

BASE DE DATOS DE Norma DEF.-

Referencia: NFJ083584

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA

Sentencia de 6 de octubre de 2021

Gran Sala

Asuntos núms. C-53/19P y C-65/19P (acumulados)

SUMARIO:

IS. Base imponible. Amortizaciones. Amortización del inmovilizado inmaterial. Deducibilidad del fondo de comercio financiero en supuestos de adquisición de participaciones en sociedades no residentes. Políticas comunitarias. Ayudas de Estado. La medida controvertida dispone que, en caso de adquisición, por parte de una empresa que tribute en España, de participaciones en una «sociedad extranjera», si el porcentaje de participación es de al menos el 5 % y dicha participación se posee de manera ininterrumpida durante al menos un año, el fondo de comercio financiero resultante de esta adquisición podrá deducirse, en forma de amortización, de la base imponible del impuesto sobre sociedades que deba pagar esa empresa. Para tener la consideración de «sociedad extranjera», una sociedad debe estar sujeta a un impuesto idéntico al impuesto aplicable en España y sus ingresos deben proceder principalmente de la realización de actividades empresariales en el extranjero. La Comisión declaró incompatible con el mercado interior la medida controvertida cuando se aplica a adquisiciones de participaciones en empresas establecidas fuera de la Unión. El Tribunal General que confirmó la calificación del régimen fiscal español de amortización del fondo de comercio financiero (*goodwill*) como ayuda de Estado incompatible con el mercado interior. El motivo único de casación formulado por la recurrente se divide en seis partes, que se refieren a la determinación del sistema de referencia; a la determinación del objetivo de este sistema a partir del cual debe procederse a la comparación en la segunda etapa del análisis de la selectividad; a la atribución de la carga de la prueba; al respeto del principio de proporcionalidad; a la existencia de una relación de causalidad entre la imposibilidad de fusionarse en el extranjero y la adquisición de participaciones en el extranjero, y al examen del carácter separable de la medida controvertida en función del porcentaje de control, que son todos desestimados por el Tribunal. *Selectividad.* Para apreciar el carácter selectivo de una medida fiscal de alcance general, es necesario que el régimen fiscal común o sistema de referencia aplicable en el Estado miembro de que se trate esté correctamente identificado en la decisión de la Comisión y sea examinado por el juez que conoce de una controversia relativa a dicha identificación. Dado que la determinación del sistema de referencia constituye el punto de partida del examen comparativo que debe realizarse a la hora de apreciar el carácter selectivo de un régimen de ayudas, un error al determinar este sistema de referencia vicia inevitablemente todo el análisis del requisito de selectividad. *Sistema de referencia.* El Tribunal General consideró que la Comisión había utilizado como sistema de referencia, para proceder a la apreciación de la selectividad de la medida controvertida, el tratamiento fiscal del «fondo de comercio», y considera la Sala que el Tribunal General no incurrió en error de Derecho en la determinación del sistema de referencia. El Tribunal General se basó principalmente en la técnica legislativa elegida por el legislador español para concluir que la medida controvertida tenía carácter selectivo. De la sentencia recurrida se desprende que el Tribunal General se basó en el objeto y los efectos de esa medida y no en meras consideraciones de orden formal, por lo que no cabe reprochar al Tribunal General haber tomado en cuenta, entre otras consideraciones, el carácter excepcional de la medida controvertida a efectos del examen de su carácter selectivo. La mera circunstancia de que la medida controvertida tenga carácter general, por cuanto puede beneficiar *a priori* a todas las empresas sujetas al impuesto sobre sociedades, no excluye que esta pueda ser selectiva pues, tal y como ha declarado el TJUE, en el caso de una medida nacional que concede una ventaja fiscal de alcance general, como la medida controvertida, el requisito de selectividad se cumple cuando la Comisión consigue demostrar que esa medida supone una excepción al régimen fiscal común o «normal» aplicable en el Estado miembro en cuestión, introduciendo así, por sus efectos concretos, un trato diferenciado entre operadores, a pesar de que los operadores que disfrutaban de la ventaja fiscal y los que están excluidos de ella se encuentran, habida cuenta del objetivo perseguido por dicho régimen fiscal, en una situación fáctica y jurídica comparable. El Tribunal General identificó de manera correcta y justificada la regla y la excepción. Arbitrariedad. Conforme a la interpretación de la normativa fiscal española hecha por el Tribunal General, normalmente, solo una combinación de empresas permite amortizar el fondo de comercio, incluso en caso de fondo de comercio financiero resultante de la adquisición de participaciones en sociedades residentes. La regla general respecto de la que la medida controvertida establece una excepción no es la imposibilidad de amortizar el fondo de comercio financiero, sino el principio según el cual, normalmente, la amortización solo es posible en el caso de una combinación de empresas, principio que el Tribunal General dedujo de las disposiciones relativas al tratamiento fiscal del fondo de comercio a efectos del impuesto sobre sociedades, ya se trate de las disposiciones relativas a la

amortización del fondo de comercio en caso de adquisición de empresas o de las relativas a la amortización del fondo de comercio financiero resultante de la adquisición de participaciones en sociedades residentes con la consiguiente fusión. *Comparabilidad.* Como ha resuelto anteriormente el Tribunal de Justicia, una medida como la medida controvertida, que pretende favorecer las exportaciones, puede considerarse selectiva si beneficia a las empresas que realizan operaciones transfronterizas, en particular operaciones de inversión, en detrimento de otras empresas que se encuentran en una situación fáctica y jurídica comparable, en relación con el objetivo perseguido por el régimen fiscal de que se trate, y llevan a cabo operaciones de la misma naturaleza en el territorio nacional. El Tribunal General declaró fundadamente que las empresas que adquieren participaciones en sociedades no residentes se encuentran, desde el punto de vista del objetivo perseguido por el tratamiento fiscal del fondo de comercio, en una situación jurídica y fáctica comparable a la de las empresas que adquieren participaciones en sociedades residentes. En la medida en que las empresas que adquieren participaciones transfronterizas minoritarias pueden ser beneficiarias de la medida controvertida aun cuando no se vean afectadas por los supuestos obstáculos a las combinaciones de empresas a las que se refiere la recurrente, no cabe sostener que, debido a esos obstáculos, los beneficiarios de la medida en cuestión se encuentran en una situación jurídica y fáctica diferente de la de las empresas a las que se aplica el régimen fiscal ordinario. Si bien el Tribunal General consideró erróneamente que el objetivo del sistema de referencia consistía en la coherencia entre el tratamiento fiscal y el tratamiento contable del fondo de comercio, no ha quedado demostrado que el objetivo de neutralidad fiscal pudiera excluir el carácter selectivo de la ayuda en la segunda etapa del análisis de la selectividad. *Proporcionalidad.* El Tribunal General no incurrió en un error de Derecho al posponer a la tercera etapa del examen del carácter selectivo el análisis de la proporcionalidad de la medida controvertida, en cuyo marco se analiza si dicha ventaja puede estar justificada por la naturaleza o la estructura general del sistema fiscal del Estado miembro de que se trate. Por otro lado, el Tribunal General estimó acertadamente que la Comisión no incurrió en error al declarar que el Reino de España no había justificado la diferenciación introducida por la medida controvertida y que no incumbía a la Comisión determinar, en la Decisión controvertida, las condiciones de aplicación de la medida controvertida que hubieran podido permitirle no calificarla de ayuda en determinados supuestos.

PRECEPTOS:

Tratado de 25 de Marzo de 1957 de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), arts. 107 y 108.

RDLeg. 4/2004 (TR Ley IS), arts. 12 y 89.

Ley 43/1995 (Ley IS), art. 12.

Ley 24/2001 (Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social).

Decisión 2011/282/UE de la Comisión (Amortización fiscal del fondo de comercio financiero para la adquisición de participaciones extranjeras aplicada por España).

Decisión 2011/5/CE de la Comisión (Amortización fiscal del fondo de comercio financiero para la adquisición de participaciones extranjeras aplicada por España).

PONENTE:

Don N. Wahl.

En los asuntos acumulados C-53/19 P y C-65/19 P,

que tienen por objeto sendos recursos de casación interpuestos, con arreglo al artículo 56 del Estatuto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, los días 25 y 29 de enero de 2019, respectivamente,

Banco Santander, S. A., con domicilio social en Santander (Cantabria),

Santusa Holding, S. L., con domicilio social en Boadilla del Monte (Madrid),

representadas por los Sres. J. L. Buendía Sierra, E. Abad Valdenebro, R. Calvo Salinero y A. Lamadrid de Pablo, abogados (C-53/19 P),

Reino de España, representado inicialmente por los Sres. A. Rubio González y A. Sampol Pucurull y posteriormente por la Sra. S. Centeno Huerta y por el Sr. S. Jiménez García, en calidad de agentes (C-65/19 P),

partes recurrentes,

y en los que las otras partes en el procedimiento son:

Comisión Europea, representada por los Sres. R. Lyal, B. Stromsky y C. Urraca Caviedes y por la Sra. P. Nemecková, en calidad de agentes,

parte demandada en primera instancia,

República Federal de Alemania, representada por los Sres. J. Möller y R. Kanitz, en calidad de agentes,
Irlanda,

partes coadyuvantes en primera instancia,

EL TRIBUNAL DE JUSTICIA (Gran Sala),

integrado por el Sr. K. Lenaerts, Presidente, la Sra. R. Silva de Lapuerta, Vicepresidenta, los Sres. A. Arabadjiev, M. Vilaras, E. Regan, M. Ilešić, A. Kumin y N. Wahl (Ponente), Presidentes de Sala, y los Sres. D. Šváby, S. Rodin y F. Biltgen, la Sra. K. Jürimäe y los Sres. C. Lycourgos, P. G. Xuereb e I. Jarukaitis, Jueces;

Abogado General: Sr. G. Pitruzzella;

Secretaria: Sra. L. Carrasco Marco, administradora;

habiendo considerado los escritos obrantes en autos y celebrada la vista el 7 de septiembre de 2020;

oídas las conclusiones del Abogado General, presentadas en audiencia pública el 21 de enero de 2021;

dicta la siguiente

Sentencia

1. Mediante su recurso de casación en el asunto C-53/19 P, Banco Santander, S. A. (en lo sucesivo, «Santander»), y Santusa Holding, S. L. (en lo sucesivo, «Santusa»), solicitan la anulación de la sentencia del Tribunal General de 15 de noviembre de 2018, Banco Santander y Santusa/Comisión (T-399/11 RENV; en lo sucesivo, «sentencia recurrida», EU:T:2018:787), mediante la que este desestimó su recurso de anulación del artículo 1, apartado 1, y, con carácter subsidiario, del artículo 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 (DO 2011, L 135, p. 1; en lo sucesivo, «Decisión controvertida»).

2. Mediante su recurso de casación en el asunto C-65/19 P, el Reino de España solicita la anulación de esa misma sentencia.

