

BASE DE DATOS DE Norma DEF.-

Referencia: NFJ091454

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA

Sentencia de 5 de diciembre de 2023

Gran Sala

Asuntos n.º C 451/21 P y C 454/21 P (acumulados)

SUMARIO:

Ayudas de Estado. Concepto de «ventaja». Determinación del marco de referencia. Tributación «normal» según el Derecho nacional. El grupo Engie está formado por una empresa establecida en Francia, y el conjunto de empresas directa o indirectamente controladas por esta. Una sociedad del grupo Engie cede los activos que constituían su actividad comercial a una sociedad filial luxemburguesa. Para financiar esta compra, la filial emite un empréstito a favor de una sociedad intermediaria a quince años, obligatoriamente convertible en acciones a su vencimiento. Dicho empréstito no genera intereses para la intermediaria, sino que se convierte en acciones al vencimiento. La referida conversión tiene en cuenta los resultados, tanto positivos como negativos, del emisor del empréstito, a saber, la filial, durante la duración de este. Este tipo de contrato se denomina obligaciones sin intereses convertibles obligatoriamente en acciones (ZORA). La remuneración de la intermediaria, suscriptora del empréstito, es por tanto referenciada a los resultados de la filial. De esta manera, al término del empréstito, esta última debe reembolsar, mediante una emisión de acciones, el importe nominal del empréstito más una «prima» constituida por la totalidad de los beneficios que haya obtenido durante la vida del préstamo, calificados como «adiciones al ZORA». Al importe de dicha prima se imputa el resultante de la aplicación del porcentaje correspondiente a la imposición convenida con las autoridades fiscales luxemburguesas. En caso de déficit de la filial en uno o varios ejercicios contables, dichos resultados negativos se tienen en cuenta igualmente, minorando los beneficios a efectos del cálculo del importe de la prima. Se trata, en tal caso, de «reducciones del ZORA». Para financiar su suscripción del empréstito, la intermediaria se sirve de un contrato de compraventa de futuros prepagado (en lo sucesivo, «contrato de futuros prepagado») celebrado con una sociedad *holding* (en lo sucesivo, «sociedad *holding*»), la cual es la única accionista tanto de la filial como de la intermediaria. La sociedad *holding* paga a la intermediaria, con la firma del citado contrato, una cantidad correspondiente al importe nominal del ZORA, en contraprestación a lo cual la intermediaria cede a aquella los derechos relativos a las acciones que se emitirán al término del ZORA, incluidas las que correspondan en su caso al valor acumulado de las adiciones al ZORA. La Comisión precisó que, teniendo en cuenta los múltiples sectores en los que operaba el grupo Engie, en diferentes Estados miembros, el trato fiscal que se le había concedido sobre la base de las Decisiones fiscales anticipadas en cuestión había liberado a dicho grupo de una carga fiscal que normalmente habría tenido que soportar en el marco de la gestión habitual de su actividad que falsearon o amenazaron con falsear la competencia y estimó que la ayuda otorgada era incompatible con el mercado interior e ilegal. El Tribunal General dedujo que la Comisión había demostrado de manera jurídicamente suficiente que la Administración Tributaria luxemburguesa había introducido una excepción al marco de referencia que dio lugar a una discriminación en beneficio de las sociedades *holding* implicadas, ya que, en esencia, las sociedades matrices que se hallaban en una situación fáctica y jurídica comparable a la de esas sociedades *holding* no podrían acogerse a una exención de sus rendimientos de participaciones a falta de una imposición previa en sus sociedades filiales de los beneficios distribuidos. 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 art.107.1 TFUE, solo puede acreditarse en relación con una tributación considerada «normal». Al determinar el marco de referencia la Comisión está obligada en principio a aceptar la interpretación de las disposiciones pertinentes del Derecho nacional llevada a cabo por el Estado miembro de que se trate en el marco del debate contradictorio siempre que dicha interpretación sea compatible con la letra de esas disposiciones. En el caso de autos, por lo que se refiere al tratamiento fiscal de instrumentos financieros como los ZORA, el Tribunal General confirmó el planteamiento de la Comisión, considerando, por una parte, que solo cabía la exención de los rendimientos de participaciones de una sociedad *holding*, en Derecho luxemburgués, si los rendimientos pagados por su filial habían sido previamente gravados. Considera el Tribunal de Justicia que el Tribunal General solo pudo ratificar la conclusión de la Comisión en el sentido de que la exención en una sociedad matriz de los rendimientos de participaciones estaba subordinada a la imposición en la sociedad filial de los beneficios distribuidos, tras un análisis viciado de un error de Derecho y de una desnaturalización de los hechos. En consecuencia, procede acoger el primer motivo de los recursos de casación invocado por el Gran Ducado de Luxemburgo referido a errores sobre la excepción al marco de referencia restringido. Procede anular la sentencia recurrida, pues la conclusión formulada por el Tribunal General para demostrar la selectividad de las decisiones fiscales anticipadas en cuestión, deviene infundada. Procede considerar que esta conclusión está jurídicamente viciada pues, el

artículo 166 de la LIR, que constituye la base jurídica de las decisiones fiscales anticipadas en cuestión, debería haber integrado el marco de referencia que define el régimen «normal» de tributación, dado que la Comisión no consideró que dicha disposición procurara de por sí una ventaja selectiva en el sentido del art. 107.1 TFUE. Los errores constatados en la misma sentencia también vician el análisis de la Comisión relativo a los efectos generados por las decisiones fiscales anticipadas en cuestión en el impuesto personal del grupo Engie.

PRECEPTOS:

Tratado de 25 de marzo de 1957 (TFUE), arts. 107 y 108.

PONENTE:

Don N. Wahl.

En los asuntos acumulados C-451/21 P y C-454/21 P,

que tienen por objeto dos recursos de casación interpuestos, con arreglo al artículo 56 del Estatuto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, el 21 y el 22 de julio de 2021, respectivamente,

Gran Ducado de Luxemburgo, representado por los Sres. A. Germeaux, T. Schell y T. Uri, en calidad de agentes, asistidos por la Sra. J. Bracker y el Sr. D. Waelbroeck, *avocats*, y por el Sr. A. Pesch, *conseil* (asunto C-451/21 P),

Engie Global LNG Holding Sàrl, con domicilio social en Luxemburgo (Luxemburgo),

Engie Invest International SA, con domicilio social en Luxemburgo (Luxemburgo),

Engie SA, con domicilio social en Courbevoie (Francia),

representadas inicialmente por los Sres. B. Le Bret y F. Pili, la Sra. C. Rydzynski y el Sr. M. Struys, posteriormente por la Sra. M. Gouraud y los Sres. B. Le Bret, F. Pili, J. Schaffner y M. Struys, *avocats* (asunto C-454/21 P),

partes recurrentes,

en el que las otras partes en el procedimiento son:

Comisión Europea, representada por los Sres. J. Carpi Badía y B. Stromsky, en calidad de agentes, parte demandada en primera instancia,

Irlanda,

parte coadyuvante en primera instancia (asunto C-451/21 P),

EL TRIBUNAL DE JUSTICIA (Gran Sala),

integrado por el Sr. K. Lenaerts, Presidente, el Sr. L. Bay Larsen, Vicepresidente, los Sres. A. Arabadjiev, C. Lycourgos, E. Regan, T. von Danwitz, F. Biltgen y Z. Csehi, Presidentes de Sala, y los Sres. M. Safjan, S. Rodin, N. Wahl (Ponente), J. Passer, D. Gratsias, la Sra. M. L. Arastey Sahún y el Sr. M. Gavalec, Jueces;

Abogada General: Sra. J. Kokott;

Secretario: Sr. C. Di Bella, administrador;

habiendo considerado los escritos obrantes en autos y celebrada la vista el 30 de enero de 2023;

oídas las conclusiones de la Abogada General, presentadas en audiencia pública el 4 de mayo de 2023;

dicta la siguiente

Sentencia

1. Mediante sus respectivos recursos de casación, el Gran Ducado de Luxemburgo (asunto C-451/21 P), por un lado, y Engie Global LNG Holding Sàrl, Engie Invest International SA y Engie SA (asunto C-454/21 P) (en lo sucesivo, conjuntamente «Engie y otros»), por otro lado, solicitan la anulación de la sentencia del Tribunal General de 12 de mayo de 2021, Luxemburgo y otros/Comisión, (T-516/18 y T-525/18; en lo sucesivo, «sentencia recurrida», EU:T:2021:251), mediante la que este desestimó sus recursos de anulación de la Decisión (UE) 2019/421 de la

Comisión, de 20 de junio de 2018, relativa a la ayuda estatal SA.44888 (2016/C) (ex 2016/NN) ejecutada por Luxemburgo en favor de Engie (DO 2019, L 78, p. 1; en lo sucesivo, «Decisión controvertida»).

I. Antecedentes del litigio

2. Los antecedentes del litigio, expuestos en los apartados 1 a 98 de la sentencia recurrida, pueden resumirse de la siguiente manera.

A. Sociedades interesadas

3. El grupo Engie está formado por Engie, una empresa establecida en Francia, y el conjunto de empresas directa o indirectamente controladas por esta. Dicho grupo nació de la fusión de los grupos franceses Suez y Gaz de France. En Luxemburgo, controla en particular la Compagnie européenne de financement C. E.F. SA (en lo sucesivo, «CEF»), que se constituyó en 1933 y en 2015 adoptó como nueva denominación social Engie Invest International SA.

4. CEF, cuyo objeto social era la adquisición de participaciones en Luxemburgo y en entidades extranjeras, así como gestionar, explotar y controlar esas participaciones, poseía la totalidad del capital de varias sociedades luxemburguesas, entre ellas, las tres siguientes: GDF Suez Treasury Management Sàrl (en lo sucesivo, «GSTM»), actualmente Engie Treasury Management Sàrl; Electrabel Invest Luxembourg SA (en lo sucesivo, «EIL»), y por último, GDF Suez LNG Holding Sàrl (en lo sucesivo, «LNG Holding»), constituida en 2009, actualmente Engie Global LNG Holding.

5. En 2009, el grupo Engie estableció dos filiales en Luxemburgo, GDF Suez LNG Luxembourg Sàrl (en lo sucesivo, «LNG Luxembourg») y GDF Suez LNG Supply SA (en lo sucesivo, «LNG Supply»). A finales de 2009, LNG Holding adquirió el control de estas dos filiales, que anteriormente estaban controladas por otra sociedad de dicho grupo, Suez LNG Trading SA (en lo sucesivo, «LNG Trading»). LNG Holding poseía la totalidad del capital de LNG Luxembourg y de LNG Supply.

B. Decisiones fiscales anticipadas

6. Una serie de operaciones internas del grupo Engie fue objeto de diferentes decisiones fiscales anticipadas adoptadas por la Administración Tributaria luxemburguesa. Dichas decisiones se refieren a dos conjuntos de operaciones de una estructura económica y jurídica parecida que puede describirse de la siguiente manera.

7. Una sociedad del grupo Engie cede los activos que constituían su actividad comercial a una sociedad filial (en lo sucesivo, «filial»). Para financiar esta compra, la filial emite un empréstito a favor de una sociedad intermediaria (en lo sucesivo, «intermediaria») a quince años, obligatoriamente convertible en acciones a su vencimiento. Dicho empréstito no genera intereses para la intermediaria, sino que se convierte en acciones al vencimiento. La referida conversión tiene en cuenta los resultados, tanto positivos como negativos, del emisor del empréstito, a saber, la filial, durante la duración de este. Este tipo de contrato se denomina obligaciones sin intereses convertibles obligatoriamente en acciones (ZORA).

8. La remuneración de la intermediaria, suscriptora del empréstito, es por tanto referenciada a los resultados de la filial. De esta manera, al término del empréstito, esta última debe reembolsar, mediante una emisión de acciones, el importe nominal del empréstito más una «prima» constituida por la totalidad de los beneficios que haya obtenido durante la vida del préstamo, calificados como «adiciones al ZORA». Al importe de dicha prima se imputa el resultante de la aplicación del porcentaje correspondiente a la imposición convenida con las autoridades fiscales luxemburguesas. En caso de déficit de la filial en uno o varios ejercicios contables, dichos resultados negativos se tienen en cuenta igualmente, minorando los beneficios a efectos del cálculo del importe de la prima. Se trata, en tal caso, de «reducciones del ZORA».

9. Para financiar su suscripción del empréstito, la intermediaria se sirve de un contrato de compraventa de futuros prepagado (en lo sucesivo, «contrato de futuros prepagado») celebrado con una sociedad *holding* (en lo sucesivo, «sociedad *holding*»), la cual es la única accionista tanto de la filial como de la intermediaria. La sociedad *holding* paga a la intermediaria, con la firma del citado contrato, una cantidad correspondiente al importe nominal del ZORA, en contraprestación a lo cual la intermediaria cede a aquella los derechos relativos a las acciones que se emitirán al término del ZORA, incluidas las que correspondan en su caso al valor acumulado de las adiciones al ZORA.

10. La primera serie de decisiones fiscales anticipadas de la Administración Tributaria luxemburguesa se refiere a la financiación de la transmisión de las actividades de LNG Trading en el sector del gas natural licuado y de productos derivados del gas a LNG Supply. Las sociedades interesadas en dicha transmisión presentaron cinco solicitudes de decisiones fiscales anticipadas, del 9 de septiembre de 2008 al 20 de septiembre de 2013, a las que las autoridades fiscales luxemburgesas respondieron con cinco decisiones fiscales anticipadas, adoptadas entre el 9 de septiembre de 2008 y el 13 de marzo de 2014.

11. Conforme a los mecanismos descritos en los apartados 7 a 9 de la presente sentencia, de esta primera serie de decisiones fiscales anticipadas se desprende que LNG Supply, la filial, debía adquirir la actividad de compra y venta, transacciones en mercados financieros y transporte de gas natural licuado, así como de productos derivados del gas de LNG Trading, por un precio estimado en 750 millones de dólares americanos (USD) (aproximadamente 507 millones de euros, según el tipo de cambio, como en los otros importes mencionados en el presente apartado y en los siguientes apartados 12 y 16, aplicado en la Decisión controvertida). Financiaría esta adquisición mediante un ZORA suscrito por LNG Luxembourg, la intermediaria, a cuyo vencimiento LNG Supply debía convertir en acciones a favor de LNG Luxembourg el importe nominal del ZORA. LNG Luxembourg debía a su vez entregar la cantidad necesaria para suscribir el importe nominal del ZORA celebrando con LNG Holding, la sociedad *holding*, un contrato de futuros prepagado de ese mismo importe. En este contrato se acordaba la cesión a LNG Holding, en el momento de la conversión del ZORA, de las acciones inicialmente transmitidas a LNG Luxembourg por LNG Supply, por un valor que comprendiera, en función de los resultados de LNG Supply, las adiciones al ZORA.

