produce en bastantes casos en los que se está comprobando la tributación de entidades que tributan en el régimen de consolidación fiscal.

En el Régimen de consolidación fiscal, la condición de sujeto pasivo del Impuesto sobre Sociedades recae en el grupo fiscal, correspondiendo la representación del mismo a la sociedad dominante. En relación con el grupo 17/89 la representación recae sobre el Banco Santander (NIF: A39000013),

La actuación con el Grupo Fiscal del Banco de Santander, compuesto por más de 100 empresas y en el que las actuaciones directas desarrolladas se extendían a 22 sociedades, que debieron ser ampliadas a 24, ha implicado la realización de actuaciones directas sobre 22 sociedades del grupo, que debieron ser ampliadas a 24, en ejecución a su vez de los procedimientos de la Comisión.

El resultado final de las actuaciones referentes al Impuesto sobre Sociedades desarrolladas respecto a las sociedades dependientes se documenta en la correspondiente diligencia A04, las cuales dejan cerrada la posición respecto de la empresa individual.

Finalmente, una vez ultimadas las actuaciones de todas las empresas del grupo fiscal se procederá a la regularización del conjunto de todo el grupo fiscal con la práctica de la liquidación correspondiente.

Realizadas estas precisiones, la situación en lo que se refiere al grupo Banco de Santander es la siguiente:

.SANTUSA HOLDING: las actuaciones se encuentran ultimadas, habiéndose extendido las correspondientes diligencias A04 por los ejercicios 2005 a 2009.

.SANTANDER CONSUMER FINANCE: se han ultimado las actuaciones, extendiéndose las diligencias A04 por los ejercicios 2008 y 2009, Se encuentran próximas a ultimarse las correspondientes a los ejercicios 2005 a 20075 estando previsto extender las diligencias A04 en los próximos días,

.BANCO DE SANTANDER: se encuentran próximas a ultimar las actuaciones por los ejercicios 2008 y 2009, Está previsto la firma de las diligencias A04 en los próximos días. Las actuaciones correspondientes a los ejercicios 2005 a 2007, si bien se encuentran casi ultimadas en lo que se refiere a los fondos de comercio, se encuentran afectadas por otros problemas y recursos colaterales presentados por la empresa que retrasaran su firma, si bien se terminará en el menor plazo posible.

En conclusión, la cuantificación de los efectos de la aplicación del fondo de comercio se encuentra prácticamente ultimada en lo que respecta a los ejercicios 2008 y 2009 principales ejercicios afectados por la decisión de la Comisión. Los datos del ejercicio 2007 se encuentran pendientes de otros aspectos de la comprobación, si bien el cálculo del efecto del fondo de comercio está ultimado. Dadas las declaraciones presentadas por la entidad en esos ejercicios, la regularización supondrá una minoración de créditos fiscales sin que proceda la realización de ingresos..»

También reproducimos el siguiente párrafo de la página 10:

«En conclusión, en todos estos supuestos entiende el Reino de España que estas circunstancias determinan la imposibilidad de realizar una operación de reestructuración transnacional, y nos encontramos ante un supuesto real en el que resulta inviable la realización de una fusión transfronteriza entre una entidad española y una entidad participada residente fiscal en Brasil, en el sector financiero. En este sentido, las autoridades españolas consideran que las conclusiones anteriormente señaladas constituyen una prueba suficiente para determinar que dicha fusión no resultaría posible y que, por tanto, existen obstáculos jurídicos explícitos para su realización, en los términos señalados en el párrafo (114) de la citada Decisión.»

También debemos tener muy presente el artículo 12.5, TRLIS en la redacción dada por la disposición final 6 de la Ley 31/2011, de 4 de octubre, con efectos para los períodos impositivos que hayan concluido a partir de 21 de diciembre de 2007 cuya redacción es la siguiente:

«Cuando se adquieran valores representativos de la participación en fondos propios de entidades no residentes en territorio español, cuyas rentas puedan acogerse a la exención establecida en el artículo 21 de esta Ley, el importe de la diferencia entre el precio de adquisición de la participación y el patrimonio neto de la entidad participada a la fecha de adquisición, en proporción a esa participación, se imputará a los bienes y derechos de la entidad no residente en territorio español, aplicando el método de integración global establecido en el artículo 46 del Código de Comercio y demás normas de desarrollo, y la parte de la diferencia que no hubiera sido imputada será deducible de la base imponible, con el límite anual máximo de la veinteava parte de su importe, salvo que se hubiese incluido en la base de la deducción del artículo 37 de esta Ley, sin perjuicio de lo establecido con la normativa contable de aplicación.

La deducción de esta diferencia será compatible, en su caso, con las pérdidas por deterioro a que se refiere el apartado 3 de este artículo.

La deducción establecida en este apartado no será de aplicación a las adquisiciones de valores representativos de la participación en fondos propios de entidades no residentes en territorio español, realizadas a partir de 21 de diciembre de 2007, sin perjuicio de lo establecido en el apartado 3 del artículo 1 de la Decisión de la Comisión Europea de 28 de octubre de 2009 y en el apartado 3 del artículo 1 de la Decisión de la Comisión de 12 de enero de 2011, relativas a la amortización fiscal del fondo de comercio financiero para la adquisición de participaciones extranjeras, asunto C-45/2007, respecto a las adquisiciones relacionadas con una obligación irrevocable convenida antes del 21 de diciembre de 2007. No obstante, tratándose de adquisiciones de valores que confieran la mayoría de la participación en los fondos propios de entidades residentes en otro Estado no miembro de la Unión Europea, realizadas entre el 21 de diciembre de 2007 y el 21 de mayo de 2011, podrá aplicarse la deducción establecida en este apartado cuando se demuestre la existencia de obstáculos jurídicos explícitos a las combinaciones transfronterizas de empresas, en los términos establecidos en los apartados 4 y 5 del artículo 1 de la citada Decisión de la Comisión de 12 de enero de 2011.»