I. Antecedentes del litigio

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

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

5. La medida controvertida dispone que, en caso de adquisición, por parte de una empresa que tribute en España, de participaciones en una «sociedad extranjera», si el porcentaje de participación es de al menos el 5 % y

dicha participación se posee de manera ininterrumpida durante al menos un año, el fondo de comercio financiero resultante de esta adquisición podrá deducirse, en forma de amortización, de la base imponible del impuesto sobre sociedades que deba pagar esa empresa. La medida controvertida precisa que, para tener la consideración de «sociedad extranjera», una sociedad debe estar sujeta a un impuesto idéntico al impuesto aplicable en España y sus ingresos deben proceder principalmente de la realización de actividades empresariales en el extranjero.

6. La Comisión concluyó el procedimiento, en lo que respecta a las adquisiciones de participaciones realizadas dentro de la Unión Europea, mediante la Decisión 2011/5/CE, de 28 de octubre de 2009, relativa a la amortización fiscal del fondo de comercio financiero para la adquisición de participaciones extranjeras C 45/07 (ex NN 51/07, ex CP. 9/07) aplicada por España (DO 2011, L 7, p. 48; en lo sucesivo, «Decisión de 28 de octubre de 2009»).

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

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

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

II. Procedimiento ante el Tribunal General y sentencia recurrida

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

22. En cuanto a la tercera etapa, el Tribunal General subrayó que ninguna de las alegaciones específicamente formuladas en ese caso permitía justificar la excepción establecida por dicha medida y, por tanto, la diferencia de trato observada (apartados 166 a 231 de la sentencia recurrida).

III. Pretensiones de las partes y procedimiento ante el Tribunal de Justicia

23. Mediante su recurso de casación, Santander y Santusa (asunto C-53/19 P) solicitan al Tribunal de Justicia que:

- Anule la sentencia recurrida.
- Estime su recurso de anulación y anule definitivamente la Decisión controvertida.
- Condene en costas a la Comisión.

24. Mediante su recurso de casación, el Reino de España (asunto C-65/19 P) solicita al Tribunal de Justicia que:

- Anule la sentencia recurrida.

- Anule el artículo 1, apartado 1, de la Decisión controvertida, en la medida en que esta califica la medida controvertida como ayuda de Estado.
- Condene en costas a la Comisión.

25. La República Federal de Alemania solicita al Tribunal de Justicia que estime los recursos de casación.

26. La Comisión solicita al Tribunal de Justicia que:

- Desestime los recursos de casación.
- Condene en costas a las partes recurrentes.

27. Mediante resoluciones de 22 de marzo de 2019 y de 2 de junio de 2020, se acumularon los asuntos C-53/19 P y C-65/19 P, respectivamente, a efectos de la fase escrita y a efectos de la fase oral del procedimiento y de la sentencia.

IV. Sobre los recursos de casación

28. En apoyo de sus respectivos recursos de casación, Santander y Santusa y el Reino de España (en lo sucesivo, en conjunto, «recurrentes») invocan un motivo único, basado en la infracción del artículo 107 TFUE, apartado 1, por lo que respecta al requisito de selectividad. En esencia, reprochan al Tribunal General haber incurrido en varios errores de Derecho al aplicar el método de análisis en tres etapas relativo a la selectividad de las medidas fiscales, tal como dicho método ha sido definido por reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia.

29. La República Federal de Alemania se adhiere, en esencia, a la postura defendida por las recurrentes y cuestiona los criterios de análisis de la selectividad de la medida controvertida seguidos en este caso. La República Federal de Alemania alega, en particular, que el Tribunal General incurrió en un error de Derecho al declarar que el hecho de que la medida controvertida constituya una medida general accesible para cualquier empresa que cumpla sus requisitos materiales no es un elemento pertinente en el marco de la apreciación de la selectividad.

30. Con carácter preliminar, debe recordarse que, según reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia, la calificación de una medida nacional como «ayuda de Estado», a efectos del artículo 107 TFUE, apartado 1, exige que concurren todos los requisitos siguientes. En primer lugar, debe tratarse de una intervención del Estado o mediante fondos estatales. En segundo lugar, la intervención debe poder afectar a los intercambios comerciales entre los Estados miembros. En tercer lugar, la medida debe conferir una ventaja selectiva a su beneficiario. En cuarto lugar, debe falsear o amenazar falsear la competencia (sentencia WDFG, apartado 53 y jurisprudencia citada, y sentencia de 16 de marzo de 2021, Comisión/Polonia, C-562/19 P, EU:C:2021:201, apartado 27).

31. Como reiteradamente se ha declarado, las medidas nacionales que otorgan una ventaja fiscal que, aunque no implique una transferencia de fondos estatales, coloque a los beneficiarios en una situación más favorable que la de los restantes contribuyentes pueden procurar una ventaja selectiva en favor de los beneficiarios y, por tanto, constituyen una ayuda de Estado en el sentido del artículo 107 TFUE, apartado 1 (véanse, en este sentido, la sentencia WDFG, apartado 56, y la sentencia de 19 de diciembre de 2018, A-Brauerei, C-374/17, EU:C:2018:1024, apartado 21).

32. En lo que se refiere al requisito de selectividad de la ventaja, inherente a la calificación de una medida como «ayuda de Estado», en el sentido del artículo 107 TFUE, apartado 1, que constituye el único objeto de las alegaciones formuladas en el contexto de los presentes recursos de casación, de una jurisprudencia reiterada del Tribunal de Justicia se desprende que este requisito exige que se determine si, en el marco de un régimen jurídico concreto, la medida nacional en cuestión puede favorecer a «determinadas empresas o producciones» en relación con otras que se encuentran en una situación fáctica y jurídica comparable, habida cuenta del objetivo perseguido por el referido régimen, y que por tanto reciben un trato diferenciado que, en esencia, puede calificarse de discriminatorio (sentencia de 16 de marzo de 2021, Comisión/Polonia, C-562/19 P, EU:C:2021:201, apartado 28 y jurisprudencia citada).

33. De este modo, el examen de si tal medida presenta carácter selectivo coincide esencialmente con el examen de si la citada medida se aplica a un conjunto de operadores económicos de manera no discriminatoria (sentencia de 21 de diciembre de 2016, Comisión/Hansestadt Lübeck, C-524/14 P, EU:C:2016:971, apartado 53).

34. Cuando la medida en cuestión se prevé como un régimen de ayudas y no como una ayuda individual, corresponde a la Comisión determinar si esa medida, aun cuando atribuya una ventaja de alcance general, lo hace

en beneficio exclusivo de ciertas empresas o de ciertos sectores de actividad (sentencia WDFG, apartado 55 y jurisprudencia citada).

35. Para calificar una medida fiscal nacional como «selectiva», la Comisión debe, en un primer momento, identificar el sistema de referencia, a saber, el régimen tributario «normal» aplicable en el Estado miembro de que se trate y demostrar, en un segundo momento, que la medida fiscal en cuestión supone una excepción a ese sistema de referencia, en la medida en que introduce diferenciaciones entre operadores económicos que, con respecto al objetivo asignado a dicho sistema, se encuentran en una situación fáctica y jurídica comparable (véase, en este sentido, la sentencia de 19 de diciembre de 2018, A-Brauerei, C-374/17, EU:C:2018:1024, apartado 36 y jurisprudencia citada).

36. No obstante, el concepto de «ayuda de Estado» no se refiere a las medidas que establecen una diferenciación entre empresas que, en relación con el objetivo perseguido por el régimen jurídico en cuestión, se encuentran en una situación fáctica y jurídica comparable y que, en consecuencia, son *a priori* selectivas, cuando el Estado miembro de que se trate consigue demostrar que la diferenciación está justificada porque resulta de la naturaleza o de la estructura del sistema en que se inscriben tales medidas (sentencia de 19 de diciembre de 2018, A-Brauerei, C-374/17, EU:C:2018:1024, apartado 44 y jurisprudencia citada).

37. Las diferentes partes del motivo único de casación formulado por cada una de las recurrentes deben examinarse a la luz de estas consideraciones.

38. El motivo único de casación formulado por Santander y Santusa se divide en seis partes, que se refieren, fundamentalmente, en primer lugar, a la determinación del sistema de referencia; en segundo lugar, a la determinación del objetivo de este sistema a partir del cual debe procederse a la comparación en la segunda etapa del análisis de la selectividad; en tercer lugar, a la atribución de la carga de la prueba; en cuarto lugar, al respeto del principio de proporcionalidad; en quinto lugar, a la existencia de una relación de causalidad entre la imposibilidad de fusionarse en el extranjero y la adquisición de participaciones en el extranjero, y, en sexto lugar, al examen del carácter separable de la medida controvertida en función del porcentaje de control.

39. Por su parte, el motivo único de casación invocado por el Reino de España consta de cuatro partes. Estas partes se refieren, en primer lugar, a la determinación del marco de referencia; en segundo lugar, a la consideración de que el tratamiento fiscal del fondo de comercio financiero no puede constituir una medida de carácter general o un marco de referencia autónomo; en tercer lugar, a la definición del objetivo de ese marco de referencia y a la comparación de las situaciones exigida por la sentencia WDFG, y, en cuarto lugar, a la atribución de la carga de la prueba hecha en este caso en cuanto a los elementos constitutivos de dicho marco de referencia.

40. Dado que las imputaciones formuladas en el marco de las partes primera a cuarta del motivo único del recurso de casación de Santander y de Santusa y las formuladas en apoyo de las cuatro partes del motivo único del recurso de casación del Reino de España coinciden o se solapan en gran medida, tales imputaciones serán analizadas conjuntamente.

A. Sobre la primera parte del motivo único del recurso de casación de Santander y de Santusa y sobre las partes primera y segunda del motivo único del recurso de casación del Reino de España, basadas en errores cometidos en la determinación del sistema de referencia

1. Alegaciones de las partes

41. Santander y Santusa sostienen que el Tribunal General incurrió en diferentes errores al determinar el sistema de referencia.

42. Comienzan afirmando que el Tribunal General utilizó un sistema de referencia distinto del definido en la Decisión controvertida, ya que describió el sistema de referencia de dicha Decisión como el «tratamiento fiscal del fondo de comercio», sin ceñirse exclusivamente al «tratamiento fiscal del fondo de comercio financiero» (apartados 93 y 141 de la sentencia recurrida). En opinión de Santander y de Santusa, estas dos «expresiones» guardan relación con enfoques materialmente distintos. Santander y Santusa consideran que, al sustituir la motivación de la Decisión controvertida por la suya propia y al colmar, con su propia motivación, una laguna en la motivación de la Decisión controvertida, el Tribunal General incurrió en un error de Derecho que debería conllevar la anulación de la sentencia recurrida.

43. Santander y Santusa sostienen seguidamente que el Tribunal General excluyó injustificadamente, al término del análisis que figura en los apartados 127 a 141 de la sentencia recurrida, la tesis de que la medida controvertida podía constituir un sistema de referencia autónomo. A este respecto, afirman que el Tribunal General no solo sustituyó el razonamiento contenido en la Decisión controvertida por el suyo propio, puesto que esta se basaba únicamente en la inexistencia de obstáculos a las fusiones transfronterizas, sino que, además, efectuó un examen jurídicamente erróneo, ya que su razonamiento hizo depender la definición del marco de referencia de la técnica legislativa utilizada.

