

**BASE DE DATOS DE Norma DEF.-**

Referencia: NFJ071913

**TRIBUNAL GENERAL DE LA UNIÓN EUROPEA**

Sentencia de 15 de noviembre de 2018

Sala 9.<sup>a</sup> (ampliada)

Asunto n.º T-399/11 REENV

**SUMARIO:**

**IS. Base imponible. Amortizaciones. Amortización del inmovilizado inmaterial. Deducibilidad del fondo de comercio financiero en supuestos de adquisición de participaciones en sociedades no residentes. Políticas comunitarias. Ayudas de Estado. Impugnación de la Decisión 2011/282/UE de la Comisión (Amortización fiscal del fondo de comercio financiero para la adquisición de participaciones extranjeras aplicada por España).** Incumbe a este Tribunal General aplicar a la medida controvertida el razonamiento vertido por el Tribunal de Justicia en su sentencia de 21 de diciembre de 2016 (NFJ064878), consistente en que la constatación de la selectividad de una medida no resulta necesariamente del hecho de que a determinadas empresas les resulte imposible beneficiarse de la ventaja establecida por esa medida a causa de limitaciones jurídicas, económicas o prácticas que les impiden realizar la operación de la que depende la obtención de esta ventaja, pero sí puede resultar de la mera constatación de que existe una operación que, pese a ser comparable a la operación de la que depende la obtención de la ventaja en cuestión, no da derecho a obtenerla -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-. En definitiva, procede aplicar un concepto de la selectividad basado en la distinción entre las empresas que optan por realizar ciertas operaciones y las empresas que optan por no realizarlas, y no en la distinción entre empresas en función de sus características propias.

Pues bien, no cabe sino hacer constar que la medida controvertida beneficia a las empresas sujetas al Impuesto en España que han optado por adquirir participaciones en sociedades no residentes, en comparación con las empresas sujetas al mismo en España que han optado por adquirir participaciones en sociedades residentes. En efecto, cuando realizan una operación de adquisición de participaciones en una sociedad residente, las empresas sujetas al impuesto en España no pueden obtener la ventaja que la medida controvertida asocia a esta operación. Resulta de lo anterior que una medida fiscal nacional como la medida controvertida, que confiere una ventaja cuya obtención depende de la realización de una operación económica, puede ser selectiva incluso en el caso de que, dadas las características de la operación en cuestión, cualquier empresa pueda optar libremente por realizar tal operación. Es preciso rechazar, por tanto, la imputación de la demandante, en la que se alega que cualquier empresa puede disfrutar de la ventaja que confiere la medida controvertida.

Por otro lado, la justificación de la medida por razones de neutralidad fiscal, entendiéndose que pone fin a una diferencia de trato injustificada entre, por una parte, las empresas que pueden fusionarse sin dificultades con una sociedad residente -lo que les permite disfrutar de la amortización del fondo de comercio-, y, por otra parte, las empresas que se topan con dificultades de índole jurídica, en particular en los Estados que no son miembros de la Unión -que generalmente les impiden fusionarse con una sociedad no residente y, por tanto, disfrutar de la amortización del fondo de comercio-, no ha sido demostrada por el Reino de España, que es a quien le incumbe, al no haber acreditado que las empresas que desean realizar fusiones transfronterizas y que no pueden hacerlo por existir obstáculos a la combinación de empresas, adquieren por defecto participaciones en sociedades no residentes o, al menos, conserven las participaciones de las que ya disponen.

**Beneficiario de la ayuda.** Las empresas sujetas al impuesto en España y que adquieren participaciones en sociedades no residentes no solo son los destinatarios inmediatos de la ayuda en cuestión, sino también los beneficiarios reales de la misma. Según la Comisión, en acertado criterio, ningún mecanismo garantizaba que la ventaja se transfiriera total o parcialmente al vendedor de las participaciones en cuestión y que, aunque tal fuera el caso, la medida controvertida daría al adquirente una mayor capacidad de ofertar un precio más elevado.

*Recuperación de las ayudas.* El régimen transitorio que establece la Decisión impugnada conforme al cual no procede la recuperación de las ayudas concedidas antes de la fecha de publicación de la Decisión de incoación no daña el principio de confianza legítima ni el de igualdad de trato: no hay confianza legítima para los operadores basada en el eventual reconocimiento de que pueda declararse que no estamos ante una ayuda de Estado; un operador diligente debería haberse abstenido de aplicarla. Y también goza de legitimidad el reconocimiento de la no necesidad de recuperación de las ayudas aplicadas hasta la fecha de publicación de la Decisión impugnada en lo que tiene que ver con la adquisición de participaciones mayoritarias en sociedades extranjeras establecidas en ciertos países y, en general, en los países en los que se hubiera demostrado o se pudiera demostrar la existencia de obstáculos jurídicos explícitos a las combinaciones transfronterizas de empresas, puesto que respecto de éstas la Comisión sí pudo generar esa confianza legítima en que finalmente no fueran declaradas ayudas de Estado contrarias al Derecho de la Unión.

Se desestima íntegramente el recurso interpuesto contra la Decisión impugnada, Decisión 2011/282/UE de la Comisión (Amortización fiscal del fondo de comercio financiero para la adquisición de participaciones extranjeras aplicada por España)

[Vid. STGUE, de 7 de noviembre de 2014, asunto n.º T-399/11 (NFJ056280), que se recurre, y, STJUE, de 21 de diciembre de 2016, asuntos núms. C-20/15 P y C-21/15 P (acumulados) (NFJ064878), que la anuló y devolvió los asuntos a este Tribunal].

#### PRECEPTOS:

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

Ley 43/1995 (Ley IS), art. 12.5.

Decisión 2011/282/UE de la Comisión (Amortización fiscal del fondo de comercio financiero para la adquisición de participaciones extranjeras aplicada por España), arts. 1 y 4.

Reglamento (CE) n.º 659/1999 del Consejo (Disposiciones de aplicación del artículo 93 del Tratado CE), art. 14.

#### PONENTE:

*Don S. Gervasoni.*

En el asunto T-399/11 RENV,

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

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

representadas por los Sres. J.L. Buendía Sierra, E. Abad Valdenebro, R. Calvo Salinero y A. Lamadrid de Pablo, abogados,

partes demandantes,

apoyadas por

**República Federal de Alemania**, representada por el Sr. T. Henze, en calidad de agente,

**Irlanda**, representada inicialmente por las Sras. G. Hodge y E. Creedon y posteriormente por las Sras. Hodge y M. Browne, en calidad de agentes,

**Reino de España**, representado por el Sr. M. Sampol Pucurull, en calidad de agente,

partes coadyuvantes,

contra

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

parte demandada,

que tiene por objeto un recurso basado en el artículo 263 TFUE y por el que se solicita la anulación del artículo 1, apartado 1, y del artículo 4 de la Decisión 2011/282/UE de la Comisión, de 12 de enero de 2011, relativa a la amortización fiscal del fondo de comercio financiero para la adquisición de participaciones extranjeras C 45/07 (ex NN 51/07, ex CP 9/07) aplicada por España (DO 2011, L 135, p. 1),

EL TRIBUNAL GENERAL (Sala Novena ampliada),

integrado por el Sr. S. Gervasoni (Ponente), Presidente, y los Sres. L. Madise y R. da Silva Passos, la Sra. K. Kowalik-Bańczyk y el Sr. C. Mac Eochaidh, Jueces;

Secretario: Sra. X. Lopez Bancalari, administradora;

habiendo considerado los escritos obrantes en autos y celebrada la vista el 31 de enero de 2018;

dicta la siguiente

## Sentencia

### I. Antecedentes del litigio

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

2. La medida controvertida dispone que, en caso de adquisición, por parte de una empresa que tribute en España, de participaciones en una «sociedad extranjera», si el porcentaje de participación es de al menos el 5 % y dicha participación se posee de manera ininterrumpida durante al menos un año, el fondo de comercio financiero (véanse los apartados 65 y 67 de la presente sentencia) resultante de esta adquisición podrá deducirse, en forma de amortización, de la base imponible del impuesto sobre sociedades que deba pagar esa empresa. La medida controvertida precisa que, para tener la consideración de «sociedad extranjera», una sociedad debe estar sujeta a un impuesto idéntico al impuesto aplicable en España y sus ingresos deben proceder principalmente de la realización de actividades empresariales en el extranjero.

3. Mediante escrito de 5 de diciembre de 2007, la Comisión recibió las observaciones del Reino de España sobre la decisión de incoar el procedimiento de investigación formal (en lo sucesivo, «Decisión de incoación»). Entre el 18 de enero y el 16 de junio de 2008, la Comisión también recibió las observaciones de 32 terceros interesados. Mediante escritos de 30 de junio de 2008 y 22 de abril de 2009, el Reino de España presentó sus comentarios sobre las observaciones de los terceros interesados.

4. Los días 18 de febrero de 2008 y 12 de mayo y 8 de junio de 2009, la Comisión organizó unas reuniones técnicas con las autoridades españolas. También organizó otras reuniones técnicas con algunos de los 32 terceros interesados.

5. Mediante escrito de 14 de julio de 2008 y correo electrónico de 16 de junio de 2009, el Reino de España proporcionó información adicional a la Comisión.

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

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

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

9. Los días 12, 16 y 20 de noviembre de 2009 y 3 de enero de 2010, el Reino de España transmitió a la Comisión información relativa a las inversiones directas realizadas fuera de la Unión por empresas españolas. La Comisión recibió igualmente observaciones de varios terceros interesados.

10. Los días 27 de noviembre de 2009 y 16 y 29 de junio de 2010, se celebraron reuniones técnicas entre los servicios de la Comisión y las autoridades españolas.

11. El 12 de enero de 2011, la Comisión adoptó la Decisión 2011/282/UE, relativa a la amortización fiscal del fondo de comercio financiero para la adquisición de participaciones extranjeras C 45/07 (ex NN 51/07, ex CP 9/07) aplicada por España (DO 2011, L 135, p. 1; en lo sucesivo, «Decisión impugnada»). Esta Decisión, en su versión publicada en el *Diario Oficial de la Unión Europea* el 21 de mayo de 2011, había sido objeto de una corrección de errores de fecha 3 de marzo de 2011 y fue objeto de una segunda corrección de errores publicada en el *Diario Oficial* el 26 de noviembre de 2011.

12. La Decisión impugnada declara incompatible con el mercado interior el régimen controvertido cuando se aplica a adquisiciones de participaciones en empresas establecidas fuera de la Unión (artículo 1, apartado 1, de la Decisión impugnada). El artículo 4 de esta Decisión dispone que el Reino de España debe recuperar las ayudas concedidas.

## II. Procedimiento y pretensiones de las partes

13. Mediante escrito presentado en la Secretaría del Tribunal General el 29 de julio de 2011, las demandantes, Banco Santander, S.A., y Santusa Holding, S.L., interpusieron un recurso en el que solicitaban que se anulara la Decisión impugnada.

14. En su sentencia de 7 de noviembre de 2014, Banco Santander y Santusa/Comisión (T-399/11, EU:T:2014:938), el Tribunal General estimó ese recurso basándose en que la Comisión había aplicado erróneamente el requisito de selectividad establecido en el artículo 107 TFUE, apartado 1.

15. La Decisión de 28 de octubre de 2009 también fue anulada por el Tribunal General en su sentencia de 7 de noviembre de 2014, Autogrill España/Comisión (T-219/10, EU:T:2014:939).

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

**17.** Las demandantes, apoyadas por la República Federal de Alemania, Irlanda y el Reino de España, solicitaron que se desestimaran los recursos de casación.

**18.** En su sentencia de 21 de diciembre de 2016, Comisión/World Duty Free Group y otros (C-20/15 P y C-21/15 P, en lo sucesivo, «sentencia World Duty Free», EU:C:2016:981), el Tribunal de Justicia anuló la sentencia de 7 de noviembre de 2014, Banco Santander y Santusa/Comisión (T-399/11, EU:T:2014:938), devolvió el asunto al Tribunal General y reservó parcialmente la decisión sobre las costas. El Tribunal de Justicia anuló también la sentencia de 7 de noviembre de 2014, Autogrill España/Comisión (T-219/10, EU:T:2014:939).

**19.** Conforme a lo dispuesto en el artículo 217, apartado 1, del Reglamento de Procedimiento del Tribunal General, las partes principales presentaron sus observaciones escritas el 2 de marzo de 2017 y el Reino de España el 3 de marzo de 2017.

**20.** Con arreglo a lo dispuesto en el artículo 217, apartado 3, del Reglamento de Procedimiento, las partes principales y el Reino de España presentaron sus escritos de observaciones complementarios el 24 de abril de 2017.

**21.** Visto el informe del Juez Ponente, el Tribunal General decidió iniciar la fase oral del procedimiento.

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

**23.** En la vista celebrada el 31 de enero de 2018 se oyeron las observaciones orales de las partes.

**24.** Las demandantes solicitan al Tribunal General que:

- Anule el artículo 1, apartado 1, de la Decisión impugnada en la medida en que declara que el régimen controvertido comporta elementos de ayuda de Estado.

- Con carácter subsidiario, anule el artículo 1, apartado 1, de la Decisión impugnada en la medida en que declara que el régimen controvertido comporta elementos de ayuda de Estado cuando se aplica a adquisiciones de participaciones que supongan adquisición de control.

- Con carácter subsidiario, anule el artículo 4 de la Decisión impugnada en la medida en que ordena la recuperación de las ayudas relativas a operaciones celebradas con anterioridad a la publicación de la Decisión impugnada en el *Diario Oficial de la Unión Europea*.

- Con carácter subsidiario, anule el artículo 1, apartado 1, de la Decisión impugnada y, con carácter subsidiario de segundo grado, su artículo 4, en la medida en que estas disposiciones se aplican a operaciones realizadas en Estados Unidos, en México y en Brasil.

- Condene en costas a la Comisión.

**25.** Las demandantes solicitan igualmente al Tribunal General que acuerde unas diligencias de ordenación del procedimiento destinadas a obtener que la Comisión comunique ciertos documentos.

**26.** La Comisión solicita al Tribunal General que:

- Desestime el recurso.

- Condene en costas a las demandantes.

27. El Reino de España solicita al Tribunal General que:

- Estime el recurso de anulación.
- Condene en costas a la Comisión.