Pues bien, mediante sentencia del Tribunal General de 29 de julio de 2011, Santander y Santusa interpusieron ante el Tribunal General un recurso por el que solicitaban la anulación de los artículos 1, apartado 1, y 4 de la Decisión 2011/282/UE de la Comisión, de 12 de enero de 2011, 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. En 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. Asimismo, mediante su sentencia de 7 de noviembre de 2014, Autogrill España/Comisión (T-219/10, EU:T:2014:939) el Tribunal General anuló los artículos 1, apartado 1, y 4 de la Decisión 2011/5/CE 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 (ex NN 51/07, ex CP 9/07) aplicada por España.

Las fechas son importantes. Cuando el 29 de mayo de 2014 se dictan los acuerdos de liquidación correspondientes al IS, ejercicios 2008 y 2009 (números A23-72340275 y A23-72340336 respectivamente), obviamente, todavía no habían recaído las sentencias de 7 de noviembre de 2014 indicadas. Por tanto, tiene sentido que en ambas liquidaciones no se haga referencia al escrito de 4 de noviembre de 2013 que constituye la respuesta dada por España al requerimiento de información de la Comisión formulado con fecha 30 de septiembre de 2013 en relación con la Ayuda SA 22309 (CR 46/2011), Amortización fiscal del fondo de comercio financiero para la adquisición de participaciones significativas en entidades no residentes). El 29 de mayo de 2014 todavía no se había cerrado la controversia existente sobre tales medidas entre España, empresas españolas y la Comisión Europea.

Posteriormente, mediante escrito presentado 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).

La existencia de las citadas sentencias de 7 de noviembre de 2014 influye sobre las liquidaciones que estaban pendientes de dictarse, particularmente, la del IS de 2007. La liquidación A23-72446011, relativa al ejercicio 2007 del Impuesto sobre Sociedades se dictó el 4 de febrero de 2015. Dichas sentencias no

pueden proyectarse sobre las anteriores que ya están dictadas, particularmente las dos que son objeto de controversia en el presente recurso de casación. Pueden proyectarse, eso sí, sobre las posteriores que, en su caso, se hubieren dictado, extremo que en el presente recurso de casación no se debate.

Lo cierto es que dichas sentencias se recurrieron por la Comisión, de modo que el Tribunal de Justicia las anuló, 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, EU:C:2016:981), que devolvió los asuntos al Tribunal General.

En sentencia de fecha 15 de noviembre de 2018, T-399/11 RENV - Banco Santander y Santusa/Comisión, ECLI: EU:T:2018:787 el Tribunal General desestimó el recurso interpuesto por Santander y Santusa.

A su vez, en el recurso interpuesto recurso por parte del Banco Santander y Santusa, contra dicha desestimación, el TJUE dictó sentencia desestimatoria en fecha 6 de octubre de 2021, asuntos acumulados C-53/19 P y C-65/19 P, Banco Santander S. A., Santusa Holding S. L., y Reino de España/Comisión, ECLI:EU:C:2021:795.

En lo que ahora importa, la sentencia expone el siguiente razonamiento:

«83 Por consiguiente, no puede concluirse que el Tribunal General haya sustituido la motivación de la Decisión controvertida al eludir el hecho de que la Comisión se basó, en realidad, en la inexistencia de obstáculos a las combinaciones transfronterizas de empresas para excluir que la medida controvertida pudiera constituir el sistema fiscal de referencia.

84 Si bien, como alegan las recurrentes, la Comisión se refirió efectivamente, en los considerandos 93 a 96 y 117 de la Decisión de 28 de octubre de 2009, a la supuesta inexistencia de obstáculos jurídicos a las fusiones transfronterizas, se limitó, mediante esas referencias, a pronunciarse sobre las observaciones presentadas por las autoridades españolas dirigidas concretamente a cuestionar no solo el sistema de referencia tal como fue identificado provisionalmente en la decisión de incoación del procedimiento de investigación formal de 10 de octubre de 2007, sino también los elementos de comparación y de justificación previstos en las etapas segunda y tercera del examen del carácter selectivo.»

Procede señalar a continuación que la Decisión impugnada señalaba expresamente que la selectividad del artículo 12.5 TRLIS antes de modificación en 2011 se debe a que solamente pueden beneficiarse de esta disposición las empresas que adquieren participaciones en empresas extranjeras.

La selectividad de la medida es confirmada expresamente por la STJUE de 6 de octubre de 2021, asuntos acumulados C-53/19 P y C-65/19 P, Banco Santander S. A., SantusaHolding S. L., y Reino de España/ Comisión, ECLI:EU:C:2021:795

Es preciso señalar que, en el caso concreto de un régimen de ayudas, como ocurre en el presente asunto, la jurisprudencia del TJUE ha reiterado que la Comisión puede limitarse a estudiar las características del régimen controvertido para apreciar, en la motivación de la decisión, si, en razón de las reglas fijadas en dicho régimen, este garantiza a sus beneficiarios una ventaja frente a sus competidores y puede beneficiar a las empresas que participen en los intercambios comerciales entre los Estados miembros.

En el presente supuesto, la Comisión renuncia a la recuperación en determinados supuestos, como ya se sabe y vamos a recordar a continuación.

La obligación del Estado de suprimir la ayuda que la Comisión considera incompatible con el mercado interior tiene por objeto restablecer la situación anterior, haciendo perder al beneficiario la ventaja de la que efectivamente se benefició en relación con sus competidores.

Consecuentemente, «el Estado miembro destinatario de una decisión por la que se le obliga a recuperar las ayudas ilegales debe (...) adoptar todas las medidas necesarias para ejecutar dicha decisión. Debe conseguir la recuperación efectiva de las cantidades adeudadas, para eliminar la distorsión de la competencia causada por la ventaja competitiva proporcionada por la ayuda ilegal» (sentencia de 29 de abril de 2021, C-704/19 - Comisión/España (TNT en Castilla-La Mancha) ECLI: EU:C:2021:342. En otros términos, el Estado miembro es el responsable de la ejecución de la decisión de recuperación.

Este restablecimiento, necesario para preservar la eficacia de las disposiciones de los Tratados relativas a las ayudas de Estado, se logra cuando el beneficiario devuelve la ayuda, más los intereses de demora, y pierde la ventaja de la que había disfrutado en el mercado respecto a sus competidores.