12. De los contratos firmados por estas diferentes sociedades se desprende que, en ejecución de los mecanismos validados en el marco de la primera serie de decisiones fiscales anticipadas, el contrato por el que LNG Trading cede los activos afectos a su actividad comercial a LNG Supply se firmó el 30 de octubre de 2009 y en él se estipuló un importe de 657 millones de USD (aproximadamente 444 millones de euros). Dicho importe lo pagó LNG Supply mediante dos pagarés de 11 millones de USD (aproximadamente 7 millones de euros) y 646 millones de USD (aproximadamente 437 millones de euros). El mismo día LNG Supply y LNG Luxembourg contrataron un ZORA de un importe nominal de 646 millones de USD (aproximadamente 437 millones de euros), con vencimiento 30 de octubre de 2024, pero que fue objeto de conversión anticipada parcial en 2014. El 30 de octubre de 2009, LNG Luxembourg y LNG Holding celebraron un contrato de futuros prepagado del mismo importe nominal del ZORA.

13. Desde un punto de vista fiscal, con arreglo a la primera serie de decisiones fiscales anticipadas, la base imponible del impuesto adeudado por LNG Supply en un ejercicio dado es igual a un margen convenido con las autoridades fiscales luxemburgesas, que corresponde a una fracción del valor de los activos brutos contabilizados en el balance de dicha sociedad. La diferencia entre el beneficio real obtenido en ese ejercicio y dicha base imponible constituye las adiciones al ZORA del ejercicio en cuestión, que son consideradas gastos deducibles relacionados con el ZORA.

14. LNG Luxembourg, por su parte, en virtud de la primera serie de decisiones fiscales anticipadas, tiene la opción de elegir entre, bien mantener en la contabilidad el importe del ZORA por su valor nominal, o bien aumentar o disminuir dicho valor en función de las adiciones o de las reducciones del ZORA, entre la fecha de la contratación del ZORA y la de su conversión o su reembolso anticipado. En el momento de la conversión del empréstito en acciones, LNG Luxembourg puede optar por la aplicación del artículo 22 de la Ley de 4 de diciembre de 1967 del Impuesto sobre la Renta (*Mémorial A 1967*, p. 1228), en su versión modificada (en lo sucesivo, «LIR»), que permite exonerar del impuesto la plusvalía derivada de dicha conversión y correspondiente a las adiciones al ZORA.

15. La primera serie de decisiones fiscales anticipadas establece además que LNG Holding contabilizará al precio de adquisición el pago recibido en virtud del contrato de futuros prepagado relativo a su inmovilizado financiero. En consecuencia, hasta la conversión del ZORA no contabilizará ningún rendimiento ni podrá por tanto deducir gasto alguno relacionado con el referido contrato de compraventa. No obstante, siempre que se cumplan los requisitos establecidos en el artículo 166 de la LIR, todos los rendimientos, en particular los dividendos y plusvalías, derivados de las participaciones de LNG Holding en sus filiales luxemburgesas, lo que incluye, por tanto, las acciones de LNG Supply transmitidas a LNG Luxembourg tras la conversión del ZORA en acciones, estarán exentas del impuesto sobre la renta.

16. En la práctica, LNG Supply registró en su pasivo el importe nominal del ZORA del ejercicio 2009 al ejercicio 2013. En 2014, llevó a cabo una reducción de 193,8 millones de USD (aproximadamente 163,3 millones de euros) de dicho importe para computar la conversión parcial anticipada del ZORA en acciones. La plusvalía de 506,2 millones de USD (aproximadamente 425,2 millones de euros) realizada por LNG Holding a raíz de esta conversión parcial fue exonerada del impuesto sobre la renta, con arreglo al artículo 166 de la LIR. LNG Supply actualizó el importe nominal restante del ZORA, registrado en su pasivo, computando las reducciones del ZORA.

17. La segunda serie de decisiones fiscales anticipadas tiene que ver con la transmisión a GSTM de las actividades de gestión de tesorería y de financiación ejercidas por CEF. Las sociedades interesadas en dicha transmisión presentaron dos solicitudes de decisiones fiscales anticipadas, el 9 de febrero de 2010 y el 15 de junio de 2012, a las que las autoridades fiscales luxemburguesas respondieron con dos decisiones fiscales anticipadas, adoptadas en esas mismas fechas.

18. Según estas decisiones fiscales anticipadas, GSTM, la filial, debía adquirir las actividades de CEF descritas en el apartado 17 de la presente sentencia por un importe de 1 036 912 506,84 euros. Financiaría esta adquisición mediante un ZORA suscrito por EIL, la intermediaria, a cuyo vencimiento GSTM debía convertir en acciones a favor de EIL el importe nominal del ZORA, en su caso aumentado con las adiciones al ZORA. EIL, por su parte, debía entregar la cantidad necesaria para suscribir el importe nominal del ZORA celebrando con CEF — que resulta ser por tanto, en el marco de la segunda serie de decisiones fiscales anticipadas, la sociedad que cede sus actividades y la sociedad *holding* que proporciona los fondos a la intermediaria— un contrato de futuros prepago de ese mismo importe. En este contrato se acordaría la cesión a CEF, en el momento de la conversión del ZORA, de las acciones inicialmente transmitidas a EIL, por un valor que comprendiera, en función de los resultados de GSTM, las adiciones al ZORA.

19. Con arreglo a esta segunda serie de decisiones fiscales anticipadas, GSTM celebró dos contratos de tipo ZORA con EIL los días 17 de junio de 2011 y 30 de junio de 2014, con vencimiento el 17 de junio de 2026 y de un importe de 1 036 912 506,84 euros. El 17 de junio de 2011 EIL y CEF celebraron un contrato de futuros prepago del mismo importe que el precio de emisión del ZORA.

20. Por lo que se refiere al tratamiento fiscal de la segunda serie de decisiones fiscales anticipadas, las observaciones relativas a la primera serie de dichas decisiones, expuestas en los apartados 13 a 15 de la presente sentencia, son aplicables *mutatis mutandis*. Basta con señalar que del considerando 64 de la Decisión controvertida y de las declaraciones del Gran Ducado de Luxemburgo relativas a este particular se infiere que el margen convenido con la Administración Tributaria de este Estado miembro como base imponible del impuesto de GSTM no sufrió modificaciones, pese a la solicitud presentada en este sentido por el grupo Engie.

21. Las declaraciones contables y fiscales de GSTM ponen de manifiesto que esta registró en el pasivo de sus balances anuales el importe de las adiciones al ZORA, como contrapartida del correspondiente gasto que figura en la cuenta de resultados, al tratarse de un importe que GSTM, al vencimiento del ZORA, deberá convertir en acciones que se transmitirán a EIL primero y después a CEF. Dicho importe figura, por los ejercicios 2011 a 2016, en el cuadro 2 que sigue al considerando 73 de la Decisión controvertida. La Comisión Europea consignó, en los considerandos 74 y 75 de esta Decisión y en los cuadros intercalados, las consecuencias de la segunda serie de decisiones fiscales anticipadas en la tributación de GSTM. Al igual que LNG Holding, CEF contabilizó sus participaciones en sus filiales como cubiertas por la exención fiscal en virtud del artículo 166 de la LIR.

C. Procedimiento administrativo

22. El 23 de marzo de 2015, la Comisión Europea envió una solicitud de información al Gran Ducado de Luxemburgo relativa a su práctica en materia de decisiones fiscales anticipadas respecto del grupo Engie. El citado Estado miembro respondió a la anterior solicitud el 25 de junio de 2015. Fundándose en los documentos facilitados, la Comisión le indicó, mediante escrito de 1 de abril de 2016, que no podía excluir la posibilidad de que las decisiones fiscales anticipadas en cuestión contuvieran un elemento de ayuda de Estado incompatible con el mercado interior.

23. El 19 de septiembre de 2016, la Comisión inició el procedimiento de investigación formal previsto en el artículo 108 TFUE, apartado 2. La Decisión de incoar dicho procedimiento se publicó en el *Diario Oficial de la Unión Europea* el 3 de febrero de 2017.

24. Hubo diversos intercambios de correspondencia, y se celebró una reunión el 1 de junio de 2017 en el marco del referido procedimiento, cuyos pormenores figuran en los apartados 55 a 62 de la sentencia recurrida.

D. Decisión controvertida

25. El 20 de junio de 2018 la Comisión adoptó la Decisión controvertida, mediante la que consideró, en esencia, que el Gran Ducado de Luxemburgo había otorgado, a través de su Administración Tributaria, infringiendo los artículos 107 TFUE, apartado 1, y 108 TFUE, apartado 3, una ventaja selectiva al grupo Engie, considerado como una unidad económica.

26. Sin cuestionar la legalidad, en virtud del Derecho tributario luxemburgués, de la estructura completa de financiación establecida por el grupo Engie para la transmisión de las actividades de LNG Trading, por un lado, y de CEF, por otro, la Comisión cuestionó los efectos de dicha estructura sobre el total de impuestos adeudados por el citado grupo, habida cuenta de que, en esencia, la cuasitotalidad de los beneficios obtenidos por las filiales de Engie en Luxemburgo, en realidad, no habían tributado, en particular debido a la exención prevista por el artículo 166 de la LIR.

27. Por lo que se refiere a la imputabilidad al Estado miembro de las decisiones fiscales anticipadas de que se trata, para la Comisión esta resulta patente habida cuenta de que dichas decisiones las adoptó la Administración Tributaria luxemburguesa y llevaban aparejada una pérdida de ingresos fiscales.

28. Por lo que se refiere a la concesión de una ventaja económica, la Comisión consideró que consistía en la exención fiscal de los rendimientos de participaciones obtenidos por LNG Holding, por un lado, y por CEF, por otro lado. Dichos rendimientos correspondían, desde una perspectiva económica, a las adiciones al ZORA, que fueron deducidas por LNG Supply y GSTM, respectivamente, de su base imponible en concepto de gasto.

29. Según la Comisión, las adiciones al ZORA no resultaron gravadas ni en las filiales ni en las intermediarias ni en las sociedades *holding*, pues las filiales liquidaron únicamente un impuesto sobre una base imponible que correspondía a un margen limitado convenido con las autoridades fiscales luxemburgesas.

30. Así, la Comisión indicó que las filiales constituían cada año, en razón de la conversión futura de los ZORA en cuestión, provisiones contables por las adiciones al ZORA, consideradas como gastos deducibles. Según la Comisión, las intermediarias no tributaban por las adiciones al ZORA, dado que, en el momento de la conversión de los ZORA, en virtud de los contratos de futuros prepagados celebrados con las sociedades *holdings* implicadas, las intermediarias sufrían unas pérdidas del mismo importe que el de las referidas adiciones. Finalmente, las sociedades *holding*, titulares de las acciones de las filiales al vencimiento de los ZORA con arreglo a los contratos de futuros prepagados, tampoco tributaban, en la medida en que los rendimientos de participaciones obtenidos de la conversión de los ZORA están exentos según las decisiones fiscales anticipadas en cuestión, conforme al artículo 166 de la LIR.

31. A efectos de establecer la selectividad de las decisiones fiscales anticipadas, la Comisión se basó, con carácter principal, como se desprende en particular de los considerandos 163 a 170 y 237 de la Decisión controvertida, en tres líneas de razonamiento. Las dos primeras se refieren a la existencia de una ventaja selectiva en sede de las sociedades *holding*, a la luz, por una parte, de un marco de referencia que se extiende al régimen luxemburgués de tributación de las sociedades y, por otra parte, de un marco de referencia limitado a las disposiciones del Derecho luxemburgués relativas a la imposición de las distribuciones de beneficios y a la exención de los rendimientos de participaciones. Una tercera línea de razonamiento tiene que ver con la existencia de una ventaja en sede del grupo Engie, a la luz de un marco de referencia que se extiende al régimen luxemburgués de tributación de las sociedades. Además, del considerando 289 de la Decisión controvertida se desprende que, en una cuarta línea de razonamiento, presentada con carácter subsidiario, la Comisión consideró que una ventaja selectiva traía causa de la inaplicación, por las autoridades fiscales luxemburgesas, del artículo 6 de la *Steueranpassungsgesetz* (Ley de adaptación fiscal), de 16 de octubre de 1934 (*Mémorial A 1934*, p. 9001) relativo al abuso del Derecho. La Comisión estimó que dicha ventaja selectiva estaba injustificada.

32. En cuanto a la primera línea de razonamiento, la Comisión indicó que las decisiones fiscales anticipadas en cuestión otorgaban al grupo Engie, en el impuesto personal de las sociedades *holding*, una ventaja selectiva por cuanto introducían una excepción al régimen luxemburgués de tributación de las sociedades, derivado de los artículos 18, 23, 40, 159 y 163 de la LIR, según los cuales las sociedades residentes en Luxemburgo, sujetas al impuesto aplicable a las sociedades de este Estado, tributan por los beneficios que hayan consignado en sus cuentas. La Comisión entendió que la identificación, a efectos de definir un marco de referencia, de un objetivo que pudiera deducirse de esas disposiciones era conforme a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, y que tal objetivo, a saber, la imposición de los beneficios de todas las sociedades sujetas al impuesto en Luxemburgo, se infería claramente de las citadas disposiciones. La Comisión añadió que considerar un marco de referencia que se extendía al régimen luxemburgués de tributación de las sociedades era igualmente conforme a dicha jurisprudencia, pues el Tribunal de Justicia ha declarado en reiteradas ocasiones que, ante medidas relacionadas con la tributación de las sociedades, podía definirse el marco de referencia a la luz del régimen de tributación de estas últimas, y no en función de las disposiciones específicas aplicables a determinados contribuyentes o a determinadas operaciones.

33. Pues bien, las autoridades fiscales luxemburguesas introdujeron una excepción, mediante las decisiones fiscales anticipadas en cuestión, a ese marco al permitir que los rendimientos de participaciones de las sociedades *holding* implicadas, correspondientes desde una perspectiva económica a las adiciones al ZORA, quedaran exoneradas de gravamen. Para la Comisión, estas decisiones originaron también una discriminación en beneficio de las referidas sociedades *holding*, ya que las sociedades sujetas al impuesto sobre la renta de las corporaciones en Luxemburgo tributan por los beneficios que han consignado en sus cuentas, a diferencia de las citadas sociedades *holding*.

34. En cuanto a la segunda línea de razonamiento, la Comisión consideró que las decisiones fiscales anticipadas en cuestión otorgaban al grupo Engie, en el impuesto personal de las sociedades *holding*, una ventaja selectiva en la medida en que introducían una excepción al marco de referencia restringido a las disposiciones relativas a la exención de los rendimientos de participaciones y a la imposición de las distribuciones de beneficios, plasmado en los artículos 164 y 166 de la LIR. En efecto, según la Comisión, la exención de los rendimientos de participaciones para una sociedad matriz solo es posible en caso de imposición previa, en la tributación de su filial, de los beneficios distribuidos. Pues bien, los rendimientos de participaciones exentos del impuesto en la tributación de las sociedades *holding* corresponden, desde una perspectiva económica, a las adiciones al ZORA deducidas por las filiales de su base imponible en concepto de gasto.