### III. Fundamentos de Derecho

28. Las demandantes invocan tres motivos en apoyo de su recurso, basados, el primero, en que la medida controvertida no tiene carácter selectivo; el segundo, en la incorrecta identificación del beneficiario de la medida controvertida y, el tercero, en una violación del principio de protección de la confianza legítima.

#### ***A. Sobre el primer motivo de recurso, basado en la falta de carácter selectivo de la medida controvertida***

##### ***1. Alegaciones de las partes***

29. En su primer motivo de recurso, las demandantes formulan tres imputaciones en las que alegan, en la primera, la ausencia de selectividad prima facie de la medida controvertida; en la segunda, la errónea identificación del sistema de referencia (o marco de referencia, o régimen común o normal) y, en la tercera, que la medida se justifica por la naturaleza y la estructura del sistema fiscal en el que se enmarca.

30. En la primera imputación, las demandantes sostienen, en esencia, que el régimen controvertido no presenta un carácter selectivo en el sentido del artículo 107 TFUE, apartado 1, pues cualquier empresa puede acceder al beneficio fiscal que en él se establece. Aducen que el carácter selectivo afirmado por la Decisión impugnada se basa en un razonamiento circular y tautológico, según el cual solo las empresas que se beneficien de la medida controvertida pueden beneficiarse de ella.

31. Las demandantes se basan igualmente en la existencia de unos datos estadísticos que, en su opinión, permiten mostrar que la medida controvertida ha podido beneficiar a empresas de diferentes tamaños y pertenecientes a diferentes sectores. Por último, invocan una incoherencia de la Comisión con su propia práctica.

32. En su segunda imputación, las demandantes sostienen que, mientras que las empresas españolas pueden proceder sin dificultades a una combinación de empresas con otras sociedades residentes, lo que les permite amortizar en tal caso el fondo de comercio, encuentran dificultades que les impiden realizar una combinación de empresas similar y, por tanto, disfrutar de esa amortización en las operaciones relativas a sociedades no residentes, en particular en los Estados que no son miembros de la Unión. Según el tipo de operaciones de que se trate, las empresas se encuentran, pues, en situaciones jurídicas y fácticas diferentes. Por lo tanto, a su juicio, no cabe considerar que la medida controvertida, que solo se aplica a las adquisiciones de participaciones en sociedades no residentes, introduzca una excepción al régimen fiscal común o normal, es decir, una diferenciación entre operaciones que, desde el punto de vista del objetivo perseguido por dicho régimen, se encuentran en una situación fáctica y jurídica comparable.

33. Las demandantes invocan a este respecto un cierto número de sentencias del Tribunal de Justicia. Sostienen igualmente que la Comisión no ha explicado suficientemente por qué no era posible optar por un sistema de referencia distinto, en el que solo se contemplaran las adquisiciones de participaciones en sociedades no residentes.

34. Según las demandantes, mientras que la Comisión reconoció en la Decisión de 28 de octubre de 2009 que las situaciones eran diferentes en el caso de adquisiciones de participaciones en sociedades residentes y en el caso de adquisiciones de participaciones en sociedades no residentes, ha dejado de reconocer tal diferencia en la Decisión impugnada. Las demandantes ponen de relieve la incoherencia de la Comisión e invocan así, en síntesis,

la violación del principio de protección de la confianza legítima. A este respecto, las demandantes solicitan que se presente ante el Tribunal General un intercambio de escritos entre la Comisión y el Reino de España.

**35.** Las demandantes sostienen que la existencia de obstáculos jurídicos a las combinaciones transfronterizas de empresas con sociedades no residentes ha quedado demostrada. Critican a este respecto las apreciaciones de la Comisión sobre la situación de las fusiones en los Estados Unidos, en Brasil, en México y en Japón. Afirman que la conclusión a la que llegó la Comisión a este respecto no está suficientemente motivada.

**36.** Las demandantes reprochan a la Comisión que solo haya tenido en cuenta los obstáculos jurídicos explícitos.

**37.** Reprochan igualmente a la Comisión haber examinado únicamente la situación de ciertos países, a pesar de que el Reino de España le había solicitado expresamente que examinara la situación de cada uno de los países citados en los estudios que se habían presentado en el procedimiento de investigación formal.

**38.** En su tercera imputación, las demandantes sostienen, con carácter subsidiario, que la supuesta excepción que la medida controvertida establece se justifica, en cualquier caso, por la lógica del sistema fiscal español. Alegan así que la medida controvertida permite garantizar una neutralidad fiscal entre las operaciones de adquisición de participaciones en sociedades residentes y las operaciones de adquisición de participaciones en sociedades no residentes.

**39.** A este respecto, las demandantes invocan la práctica seguida por la Comisión en decisiones anteriores.

**40.** Las demandantes critican igualmente el razonamiento de la Comisión según el cual la medida controvertida resulta desproporcionada y demasiado imprecisa. Según las demandantes, la medida controvertida se aplicaba, justificadamente, desde que se alcanzaba un porcentaje de participación del 5 %. En cualquier caso, a su juicio, la Comisión hubiera debido declarar, como le había solicitado expresamente el Reino de España, que la medida controvertida no era selectiva en relación con las adquisiciones de participaciones mayoritarias. A este respecto, las demandantes invocan diversas sentencias, así como un escrito del miembro de la Comisión responsable de la competencia en el que este daba su opinión sobre la posibilidad de mantener el régimen controvertido.

**41.** El Reino de España indica que el objetivo de la medida controvertida es garantizar el respeto del principio de neutralidad fiscal, con arreglo al cual los efectos fiscales de una misma inversión deben ser idénticos.

**42.** El Reino de España considera que la medida controvertida no guarda relación con el «principio de competitividad».

**43.** Pone de relieve igualmente que cualquier empresa, sea cual sea su actividad, puede acceder a la ventaja que ofrece la medida controvertida.

**44.** Añade que la medida controvertida se limita a garantizar la recuperación de una inversión, permitiendo deducir el coste de esa inversión en el momento en que se determina el importe sujeto al impuesto.

**45.** El Reino de España sostiene que la Comisión no ha tenido en cuenta los obstáculos jurídicos y prácticos a las combinaciones transfronterizas de empresas, a pesar de que él había mencionado esas dificultades a la Comisión en el transcurso del procedimiento de investigación formal. Añade que tales obstáculos existían en el momento de la entrada en vigor de la medida controvertida y que no han sido suprimidos, ni siquiera en el interior de la Unión, a pesar de haberse aprobado posteriormente una normativa en esta materia.

**46.** El Reino de España sostiene que la Comisión no ha realizado un examen riguroso de la situación fáctica y jurídica existente en materia de obstáculos a las fusiones transfronterizas, pese a disponer de una abundante documentación que él le había facilitado. Afirma que la existencia de obstáculos fue reconocida por el miembro de

la Comisión responsable de la competencia en un intercambio de escritos con la Administración española. Considera además que estos obstáculos no pueden reducirse a los obstáculos jurídicos explícitos.

**47.** El Reino de España considera demostrada la existencia de obstáculos jurídicos, pero también económicos y prácticos, a las combinaciones transfronterizas de empresas. Critica en particular el razonamiento seguido por la Comisión en relación con los Estados Unidos, con México y con Brasil.

**48.** La Comisión responde que el análisis de la selectividad realizado en la Decisión impugnada es conforme con la jurisprudencia, dado que parte de la definición del marco de referencia pertinente y continúa con la comprobación de la existencia de una excepción creada por la medida controvertida. En las observaciones que ha presentado sobre la sentencia *World Duty Free*, la Comisión afirma que su análisis queda confirmado por dicha sentencia.

**49.** Según la Comisión, aunque el sistema de referencia tomado en consideración solo comprendiera las adquisiciones de participaciones en sociedades no residentes, podrían beneficiarse sin embargo de la ventaja ofrecida por la medida controvertida situaciones que no presentan ninguna similitud significativa, ya que ese sistema de referencia se aplicaría también a las adquisiciones de participaciones minoritarias.

**50.** La Comisión añade que la medida controvertida se aplica a las participaciones minoritarias, que no tienen relación alguna con las combinaciones de empresas.

**51.** Por otra parte, a su juicio, la medida controvertida no guarda relación con la posibilidad de realizar combinaciones de empresas, en particular por lo que respecta a las empresas que adquieren participaciones minoritarias en sociedades no residentes.

**52.** Además, según la Comisión, para poder confirmar la legalidad de la Decisión impugnada basta con que la presencia de obstáculos a las combinaciones transfronterizas de empresas no resulte acreditada en ciertos países.

**53.** La Comisión califica, por otra parte, de infundada la alegación de las demandantes relativa a la violación del principio de protección de la confianza legítima.

**54.** La Comisión indica igualmente que la medida controvertida no se justifica por la lógica del sistema fiscal español. Alega en particular que, para amortizar el fondo de comercio, en el caso de operaciones nacionales es necesaria la combinación de empresas, mientras que en el caso de operaciones transfronterizas la medida controvertida se aplica a partir de la adquisición de un mero 5 % de participaciones en la empresa no residente.

**55.** La Comisión recuerda igualmente que, en el régimen normal, la amortización del fondo de comercio en relación con las adquisiciones de participaciones de al menos un 5 % solo es posible si la adquisición de participaciones va seguida de una combinación de empresas. Ello tiene como consecuencia que una empresa que adquiera una participación de al menos un 5 % en una sociedad residente pero que no pueda fusionarse con ella (por ejemplo, por no tener suficiente número de participaciones), no podrá beneficiarse de la amortización del fondo de comercio. Por el contrario, una empresa que, análogamente, adquiera participaciones en una sociedad no residente y no pueda fusionarse con ella (por no tener suficiente número de participaciones) podrá beneficiarse de la medida controvertida y amortizar así el fondo de comercio.

**56.** La Comisión precisa que, en contra de lo que se afirma en la demanda, las autoridades españolas no le solicitaron que declarase la inexistencia de ayuda en los casos en que la medida controvertida se aplicara a participaciones mayoritarias.

## **2. Apreciación del Tribunal General**

**57.** Con carácter preliminar, debe recordarse que, según reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia, la calificación de una medida nacional como «ayuda estatal», a efectos del artículo 107 TFUE, apartado 1, exige que

concurran todos los requisitos siguientes. En primer lugar, debe tratarse de una intervención del Estado o mediante fondos estatales. En segundo lugar, tal 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 (véase la sentencia World Duty Free, apartado 53 y jurisprudencia citada).

**58.** En lo que se refiere al requisito de selectividad de la ventaja, que es constitutivo del concepto de «ayuda estatal» en el sentido del artículo 107 TFUE, apartado 1, se desprende de una jurisprudencia asimismo reiterada del Tribunal de Justicia que la apreciación de este requisito exige determinar si, en el marco de un régimen jurídico determinado, 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 desde el punto de vista del objetivo perseguido por el referido régimen y que, por lo tanto, reciben un trato diferenciado que puede calificarse, en esencia, de discriminatorio (véase la sentencia World Duty Free, apartado 54 y jurisprudencia citada).

**59.** Por otra parte, cuando la medida en cuestión se prevé como un régimen de ayudas y no como una ayuda individual, corresponde a la Comisión determinar si esa medida, aun cuando atribuya una ventaja de alcance general, lo hace en beneficio exclusivo de ciertas empresas o de ciertos sectores de actividad (véase la sentencia World Duty Free, apartado 55 y jurisprudencia citada).

**60.** Por lo que respecta, en particular, a las medidas nacionales que otorgan una ventaja fiscal, procede recordar que una medida de esta naturaleza, que, aunque no implique una transferencia de fondos estatales, coloque a los beneficiarios en una situación más favorable que la de los restantes contribuyentes, puede procurar una ventaja selectiva a los beneficiarios y, por lo tanto, constituye una ayuda estatal en el sentido del artículo 107 TFUE, apartado 1. En cambio, las ventajas fiscales resultantes de una medida general aplicable sin distinción a todos los operadores económicos no constituyen ayudas estatales en el sentido de dicho precepto (véase la sentencia World Duty Free, apartado 56 y jurisprudencia citada).

**61.** En este contexto, con objeto de calificar una medida fiscal nacional como «selectiva», la Comisión debe identificar primero el régimen tributario común o «normal» aplicable en el Estado miembro de que se trate, y a continuación demostrar que la medida fiscal en cuestión supone una excepción al referido régimen común, en la medida en que introduce diferenciaciones entre operadores económicos que, desde el punto de vista del objetivo perseguido por dicho régimen común, se encuentran en una situación fáctica y jurídica comparable (véase la sentencia World Duty Free, apartado 57 y jurisprudencia citada).

**62.** Sin embargo, el concepto de «ayuda estatal» no se refiere a las medidas que establecen una diferenciación entre empresas que, desde el punto de vista del objetivo perseguido por el régimen jurídico en cuestión, se encuentran en una situación fáctica y jurídica comparable, medidas que por tanto son a priori selectivas, cuando el Estado miembro de que se trate consigue demostrar que la diferenciación está justificada porque resulta de la naturaleza o de la estructura del sistema en que dichas medidas se enmarcan (véase la sentencia World Duty Free, apartado 58 y jurisprudencia citada).

**63.** Es pues al término de un método de tres etapas, como el presentado en los anteriores apartados 61 y 62, cuando es posible concluir que una medida fiscal nacional presenta un carácter selectivo.

**64.** También conviene recordar, siempre a título preliminar, los motivos de la Decisión impugnada que sirvieron de base a la Comisión para concluir que la medida controvertida tenía carácter selectivo.

**65.** En primer lugar, debe precisarse que la Decisión impugnada define el fondo de comercio como el valor de la buena reputación del nombre comercial de la empresa de que se trate, las buenas relaciones con los clientes, la cualificación de los empleados y otros factores similares que permiten esperar que producirán en el futuro ganancias superiores a las aparentes (considerando 27 de la Decisión impugnada). El fondo de comercio surge como la diferencia contable entre el coste de adquisición y el valor de mercado de los activos que componen los negocios adquiridos por la entidad combinada o en manos de esta (considerando 123 de la Decisión impugnada).

Cuando la adquisición de una sociedad se produce mediante la adquisición de sus acciones, el fondo de comercio coincide con la diferencia entre el precio pagado por la adquisición de participaciones en una sociedad y el valor de mercado de los activos que integran la empresa, diferencia que debe consignarse como activo inmaterial separado en la contabilidad de la empresa adquirente en cuanto esta tome el control de la empresa participada (considerando 27 de la Decisión impugnada).

