

## ESPAÑA

### EL FONDO DE COMERCIO FINANCIERO DESDE UNA PERSPECTIVA FISCAL

#### El fondo de comercio financiero desde una perspectiva fiscal

El presente artículo trata sobre la regulación del fondo de comercio financiero desde la perspectiva tributaria en España, con especial énfasis en las consecuencias de las Decisiones de la Comisión Europea que han declarado que el régimen vigente desde el 1 de enero de 2002 constituye una ayuda de Estado ilegal, para participaciones tanto en entidades residentes en otros Estados miembros de la Unión Europea como en terceros países. También se analiza la compatibilidad con los Tratados de la Unión Europea del régimen fiscal de la amortización del fondo de comercio financiero vigente en los territorios forales vascos.

El fondo de comercio financiero puede definirse como la diferencia entre el precio de adquisición de una participación en el capital de una entidad y el patrimonio neto de la citada entidad proporcionalmente correspondiente a dicha participación en la fecha de adquisición, en la parte que no sea imputable a un mayor valor de los activos materiales e inmateriales de la entidad participada no registrado en libros.

Por contraposición al fondo de comercio *explícito*, que es el que surge en una compra de activos —no de acciones o participaciones—, o en cualquier otra combinación de negocios, el fondo de comercio financiero o *implícito* no se muestra de forma expresa en los estados financieros de la entidad adquirente.

Efectivamente, el carácter de magnitud económica del fondo de comercio financiero no supone que éste tenga una transcendencia contable en el sentido de mostrarse en el balance de la sociedad adquirente como un activo intangible y con esta denominación, sino que, por el contrario, al tratarse de un fondo de comercio *implícito*, se recoge exclusivamente a través de la valoración de los instrumentos financieros.

En definitiva, la parte del precio pagado por la adquisición de un negocio que se corresponda con el exceso respecto al valor de mercado de los activos que integran un negocio constituye el fondo de comercio, siendo «*financiero*» si la adquisición del negocio se lleva a cabo mediante la adquisición de instrumentos financieros —*share deal*— y «*explícito*» si la adquisición del negocio adopta la forma de

#### Tax aspects of financial goodwill

This article analyses the tax aspects of financial goodwill depreciation in Spain, with a specific focus on the consequences of the European Commission Decisions that have declared the current Spanish rules, in force since 1 January 2002, to be illegal State aid, both for interests held in companies resident in EU Member States and outside the EU. It also analyses the compatibility of the financial goodwill depreciation tax rules applicable in the Basque Country territories with EU treaties.

una adquisición de activos —*asset deal*— o se pone de manifiesto en una combinación de negocios.

En este artículo nos referiremos exclusivamente al primero de ellos, es decir, al fondo de comercio «*financiero*».

#### Consideraciones contables sobre el fondo de comercio financiero

Desde una perspectiva contable, con la entrada en vigor del Plan General de Contabilidad aprobado por el Real Decreto 1514/2007 («PGC»), el fondo de comercio financiero se convierte exclusivamente en un elemento de valoración de los instrumentos financieros, y solamente en determinadas circunstancias. Así, la Norma de Registro y Valoración 9.<sup>a</sup>, al definir los criterios que han de utilizarse en la determinación de las correcciones valorativas de los instrumentos financieros consistentes en inversiones en el patrimonio de empresas del grupo, multigrupo y asociadas —necesarias cuando exista una evidencia objetiva de que el valor en libros de una inversión no es recuperable—, dispone que la corrección valorativa procedente vendrá determinada por la diferencia entre el valor en libros del instrumento financiero y el importe recuperable, entendido éste como el mayor importe entre su valor razonable menos los costes de venta y el valor actual de los flujos de efectivo futuros derivados de la inversión. A falta de mejor evidencia del importe recuperable de las inversiones, se tomará en consideración «*el patrimonio neto de la entidad participada corregido por las*

*plusvalías tácitas existentes en la fecha de valoración*». Y dentro del término «*plusvalías tácitas*» han de considerarse incluidos tanto el fondo de comercio financiero como el resto de plusvalías tácitas atribuibles a mayor valor de los activos, en su acepción en sentido estricto.

El nuevo PGC contiene una terminología similar a la del Plan General de Contabilidad de 1990, pero, a los efectos de determinar el importe recuperable de una inversión, refiere las magnitudes de fondo de comercio y plusvalías tácitas a considerar, a las existentes en el momento en que se efectúa la valoración, y no como lo hacía el Plan General de Contabilidad de 1990 a las existentes en la fecha de adquisición y que subsistan en el de la valoración posterior.