35. La Comisión estimó, en el considerando 212 de la Decisión controvertida, que, desde una perspectiva económica, dado el vínculo claro y directo entre los rendimientos exentos en las sociedades *holding* y las adiciones al ZORA objeto de deducción por las sociedades filiales, dichas adiciones equivalían a una distribución de beneficios. Para la Comisión, la excepción al marco de referencia restringido dio lugar a una discriminación en beneficio de las sociedades *holding* implicadas, ya que, en esencia, las sociedades matrices que se hallaban en una situación fáctica y jurídica comparable a la de esas sociedades *holding* no podrían acogerse a una exención de sus rendimientos de participaciones a falta de una imposición previa en sus sociedades filiales de los beneficios distribuidos.

36. La inexistencia de una correlación explícita entre los artículos 164 y 166 de la LIR no puede desvirtuar la anterior conclusión, puesto que, si un mismo rendimiento pudiese estar exento en la tributación de una sociedad matriz y deducirse como gasto en la filial, eludiría el impuesto en Luxemburgo, lo que sería contrario tanto al objetivo del régimen luxemburgués de tributación de las sociedades como al que persigue evitar la doble imposición.

37. En cuanto a la tercera línea de razonamiento, la Comisión sostuvo que la selectividad de las decisiones fiscales anticipadas en cuestión resultaba también de un análisis del grupo compuesto por las sociedades *holding*, las intermediarias y las filiales implicadas, dado que, a partir del ejercicio de 2015, estas sociedades formaban una sola y misma unidad fiscal que liquidaba sus impuestos en régimen consolidado. En cualquier caso, según la Comisión, puesto que el análisis de los efectos económicos de las medidas estatales debe efectuarse en relación con las empresas, procede considerar que las sociedades *holding*, las intermediarias y las filiales forman parte de una misma empresa, en el sentido del Derecho de ayudas de Estado. La Comisión añadió, por un lado, que las solicitudes de decisiones fiscales anticipadas se referían al trato fiscal del conjunto de las entidades del grupo Engie implicadas en las transacciones de que se trata y, por otro lado, que la ventaja económica de que disfrutó dicho grupo residía en la combinación de una exención de los rendimientos de participaciones en las sociedades *holding* y una deducción, como gastos, de las adiciones al ZORA en las filiales. La ventaja selectiva otorgada al grupo Engie resultaba del hecho de que las decisiones fiscales anticipadas introducían una excepción al marco de referencia correspondiente al régimen luxemburgués de tributación de las sociedades, que persigue gravar a las sociedades sujetas al impuesto en Luxemburgo por los beneficios que han consignado en sus cuentas.

38. En efecto, la Comisión observó que la reducción de la carga fiscal en las filiales, consecuencia de la deducción, como gasto, de las adiciones al ZORA de la base imponible de dichas filiales, no estaba compensada con un aumento de la carga fiscal en las sociedades *holding* o con un aumento de la base imponible de las intermediarias, lo que, en la práctica, dio lugar a una reducción de la base imponible combinada del grupo Engie en Luxemburgo. Pues bien, otros grupos de sociedades que se hallaban en una situación fáctica y jurídica comparable a la del mencionado grupo no tuvieron la posibilidad de obtener tal reducción de su base imponible combinada.

39. En lo tocante al análisis subsidiario de la Comisión, este parte del hecho de que las autoridades fiscales luxemburguesas descartaron, mediante las decisiones fiscales anticipadas, la aplicación del artículo 6 de la Ley de adaptación fiscal, pese a que se cumplían los cuatro criterios que la jurisprudencia luxemburguesa ha fijado para caracterizar un abuso del Derecho, a saber, la utilización de formas o instituciones de Derecho privado, la reducción de la carga fiscal, el recurso a un medio jurídico no adecuado y la inexistencia de motivos extrafiscales.

40. Más concretamente, por lo que se refiere a los dos últimos criterios, la Comisión consideró que la exoneración casi total de gravamen de los beneficios realizados por las filiales en Luxemburgo no habría sido posible si la transmisión de los sectores de actividades se hubiera efectuado mediante un instrumento de capital o mediante un préstamo entre las filiales y las sociedades *holding* implicadas. Tampoco existía un motivo económico real, distinto de conseguir un ahorro fiscal importante, para que el grupo Engie optara por las estructuras complejas de financiación organizadas al amparo de las decisiones fiscales anticipadas en cuestión.

41. La Comisión estimó por otra parte que el Estado miembro de que se trata no había presentado ninguna razón que justificara el trato favorable que obtuvieron las sociedades *holding*. Dedujo de ello que dicho trato no podía justificarse por la naturaleza o la estructura general del sistema fiscal luxemburgués. En cualquier caso, observó que no podía, en esencia, aceptarse una justificación hipotética basada en la prevención de la doble imposición económica.

42. La Comisión precisó que, teniendo en cuenta los múltiples sectores en los que operaba el grupo Engie, en diferentes Estados miembros, el trato fiscal que se le había concedido sobre la base de las Decisiones fiscales anticipadas en cuestión había liberado a dicho grupo de una carga fiscal que normalmente habría tenido que soportar en el marco de la gestión habitual de su actividad. Por lo tanto, las referidas decisiones fiscales anticipadas falsearon o amenazaron con falsear la competencia.

43. Estimando que la ayuda otorgada era incompatible con el mercado interior e ilegal, la Comisión ordenó al Gran Ducado de Luxemburgo, en lo referente a las operaciones objeto de la primera serie de decisiones fiscales anticipadas en cuestión, que recuperara de LNG Holding de forma inmediata y, en su defecto, de Engie o de alguno de sus sucesores, o de las sociedades del grupo Engie, la ayuda ya materializada a raíz de la conversión parcial en 2014 del ZORA celebrado en favor de LNG Supply. En cuanto a las operaciones objeto de la segunda serie de decisiones fiscales anticipadas en cuestión, ordenó al citado Estado miembro que no aplicara estas en cuanto se refería a la exención de los rendimientos de participaciones eventualmente obtenida por LNG Holding y CEF en el momento de la conversión total de los ZORA celebrados en favor de LNG Supply y de GSTM.

44. La Comisión indicó que tal recuperación no violaba los principios de seguridad jurídica, de protección de la confianza legítima, de igualdad de trato y de buena administración, y rechazó los motivos invocados por el Gran Ducado de Luxemburgo y por Engie y otros, en el marco del procedimiento administrativo, basados en los vicios de procedimiento que supuestamente viciaron el procedimiento de investigación formal.

II. Procedimiento ante el Tribunal General y sentencia recurrida

45. Mediante demandas presentadas en la Secretaría del Tribunal General el 30 de agosto y el 4 de septiembre de 2018, respectivamente, el Gran Ducado de Luxemburgo (asunto T-516/18) y Engie y otros (asunto T-525/18) interpusieron sendos recursos por los que solicitaban la anulación de la Decisión controvertida.

46. Mediante escrito presentado en la Secretaría del Tribunal General el 28 de enero de 2019, el Gran Ducado de Luxemburgo solicitó, de conformidad con el artículo 28, apartado 5, del Reglamento de Procedimiento del Tribunal General en vigor, que el asunto T-516/18 fuera juzgado por una Sala ampliada. El Tribunal General accedió a dicha solicitud.

47. Mediante auto del Presidente de la Sala Séptima ampliada del Tribunal General de 15 de febrero de 2019, se admitió la intervención de Irlanda en apoyo de las pretensiones del Gran Ducado de Luxemburgo en el asunto T-516/18.

48. Mediante decisión del Tribunal General de 16 de octubre de 2019, el asunto T-516/18 fue atribuido, de conformidad con el artículo 27, apartado 5, del Reglamento de Procedimiento, a la Sala Segunda ampliada.

49. Mediante auto del Presidente de la Sala Segunda ampliada del Tribunal General de 12 de junio de 2020, tras oír a las partes, se acordó la acumulación de los asuntos T-516/18 y T-525/18 a efectos de la fase oral del procedimiento, de conformidad con el artículo 68, apartado 1, del Reglamento de Procedimiento. Mediante el mismo auto, se decidió excluir los datos confidenciales de la documentación a la que podía acceder Irlanda, conforme a las solicitudes de tratamiento confidencial presentadas por el Gran Ducado de Luxemburgo y por Engie y otros.

50. En apoyo de su recurso, el Gran Ducado de Luxemburgo invocó seis motivos, basados, el primero, en una apreciación errónea, por la Comisión, de la selectividad de las decisiones fiscales anticipadas en cuestión; el segundo, en la vulneración del concepto de «ventaja»; el tercero, en una armonización fiscal encubierta imputable

a la citada institución, con infracción de los artículos 4 TUE y 5 TUE; el cuarto, en una vulneración de los derechos de procedimiento; el quinto, planteado con carácter subsidiario, en la violación de los principios generales del Derecho de la Unión en el marco de la recuperación de las ayudas supuestamente concedidas, y el sexto, en el incumplimiento de la obligación de motivación.

51. Por su parte, Engie y otros presentaron ocho motivos en apoyo de su recurso, seis de los cuales se solapaban con los invocados por el Gran Ducado de Luxemburgo. Engie y otros sostenían, además, que las decisiones fiscales anticipadas en cuestión no eran imputables al Estado y que, en cualquier caso, la Comisión las había calificado indebidamente de ayudas individuales.

52. Mediante la sentencia recurrida, tras acumular los asuntos T-516/18 y T-525/18 a efectos de la sentencia, el Tribunal General desestimó todos los motivos invocados en los recursos y desestimó estos en su totalidad.

53. Para empezar, el Tribunal General desestimó los motivos basados en que la Comisión, al adoptar la Decisión controvertida, había procedido a una armonización fiscal encubierta, recordando que, si bien la fiscalidad directa es competencia de los Estados miembros, en el estado actual de desarrollo del Derecho de la Unión, estos últimos deben ejercer no obstante tal competencia respetando este Derecho.

54. Indicó que, según la jurisprudencia, si las medidas fiscales llevan a cabo, de hecho, una discriminación entre sociedades que se encuentran en una situación comparable tomando en consideración el objetivo perseguido por dichas medidas y confieren a los beneficiarios ventajas selectivas que favorecen a «determinadas» empresas o producciones, tales medidas se podrán calificar de ayudas de Estado en el sentido del artículo 107 TFUE, apartado 1. En consecuencia, estimó que, dado que la Comisión es competente para velar por el cumplimiento del artículo 107 TFUE, no podía reprochársele que se hubiera extralimitado en sus competencias cuando examinó las decisiones fiscales anticipadas en cuestión con el fin de comprobar si constituían ayudas de Estado y, en caso afirmativo, si eran compatibles con el mercado interior en el sentido del artículo 107 TFUE, apartado 1.

55. A este respecto, declaró que la Comisión no había impuesto su propia interpretación del Derecho fiscal luxemburgués para demostrar la selectividad de esas decisiones fiscales anticipadas, sino que se atuvo a la presentación de las disposiciones de ese Derecho, apoyándose no en su propia interpretación del referido ordenamiento sino en la de las autoridades fiscales luxemburguesas.

56. Como se desprende de los apartados 138 a 153 de la sentencia recurrida, el Tribunal General consideró que la Comisión podía, en el ejercicio del control de las medidas fiscales en materia de ayudas de Estado, apreciar por sí misma las disposiciones fiscales nacionales, apreciación que, en su caso, podía ser impugnada por el Estado miembro de que se trate o por posibles partes interesadas en el marco de un recurso de anulación ante el Tribunal General. Según este último, la Comisión solo podía efectuar en el caso de autos una apreciación de la tributación considerada «normal», definida por el Derecho fiscal luxemburgués tal como lo aplican las autoridades fiscales luxemburguesas. Actuando de esta forma, no llevó a cabo «armonización fiscal» alguna, sino que simplemente ejerció la competencia que le confería el artículo 107 TFUE, apartado 1.

57. A continuación, el Tribunal General no consideró fundados los motivos basados en la existencia de errores de Derecho y errores de apreciación a la hora de identificar una ventaja selectiva en favor del grupo Engie. En particular, desestimó el motivo de Engie y otros basado en que la Comisión, confundiendo los criterios de selectividad y de ventaja, dedujo la existencia de tal ventaja de una supuesta excepción no a las disposiciones de Derecho común dirigidas a determinar la base imponible, sino a un objetivo consistente en gravar, en cualquier circunstancia, los beneficios de las sociedades sujetas al impuesto sobre sociedades. Consideró a este respecto que, si bien la selectividad y la ventaja constituían en principio dos criterios diferentes, en materia fiscal, el examen de la ventaja y el de la selectividad coincidían, en la medida en que estos dos criterios implican demostrar que la medida fiscal impugnada da lugar a una reducción del importe del impuesto que habría adeudado el beneficiario de la medida en condiciones normales de conformidad con el régimen fiscal ordinario y, por tanto, aplicable a los demás contribuyentes que se encuentran en la misma situación. Añadió que la jurisprudencia permitía, por otra parte, examinar ambos criterios de forma conjunta, como «tercera condición» prevista en el artículo 107 TFUE, apartado 1, relativa a la existencia de una «ventaja selectiva».

58. En el caso de autos, el Tribunal General indicó, en los apartados 239 a 253 de la sentencia recurrida, que la Comisión se había centrado en demostrar, con independencia de la fundamentación del conjunto de los razonamientos expuestos en la Decisión impugnada, que las decisiones fiscales anticipadas en cuestión daban lugar a una reducción de la cuantía del impuesto normalmente adeudado, en particular, por las sociedades *holding* implicadas, con arreglo a los regímenes fiscales ordinarios y que, en consecuencia, dichas medidas constituían una

excepción a las normas fiscales aplicables a los demás contribuyentes que se encontraban en una situación jurídica y fáctica comparable. Pues bien, habida cuenta de la naturaleza fiscal de las mencionadas medidas, el Tribunal General declaró que era conforme a la jurisprudencia que la Comisión apreciara conjuntamente los requisitos que determinan la concesión de una ventaja de carácter selectivo por medio de esas medidas.

59. De igual forma, el Tribunal General desestimó los motivos respectivos del Gran Ducado de Luxemburgo y de Engie y otros basados en que la Comisión había incurrido en error al reducir el marco de referencia a las disposiciones aplicables a las situaciones puramente internas. Recalcó, a este respecto, que la situación del presente asunto era una situación puramente interna, ya que tanto las sociedades *holding* como las filiales y las intermediarias tenían su domicilio social en Luxemburgo. De esta manera, las situaciones fiscales de dichas sociedades eran competencia de una única autoridad tributaria, lo que excluía los riesgos de doble imposición derivados de la aplicación de sistemas fiscales diferentes y de la intervención de autoridades tributarias distintas, que pueden existir en caso de rentas transfronterizas.