**66.** En el considerando 28 de la Decisión impugnada se indica que, en virtud de los principios fiscales españoles, el fondo de comercio solo puede amortizarse, con la excepción de la medida controvertida, tras una «combinación de empresas», es decir, según una acepción amplia de esta expresión, tanto a raíz de una adquisición o una aportación de activos integrantes de empresas independientes como a raíz de una fusión o una operación de escisión.

**67.** El fondo de comercio financiero se define en la Decisión impugnada como el fondo de comercio que se habría consignado en la contabilidad de la empresa adquirente en caso de que esta y la empresa participada se hubieran combinado. Así, según la Comisión, el concepto de fondo de comercio financiero contemplado en la medida controvertida introduce en el ámbito de las adquisiciones de participaciones un concepto utilizado generalmente en las operaciones de combinación de empresas (considerando 29 de la Decisión impugnada).

**68.** En la Decisión impugnada, la Comisión consideró que el marco o sistema de referencia pertinente era el régimen general español del impuesto sobre sociedades y, más concretamente, las normas relativas al tratamiento fiscal del fondo de comercio financiero contenidas en dicho régimen fiscal (considerando 118 de la Decisión impugnada). Añadió que así confirmaba el sistema de referencia elegido en la Decisión de 28 de octubre de 2009, en cuyo considerando 89 había precisado que «la medida controvertida debe evaluarse habida cuenta de las disposiciones generales del régimen del impuesto sobre sociedades que son aplicables a las situaciones en las que la aparición del fondo de comercio conduce a un beneficio fiscal [...] porque [ella] considera que las situaciones en las que puede amortizarse el fondo de comercio financiero no abarcan toda la categoría de contribuyentes que se hallan en una situación similar de hecho y de Derecho». De este modo, la Comisión estimó que el marco de referencia no podía limitarse al tratamiento fiscal del fondo de comercio financiero establecido por la medida controvertida, ya que esta medida únicamente beneficiaba a las adquisiciones de participaciones en sociedades no residentes y que, en consecuencia, eran las disposiciones generales del régimen del impuesto sobre sociedades relativas a la amortización fiscal del fondo de comercio (en lo sucesivo, «el tratamiento fiscal del fondo de comercio») las que constituían el marco de referencia.

**69.** La Comisión también indicó que, al permitir que el fondo de comercio financiero que se habría contabilizado si las empresas se hubieran combinado surja incluso sin que exista una combinación de empresas, la medida controvertida constituía una excepción al sistema de referencia (considerando 124 de la Decisión impugnada), ya que dicho sistema, por razones contables, solo permitía amortizar el fondo de comercio en el supuesto de combinación de empresas (considerandos 28, 29 y 123 de la Decisión impugnada).

**70.** La Comisión añadió que la medida controvertida no podía considerarse una nueva norma general por derecho propio, ya que la amortización del fondo de comercio que resulta de la mera adquisición de participaciones solo se permitía en caso de adquisiciones de participaciones transfronterizas, y no en caso de adquisiciones de participaciones nacionales. Según la Comisión, la medida controvertida introducía así una diferencia de trato entre las operaciones nacionales y las operaciones transfronterizas (considerando 124 de la Decisión impugnada).

**71.** La Comisión continuó afirmando, en el considerando 136 de la Decisión impugnada, que la medida controvertida no era necesaria habida cuenta de la lógica del sistema fiscal y añadió que también la consideraba desproporcionada. Es preciso señalar que la Comisión ya había destacado, en el considerando 106 de la Decisión impugnada, el carácter no solo vago e impreciso, sino también discriminatorio de la medida controvertida.

**72.** La Comisión precisó que la medida controvertida suponía imponer una tributación diferente a empresas que se encuentran en situaciones comparables por la mera razón de que algunas de ellas participaban en inversiones en el extranjero (considerando 136 de la Decisión impugnada) y daba lugar así, al aplicarse incluso a

adquisiciones de participaciones minoritarias, a que situaciones diferentes recibieran un trato idéntico (considerando 139 de la Decisión impugnada).

**73.** La Comisión concluyó que el carácter de ventaja selectiva del régimen fiscal en cuestión no se justificaba por la naturaleza del sistema fiscal (considerando 140 de la Decisión impugnada).

**74.** Conviene añadir que la Comisión comprobó también si existían obstáculos jurídicos explícitos a las combinaciones transfronterizas de empresas en Estados que no eran miembros de la Unión (considerandos 113 a 120 de la Decisión impugnada).

**75.** La Comisión precisó que examinaba la legislación de esos terceros Estados con el único propósito de verificar las alegaciones de las autoridades españolas sobre la existencia de obstáculos a las combinaciones transfronterizas de empresas y subrayó que este examen no constituía en modo alguno un reconocimiento de que tales obstáculos podían justificar un sistema de referencia diferente del elegido por ella (considerando 113 de la Decisión impugnada).

**76.** Sobre la base de tal examen, la Comisión concluyó que no había «motivo alguno para apartarse del sistema de referencia de la Decisión de incoación y de la Decisión [de 28 de octubre de 2009]» (considerando 118 de la Decisión impugnada).

**77.** Es preciso apreciar pues si, en relación con cada una de las tres imputaciones formuladas por las demandantes, la Comisión pudo concluir legítimamente, basándose en la jurisprudencia que se ha recordado y en la motivación que acaba de exponerse, que la medida litigiosa era selectiva.

#### ***a) Sobre la ausencia de selectividad prima facie***

**78.** En su sentencia de 7 de noviembre de 2014, Banco Santander y Santusa/Comisión (T-399/11, EU:T:2014:938), el Tribunal General consideró, fundamentalmente, que no era posible afirmar que una medida consistente en una ventaja fiscal falseaba la competencia, favoreciendo a determinadas empresas o producciones, si todas las empresas sujetas al impuesto sobre sociedades en el Estado miembro que adoptó dicha medida podían acceder a esa ventaja. El Tribunal General estimó que cualquier empresa podía acceder a la ventaja derivada de una medida fiscal nacional de alcance general cuando resultara imposible identificar una categoría de empresas excluida del disfrute de esa medida o su corolario, una categoría de empresas a la que estuviera reservado el disfrute de la medida (apartados 38 a 49, 56 y 83 a 85).

**79.** Pues bien, el Tribunal General consideró que cualquier empresa sujeta al impuesto de sociedades en España que decidiera adquirir participaciones en sociedades no residentes podía acceder a la ventaja derivada de la medida controvertida. En efecto, el Tribunal General señaló que cualquier empresa podía optar libremente por esta posibilidad sin que, en particular, su sector de actividad o su tamaño constituyeran una limitación a este respecto y que una misma empresa podía adquirir, de forma sucesiva e incluso concomitante, participaciones en sociedades residentes y en sociedades no residentes (sentencia de 7 de noviembre de 2014, Banco Santander y Santusa/Comisión, T-399/11, EU:T:2014:938, apartados 57 a 65).

**80.** Basándose en esta constatación de la accesibilidad de la medida controvertida y aplicando el razonamiento expuesto en el anterior apartado 78, el Tribunal General llegó a la conclusión de que la Comisión, para calificar de selectiva la medida controvertida, no podía limitarse a afirmar que dicha medida constituía una excepción a un sistema de referencia, que solo había beneficiado a las empresas que realizaron las operaciones a las que se aplicaba y que «pretende favorecer la exportación de capital».

**81.** En su sentencia World Duty Free, el Tribunal de Justicia invalidó el razonamiento expuesto en el anterior apartado 78, estimando que introducía una exigencia adicional, la de identificar una categoría particular de empresas que pudieran distinguirse por sus propiedades específicas, exigencia que no podía deducirse de la jurisprudencia (véanse los apartados 69 a 71 y 78).

**82.** En efecto, el Tribunal de Justicia consideró que un requisito de aplicación u obtención de una ayuda fiscal podía fundamentar el carácter selectivo de dicha ayuda si ese requisito llevaba a establecer una diferenciación entre empresas que, desde el punto de vista del objetivo perseguido por el régimen común que servía de marco de referencia, se encontraban en una situación fáctica y jurídica comparable y si, por tanto, revelaba una discriminación contra las empresas excluidas de ese régimen (sentencia World Duty Free, apartado 86). El Tribunal de Justicia afirmó igualmente que el hecho de que las empresas residentes no pudieran disfrutar de la ventaja establecida por la medida controvertida al realizar adquisiciones de participaciones en sociedades fiscalmente domiciliadas en España podía permitir llegar a la conclusión de que esa medida tenía carácter selectivo (sentencia World Duty Free, apartado 87).

**83.** Así pues, la constatación de la selectividad de una medida no resulta necesariamente del hecho de que a determinadas empresas les resulte imposible beneficiarse de la ventaja establecida por esa medida a causa de limitaciones jurídicas, económicas o prácticas que les impiden realizar la operación de la que depende la obtención de esta ventaja, pero sí puede resultar de la mera constatación de que existe una operación que, pese a ser comparable a la operación de la que depende la obtención de la ventaja en cuestión, no da derecho a obtenerla. De ello se sigue que 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.

**84.** De este modo se ha puesto énfasis en un concepto de la selectividad basado en la distinción entre las empresas que optan por realizar ciertas operaciones y las empresas que optan por no realizarlas, y no en la distinción entre empresas en función de sus características propias.

**85.** En consecuencia, incumbe al Tribunal General aplicar este razonamiento a la medida controvertida.

**86.** Pues bien, no cabe sino hacer constar que la medida controvertida beneficia a las empresas sujetas al impuesto en España que han optado por adquirir participaciones en sociedades no residentes, en comparación con las empresas sujetas al impuesto en España que han optado por adquirir participaciones en sociedades residentes.

**87.** En efecto, cuando realizan una operación de adquisición de participaciones en una sociedad residente, las empresas sujetas al impuesto en España no pueden obtener la ventaja que la medida controvertida asocia a esta operación.

**88.** Así pues, cuando una empresa sujeta al impuesto en España ha optado por adquirir participaciones en una sociedad no residente, se ve entonces favorecida -en el marco delimitado por esta operación- en comparación con cualquier otra empresa, incluida ella misma (véase el anterior apartado 79), que haya optado por adquirir participaciones en una sociedad residente.

**89.** Resulta de lo anterior que una medida fiscal nacional como la medida controvertida, que confiere una ventaja cuya obtención depende de la realización de una operación económica, puede ser selectiva incluso en el caso de que, dadas las características de la operación en cuestión, cualquier empresa pueda optar libremente por realizar tal operación.

**90.** Es preciso rechazar, pues, la primera imputación de las demandantes, en la que se alega fundamentalmente que cualquier empresa puede disfrutar de la ventaja que confiere la medida controvertida, sin que proceda acordar las diligencias de ordenación del procedimiento solicitadas por las demandantes a estos efectos, ya que con ellas se pretendía demostrar que cualquier empresa puede beneficiarse de dicha ventaja.

*b) Sobre la existencia de una excepción*

**91.** En su segunda imputación, las demandantes critican la aplicación que la Comisión hizo en el presente asunto de las dos primeras etapas del método mencionado en los anteriores apartados 61 y 62, al término de las cuales es posible determinar si existe una excepción a un régimen fiscal común o normal, es decir, una diferenciación

entre operaciones que se encuentran, desde el punto de vista del objetivo perseguido por ese régimen, en una situación fáctica y jurídica comparable. Las demandantes muestran su disconformidad, fundamentalmente, con los elementos de comparación tomados en cuenta por la Comisión en el marco de estas dos etapas.

**92.** Así pues, corresponde al Tribunal General apreciar si la Comisión aplicó correctamente las dos primeras etapas del método de análisis mencionado en los apartados 61 y 62 de la presente sentencia, esto es, la identificación de un régimen fiscal nacional común (primera etapa) y la apreciación de una excepción a este régimen fiscal (segunda etapa).

*1) Sobre la primera etapa*

**93.** Como se ha señalado en el anterior apartado 68, la Comisión utilizó como marco de referencia para su análisis del carácter selectivo de la medida el tratamiento fiscal del fondo de comercio, sin ceñirse exclusivamente al tratamiento fiscal del fondo de comercio financiero. Estimó, en efecto, que las situaciones en las que el fondo de comercio financiero podía amortizarse no cubrían la totalidad de la categoría de los sujetos pasivos que se encontraban en una situación fáctica y jurídica similar. En consecuencia, en la Decisión impugnada, la Comisión no limitó el examen del carácter selectivo de la medida restringiéndolo a las adquisiciones de participaciones en sociedades no residentes.

**94.** No obstante, según las demandantes, mientras que las empresas españolas pueden proceder sin dificultades a una combinación de empresas con otras sociedades residentes, lo que les permite amortizar el fondo de comercio, encuentran dificultades que les impiden realizar una combinación de empresas -y, por tanto, llevar a cabo esa amortización- cuando las operaciones conciernen a sociedades no residentes, en particular en los Estados que no son miembros de la Unión. Según el tipo de operaciones de que se trate, las empresas se encuentran, pues, en situaciones jurídicas y fácticas diferentes que justifican un trato fiscal distinto. Por lo tanto, a su juicio, no cabe considerar que la medida controvertida, que solo se aplica a las adquisiciones de participaciones en sociedades no residentes, introduzca una diferenciación entre operaciones que se encuentran en una situación jurídica y fáctica comparable.

**95.** La argumentación de las demandantes lleva a este Tribunal General a examinar la pertinencia del marco de referencia elegido por la Comisión en el presente asunto, ya que, según las demandantes, a causa de los obstáculos a los que se enfrentan las combinaciones de empresas transfronterizas, el marco de referencia no debe ir más allá de la medida controvertida, que solo se aplica a las adquisiciones de participaciones en sociedades no residentes.

**96.** Se discute aquí, pues, la identificación de un régimen fiscal nacional común, es decir, la primera de las tres etapas del método que, según el Tribunal de Justicia, debe aplicarse para examinar si una medida fiscal nacional es o no selectiva (véanse los anteriores apartados 61 y 62).

**97.** En primer término, debe señalarse que esta primera etapa se menciona en el punto 16 de la Comunicación de la Comisión relativa a la aplicación de las normas sobre ayudas estatales a las medidas relacionadas con la fiscalidad directa de las empresas (DO 1998, C 384, p. 3; en lo sucesivo, «Comunicación de 1998»), donde se precisa que, en primer lugar, conviene determinar el régimen común aplicable.