El Tribunal de Justicia ha precisado que el Estado miembro interesado debe conseguir la recuperación efectiva de las cantidades adeudadas. No basta con emprender trámites con el fin de recuperar la ayuda ilegal, incluida la incoación del procedimiento correspondiente. La obligación que incumbe al Estado miembro destinatario de una decisión de recuperación en relación con la necesidad de adoptar todas las medidas necesarias para obtener del beneficiario la recuperación de la ayuda constituye una obligación de resultado, que debe cumplirse dentro de los plazos fijados por la Comisión (sentencia de 13 de noviembre de 2025, Comisión/Bulgaria, Permutas de terrenos forestales II, C-632/23, EU:C:2025:890, apartado 64).

De especial interés resulta la STJUE de fecha 21 de mayo de 2026, C-545/24 - Utiledulci, ECLI:EU:C:2026:412, C-545/24 que ha declarado lo siguiente en relación con el procedimiento de recuperación de ayudas de Estado (apartado 26):

«En conclusión, como señaló el Abogado General en el punto 21 de sus conclusiones, la autonomía procesal reconocida a los Estados miembros en materia de recuperación de ayudas de Estado ilegales está delimitada por la necesidad de garantizar la efectividad de la actuación de las autoridades administrativas encargadas de llevarla a cabo. Por consiguiente, incumbe tanto a los órganos jurisdiccionales nacionales como, bajo el control de estos, a dichas autoridades garantizar una ejecución conforme con la finalidad perseguida por la decisión de la Comisión por la que se ordena la recuperación de esas ayudas, que consiste en evitar cualquier distorsión del funcionamiento del mercado resultante de la concesión de ayudas de Estado perjudiciales para la competencia. Procede recordar a este respecto que, según jurisprudencia reiterada, un Estado miembro no puede invocar disposiciones de su ordenamiento jurídico nacional, ni siquiera constitucionales, para justificar el incumplimiento de las obligaciones derivadas del Derecho de la Unión (véase, en este sentido, la sentencia de 6 de mayo de 2015, Comisión/Alemania, C-674/13, EU:C:2015:302, apartado 59 y jurisprudencia citada).»

Procede interrogarnos ahora sobre si puede la Comisión excluir la existencia de obstáculos jurídicos o la aplicación del principio de confianza legítima o le corresponde valorarlo a la autoridad nacional.

Efectuadas las anteriores consideraciones, debemos valorar si ostenta competencia la Comisión para descartar el juego del principio de confianza legítima y la existencia de obstáculos jurídicos en la Decisión en la que acuerda que la ayuda es ilegal, teniendo en cuenta que la recuperación de la ayuda ilegal les corresponde a las autoridades nacionales.

Previamente, debemos efectuar una aclaración. El supuesto de hecho que se aborda en las presentes actuaciones es diferente al analizado en la STS de 6 de mayo de 2024, rec. cas. 6520/2022 por cuanto esta sentencia se centraba en el análisis de las condiciones exigidas en el artículo 1.3 de la Decisión de la Comisión de 28 de octubre de 2009 y no en la existencia de obstáculos jurídicos a los que se remite la presente Decisión.

Efectuada esta precisión, se puede adelantar que efectivamente, la Comisión puede apreciar que no existen obstáculos jurídicos también en la fase de recuperación, aun cuando la ejecución material de la Decisión que declara la ayuda ilegal corresponde a las autoridades nacionales.

Ello se puede deducir de la función de control del cumplimiento del art. 108.2 TFUE y de garantizar que la recuperación sea inmediata y efectiva que se encomienda a la Comisión.

La Comisión y el Estado miembro, en virtud de la norma que impone a los Estados miembros y a las instituciones comunitarias deberes recíprocos de cooperación leal, deben colaborar de buena fe con el fin de superar las dificultades dentro del pleno respeto de las disposiciones del Tratado y, especialmente, de las relativas a las ayudas de Estado.

Según reiterada jurisprudencia comunitaria, el derecho a invocar el principio de protección de la confianza legítima implica la concurrencia de tres requisitos acumulativos.

* En primer lugar, la administración debe haber ofrecido al interesado garantías precisas, incondicionales y concordantes, procedentes de fuentes autorizadas y fiables.

* En segundo lugar, estas garantías deben ser de tal naturaleza que puedan suscitar una esperanza legítima en el ánimo de la persona a la que se dirigen.

* En tercer lugar, las garantías dadas deben ser conformes con las normas aplicables (sentencias de 16 de diciembre de 2008, Masdar (UK)/Comisión, C-47/07 P, EU:C:2008:726, apartado 81 y jurisprudencia citada, y de 23 de febrero de 2006, Cementbouw Handel & Industrie/Comisión, T-282/02, EU:T:2006:64, apartado 77)

Nos parece que en el supuesto enjuiciado ahora no se dan esas condiciones.

Es importante poner de manifiesto que no es satisfactorio invocar un motivo de recurso basado en la violación del principio de protección de la confianza legítima para impugnar una decisión de la Comisión que califica una medida nacional de ayuda estatal, en el sentido del artículo 107 TFUE, apartado 1, ya que el concepto de ayuda estatal responde a una situación objetiva y no puede depender del comportamiento o de las declaraciones de las instituciones.

En cambio, tales circunstancias si deben tenerse en cuenta en lo referente a la obligación de recuperar la ayuda incompatible con el mercado interior, desde el punto de vista de los principios de protección de la confianza legítima y de seguridad jurídica (sentencia de 10 de diciembre de 2013, Comisión/Irlanda y otros, C-272/12 P, EU:C:2013:812, apartado 53).

Si existiera una regla o un principio que obligaran a la Comisión a ordenar la recuperación de toda ayuda ilegal e incompatible con el mercado interior, las garantías dadas sobre el hecho de que esa ayuda no se recuperaría, que podrían resultar de las garantías sobre el hecho de que la medida en cuestión no podía calificarse de ayuda, serían necesariamente contrarias a este principio o a esa regla.

Ahora bien, este nexo lógico (declaración ayuda ilegal/ recuperación inmediata de la ayuda) no conllevaba para la Comisión la obligación de ordenar recuperar toda ayuda ilegal e incompatible con el mercado interior necesariamente.