44. Por último, Santander y Santusa consideran que, en cualquier caso, el marco de referencia adoptado por el Tribunal General en la sentencia recurrida se definió arbitrariamente y resulta de una confusión entre una excepción y una regla general. Sostienen que, en particular, nada permite comprender las razones por las que el Tribunal General declaró que el objetivo perseguido no era otro que «mantener una cierta coherencia entre el tratamiento fiscal del fondo de comercio y su tratamiento contable» (apartado 122 de la sentencia recurrida). A juicio de Santander y de Santusa, el Tribunal General tampoco ha explicado por qué indicó que la inexistencia de una norma que impidiera amortizar el fondo de comercio financiero en caso de adquisición de participaciones nacionales era nada menos que la «regla general» en el sistema de referencia amplio que definió (apartado 136 de la sentencia recurrida). Refiriéndose, en particular, al enfoque adoptado en el asunto que dio lugar a la sentencia de 28 de junio de 2018, *Andres (Heitkamp BauHolding en quiebra)/Comisión* (C-203/16 P, EU:C:2018:505), en la cual el Tribunal de Justicia declaró que no podía considerarse que la medida controvertida en dicho asunto constituyera una excepción a una regla general, Santander y Santusa estiman que el marco de referencia en el presente asunto fue definido de modo excesivamente estrecho, de manera que la sentencia recurrida debería anularse.

45. El Reino de España estima asimismo que el Tribunal General incurrió en errores de Derecho en la determinación del sistema de referencia.

46. En primer lugar, el Reino de España subraya que la determinación del sistema de referencia, que constituye, a su juicio, el punto de partida de todo análisis relativo a la selectividad, es una cuestión de Derecho sujeta al control del Tribunal de Justicia. Refiriéndose más concretamente a los apartados 93 y 141 de la sentencia recurrida, el Reino de España considera que el Tribunal General se basó en un marco de referencia diferente del tomado en consideración en la Decisión controvertida y definió un marco más amplio que el adoptado por la Comisión.

47. En segundo lugar, el Reino de España considera que la sentencia recurrida también adolece de un error de Derecho en la medida en que el Tribunal General estimó que el tratamiento fiscal del fondo de comercio financiero no puede constituir una medida de carácter general o un marco de referencia autónomo. En este contexto, ese Estado miembro se refiere expresamente a los apartados 96, 104, 105, 107, 123, 126 y 139 a 142 de la sentencia recurrida, en los que el Tribunal General desestimó el argumento basado en la existencia de obstáculos a las combinaciones transfronterizas de empresas invocando motivos, por lo demás no convincentes, que no se desprenden en absoluto de la Decisión controvertida.

48. A este respecto, el Reino de España sostiene que la determinación del sistema de referencia realizada por el Tribunal General es errónea por cuatro motivos.

49. En primer término, afirma que la sentencia recurrida se basa en la mera técnica legislativa, lo que, como se desprende de la jurisprudencia, no constituye un método adecuado para definir el carácter selectivo de una medida. De este modo, el Tribunal General consideró erróneamente que lo que define el objetivo de la medida es la necesidad de mantener la coherencia adecuada entre la norma fiscal y la norma contable (apartados 117, 119 y 122 de la sentencia recurrida).

50. En segundo término, a juicio del Reino de España, el Tribunal General también erró al considerar, sobre la base de un análisis equivocado del objetivo de la medida controvertida expuesto en los apartados 117 a 123 de la sentencia recurrida, que la normativa fiscal sobre el fondo de comercio financiero en cuestión tenía por objeto resolver un «problema particular». Contrariamente a lo que concluyó el Tribunal General, la normativa fiscal controvertida en el caso de autos no tiene por objeto resolver un problema particular, sino dar pleno cumplimiento al principio de neutralidad fiscal, velando por que las decisiones de inversión se basen en consideraciones económicas y no en criterios fiscales. A este respecto, el Tribunal General debería haber comprobado si, en la Decisión controvertida, la Comisión había descartado de manera justificada y coherente el marco de referencia propuesto por las autoridades españolas y las partes interesadas, habida cuenta, en particular, de los obstáculos tanto fácticos como jurídicos a las fusiones transfronterizas. En ese análisis debería haber apreciado si, a pesar de las indicaciones expresas formuladas por el Tribunal de Justicia en el apartado 123 de la sentencia WDFG y en su

jurisprudencia reiterada, la Comisión actuó en contra de los criterios establecidos por el artículo 107 TFUE al no comparar las situaciones de hecho y de Derecho a la luz del objetivo de la medida controvertida.

51. En tercer término, el Reino de España subraya que la medida controvertida -que tenía por objeto ajustarse al principio de neutralidad fiscal, estaba abierta a todos los sectores y podía aplicarse sin que existiera ninguna obligación de inversión mínima- no guarda relación con la que dio lugar a la sentencia de 2 de julio de 1974, Italia/Comisión (173/73, EU:C:1974:71), en la que el requisito de especificidad que subyace al criterio de selectividad venía determinado precisamente por varios elementos.

52. En cuarto término, el Reino de España considera que el enfoque adoptado por el Tribunal General tendría como consecuencia rectificar el criterio adoptado por el Tribunal de Justicia en relación con determinadas medidas fiscales, medidas que también tenían por objeto resolver problemas específicos, pero que no se consideraron ayudas de Estado.

53. La Comisión refuta las alegaciones de las recurrentes. Considera, con carácter principal, que las alegaciones formuladas son, en esencia, inadmisibles, dado que el recurso ante el Tribunal General no contenía ninguna imputación basada en la existencia de errores que afectaran a la determinación del sistema de referencia. Según la Comisión, autorizar a las recurrentes a formular nuevas alegaciones en el marco del recurso de casación equivaldría a permitirles plantear al Tribunal de Justicia un litigio más extenso que aquel del que conoció el Tribunal General. Con carácter subsidiario, la Comisión alega que la argumentación de las recurrentes es infundada. Así, contrariamente a lo que estas afirman, en primer lugar, el Tribunal General empleó el mismo sistema de referencia que el definido en la Decisión controvertida; en segundo lugar, la medida controvertida no puede constituir un sistema de referencia autónomo, y, en tercer lugar, la sentencia recurrida está motivada de modo suficiente en Derecho.

2. Apreciación del Tribunal de Justicia

a) Sobre la admisibilidad

54. Por lo que respecta a la admisibilidad de las alegaciones y de los elementos presentados en apoyo de las partes del motivo de casación que deben analizarse, que la Comisión niega debido al supuesto carácter novedoso de las alegaciones formuladas en apoyo de las pretensiones de las recurrentes relativas a la determinación del marco de referencia, debe recordarse que, según el artículo 170, apartado 1, del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia, el recurso de casación no podrá modificar el objeto del litigio planteado ante el Tribunal General.

55. Así, según reiterada jurisprudencia, en el procedimiento de casación, la competencia del Tribunal de Justicia se limita a la apreciación de la solución jurídica dada a los motivos y alegaciones debatidos ante los jueces que conocieron del asunto en primera instancia. Por lo tanto, una parte no puede invocar por primera vez ante el Tribunal de Justicia un motivo que no haya invocado ante el Tribunal General, ya que ello equivaldría a permitirle plantear al Tribunal de Justicia, cuya competencia en materia de recurso de casación es limitada, un litigio más extenso que aquel del que conoció el Tribunal General (sentencia de 29 de julio de 2019, Bayerische Motoren Werke y Freistaat Sachsen/Comisión, C-654/17 P, EU:C:2019:634, apartado 69 y jurisprudencia citada).

56. No obstante, un recurrente puede interponer un recurso de casación invocando, ante el Tribunal de Justicia, motivos y alegaciones derivados de la propia sentencia recurrida y mediante los que se pretenda criticar los fundamentos jurídicos de esta (sentencias de 29 de noviembre de 2007, Stadtwerke Schwäbisch Hall y otros/Comisión, C-176/06 P, no publicada, EU:C:2007:730, apartado 17, y de 4 de marzo de 2021, Comisión/Fútbol Club Barcelona, C-362/19 P, EU:C:2021:169, apartado 47).

57. En el presente asunto, de los apartados 93 a 142 de la sentencia recurrida resulta que el Tribunal General examinó si la Comisión había identificado correctamente el régimen fiscal de referencia en la primera etapa del análisis de la selectividad. Por lo tanto, las recurrentes pueden cuestionar, en la fase de casación, los fundamentos de la sentencia recurrida relativos a esta primera etapa, con independencia de que no hayan desarrollado en primera instancia una argumentación destinada específicamente a impugnar la Decisión controvertida en este punto.

58. Además, como señaló el Abogado General en el punto 35 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), debe observarse que las alegaciones formuladas por las recurrentes contienen una crítica precisa y detallada de los fundamentos de la sentencia recurrida y van dirigidas en gran medida a refutar la observancia de los límites y las

condiciones del ejercicio del control judicial por el Tribunal General, cuestiones que, en cualquier caso, no podían plantearse ante este último.

59. Habida cuenta de estas consideraciones, procede declarar la admisibilidad de la primera parte del motivo único del recurso de casación de Santander y de Santusa y de las partes primera y segunda del motivo único del recurso de casación del Reino de España.

b) Sobre el fondo

60. La determinación del marco de referencia reviste especial importancia en el caso de medidas fiscales, ya que la existencia de una ventaja económica, a efectos del artículo 107 TFUE, apartado 1, solo puede apreciarse en relación con una imposición considerada «normal». Así pues, la determinación del conjunto de las empresas que se encuentran en una situación de hecho y de Derecho comparable depende de la definición previa del régimen jurídico a la vista de cuyo objetivo deba examinarse, en su caso, la comparabilidad de la situación fáctica y jurídica respectiva de las empresas favorecidas por la medida controvertida y de aquellas que no lo están [sentencias de 21 de diciembre de 2016, Comisión/Hansestadt Lübeck, C-524/14 P, EU:C:2016:971, apartados 55 y 60, y de 28 de junio de 2018, Andres (Heitkamp BauHolding en quiebra)/Comisión, C-203/16 P, EU:C:2018:505, apartados 88 y 89].

61. Por lo tanto, para apreciar el carácter selectivo de una medida fiscal de alcance general, es necesario que el régimen fiscal común o sistema de referencia aplicable en el Estado miembro de que se trate esté correctamente identificado en la decisión de la Comisión y sea examinado por el juez que conoce de una controversia relativa a dicha identificación. Dado que la determinación del sistema de referencia constituye el punto de partida del examen comparativo que debe realizarse a la hora de apreciar el carácter selectivo de un régimen de ayudas, un error al determinar este sistema de referencia vicia inevitablemente todo el análisis del requisito de selectividad [véanse, en este sentido, las sentencias de 28 de junio de 2018, Andres (Heitkamp BauHolding en quiebra)/Comisión, C-203/16 P, EU:C:2018:505, apartado 107, y de 16 de marzo de 2021, Comisión/Polonia, C-562/19 P, EU:C:2021:201, apartado 46].

62. En este contexto, es preciso comenzar puntualizando, con carácter preliminar, que la determinación del marco de referencia, que debe llevarse a cabo tras un debate contradictorio con el Estado miembro de que se trate, ha de ser el resultado de un examen objetivo del contenido, de la articulación y de los efectos concretos de las normas aplicables en virtud del Derecho nacional de ese Estado. A este respecto, debe señalarse que la selectividad de una medida fiscal no puede evaluarse con arreglo a un sistema de referencia formado por una serie de disposiciones del Derecho nacional del Estado miembro de que se trate que han sido extraídas artificialmente de un marco normativo más amplio [sentencia de 28 de junio de 2018, Andres (Heitkamp BauHolding en quiebra)/Comisión, C-203/16 P, EU:C:2018:505, apartado 103].