**98.** Por otra parte, en la Comunicación relativa al concepto de ayuda estatal conforme a lo dispuesto en el artículo 107 [TFUE], apartado 1 (DO 2016, C 262, p. 1; en lo sucesivo, «Comunicación de 2016»), la Comisión indica que el sistema de referencia constituye el patrón por el cual se evalúa la selectividad de una medida (punto 132).

**99.** En segundo término, es preciso subrayar que, aunque la jurisprudencia del Tribunal de Justicia ha introducido precisiones que permiten delimitar el alcance geográfico del marco de referencia antes de analizar las relaciones que mantiene con la medida que podría constituir una ayuda (véase, en este sentido, la sentencia de 6 de septiembre de 2006, Portugal/Comisión, C-88/03, EU:C:2006:511, apartados 64 a 66; véase, igualmente, en relación con un ente administrativo que dispone de facultades normativas autónomas respecto del Estado miembro

de que se trata, la sentencia de 21 de diciembre de 2016, Comisión/Hansestadt Lübeck, C-524/14 P, EU:C:2016:971, apartados 61 y 62), la delimitación material de este marco de referencia se realiza en principio, por el contrario, en conexión con esa medida.

**100.** Así, en la sentencia de 8 de septiembre de 2011, Paint Graphos y otros (C-78/08 a C-80/08, EU:C:2011:550), apartado 50, a propósito de una medida consistente en la exención del impuesto de sociedades reconocida a las sociedades cooperativas de producción y de trabajo, el Tribunal de Justicia consideró que el marco de referencia lo constituía este impuesto en su conjunto, dado que, a efectos del cálculo del impuesto sobre la renta de las sociedades, la base imponible de los beneficiarios de esta medida se determinaba de la misma manera que la de los otros tipos de sociedades, es decir, en función del importe del beneficio neto resultante del ejercicio de la actividad de la empresa al final del año de imposición. Así pues, el marco de referencia se definió tomando en consideración, por una parte, el objeto de la medida, que presentaba un nexo evidente con el del marco de referencia, y, por otra parte, la situación de los beneficiarios de esta medida, que era comparable a la de otras personas a las que se aplicaba el marco de referencia.

**101.** En la sentencia de 8 de septiembre de 2011, Comisión/Países Bajos (C-279/08 P, EU:C:2011:551), apartado 63 a 67, pese a que la medida examinada concedía una ventaja a ciertas empresas permitiéndoles convertir en dinero el valor económico de las reducciones de emisiones de óxidos de nitrógeno que logaran, el Tribunal de Justicia admitió una definición del marco de referencia basada esencialmente en la falta de mención de esta medida en textos normativos que, sin embargo, tenían un objeto medioambiental análogo al suyo. Indicó así que ese marco de referencia estaba constituido por las «leyes relativas a la gestión del medio ambiente y a la contaminación atmosférica que no contenían la medida de que se trata».

**102.** En estas dos sentencias, el Tribunal de Justicia estimó que existía un régimen cuyo objeto presentaba un nexo con el de la medida examinada y que, pese a ser menos favorable que el establecido por esta medida, se aplicaba sin embargo a operadores que se encontraban en situaciones comparables a las de los beneficiarios de la misma. En el asunto que dio lugar a la sentencia de 8 de septiembre de 2011, Paint Graphos y otros (C-78/08 a C-80/08, EU:C:2011:550), apartado 50, esos operadores eran las demás sociedades sujetas al impuesto de sociedades cuya base imponible se determinaba del mismo modo que la de las sociedades cooperativas de producción y de trabajo. En el asunto que dio lugar a la sentencia de 8 de septiembre de 2011, Comisión/Países Bajos (C-279/08 P, EU:C:2011:551), apartado 64, se trataba de las empresas que emitían óxidos de nitrógeno a las que la medida en cuestión no se aplicaba pero que, no obstante, al igual que las empresas a las que tal medida sí se aplicaba, estaban sujetas a obligaciones en materia de limitación o reducción de las emisiones de óxidos de nitrógeno.

**103.** Resulta así de la jurisprudencia que, además de la existencia de un nexo entre el objeto de la medida de que se trate y el del régimen normal, el examen de la comparabilidad de las situaciones a las que se aplica esta medida y de las situaciones a las que se aplica ese régimen permite también delimitar materialmente el alcance de dicho régimen.

**104.** Es por otra parte la comparabilidad de estas situaciones lo que permite igualmente apreciar la existencia de una excepción (véase el anterior apartado 61) cuando las situaciones a las que se aplica la medida controvertida se tratan de forma diferente que las situaciones a las que se aplica el régimen normal, pese a ser comparables.

**105.** Así, un razonamiento de conjunto sobre las dos primeras etapas del método mencionado en los apartados 61 y 62 de la presente sentencia puede llevar, en ciertos casos, a identificar tanto el régimen normal como la existencia de una excepción.

**106.** No obstante, es preciso señalar que, en la sentencia de 8 de septiembre de 2011, Paint Graphos y otros (C-78/08 a C-80/08, EU:C:2011:550), apartados 54 a 61, el Tribunal de Justicia prosiguió su análisis examinando las características particulares de las sociedades cooperativas de producción y de trabajo y concluyó, al finalizar tal análisis -que en ese momento se asemejaba al realizado durante la segunda etapa del método

mencionado en los anteriores apartados 61 y 62-, que no cabía considerar, en principio, que estas sociedades se encontraran en una situación jurídica y fáctica comparable a la de las sociedades mercantiles.

**107.** En tercer término, siempre según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, la comparabilidad de las situaciones que permite delimitar materialmente el régimen normal, en la primera etapa del método mencionado en los anteriores apartados 61 y 62, debe apreciarse desde el punto de vista del objetivo perseguido por este régimen.

**108.** Así, en el asunto que dio lugar a la sentencia de 8 de septiembre de 2011, Paint Graphos y otros (C-78/08 a C-80/08, EU:C:2011:550), apartado 50, fue al examinar la situación de los operadores desde el punto de vista del objetivo del impuesto sobre sociedades cuando el Tribunal de Justicia consideró comparables la situación de las sociedades cooperativas de producción y de trabajo y la de las demás sociedades. En efecto, dado que el objetivo perseguido por este impuesto es la imposición de los beneficios de las sociedades (apartado 54), la determinación de la base imponible de las sociedades cooperativas y la de las demás sociedades -primera etapa necesaria para calcular el impuesto- se llevaba a cabo de idéntica forma (apartado 50).

**109.** En el asunto que dio lugar a la sentencia de 8 de septiembre de 2011, Comisión/Países Bajos (C-279/08 P, EU:C:2011:551), apartados 63, 64 y 67, otras sociedades que no se beneficiaban de la medida controvertida, pero que también emitían óxidos de nitrógeno, quedaban sujetas en consecuencia, en virtud de las «leyes relativas a la gestión del medio ambiente y a la contaminación atmosférica» (véase el anterior apartado 101), a las mismas obligaciones en materia de limitación o de reducción de tales emisiones. Así pues, desde el punto de vista del objetivo de protección del medio ambiente que perseguían, no solo la medida controvertida, sino sobre todo dichas leyes, que constituían el régimen normal, esas otras sociedades se encontraban en una situación comparable a la de las sociedades que se beneficiaban de la medida controvertida.

**110.** Habida cuenta de las consideraciones expuestas, es preciso determinar si en el presente asunto, desde el punto de vista del objetivo del régimen normal identificado por la Comisión, cuyo objeto debe estar en conexión con el de la medida controvertida, las empresas que adquieren participaciones en sociedades residentes y las que adquieren participaciones en sociedades no residentes se encuentran, como sostienen las demandantes, en situaciones jurídicas y fácticas que no son comparables y que son tan diferentes que el régimen normal hubiera debido quedar circunscrito a la medida controvertida.

**111.** A este respecto, es preciso señalar que la medida controvertida permite amortizar a efectos fiscales el fondo de comercio resultante de adquisiciones de participaciones en sociedades no residentes.

**112.** En el sistema tributario español, la base imponible se calcula partiendo del resultado contable, en el que se introducen posteriormente ciertas correcciones con arreglo a las reglas fiscales (considerandos 49 y 121 de la Decisión impugnada).

**113.** Pues bien, una de estas reglas fiscales, cuyo objeto presenta una conexión con el de la medida controvertida, regula la amortización del fondo de comercio.

**114.** Según esta regla, la amortización del fondo de comercio es posible en caso de «combinación de empresas», esto es, según una acepción amplia de esta expresión, tanto a raíz de una adquisición o de una aportación de activos integrantes de empresas independientes como a raíz de una operación de fusión o de escisión (considerandos 28 y 123 de la Decisión impugnada).

**115.** Procede indicar que no cabe deducir de lo dispuesto en el artículo 89, apartado 3, de la Ley española del impuesto sobre sociedades que, fuera del supuesto en el que se aplica la medida controvertida, las empresas puedan beneficiarse de la amortización del fondo de comercio en el caso de meras adquisiciones de participaciones. En efecto, tal como el propio Reino de España indica en sus observaciones, estas disposiciones, establecen que cuando una empresa adquiere participaciones en una sociedad solo está autorizada a amortizar el fondo de comercio resultante de esa adquisición de participaciones si a continuación se fusiona con la sociedad adquirida. Así pues, la fusión, que es una forma de combinación de empresas -la única, por otra parte, que tiene en cuenta la

Comisión en la acepción restringida de esta expresión (considerando 32 de la Decisión impugnada) que ella utiliza cuando se limita a los casos de adquisiciones de participaciones (considerandos 29 y 36 de la Decisión impugnada), constituye un requisito necesario para amortizar el fondo de comercio.

**116.** Se desprende de lo anterior que solo una combinación de empresas permite amortizar el fondo de comercio a efectos fiscales. Es preciso destacar igualmente que este tratamiento fiscal del fondo de comercio se aplica indistintamente tanto a las operaciones transfronterizas como a las operaciones en el interior del Reino de España.

**117.** Pues bien, es la lógica contable lo que explica que el tratamiento fiscal del fondo de comercio se organice en función del criterio basado en la existencia o no de una combinación de empresas.

**118.** En efecto, una combinación de empresas es el resultado de una adquisición o de una aportación de activos integrantes de empresas independientes o de una fusión o escisión (véase el anterior apartado 114). A raíz de estas operaciones, en la contabilidad de la empresa resultante de la combinación aparece, como activo inmaterial separado, un fondo de comercio, equivalente a la diferencia entre el coste de adquisición y el valor de mercado de los activos adquiridos (considerandos 28 y 123 de la Decisión impugnada).

**119.** Así pues, desde el punto de vista de las técnicas y de los principios contables que el tratamiento fiscal del fondo de comercio pretende respetar, la constatación de la existencia de una combinación de empresas, que lleva a contabilizar ese fondo de comercio y permite amortizarlo a continuación, resulta pertinente.

**120.** Es cierto que, en virtud de los principios contables españoles, la diferencia entre el precio pagado por la adquisición de participaciones en una sociedad y el valor de mercado de los activos que integran dicha sociedad puede quedar registrada en la contabilidad de la empresa adquirente como activo inmaterial separado cuando esta última toma el control de la empresa adquirida, incluso si no se ha producido una combinación de empresas. En tal caso se trata de presentar, en el marco de la consolidación de cuentas, la situación global de un grupo de sociedades sometidas a un control único (considerandos 27 y 121 de la Decisión impugnada).

**121.** No obstante, el hecho de que una empresa haya adquirido participaciones en una sociedad residente o en una sociedad no residente carece de relación con el registro del fondo de comercio en la contabilidad de la empresa y, por consiguiente, con el objetivo del tratamiento fiscal del fondo de comercio.

**122.** A este respecto, es indiferente que puedan existir obstáculos a la combinación transfronteriza de empresas. En efecto, el objetivo del tratamiento fiscal del fondo de comercio consiste en mantener una cierta coherencia entre el tratamiento fiscal del fondo de comercio y su tratamiento contable, lo que justifica amortizar el fondo de comercio cuando este resulte de una combinación de empresas (véanse los anteriores apartados 117 y 119). Así pues, el tratamiento fiscal del fondo de comercio no pretende compensar la existencia de obstáculos a las combinaciones transfronterizas de empresas o garantizar la igualdad de trato de los diferentes tipos de adquisiciones de participaciones.

**123.** Por consiguiente, las empresas que adquieren participaciones en sociedades no residentes se encuentran, desde el punto de vista del objetivo perseguido por el tratamiento fiscal del fondo de comercio, en una situación jurídica y fáctica comparable a la de las empresas que adquieren participaciones en sociedades residentes.

**124.** Por lo tanto, en la primera etapa del método mencionado en los anteriores apartados 61 y 62, la Comisión actuó legítimamente al no limitar el examen del criterio de la selectividad restringiéndolo exclusivamente a las adquisiciones de participaciones en sociedades no residentes y al identificar como régimen normal el tratamiento fiscal del fondo de comercio, y no el tratamiento fiscal del fondo de comercio financiero que establecía la medida controvertida (véase el anterior apartado 68).

**125.** Es necesario añadir que la medida controvertida, al permitir que se amortice el fondo de comercio correspondiente a las adquisiciones de participaciones en sociedades no residentes sin que exista combinación de

empresas, aplica a estas operaciones un trato diferente del que se aplica a las adquisiciones de participaciones en sociedades residentes, pese a que estos dos tipos de operaciones se encuentran en situaciones jurídicas y fácticas comparables desde el punto de vista del objetivo perseguido por el régimen normal. En consecuencia, ya en esta etapa del análisis se puede afirmar que la Comisión actuó legítimamente al constatar, en la segunda etapa del método mencionado en los anteriores apartados 61 y 62, que la medida controvertida representaba una excepción respecto del régimen normal (sentencia World Duty Free, apartado 57).

**126.** De todo lo anterior resulta que procede rechazar la imputación de las demandantes, no solo en lo que respecta a la primera etapa del método mencionado en los anteriores apartados 61 y 62, sino también en lo que respecta a su segunda etapa, lo que confirma la existencia de vínculos entre estas dos etapas e incluso a veces, como sucede en este caso, de un razonamiento común (véase el anterior apartado 105).