60. En cuanto al propio marco de referencia, el Tribunal General, en los apartados 288 a 301 de la sentencia recurrida, tampoco acogió la argumentación del Gran Ducado de Luxemburgo ni de Engie y otros, según la cual la definición de un marco de referencia restringido únicamente a los artículos 164 y 166 de la LIR tenía su origen en una lectura combinada errónea de estas dos disposiciones. Los recurrentes sostenían, en particular, que, por un lado, un ZORA no implica una distribución de beneficios en el sentido del primero de los citados artículos y, por otro, que el segundo de esos artículos no puede interpretarse en el sentido de que subordina el disfrute de la exención en una sociedad matriz a que no se deduzcan fiscalmente en la filial los ingresos generados durante la vigencia del ZORA. El Tribunal General, en primer lugar, al tiempo que reconocía que el artículo 166 de la LIR no subordina formalmente la concesión de la exención de los rendimientos de participaciones a una sociedad matriz a la imposición previa de los beneficios distribuidos en la filial, consideró, no obstante, que la concesión de tal exención solo podía contemplarse si los rendimientos distribuidos por una filial habían sido gravados previamente, salvo que se considerara la hipótesis, en una situación puramente interna, de una doble exención fiscal de beneficios. En segundo lugar, al mismo tiempo que admitía también que las adiciones al ZORA no son formalmente distribuciones de beneficios, el Tribunal General entendió, en el apartado 300 de la sentencia recurrida, que los rendimientos de participaciones exentos en la tributación de LNG Holding correspondían, en esencia, al importe de dichas adiciones, de manera que estas últimas correspondían materialmente, «en las circunstancias muy específicas del presente asunto y teniendo en cuenta la estructura societaria que implican una sociedad *holding*, una sociedad intermediaria y una filial, a distribuciones de beneficios».

61. El Gran Ducado de Luxemburgo y Engie y otros sostuvieron, primero, que el artículo 164 de la LIR solo regula las distribuciones de beneficios en el Derecho luxemburgués y no los ZORA, que constituyen una deuda y un capital de manera sucesiva, y que no existía ningún vínculo claro y directo entre deducibilidad de las adiciones al ZORA en las filiales y la exención de los rendimientos de participaciones en las sociedades *holding* implicadas; segundo, que el incremento del valor de los ZORA era incierto en el momento en que se emitieron; tercero, que los artículos 164 y 166 de la LIR, considerados aisladamente, fueron aplicados correctamente por las autoridades fiscales luxemburguesas; cuarto, que la Comisión no demostró que las decisiones fiscales anticipadas en cuestión infringieran estas dos disposiciones, consideradas aisladamente, y quinto, que la Comisión no demostró la existencia de un trato preferente del grupo Engie en la tributación de las sociedades *holdings* implicadas.

62. A este respecto, el Tribunal General primeramente indicó que, en el caso de autos, el rendimiento que LNG Holding había obtenido de la aplicación del contrato de futuros prepagado correspondía en realidad, desde una perspectiva económica, al importe de las adiciones al ZORA realizadas antes de la conversión parcial de este. Señaló que, si bien la deducibilidad de las adiciones al ZORA en las filiales es, desde un punto de vista formal, una operación distinta de la exención de los rendimientos de participaciones en las sociedades *holding*, también es cierto que, en realidad, en el presente asunto existe una relación directa entre ambas operaciones, de suerte que la Comisión podía considerar acertadamente que la Administración Tributaria luxemburguesa había establecido una excepción al marco de referencia restringido a las disposiciones de los artículos 164 y 166 de la LIR.

63. En segundo lugar, el Tribunal General consideró, en cuanto al valor incierto de un ZORA el día que se emite, así como en el momento de la adopción de las decisiones fiscales anticipadas en cuestión, que una medida puede constituir una ayuda de Estado, en el sentido del artículo 107 TFUE, aunque el día de la adopción de la medida no se haya materializado ninguna ventaja selectiva. Estimó que la circunstancia de que tal ventaja no llegara a materializarse impedía no su calificación como ayuda de Estado sino únicamente la recuperación de esa ayuda. En el presente asunto, la circunstancia de que, el día de la adopción de los ZORA, la realización de beneficios por las filiales implicadas era todavía algo incierto no permitía excluir ni la existencia de una ventaja selectiva concedida

a las sociedades *holding* ni la existencia de una excepción a ese marco de referencia restringido operada por la Administración Tributaria luxemburguesa.

64. En tercer lugar, el Tribunal General declaró que existía una correlación, en Derecho luxemburgués, entre la exención de los rendimientos de participaciones en la tributación de una sociedad matriz y la deducibilidad de los rendimientos pagados en su filial. Consideró que tal exención no podía aplicarse sin comprobar previamente si los correspondientes rendimientos habían sido gravados en la filial. En el caso de autos, los rendimientos de participaciones percibidos por LNG Holding, sociedad matriz, que correspondían, desde una perspectiva económica, a las adiciones al ZORA, no habrían estado exentos normalmente, ya que tales adiciones fueron objeto de deducción, como gasto, por LNG Supply, su filial. El Tribunal General llegó a la conclusión de que la Comisión había podido considerar lícitamente que la deducibilidad de un rendimiento en la filial y su ulterior exención en la sociedad matriz constituían una excepción al marco de referencia restringido a los artículos 164 y 166 de la LIR.

65. En cuarto lugar, estimó que, contrariamente a lo que afirmaba en el caso de autos el Gran Ducado de Luxemburgo, la existencia de una excepción a ese marco de referencia debía apreciarse no a la vista de los artículos 164 y 166 de la LIR considerados aisladamente, sino a la luz de una lectura combinada de ambas disposiciones.

66. En quinto lugar, el Tribunal General respondió al argumento de que la Comisión no había demostrado la existencia de un trato preferente del grupo Engie en las sociedades *holding* implicadas, pese a que debería haber identificado las características propias y específicas de las empresas beneficiarias de las decisiones fiscales anticipadas que permitiesen distinguirlas de las empresas que fueron excluidas de las mismas. Recordó en este contexto que el requisito de selectividad se cumple cuando la Comisión consigue demostrar que una medida nacional que confiere una ventaja fiscal supone una excepción al régimen tributario común o «normal» aplicable en el Estado miembro de que se trate, introduciendo así, por sus efectos concretos, un tratamiento diferenciado entre operadores que se encuentran, habida cuenta del objetivo perseguido por dicho régimen tributario, en una situación fáctica y jurídica comparable. Por añadidura, según la jurisprudencia, una medida fiscal puede ser selectiva incluso en el caso de que cualquier empresa pueda optar libremente por realizar la operación de la que depende la obtención de la ventaja establecida por esa medida. Pues bien, según el razonamiento del Tribunal General que figura en los apartados 304 a 381 de la sentencia recurrida, la Comisión demostró de manera jurídicamente suficiente que las sociedades *holding* implicadas disfrutaban de un trato fiscal preferente en comparación con cualquier sociedad matriz que pudiera percibir rendimientos de participaciones que no hubieran sido gravados en el momento de su distribución. La circunstancia de que otras sociedades *holding* distintas de CEF y LNG Holding hubieran sido objeto de decisiones fiscales anticipadas idénticas sería, como mucho, un indicio de un posible régimen de ayudas, y no de la falta de discriminación.

67. A mayor abundamiento, el Tribunal General entendió, en el apartado 383 de la sentencia recurrida, que era oportuno examinar la selectividad de las decisiones fiscales anticipadas en cuestión a la vista del marco de referencia extendido al artículo 6 de la Ley de adaptación fiscal, relativo al abuso del Derecho, habida cuenta del carácter inédito del razonamiento aducido por la Comisión al respecto. El Tribunal General consideró, por un lado, que, contrariamente a lo que alegaba el Gran Ducado de Luxemburgo, la Comisión había insistido, desde la decisión de incoación del procedimiento de investigación formal, en la inaplicación de dicha disposición por las autoridades fiscales luxemburguesas y, posteriormente, había invitado al Gran Ducado de Luxemburgo y al grupo Engie a presentar observaciones complementarias sobre este punto. Por otro lado, puso de relieve que, aunque el artículo 6 de la Ley de adaptación fiscal no planteara en este caso ninguna dificultad de interpretación, la Comisión había hecho referencia tanto a la práctica administrativa como a la práctica jurisdiccional luxemburguesa. Por último, estimó que, en el caso de autos, se cumplían los criterios que permiten constatar, en Derecho luxemburgués, un abuso del Derecho. De lo anterior dedujo que la Comisión había demostrado de manera jurídicamente suficiente que la Administración Tributaria luxemburguesa había introducido una excepción al marco de referencia que incluía el artículo 6 de la Ley de adaptación fiscal.

68. El Tribunal General desestimó igualmente los otros motivos del recurso.

III. Procedimiento ante el Tribunal de Justicia y pretensiones de las partes en los recursos de casación

A. Asunto C-451/21 P

69. Mediante su recurso de casación, el Gran Ducado de Luxemburgo solicita al Tribunal de Justicia que:

– Anule la sentencia recurrida.

- Con carácter principal, resuelva definitivamente sobre el fondo y estime las pretensiones que formuló en la primera instancia anulando la Decisión controvertida.
- Con carácter subsidiario, devuelva el asunto al Tribunal General.
- Condene en costas a la Comisión.

70. La Comisión solicita al Tribunal de Justicia que:

- Desestime el recurso de casación.
- Condene en costas al Gran Ducado de Luxemburgo.

71. Mediante auto del Presidente del Tribunal de Justicia de 11 de octubre de 2021, Luxemburgo/Comisión (C-451/21 P, EU:C:2021:858), se ordenó un tratamiento confidencial frente a Irlanda, parte coadyuvante en la primera instancia, de la información ocultada en la versión no confidencial del recurso de casación y de los anexos 2, 3 y 11 de este, presentada en la Secretaría del Tribunal de Justicia por el Gran Ducado de Luxemburgo el 2 de agosto de 2021.

B. Asunto C-454/21 P

72. Mediante su recurso de casación, Engie y otros solicitan al Tribunal de Justicia que:

- Anule la sentencia recurrida.
- Con carácter principal, estime las pretensiones que formularon en la primera instancia o, carácter subsidiario, anule el artículo 2 de la Decisión controvertida en la medida en que en él se ordena que se proceda a la recuperación de la ayuda.
- Alternativamente, devuelva el asunto al Tribunal General.
- Condene en costas a la Comisión.

73. La Comisión solicita al Tribunal de Justicia que:

- Desestime el recurso de casación.
- Condene en costas a Engie y otros.

IV. Sobre los recursos de casación

74. Habida cuenta de su conexidad, procede acumular los presentes asuntos a efectos de la sentencia, conforme al artículo 54, apartado 1, del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia.

A. Sobre la admisibilidad

75. La Comisión alega, sin plantear formalmente una excepción de inadmisibilidad, en primer lugar, que el primer motivo en el asunto C-451/21 P y el segundo motivo en el asunto C-454/21 P, mediante los que el Gran Ducado de Luxemburgo y Engie y otros reprochan al Tribunal General, respectivamente, haber definido un marco de referencia erróneamente restringido únicamente a los artículos 164 y 166 de la LIR y haber extendido indebidamente este marco de referencia al artículo 6 de la Ley de adaptación fiscal, con el fin de determinar la existencia de una ventaja selectiva, deben declararse inadmisibles. Según la Comisión, estos motivos, que no fueron presentados por primera vez hasta la instancia de casación, modifican el objeto del litigio seguido ante el Tribunal General. La Comisión sostiene, en segundo lugar, que el segundo motivo en el asunto C-451/21 P, así como los motivos primero y segundo en el asunto C-454/21 P, deben declararse también inadmisibles en la medida en que, en ellos, las partes cuestionan las apreciaciones del Tribunal General acerca del Derecho luxemburgués, las cuales constituyen apreciaciones sobre los hechos y, por tanto, no pueden ser objeto de examen en el marco de un recurso de casación, salvo en caso de desnaturalización de ese Derecho.

76. A este respecto, se ha de recordar que la competencia del Tribunal de Justicia cuando resuelve sobre un recurso de casación interpuesto contra una resolución dictada por el Tribunal General está definida en el artículo 256 TFUE, apartado 1, párrafo segundo. Este indica que el recurso de casación debe limitarse a las cuestiones de Derecho y que debe desarrollarse «en las condiciones y dentro de los límites fijados en el Estatuto» En una lista enumerativa de los motivos que pueden alegarse en este contexto, el artículo 58, párrafo primero, del Estatuto del Tribunal de Justicia precisa que el recurso de casación puede fundarse en la violación del Derecho de la Unión por parte del Tribunal General (sentencia de 5 de julio de 2011, Edwin/OAMI, C-263/09 P, EU:C:2011:452, apartado 46).

77. Cierto es que, en lo referente al examen en casación de las apreciaciones sobre 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 (véase, en este sentido, la sentencia de 8 de noviembre de 2022, Fiat Chrysler Finance Europe/Comisión, C-885/19 P y C-898/19 P, EU:C:2022:859, apartado 82 y jurisprudencia citada). Sin embargo, no puede privarse al Tribunal de Justicia de la posibilidad de controlar si tales apreciaciones constituyen de por sí una violación del Derecho de la Unión en el sentido de la jurisprudencia citada en el apartado 76 de la presente sentencia.

78. Pues bien, la cuestión de si el Tribunal General delimitó adecuadamente el sistema de referencia pertinente y, por extensión, interpretó correctamente las disposiciones que lo integran, es una cuestión de Derecho que puede ser objeto del control del Tribunal de Justicia en la fase de casación. En efecto, los argumentos con los que se pretende refutar la elección del marco de referencia o su importancia en la primera fase de análisis de la existencia de una ventaja selectiva son admisibles, puesto que dicho análisis procede de una calificación jurídica del Derecho nacional sobre la base de una disposición del Derecho de la Unión (véase, en este sentido, la sentencia de 8 de noviembre de 2022, Fiat Chrysler Finance Europe/Comisión, C-885/19 P y C-898/19 P, EU:C:2022:859, apartado 85 y jurisprudencia citada).

79. Admitir que el Tribunal de Justicia no pueda determinar si el Tribunal General aceptó sin incurrir en error de Derecho la delimitación del marco de referencia pertinente, su interpretación y su aplicación como parámetro decisivo a efectos del examen de la existencia de una ventaja selectiva valdría tanto como aceptar la posibilidad de que el Tribunal General, en su caso, hubiera infringido una disposición de Derecho primario de la Unión, a saber, el artículo 107 TFUE, apartado 1, sin que dicha infracción pudiera ser sancionada en el marco de un recurso de casación, lo que sería contrario al artículo 256 TFUE, apartado 1, párrafo segundo, como se ha señalado en el apartado 76 de la presente sentencia.

80. Procede considerar, en consecuencia, que, al instar al Tribunal de Justicia a controlar, por un lado, si la limitación por la Comisión del marco de referencia únicamente a los artículos 164 y 166 de la LIR o su extensión al artículo 6 de la Ley de adaptación fiscal, tal como las aprobó el Tribunal General y, por otro lado, si la importancia que tanto la Comisión como el Tribunal General ha atribuido a esas disposiciones correspondía a una interpretación y a una aplicación de estas últimas que permitía definir una tributación normal, a efectos del análisis de la existencia de una ventaja selectiva en el sentido del artículo 107 TFUE, apartado 1, el Gran Ducado de Luxemburgo y Engie y otros presentaron motivos que, contrariamente a lo que sostiene la Comisión, deben declararse admisibles.