63. Por consiguiente, como señaló, fundamentalmente, el Abogado General en el punto 49 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), cuando la medida fiscal examinada no pueda disociarse del conjunto del sistema general tributario del Estado miembro de que se trate, deberá hacerse referencia a dicho sistema. Por el contrario, cuando resulte que tal medida puede disociarse claramente de dicho sistema general, no puede excluirse que el marco de referencia que deba tenerse en cuenta sea más restringido que el sistema general, o incluso que se identifique con la propia medida, cuando esta se presente como una norma dotada de una lógica jurídica autónoma y no sea posible identificar un conjunto normativo coherente fuera de la misma.

64. Cabe señalar seguidamente que, en la medida en que, fuera de los ámbitos en los que el Derecho tributario de la Unión es objeto de armonización, es el Estado miembro interesado quien define, en ejercicio de sus competencias exclusivas en materia de fiscalidad directa, las características constitutivas del impuesto, la determinación del sistema de referencia o del régimen fiscal «normal» a partir del cual debe analizarse el requisito de selectividad ha de tomar en consideración tales características (véase, en este sentido, la sentencia de 16 de marzo de 2021, Comisión/Polonia, C-562/19 P, EU:C:2021:201, apartados 38 y 39).

65. Además, es preciso recordar que, dado que la determinación del marco de referencia debe ser el resultado de un examen objetivo del contenido y de la articulación de las normas aplicables en virtud del Derecho nacional, no procede, en esta primera etapa del examen del carácter selectivo, tomar en consideración los objetivos perseguidos por el legislador al adoptar la medida examinada. A este respecto, el Tribunal de Justicia ha declarado reiteradamente que la finalidad perseguida por las intervenciones estatales no basta para que, en principio, estas eviten la calificación de «ayudas» en el sentido del artículo 107 TFUE, ya que esta disposición no distingue según

las causas o los objetivos de las intervenciones estatales, sino que las define en función de sus efectos (véanse, en este sentido, las sentencias de 22 de diciembre de 2008, *British Aggregates/Comisión*, C-487/06 P, EU:C:2008:757, apartados 84 y 85, y de 21 de diciembre de 2016, *Comisión/Hansestadt Lübeck*, C-524/14 P, EU:C:2016:971, apartado 48).

66. Por último, es necesario que la operación de identificación de las normas que deben componer el sistema de referencia se realice según criterios objetivos, en particular para permitir un control judicial de las apreciaciones en las que se basa dicha operación. Incumbe a la Comisión tener en cuenta los elementos eventualmente expuestos por el Estado miembro de que se trate y, más en general, efectuar su examen de manera rigurosa y suficientemente motivada para permitir un control judicial exhaustivo.

67. Debe apreciarse a la luz de estas consideraciones si está fundada la argumentación de las recurrentes relativa a la determinación del sistema de referencia, como primera etapa y premisa necesaria del análisis de la selectividad. Como se desprende de los apartados 41 a 52 de la presente sentencia, las recurrentes sostienen, en esencia, que el Tribunal General incurrió en errores de Derecho, en primer lugar, al sustituir la motivación de la Decisión controvertida por la suya propia en cuanto a la definición del sistema de referencia tomado en consideración; en segundo lugar, al excluir que la medida controvertida pueda considerarse por sí sola un sistema de referencia autónomo y al proceder a una sustitución de la motivación a este respecto y, en tercer lugar, al definir dicho sistema de forma arbitraria.

68. Procede examinar sucesivamente estas tres imputaciones.

1) Sobre la existencia de un error de Derecho en la determinación del sistema de referencia (primera imputación de la primera parte del motivo único del recurso de casación de Santander y de Santusa y primera parte del motivo único del recurso de casación del Reino de España)

69. Santander y Santusa, mediante la primera imputación de la primera parte de su motivo único de casación, y el Reino de España, mediante la primera parte de su motivo único de casación, sostienen que el Tribunal General incurrió en un error de Derecho en la determinación del sistema de referencia al sustituir por su propio sistema de referencia el definido por la Comisión en la Decisión controvertida. Sostienen que, mientras que esta designó las normas relativas al tratamiento fiscal del fondo de comercio financiero como el sistema de referencia, el Tribunal General, basándose en un análisis materialmente diferente, también incluyó en este sistema el tratamiento fiscal del fondo de comercio «no financiero». Santander y Santusa y el Reino de España se refieren, en particular, a los apartados 93 y 141 de la sentencia recurrida.

70. A este respecto, es preciso recordar que, en el marco del control de la legalidad a que se refiere el artículo 263 TFUE, el Tribunal de Justicia y el Tribunal General son competentes para pronunciarse sobre los recursos por incompetencia, vicios sustanciales de forma, violación del Tratado o de cualquier norma jurídica relativa a su ejecución, o desviación de poder. El artículo 264 TFUE establece que, si el recurso fuere fundado, el acto impugnado será declarado nulo y sin valor ni efecto alguno. Por consiguiente, en ningún caso puede el Tribunal de Justicia o el Tribunal General sustituir la motivación del autor del acto impugnado por la suya propia (sentencias de 27 de enero de 2000, *DIR International Film y otros/Comisión*, C-164/98 P, EU:C:2000:48, apartado 38, y de 4 de junio de 2020, *Hungría/Comisión*, C-456/18 P, EU:C:2020:421, apartado 70 y jurisprudencia citada).

71. En cambio, en el marco de un recurso de anulación, el Tribunal General puede verse en la necesidad de interpretar la motivación del acto impugnado de manera diferente a la forma en que lo hizo su autor, o incluso, en determinadas circunstancias, de tener que rechazar la motivación formal en que se basó este último, salvo cuando ningún elemento material así lo justifique (véanse, en este sentido, las sentencias de 27 de enero de 2000, *DIR International Film y otros/Comisión*, C-164/98 P, EU:C:2000:48, apartado 42, y de 22 de diciembre de 2008, *British Aggregates/Comisión*, C-487/06 P, EU:C:2008:757, apartado 142).

72. En el presente caso, como se desprende de los apartados 68, 93, 124 y 141 de la sentencia recurrida, el Tribunal General consideró que la Comisión había utilizado como sistema de referencia, para proceder a la apreciación de la selectividad de la medida controvertida, el tratamiento fiscal del «fondo de comercio». En particular, el Tribunal General señaló, en el apartado 93 de la sentencia recurrida, que la Comisión «[no se ciñó] exclusivamente al tratamiento fiscal del fondo de comercio financiero» a efectos de ese sistema. Ahora bien, como señalan acertadamente las recurrentes, la Comisión había indicado en el considerando 118 de la Decisión controvertida que el marco pertinente para la evaluación de la medida controvertida estaba constituido por las normas relativas al tratamiento fiscal del «fondo de comercio financiero».

73. No obstante, si bien es cierto que la terminología empleada en la sentencia recurrida difiere de la empleada en la Decisión controvertida, no cabe deducir de ello que el Tribunal General, al actuar así, identificara un sistema de referencia materialmente diferente del identificado por la Comisión o que se basara en una motivación diferente de la seguida por la Comisión en la Decisión controvertida para considerar que el tratamiento fiscal del fondo de comercio constituía el sistema de referencia pertinente en ese caso.

74. En efecto, como alega la Comisión, en las circunstancias del presente caso, el tratamiento del fondo de comercio es plenamente asimilable al del fondo de comercio financiero.

75. A este respecto, como recordó el Tribunal General en el apartado 68 de la sentencia recurrida, en la Decisión controvertida la Comisión excluyó expresamente, en respuesta en particular a las alegaciones formuladas por las autoridades españolas en cuanto a la identificación del sistema de referencia, que dicho sistema debiera limitarse al tratamiento fiscal del fondo de comercio resultante de la adquisición de una participación en una sociedad domiciliada en un país distinto de España. De este modo, el Tribunal General subrayó que, como se desprendería claramente del considerando 118 de la Decisión controvertida, la Comisión había considerado que el marco o sistema de referencia pertinente era el régimen español del impuesto sobre sociedades y, más concretamente, las normas relativas al tratamiento fiscal del fondo de comercio financiero contenidas en dicho régimen fiscal, y había añadido que así confirmaba el sistema de referencia elegido en la Decisión de 28 de octubre de 2009. Pues bien, en el considerando 89 de esta última Decisión, la Comisión había indicado que la medida controvertida debía evaluarse teniendo en cuenta las disposiciones generales del régimen del impuesto sobre sociedades que son aplicables a las situaciones en las que la aparición del fondo de comercio conduce a un beneficio fiscal. La Comisión precisó en esa Decisión que su postura se explicaba porque considera que las situaciones en las que puede amortizarse el fondo de comercio financiero no abarcan toda la categoría de contribuyentes que se hallan en una situación fáctica o jurídica similar.

76. En este contexto, procede señalar que, como se desprende del apartado 69 de la sentencia recurrida, para identificar el sistema de referencia, el Tribunal General se basó, en particular, en las constataciones efectuadas por la Comisión en los considerandos 28, 29, 123 y 124 de la Decisión controvertida, según las cuales el sistema de referencia solo permitía amortizar el fondo de comercio en el supuesto de combinación de empresas, de modo que, al permitir que el fondo de comercio que se contabilizaría si las empresas se hubieran combinado surja incluso sin que exista una combinación de empresas, la medida controvertida constituía una excepción a ese sistema de referencia.

77. Por otra parte, refiriéndose también al considerando 124 de la Decisión controvertida, el Tribunal General se basó asimismo en las consideraciones de la Comisión según las cuales, dado que la amortización del fondo de comercio que resulta de la mera adquisición de participaciones solo se permitía en caso de adquisiciones de participaciones transfronterizas, y no en caso de adquisiciones de participaciones nacionales, la medida controvertida introducía una diferencia de trato entre las operaciones nacionales y las operaciones transfronterizas, de forma que no podía considerarse una nueva norma general por derecho propio.

78. De estos pasajes de la Decisión controvertida, a los que se refiere la sentencia recurrida, se desprende sin ambigüedad que, como consideró el Tribunal General, cuando la Comisión designó como sistema de referencia las «normas relativas al tratamiento fiscal del fondo de comercio financiero», esta pretendía remitirse no solo a las normas específicamente aplicables a la amortización del fondo de comercio en caso de adquisición de participaciones, sino también a las normas del régimen general español del impuesto sobre sociedades que regulan la amortización del fondo de comercio en general, ya que estas últimas normas proporcionan un marco de evaluación pertinente para las primeras.

79. De ello resulta que el Tribunal General se limitó, en los apartados 68, 93, 124 y 141 de la sentencia recurrida, a interpretar la Decisión controvertida en cuanto a la definición del sistema de referencia con arreglo a las indicaciones contenidas en dicha Decisión y, por tanto, no procedió a una sustitución de la motivación de dicha Decisión en el sentido de la jurisprudencia recordada en el apartado 70 de la presente sentencia. En consecuencia, el Tribunal General no incurrió en error de Derecho en la determinación del sistema de referencia.