**127.** Sin embargo, a pesar de la existencia de un régimen fiscal en conexión con la medida controvertida y que permite afirmar que, desde el punto de vista de su objetivo, las operaciones que no se benefician de esta medida se encuentran en una situación comparable a la de las operaciones que sí se benefician de ella, es preciso analizar aún si la medida controvertida, en atención a sus características propias y, por tanto, al margen de cualquier análisis comparativo, podía constituir por sí sola un marco de referencia autónomo, tal como sostienen las demandantes.

**128.** A este respecto debe señalarse que una medida puede constituir su propio marco de referencia cuando establece un régimen fiscal claramente delimitado, que persigue objetivos específicos y que se distingue así de cualquier otro régimen fiscal aplicado en el Estado miembro de que se trate. En tal supuesto, para apreciar el requisito del carácter selectivo de la medida, procede determinar entonces si ciertos operadores quedan excluidos del ámbito de aplicación de la medida a pesar de encontrarse, desde el punto de vista del objetivo que esta persigue, en una situación fáctica y jurídica comparable a la de los operadores a los que se aplica la medida (véase, en este sentido, la sentencia de 7 de marzo de 2012, British Aggregates/Comisión, T-210/02 RENV, EU:T:2012:110, apartados 51, 63, 67 y 71 a 75).

**129.** En el caso de una medida que no establece un régimen fiscal claramente delimitado, sino que pertenece a un conjunto de reglas jurídicas más amplio, el Abogado General Warner, en sus conclusiones presentadas en el asunto Italia/Comisión (173/73, EU:C:1974:52), p. 728, formuló ciertas precisiones que, aunque se refieren a un sistema de seguridad social nacional, pueden resultar útiles en el ámbito fiscal para determinar si cabe considerar que una medida de esa índole constituye, en sí misma, un marco de referencia autónomo.

**130.** Según el Abogado General Warner, una reforma general del sistema de seguridad social en un Estado miembro que produzca incidentalmente el efecto de reducir el importe de las cotizaciones patronales podría quedar, en cuanto tal, al margen del ámbito de aplicación de las disposiciones relativas a las ayudas estatales. No obstante, a su juicio, la medida examinada en ese asunto no era una reforma de tal naturaleza y tampoco un elemento de una reforma de esa índole, sino que tenía por único objeto resolver un problema particular. En consecuencia, como el Tribunal de Justicia lo confirmó en la sentencia de 2 de julio de 1974, Italia/Comisión (173/73, EU:C:1974:71), le eran aplicables las disposiciones relativas a las ayudas estatales.

**131.** El enfoque adoptado por el Abogado General Warner en las conclusiones que presentó en el asunto Italia/Comisión (173/73, EU:C:1974:52), p. 728, lleva a basarse en el carácter sistemático y general de una medida para excluirla del ámbito de aplicación de las disposiciones relativas a las ayudas estatales.

**132.** A falta de otras precisiones jurisprudenciales sobre un método que permita identificar, dentro de un conjunto más amplio, un régimen autónomo que pueda constituir un marco de referencia, resulta oportuno referirse, a título indicativo, a las comunicaciones adoptadas por la Comisión en esta materia.

**133.** Por lo demás, es un enfoque similar al adoptado por el Abogado General Warner el que se expone en el punto 133 de la Comunicación de 2016, según el cual el sistema de referencia se compone de un conjunto coherente de normas que generalmente se aplican, sobre la base de criterios objetivos, a todas las empresas que entran en su ámbito de aplicación, definido por su objetivo.

**134.** Asimismo, es preciso señalar que, para distinguir las ayudas estatales de las medidas generales, el punto 13 de la Comunicación de 1998 contempla dos categorías de medidas generales: por una parte, «las medidas de pura técnica fiscal (fijación de los tipos impositivos, de las normas de depreciación y amortización y de las normas en materia de aplazamiento de pérdidas; disposiciones destinadas a evitar la doble imposición o la evasión fiscal legal)» y, por otra parte, «las medidas destinadas a lograr un objetivo de política económica general mediante la reducción de la carga fiscal vinculada a determinados costes de producción».

**135.** En el presente asunto, la medida controvertida no es sino una modalidad particular de aplicación de un impuesto más general, el impuesto sobre sociedades, y no establece en consecuencia un régimen fiscal claramente delimitado (véase el anterior apartado 128). Por lo tanto, procede aplicar las consideraciones expuestas en los anteriores apartados 129 a 134.

**136.** A este respecto, es preciso señalar que la medida controvertida no establece, como indica legítimamente la Comisión en el considerando 124 de la Decisión impugnada, una nueva regla general por derecho propio sobre la amortización del fondo de comercio, sino una excepción a la regla general que dispone que solo las combinaciones de empresas pueden dar lugar a la amortización de ese fondo de comercio, excepción que pretende compensar, según el Reino de España, los efectos desfavorables que la aplicación de la regla general entrañaría para las adquisiciones de participaciones en sociedades no residentes.

**137.** Así, en primer término, la medida controvertida reserva la ventaja de la amortización del fondo de comercio exclusivamente a las adquisiciones de participaciones en sociedades no residentes. Por lo tanto, no convierte la operación de adquisición de participaciones en un nuevo criterio general para organizar el tratamiento fiscal del fondo de comercio, lo cual podría permitir considerar que la medida controvertida es una «medida de pura técnica fiscal», en el sentido del punto 13 de la Comunicación de 1998.

**138.** En segundo término, en sus observaciones expuestas en la Decisión impugnada, el Reino de España indicó que la medida controvertida había sido aprobada porque existían obstáculos, en particular jurídicos, que impedían que los inversores españoles realizaran combinaciones transfronterizas de empresas y se beneficiaran así de la amortización del fondo de comercio permitida por el Derecho tributario español para las combinaciones de empresas, mientras que en el ámbito nacional podían realizar sin dificultad tales combinaciones de empresas (considerandos 60 y 94 de la Decisión impugnada). En consecuencia, según su autor, la medida controvertida pretende únicamente poner remedio a una situación, a su juicio insatisfactoria, creada por el régimen que regula el tratamiento fiscal de fondo de comercio. Por lo tanto, no constituye una reforma del impuesto sobre sociedades autónoma con respecto a ese régimen.

**139.** Además, no cabe considerar que la medida controvertida persiga un objetivo de política económica general en el sentido del punto 13 de la Comunicación de 1998, ya que tiene por objeto resolver un problema particular, el de los supuestos efectos de los obstáculos a las combinaciones transfronterizas sobre el tratamiento fiscal del fondo de comercio.

**140.** Por consiguiente y retomando los términos utilizados por el Abogado General Warner en sus conclusiones presentadas en el asunto Italia/Comisión (173/73, EU:C:1974:52), p. 728, la medida controvertida, que solo persigue resolver un problema particular, no es una reforma general.

**141.** Se desprende de lo anterior que el sistema de referencia no puede quedar limitado a la medida controvertida. Con ello se confirma que, como la Comisión apreció legítimamente en la Decisión impugnada, el tratamiento fiscal del fondo de comercio constituye el sistema de referencia pertinente en el presente asunto (véase el anterior apartado 124).

**142.** Habida cuenta de las consideraciones expuestas, y en particular de las recogidas en los anteriores apartados 122 y 139, procede rechazar la imputación de las demandantes basada en la existencia de obstáculos a

las combinaciones transfronterizas, en la medida en que con ella se pretende impugnar el marco de referencia elegido por la Comisión.

## 2) Sobre la segunda etapa

**143.** Las demandantes sostienen que la Comisión, a su juicio, obligada a demostrar que las adquisiciones de participaciones en sociedades residentes y las adquisiciones de participaciones en sociedades no residentes eran comparables desde el punto de vista del objetivo de neutralidad fiscal perseguido por la medida controvertida, no ha cumplido esta obligación.

**144.** Por lo que se refiere a la segunda etapa del método mencionado en los anteriores apartados 61 y 62, si bien el Tribunal de Justicia, en su sentencia de 8 de noviembre de 2001, *Adria-Wien Pipeline y Wietersdorfer & Peggauer Zementwerke* (C-143/99, EU:C:2001:598), apartado 41, hizo referencia al objetivo perseguido por la «medida en cuestión», posteriormente se ha referido al objetivo perseguido por el «régimen jurídico» en el que se enmarca tal medida (sentencias de 29 de abril de 2004, *GIL Insurance* y otros, C-308/01, EU:C:2004:252, apartado 68; de 3 de marzo de 2005, *Heiser*, C-172/03, EU:C:2005:130, apartado 40; de 6 de septiembre de 2006, *Portugal/Comisión*, C-88/03, EU:C:2006:511, apartado 54, y de 21 de diciembre de 2016, *Comisión/Hansestadt Lübeck*, C-524/14 P, EU:C:2016:971, apartado 54). En la sentencia *World Duty Free*, dictada por la Gran Sala, el Tribunal de Justicia hizo referencia de forma aún más explícita al objetivo asignado al régimen tributario común o normal aplicable en el Estado miembro de que se trate (apartado 57).

**145.** Es preciso señalar que, a raíz de esta jurisprudencia, el ejercicio de comparación necesario para aplicar la segunda etapa del método mencionado en los anteriores apartados 61 y 62 se asemeja actualmente, en gran medida, al utilizado por el Tribunal de Justicia para determinar el ámbito de aplicación material del marco de referencia (véanse los anteriores apartados 103 a 109 y 126).

**146.** Con arreglo a la jurisprudencia mencionada en el anterior apartado 144, y en particular a la sentencia *World Duty Free*, respecto de la cual las partes han tenido ocasión de formular sus observaciones con arreglo al principio de contradicción, es preciso tomar en consideración el objetivo del régimen común en su conjunto.

**147.** Pues bien, procede hacer constar que el objetivo perseguido por el régimen normal no consiste en permitir que las empresas disfruten de la ventaja fiscal que supone la amortización del fondo de comercio cuando encuentren dificultades que les impidan realizar una combinación de empresas (véanse los anteriores apartados 117 a 122).

**148.** Es en realidad la medida controvertida la que persigue este objetivo, poniendo remedio a la existencia de obstáculos a la combinación transfronteriza de empresas y permitiendo así, según el Reino de España, garantizar el respeto del principio de neutralidad fiscal (véase el anterior apartado 138).

**149.** En el marco del examen de la segunda etapa del método mencionado en los anteriores apartados 61 y 62, debe considerarse, pues, inoperante el argumento de las demandantes relativo a la existencia de obstáculos a las combinaciones transfronterizas, que está basado -en contra de lo que ellas sostienen- en el objetivo de la medida controvertida y no en el objetivo del régimen normal. En cambio, este argumento será examinado de nuevo en el marco de la tercera imputación, referida a la tercera etapa de este método.

**150.** A mayor abundamiento, es preciso recordar que el régimen normal solo permite la amortización del fondo de comercio en caso de combinación de empresas y que la medida controvertida, al permitir esta amortización en caso de adquisiciones de participaciones en sociedades no residentes, aplica a estas operaciones un trato diferente del que se aplica a las adquisiciones de participaciones en sociedades residentes, pese a que estos dos tipos de operaciones se encuentran en situaciones jurídicas y fácticas comparables desde el punto de vista del objetivo perseguido por el régimen normal. En consecuencia, la medida controvertida establece una excepción a este régimen, como estimó legítimamente la Comisión (véase el anterior apartado 125).

**151.** Por consiguiente, la imputación de las demandantes debe ser desestimada.

**152.** La jurisprudencia invocada por las demandantes no desvirtúa la conclusión expuesta en el anterior apartado 151.

**153.** En efecto, en primer término y por lo que se refiere a la sentencia de 21 de diciembre de 2016, Comisión/Hansestadt Lübeck (C-524/14 P, EU:C:2016:971), apartados 61 y 62, el reglamento de tasas aeroportuarias examinado en aquel asunto había sido aprobado por un aeropuerto en el marco de su facultad de regulación autónoma y, en consecuencia, no podía calificarse de excepción a un régimen aplicable a todos los aeropuertos. Así pues, el contexto del asunto que dio lugar a esa sentencia no guarda relación con el del presente asunto.

**154.** En segundo término, en el asunto que dio lugar la sentencia de 14 de enero de 2015, Eventech (C-518/13, EU:C:2015:9), la ventaja concedida consistía en un derecho de acceso preferente a los carriles reservados a los autobuses, concedido a los taxis y no a los vehículos de turismo con conductor (apartado 63). Habida cuenta del objetivo de la medida en cuestión, esto es, garantizar un sistema de transporte seguro y eficaz (apartado 50), el hecho de que solo los taxis pudieran buscar o esperar a pasajeros que no hubieran reservado previamente el servicio (apartado 5) y el de que ciertas obligaciones, como el deber de ser reconocibles y de ser capaces de transportar a personas que se desplacen en silla de ruedas (apartado 60), solo se les impusieran a ellos, permitieron que el Tribunal de Justicia concluyera que los taxis no se encontraban en una situación comparable a la de los vehículos de turismo con conductor (apartado 61).

**155.** Igualmente, por lo que respecta a la sentencia de 29 de marzo de 2012, 3M Italia (C-417/10, EU:C:2012:184), la medida examinada en ese asunto era aplicable a determinados contribuyentes que, desde el punto de vista del objetivo perseguido por ella, consistente en garantizar que la tramitación de los litigios tributarios más antiguos respetara el principio de plazo razonable, no se encontraban en la misma situación que otros contribuyentes que eran parte en litigios más recientes con la administración tributaria (apartados 40 a 42).

**156.** Así pues, es cierto que en estas dos sentencias el Tribunal de Justicia tomó en consideración el objetivo de la medida que supuestamente generaba la ventaja en cuestión y no, con una perspectiva más amplia, el del régimen en el que se enmarcaba esa medida, a pesar de que, en la sentencia de 14 de enero de 2015, Eventech (C-518/13, EU:C:2015:9), apartado 55, el Tribunal de Justicia recordó que, según reiterada jurisprudencia, el artículo 107 TFUE, apartado 1, exigía determinar si, en el marco de un determinado régimen jurídico, una medida nacional podía favorecer a «determinadas empresas o producciones» en comparación con otras que, desde el punto de vista del objetivo perseguido por dicho régimen, se encontraban en una situación jurídica y fáctica comparable.

**157.** Sin embargo, en su jurisprudencia más reciente el Tribunal de Justicia ha precisado que debía tomarse en consideración el objetivo del régimen en el que se enmarca la medida que procura una ventaja, y no el objetivo de esa medida (véase el anterior apartado 144).