A pesar de la adopción de tal disposición, que parece exigir a la Comisión que ordene la recuperación de toda ayuda ilegal e incompatible con el mercado interior, puede seguir siendo oportuno invocar el motivo basado en la violación del principio de protección de la confianza legítima contra una decisión que ordene la recuperación de una ayuda nueva abonada sin notificación previa a la Comisión y que esta considera incompatible con el mercado interior.

En la Sentencia del Tribunal General de 15 de noviembre de 2018, T-399/11 RENV - Banco Santander y Santusa/Comisión, ECLI: EU:T:2018:787 cuando declaró lo siguiente:

«274 En efecto, en primer término, la segunda frase del artículo 14, apartado 1, del Reglamento n.º 659/1999 establece ya una excepción a la obligación de ordenar la recuperación de las ayudas ilegales e incompatibles con el mercado interior, al disponer que la Comisión no exigirá la recuperación de la ayuda si ello fuera contrario a un principio general del Derecho de la Unión.

275 Pues bien, se ha reconocido que el principio de protección de la confianza legítima es un principio general del Derecho de la Unión (sentencia de 19 de mayo de 1992, Mulder y otros/Consejo y Comisión, C-104/89 y C-37/90, EU:C:1992:217, apartado 15; véase, igualmente, en este sentido la sentencia de 28 de abril de 1988, Mulder, 120/86, EU:C:1988:213, apartados 26 y 27).

276 En segundo término, no cabe interpretar el artículo 14, apartado 1, del Reglamento n.º 659/1999, en particular su primera frase, en el sentido de que produce el efecto de impedir que se cumpla el tercero de los requisitos acumulativos para la aplicación del principio de protección de la confianza legítima, excluyendo en consecuencia la aplicación de este principio (véase los anteriores apartados 263, 267 y 268).

277 En efecto, la segunda frase del artículo 14, apartado 1, del Reglamento n.º 659/1999 pretende precisamente garantizar la protección de la confianza legítima, tal como se desprende de la declaración 29/99 inscrita en las actas de la sesión del Consejo en la que se procedió a la aprobación formal de dicho Reglamento (relaciones mensuales de actos del Consejo, marzo de1999), declaración según la cual «[la] Comisión se encuentra supeditada en todo momento a los principios generales del Derecho [de la Unión], en particular al principio de la confianza legítima, que prevalece sobre el Derecho [...] derivado».

278 De las consideraciones expuestas se desprende que, para impugnar la legalidad de la Decisión impugnada en la parte en que ordena la recuperación de la ayuda concedida, puede resultar oportuno para las demandantes invocar ante el Tribunal un motivo de recurso basado en la violación del principio de protección de la confianza legítima y hacer valer, a este respecto, las garantías que la Comisión les pudiera haber dado sobre el hecho de que la medida controvertida no sería calificada de ayuda, lo cual implicaba necesariamente que la ventaja que les procuraba esta medida no sería objeto de una recuperación (véase el anterior apartado 267) o únicamente de una recuperación que respetara esas garantías.»

De lo expuesto anteriormente, se deduce que la Comisión puede una vez analizada la incompatibilidad de la medida y declarado su carácter ilegal, excepcionar la recuperación de la ayuda y para ello deberá valorar la concurrencia del principio de confianza legítima y la concurrencia de obstáculos jurídicos.

A raíz de lo expuesto, no cabe duda de que en la ejecución nacional de una decisión de la Comisión Europea de recuperación de ayudas de Estado, cuando el beneficiario invoca la protección de la confianza legítima reconocida en dicha decisión alegando la existencia de «obstáculos jurídicos explícitos a las combinaciones transfronterizas de empresas», corresponde a las autoridades nacionales -incluidos los órganos jurisdiccionales- verificar, en el caso concreto, la concurrencia de tales obstáculos a efectos de apreciar la procedencia de la excepción a la recuperación, si bien deberá tener en cuenta las indicaciones que en el ejercicio del principio de cooperación efectúe la Decisión de la Comisión ya que está legitimada para exceptuar la recuperación.

Ello explica que, en el apartado dedicado a la recuperación de la ayuda, la Decisión 2011/282/UE hubiese analizado precisamente estos aspectos: el principio de confianza legítima y la existencia de obstáculos jurídicos.

Al respecto, esa Decisión se pronunció en los siguientes términos:

«(197) A la luz de estos elementos específicos y peculiares del presente asunto, la Comisión considera que la declaración contenida en el punto 117 de la Decisión anterior podía haber generado confianza legítima por lo que se refiere a la aplicación del régimen de ayudas controvertido a las transacciones de empresas españolas en aquellos terceros países en los que existen «obstáculos jurídicos» explícitos a las

combinaciones transfronterizas de empresas y en las que la empresa española en cuestión había adquirido una «mayoría del accionariado», con independencia de la fecha en que la transacción tuvo lugar antes de la adopción de la presente Decisión.

(198) Basándose en la información presentada por las autoridades españolas en los informes y sin perjuicio de la calificación de ayuda estatal del régimen controvertido y de su aplicación a transacciones individuales por los motivos esbozados en el considerando 107, la Comisión observa que, entre los países analizados, la legislación vigente en dos de ellos, a saber, la India y China, presenta obstáculos jurídicos explícitos para las combinaciones transfronterizas de empresas.

(199) A la luz de las conclusiones expuestas en los considerandos 119 y 120, la Comisión concluye que, para las transacciones relativas a estos dos países, los beneficiarios de la medida controvertida que hayan adquirido una participación mayoritaria podían tener la confianza legítima de que no se recuperaría la ayuda.

(200) Este mismo trato se aplicará a los beneficiarios que hayan realizado una transacción en otros terceros países, que hayan adquirido una participación mayoritaria y que puedan presentar elementos suficientes para demostrar que existe un obstáculo jurídico explícito, en el sentido de la presente Decisión, en la legislación de ese tercer país. Para los países mencionados en los informes, la Comisión tendrá en cuenta que, basándose en la información facilitada por las autoridades españolas, no ha sido posible encontrar esos obstáculos pero está dispuesta a examinar nuevas pruebas pertinentes.