80. Por consiguiente, deben desestimarse por infundadas la primera imputación de la primera parte del motivo único del recurso de casación de Santander y de Santusa y la primera parte del motivo único del recurso de casación del Reino de España.

2) *Sobre la negativa a considerar la medida controvertida como un sistema de referencia autónomo (segunda imputación de la primera parte del motivo único del recurso de casación de Santander y de Santusa y segunda parte del motivo único del recurso de casación del Reino de España)*

i) Sobre la existencia de sustitución de la motivación

81. Las recurrentes reprochan al Tribunal General haber sustituido la motivación de la Decisión controvertida por la suya propia al excluir que la medida controvertida pudiera constituir un sistema de referencia por derecho propio. Así, sostienen fundamentalmente que, pese a que la Comisión había rechazado en dicha Decisión la hipótesis de un sistema de referencia autónomo constituido por la medida controvertida apoyándose únicamente en la supuesta inexistencia de obstáculos jurídicos a las fusiones transfronterizas, el Tribunal General se basó, en los apartados 128 a 141 de la sentencia recurrida, en una argumentación diferente.

82. A este respecto, como se ha señalado en el apartado 75 de la presente sentencia, procede recordar que el Tribunal General consideró que, desde el punto de vista de la Comisión, el sistema de referencia no podía limitarse al tratamiento fiscal del fondo de comercio financiero establecido por la medida controvertida, ya que esa medida solo beneficiaba a las empresas que adquieren participaciones en sociedades no residentes y que, para apreciar la existencia de una discriminación respecto a las empresas que realizan el mismo tipo de adquisiciones, si bien en sociedades residentes, era necesario tener en cuenta las disposiciones generales del régimen del impuesto sobre sociedades aplicables a las situaciones en las que la aparición del fondo de comercio conduce a un beneficio fiscal.

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.

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.

86. De ello se deduce que carece de fundamento la alegación según la cual el Tribunal General procedió, en los apartados 128 a 141 de la sentencia recurrida, a una sustitución de motivación.

ii) Sobre la existencia de un error de Derecho en la negativa del Tribunal General a considerar la medida controvertida como un sistema de referencia autónomo

87. Las recurrentes alegan, subsidiariamente, que el razonamiento seguido por el Tribunal General para excluir que la medida controvertida pueda constituir un sistema de referencia autónomo adolece de un error de Derecho. Por un lado, señalan que el objetivo de esta medida consiste en garantizar la neutralidad fiscal por lo que respecta a las adquisiciones de participaciones en España y en el extranjero y que, por consiguiente, no cabe reducir el objeto de dicha medida a la solución de un problema particular, como afirmó erróneamente el Tribunal General en el apartado 140 de la sentencia recurrida. Por otro lado, aducen que el razonamiento del Tribunal General lleva a apreciar la selectividad de una medida de modo diferente dependiendo de si el legislador nacional ha decidido crear un impuesto distinto o modificar un impuesto general y, por tanto, según la técnica legislativa utilizada.

88. En el presente asunto, procede señalar que el razonamiento expuesto por el Tribunal General en los apartados 96 a 142 de la sentencia recurrida tenía por objeto responder a la alegación de que, debido a los obstáculos a las combinaciones transfronterizas de empresas, la Comisión hubiera debido apreciar que el sistema de referencia coincidía con la medida controvertida.

89. Pues bien, aunque las recurrentes no formulan crítica alguna sobre la metodología aplicable a la determinación del sistema de referencia en el marco de la primera etapa del examen del carácter selectivo expuesta en los apartados 96 a 109 de la sentencia recurrida, critican, en cambio, el examen posterior efectuado por el Tribunal General, que figura en los apartados 110 a 142 de dicha sentencia.

90. Por lo que respecta, en primer lugar, al razonamiento expuesto en los apartados 110 a 126 de la sentencia recurrida, este guarda relación con la cuestión de si, habida cuenta del objetivo del régimen normal identificado por la Comisión, las empresas que adquieren participaciones en sociedades residentes y las que adquieren participaciones en sociedades no residentes se encuentran en una situación jurídica y fáctica comparable.

91. Sin embargo, este examen de comparabilidad carece de relación directa con la delimitación del sistema de referencia que debe efectuarse en relación con la primera etapa del examen del carácter selectivo, y ello a pesar de que, en el apartado 126 de la sentencia recurrida, el Tribunal General apreciara «la existencia de vínculos entre estas dos etapas e incluso a veces, como sucede en este caso, de un razonamiento común». Así pues, la argumentación desarrollada por las recurrentes para cuestionar la definición del objetivo del sistema de referencia se apreciará posteriormente, en el marco del examen de la segunda parte del motivo único del recurso de casación de Santander y de Santusa y de la tercera parte del motivo único del recurso de casación del Reino de España, basadas en un error en la determinación del objetivo a la luz del cual debía efectuarse el examen de comparabilidad.

92. En segundo lugar, por lo que respecta a los apartados 127 a 142 de la sentencia recurrida, el Tribunal General examinó en ellos si la medida controvertida, habida cuenta de sus características propias y, por tanto, con independencia de cualquier análisis comparativo, podía constituir, por sí sola, un marco de referencia autónomo.

93. A este respecto, en primer término, cabe señalar que las recurrentes sostienen erróneamente que el Tribunal General se basó principalmente en la técnica legislativa elegida por el legislador español para concluir que la medida controvertida tenía carácter selectivo. De la sentencia recurrida se desprende que el Tribunal General se basó en el objeto y los efectos de esa medida y no en meras consideraciones de orden formal. En particular, el Tribunal General señaló, en el apartado 136 de dicha sentencia, que la referida medida constituía una excepción a la regla general que dispone que solo las combinaciones de empresas pueden dar lugar a la amortización del fondo de comercio.

94. Ciertamente, como las recurrentes han alegado con buen criterio, de la jurisprudencia se desprende que el recurso a una técnica legislativa determinada no puede permitir que normas fiscales nacionales queden automáticamente sustraídas del control previsto por el Tratado FUE en materia de ayudas de Estado, ni tampoco basta para definir el marco de referencia pertinente a efectos del análisis del requisito de selectividad, ya que, de otro modo, la forma de las intervenciones estatales prevalecería de manera decisiva sobre los efectos de estas. Por lo tanto, la técnica legislativa empleada no puede constituir un elemento decisivo a efectos de determinar el marco de referencia [véanse, en este sentido, la sentencia WDFG, apartado 76, y la sentencia de 28 de junio de 2018, Andres (Heitkamp BauHolding en quiebra)/Comisión, C-203/16 P, EU:C:2018:505, apartado 92].

95. Ahora bien, de esa misma jurisprudencia se desprende que, aun cuando para estimar que una medida fiscal es selectiva no sea decisiva la técnica legislativa usada, de modo que no siempre será necesario que tenga carácter excepcional con respecto a un régimen fiscal común, el hecho de que tenga ese carácter por usar dicha técnica legislativa es pertinente para estos fines cuando de ello se deriva que se distinguen dos categorías de operadores que, *a priori*, son objeto de trato diferenciado, esto es, los que están comprendidos dentro de la medida de excepción y los que siguen incluidos en el régimen fiscal común, pese a que ambas categorías se encuentren en una situación comparable habida cuenta del objetivo perseguido por dicho régimen [sentencia de 28 de junio de 2018, Andres (Heitkamp BauHolding en quiebra)/Comisión, C-203/16 P, EU:C:2018:505, apartado 93 y jurisprudencia citada].

96. De ello se deduce que no cabe reprochar al Tribunal General haber tomado en cuenta, entre otras consideraciones, el carácter excepcional de la medida controvertida a efectos del examen de su carácter selectivo.

97. En segundo término, en cuanto a la crítica formulada por las recurrentes sobre la referencia a las conclusiones del Abogado General Warner presentadas en el asunto Italia/Comisión (173/73, en lo sucesivo,

«conclusiones del Abogado General Warner», EU:C:1974:52, p. 728), el Tribunal General señaló acertadamente, en el apartado 136 de la sentencia recurrida, que, como indicó la Comisión en el considerando 124 de la Decisión controvertida, la medida controvertida no establecía una nueva regla general por derecho propio sobre la amortización del fondo de comercio, sino una «excepción a la regla general» que dispone que solo las combinaciones de empresas pueden dar lugar a la amortización de ese fondo de comercio, excepción que pretende compensar, según el Reino de España, los efectos desfavorables que la aplicación de la regla general entrañaría para las adquisiciones de participaciones en sociedades no residentes.

98. Por consiguiente, de la sentencia recurrida se desprende que, en apoyo de su conclusión de que el sistema de referencia no podía limitarse solo a la medida controvertida, el Tribunal General no se basó únicamente en la circunstancia de que esta medida se orientaba, al igual que la controvertida en el asunto que dio lugar a las conclusiones del Abogado General Warner, a la consecución de un objetivo específico y, de este modo, a la resolución de un problema particular. De ello resulta que las alegaciones formuladas por las recurrentes dirigidas, por un lado, a cuestionar la asimilación del presente caso al asunto en el que se presentaron las conclusiones del Abogado General Warner y, por otro, a demostrar que el objetivo de la medida controvertida era la salvaguardia del principio de neutralidad fiscal y no la resolución de un problema particular no pueden desvirtuar el razonamiento seguido por el Tribunal General y son, por consiguiente, inoperantes.

99. En cualquier caso, es preciso recordar que la mera circunstancia de que la medida controvertida tenga carácter general, por cuanto puede beneficiar *a priori* a todas las empresas sujetas al impuesto sobre sociedades, no excluye que esta pueda ser selectiva. En efecto, como ya ha declarado el Tribunal de Justicia, en el caso de una medida nacional que concede una ventaja fiscal de alcance general, como la medida controvertida, el requisito de selectividad se cumple cuando la Comisión consigue demostrar que esa medida supone una excepción al régimen fiscal común o «normal» aplicable en el Estado miembro en cuestión, introduciendo así, por sus efectos concretos, un trato diferenciado entre operadores, a pesar de que los operadores que disfrutaban de la ventaja fiscal y los que están excluidos de ella se encuentran, habida cuenta del objetivo perseguido por dicho régimen fiscal, en una situación fáctica y jurídica comparable (sentencia WDFG, apartado 67).

100. Habida cuenta del conjunto de las anteriores consideraciones, la segunda imputación de la primera parte del motivo único del recurso de casación de Santander y de Santusa y la segunda parte del motivo único del recurso de casación del Reino de España deben desestimarse por ser inoperantes y, en cualquier caso, infundadas.