**158.** En tercer término, en su sentencia de 9 de diciembre de 1997, Tiercé Ladbroke/Comisión (C-353/95 P, EU:C:1997:596), el Tribunal de Justicia constató que el legislador nacional había tratado de forma diferente las apuestas organizadas en Francia sobre las carreras francesas y las organizadas en Francia sobre las carreras extranjeras, al disponer que estas últimas estaban sometidas a las retenciones legales y fiscales en vigor en los países en los que se celebraban esas carreras (apartados 2, 3 y 36).

**159.** Es cierto que el Tribunal de Justicia indicó que las dos categorías de apuestas no eran idénticas (sentencia de 9 de diciembre de 1997, Tiercé Ladbroke/Comisión, C-353/95 P, EU:C:1997:596, apartado 33), lo cual puede apuntar a un razonamiento propio de la segunda etapa del método mencionado en los anteriores apartados 61 y 62.

**160.** No obstante, para justificar esa constatación el Tribunal de Justicia puso de relieve, en particular, que el sistema de apuestas mutuas se caracterizaba por el hecho de que las recaudaciones constituían una masa común

que, tras diferentes exacciones, debía distribuirse entre los apostantes ganadores de forma igualitaria, sea cual fuere el origen de las apuestas, lo que implicaba que el porcentaje de la recaudación reservado a los ganadores no podía variar en función de los Estados en que se hubieran realizado las apuestas. En consecuencia, concluyó que el funcionamiento correcto de dicho sistema solo podía garantizarse si el tipo de gravamen de las exacciones aplicables al importe de las recaudaciones de las apuestas sobre una determinada carrera era el del Estado en el que se disputaba la carrera (apartado 34).

**161.** El Tribunal de Justicia adoptó, pues, en este asunto un enfoque que en realidad es propio de la tercera etapa del método mencionado en los anteriores apartados 61 y 62, en la que se examina la justificación de la diferencia de trato constatada.

**162.** Por lo tanto, resulta inútil invocar la sentencia de 9 de diciembre de 1997, Tiercé Ladbroke/Comisión (C-353/95 P, EU:C:1997:596) para impugnar la forma en que la Comisión actuó en el presente asunto, por lo que se refiere a las dos primeras etapas del método mencionado en los anteriores apartados 61 y 62.

**163.** Por otra parte, las circunstancias propias del asunto que dio lugar a esa sentencia se distinguen de las del presente asunto. Así, el hecho de que el Tribunal de Justicia reconociera la diferencia de situación entre las apuestas organizadas en Francia sobre las carreras belgas y las organizadas en Francia sobre las carreras francesas (véase el anterior apartado 159) no permite deducir, sin mayores explicaciones por parte de las demandantes, que exista una diferencia de situación entre las adquisiciones de participaciones en sociedades residentes y las adquisiciones de participaciones en sociedades no residentes.

**164.** En cualquier caso, la conclusión a la que ha llegado el Tribunal General en el anterior apartado 151 se basa en la jurisprudencia más reciente del Tribunal de Justicia, expuesta en el anterior apartado 144.

**165.** A la vista de todo lo anterior, debe rechazarse la presente imputación.

***c) Sobre la justificación de la medida controvertida por la naturaleza y la estructura del sistema fiscal en el que se enmarca (tercera etapa)***

**166.** Subsidiariamente, las demandantes sostienen que la excepción establecida por la medida controvertida se justifica por la naturaleza y la estructura del sistema fiscal en el que se enmarca. Hacen referencia así a la tercera etapa del método de análisis mencionado en los anteriores apartados 61 y 62.

**167.** Tal como se ha recordado en el anterior apartado 62, el Tribunal de Justicia declaró que, en la tercera etapa del método de análisis mencionado en los anteriores apartados 61 y 62, el concepto de «ayuda estatal» no se refería a las medidas que establecen una diferenciación entre empresas que, desde el punto de vista del objetivo perseguido por el régimen normal, se encuentran en una situación fáctica y jurídica comparable y que, en consecuencia, son a priori selectivas, cuando el Estado miembro de que se trate consigue demostrar que la diferenciación está justificada porque resulta de la naturaleza o de la estructura del sistema en el que dichas medidas se enmarcan.

**168.** A este respecto, es preciso recordar que debe distinguirse entre, por un lado, los objetivos asignados a una medida fiscal o a un régimen fiscal particular y que le son externos y, por otro, los mecanismos inherentes al propio sistema fiscal que son necesarios para la consecución de estos objetivos. Por consiguiente, las exenciones fiscales resultantes de un objetivo ajeno al sistema de imposición en el que se enmarcan no pueden eludir las exigencias derivadas del artículo 107 TFUE, apartado 1 (sentencia de 8 de septiembre de 2011, Paint Graphos y otros, C-78/08 a C-80/08, EU:C:2011:550, apartados 69 y 70).

**169.** Por otra parte, en el punto 138 de la Comunicación de 2016, la Comisión se remite a los principios fundadores o rectores intrínsecos del sistema fiscal en cuestión o a los mecanismos inherentes al sistema y necesarios para el funcionamiento y efectividad del mismo, que son los únicos que pueden justificar una excepción.

**170.** En el presente asunto, la diferencia de trato entre las adquisiciones de participaciones en sociedades residentes y las adquisiciones de participaciones en sociedades no residentes que introduce la medida controvertida permite, según el Reino de España, neutralizar la diferencia de trato que el régimen fiscal español relativo al fondo de comercio establece en favor de las primeras y en detrimento de las segundas.

**171.** A su juicio, pues, la diferenciación que introduce la medida controvertida está justificada, ya que se deriva del principio de neutralidad fiscal.

**172.** Pues bien, el principio de neutralidad, reconocido en el Derecho fiscal español (considerando 138 de la Decisión impugnada), forma parte de los mecanismos inherentes a un sistema fiscal, como se desprende por lo demás del punto 139 de la Comunicación de 2016, según el cual el principio de neutralidad fiscal puede constituir una justificación posible de una excepción al régimen normal.

**173.** En consecuencia, la invocación del principio de neutralidad fiscal por parte del Reino de España puede resultar oportuna para justificar la diferenciación introducida por la medida controvertida.

**174.** Conviene señalar que únicamente en un caso particular como el del presente asunto resulta oportuno invocar, en el marco de la tercera etapa del método de análisis mencionado en los anteriores apartados 61 y 62, el objetivo perseguido por la medida examinada.

**175.** Una vez admitida la pertinencia de la justificación que el Reino de España da a la diferenciación introducida por la medida controvertida -esto es, el principio de neutralidad fiscal-, es preciso dilucidar aún si la medida controvertida permite efectivamente garantizar la neutralidad fiscal.

**176.** Según reiterada jurisprudencia, el artículo 107 TFUE, apartado 1, no distingue según las causas o los objetivos de las intervenciones estatales, sino que las define en función de sus efectos (véase 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, apartado 87 y jurisprudencia citada).

**177.** En primer lugar, procede recordar que, cuando la Comisión identifica una excepción, incumbe al Estado miembro de que se trate demostrar que tal excepción está justificada porque resulta de la naturaleza o de la estructura del sistema en el que se enmarca (véase el anterior apartado 62).

**178.** En consecuencia, es preciso analizar si, en el presente asunto, los datos aportados por el Reino de España e invocados por las demandantes bastan para justificar, en contra de lo que estimó la Comisión, la excepción identificada en el anterior apartado 150.

**179.** Las demandantes se basan en el hecho de que, según el Reino de España, la medida controvertida tiene por objeto restablecer la situación de neutralidad fiscal poniendo fin a una diferencia de trato injustificada entre, por una parte, las empresas que pueden fusionarse sin dificultades con una sociedad residente, lo que les permite disfrutar de la amortización del fondo de comercio, y, por otra parte, las empresas que se topan con dificultades de índole jurídica, en particular en los Estados que no son miembros de la Unión, que les impiden fusionarse con una sociedad no residente y, por tanto, disfrutar de la amortización del fondo de comercio.

**180.** Conviene señalar que, para neutralizar la diferencia de trato injustificada que resulta así, según esta tesis, del régimen normal, la medida controvertida permite amortizar el fondo de comercio a las empresas que adquieren participaciones en sociedades no residentes.

**181.** Así, la medida controvertida se basa necesariamente en la premisa de que las empresas que desean realizar fusiones transfronterizas y no pueden hacerlo por existir obstáculos, en particular jurídicos, a la combinación de empresas adquieren por defecto participaciones en sociedades no residentes o, al menos, conservan las participaciones de las que ya disponen.

**182.** En efecto, de no existir tal premisa, no cabría afirmar que la medida controvertida beneficia a las empresas que, según el Reino de España, sufren un trato desfavorable injustificado derivado de la aplicación del régimen normal. Dicha medida no podría, por tanto, tener un efecto neutralizador.

**183.** Ahora bien, la premisa mencionada en el anterior apartado 181 no está acreditada.

**184.** Es cierto que las demandantes alegan que, cuando los obstáculos impuestos por las legislaciones y las prácticas administrativas de los Estados de que se trate hacen imposibles las fusiones transfronterizas, esas operaciones deben llevarse a cabo, en la gran mayoría de los casos, a través de la adquisición de participaciones en sociedades extranjeras.

**185.** Sin embargo, la adquisición de participaciones, a diferencia de una fusión, no conlleva la disolución de la sociedad adquirida. Habida cuenta de esta diferencia y de sus implicaciones jurídicas y económicas, no resulta evidente que estos dos tipos de operaciones pretendan alcanzar los mismos objetivos o correspondan a estrategias económicas idénticas. Ello resulta especialmente cierto en el caso de las adquisiciones de participaciones minoritarias, que se encuentran incluidas, no obstante, en el ámbito de aplicación de la medida controvertida cuando llegan al menos al 5 %. Por consiguiente, no es posible presumir que una empresa que no puede fusionarse con una sociedad adquiere por defecto participaciones en esa sociedad.

**186.** Resulta incluso probable que las empresas que desean fusionarse con una sociedad no residente y no puedan hacerlo por existir obstáculos, especialmente jurídicos, a la combinación de empresas renuncien a adquirir o a conservar participaciones en la sociedad en cuestión. Así pues, estas empresas, que son, no obstante, las que pueden sufrir un trato desfavorable, no disfrutan de la ventaja concedida por la medida controvertida.

**187.** Pues bien, no se desprende de los autos que el Reino de España, a quien incumbe demostrar que la excepción está justificada (véase el anterior apartado 177), haya acreditado que las empresas que desean realizar fusiones transfronterizas y no pueden hacerlo por existir obstáculos, en particular jurídicos, a la combinación de empresas adquieran por defecto participaciones en sociedades no residentes o, al menos, conserven las participaciones de las que ya disponen.

**188.** Por lo demás, tampoco las demandantes han demostrado esa afirmación.

**189.** Resulta de lo anterior que no se ha demostrado que la ventaja resultante de la medida controvertida beneficie a las empresas que sufren la diferencia de trato que, según se alega, esta medida pretende remediar. En consecuencia, no han quedado acreditados los efectos neutralizadores de la medida controvertida.

**190.** A este respecto, cabe señalar que la Comisión indicó, en el considerando 106 de la Decisión impugnada, que la medida controvertida era demasiado imprecisa e indiscriminada al no condicionar su beneficio a la existencia de situaciones específicas y delimitadas legalmente que justificaran un trato fiscal diferente.

**191.** En segundo lugar, incluso suponiendo que la medida controvertida tenga como consecuencia neutralizar los efectos supuestamente penalizadores del régimen normal -lo cual no ha quedado demostrado-, tal medida presenta, como acertadamente señaló la Comisión (considerandos 136, 138 y 139 de la Decisión impugnada) un carácter desproporcionado y, por lo tanto, injustificado.

**192.** En efecto, no todas las empresas que poseen participaciones de un 5 % como mínimo en sociedades residentes tienen necesariamente la intención de fusionarse con esas sociedades y de obtener así la ventaja de la amortización del fondo de comercio.

**193.** En primer término, tal fusión no es siempre posible. Así ocurre, por ejemplo, cuando la empresa en cuestión no dispone de una participación que le confiera el control de la sociedad con la que desea fusionarse y los demás accionistas de esta se oponen a la combinación de empresas.

**194.** Además, aun suponiendo que tal fusión sea posible, la amortización del fondo de comercio solo beneficiará a las empresas que deseen realizar tal operación. Ahora bien, no es seguro que todas las empresas que adquieran participaciones, incluso mayoritarias, en una sociedad residente deseen fusionarse con esa sociedad, en particular habida cuenta de que no resulta evidente que una adquisición de participaciones y una fusión pretendan alcanzar los mismos objetivos o correspondan a estrategias económicas idénticas (véase el anterior apartado 185).

**195.** Sin embargo, todas las empresas que adquieren participaciones en sociedades no residentes, aunque no tengan necesariamente el objetivo de realizar una fusión, pueden amortizar el fondo de comercio.

**196.** A este respecto, la Comisión señaló acertadamente, en el considerando 106 de la Decisión impugnada, que la medida controvertida abarcaba «una amplia categoría de transacciones de manera discriminatoria, lo que no puede justificarse por la existencia de diferencias objetivas entre contribuyentes».

**197.** Conviene destacar aún que el hecho de que las empresas que adquieren participaciones en sociedades residentes puedan disfrutar más fácilmente, si así lo desean, de la amortización del fondo de comercio al realizar una fusión no coloca a estas empresas en una situación tan ventajosa como la de las empresas que adquieren participaciones en sociedades no residentes y que, por este motivo, disfrutaban automáticamente de la amortización del fondo de comercio.

**198.** De las anteriores consideraciones resulta que la aplicación de la medida controvertida lleva a tratar de forma diferente a empresas que se encuentran, no obstante, en situaciones comparables.

**199.** Así pues, aun suponiendo que la medida controvertida permita restablecer una cierta neutralidad fiscal amenazada por el régimen normal -lo cual no ha sido demostrado (véase el anterior apartado 189)-, los efectos que esta medida produce hacen que, en cualquier caso, no pueda considerarse justificada en virtud del principio de neutralidad fiscal, como la Comisión estimó legítimamente en la Decisión impugnada (véase el anterior apartado 191).

**200.** En conclusión, según se desprende de cada una de las dos razones autónomas expuestas en las consideraciones que figuran en los anteriores apartados 177 a 199, no se deduce de los documentos obrantes en autos que la excepción introducida por la medida controvertida esté justificada por el principio de neutralidad fiscal.