(201) Para los beneficiarios acogidos a la confianza legítima basándose en declaraciones de la Comisión a los diputados del Parlamento Europeo o en la Decisión anterior, la Comisión también considera que todos esos beneficiarios deberían continuar disfrutando las ventajas de la medida controvertida hasta que finalice el período de amortización establecido en la misma. La Comisión reconoce que las operaciones se planificaron y las inversiones se realizaron con la confianza razonable y legítima de cierto grado de continuidad de las condiciones económicas, incluida la medida controvertida. Por tanto, conforme a anterior jurisprudencia del Tribunal de Justicia y a la práctica de la Comisión (146), a falta de interés público imperativo (147), la Comisión considera que debe permitirse a los beneficiarios continuar disfrutando de las ventajas de la medida controvertida durante el período íntegro de amortización previsto por el artículo 12.5 del TRLIS.

(202)Por otra parte, la Comisión considera que debe preverse un período razonable de transición a las empresas que se beneficien de la confianza legítima y que ya habían adquirido, con una perspectiva a largo plazo, derechos en empresas extranjeras y que no detentaban dichos derechos durante un período interrumpido de al menos un año en la fecha de la publicación de la Decisión de incoación (confianza legítima resultante de declaraciones de la Comisión a diputados del Parlamento Europeo) o en la fecha de la publicación de la presente Decisión (confianza legítima resultante de la Decisión anterior). Por consiguiente, la Comisión estima que deberá considerarse que las empresas que reunían todas las demás condiciones pertinentes del artículo 12.5 del TRLIS antes del 21 de diciembre de 2007 o, respectivamente, en la fecha de publicación de la presente Decisión en el Diario Oficial de la Unión Europea, aparte de la condición de poseer sus participaciones durante un período interrumpido de un año como mínimo, también se benefician de la confianza legítima, si poseían esos derechos durante un período interrumpido de un año como mínimo no más tarde del 21 de diciembre de 2008 o, respectivamente, un año después de la publicación de la presente Decisión.

(203)En cambio, en los casos en los que una empresa adquirente española no se beneficie de la confianza legítima, se recuperará de este beneficiario toda ayuda incompatible, salvo que, en primer lugar, se hubiera convenido una obligación irrevocable antes del 21 de diciembre de 2007 (confianza legítima resultante de declaraciones de la Comisión a diputados del Parlamento Europeo) o antes de la fecha de la publicación de la presente Decisión (confianza legítima resultante de la Decisión anterior), por parte de una empresa española adquirente, de poseer dichos derechos; en segundo lugar, el contrato contuviera una condición suspensiva relacionada con el hecho de que la transacción en cuestión está sujeta a la autorización imperativa de una autoridad reguladora; y, en tercer lugar, la transacción se hubiera notificado antes del 21 de diciembre de 2007 (confianza legítima resultante de declaraciones de la Comisión a diputados del Parlamento Europeo) o antes de la publicación de la presente Decisión (confianza legítima resultante de la Decisión anterior).»

De lo que se trata en el presente recurso de casación es de aplicar la Decisión de la Comisión, en sus propios términos, términos, por supuesto que deben ser interpretados, puesto que de ello depende de que nos encontremos o no ante un supuesto de confianza legítima.

Lo que se debe retener es que a que la vista del contenido de la Decisión, la propia Comisión admitía la posibilidad de alegar obstáculos jurídicos explícitos a través del examen de nuevas pruebas pertinentes ante las autoridades nacionales de ejecución.

Esto implica que no es acertada la afirmación incluida en la sentencia impugnada sobre que *«la existencia o no de obstáculos jurídicos explícitos a dichas combinaciones ha quedado zanjada por la Comisión Europea»,*pues no es cierto a raíz del propio contenido de la Decisión.

En este sentido, el artículo 1.4 de la Decisión prevé expresamente lo siguiente:

«4. Asimismo, las deducciones fiscales disfrutadas por los beneficiarios en virtud del artículo 12.5 del TRLIS al realizar adquisiciones fuera de la Unión en la fecha de publicación de la presente Decisión en el Diario Oficial de la Unión Europea , en relación con participaciones mayoritarias poseídas directa o indirectamente en empresas extranjeras establecidas en China, India y en otros países en los que se ha demostrado o se pueda demostrarla existencia de obstáculos jurídicos explícitos a las combinaciones transfronterizas de empresas, podrán continuar aplicándose durante el período íntegro de amortización previsto por el régimen de ayudas.»

La Decisión 211/282/UE de la Comisión Europea de 12 de enero de 2011, origen de la controversia, en la articulación de su estructura interna, ubica en lugares diferenciados la argumentación que de modo contradictorio se sostiene por las partes:

- Por la Administración del Estado y en la sentencia emitida por la *Sala a quo,*se invocan los parágrafos 115 y siguientes, que están dentro del apartado letra A) de la parte séptima de la Decisión, esto es, dentro del análisis de la "selectividad y carácter de ventaja de la medida".

- Por el Banco Santander se citan los parágrafos 200 y siguientes, que por el contrario se ubican en el apartado letra G) de la Decisión, sobre "Recuperación" de las ayudas de estado declaradas ilegales.

Ello es la expresión normativa de la diferenciación metodológica entre análisis de selectividad y recuperación de ayudas, con sus respectivos equilibrios y posibilidades de intervención de autoridades comunitarias y nacionales.

Por el auto de admisión también se había advertido esta circunstancia:

«Tras lo expuesto, se aprecia la conveniencia de un pronunciamiento de este Tribunal Supremo que permita precisar el alcance del control que corresponde a las autoridades nacionales -incluidos los órganos jurisdiccionales- en la fase de recuperación de las ayudas de Estado, cuando se invoca la protección de la confianza legítima reconocida en una decisión de la Comisión, y, en particular, si procede o no el examen de las circunstancias individualizadas relativas a la existencia de «obstáculos jurídicos explícitos» en el caso concreto.»