### Consideraciones fiscales sobre el fondo de comercio financiero

Desde el punto de vista tributario, el fondo de comercio financiero se encuentra regulado en la normativa del Impuesto sobre Sociedades, con un tratamiento claramente diferenciado del contable.

De esta manera, tanto la normativa estatal del Impuesto sobre Sociedades, contenida en el Real Decreto Legislativo 4/2004 («TRLIS») como las normas forales reguladoras de este impuesto en los territorios históricos del País Vasco —Normas Forales 3/1996 de Bizkaia, 7/1996 de Gipuzkoa y 24/1996 de Álava— («NFIS») y en la Comunidad Foral de Navarra —Ley Foral 24/1996— («LFIS»), regulan específicamente el tratamiento que ha de darse al fondo de comercio financiero, al margen del tratamiento contable que corresponda.

Así, con la finalidad de equiparar el tratamiento fiscal de las adquisiciones de negocios que se instrumentan a través de *combinaciones de negocios* —de las que surge el fondo de comercio *explícito*— y el de las que se efectúan a través de la adquisición de instrumentos financieros —configuradores del fondo de comercio *implícito*—, el legislador español reguló, con vigencia para los períodos impositivos iniciados el 1 de enero de 2002, la amortización fiscal del fondo de comercio financiero. Este nuevo régimen se circunscribió a los fondos de comercio asociados a entidades no residentes, para facilitar la internacionalización de las empresas españolas, por la dificultad que entraña la ejecución de fusiones transfronterizas y la consiguiente limitación a la afluencia del fondo de comercio explícito, cues-

tion que no concurre en las fusiones internas o de carácter nacional.

Los requisitos que la ley fiscal exigía para la amortización fiscal del fondo de comercio se desarrollan por referencia al artículo 21 del TRLIS y son los siguientes:

- (i) que se trate de participaciones superiores al 5% en sociedades no residentes;
- (ii) que la entidad participada extranjera esté sujeta a un Impuesto sobre Sociedades similar al aplicable en España, presumiéndose cumplido este requisito cuando resida en un país con el que España tenga suscrito un convenio para evitar la doble imposición internacional que contenga cláusula de intercambio de información;
- (iii) que los ingresos de la entidad participada extranjera provengan de la realización de actividades empresariales en el extranjero, detallándose en el artículo 21 cuando se cumple esta condición;
- (iv) que el importe del fondo de comercio no se hubiese incluido en la base de la deducción por actividades de exportación.

El ajuste anual por este concepto no puede exceder del 5% anual en territorio de régimen común (artículo 12.5 TRLIS), del 10% en Navarra (artículo 20.3 LFIS), o del 20% anual en el caso de los territorios vascos (artículo 12.8 NFIS) y se practica a través de ajuste extracontable.

El marco legal de la fiscalidad del fondo de comercio financiero de sociedades no residentes se ha visto modificado tras la Decisión de la Comisión Europea de 28 de octubre de 2009 (C45-2007), en la medida en que dicha Decisión consideró que la amortización fiscal del fondo de comercio de sociedades no residentes constituía una ayuda de Estado incompatible con el mercado comunitario.

Por tal motivo, el legislador estatal y navarro se han visto obligados a modificar dicha regulación (mediante la Ley 39/2010, de 21 de diciembre y Ley Foral 23/2010, de 28 de diciembre), de forma que en la actualidad el TRLIS y la LFIS recogen la posibilidad de amortizar y deducir de la base imponible del Impuesto sobre Sociedades, mediante el correspondiente ajuste extracontable, el fondo de comercio financiero asociado a «*instrumentos financieros correspondientes a entidades no residentes en territorio español siempre que no sean residentes en la Unión Europea*».

Es posible también deducirse la amortización del fondo de comercio financiero asociado a participadas residentes en la Unión Europea, pero siempre que dichas participaciones se hubieran adquirido antes del 21 de diciembre de 2007, al salvaguardar la Decisión las adquisiciones anteriores a la citada fecha con base en la aplicación del principio de confianza legítima.