B. Sobre el fondo

81. En apoyo de su recurso de casación en el asunto C-451/21 P, el Gran Ducado de Luxemburgo invoca cuatro motivos, basados, el primero, en la infracción del artículo 107 TFUE al haber declarado el Tribunal General que la Comisión había acreditado la existencia de una ventaja selectiva otorgada a las sociedades holding mediante las decisiones fiscales anticipadas en cuestión a la vista del marco de referencia conformado por los artículos 164 y 166 de la LIR; el segundo, en la infracción del artículo 107 TFUE al haber declarado el Tribunal General que la Comisión había acreditado la existencia de una ventaja selectiva otorgada al grupo Engie mediante las decisiones fiscales anticipadas en cuestión debido a la inaplicación del artículo 6 de la Ley de adaptación fiscal; el tercero, en la infracción de los artículos 4 TUE y 5 TUE, y el cuarto, en el incumplimiento por el Tribunal General de la obligación de motivación que le incumbe con arreglo al artículo 296 TFUE.

82. En apoyo de su recurso de casación en el asunto C-454/21 P, Engie y otros invocan tres motivos, basados, el primero, en errores de Derecho y en la desnaturalización de los hechos imputables al Tribunal General en el control de la legalidad de la definición del marco de referencia conformado por los artículos 164 y 166 de la LIR; el segundo, en errores de Derecho y en la desnaturalización de los hechos imputables al Tribunal General al aceptar que la Comisión había demostrado la existencia de una ventaja selectiva a la vista del artículo 6 de la Ley de adaptación fiscal, y el tercero, en la violación por el Tribunal General de los principios de seguridad jurídica, de protección de la confianza legítima y de irretroactividad del Derecho fiscal.

1. Sobre el primer motivo de los recursos de casación

a) Alegaciones de las partes

83. El primer motivo en el asunto C-451/21 P se compone de dos partes.

84. Mediante la primera parte, el Gran Ducado de Luxemburgo alega en particular, en primer lugar, que de la jurisprudencia se desprende que, en materia fiscal, solo puede determinarse la existencia de una ventaja selectiva por su relación con una tributación considerada «normal». Pues bien, al aceptar el análisis de la Comisión, el Tribunal General redujo artificiosamente el marco de referencia a propósito de esa comparación a dos disposiciones, una de las cuales no es aplicable al caso de autos, como reconoció expresamente el Tribunal General. Para el Gran Ducado de Luxemburgo, este análisis no tiene en cuenta otras disposiciones relativas a la determinación del beneficio comercial de las sociedades, pese a que la jurisprudencia en esta materia prohíbe a la Comisión basarse en un marco de referencia conformado por algunas disposiciones que se han extraído artificialmente de un marco jurídico más vasto.

85. En segundo lugar, según el Gran Ducado de Luxemburgo, el Tribunal General confirmó una interpretación *contra legem* de las normas fiscales en cuestión. En efecto, pese a reconocer, por un lado, que el artículo 166 de la LIR no subordina formalmente la concesión de la exención de los rendimientos de participaciones en la sociedad matriz a la previa imposición de los beneficios distribuidos en la filial y, por otro, que las adiciones al ZORA no son formalmente distribuciones de beneficios, en el sentido del artículo 164 de la LIR, estimó que la Comisión no había incurrido en error de Derecho al declarar que estos artículos estaban relacionados y al considerar que dicha exención era aplicable solamente a los rendimientos que no habían sido deducidos de la base imponible de la filial.

86. De este modo, según el Gran Ducado de Luxemburgo, el Tribunal General definió incorrectamente el marco de referencia, llevó a cabo una calificación jurídica de los hechos errónea y desnaturalizó manifiestamente el Derecho luxemburgués. La Comisión y el Tribunal General, al definir este marco de referencia, añadieron un requisito a los establecidos por el artículo 166 de la LIR, y extendieron el ámbito de aplicación del artículo 164, apartado 2, de la LIR, ya que las adiciones al ZORA no constituyen distribuciones de beneficios y, por tanto, no están comprendidas en ese artículo, pese a ser deducibles como gasto.

87. El razonamiento de la Comisión y del Tribunal General conculca, según el Estado miembro recurrente, el artículo 107 TFUE, así como los principios de legalidad tributaria y de interpretación restrictiva de las leyes tributarias, que informan tanto el Derecho fiscal luxemburgués como el Derecho de la Unión.

88. El Gran Ducado de Luxemburgo considera sorprendente que el Tribunal General se haya referido al escrito de 31 de enero de 2018 que había remitido a la Comisión en el marco del procedimiento administrativo (en lo sucesivo, «escrito de 31 de enero de 2018»). Dicho Estado miembro sostiene en efecto que el mencionado escrito no confirma en absoluto, contrariamente a lo que afirmó el Tribunal General citando fuera de contexto un pasaje del mismo escrito, que los artículos 164 y 166 de la LIR estén correlacionados. La lectura de dicho escrito pone de manifiesto que estos artículos tienen «ámbitos de aplicación diferentes». Con su razonamiento, el Tribunal General ignora que el texto de la LIR es claro y que, en consecuencia, no debe interpretarse en un sentido que no coincida exactamente con el que se desprende de sus términos.

89. De igual forma, para el Gran Ducado de Luxemburgo, el dictamen de 2 de abril de 1965 del Conseil d'État (Consejo de Estado, Luxemburgo) (en lo sucesivo, «dictamen del Consejo de Estado de 1965»), relativo a la disposición que precedió, en Derecho luxemburgués, al artículo 166 de la LIR, al que también se refirió el Tribunal General, no mencionaba ningún requisito de imposición previa de los beneficios distribuidos para la aplicación de la exención.

90. Así pues, el marco de referencia aprobado por el Tribunal General no solamente es incompleto, dadas las disposiciones que excluye de su ámbito de aplicación, sino que además es ficticio, en la medida en que postula la existencia de una correlación entre los artículos 164 y 166 de la LIR.

91. Mediante la segunda parte del primer motivo, el Gran Ducado de Luxemburgo sostiene, en primer lugar, que las premisas de las que parte la constatación de una excepción al marco de referencia conformado por los artículos 164 y 166 de la LIR son erróneas, ya que, por un lado, no existe correlación entre la exención de los rendimientos de participaciones en el impuesto personal de una sociedad matriz y la deducibilidad de los rendimientos pagados en el impuesto personal de su filial y, por otro, las adiciones al ZORA no son formalmente distribuciones de beneficios, como reconoció el propio Tribunal General. Al confirmar de manera inédita un planteamiento basado en una «correspondencia material» entre esas disposiciones, el Tribunal General se alejó del texto claro de la ley tributaria luxemburguesa e incumplió el requisito, recordado por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, que exige que una eventual ayuda se aprecie a la luz de las disposiciones pertinentes del Derecho nacional.

92. En segundo lugar, el Gran Ducado de Luxemburgo alega que el Tribunal General incurrió en error de Derecho al basarse en la existencia de una excepción al marco de referencia derivada del efecto combinado de unas disposiciones generales. No cuestionó que los artículos 164 y 166 de la LIR se aplicaron correctamente ni consideró que dichos artículos fueran de por sí discriminatorios. No obstante, basándose en el efecto combinado de estas disposiciones y haciendo referencia a la «realidad económica y fiscal» de las operaciones realizadas, rechazó lo que calificó de «visión formalista», con el fin de «ir más allá de las apariencias jurídicas».

93. En tercer lugar, el Gran Ducado de Luxemburgo sostiene que el Tribunal General incurrió en errores de Derecho en cuanto al requisito de la demostración de una discriminación con respecto a otras empresas que se hallaban en una situación comparable a la del grupo Engie. En particular, admitió que el sistema de financiación puesto en práctica por dicho grupo estaba «abierto a todos» y que otras empresas podían legalmente ser beneficiarias de una aplicación de las normas tributarias análoga a la prevista para el citado grupo.

94. En cuarto lugar, el Gran Ducado de Luxemburgo alega que el Tribunal General incurrió en error igualmente al considerar selectivas, en el sentido del artículo 107 TFUE, unas medidas individuales de aplicación de un mecanismo fiscal general cuya legalidad no puso en duda, como tampoco había negado la posibilidad de que todos accedieran al sistema de financiación utilizado por el grupo Engie. En consecuencia, consideró selectivo el trato fiscal otorgado al grupo mediante las decisiones fiscales anticipadas en cuestión, a pesar de que dicho trato resultó de la aplicación no selectiva de unas normas nacionales que en sí mismas no son selectivas.

95. El primer motivo en el asunto C-454/21 P se compone de cuatro partes. Las partes segunda a cuarta de este motivo, referidas, respectivamente, al error de Derecho y la desnaturalización de los hechos en cuanto a la correlación entre los artículos 164 y 166 de la LIR, al error de Derecho y al error manifiesto de apreciación imputables al Tribunal General al considerar las adiciones al ZORA como distribuciones de beneficios, y al error de Derecho y al error manifiesto de apreciación que se le imputan igualmente al considerar que las decisiones fiscales anticipadas en cuestión conferían una ventaja selectiva, corresponden básicamente a las alegaciones desarrolladas en el primer motivo del recurso de casación en el asunto C-451/21 P.

96. Engie y otros sostienen, en particular, que la correlación entre los artículos 164 y 166 de la LIR en que se fundó el Tribunal General no resulta ni de la Ley, ni de la jurisprudencia ni de la práctica administrativa. Señalan que el propio Tribunal General reconoció que el segundo de esos artículos no subordina formalmente la concesión de la exención de los rendimientos de participaciones en el impuesto personal de una sociedad matriz a la imposición previa de los beneficios distribuidos en el impuesto personal de su filial. A su juicio, la apreciación del Tribunal General contradice no solamente la letra de los citados artículos, sino que también es contraria a la práctica tributaria luxemburguesa tal como la describió el Gran Ducado de Luxemburgo en el escrito de 31 de enero de 2018. Por eso el Tribunal General vulneró el principio constitucional de legalidad tributaria y desnaturalizó la respuesta que figura en ese escrito, así como el dictamen del Consejo de Estado de 1965.

97. Según Engie y otros, el Tribunal General ignoró igualmente la calificación jurídica de los ZORA, que son instrumentos convertibles que encajan en dos definiciones sucesivas, primero en la de deuda y después en la de capital, calificación que sin embargo es esencial para determinar el trato fiscal de cada sujeto pasivo. Ello constituye una infracción del artículo 107 TFUE, apartado 1, puesto que la consideración de los efectos económicos de una medida dada es procedente únicamente en la fase de la prueba de una excepción a las disposiciones fiscales que conforman el marco de referencia, y este solo puede definirse en función de la naturaleza de los instrumentos de que se trate y de las disposiciones fiscales nacionales pertinentes.

98. La Comisión rebate el primer motivo de cada uno de los recursos.

99. En particular, arguye que no definió artificialmente el marco de referencia restringido a los artículos 164 y 166 de la LIR. Recuerda por lo demás que, con carácter principal, partió de un marco de referencia más vasto que correspondía al régimen luxemburgués del impuesto sobre sociedades. En este marco más vasto, las exenciones previstas en el artículo 166 de la LIR constituían, según la Comisión, excepciones al principio general de imposición, pero no ocurría lo mismo a la vista del marco de referencia restringido a los artículos 164 y 166 de la citada Ley. No obstante, para la Comisión, es patente la correlación entre esos artículos. Admite que, ciertamente, el artículo 166 de la LIR no contiene ninguna referencia explícita al artículo 164, apartado 2, de la misma Ley. No obstante, ello no es determinante. En cambio, es necesario verificar si estas disposiciones forman un sistema, así como examinar la correlación lógica que las une.

100. Además, una interpretación literal no es la única interpretación posible de la ley tributaria. En tal sentido, la Comisión recuerda que el propio grupo Engie calificó los beneficios derivados de la cancelación de acciones de

distribución de beneficios. En cuanto al escrito de 31 de enero de 2018, la frase citada por el Tribunal General en el apartado 295 de la sentencia recurrida figuraba efectivamente en dicho escrito y carece de ambigüedad. La Comisión admite, sin embargo, que las autoridades luxemburguesas aducen también en dicho escrito que el artículo 166 de la LIR debe ser objeto de una interpretación literal, debe ser aplicable en cuanto se dan las condiciones que impone y, por último, que las disposiciones del artículo 164 de esta Ley no son una condición *sine qua non* para la aplicación de la exención relativa a las participaciones establecida en el artículo 166 de la citada Ley.

101. Paralelamente, el escrito de 31 de enero de 2018 es solamente uno de los elementos de juicio utilizados por la Comisión y por el Tribunal General para constatar la correlación entre los artículos 164 y 166 de la LIR, al igual que el dictamen del Consejo de Estado de 1965.

102. Por lo que se refiere a la correspondencia económica entre la deducibilidad de las adiciones al ZORA en las filiales y la exención en las sociedades *holding* de los rendimientos de participaciones, el Tribunal General, de acuerdo con la jurisprudencia según la cual las ayudas de Estado deben apreciarse en función de sus efectos y no de la forma que adoptan, se limitó a oponer la apariencia jurídica de las transacciones en cuestión a su realidad económica, recalcando que su separación formal no podía ocultar el vínculo real que las unía.

103. Por último, el reproche que se hace a la Comisión en el sentido de que no identificó otras sociedades distintas de las del grupo Engie que hubieran sido destinatarias de decisiones fiscales anticipadas para estructuras comparables carece manifiestamente de fundamento, a la vista del texto de los considerandos 205 y 215 de la Decisión controvertida.

b) *Apreciación del Tribunal de Justicia*

1) *Observaciones preliminares*

104. Según reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia, las intervenciones de los Estados miembros en las materias que no han sido objeto de armonización en el Derecho de la Unión no están excluidas del ámbito de aplicación de las disposiciones del Tratado FUE relativas al control de las ayudas de Estado. Así pues, los Estados miembros deben abstenerse de adoptar cualquier medida fiscal que pueda constituir una ayuda de Estado incompatible con el mercado interior (sentencia de 8 de noviembre de 2022, Fiat Chrysler Finance Europe/Comisión, C-885/19 P y C-898/19 P, EU:C:2022:859, apartado 65 y jurisprudencia citada).

105. A ese respecto, de reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia se desprende que 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 de 8 de noviembre de 2022, Fiat Chrysler Finance Europe/Comisión, C-885/19 P y C-898/19 P, EU:C:2022:859, apartado 66 y jurisprudencia citada).

106. Por lo que se refiere al requisito de la ventaja selectiva, este requiere 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 lo tanto reciben un trato diferenciado que, en esencia, puede calificarse de discriminatorio (sentencia de 8 de noviembre de 2022, Fiat Chrysler Finance Europe/Comisión, C-885/19 P y C-898/19 P, EU:C:2022:859, apartado 67 y jurisprudencia citada).

107. 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. 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, en un tercer momento, que la diferenciación está justificada porque resulta de la naturaleza o de la estructura del sistema en que se inscriben tales medidas (sentencia de 8 de noviembre de 2022, Fiat Chrysler Finance Europe/Comisión, C-885/19 P y C-898/19 P, EU:C:2022:859, apartado 68 y jurisprudencia citada).

108. Como se ha señalado en los apartados 78 y 79 de la presente sentencia, 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 acreditarse en relación con una tributación considerada «normal».