3) Sobre el carácter arbitrario de la definición del sistema de referencia (tercera imputación de la primera parte del motivo único del recurso de casación de Santander y de Santusa)

101. En el marco de la tercera imputación de la primera parte de su motivo único de casación, Santander y Santusa alegan, en primer lugar, que el sistema de referencia utilizado por el Tribunal General fue definido arbitrariamente, ya que resulta difícil identificar el criterio empleado concretamente para identificar el marco coherente en el que se inserta la medida controvertida. En segundo lugar, sostienen que el Tribunal General identificó de manera errónea e injustificada, en el sistema de referencia que definió, qué constituye la regla y qué la excepción. Según Santander y Santusa, el Tribunal General incurrió en error al considerar, en el apartado 136 de la sentencia recurrida, que la regla era la imposibilidad de amortizar el fondo de comercio y que la medida controvertida introducía una excepción a dicha regla. Santander y Santusa afirman que, al igual que sucedió en el asunto que dio lugar a la sentencia de 28 de junio de 2018, Andres (Heitkamp BauHolding en quiebra)/Comisión (C-203/16 P, EU:C:2018:505), el Tribunal General confundió la regla con la excepción.

102. Por lo que se refiere a la primera alegación, según la cual el Tribunal General definió arbitrariamente el sistema de referencia en cuestión, tal alegación debe desestimarse, ya que, como se desprende de los apartados 75 a 78 de la presente sentencia, el Tribunal General motivó de modo suficiente en Derecho el razonamiento que lo llevó a referirse, en las circunstancias del presente caso, a las normas aplicables en virtud del Derecho español al tratamiento fiscal del fondo de comercio para la liquidación del impuesto sobre sociedades y, por tanto, a confirmar la apreciación contenida a este respecto en la Decisión controvertida. Procede recordar que la premisa en la que se basó la Comisión consiste en la apreciación, confirmada por el Tribunal General, de que, en Derecho español, la amortización del fondo de comercio está supeditada normalmente a la existencia de una combinación de empresas.

103. También procede desestimar la segunda alegación, según la cual el Tribunal General identificó de manera errónea e injustificada la regla y la excepción. En efecto, conforme a la interpretación de la normativa fiscal española hecha por el Tribunal General, normalmente, solo una combinación de empresas permite amortizar el fondo de comercio, incluso en caso de fondo de comercio financiero resultante de la adquisición de participaciones en sociedades residentes, de conformidad con el artículo 89, apartado 3, del texto refundido de la Ley del Impuesto

sobre Sociedades, tal como quedó redactado tras el Real Decreto Legislativo 4/2004. Por consiguiente, la regla general respecto de la que la medida controvertida establece una excepción no es la imposibilidad de amortizar el fondo de comercio financiero, sino el principio según el cual, normalmente, la amortización solo es posible en el caso de una combinación de empresas, principio que el Tribunal General dedujo de las disposiciones relativas al tratamiento fiscal del fondo de comercio a efectos del impuesto sobre sociedades, ya se trate de las disposiciones relativas a la amortización del fondo de comercio en caso de adquisición de empresas o de las relativas a la amortización del fondo de comercio financiero resultante de la adquisición de participaciones en sociedades residentes con la consiguiente fusión.

104. Habida cuenta de estas consideraciones, procede desestimar por infundadas la tercera imputación de la primera parte del motivo único de casación de Santander y de Santusa y, por consiguiente, la primera parte de este motivo en su totalidad.

B. Sobre la segunda parte del motivo único del recurso de casación de Santander y de Santusa y sobre la tercera parte del motivo único de casación del Reino de España, basadas en un error en la determinación del objetivo a la luz del cual debe efectuarse el examen de comparabilidad

1. Alegaciones de las partes

105. Santander, Santusa y el Reino de España, en el marco, respectivamente, de la segunda parte y de la tercera parte de sus correspondientes motivos únicos de casación, impugnan, en esencia, la fundamentación contenida en los apartados 144 a 165 de la sentencia recurrida, en los que el Tribunal General identificó el objetivo del sistema de referencia y comparó, a la luz de dicho objetivo, la situación de las empresas beneficiarias de la ventaja establecida por la medida controvertida y la de las que quedan excluidas de ella.

106. Santander y Santusa alegan, en primer lugar, que el Tribunal General incurrió en error de Derecho al determinar el objetivo a partir del cual debía efectuarse la comparación en la segunda etapa del examen del carácter selectivo de la medida controvertida. Sostienen que el Tribunal General se apartó también de lo enunciado en la Decisión controvertida e interpretó erróneamente la jurisprudencia relativa a la determinación del objetivo aplicable a una medida de naturaleza fiscal. En contra de lo que da a entender el Tribunal General, no existe contradicción alguna en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia sobre la cuestión de si la situación de las empresas beneficiarias de la «medida en cuestión» y la de las empresas excluidas de esta deben compararse a la luz del objetivo de dicha medida o del objetivo del «sistema en el que esta se incardina». Según Santander y Santusa, estos objetivos han de coincidir y, cuando no lo hagan, ello se deberá a que el legislador nacional ha introducido en el sistema del impuesto una medida que no responde a la lógica de este. En el presente asunto, el verdadero objetivo del régimen que debe servir de pauta para efectuar la comparación es, como reconoció la propia Comisión en la Decisión controvertida, la neutralidad fiscal. Se trata de un objetivo mucho más general y lógico que el paralelismo, al que se refirió el Tribunal General, entre el tratamiento contable y el tratamiento fiscal del fondo de comercio que se genera para una empresa como consecuencia de la adquisición de participaciones en una sociedad, ya que, por principio, todo impuesto sobre sociedades se aparta, por definición, del resultado contable.

107. En segundo lugar, Santander y Santusa aducen que el Tribunal General consideró erróneamente, en el apartado 122 de la sentencia recurrida, que el objetivo de las disposiciones fiscales en materia de fondo de comercio era mantener una cierta coherencia entre el tratamiento fiscal del fondo de comercio y su tratamiento contable. Santander y Santusa estiman que esta afirmación no solo es arbitraria, sino que carece totalmente de fundamento, ya que todos los impuestos sobre sociedades se apartan, por definición, del resultado contable. Por lo que respecta más concretamente a las disposiciones relativas a la amortización del fondo de comercio, los diferentes supuestos previstos por la Ley del Impuesto sobre Sociedades, cuyo texto refundido fue aprobado por el Real Decreto Legislativo 4/2004, tienen en común no el objetivo de mantener la coherencia entre el tratamiento fiscal y el tratamiento contable del fondo de comercio, sino el de evitar la doble imposición y garantizar la neutralidad fiscal.

108. El Reino de España sostiene asimismo que el Tribunal General incurrió en un error de Derecho al no definir correctamente el objetivo del marco de referencia y al no efectuar correctamente la comparación exigida por la sentencia WDFG. El Reino de España considera que no solo la definición del marco de referencia adoptada en la sentencia recurrida difiere de la recogida en la Decisión controvertida, sino que, además, el Tribunal General incurrió en error al declarar que la medida controvertida tenía por objeto mantener la coherencia entre el tratamiento fiscal del fondo de comercio y su tratamiento contable. La norma contable y la norma fiscal difieren en numerosos aspectos relativos al reconocimiento del fondo de comercio e incluso a su amortización. Contrariamente a lo que estimó el Tribunal General, el objetivo perseguido por la medida controvertida es la neutralidad fiscal, a fin de que decisiones de inversión similares se basen en criterios económicos y no en criterios fiscales.

109. La Comisión solicita que se rechace esta argumentación, que considera inadmisibile y, en cualquier caso, infundada.

2. Apreciación del Tribunal de Justicia

a) Sobre la admisibilidad

110. La Comisión alega la inadmisibilidad de la segunda parte del motivo único del recurso de casación de Santander y de Santusa y de la tercera parte del motivo único del recurso de casación del Reino de España en su totalidad. Sostiene que las alegaciones formuladas no fueron invocadas ante el Tribunal General o se refieren a cuestiones de hecho, entre las que figura la interpretación del contenido y del alcance del Derecho nacional.

111. Por lo que respecta a la primera causa de inadmisión propuesta por la Comisión, procede desestimarla por las mismas razones que las expuestas en los apartados 56 a 58 de la presente sentencia. En efecto, una parte puede invocar motivos y alegaciones derivados de la propia sentencia recurrida y mediante los que se pretenda criticar los fundamentos jurídicos de esta. Por lo tanto, las recurrentes pueden cuestionar las apreciaciones hechas por el Tribunal General, con independencia de que no hayan desarrollado en primera instancia una argumentación destinada específicamente a impugnar la Decisión controvertida en este punto.

112. Por lo que respecta a la segunda causa de inadmisión propuesta por la Comisión, basada en que las recurrentes pretenden cuestionar apreciaciones de hecho que, en principio, escapan al control del Tribunal de Justicia, procede recordar que, según reiterada jurisprudencia, la apreciación de los hechos y de las pruebas no constituye, salvo en caso de desnaturalización de dichos hechos y pruebas, una cuestión de Derecho sujeta, como tal, al control del Tribunal de Justicia en el marco de un recurso de casación. Solo cuando el Tribunal General haya comprobado o apreciado los hechos, el Tribunal de Justicia será competente para ejercer, en virtud del artículo 256 TFUE, el control de la calificación jurídica de estos y las consecuencias jurídicas que de ellos se hayan deducido (sentencia de 25 de julio de 2018, Comisión/España y otros, C-128/16 P, EU:C:2018:591, apartado 31 y jurisprudencia citada).

113. Así pues, en lo referente al examen en casación de las apreciaciones sobre el Derecho nacional efectuadas por el Tribunal General, que en el ámbito de las ayudas de Estado constituyen apreciaciones de hechos, el Tribunal de Justicia solo es competente para verificar si se ha producido una desnaturalización de ese Derecho. En cambio, el examen en casación de la calificación jurídica que haya dado a dicho Derecho nacional el Tribunal General a la luz de una disposición del Derecho de la Unión constituye una cuestión de Derecho y es competencia del Tribunal de Justicia [sentencia de 28 de junio de 2018, Andres (Heitkamp BauHolding en quiebra)/Comisión, C-203/16 P, EU:C:2018:505, apartado 78 y jurisprudencia citada].

114. Además, como se ha recordado en el apartado 70 de la presente sentencia, el Tribunal General no puede, en ningún caso, sustituir la motivación del autor del acto impugnado por la suya propia, de modo que el Tribunal de Justicia es competente, en el marco de un recurso de casación, para comprobar si el Tribunal General ha llevado a cabo tal sustitución y, de este modo, ha incurrido en error de Derecho.

115. Dado que, mediante la argumentación resumida en los apartados 105 a 108 de la presente sentencia, las recurrentes reprochan fundamentalmente al Tribunal General haber sustituido la motivación contenida en la Decisión controvertida por la suya propia en relación con el «objetivo» con respecto al cual debe efectuarse el examen de la comparabilidad de las situaciones de las empresas beneficiarias de la ventaja resultante de la aplicación de la medida controvertida y de las que están excluidas de ella, esa argumentación es admisible.

b) Sobre el fondo

116. En primer lugar, debe desestimarse por inoperante la alegación dirigida contra la conclusión del Tribunal General según la cual la jurisprudencia es incoherente en cuanto a si la comparación debe efectuarse a la luz del objetivo de la medida examinada o a la del objetivo del sistema en el que esta se incardina.