Sin embargo, el tratamiento fiscal del fondo de comercio financiero en los territorios vascos es distinto al aplicable en el resto del Estado, tras la reforma de las respectivas NFIS para su adaptación al nuevo PGC. Así, para los períodos impositivos iniciados con posterioridad al 1 de enero de 2008, las NFIS no constriñen la amortización y deducibilidad del fondo de comercio financiero a que el mismo esté asociado a participaciones en entidades no residentes, sino que, por el contrario, recogen un mismo régimen de deducción fiscal del fondo de comercio financiero aplicable en todos los supuestos de adquisición de participaciones superiores al 5%, resultando indiferente el lugar de residencia de la entidad participada. Además, como ya se ha indicado, las NFIS regulan un porcentaje anual máximo deducible de hasta una quinta parte del importe del fondo de comercio financiero (20% máximo anual) (artículos 12.8 de las nfis de Álava, Bizkaia y Gipuzkoa).

Al contrario de lo previsto en las normas de los tres territorios históricos vascos, la normativa estatal (TRLIS) y la normativa de la Comunidad Foral Navarra (LFIS) no permiten la amortización fiscal del fondo de comercio financiero asociado a entidades residentes en España. Sin embargo, el fondo de comercio financiero sí que posee cierta virtualidad fiscal tanto en la legislación estatal como en la navarra y tanto para entidades residentes como no residentes. Así, cuando el artículo 12.3 del TRLIS (artículo 20.1 de la LFIS) recoge en su párrafo cuarto y siguientes un mecanismo de corrección valorativa aplicable a las entidades del grupo, multigrupo y asociadas, que permite deducir mediante ajuste extracontable —es decir, al margen de que se haya producido el registro contable de la corrección valorativa— la diferencia positiva existente entre los fondos propios de la participada al inicio y al cierre, se impone adicionalmente un límite a la deducibilidad de dicha diferencia: ésta no puede superar la diferencia existente entre el valor de la participación minorado por las cantidades deducidas en períodos impositivos anteriores y el valor de los fondos propios de la participada al cierre del ejercicio que corresponda a la participación, *corre-*

*gido en el importe de las plusvalías tácitas existentes en el momento de la adquisición y que subsistan en el de la valoración.*

Con este tratamiento, el legislador ha pretendido mantener en el actual marco contable el tratamiento fiscal de la depreciación de cartera contenido en la Norma de Valoración 8.<sup>a</sup> del Plan General de Contabilidad de 1990, respetando la neutralidad fiscal pretendida por la reforma contable iniciada con la Ley 16/2007, de 4 de julio, de reforma y adaptación de la legislación mercantil en materia contable para su armonización internacional con base en la normativa de la Unión Europea.

### **Consideraciones sobre la naturaleza de ayuda de Estado que puede atribuirse a la amortización del fondo de comercio financiero de entidades no residentes**

La Comisión Europea, en Decisión de fecha 10 de octubre de 2007 (publicada el 21 de diciembre de 2007), incoó un procedimiento formal de investigación relativo a la amortización fiscal del fondo de comercio financiero de sociedades no residentes regulado en el artículo 12.5 del TRLIS, procedimiento que finalizó con la Decisión de la Comisión de 28 de octubre de 2009 que vino a concluir que la medida controvertida, que no era otra que la amortización fiscal del fondo de comercio financiero, debía considerarse ayuda de Estado en lo que se refiere a las adquisiciones de entidades residentes en la Unión Europea, por concurrir las siguientes circunstancias configuradoras de tal naturaleza:

- (i) Supone una ventaja legal para sus destinatarios, originada en una transferencia de fondos públicos.
- (ii) Es selectiva.
- (iii) Afecta a los intercambios comerciales y la competencia dentro del mercado interior.

Sin embargo, en atención al principio de confianza legítima, la Decisión estimó que procedía mantener el beneficio fiscal de la amortización del fondo de comercio cuando se tratase de adquisiciones de entidades residentes en la Unión Europea que se hubiesen producido con anterioridad al 21 de diciembre de 2007, fecha de publicación de la incoación del expediente en el Diario Oficial de la Unión Europea.

Como ya se ha indicado, en atención al contenido de la Decisión de la Comisión, el texto del artícu-

lo 12.5 del TRLIS fue modificado por la Ley 39/2010, de 21 de diciembre. Sin embargo, debe criticarse que la reforma no ha considerado el régimen aplicable para los supuestos de adquisición de participaciones antes del 21 de diciembre de 2007 con condición suspensiva consistente en la obtención de autorizaciones preceptivas solicitadas antes de la citada fecha, pero obtenidas con posterioridad, supuesto que sí prevé la Decisión como válido para la legítima amortización fiscal del fondo de comercio financiero de estas operaciones.