109. Así pues, la determinación del conjunto de las empresas que se encuentran en una situación fáctica y jurídica 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 (sentencia de 8 de noviembre de 2022, Fiat Chrysler Finance Europe/Comisión, C-885/19 P y C-898/19 P, EU:C:2022:859, apartado 69 y jurisprudencia citada).

110. Por lo tanto, para apreciar el carácter selectivo de una medida fiscal, es necesario que el régimen tributario 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, un error al determinar este sistema de referencia vicia inevitablemente todo el análisis del requisito de selectividad (sentencia de 8 de noviembre de 2022, Fiat Chrysler Finance Europe/Comisión, C-885/19 P y C-898/19 P, EU:C:2022:859, apartado 71 y jurisprudencia citada).

111. En ese contexto, es preciso comenzar puntualizando 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 (sentencia de 8 de noviembre de 2022, Fiat Chrysler Finance Europe/Comisión, C-885/19 P y C-898/19 P, EU:C:2022:859, apartado 72 y jurisprudencia citada).

112. En segundo lugar, fuera de los ámbitos en los que el Derecho tributario de la Unión es objeto de armonización, es el Estado miembro del que se trate el que determina, mediante el ejercicio de sus propias competencias en materia de fiscalidad directa y en observancia de su autonomía fiscal, las características constitutivas del impuesto, que definen, en principio, el sistema de referencia o régimen tributario «normal», a partir del cual debe analizarse el requisito relativo a la selectividad. Así sucede, en particular, con la determinación de su base imponible, de su hecho imponible y de las eventuales exenciones que se hayan previsto (sentencia de 8 de noviembre de 2022, Fiat Chrysler Finance Europe/Comisión, C-885/19 P y C-898/19 P, EU:C:2022:859, apartado 73 y jurisprudencia citada).

113. De ello se deduce que, para identificar el sistema de referencia en materia de fiscalidad directa, solo debe tenerse en cuenta el Derecho nacional aplicable en el Estado miembro de que se trate, siendo esa identificación, a su vez, un requisito previo indispensable para apreciar no solo la existencia de una ventaja, sino también si esta reviste carácter selectivo (sentencia de 8 de noviembre de 2022, Fiat Chrysler Finance Europe/Comisión, C-885/19 P y C-898/19 P, EU:C:2022:859, apartado 74).

114. Esta conclusión debe entenderse sin perjuicio de la posibilidad de constatar, como ocurrió en el asunto que dio lugar a la sentencia de 15 de noviembre de 2011, Comisión y España/Government of Gibraltar y Reino Unido (C-106/09 P y C-107/09 P, EU:C:2011:732), que el propio marco de referencia tal como se desprende del Derecho nacional es incompatible con el Derecho de la Unión en materia de ayudas de Estado, toda vez que el sistema fiscal en cuestión se configuró según unos parámetros manifiestamente discriminatorios, destinados a eludir ese Derecho (véase, en este sentido, la sentencia de 16 de marzo de 2021, Comisión/Hungría, C-596/19 P, EU:C:2021:202, apartado 49).

2) *Sobre la existencia de errores de Derecho y de una desnaturalización de los hechos en la determinación del marco de referencia restringido a los artículos 164 y 166 de la LIR*

115. Con el fin de determinar lo que debería haber sido, según el Derecho luxemburgués, una tributación normal y, por tanto, la existencia de una ventaja selectiva a favor del grupo Engie, la Comisión, como se ha expuesto en los apartados 31 a 40 de la presente sentencia, llevó a cabo una interpretación de dicho Derecho basada especialmente en la tesis de que el régimen general del impuesto sobre sociedades luxemburgués, que sienta el principio de la sujeción a gravamen de los rendimientos de estas últimas, no permitía, en el caso del grupo Engie, declarar exentos los rendimientos de participaciones en el impuesto personal de las sociedades *holding* con arreglo al artículo 166 de la LIR, y en el hecho de que la lectura combinada de los artículos 164 y 166 de la LIR se oponía a la aplicación concomitante de una exención de esos rendimientos en el impuesto personal de esas sociedades

holding y una deducción de los importes correspondientes en el impuesto personal de las filiales. En el marco de un razonamiento presentado con carácter subsidiario, estimó que, en virtud del artículo 6 de la Ley de adaptación fiscal, dicha aplicación concomitante debería haber sido descartada.

116. Por lo tanto, para apreciar el carácter selectivo de las medidas controvertidas a la luz de la LIR, incumbía al Tribunal General verificar si la exención de los rendimientos correspondientes a las adiciones al ZORA, otorgada en virtud de dichas medidas en el impuesto personal de las sociedades *holding*, constituía una excepción a las disposiciones pertinentes de la LIR en el marco de las diferentes líneas de razonamiento presentadas por la Comisión en la Decisión controvertida e impugnadas por el Gran Ducado de Luxemburgo y Engie y otros.

117. Mediante su primer motivo, el Gran Ducado de Luxemburgo y Engie y otros cuestionan la apreciación del Tribunal General por la que confirmó el carácter fundado de la segunda línea de razonamiento de la Comisión, según la cual la interpretación de los artículos 164 y 166 de la LIR llevaba a considerar que el tratamiento fiscal de los ZORA del grupo Engie, a través de las decisiones fiscales anticipadas en cuestión, constituía una excepción a la aplicación «normal» de dichas disposiciones que se traducía en una ventaja fiscal para el referido grupo.

118. A este respecto, como ha quedado expuesto en el apartado 112 de la presente sentencia, el Estado miembro de que se trate es el que, fuera de los ámbitos en los que el Derecho fiscal de la Unión es objeto de armonización, determina, mediante el ejercicio de sus competencias propias en materia de fiscalidad directa y al amparo de su autonomía fiscal, las características constitutivas del impuesto, tales como su base imponible y su hecho imponible, incluidas las eventuales exenciones que se hayan previsto, características que definen en principio el sistema de referencia o el régimen fiscal «normal».

119. Por añadidura, el principio de legalidad tributaria, que forma parte del ordenamiento jurídico de la Unión, como principio general del Derecho, exige que toda obligación de pago de un impuesto, y todos los elementos esenciales que definen las características fundamentales de este, estén previstos por la ley, de modo que permitan al contribuyente prever y calcular el importe del impuesto devengado y determinar el momento en que será exigible (véase, en este sentido, la sentencia de 8 de mayo de 2019, *Związek Gmin Zagłębia Miedziowego*, C-566/17, EU:C:2019:390, apartado 39).

120. De lo anterior se infiere que, al determinar el marco de referencia con vistas a la aplicación del artículo 107 TFUE, apartado 1, a unas medidas fiscales, la Comisión está obligada en principio a aceptar la interpretación de las disposiciones pertinentes del Derecho nacional llevada a cabo por el Estado miembro de que se trate en el marco del debate contradictorio mencionado en el apartado 111 de la presente sentencia, siempre que dicha interpretación sea compatible con la letra de esas disposiciones.

121. La Comisión solo podrá apartarse de la referida interpretación si puede demostrar que existe una interpretación dominante en la jurisprudencia o la práctica administrativa de ese Estado miembro, basándose para ello en pruebas fiables y concordantes, sometidas a dicho debate contradictorio.

122. De conformidad con el artículo 4 TUE, apartado 3, el citado Estado miembro está sujeto a un deber de cooperación leal durante todo el procedimiento relativo a la investigación de una medida con arreglo a las disposiciones del Derecho de la Unión en materia de ayudas de Estado (sentencia de 6 de noviembre de 2018, *Scuola Elementare Maria Montessori/Comisión, Comisión/Scuola Elementare Maria Montessori y Comisión/Ferracci*, C-622/16 P a C-624/16 P, EU:C:2018:873, apartado 83 y jurisprudencia citada). Ese deber implica en particular que el mismo Estado miembro proporcione a la Comisión, de buena fe, toda la información pertinente que le haya solicitado esta última en relación con la interpretación de las disposiciones del Derecho nacional pertinentes a efectos de determinar el marco de referencia, sentada por la jurisprudencia o la práctica administrativa nacionales.

123. En el caso de autos, por lo que se refiere al tratamiento fiscal de instrumentos financieros como los ZORA, el Tribunal General indicó, por un lado, en el apartado 292 de la sentencia recurrida, que el artículo 166 de la LIR «no subordina formalmente la concesión de la exención de los rendimientos de participaciones en una sociedad matriz a la imposición previa de los beneficios distribuidos en sede de su filial», tras haber considerado la Comisión, en el considerando 218 de la Decisión controvertida, que no había «ningún vínculo expresamente establecido entre el artículo 166 de la LIR y el artículo 164, apartados 1 y 2, de la LIR» y, por otro lado, en el apartado 300 de la sentencia recurrida, que «las adiciones al ZORA no son, desde un punto de vista formal, distribuciones de beneficios».

124. En consecuencia, el Tribunal General descartó una interpretación literal de esas disposiciones. Confirmando el planteamiento de la Comisión, consideró, por una parte, que solo cabía la exención de los

rendimientos de participaciones de una sociedad *holding*, en Derecho luxemburgués, si los rendimientos pagados por su filial habían sido previamente gravados.

125. Se apoyó a este respecto, en los apartados 295 y 296 de la sentencia recurrida, en dos datos utilizados por la Comisión en la Decisión controvertida. Por un lado, se trata del escrito de 31 de enero de 2018, que es «inequívoc[o]», toda vez que el Gran Ducado de Luxemburgo reconoció que «todas las participaciones cuyos rendimientos p[odía]n acogerse a la exención prevista en el artículo 166 de la LIR también est[aba]n cubiertas por lo dispuesto en el artículo 164 de la LIR». El Tribunal General se refirió, por otro lado, al dictamen del Consejo de Estado de 1965 sobre el proyecto de Ley para incorporar el artículo 166 en la LIR, en el que se recalcó que esta disposición permitía «por razones de equidad fiscal y de orden económico», evitar una doble o triple imposición de los rendimientos pagados, pero no, en esencia, evitar toda imposición de estos rendimientos.

126. El Tribunal General, por otra parte, entendió que procedía abandonar el planteamiento formalista consistente en considerar aisladamente cada una de las operaciones que conformaban la estructura financiera elaborada por las sociedades implicadas e ir más allá de las apariencias jurídicas para apreciar la realidad económica y fiscal de la referida estructura, lo cual le llevó a declarar, en el apartado 312 de la sentencia recurrida, que las adiciones al ZORA correspondían materialmente «en las circunstancias muy específicas del presente asunto, a distribuciones de beneficios».

127. Así pues, tras señalar, en los apartados 340 a 342 de la sentencia recurrida, la existencia de una correlación, en Derecho luxemburgués, entre la exención de los rendimientos de participaciones en el impuesto personal de una sociedad matriz y la deducibilidad de los rendimientos pagados en el impuesto personal de su filial, el Tribunal General concluyó, en el apartado 343 de la sentencia recurrida, que «como consecuencia de dicha relación y de la consideración en las sociedades de cartera del efecto combinado de estas dos operaciones, las [decisiones fiscales anticipadas] controvertidas establecen una excepción al marco de referencia» conformado por los artículos 164 y 166 de la LIR. Según el análisis del Tribunal General expuesto en los apartados 344 y 345 de la misma sentencia, de lo anterior se desprende que, primero, la Comisión pudo lícitamente deducir de dicho efecto combinado, en los considerandos 208 y 209 de la Decisión controvertida, que existía una excepción al citado marco de referencia y, segundo, que dicha institución no había incurrido en error de Derecho al apreciar, en la tributación de las sociedades *holding*, el efecto combinado de la deducibilidad de un rendimiento en la tributación de una filial y su exención ulterior en el impuesto personal de su sociedad matriz.

128. Pues bien, los datos en los que se apoyó el Tribunal General, recordados en el apartado 125 de la presente sentencia, no le permitían constatar válidamente que, conforme a los principios expuestos en los apartados 120 a 122 de la presente sentencia, la Comisión había podido acreditar de manera jurídicamente suficiente que, en lo tocante a la cuestión de la subordinación de la exención establecida en el artículo 166 de la LIR a la imposición, en la sociedad filial, del rendimiento exento en la sociedad *holding*, la interpretación dominante en Derecho luxemburgués fuera distinta de la preconizada por el Gran Ducado de Luxemburgo, pues esta última es compatible con la letra de la citada disposición, que no ha establecido formalmente tal subordinación.

129. A este respecto, es preciso señalar que, por lo que se refiere al escrito de 31 de enero de 2018, como sostienen Engie y otros, el Tribunal General incurrió en una desnaturalización de los términos de este último al considerar, en el apartado 295 de la sentencia recurrida, que la relación de condicionalidad entre los artículos 164 y 166 de la LIR, en el sentido de que se requería una imposición previa de los rendimientos en la entidad pagadora para poder disfrutar de la exención prevista en esta última disposición, resultaba expresamente de la respuesta del Gran Ducado de Luxemburgo. En efecto, el Tribunal General solo pudo deducir, siguiendo a la Comisión, la existencia de tal relación sacando de contexto la frase del referido escrito citada en ese apartado. Esa conclusión es irreconciliable con otros pasajes del mismo escrito, en los que ese Estado miembro indicó que la citada disposición «no impone que los rendimientos de participaciones sean previamente gravados para poder disfrutar del régimen de exención previsto», que los artículos 164 y 166 de la LIR no deben ser objeto de una aplicación «conjunta», y que «las disposiciones del artículo 164 [de la] LIR no constituyen una condición *sine qua non* para la aplicación del régimen de exenciones de los rendimientos de participaciones consagrado en el artículo 166 [de la] LIR».

130. En cuanto al dictamen del Consejo de Estado de 1965, basta con señalar, como apuntó la Abogada General en el punto 121 de sus conclusiones, que se limita a indicar que la disposición examinada, a la que corresponde el artículo 166 de la LIR, tenía por objeto evitar una imposición en cadena de beneficios societarios en una filial y en su sociedad matriz antes de que fueran pagados a los accionistas, pero sin indicar que dicha disposición también perseguía evitar cualquier situación de doble exención fiscal en caso de rendimientos de participaciones obtenidos por una sociedad matriz.

131. Por lo tanto, el Tribunal General solo pudo ratificar, en el apartado 298 de la sentencia recurrida, la conclusión de la Comisión sobre la existencia de una correlación entre los artículos 164 y 166 de la LIR, en el sentido de que la exención en una sociedad matriz de los rendimientos de participaciones estaba subordinada a la imposición en la sociedad filial de los beneficios distribuidos, tras un análisis viciado de un error de Derecho y de una desnaturalización de los hechos.

132. En consecuencia, procede acoger el primer motivo de los recursos de casación, sin que sea necesario examinar la segunda parte del primer motivo de casación invocado por el Gran Ducado de Luxemburgo referido a errores sobre la excepción al marco de referencia restringido a los artículos 164 y 166 de la LIR.