117. En efecto, Santander y Santusa se limitan a afirmar que la elección entre uno u otro objetivo es indiferente, puesto que estos deben, en principio, coincidir. Por consiguiente, aun suponiendo que las apreciaciones del Tribunal General sobre el alcance de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia sean inexactas, es preciso observar que Santander y Santusa no impugnan la conclusión del Tribunal General, expuesta en el apartado 157 de la sentencia recurrida, según la cual el examen de la comparabilidad debe efectuarse en la segunda etapa del

análisis de la selectividad a la luz del objetivo del sistema de referencia en el que se inserta la medida examinada y no a la luz del objetivo de esta medida.

118. En segundo lugar, las recurrentes formulan una imputación basada en la sustitución de la motivación de la Decisión controvertida por lo que respecta a la identificación del objetivo del sistema de referencia. Alegan que el objetivo consistente en «mantener una cierta coherencia entre el tratamiento fiscal del fondo de comercio y su tratamiento contable», mencionado en el apartado 122 de la sentencia recurrida, no encuentra ningún reflejo en la Decisión controvertida ni en las observaciones presentadas por el Reino de España durante el procedimiento administrativo. Santander y Santusa alegan además que, en cualquier caso, es arbitraria e infundada la afirmación de que las disposiciones fiscales en materia de fondo de comercio persiguen tal objetivo.

119. En el presente caso, es preciso constatar que en ningún pasaje de la Decisión controvertida la Comisión menciona el mantenimiento de una cierta coherencia entre el tratamiento fiscal del fondo de comercio y su tratamiento contable como objetivo del sistema de referencia que ella identificó.

120. Ciertamente, el Tribunal General se refirió, en los apartados 118 a 120 de la sentencia recurrida, a algunas de las apreciaciones que figuran en la Decisión controvertida al indicar que el tratamiento fiscal del fondo de comercio se organiza en función del criterio basado en la existencia o no de una combinación de empresas y al explicar, remitiéndose a los considerados 28 y 123 de dicha Decisión, que esto se debe a que, a raíz de una adquisición o de una aportación de activos integrantes de empresas independientes o de una fusión o de una escisión, «en la contabilidad de la empresa resultante de la combinación aparece, como activo inmaterial separado, un fondo de comercio» (apartado 118 de la sentencia recurrida). Asimismo, la afirmación de que «es la lógica contable lo que explica» el tratamiento fiscal del fondo de comercio (apartado 117 de la sentencia recurrida) se inscribe en la línea de algunas consideraciones de la Comisión que figuran en la Decisión controvertida, en particular en los considerandos 121 a 124 de esta.

121. Sin embargo, el Tribunal General concluyó, de forma completamente autónoma respecto de dicha Decisión y sobre la base de una interpretación propia de las normas fiscales y contables aplicables con arreglo al Derecho español, que el objetivo de las normas en materia de amortización del fondo de comercio financiero que figuran en la Ley del Impuesto sobre Sociedades, tal como quedó redactada tras el Real Decreto Legislativo 4/2004, consistía en mantener la coherencia entre el tratamiento fiscal del fondo de comercio y su tratamiento contable y que, a la luz de dicho objetivo, la situación de las empresas que invierten en sociedades españolas es comparable a la de las empresas que invierten en sociedades no residentes.

122. Por lo tanto, al sustituir la motivación de la Decisión controvertida por la suya propia, el Tribunal General incurrió en un error de Derecho.

123. No obstante, procede examinar si, a pesar del error de Derecho en que incurrió el Tribunal General, la segunda imputación del primer motivo invocada por Santander y Santusa en apoyo de su recurso ante este último debía desestimarse en cualquier caso, en la medida en que reprochaba a la Comisión no haber demostrado que las adquisiciones de participaciones en sociedades residentes y las adquisiciones de participaciones en sociedades no residentes eran comparables desde el punto de vista del objetivo de neutralidad fiscal perseguido por la medida controvertida.

124. En efecto, según reiterada jurisprudencia, si los fundamentos de Derecho de una sentencia del Tribunal General revelan una infracción del Derecho de la Unión, pero el fallo resulta justificado con arreglo a otros fundamentos de Derecho, tal infracción no tiene entidad suficiente para provocar la anulación de dicha sentencia (sentencias de 30 de septiembre de 2003, Biret International/Consejo, C-93/02 P, EU:C:2003:517, apartado 60 y jurisprudencia citada, y de 14 de octubre de 2014, Buono y otros/Comisión, C-12/13 P y C-13/13 P, EU:C:2014:2284, apartado 62 y jurisprudencia citada).

125. A este respecto, es preciso recordar que, conforme a la jurisprudencia mencionada en el apartado 35 de la presente sentencia, a la que el Tribunal General se refirió acertadamente en el apartado 146 de la sentencia recurrida, el examen de comparabilidad que debe efectuarse en el marco de la segunda etapa del análisis de la selectividad debe realizarse a la luz del objetivo del sistema de referencia y no del de la medida controvertida.

126. En el presente asunto, las recurrentes alegan que el objetivo del sistema de referencia, que coincide según ellas con el de la medida controvertida, consiste en salvaguardar la neutralidad fiscal. Subrayan que, habida cuenta de este objetivo, las empresas que adquieren participaciones en sociedades nacionales y las que adquieren

participaciones en sociedades transfronterizas se encuentran en situaciones diferentes debido a los obstáculos a las combinaciones transfronterizas de empresas.

127. Como ha resuelto anteriormente el Tribunal de Justicia, una medida como la medida controvertida, que pretende favorecer las exportaciones, puede considerarse selectiva si beneficia a las empresas que realizan operaciones transfronterizas, en particular operaciones de inversión, en detrimento de otras empresas que se encuentran en una situación fáctica y jurídica comparable, en relación con el objetivo perseguido por el régimen fiscal de que se trate, y llevan a cabo operaciones de la misma naturaleza en el territorio nacional (sentencia WDFG, apartado 119).

128. Pues bien, en el presente asunto, el Tribunal General declaró fundadamente, en el apartado 123 de la sentencia recurrida, que las empresas que adquieren participaciones en sociedades no residentes se encuentran, desde el punto de vista del objetivo perseguido por el tratamiento fiscal del fondo de comercio, en una situación jurídica y fáctica comparable a la de las empresas que adquieren participaciones en sociedades residentes. En efecto, en la medida en que las empresas que adquieren participaciones transfronterizas minoritarias pueden ser beneficiarias de la medida controvertida aun cuando no se vean afectadas por los supuestos obstáculos a las combinaciones de empresas a las que se refieren Santander y Santusa, no cabe sostener que, debido a esos obstáculos, los beneficiarios de la medida en cuestión se encuentran en una situación jurídica y fáctica diferente de la de las empresas a las que se aplica el régimen fiscal ordinario.

129. Habida cuenta de estas consideraciones, procede concluir que, a pesar del error de Derecho en que incurrió el Tribunal General al sustituir la motivación contenida en la Decisión controvertida por la suya propia en el marco del examen de la determinación del objetivo del sistema de referencia, la segunda parte del motivo único del recurso de casación de Santander y Santusa y la tercera parte del motivo único del recurso de casación del Reino de España deben desestimarse por infundadas.

C. Sobre la tercera parte del motivo único del recurso de casación de Santander y de Santusa y sobre la cuarta parte del motivo único del recurso de casación del Reino de España, basadas en un error de Derecho en la atribución de la carga de la prueba

1. Alegaciones de las partes

130. Las recurrentes alegan que el Tribunal General invirtió la carga de la prueba al no examinar, en las etapas primera y segunda del análisis de la selectividad, qué empresas se encontraban en una situación comparable a la luz del objetivo del sistema de referencia constituido por la neutralidad fiscal y al posponer ese examen a la tercera etapa. A este respecto, afirman que de la jurisprudencia se desprende que, en las etapas primera y segunda del examen del carácter selectivo de una medida, recae sobre la Comisión la carga de la prueba de la comparabilidad de las situaciones a la luz del objetivo perseguido.

131. La Comisión considera que la argumentación de las recurrentes es inadmisibile y, en cualquier caso, infundada.

2. Apreciación del Tribunal de Justicia

132. En primer lugar y por lo que respecta a la causa de inadmisión propuesta por la Comisión respecto de la argumentación de las recurrentes, procede desestimarla por las mismas razones que las expuestas en los apartados 56 a 58 de la presente sentencia. En efecto, una parte puede invocar motivos y alegaciones derivados de la propia sentencia recurrida y mediante los que se pretenda criticar los fundamentos jurídicos de esta. Por lo tanto, las recurrentes pueden cuestionar las apreciaciones hechas por el Tribunal General, con independencia de que no hayan desarrollado en primera instancia una argumentación destinada específicamente a impugnar la Decisión controvertida en este punto.

133. En cuanto a la cuestión de si la tercera parte del motivo único del recurso de casación de Santander y de Santusa y la cuarta parte del motivo único del recurso de casación del Reino de España están fundadas, cabe señalar que las recurrentes reprochan concretamente al Tribunal General haber tomado en consideración que dicha medida perseguía un objetivo de neutralidad fiscal únicamente en la tercera etapa del análisis de la selectividad de la medida controvertida, y no en las etapas primera y segunda de este análisis.

134. La argumentación de las recurrentes se basa en la premisa de que el Tribunal General incurrió en error de Derecho cuando determinó el objetivo del sistema de referencia al considerar que este consistía en la coherencia

entre el tratamiento fiscal y el tratamiento contable del fondo de comercio, y no en la salvaguardia del principio de neutralidad fiscal.

135. Pues bien, basta señalar a este respecto que, como se desprende de las consideraciones expuestas en los apartados 116 a 129 de la presente sentencia, si bien el Tribunal General consideró erróneamente que el objetivo del sistema de referencia consistía en la coherencia entre el tratamiento fiscal y el tratamiento contable del fondo de comercio, no ha quedado demostrado que el objetivo de neutralidad fiscal pudiera excluir el carácter selectivo de la ayuda en la segunda etapa del análisis de la selectividad.

136. Por lo tanto, procede desestimar por inoperantes la tercera parte del motivo único del recurso de casación de Santander y de Santusa y la cuarta parte del motivo único del recurso de casación del Reino de España.

D. Sobre la cuarta parte del motivo único del recurso de casación de Santander y de Santusa, basada en un error en la aplicación del principio de proporcionalidad

1. Alegaciones de las partes

137. Santander y Santusa alegan, fundamentalmente, que el Tribunal General incurrió en un error de Derecho al examinar la proporcionalidad de la medida controvertida sin haber analizado previamente si las situaciones de que se trataba eran comparables a la luz del objetivo del sistema de referencia correctamente identificado, esto es, el objetivo de neutralidad fiscal. Sostienen que el examen de la medida controvertida desde el punto de vista del respeto del principio de proporcionalidad, en la tercera etapa del análisis de la selectividad, carece de todo sentido y justificación en el presente caso. Solo tras analizar si la medida crea una discriminación entre situaciones comparables a la luz del objetivo de la medida, procederá analizar si esta está justificada por ser inherente a los principios esenciales del sistema en el que se inserta y si es conforme con los principios de coherencia y de proporcionalidad.

138. La Comisión considera que la cuarta parte del motivo único del recurso de casación de Santander y de Santusa es inoperante y, en cualquier caso, infundada.

2. Apreciación del Tribunal de Justicia

139. Es preciso señalar que la argumentación de Santander y de Santusa se basa en el postulado de que el Tribunal General incurrió en un error de Derecho al posponer a la tercera etapa del examen del carácter selectivo el análisis de la proporcionalidad de la medida controvertida.