**201.** Una vez sentado que el sistema de referencia que debe tomarse en consideración para examinar el carácter selectivo de la medida controvertida es el tratamiento fiscal del fondo de comercio (véase el anterior apartado 141) y que la medida controvertida establece una excepción a ese sistema (véase el anterior apartado 150), la eventual existencia de obstáculos a las fusiones transfronterizas no permite justificar dicha excepción, habida cuenta de las consideraciones expuestas.

**202.** Así pues, es preciso rechazar la tesis de las demandantes según la cual la medida controvertida se justifica por la necesidad de alcanzar el objetivo de neutralidad fiscal, sin necesidad de examinar su argumentación relativa a la existencia de obstáculos que hacen imposibles o dificultan las fusiones transfronterizas.

**203.** Por consiguiente, tampoco procede acordar las diligencias de ordenación del procedimiento solicitadas por las demandantes a estos efectos, ya que con ellas se pretendía demostrar la existencia de obstáculos que hacen imposibles o dificultan las fusiones transfronterizas.

**204.** Las demás alegaciones formuladas por las demandantes no desvirtúan la conclusión expuesta en el anterior apartado 202.

**205.** En primer lugar, según las demandantes, la Comisión debía haber distinguido entre las adquisiciones de participaciones en sociedades no residentes que conllevan una toma de control y las demás adquisiciones de participaciones, a fin de declarar que la aplicación a las primeras de la medida controvertida no merecía la calificación de ayuda estatal.

**206.** No obstante, tal como se ha señalado en el anterior apartado 194, algunas empresas adquieren participaciones mayoritarias en sociedades residentes sin tener no obstante el propósito de realizar una fusión. En tal caso, estas empresas sufren, a causa de la medida controvertida, un trato desfavorable en comparación con las empresas que adquieren participaciones en sociedades no residentes, a pesar de que unas y otras se encuentran en una situación comparable. Ese trato desfavorable revela la incoherencia que la medida controvertida introduce en el tratamiento fiscal del fondo de comercio, incoherencia que seguiría existiendo aunque dicha medida solo se aplicara a las adquisiciones de participaciones mayoritarias en sociedades no residentes.

**207.** A mayor abundamiento, aun suponiendo que la medida controvertida pueda considerarse justificada para las adquisiciones de participaciones mayoritarias, es preciso señalar que, en cualquier caso, no incumbía a la Comisión determinar, en la Decisión impugnada, las condiciones de aplicación de la medida controvertida que hubieran podido permitirle no calificarla de ayuda en determinados supuestos. En efecto, tal cuestión pertenece al ámbito del diálogo entre las autoridades españolas y la Comisión en el contexto de la notificación del régimen en cuestión, notificación que hubiera debido realizarse antes de su aplicación (sentencia de 9 de septiembre de 2009, Diputación Foral de Álava y otros/Comisión, T-227/01 a T-229/01, T-265/01, T-266/01 y T-270/01, EU:T:2009:315, apartado 381).

**208.** A este respecto, en los considerandos 107 y 118 de la Decisión impugnada, la Comisión se remitió legítimamente a la jurisprudencia citada en el anterior apartado 207.

**209.** Procede añadir que, según reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia, en el caso de un régimen de ayudas, la Comisión puede comprobar si ese régimen contiene elementos de ayuda limitándose a estudiar las características generales del régimen, sin estar obligada a examinar cada caso concreto de aplicación del mismo (sentencias de 29 de abril de 2004, Grecia/Comisión, C-278/00, EU:C:2004:239, apartado 24; de 15 de diciembre de 2005, Italia/Comisión, C-66/02, EU:C:2005:768, apartado 91, y 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, apartado 122).

**210.** A este respecto, las demandantes invocan la sentencia de 22 de noviembre de 2001, *Mitteldeutsche Erdöl-Raffinerie/Comisión* (T-9/98, EU:T:2001:271), apartado 117. Si bien es cierto que el Tribunal General resolvió allí que la Comisión no podía limitarse a realizar un análisis general y abstracto de la medida sobre la que versaba ese asunto, sino que también debía examinar el caso específico de la parte demandante afectada en dicho asunto, a esa solución se llegó en unas circunstancias muy especiales, diferentes de las del presente litigio, ya que, en primer término, la principal motivación de la medida en cuestión habían sido las particularidades de la situación de la demandante; en segundo término, durante el procedimiento administrativo esta situación particular había sido objeto, no solo de observaciones escritas formuladas por el Gobierno alemán y por la sociedad matriz de la demandante, sino también de extensos debates entre ese Gobierno y la Comisión, y, en tercer término, el Gobierno alemán había propuesto a la Comisión comprometerse a aplicar la medida en cuestión únicamente a la parte demandante afectada en ese asunto y a notificar individualmente todos los demás casos en los que pudiera aplicarse dicha medida (apartados 80 a 82).

**211.** Por lo que se refiere a la invocación de la sentencia de 9 de junio de 2011, *Comitato «Venezia vuole vivere» y otros/Comisión* (C-71/09 P, C-73/09 P y C-76/09 P, EU:C:2011:368), debe señalarse que esta sentencia es anterior 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 confirmó el criterio jurisprudencial según el cual, en el caso de un régimen de ayudas, la Comisión puede comprobar si ese régimen contiene elementos de ayuda limitándose a estudiar las características generales del régimen, sin estar obligada a examinar cada caso concreto de aplicación del mismo (véase el anterior apartado 209).

**212.** Además, en los asuntos que dieron lugar a la sentencia de 9 de junio de 2011, *Comitato «Venezia vuole vivere» y otros/Comisión* (C-71/09 P, C-73/09 P y C-76/09 P, EU:C:2011:368), y a la sentencia de 28 de noviembre de 2008, *Hotel Cipriani y otros/Comisión* (T-254/00, T-270/00 y T-277/00, EU:T:2008:537), igualmente citada por las demandantes, se invocaba la violación del principio de no discriminación, pues la Comisión, en relación

con un régimen de ayudas, había examinado la situación individual de ciertas empresas, las empresas municipales, sin proceder del mismo modo respecto de las empresas privadas que se encontraban en situaciones análogas. Ahora bien, las demandantes no invocan aquí una violación del principio de no discriminación porque la situación de algunas empresas haya sido objeto de un examen individual. Por lo tanto, no es pertinente en el presente asunto la solución a la que llegó por el Tribunal General (y que el Tribunal de Justicia confirmó en los apartados 128 y 160 de su sentencia), según la cual, a falta de información específica en relación con las empresas demandantes y los sectores en los que operaban, la Comisión no estaba obligada, en virtud del principio de no discriminación, a establecer una excepción a su enfoque basado en un examen del régimen de ayudas controvertido según sus características generales y a efectuar un análisis de la situación individual de esas empresas.

**213.** Sobre todo, la jurisprudencia mencionada en los anteriores apartados 210 a 212 carece de pertinencia porque en el presente asunto no se trata de delimitar, según los sectores, las empresas respecto de las cuales cabría excluir la calificación de ayuda estatal, sino de determinar, según las operaciones económicas a las que se aplica la ventaja en cuestión, las empresas respecto de las cuales cabría excluir tal calificación. Si se impusiera a la Comisión la obligación de examinar las diferentes operaciones económicas a las que la ventaja en cuestión podría aplicarse válidamente sin que pudiera afirmarse que existía una ayuda, ello la llevaría a modificar el contenido o las condiciones de aplicación de la medida examinada, y no a delimitar únicamente su alcance geográfico o sectorial. Ahora bien, tal obligación llevaría a la Comisión a sobrepasar las competencias que le atribuyen las disposiciones del Tratado FUE y las del Reglamento (CE) n.º 659/1999 del Consejo, de 22 de marzo de 1999, por el que se establecen disposiciones de aplicación del artículo [108 TFUE] (DO 1999, L 83, p. 1).

**214.** Por lo demás, en lo que se refiere a la justificación de la diferencia establecida por la medida en cuestión, debe recordarse que la prueba de esa justificación incumbe al Estado miembro de que se trate (véanse los anteriores apartados 62 y 177). En consecuencia, también incumbe a ese Estado miembro adaptar el contenido o las condiciones de aplicación de esta medida si queda de manifiesto que solo es parcialmente justificable.

**215.** Por último, dado su conocimiento de la naturaleza y de la estructura del sistema en el que se enmarca la medida en cuestión, es también el Estado miembro el más apto para determinar el contenido o las condiciones de aplicación de la medida, en particular cuando, como ocurre en el presente asunto, resulta complejo evaluar los efectos de la medida, de los que se alega que justifican la excepción introducida por ella (véanse los anteriores apartados 179 a 199).

**216.** Así pues, aun suponiendo que el examen de la Comisión, en el marco del procedimiento de investigación formal, sobre el caso de las adquisiciones de participaciones mayoritarias haya sido objeto de conversaciones específicas entre esa institución y el Reino de España sobre la base de las solicitudes documentadas presentadas por este, se desprende de las consideraciones expuestas en los anteriores apartados 205 a 215 que procede rechazar en todo caso la presente imputación, incluso en lo referente a las adquisiciones de participaciones mayoritarias, y sin necesidad de examinar la argumentación relativa a la existencia de obstáculos que hacen imposibles o dificultan las fusiones transfronterizas.

**217.** Por consiguiente, tampoco procede acordar las diligencias de ordenación del procedimiento solicitadas por las demandantes a estos efectos, ya que con ellas se pretendía demostrar la existencia de obstáculos que hacen imposibles o dificultan las fusiones transfronterizas.

**218.** Por otra parte, las demandantes sostienen que la Comisión también se basó en el motivo según el cual la medida controvertida era desproporcionada porque se aplicaba igualmente a las adquisiciones de participaciones minoritarias que no implican la toma de control. Cabría considerar que, con esta crítica, las demandantes solicitan subsidiariamente la anulación de la Decisión impugnada en la medida en que declara ilegal la aplicación de la medida controvertida a las adquisiciones de participaciones mayoritarias.

**219.** Procede desestimar tal pretensión.

**220.** En efecto, en primer término, la Comisión podía considerar legítimamente que el Reino de España no había demostrado que la medida controvertida estuviera justificada, sin siquiera basarse en el carácter desproporcionado de la misma (véanse los anteriores apartados 177 a 189).

**221.** Además, aunque solo se aplicara a las adquisiciones de participaciones mayoritarias en sociedades no residentes, la medida controvertida introduciría una incoherencia en el tratamiento fiscal del fondo de comercio que pone en entredicho su justificación en virtud del principio de neutralidad fiscal (véase el anterior apartado 206).

**222.** En segundo término, habida cuenta de las consideraciones expuestas en los anteriores apartados 207 a 215, la Comisión no estaba obligada, a declarar que no existía ayuda en el caso de adquisiciones de participaciones mayoritarias aunque, según las demandantes, el Reino de España se lo hubiera solicitado.

**223.** En tercer y último término, es preciso recordar que, según reiterada jurisprudencia, la anulación parcial de un acto de la Unión solo es posible en la medida en que los elementos cuya anulación se solicita puedan separarse del resto del acto (véase la sentencia de 24 de mayo de 2005, Francia/Parlamento y Consejo, C-244/03, EU:C:2005:299, apartado 12 y jurisprudencia citada). No se cumple este requisito de separabilidad si la anulación parcial de un acto tiene como consecuencia modificar la esencia de este (sentencia de 24 de mayo de 2005, Francia/Parlamento y Consejo, C-244/03, EU:C:2005:299, apartado 13). Pues bien, en el presente asunto, la anulación de la Decisión impugnada en la medida en que constata la existencia de una ayuda estatal incluso en el caso de adquisiciones de participaciones mayoritarias tendría como consecuencia modificar la esencia de dicha Decisión.

**224.** Procede rechazar, pues, la alegación mencionada en el anterior apartado 218 y desestimar las pretensiones subsidiarias basadas en ella.

**225.** En segundo lugar, por lo que se refiere a la invocación de la práctica decisoria de la Comisión, esta alegación debe rechazarse.

**226.** A este respecto conviene señalar que, con arreglo a la jurisprudencia, el carácter de ayuda estatal de una medida determinada debe apreciarse únicamente en el marco del artículo 107 TFUE, apartado 1, y no a la luz de una supuesta práctica decisoria anterior de la Comisión (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, apartado 136).

**227.** De las consideraciones antes expuestas se desprende que debe rechazarse en todo caso (véase el anterior apartado 202) la presente imputación, en la que se alega que la medida controvertida se justifica por la naturaleza y la estructura del sistema en el que se enmarca.

**228.** Por otra parte, tampoco cabe acoger el argumento basado en la falta de motivación de la Decisión impugnada en cuanto a la constatación del carácter selectivo de la medida controvertida. En efecto, tal como resulta de las consideraciones expuestas en los anteriores apartados 64 a 73, la Comisión motivó suficientemente su Decisión a este respecto.

**229.** Por último, por lo que se refiere a la alegación relativa al principio de protección de la confianza legítima (véase el anterior apartado 34), conviene recordar que el concepto de ayuda estatal responde a una situación objetiva y no puede depender del comportamiento o de las declaraciones de las instituciones. Estas circunstancias no pueden obstaculizar la calificación de ayuda estatal, en el sentido del artículo 107 TFUE, apartado 1, si concurren los requisitos para la existencia de este tipo de ayuda. En cambio, tales circunstancias deben tenerse en cuenta en lo referente a la obligación de recuperar la ayuda incompatible con el mercado interior, desde el punto de vista de los principios de protección de la confianza legítima y de seguridad jurídica (sentencia de 10 de diciembre de 2013, Comisión/Irlanda y otros, C-272/12 P, EU:C:2013:812, apartado 53).

**230.** Procede rechazar, pues, el argumento relativo al principio de protección de la confianza legítima, que es inoperante en lo que respecta a la calificación de una medida como ayuda estatal. No obstante, este argumento será examinado al analizar el tercer motivo de recurso.

**231.** Habida cuenta de la razón en que se basa esta solución, esto es, el carácter inoperante de dicho argumento, no procede acordar las diligencias de ordenación del procedimiento solicitadas por las demandantes a estos efectos, ya que con ellas se pretendía demostrar que este argumento era fundado.

**232.** Resulta del conjunto de consideraciones expuestas que procede desestimar en su totalidad el primer motivo de recuso, basado en la falta de carácter selectivo de la medida controvertida.