2. Sobre el segundo motivo de los recursos de casación

a) Alegaciones de las partes

133. El segundo motivo en el asunto C-451/21 P comprende cuatro partes basadas, la primera, en que el Tribunal General adoptó una premisa manifiestamente errónea y desnaturalizó el Derecho nacional; la segunda, en que el Tribunal General incurrió en errores de Derecho en la identificación del marco de referencia que escogió en materia de abuso del Derecho y en que la sentencia recurrida adolece de una motivación insuficiente y contradictoria; la tercera, en la existencia de errores en cuanto a la demostración de una excepción a ese marco de referencia y, la cuarta, presentada con carácter subsidiario, en la vulneración del derecho de defensa del Gran Ducado de Luxemburgo.

134. Mediante la primera parte de este motivo, el Gran Ducado de Luxemburgo alega en particular que todo el razonamiento del Tribunal General parte de la premisa errónea según la cual el grupo Engie no habría podido obtener el mismo resultado fiscal sin la existencia de intermediarios, los cuales constituían supuestamente una pieza esencial en la estructura financiera creada por el citado grupo. El Gran Ducado de Luxemburgo señala que, no obstante, ya explicó en la primera instancia que un ZORA directo, contratado sin acudir a ningún intermediario, habría conducido a un mismo resultado imponible que el derivado de un ZORA indirecto, y que el acreedor tenía la posibilidad, primero, en el momento de la conversión del ZORA directo, de acogerse a la neutralidad fiscal permitida por el artículo 22 *bis* de la LIR, y segundo, de disfrutar de la exención de una eventual distribución o plusvalía, en virtud del artículo 166 de dicha Ley, extremo que el Tribunal General confirmó al declarar que estos artículos no excluían formalmente tal exención.

135. En consecuencia, el Tribunal General incurrió en error al entender que se cumplían tres de los criterios del abuso del Derecho, establecidos en el artículo 6 de la Ley de adaptación fiscal, y que, por lo tanto, las decisiones fiscales anticipadas en cuestión habían introducido una excepción al marco de referencia.

136. Mediante la segunda parte del segundo motivo, el Gran Ducado de Luxemburgo sostiene, en primer lugar, que el Tribunal General consideró indebidamente que no era necesario tener en cuenta la práctica administrativa, ya que el artículo 6 de la Ley de adaptación fiscal no suscitaba dificultades de interpretación. De este modo, el Tribunal General ignoró la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, según la cual es obligado, a la hora de definir el marco de referencia, un análisis detallado del Derecho aplicable en el Estado miembro de que se trate, así como de su práctica administrativa y jurisdiccional. Ese análisis es tanto más importante cuanto que el artículo 6 de la Ley de adaptación fiscal está redactado en términos genéricos y necesita, por tanto, una apreciación caso por caso. A este respecto, la crítica referida a que el Gran Ducado de Luxemburgo no facilitó a la Comisión ejemplos de su práctica administrativa, no solo invierte la carga de la prueba, sino que además no se ajusta a los hechos, pues dicho Estado miembro comunicó a la Comisión varios ejemplos de decisiones fiscales anticipadas.

137. El Gran Ducado de Luxemburgo aduce, en segundo lugar, que el marco de referencia escogido por el Tribunal General es incompleto, de entrada, porque omite recalcar el carácter excepcional del recurso al concepto de abuso del Derecho por la Administración luxemburguesa; a continuación, porque no tiene en cuenta que el contribuyente es totalmente libre de escoger la forma que le parece menos onerosa fiscalmente y, por último, porque esta libertad de opción del contribuyente se opone a que la Administración tributaria se inmiscuya en la elección que haya efectuado este en interés de su empresa y sustituya la apreciación del contribuyente por la suya propia.

138. En tercer lugar, según el Gran Ducado de Luxemburgo, el Tribunal General invocó una excepción al objetivo del sistema fiscal de referencia, y no al sistema en sí, pese a que una reiterada jurisprudencia recuerda que solo una excepción al marco de referencia permite acreditar la selectividad de una medida. No corresponde a la

Comisión o al Tribunal General definir, en lugar del Estado miembro de que se trate, el objetivo del sistema fiscal nacional en el marco del Derecho de ayudas de Estado.

139. Mediante la tercera parte del segundo motivo, el Gran Ducado de Luxemburgo sostiene, en particular, que el Tribunal General ignoró los riesgos económicos a que estaban sometidas las transacciones en cuestión, cuyo éxito dependía de los buenos resultados de las filiales. Si el Tribunal General hubiera tenido en cuenta tales riesgos, habría considerado inevitablemente que el segundo criterio del abuso del Derecho, relativo a la disminución de la carga fiscal, no se cumplía. Por lo demás, la jurisprudencia luxemburguesa no permite concluir *ex post* que se da un abuso del Derecho a raíz de una transacción si esta fue aprobada previamente mediante una decisión fiscal anticipada válidamente emitida.

140. Mediante la cuarta parte de este motivo, el Gran Ducado de Luxemburgo alega una vulneración de su derecho de defensa, debida a que, en la decisión de incoación del procedimiento de investigación formal, la Comisión mencionó solo de manera incidental y en un único párrafo la existencia de un posible abuso del Derecho, sin más especificaciones que la referencia a la posibilidad de las filiales de deducir las adiciones al ZORA. Ahora bien, esta imputación no corresponde a la que figura en la Decisión controvertida.

141. El segundo motivo en el asunto C-454/21 P comprende tres partes basadas, la primera, en que el Tribunal General incurrió en errores de Derecho y en error manifiesto de apreciación al determinar el marco de referencia; la segunda, en que el Tribunal General, al identificar una ventaja selectiva a la luz del artículo 6 de la Ley de adaptación fiscal, incurrió en error de Derecho y, la tercera, en que el Tribunal General incurrió en error manifiesto de apreciación al interpretar el Derecho luxemburgués.

142. Mediante la primera parte de este motivo, Engie y otros afirman que el Tribunal General incurrió en error manifiesto de apreciación al considerar que no habían refutado la definición del marco de referencia extendido al artículo 6 de la Ley de adaptación fiscal. Aducen que, en su demanda ante el Tribunal General, cuestionaron efectivamente la competencia de la Comisión y su interpretación *in abstracto* de los criterios de abuso del Derecho sentados por la jurisprudencia de los tribunales contencioso-administrativos de Luxemburgo, y sostuvieron que era necesario tener en cuenta la práctica administrativa y jurisdiccional de las autoridades luxemburguesas en situaciones comparables a la suya.

143. En cuanto a los errores de Derecho, el Tribunal General, siguiendo a la Comisión, interpretó el artículo 6 de la Ley de adaptación fiscal obviando tanto las reglas de Derecho aplicables como la práctica administrativa y jurisdiccional de las autoridades luxemburguesas en situaciones comparables a la suya, para estructuras similares. Por lo demás, en este punto, el Tribunal General no hizo sino reproducir la Decisión controvertida.

144. Mediante la segunda parte del segundo motivo, Engie y otros sostienen que el Tribunal General incurrió en error de Derecho e ignoró su propia jurisprudencia al excluir que el concepto de «abuso del Derecho», aunque deba interpretarse de manera restrictiva, tenga que apreciarse siempre caso por caso.

145. Mediante la tercera parte del segundo motivo, Engie y otros alega que, aun suponiendo que el marco de referencia comprendiera el artículo 6 de la Ley de adaptación fiscal, el Tribunal General incurrió en error manifiesto de apreciación al interpretar y aplicar esta disposición. De este modo, incurrió en contradicción al declarar que la conversión directa del ZORA no podía dar lugar a un rendimiento exento fiscalmente en el sentido del artículo 166 de la LIR a la vista del objetivo del artículo 22 *bis* de la misma Ley, para a continuación admitir que ambas disposiciones no excluían formalmente la exención de los rendimientos.

146. La Comisión rebate el segundo motivo de los recursos de casación.

147. Indica en particular que el Tribunal General no incurrió en ninguna desnaturalización al declarar que la definición del marco de referencia extendido al artículo 6 de la Ley de adaptación fiscal no había sido cuestionada por el Gran Ducado de Luxemburgo ni por Engie y otros. En cualquier caso, el Tribunal General no negó la necesidad de una apreciación del abuso del Derecho caso por caso, sino que simplemente precisó que los criterios de la existencia de un abuso del Derecho establecidos por el Derecho luxemburgués eran claros.

148. Con carácter subsidiario, si bien la Comisión no discute la libertad del contribuyente para elegir la vía menos onerosa ni la prohibición de que la Administración tributaria sustituya la elección de la empresa por la suya propia, entiende no obstante que esos principios tienen un límite legal, en Derecho luxemburgués, en el artículo 6 de la Ley de adaptación fiscal y que una interpretación contraria de este artículo lo vaciaría de contenido.

149. En cuanto al hecho de que el Tribunal General mencione la circunstancia de que el artículo 6 de la Ley de adaptación fiscal ya había sido aplicado, no puede deducirse de ello, según la Comisión, que el Tribunal General haya entendido que las medidas en cuestión solo por eso ya eran selectivas, sino que simplemente se pronunciaba contra la crítica según la cual dicha disposición quedaba convertida en letra muerta.

150. La Comisión indica igualmente que no presumió la existencia de un abuso del Derecho. Sostiene que un ZORA directo no conduce al mismo resultado fiscal que un ZORA indirecto y que, aunque ese fuera el caso, existiría con todo un abuso del Derecho. La Comisión añade que analizó los cuatro criterios constitutivos de un abuso del Derecho a la vista de los hechos de autos antes de llegar a la conclusión de que se cumplían tales criterios. A este respecto, la circunstancia de que las actividades en cuestión estén sometidas a unos riesgos económicos carece de pertinencia. Para la Comisión, lo único importante es dilucidar si el tratamiento fiscal en cuestión era o no abusivo.

b) *Apreciación del Tribunal de Justicia*

151. Procede examinar antes que nada la argumentación del Gran Ducado de Luxemburgo y de Engie y otros referida a que el Tribunal General consideró indebidamente que la Comisión podía acreditar el carácter selectivo de las decisiones fiscales anticipadas en cuestión a la luz del marco de referencia constituido por el artículo 6 de la Ley de adaptación fiscal sin tener en cuenta la práctica administrativa nacional relativa a dicha disposición, dado que la interpretación de esta última no planteaba ninguna dificultad.

152. A este respecto, conviene recordar en primer lugar que calificar una medida fiscal de «selectiva» no solo presupone el conocimiento del contenido de las normas jurídicas pertinentes, sino que exige, además, el examen de su alcance, basado en la práctica administrativa y jurisdiccional del Estado miembro de que se trate (véase, en este sentido, la sentencia de 18 de julio de 2013, P, C-6/12, EU:C:2013:525, apartado 20).

153. En segundo lugar, como observó la Abogada General en esencia en los puntos 146 a 148 de sus conclusiones, una disposición cuyo objeto es la prevención de manera transversal de los abusos en materia fiscal, como el artículo 6 de la Ley de adaptación fiscal, presenta por naturaleza un grado de generalidad muy acusado, pudiendo aplicarse en una gama muy amplia de contextos y de situaciones.

154. Conforme a la jurisprudencia recordada en el apartado 112 de la presente sentencia, la elección de introducir tal disposición en el Derecho nacional y definir de qué manera debe ser aplicada por las autoridades fiscales corresponde a las competencias propias de los Estados miembros en materia de fiscalidad directa en los ámbitos que no han sido objeto de armonización en el Derecho de la Unión y, por tanto, es una manifestación de su autonomía fiscal.

155. Pues bien, habida cuenta de la naturaleza de una disposición anti-abusos como la citada en el apartado 153 de la presente sentencia, la Comisión solo puede llegar a la conclusión de que la inaplicación por las autoridades fiscales de dicha disposición para denegar un tratamiento fiscal instado por un contribuyente en una solicitud de decisión fiscal anticipada dio lugar a la concesión de una ventaja selectiva si esa inaplicación se aparta de la jurisprudencia o de la práctica administrativa nacionales relativas a la misma disposición. En efecto, de no ser así, la Comisión tendría la posibilidad de definir autónomamente lo que constituye o no una aplicación correcta de tal disposición, lo que rebasaría los límites de las competencias que le han atribuido los Tratados en materia de control de las ayudas de Estado y sería incompatible con la autonomía fiscal de los Estados miembros mencionada en el apartado precedente.

156. De ello se sigue que el Tribunal General incurrió en error de Derecho cuando consideró, en el apartado 409 de la sentencia recurrida, que no era necesario que la Comisión tuviera en cuenta la práctica administrativa de las autoridades fiscales luxemburguesas relativa al artículo 6 de la Ley de adaptación fiscal, porque la interpretación de esta disposición no presentaba ninguna dificultad.

157. Es cierto que el Tribunal General señaló, en ese mismo apartado, que la Comisión, en los considerandos 293 a 298 de la Decisión controvertida, se había referido a una nota de servicio de la Administración luxemburguesa y a la práctica jurisdiccional seguida en dicho Estado miembro, de las que extrajo los cuatro criterios que permiten constatar, en Derecho luxemburgués, un abuso del Derecho en materia fiscal en el sentido de esa disposición.

158. Sin embargo, como observó la Abogada General en los puntos 153 y 154 de sus conclusiones, la Comisión se limitó, en ese pasaje de la Decisión controvertida, a un examen general de las condiciones para la

aplicación del artículo 6 de la Ley de adaptación fiscal, sin acreditar que la Administración Tributaria luxemburguesa se hubiera apartado en las decisiones fiscales anticipadas en cuestión, en particular, de su propia práctica en torno a las operaciones comparables a las del caso de autos.

159. En consecuencia, procede acoger también, por tal razón, el segundo motivo de los recursos de casación, sin que sea necesario examinar las otras alegaciones invocadas por el Gran Ducado de Luxemburgo y por Engie y otros en apoyo de dicho motivo.

160. Al haber sido estimados los motivos primero y segundo de los recursos de casación, procede anular la sentencia recurrida, sin que sea necesario pronunciarse sobre los demás motivos de casación. En efecto, la estimación de esos motivos tiene como consecuencia que la conclusión formulada por el Tribunal General en el apartado 478 de la sentencia recurrida, según la cual la desestimación de los motivos de anulación que trataban básicamente del análisis, en la Decisión controvertida, de un marco de referencia restringido a los artículos 164 y 166 de la LIR, o de un marco de referencia constituido por el artículo 6 de la Ley de adaptación fiscal, bastaba para demostrar la selectividad de las decisiones fiscales anticipadas en cuestión, deviene infundada.

V. Sobre los recursos ante el Tribunal General

161. De conformidad con el artículo 61, párrafo primero, segunda frase, del Estatuto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en caso de anulación de la resolución del Tribunal General, el Tribunal de Justicia podrá resolver él mismo definitivamente el litigio, cuando su estado así lo permita.

162. Así sucede en el caso de autos, ya que los motivos de los recursos de anulación de la Decisión controvertida fueron objeto de un debate contradictorio ante el Tribunal General y su examen no requiere que se adopte ninguna diligencia adicional de ordenación del procedimiento o de prueba.