Como ya se ha apuntado de la Sentencia del Tribunal General de 15 de noviembre de 2018, T-399/11 RENV - Banco Santander y Santusa/Comisión, ECLI: EU:T:2018:787, (parágrafo 278), se desprende que Comisión puede, una vez analizada la incompatibilidad de la medida y declarado su carácter ilegal, excepcionar la recuperación de la ayuda y para ello deberá valorar la concurrencia del principio de confianza legítima y la concurrencia de obstáculos jurídicos. En este sentido cabe destacar como la propia Decisión de 12 de enero de 2011, establece como:

«(186) No obstante, el artículo 14, apartado 1, del Reglamento (CE) n o 659/1999 dispone que «La Comisión no exigirá la recuperación de la ayuda si ello fuera contrario a un principio general del Derecho de la Unión». La jurisprudencia del Tribunal de Justicia y la práctica de la Comisión establecen, entre otras cosas, que el hecho de ordenar la recuperación de la ayuda vulnera un principio general del Derecho de la Unión cuando, como consecuencia de la actuación de la Comisión, el beneficiario de una medida pueda confiar legítimamente en que la ayuda se haya concedido con arreglo a la legislación de la Unión.

(187) En su sentencia en el asunto Forum 187, el Tribunal dictaminó que «el derecho a invocar el principio de protección de la confianza legítima se extiende a todo justiciable que se encuentre en una situación de la que se desprenda que una institución comunitaria le hizo concebir esperanzas fundadas. Además, nadie puede invocar una violación de dicho principio si la Administración no le dio garantías concretas. Del mismo modo, cuando un operador económico prudente y diligente está en condiciones de prever la adopción de una medida comunitaria que pueda afectar a sus intereses, no puede invocar el beneficio de tal principio si dicha medida se adopta».

Sin embargo, este extremo, extraído de los instrumentos normativos y jurisdiccionales citados, no ostenta la cualidad indubitada precisa para cristalizar en acto aclarado, en calidad de criterio hermenéutico indubitado, por ello, cabría la eventual posibilidad de interpelar al TJUE vía cuestión prejudicial, no obstante, no nos decantamos por dicha opción en el caso de autos por cuanto:

- No se interesa por las partes personadas. En particular, el Banco de Santander rechaza expresamente su planteamiento.

- Se ha producido un notable peregrinaje jurisdiccional y temporal.

- El elevado casuismo del caso.

-La existencia de pautas comunitarias normativas y jurisprudenciales que permiten otorgar una respuesta razonable y garantista desde dicha perspectiva.

Ya se ha dicho que las autoridades nacionales deben analizar la situación individual de la empresa en consonancia con lo dispuesto en la Decisión comunitaria.

A propósito de la documentación aportada, recuérdese, se debe tener presente la siguiente: primero, la Carta del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas de 4 de noviembre de 2013; segundo, acuerdo de liquidación correspondiente al ejercicio 2007 del Impuesto sobre Sociedades; y tercero, determinados documentos obrantes en el Expediente Administrativo y que fueron aportados por el Banco en el seno del procedimiento inspector tramitado para comprobar los ejercicios 2005, 2006 y 2007, para su traslado a la Comisión Europea con el objeto de que la misma resolviera sobre la aplicación del principio de confianza legítima.

Como hemos analizado anteriormente, la Comisión razonó la inexistencia de obstáculos a las combinaciones transfronterizas de empresas y para ello verificó esencialmente si una empresa matriz española tenía capacidad jurídica para combinarse con una filial residente en un tercer país.

Según la STJUE de fecha 5 de noviembre de 2021, en fecha 6 de octubre de 2021, asuntos acumulados C-53/19 P y C-65/19 P, Banco Santander S. A.,

Santusa Holding S. L., y Reino de España/ Comisión, ECLI: EU:C:2021:795, a propósito de los obstáculos jurídicos:

«84. Si bien, como alegan las recurrentes, la Comisión se refirió efectivamente, en los considerandos 93 a 96 y 117 de la Decisión de 28 de octubre de 2009 , a la supuesta inexistencia de obstáculos jurídicos a las fusiones transfronterizas, se limitó, mediante esas referencias, a pronunciarse sobre las observaciones presentadas por las autoridades españolas dirigidas concretamente a cuestionar no solo el sistema de referencia tal como fue identificado provisionalmente en la decisión de incoación del procedimiento de investigación formal de 10 de octubre de 2007, sino también los elementos de comparación y de justificación previstos en las etapas segunda y tercera del examen del carácter selectivo.

85 Por lo tanto, como señaló el Abogado General en el punto 65 de sus conclusiones presentadas en los asuntos acumulados World Duty Free Group y España/Comisión (C-51/19 P y C-64/19 P, EU:C:2021:51), contrariamente a lo que sostienen las recurrentes, la Comisión no se basó en la falta de reconocimiento de obstáculos a las combinaciones transfronterizas de empresas para excluir que la medida controvertida pudiese constituir el sistema de referencia adecuado que debía tomarse en consideración a efectos del análisis de la selectividad, sino que partió de la consideración de que dicha medida debía evaluarse en relación con un conjunto normativo más amplio que incluyese tanto las normas aplicables a la amortización del fondo de comercio financiero en caso de adquisición de participaciones en sociedades residentes como los principios aplicables a la amortización del fondo de comercio en general, a los que, según la Comisión, se ajustaban tales normas al prever la deducibilidad del fondo de comercio solo en caso de que la adquisición estuviese seguida por una combinación de empresas.»

Por tanto, la clave de bóveda del presente recurso de casación consiste en determinar si han existido o no los obstáculos jurídicos explícitos a las combinaciones transfronterizas de empresas que denuncia la parte recurrente.

Para efectuar dicho análisis, la sentencia recién citada expone las pautas necesarias y advierte que se deben evaluar tanto las normas aplicables a la amortización del fondo de comercio financiero en caso de adquisición de participaciones en sociedades residentes como los principios aplicables a la amortización del fondo de comercio en general.

Si se observa la documentación que aporta la recurrente, se puede concluir que realmente dicha documentación no incide en la carga de la prueba que le corresponde a la recurrente, pues no identifica la existencia de unos auténticos obstáculos jurídicos explícitos, sino que trata de rebatir el contenido de la Decisión que adoptó en su momento la Comisión al obligar a restituir la ayuda considerada ilegal.