Por otra parte, la modificación legislativa incorporada en el TRLIS en diciembre de 2010 se muestra insuficiente a la vista de la nueva Decisión de la Comisión Europea dictada el 12 de enero de 2011, publicada en el Diario Oficial de la Unión Europea el 21 de mayo de 2011, que establece que tiene igualmente la consideración de ayuda de Estado incompatible con el mercado común la amortización del fondo de comercio financiero asociado a entidades *extracomunitarias*, cuestión ésta que había quedado sin resolver en la Decisión anterior.

Esta nueva Decisión permite seguir amortizando el fondo de comercio financiero correspondiente a las entidades extracomunitarias, siempre que las adquisiciones en cuestión se hubieran llevado a cabo antes del 21 de diciembre de 2007, al igual que en el caso de las comunitarias. Sin embargo, la Comisión, tras analizar los obstáculos a las fusiones transfronterizas de diversos países, regula un nuevo supuesto de aplicación del principio de confianza legítima para la adquisición de participaciones en empresas extranjeras establecidas en China, India y en otros países en los que se acredite que existen obstáculos jurídicos a las fusiones transfronterizas, en cuyo caso puede amortizarse el fondo de comercio si la participación se adquirió antes del 21 de mayo de 2011, fecha de publicación de la Decisión de 12 de enero de 2011 en el Diario Oficial de la Unión Europea.

Estaremos expectantes sobre la adaptación de la normativa española a la nueva Decisión, sobre todo en lo que se refiere a la acreditación de la existencia de obstáculos jurídicos a las fusiones transfronterizas.

En este punto, en relación con ambas Decisiones, cabe cuestionarse si la pretendida naturaleza *selectiva* de la medida, requisito indispensable para su caracterización como ayuda de Estado, se da en el caso de la amortización del fondo de comercio financiero, como pretende la Comisión Europea o si, por el contrario, como defendía el Reino de España junto con las empresas que le acompañaron en el

procedimiento, no concurre la citada selectividad, por tratarse de una medida fiscal aplicable por cualquier contribuyente del Impuesto sobre Sociedades.

En efecto, la deducción fiscal del fondo de comercio financiero constituye un beneficio fiscal que trata de aproximar la tributación de las adquisiciones de activos a la de la adquisición de acciones, configurándose en cualquier caso como una mera corrección valorativa (que recibe el tratamiento de diferencia temporal en la conciliación del resultado contable y la base imponible), corrección que debe tenerse en cuenta a efectos de futuras transmisiones de la participación, en la medida en que se deberá tributar por el gasto por la amortización que se haya deducido, por ser el coste fiscal de la cartera inferior al coste contable a la fecha de la transmisión.

Diversos autores dudan de que concorra el elemento de selectividad requerido para encontrarnos ante ayudas de Estado [M. Villar Ezcurra: «La amortización del fondo de comercio financiero (...)», *Revista de Contabilidad y Tributación CEF*, n.º 298, págs. 73-96; Juan Martín Queralt: «La deducción del fondo de comercio financiero (...)», *CISS Tribuna Fiscal*, n.º 207, enero 2008, págs. 4-7; Juan Calvo Vergez: «En torno a la pretendida calificación por la Comisión Europea del Fondo de Comercio», *Quincena Fiscal*, n.º 8, abril 2008, págs. 11-31].

Es indiscutible que la amortización del fondo de comercio financiero puede ser aplicada por cualquier contribuyente del impuesto, configurándose con ello como una medida de carácter general y no selectiva. Por dicho motivo más que dudoso que la selectividad pretendida se circunscriba a que solamente aplica a las adquisiciones de sociedades extranjeras y no españolas, lo que significa aplicar el principio de selectividad *de facto*, por expulsarse las adquisiciones de sociedades residentes, en una especie de discriminación inversa.

La Decisión de 28 de octubre de 2009, relativa al fondo de comercio de participadas comunitarias no fue recurrida por el Estado español, pero sí por diversas empresas españolas (entre otras, Iberdrola, bbva, Banco Santander, Telefónica y Ebro Foods) y la Asociación Española de la Banca, que han solicitado al Tribunal de Justicia de la Unión Europea que sea declarada nula por no configurarse el artículo 12.5 en su redacción originaria de una ayuda de Estado en el sentido de los tratados.