140. Sin embargo, no puede acogerse esta alegación, ya que, como se desprende de la jurisprudencia, la cuestión de si una ventaja selectiva es conforme con el principio de proporcionalidad se plantea en la tercera etapa del examen del carácter selectivo, en cuyo marco se analiza si dicha ventaja puede estar justificada por la naturaleza o la estructura general del sistema fiscal del Estado miembro de que se trate. En esta etapa, se invita al Estado miembro a demostrar que una diferencia de trato derivada del objetivo de la medida se ajusta al principio de proporcionalidad, en la medida en que no va más allá de lo necesario para lograr el objetivo y de que ese mismo objetivo no podría lograrse con medidas menos restrictivas (véase, en este sentido, la sentencia de 8 de septiembre de 2011, Paint Graphos y otros, C-78/08 a C-80/08, EU:C:2011:550, apartado 75).

141. Por lo tanto, procede desestimar igualmente la cuarta parte del motivo único del recurso de casación de Santander y de Santusa.

E. Sobre la quinta parte del motivo único del recurso de casación de Santander y de Santusa, basada en un error de Derecho acerca de la relación de causalidad entre la imposibilidad de realizar fusiones transfronterizas y la adquisición de participaciones en sociedades extranjeras

1. Alegaciones de las partes

142. Santander y Santusa sostienen, en esencia, que la fundamentación de la sentencia recurrida relativa a la tercera etapa del análisis de la selectividad, que figura en los apartados 181 a 190 de la sentencia recurrida, adolece de un error de Derecho en la medida en que el Tribunal General exigió al Reino de España que demostrara la existencia de «una relación de causalidad entre la imposibilidad de fusionarse en el extranjero y la adquisición de participaciones en el extranjero». Santander y Santusa alegan, por un lado, que esta fundamentación introduce un

elemento de análisis que no figura en la Decisión controvertida y que incluso es contrario a la ratio decidendi de esta y, por otro lado, que la prueba exigida por el Tribunal General es imposible de aportar.

143. La Comisión solicita que se desestime esta parte.

2. Apreciación del Tribunal de Justicia

144. Procede señalar que, en los apartados 181 a 190 de la sentencia recurrida, a los que se refiere exclusivamente la quinta parte del motivo único del recurso de casación de Santander y de Santusa, el Tribunal General expuso las razones por las que el Reino de España no había demostrado que la medida controvertida neutralizara los efectos supuestamente penalizadores del régimen normal.

145. No obstante, con carácter complementario, continuó su análisis partiendo de la hipótesis de que se hubiera demostrado ese extremo (apartados 191 a 199 de la sentencia recurrida). Por lo tanto, la fundamentación de la sentencia recurrida a que se refiere la quinta parte del motivo único del recurso de casación de Santander y de Santusa no es la única en la que se basó la conclusión del Tribunal General según la cual la Comisión no incurrió en error al declarar que el Reino de España no había justificado la diferenciación introducida por la medida controvertida.

146. Pues bien, con arreglo a la jurisprudencia, en el marco de un recurso de casación, un motivo dirigido contra un fundamento de Derecho de la sentencia recurrida es inoperante y, en consecuencia, debe desestimarse cuando el fallo de esa sentencia esté suficientemente fundado en otros fundamentos de Derecho. En el presente asunto, incluso suponiendo que la quinta parte sea fundada, debe desestimarse tal parte por inoperante, ya que no permite anular la sentencia recurrida al estar soportada tal conclusión en otros fundamentos de Derecho (véase, en este sentido, la sentencia de 29 de marzo de 2011, Anheuser-Busch/Bud?jovický Budvar, C-96/09 P, EU:C:2011:189, apartado 211 y jurisprudencia citada).

147. De ello se desprende que la quinta parte del motivo único del recurso de casación de Santander y de Santusa debe desestimarse por inoperante.

F. Sobre la sexta parte del motivo único del recurso de casación de Santander y de Santusa, basada en un error de Derecho en el examen del carácter separable de la medida controvertida en función del porcentaje de control

1. Alegaciones de las partes

148. Santander y Santusa reprochan al Tribunal General haber desestimado su motivo basado en la falta de distinción, en el análisis de la Comisión, entre las adquisiciones de participaciones minoritarias y las adquisiciones de participaciones mayoritarias. Santander y Santusa subrayan, por un lado, que todas las operaciones que realizaron en el marco de la medida controvertida condujeron a la toma de control de la sociedad adquirida y, por otro lado, que el Reino de España había solicitado a la Comisión que procediera a un análisis diferenciado de ambas situaciones. Según Santander y Santusa, de la jurisprudencia se desprende que, si el Estado miembro interesado lo solicita, la Comisión está obligada a proceder a un análisis diferenciado de la medida examinada. En cuanto al carácter separable de la medida controvertida, este carácter queda demostrado, a juicio de Santander y Santusa, por el tratamiento procesal que la Comisión dispensó al análisis de dicha medida y que dio lugar a tres decisiones diferentes.

2. Apreciación del Tribunal de Justicia

149. La sexta parte del motivo único del recurso de casación de Santander y de Santusa critica los apartados 207 a 216 de la sentencia recurrida, en los que el Tribunal General examinó si la Comisión estaba obligada a establecer una distinción entre las diferentes operaciones que se beneficiaban de la aplicación de la medida controvertida.

150. En el presente asunto, es preciso señalar que fueron formuladas a mayor abundamiento las consideraciones de la sentencia recurrida, expuestas en dichos apartados, destinadas a responder a la alegación de Santander y de Santusa según la cual la Comisión debía distinguir entre las adquisiciones de participaciones en sociedades no residentes que supongan una toma de control y las demás adquisiciones de participaciones para declarar que la aplicación de la medida controvertida a las primeras no implicaba la calificación de ayuda de Estado.

151. Efectivamente, la alegación de Santander y de Santusa de que la Comisión estaba obligada a realizar tal distinción ya había sido desestimada, con carácter principal, en el apartado 206 de la sentencia recurrida, en el que el Tribunal General consideró, fundamentalmente, que la incoherencia introducida por la medida controvertida en el tratamiento fiscal del fondo de comercio seguiría existiendo aunque dicha medida solo se aplicara a las adquisiciones de participaciones mayoritarias en sociedades no residentes.

152. Pues bien, como se ha recordado en el apartado 146 de la presente sentencia, en el marco de un recurso de casación, un motivo dirigido contra un fundamento de Derecho de la sentencia recurrida formulado a mayor abundamiento es inoperante y, en consecuencia, debe desestimarse cuando el fallo de esa sentencia esté suficientemente fundado en otros fundamentos de Derecho.

153. En cualquier caso, la argumentación de Santander y de Santusa desarrollada en el marco de la sexta parte de su motivo único de casación es infundada.

154. A este respecto, es cierto que, en la Decisión que adopta al término de su examen, la Comisión tiene la posibilidad, en el ejercicio de su facultad de apreciación, de establecer una diferenciación entre los beneficiarios del régimen de ayudas notificado, habida cuenta de determinadas características que estos presenten o de requisitos que estos cumplan. En cambio, como señaló acertadamente el Tribunal General en el apartado 207 de la sentencia recurrida, no incumbía a la Comisión determinar, en la Decisión controvertida, las condiciones de aplicación de la medida controvertida que hubieran podido permitirle no calificarla de ayuda en determinados supuestos. En efecto, tal cuestión pertenece al ámbito del diálogo entre las autoridades españolas y la Comisión en el contexto de la notificación del régimen en cuestión, notificación que hubiera debido realizarse antes de su aplicación.

155. En el presente asunto, en el marco de su recurso en primera instancia, Santander y Santusa reprocharon a la Comisión, fundamentalmente, no haber efectuado una distinción entre las adquisiciones de participaciones en sociedades no residentes que implican una toma de control y las demás adquisiciones de participaciones para declarar que la aplicación de la medida controvertida a las primeras no implicaba la calificación de ayuda de Estado. A este respecto, el Tribunal General recordó, en el apartado 214 de la sentencia recurrida, que, por lo que se refiere a la justificación de la diferencia establecida por la medida en cuestión, la prueba de esa justificación incumbe al Estado miembro de que se trate, a quien corresponde también adaptar el contenido o las condiciones de aplicación de esta medida si queda de manifiesto que solo es parcialmente justificable. Pues bien, el Tribunal General no incurrió en error de Derecho al concluir, en el apartado 216 de la sentencia recurrida, que, aun suponiendo que el examen de la Comisión, en el marco del procedimiento de investigación formal, del supuesto de las adquisiciones de participaciones mayoritarias hubiera sido objeto de conversaciones específicas entre esa institución y el Reino de España sobre la base de solicitudes documentadas presentadas por este, debía en cualquier caso rechazarse la imputación de Santander y de Santusa en las circunstancias de ese caso.

156. Por lo tanto, la sexta parte del motivo único del recurso de casación de Santander y de Santusa debe desestimarse por inoperante y, en cualquier caso, por infundada.

157. Al no haberse estimado ninguna de las partes del motivo único invocado por las recurrentes en apoyo de sus respectivos recursos de casación, procede desestimar estos últimos en su totalidad.

V. Costas

158. En virtud del artículo 184, apartado 2, del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia, este decidirá sobre las costas cuando el recurso de casación sea infundado. De conformidad con el artículo 138, apartado 1, de ese mismo Reglamento de Procedimiento, aplicable al procedimiento de casación en virtud de su artículo 184, apartado 1, la parte que haya visto desestimadas sus pretensiones será condenada en costas, si así lo hubiera solicitado la otra parte.

159. En los presentes asuntos, al haber solicitado la Comisión la condena en costas de las recurrentes y al haber sido desestimados los motivos de casación formulados por estas, procede condenar a las recurrentes a cargar con las costas correspondientes a los presentes recursos de casación y a los procedimientos ante el Tribunal General.

160. Con arreglo al artículo 140, apartado 1, del Reglamento de Procedimiento, aplicable al procedimiento en casación en virtud de su artículo 184, apartado 1, los Estados miembros que intervengan como coadyuvantes en el litigio cargarán con sus propias costas. En consecuencia, la República Federal de Alemania, parte coadyuvante

en el recurso ante el Tribunal General y que ha participado en el procedimiento ante el Tribunal de Justicia, cargará con sus propias costas.

En virtud de todo lo expuesto, el Tribunal de Justicia (Gran Sala) decide:

1) Desestimar los recursos de casación.

2) Banco Santander, S. A., Santusa Holding, S. L., y el Reino de España cargarán, además de con sus propias costas, con las de la Comisión Europea.

3) La República Federal de Alemania cargará con sus propias costas.

Lenaerts		Arabadjiev
	Silva de Lapuerta	
Vilaras	Regan	
Kumin		Ilešić Šváby
	Wahl	
Rodin		Jürimäe
	Biltgen	
Lycourgos	Xuereb	Jarukaitis

Pronunciada en audiencia pública en Luxemburgo, a 6 de octubre de 2021.

El Secretario

El Presidente

A. Calot Escobar

K. Lenaerts

* Lengua de procedimiento: español.

Fuente: sitio internet del Tribunal de Justicia.