Es decir, propiamente no se ha efectuado ninguna alegación que permita aseverar la existencia de unos obstáculos jurídicos que impidan o limiten la obligación de recuperación de la ayuda ya sea la existencia de normas constitucionales que afecten a la retroactividad, prescripción, derechos adquiridos consolidados...

Por el contrario, dicha documentación fue valorada por la sentencia recurrida y descartó precisamente su transcendencia a la hora de acreditar la concurrencia de la confianza legítima.

En este sentido el recurrente no ha identificado una prueba idónea en orden a evaluar la amortización del fondo de comercio financiero en caso de adquisición de participaciones en sociedades residentes, según el conjunto del marco normativo o en relación con los principios aplicables a la amortización del fondo de comercio en general, ni tampoco al prever la deducibilidad del fondo de comercio solo en caso de que la adquisición estuviese seguida por una combinación de empresas.

Por el contrario, la Carta del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas de 4 de noviembre de 2013 dirigida a la Comisión atiende a un momento previo a la orden de recuperación de la ayuda que venía a fijar la posición del Estado español, que después fue superada con las sentencias del Tribunal General de la

Unión Europea y el Tribunal de Justicia. En segundo lugar, el acuerdo de liquidación correspondiente al ejercicio 2007 del Impuesto sobre Sociedades atiende a unas circunstancias distintas a las de las liquidaciones correspondiente a los ejercicios 2008 y 2009, pues ya se había dictado en aquel caso la sentencia del Tribunal General de la Unión que anuló la Segunda Decisión. Por último, los documentos obrantes en el expediente administrativo y que fueron aportados por la parte recurrente en el seno del procedimiento inspector tramitado para comprobar los ejercicios 2005, 2006 y 2007 y para su traslado a la Comisión Europea con el objeto de que la misma resolviera sobre la aplicación del principio de confianza legítima, ya fueron analizados oportunamente por la Comisión por lo que no se trata de nuevas propuestas.

Aunque en apariencia la sentencia recurrida no lleva a cabo una valoración de la prueba, lo cierto es que no es así. Volvemos a transcribir, para acreditarlo, parte del fundamento de derecho quinto de la sentencia recurrida, que se expresa en estos términos:

«Por otra parte, no podemos considerar suficiente, pese al esfuerzo realizado por la recurrente, la prueba en la que intenta amparar su pretensión. Un análisis de los documentos invocados en la demanda nos lleva a considerarlos insuficientes para sostener la concurrencia de los referidos obstáculos.

Y ello por las siguientes razones:

En primer lugar y por lo que se refiere a la invocada Carta de 4 de noviembre de 2013 dirigida por el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas a la Comisión Europea, que si bien es cierto que se remitió en el marco de actuaciones de supervisión de la Comisión Europea para verificar la corrección de la ejecución de la Segunda Decisión, no puede, sin embargo, prevalecer sobre la Decisión, una vez adoptada por la Comisión Europea y confirmada por el TGUE y por TJUE, en la que se descartó la existencia de obstáculos jurídicos explícitos en dichos tres países tal y como, en definitiva, correctamente se entendió en la resolución del TEAC que ahora se impugna.

En segundo lugar, compartimos también el análisis realizado por la Administración demandada sobre el valor probatorio del acuerdo de liquidación correspondiente al ejercicio 2007 del Impuesto sobre Sociedades del Banco Santander, S.A., de 4 de febrero de 2015 y que, en definitiva, tampoco puede alterar las anteriores conclusiones, ya que las circunstancias fácticas existentes al tiempo de su dictado (acuerdo de liquidación de 4 de febrero de 2005 relativo al IS 2007) difieren de las vigentes cuando se giró la liquidación actualmente controvertida, el 29 de mayo de 2014. En aquel momento no se habían dictado las sentencias del TGUE de 7 de noviembre de 2014, por lo que el mandato de recuperación tenía plena eficacia y, por consiguiente, tampoco podemos acoger la pretensión actora.

Y, por último, la remisión que se hace en la demanda a determinados documentos obrantes en el expediente administrativo (vid. elementos 142 a 166 y 169) que fueron aportados por la hoy recurrente en el seno del procedimiento inspector relativo a los ejercicios 2005, 2006 y 2007, para su traslado a la Comisión Europea con el objeto de que resolviera sobre la aplicación del principio de confianza legítima, en nada altera las conclusiones precedentes ya que, en definitiva, la referida Decisión fue confirmada íntegramente por sentencia del TJUE dictada en casación, que anuló la sentencia del TGUE de 27 de noviembre de 2014 y acordó la devolución del asunto a éste último que confirmó íntegramente la decisión recurrida en Sentencia de 15 de noviembre de 2018.

En definitiva, no habiendo justificado la recurrente que los documentos invocados constituyan pruebas distintas de las ya analizadas por la Comisión Europea, en ningún momento tales documentos pueden desvirtuar las conclusiones de la propia Comisión Europea cuando refirió que no se advierte, en los ordenamientos jurídicos de Estados Unidos, Méjico y Brasil -entre otros-, la existencia de obstáculos jurídicos explícitos a las combinaciones transfronterizas de empresas.»

Dicho lo anterior no se habría acreditado la concurrencia del principio de confianza legítima, lo que conlleva a la desestimación del recurso. La valoración de la prueba practicada es racional, suficientemente motivada y no incurre en arbitrariedad, por lo que la hacemos nuestra, sin necesidad de hacer una valoración propia diferente.

CUARTO.- Pretensión que se deduce y pronunciamiento que se solicita

Banco Santander solicita que nos pronunciemos en el sentido de que en el marco de un procedimiento de ejecución de una Decisión de la Comisión Europea por la que se declara la existencia de una ayuda de Estado incompatible y se ordena su recuperación, los órganos administrativos y judiciales españoles tienen la obligación de verificar la concurrencia de obstáculos jurídicos explícitos a las combinaciones transfronterizas, a efectos de apreciar la procedencia de la excepción a la recuperación (i.e. la confianza legítima), incluso en aquellos casos en los que las adquisiciones se refieran a terceros Estados mencionados en la citada Decisión.