En sentido contrario a los intereses del Reino de España, Deutsche Telekom ha recurrido la Decisión, solicitando al Tribunal de Justicia que declare

nulos los artículos de la Decisión que amparan la aplicación del artículo 12.5 para las adquisiciones anteriores al 21 de diciembre de 2007, por entender que no cabe apreciar la concurrencia de confianza legítima como ha hecho la Comisión.

El procedimiento de impugnación de la Decisión sigue su curso, sin que el Tribunal se haya pronunciado todavía.

La reflexión que cabe hacerse en este punto, que excede con creces de la finalidad pretendida en este foro, es la relativa a la naturaleza de las medidas tributarias adoptadas por cada Estado miembro en el ejercicio de su soberanía fiscal y su potencial conceptualización como ayudas de Estado, considerando que no existe una armonización en fiscalidad directa en el seno de la Unión Europea y que los Estados miembros pueden distorsionar la competencia —voluntaria o involuntariamente— mediante la determinación, por ejemplo, de un tipo tributario distinto por entender que forma parte de la lógica y congruencia de su propio sistema fiscal.

Ayudan a hacerse esta reflexión las recientes conclusiones del Abogado General Nilo Jääskinen, de 7 de abril de 2011 (Asuntos C106/09 y 107/09), sobre el régimen fiscal de Gibraltar y la definición de la selectividad *material* en el marco de las ayudas de Estado. El Abogado General dice (párrafo 144): «Cada sistema tributario se basa en cierta selectividad que depende de los objetivos del legislador nacional», razón por la que aboga por «conservar la distinción entre medidas tributarias que son ayudas de Estado y las que corresponden con la configuración normal que el legislador nacional ha querido dar a sus sistema fiscal, que puede contener diferencias necesarias para la consecución de los objetivos generales de interés público determinados por el Estado al ejercer sus facultades soberanas» (párrafo 145).

### Tratamiento fiscal del fondo de comercio financiero en los territorios vascos desde 2008

Los tres territorios históricos que conforman la Comunidad Autónoma Vasca tienen, como se ha expuesto anteriormente, su propia regulación del tratamiento fiscal del fondo de comercio financiero desde 2008, diferenciado del vigente en el resto del territorio español.

Desde la citada fecha, es posible amortizar fiscalmente el fondo de comercio implícito o financiero asociado a todo tipo de entidades, sean o no residentes en territorio español.

Quiebra con esta nueva regulación uno de los requisitos esgrimidos por la Comisión Europea para que nos encontremos ante tal ayuda: *la selectividad*.

Si cualquier contribuyente vasco puede depreciar fiscalmente el fondo de comercio financiero atribuible a participaciones en entidades residentes en cualquier lugar, parece claro que no existe la pretendida selectividad en los términos interpretados por la Comisión Europea (no va dirigido a determinadas inversiones, sino a todas) y que estamos ante una medida de carácter general. No existe, por tanto, posibilidad de que se considere que se está ante una ayuda de Estado incompatible con el mercado común.

Recuérdese que los territorios vascos pueden regular sus propios tributos directos sin incurrir en supuestos configuradores de ayudas de Estado por concurrencia del requisito de selectividad (en este caso geográfica), tal y como ha estimado el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en su sentencia de 11 de septiembre de 2008 (asuntos C428/06 a 434/06).

En este punto, cabe preguntarse si la medida podría ser considerada selectiva por el hecho de que, en el caso de participaciones en entidades no residentes, las normas forales exigen adicionalmente que residan en un territorio que someta a sus residentes a un impuesto análogo al Impuesto sobre Sociedades español y que sus ingresos procedan de la realización de actividades empresariales en el extranjero. En nuestra opinión, esta condición adicional no debería ser motivo de apreciación de selectividad, puesto que los requisitos exigidos para las participadas extranjeras se erigen en una norma antiabuso dirigida a evitar supuestos de constitución de sociedades extranjeras sin actividad empresarial y sin motivación económica, supuestos de difícil concurrencia cuando nos hallamos ante participadas que han generado un fondo de comercio derivado, normalmente, del ejercicio de una actividad empresarial.

IRATXE CELAYA ACORDARREMENTERÍA y  
MAITE URRUTICOECHEA URIARTE\*

\* Abogadas del Área de Fiscal y Laboral de Uría Menéndez (Bilbao).