163. Se han de examinar, en primer lugar, los motivos primero y segundo del recurso en el asunto T-516/18 y los motivos segundo y tercero del recurso en el asunto T-525/18, en la medida en que las recurrentes reprochan a la Comisión haber concluido erróneamente que las decisiones fiscales anticipadas en cuestión había otorgado ventajas selectivas a la luz del marco de referencia restringido a los artículos 164 y 166 de la LIR y del marco de referencia constituido por el artículo 6 de la Ley de adaptación fiscal, analizados por el Tribunal General en la sentencia recurrida y que corresponden a las líneas de razonamiento segunda y cuarta mencionadas en el apartado 31 de la presente sentencia.

164. Por lo que se refiere a la segunda línea de razonamiento sobre la selectividad mencionada en el apartado 31 de la presente sentencia, consta que la Comisión incluyó el artículo 166 de la LIR en el marco de referencia restringido a las disposiciones de Derecho luxemburgués relativas a la imposición de las distribuciones de beneficios y a la exención de los rendimientos de participaciones. Dicha institución consideró, sin embargo, que las decisiones fiscales anticipadas en cuestión provenían de una aplicación errónea de esa disposición.

165. Así, en el considerando 202 de la Decisión controvertida, la Comisión, tras constatar que el concepto de «rendimientos de participaciones» en el sentido del artículo 166 de la LIR no venía definido en la Ley, se basó, para definir dicho concepto, en el escrito de 31 de enero de 2018, en el cual el Gran Ducado de Luxemburgo indicó que «todas las participaciones cuyos rendimientos pueden acogerse a la exención prevista en el artículo 166 de la LIR también están cubiertas por lo dispuesto en el artículo 164 de la LIR». La Comisión dedujo de ello que el concepto de «rendimientos de participaciones», cubiertos por la exención del artículo 166 de la LIR, se componía de las «distribuciones» a favor de los portadores de los títulos a las que se hace referencia en el artículo 164 de la citada Ley, precisando al mismo tiempo que tales distribuciones de beneficios debían haber sido gravadas en el impuesto personal de la entidad pagadora. Recalcó, en los considerandos 204 y 213 de la Decisión controvertida, que este último requisito era aplicable, sin que fuera pertinente la calificación de los rendimientos en cuestión de distribuciones de beneficios o de plusvalías.

166. Además, en el considerando 212 de la Decisión controvertida. La Comisión admitió expresamente que, desde una perspectiva económica, el rendimiento percibido por LNG Holding y CEF derivado de la conversión de los ZORA era equivalente a tal distribución de beneficios.

167. Pero, dado que dicha distribución no fue gravada en el impuesto personal de LNG Supply ni de GSTM, la Comisión declaró que se daba una excepción a un marco de referencia constituido por normas de Derecho luxemburgués relativas a la exención de los rendimientos de participaciones y a la imposición de las distribuciones de beneficios. Más concretamente, dedujo dicha excepción de la circunstancia de que la Administración Tributaria

luxemburguesa, a través de las decisiones fiscales anticipadas en cuestión, aceptó que la realización de las adiciones al ZORA en LNG Holding y en CEF estaba cubierta por la exención de los rendimientos de participaciones con arreglo al artículo 166 de la LIR, pese a que esas adiciones había sido deducidas de la base imponible de LNG Supply y de GSTM.

168. No obstante, este análisis adolece de un error que, conforme a la jurisprudencia recordada en el apartado 110 de la presente sentencia, invalida totalmente la segunda línea de razonamiento sobre la selectividad mencionada en el apartado 31 de la presente sentencia.

169. A este respecto, por un lado, el análisis del motivo primero de los dos recursos de casación, en particular los apartados 128 a 131 de la presente sentencia, ponen de manifiesto que la Comisión creyó erróneamente que del escrito de 31 de enero de 2018, así como del dictamen del Consejo de Estado de 1965, podía deducir que existía una relación de condicionalidad entre los artículos 164 y 166 de la LIR, en el sentido de que se requería una imposición previa de los rendimientos en la entidad pagadora para poder disfrutar de la exención prevista en esta última disposición.

170. Por otro lado, la Comisión no examinó, ni menos aún demostró, que el concepto de «distribuciones» en Derecho luxemburgués, en el sentido del artículo 164 de la LIR, por referencia al cual, según el Gran Ducado de Luxemburgo, deben definirse los «rendimientos de participaciones» en el sentido del artículo 166 de la LIR, fuera incompatible con el concepto de «gasto fiscalmente deducible» en el impuesto personal de la entidad pagadora.

171. Por consiguiente, suponiendo que, como indicó la Comisión en el considerando 212 de la Decisión controvertida, las adiciones al ZORA cubiertas por las decisiones fiscales anticipadas en cuestión hubieran constituido, desde una perspectiva económica, una distribución de beneficios en el sentido del artículo 164 de la LIR, estas últimas decisiones no podían, con todo, introducir una excepción al artículo 166 de la misma Ley calificando esas adiciones de rendimientos de participaciones para LNG Holding y CEF y, declarando exentos, por tanto, esos rendimientos con arreglo a esta última disposición. Es necesario señalar que, en cuanto a la segunda línea de razonamiento, la Comisión no se ajustó a los principios enunciados en los apartados 120 a 122 de la presente sentencia.

172. Paralelamente, tal conclusión debe entenderse sin perjuicio del examen del carácter selectivo, en su caso, de las decisiones fiscales anticipadas en cuestión a la luz de la conclusión según la cual los rendimientos de LNG Supply y de GSTM, en cada uno de los ejercicios de que se trata, como contrapartida de la deducción de las adiciones al ZORA en concepto de gastos, fueron gravados sobre el margen convenido con las autoridades fiscales luxemburguesas y no con arreglo a las normas de Derecho fiscal común, que establecen que la carga fiscal que recae sobre una sociedad se calcula en principio aplicando un tipo de gravamen estándar a la renta obtenida realmente, una vez deducidos los gastos de explotación y otros gastos.

173. Por lo que se refiere a la cuarta línea de razonamiento mencionada en el apartado 31 de la presente sentencia, de los apartados 153 a 158 de la presente sentencia se desprende que el análisis de la Comisión relativo a una ventaja selectiva derivada de la inaplicación del artículo 6 de la Ley de adaptación fiscal sobre el abuso del Derecho también está jurídicamente viciado, en la medida en que la Comisión no acreditó que la Administración Tributaria luxemburguesa se hubiera apartado, en las decisiones fiscales anticipadas en cuestión, de su propia práctica relativa a las operaciones comparables a las del caso de autos.

174. Se han de examinar, en segundo lugar, los motivos primero y segundo del recurso en el asunto T-516/18 y los motivos segundo y tercero del recurso en el asunto T-525/18, en la medida en que las recurrentes reprochan a la Comisión haber concluido erróneamente que las decisiones fiscales anticipadas en cuestión habían otorgado ventajas selectivas a LNG Holding y a CEF o al grupo Engie a la luz de un marco de referencia que se extiende al régimen luxemburgués del impuesto sobre sociedades, que corresponde a las líneas de razonamiento primera y tercera mencionadas en el apartado 31 de la presente sentencia.

175. A este respecto, en lo tocante a la primera línea de razonamiento mencionada en el apartado 31 de la presente sentencia, conviene advertir que, como se infiere de los considerandos 166 y 196 de la Decisión controvertida, la Comisión no estimó que las exenciones previstas por el régimen luxemburgués del impuesto sobre sociedades y, en particular, la prevista en el artículo 166 de la LIR fueran en sí mismas constitutivas de un régimen de ayudas, sino que su aplicación a través de las decisiones fiscales anticipadas había procurado al grupo Engie una ventaja selectiva en el sentido del artículo 107 TFUE, apartado 1. De esta manera, la Comisión ni alegó ni demostró que se hubiera producido una infracción de esta última disposición debido a la propia existencia de las disposiciones fiscales luxemburguesas pertinentes.

176. Por consiguiente, el supuesto mencionado en el apartado 114 de la presente sentencia, en el que la Comisión considera que el propio marco de referencia extraído del Derecho nacional es incompatible con el Derecho de la Unión en materia de ayudas de Estado, no corresponde al presente asunto.

177. Pues bien, como se desprende de los apartados 112 y 118 de la presente sentencia, el sistema de referencia o el régimen fiscal «normal» a partir del cual debe analizarse el requisito relativo a la selectividad, debe incluir las disposiciones que rigen las exenciones que la Administración tributaria nacional consideró aplicables al caso concreto, si esas disposiciones no procuran de por sí una ventaja selectiva en el sentido del artículo 107 TFUE, apartado 1. En tal hipótesis, a la vista de las competencias propias de los Estados miembros en materia de fiscalidad directa y del respeto debido a su autonomía fiscal, mencionados en el apartado 118 de la presente sentencia, la Comisión no puede acreditar una excepción a un marco de referencia limitándose a declarar que una medida se aparta de un objetivo general de gravar a todas las sociedades residentes en el Estado miembro de que se trate, sin tener en cuenta las disposiciones del Derecho nacional que especifican el régimen conforme al cual se realiza ese objetivo.

178. En el presente asunto, basándose en un marco de referencia que se extiende al régimen luxemburgués del impuesto sobre sociedades, la Comisión, como resulta de los considerandos 171 a 176 de la Decisión controvertida, no incluyó el artículo 166 de la LIR en dicho marco.

179. En los considerandos 179, 182, 184, 185, 187, 188, 190 y 192 de esta Decisión, la Comisión descartó la pertinencia del artículo 166 de la LIR debido a que, en esencia, la aplicación de dicha disposición no pone en entredicho la conclusión según la cual el efecto combinado de la deducibilidad de las adiciones al ZORA en el impuesto personal de LNG Supply y de GSTM y la exención de los rendimientos correspondientes en el impuesto personal de LNG Holding y de CEF constituía una excepción al objetivo del régimen general luxemburgués del impuesto sobre sociedades, consistente en gravar los beneficios de todas las sociedades sujetas al impuesto en Luxemburgo. Sobre la base de tal análisis, la Comisión concluyó, como se desprende de los considerandos 192 y 193 de la citada Decisión, que la excepción al expresado marco de referencia se había plasmado en forma de una exención de los rendimientos percibidos por LNG Holding y por CEF en tanto que sociedades *holding* de LNG Supply y de GSTM respectivamente.

180. Pues bien, a la vista de lo expuesto en el apartado 177 de la presente sentencia, procede considerar que esta conclusión está jurídicamente viciada. En efecto, el artículo 166 de la LIR, que constituye la base jurídica de las decisiones fiscales anticipadas en cuestión, debería haber integrado el marco de referencia que define el régimen «normal» de tributación, dado que la Comisión no consideró que dicha disposición procurara de por sí una ventaja selectiva en el sentido del artículo 107 TFUE, apartado 1.

181. Este error, de acuerdo con la jurisprudencia recordada en el apartado 110 de la presente sentencia, también vició necesariamente todo el análisis de selectividad llevado a cabo por la Comisión a la luz de un marco de referencia que se extendía al régimen luxemburgués del impuesto sobre sociedades.

182. Por lo que se refiere a la tercera línea de razonamiento mencionada en el apartado 31 de la presente sentencia, los errores constatados en los apartados 168 a 171 y 180 de la misma sentencia también vician el análisis de la Comisión relativo a los efectos generados por las decisiones fiscales anticipadas en cuestión en el impuesto personal del grupo Engie.

183. En efecto, por un lado, en los considerandos 252 a 254 de la Decisión controvertida, que tratan de la exención de los rendimientos de participaciones con arreglo al artículo 166 de la LIR, la Comisión reprodujo en esencia el análisis efectuado en el marco de la segunda línea de razonamiento, basándose en un marco de referencia restringido a las disposiciones fiscales luxemburguesas relativas a la tributación de las distribuciones de beneficios y a la exención de los rendimientos de participaciones, y se remitió en particular, a tales efectos, al considerando 202 de la misma Decisión. De ello se sigue que dicho análisis adolece del mismo error que el constatado en los apartados 168 a 171 de la presente sentencia.

184. Por otro lado, del considerando 245 de la Decisión controvertida se desprende que, a efectos de ese análisis, la Comisión tuvo en cuenta, como marco de referencia, el régimen luxemburgués del impuesto sobre sociedades descrito en los considerandos 171 a 190 de la citada Decisión. Pues bien, como se ha expuesto en los apartados 180 y 181 de la presente sentencia, esta definición del marco de referencia es errónea en la medida en que no incluye el artículo 166 de la LIR.

185. Por lo demás, por las razones expuestas en el apartado 177 de la presente sentencia, la Comisión no podía acreditar válidamente una excepción al régimen «normal» de tributación en el marco de esta tercera línea de razonamiento refiriéndose únicamente a un objetivo general del régimen fiscal luxemburgués de los beneficios de las sociedades residentes en Luxemburgo, como hizo en el considerando 256 de la Decisión controvertida.

186. Por cuantas consideraciones anteceden, procede estimar los motivos primero y segundo del recurso en el asunto T-516/18 y los motivos segundo y tercero del recurso en el asunto T-525/18, basados, en esencia, en errores de apreciación y de Derecho en la identificación de una ventaja selectiva. En consecuencia, debe anularse la Decisión controvertida, sin que sea necesario examinar los demás motivos de los recursos de anulación.

VI. Costas

187. A tenor del artículo 184, apartado 2, de su Reglamento de Procedimiento, el Tribunal de Justicia decidirá sobre las costas cuando el recurso de casación sea fundado y dicho Tribunal resuelva definitivamente el litigio.

188. El artículo 138, apartado 1, del referido Reglamento, aplicable al procedimiento de casación en virtud de su artículo 184, apartado 1, dispone que la parte que haya visto desestimadas sus pretensiones será condenada en costas, si así lo hubiera solicitado la otra parte.

189. En el caso de autos, por lo que respecta al recurso de casación interpuesto en el asunto C-451/21 P, al haber sido estimadas las pretensiones del Gran Ducado de Luxemburgo, procede, conforme a sus pretensiones, condenar a la Comisión a cargar, además de con sus propias costas, con las del Gran Ducado de Luxemburgo.

190. Por lo que respecta al recurso de casación interpuesto en el asunto C-454/21 P, al haber sido estimadas las pretensiones de Engie y otros, procede, conforme a sus pretensiones, condenar a la Comisión a cargar, además de con sus propias costas, con las de Engie y otros.

191. Por otra parte, al haberse estimado los recursos interpuestos ante el Tribunal General, se condena a la Comisión a cargar con la totalidad de las costas del procedimiento de primera instancia.

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

- 1) Acumular los asuntos C-451/21 P y C-454/21 P a efectos de la sentencia.**
- 2) Anular la sentencia del Tribunal General de 12 de mayo de 2021, Luxemburgo y otros/Comisión (T-516/18 y T-525/18, EU:T:2021:251).**
- 3) Anular la Decisión (UE) 2019/421 de la Comisión, de 20 de junio de 2018, relativa a la ayuda estatal SA.44888 (2016/C) (ex 2016/NN) ejecutada por Luxemburgo en favor de Engie.**
- 4) Condenar a la Comisión Europea a cargar con las costas de los recursos de casación interpuestos en los asuntos C-451/21 P y C-454/21 P.**
- 5) Condenar a la Comisión Europea a cargar con las costas del procedimiento de primera instancia.**

Firmas

* Lengua de procedimiento: francés.

Fuente: sitio internet del Tribunal de Justicia.