Solicita que la Sala revoque la Sentencia de instancia y estime el recurso contencioso-administrativo núm. 951/2017, reconociendo la eficacia, en los ejercicios 2008 y 2009, de los obstáculos jurídicos explícitos previamente apreciados por el Ministerio de Hacienda y, en consecuencia, se declare la concurrencia de la excepción a la obligación de recuperación prevista en la Segunda Decisión -como ya se admitió por la

DCGC respecto del IS 2007- y, en su virtud, se anulen los actos recuperatorios de la DCGC que se encuentran en el origen de este recurso de casación.

Para resolver esta pretensión, ya deducida por esa parte en el procedimiento de instancia, será necesario tomar en consideración los medios de prueba que constan en autos ante la Sala *a quo*de forma que, colocándose este Alto Tribunal en la situación de juzgador de instancia, resuelva el litigio a tenor del material probatorio existente. Por esta razón, y al amparo del artículo 93.3 LJCA, la parte solicita que se integren como hechos probados los que constan suficientemente justificados en las actuaciones, incluyendo los medios de prueba que fueron admitidos por la Sala de instancia pero que no llegaron a ser realmente valorados, habida cuenta de que la Sala de instancia consideró erróneamente que carecía de competencia para apreciar la eventual concurrencia de obstáculos jurídicos explícitos en el que caso de adquisiciones de participaciones en entidades residentes en jurisdicciones mencionadas en la Segunda Decisión, en tanto que se trataba de una cuestión ya zanjada por la Comisión.

Por su parte, la Abogacía del Estado, pretende que sean desestimadas las alegaciones de la recurrente.

En cuanto a la fijación de jurisprudencia, cree que la cuestión de interés casacional merece la siguiente respuesta:

En la ejecución nacional de la Decisión de la Comisión Europea de 12 de enero de 2011 (asunto C-45/07), en el marco de la aplicación del régimen fiscal previsto en el artículo 12.5 del Real Decreto Legislativo 4/2004, de 5 de marzo, cuando el beneficiario invoca la protección de la confianza legítima reconocida en dicha decisión alegando la existencia de «obstáculos jurídicos explícitos a las combinaciones transfronterizas de empresas» con Estados Unidos, Brasil y México, no corresponde a las autoridades nacionales -incluidos los órganos jurisdiccionales- verificar, en este caso concreto, la concurrencia de tales obstáculos a efectos de apreciar la procedencia de la excepción a la recuperación, por cuanto que la propia Decisión de la Comisión ya ha excluido la existencia de tales obstáculos respecto de las combinaciones transfronterizas con dichos terceros Estados.

Por todas las razones expuestas, procede confirmar la sentencia recurrida, aunque precisando los razonamientos utilizados por ella, y, correlativamente, también se confirman las resoluciones y reclamaciones aquí recurridas.

QUINTO.- Doctrina que se fija.

Recordemos que la pregunta se formuló en los siguientes términos:

«Determinar si, en la ejecución nacional de una decisión de la Comisión Europea de recuperación de ayudas de Estado, cuando el beneficiario invoca la protección de la confianza legítima reconocida en dicha decisión alegando la existencia de «obstáculos jurídicos explícitos a las combinaciones transfronterizas de empresas», corresponde a las autoridades nacionales -incluidos los órganos jurisdiccionales- verificar, en el caso concreto, la concurrencia de tales obstáculos a efectos de apreciar la procedencia de la excepción a la recuperación; o si, por el contrario, pueden prescindir de dicho examen por considerar que la decisión de la Comisión ya ha excluido la existencia de tales obstáculos respecto de las combinaciones transfronterizas con los terceros Estados de que se trate, en particular en relación con el artículo 4.1 de la Decisión de la Comisión de 12 de enero de 2011 (asunto C-45/07), en el marco de la aplicación del régimen fiscal previsto en el artículo 12.5 del Real Decreto Legislativo 4/2004, de 5 de marzo [«TRLIS »].

Por tanto, la cuestión omite el dato de que la decisión de la Comisión dejaba la puerta abierta a la posible concurrencia de obstáculos jurídicos explícitos si se aportasen pruebas distintas a las ya incorporadas que avalasen dicho impedimento en la recuperación de la ayuda.

Habiendo reformulado la cuestión con interés casacional, la respuesta es la siguiente:

« Cuando el beneficiario de una ayuda de estado invoca la protección de la confianza legítima reconocida en una determina Decisión de la Comisión Europea alegando la existencia de «obstáculos jurídicos explícitos a las combinaciones transfronterizas de empresas», corresponde a las autoridades nacionales -incluidos los órganos jurisdiccionales- verificar, en el caso concreto, la concurrencia de tales obstáculos a efectos de apreciar su concurrencia, si bien deberán tener en cuenta las indicaciones que efectúe la Comisión en tal Decisión, en particular, en el ejercicio de los principios de cooperación y buena fe.»

SEXTO. - *Costas.*

En virtud de lo dispuesto en el artículo 93.4 LJCA, al no apreciarse mala fe o temeridad en ninguna de las partes, no procede declaración de condena al pago de las costas causadas en ambos recursos de casación.

F A L L O

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido :

Primero.-Fijar los criterios interpretativos sentados en el fundamento jurídico tercero de esta sentencia.

Segundo.-No haber lugar al recurso de casación 6401/2024 interpuesto por Banco Santander S.A., representado por el procurador D. Alberto Hidalgo Martínez, contra la sentencia dictada el 3 de mayo de 2024, por la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso- Administrativo de la Audiencia Nacional, que desestimó el recurso nº 951/2017 interpuesto frente a la resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central de 5 de julio de 2017, que desestimó la reclamación económico-administrativa interpuesta frente a los acuerdos de liquidación dictados por la Oficina Técnica de Inspección de la Dependencia de Control Tributario y Aduanero de la Delegación Central de Grandes Contribuyentes de la AEAT, relativos al Impuesto sobre Sociedades de los ejercicios 2008 y 2009. Consiguientemente, queda confirmada la sentencia de instancia recurrida, y, con ella, los actos y resoluciones de los que trae causa.

Tercero.-Hacer la declaración sobre las costas que se contiene en el último fundamento de derecho.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

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