### ***B. Sobre el segundo motivo de recurso, basado en un error en la identificación del beneficiario de la medida controvertida***

#### ***1. Alegaciones de las partes***

**233.** Las demandantes niegan, en síntesis, que la ventaja ofrecida por la medida controvertida beneficie a las empresas sujetas al impuesto en España que adquieren participaciones en sociedades no residentes. A su juicio, los beneficiarios de la medida controvertida son en realidad esas sociedades y sus accionistas, que pueden vender a mejor precio sus participaciones.

**234.** Las demandantes sostienen que la Comisión ofreció, en la Decisión impugnada, una respuesta incoherente y errónea a las alegaciones formuladas por algunas de las partes interesadas, según las cuales los beneficiarios reales de la ayuda son los accionistas de las sociedades no residentes que venden sus acciones a empresas sujetas al impuesto en España.

**235.** Las demandantes invocan igualmente la práctica anterior de la Comisión.

**236.** La Comisión aduce que no existe la incoherencia alegada por las demandantes.

**237.** En todo caso, según la Comisión, las empresas a las que se aplica la medida controvertida obtienen una ventaja.

#### ***2. Apreciación del Tribunal General***

**238.** Es preciso comenzar recordando que, gracias a la medida controvertida, las empresas sujetas al impuesto en España que adquieren participaciones en sociedades no residentes pueden reducir, si cumplen los demás requisitos establecidos en la medida, la base imponible del impuesto sobre sociedades que les corresponde abonar.

**239.** Según las demandantes, la ventaja que procura la medida controvertida, cuyos destinatarios inmediatos son las empresas que adquieren participaciones en sociedades no residentes, se repercute en realidad en el precio de venta de las acciones. Estiman, por consiguiente, que no son esas empresas las que se benefician de la medida controvertida sino, en realidad, los vendedores de esas participaciones.

**240.** Cada una de las tres razones autónomas que se exponen a continuación obliga a rechazar esta alegación.

**241.** En primer lugar, no es posible presumir que la ventaja que procura la medida controvertida se repercute necesariamente en el precio de venta de las acciones de sociedades adquiridas. Ahora bien, en el presente asunto no se ha acreditado tal circunstancia. Por consiguiente, esta alegación no se apoya en hechos.

**242.** En segundo lugar, aun suponiendo que las empresas sujetas al impuesto en España que desean adquirir acciones de sociedades no residentes incrementen el precio ofrecido teniendo en cuenta la reducción de la base imponible del impuesto sobre sociedades de la que se beneficiarán al adquirirlas, esta circunstancia aumenta sus posibilidades de llevar a cabo tales operaciones. Estas empresas disfrutaban así de una «ventaja económica que no habrían obtenido en condiciones normales de mercado», según la fórmula empleada por el Tribunal de Justicia en su sentencia de 11 de julio de 1996, SFEI y otros (C-39/94, EU:C:1996:285), apartado 60.

**243.** Por lo tanto, la situación examinada en el presente asunto difiere de la situación en la que el destinatario de la ventaja está obligado a transferirla a un tercero sin contrapartida (véase, en este sentido, la sentencia de 3 de julio de 2003, Bélgica/Comisión, C-457/00, EU:C:2003:387, apartado 58). En efecto, las empresas adquirentes, aun suponiendo que repercutan íntegramente la ventaja fiscal resultante de la medida controvertida en el precio de compra de las acciones de las sociedades adquiridas, ven reforzada su capacidad de negociación como comprador, lo cual constituye por sí mismo una ventaja evidente, como destacó acertadamente la Comisión.

**244.** En tercer lugar, el Tribunal de Justicia ha declarado ya que la circunstancia de que el beneficio obtenido al aprovechar una ventaja, en particular una ventaja fiscal, no sea idéntico a esa ventaja, o incluso resulte inexistente, no afecta a la exigencia de recuperar la ayuda de las personas destinatarias de esa ventaja (véase, en este sentido, la sentencia de 21 de diciembre de 2016, Comisión/Aer Lingus y Ryanair Designated Activity, C-164/15 P y C-165/15 P, EU:C:2016:990, apartados 92, 93, 100 y 102).

**245.** Por consiguiente, esta circunstancia tampoco afecta a la condición de beneficiarios de la ayuda de las personas destinatarias de la ventaja en cuestión.

**246.** En efecto, si se reconociera que cuando concurre tal circunstancia los destinatarios de la ventaja establecida por una medida no son los beneficiarios reales de esa medida, ello tendría por efecto impedir cualquier medida de recuperación en lo que a ellos respecta, lo que sería contrario a la solución elegida por el Tribunal de Justicia.

**247.** En el presente asunto, las demandantes hacen valer, en síntesis, la disminución, o incluso la desaparición, del beneficio obtenido por el aprovechamiento de la ventaja que les confiere la medida controvertida.

**248.** En aplicación de la jurisprudencia citada en el anterior apartado 244, tal como ha sido interpretada en el apartado 245 de la presente sentencia, la circunstancia -suponiéndola acreditada- de que, en el presente asunto, las empresas adquirentes repercutan íntegramente la ventaja fiscal derivada de la medida controvertida en el precio de las acciones de las sociedades adquiridas y de que, por este motivo, el beneficio resultante de la medida controvertida obtenido por las empresas adquirentes en el momento de la operación de compra resulte inexistente no permite concluir que estas empresas no son los beneficiarios de tal medida.

**249.** Resulta de cada una de las tres razones expuestas en los anteriores apartados 241 a 248 que las empresas sujetas al impuesto en España y que adquieren participaciones en sociedades no residentes son no solo los destinatarios inmediatos de la ayuda en cuestión, sino también los beneficiarios reales de la misma.

**250.** Así lo indica sin ambigüedades la Comisión en la Decisión impugnada, cuya motivación, suficientemente detallada a este respecto, no adolece de incoherencia alguna.

**251.** A este respecto cabe señalar que la Comisión afirmó, en el considerando 130 de la Decisión impugnada, que estimaba que los beneficiarios de la ayuda eran las empresas que podían aplicar la amortización fiscal del fondo de comercio. En particular indicó que ningún mecanismo garantizaba que la ventaja se transfiriera total o parcialmente al vendedor de las participaciones en cuestión y que, aunque tal fuera el caso, la medida controvertida daría al adquirente una mayor capacidad de ofertar un precio más elevado, «lo que es de la máxima importancia en el caso de una operación de adquisición competitiva».

**252.** Por otra parte, es preciso rechazar la alegación de las demandantes sobre la supuesta incoherencia de la práctica de la Comisión en materia de identificación del beneficiario de la ayuda de que se trata.

**253.** En efecto, según la jurisprudencia, el carácter de ayuda estatal de una medida determinada debe apreciarse únicamente en el marco del artículo 107 TFUE, apartado 1, y no a la luz de una supuesta práctica decisoria anterior de la Comisión (véase 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, apartado 136 y jurisprudencia citada). Pues bien, la determinación del beneficiario de la ayuda es uno de los componentes de la apreciación de su existencia que responde a una situación objetiva y no puede depender del comportamiento de las instituciones (véase, en este sentido, la sentencia de 10 de diciembre de 2013, Comisión/Irlanda y otros, C-272/12 P, EU:C:2013:812, apartado 53).

**254.** De todo lo anterior resulta que procede desestimar el segundo motivo de recurso.

### ***C. Sobre el tercer motivo de recurso, basado en la violación del principio de protección de la confianza legítima***

#### ***1. Alegaciones de las partes***

**255.** Las demandantes formulan, en esencia, una primera imputación basada en el error de Derecho cometido por la Comisión al fijar incorrectamente la fecha de publicación de la Decisión de incoación del procedimiento como fecha de referencia para determinar las ayudas que debían ser recuperadas. Sostienen que, al no utilizar como fecha de referencia la fecha de publicación de la Decisión impugnada, la Comisión violó el principio de protección de la confianza legítima.

**256.** Las demandantes se basan, en particular, en la jurisprudencia del juez de la Unión y en la práctica decisoria de la Comisión para afirmar que existe una violación del principio de igualdad de trato.

**257.** Las demandantes critican la tesis de la Comisión según la cual, tras la publicación de la Decisión de incoación del procedimiento, un operador diligente hubiera debido abstenerse de aplicar la medida controvertida hasta que se publicara la Decisión definitiva.

**258.** Con carácter subsidiario, las demandantes formulan una segunda imputación. Así, impugnan los requisitos que impone la Comisión para permitir que, en determinados supuestos, se tome como fecha de referencia para la determinación de las ayudas que deben recuperarse la fecha de publicación de la Decisión impugnada. Según las demandantes, a un operador diligente le resultaba imposible prever la solución por la que optó finalmente la Comisión en el marco del régimen transitorio establecido en la Decisión impugnada.

**259.** Las demandantes también invocan un defecto de motivación de la Decisión impugnada.

**260.** La Comisión estima que, a la luz de la jurisprudencia, no se ha producido violación alguna del principio de protección de la confianza legítima.

**261.** Sostiene igualmente que la alegación basada en su práctica anterior es inoperante y, en todo caso, infundada.

**262.** Por último, alega que no existe violación alguna del principio de protección de la confianza legítima en relación con los supuestos en los que la fecha de referencia para la recuperación de la ayuda es la fecha de publicación de la Decisión impugnada.

#### ***2. Apreciación del Tribunal General***

**263.** Procede recordar que, según reiterada jurisprudencia, el derecho a invocar el principio de protección de la confianza legítima implica la concurrencia de tres requisitos acumulativos. En primer lugar, la administración debe haber ofrecido al interesado garantías precisas, incondicionales y concordantes, procedentes de fuentes autorizadas y fiables. En segundo lugar, estas garantías deben ser de tal naturaleza que puedan suscitar una esperanza legítima en el ánimo de la persona a la que se dirigen. En tercer lugar, las garantías dadas deben ser conformes con las normas aplicables [véanse las sentencias de 16 de diciembre de 2008, Masdar (UK)/Comisión, C-47/07 P, EU:C:2008:726, apartado 81 y jurisprudencia citada, y de 23 de febrero de 2006, Cementbouw Handel & Industrie/Comisión, T-282/02, EU:T:2006:64, apartado 77 y jurisprudencia citada].

**264.** Conviene recordar igualmente que resulta inútil invocar un motivo de recurso basado en la violación del principio de protección de la confianza legítima para impugnar una decisión de la Comisión que califica una medida nacional de ayuda estatal, en el sentido del artículo 107 TFUE, apartado 1, ya que el concepto de ayuda estatal responde a una situación objetiva y no puede depender del comportamiento o de las declaraciones de las instituciones (véase el anterior apartado 229). Así pues, cuando una medida nacional puede calificarse legítimamente de ayuda estatal, no cabe considerar conformes con el artículo 107 TFUE, apartado 1, las garantías dadas con anterioridad sobre el hecho de que esa medida no constituye una ayuda. Al no concurrir el tercer requisito expuesto en el anterior apartado 263, no cabe acoger una alegación de violación del principio de protección de la confianza legítima dirigida contra la decisión de la Comisión que califica la medida de ayuda estatal.

**265.** No obstante, puede resultar oportuno invocar un motivo basado en la violación del principio de protección de la confianza legítima contra una decisión en la que la Comisión resuelva, en virtud del artículo 108 TFUE, apartado 2, que el Estado miembro interesado debe suprimir una medida nacional o modificarla en el plazo que ella determine (véase, en este sentido, la sentencia de 10 de diciembre de 2013, Comisión/Irlanda y otros, C-272/12 P, EU:C:2013:812, apartado 53).

**266.** Así ocurre, por ejemplo, en el caso de que la Comisión obligue al Estado miembro interesado a poner fin progresivamente a un régimen de ayudas existente que ha pasado a ser incompatible con el mercado interior (véase la Decisión examinada en la sentencia de 22 de junio de 2006, Bélgica y Forum 187/Comisión, C-182/03 y C-217/03, EU:C:2006:416), u ordene la recuperación de una ayuda nueva abonada sin notificación previa a la Comisión y que esta considera incompatible con el mercado interior.

**267.** Por lo que se refiere a este último ejemplo, que es el que se plantea en el presente asunto, conviene subrayar que, si existiera una regla o un principio que obligaran a la Comisión a ordenar la recuperación de toda ayuda ilegal e incompatible con el mercado interior, las garantías dadas sobre el hecho de que esa ayuda no se recuperaría, que podrían resultar de las garantías sobre el hecho de que la medida en cuestión no podía calificarse de ayuda, serían necesariamente contrarias a este principio o a esa regla.

**268.** De este modo, nunca podría cumplirse el tercero de los requisitos acumulativos para la aplicación del principio de protección de la confianza legítima (véase el anterior apartado 263), el de que las garantías dadas deben ser conformes con las normas aplicables (sentencias de 16 de noviembre de 1983, Thyssen/Comisión, 188/82, EU:C:1983:329, apartado 11; de 6 de febrero de 1986, Vlachou/Tribunal de Cuentas, 162/84, EU:C:1986:56, apartado 6; de 27 de marzo de 1990, Chomel/Comisión, T-123/89, EU:T:1990:24, apartado 28; de 6 de julio de 1999, Forvass/Comisión, T-203/97, EU:T:1999:135, apartado 70; de 18 de junio de 2014, España/Comisión, T-260/11, EU:T:2014:555, apartado 84, y de 22 de abril de 2016, Irlanda y Aughinish Alumina/Comisión, T-50/06 RENV II y T-69/06 RENV II, EU:T:2016:227, apartado 213).

**269.** Procede recordar a este respecto que el Tribunal de Justicia, desde su sentencia de 21 de marzo de 1990, Bélgica/Comisión (C-142/87, EU:C:1990:125), apartado 66, ha declarado que la supresión de una ayuda ilegal incompatible con el mercado interior mediante su recuperación era la consecuencia lógica de la constatación de su ilegalidad.

**270.** No obstante, el nexo lógico así establecido en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia entre la ilegalidad de una ayuda y su recuperación no conllevaba para la Comisión la obligación de ordenar recuperar toda ayuda ilegal e incompatible con el mercado interior.

**271.** En efecto, como la Comisión recordó en la Comunicación de 2007 titulada «Hacia una aplicación efectiva de las decisiones de la Comisión por las que se ordena a los Estados miembros que recuperen las ayudas estatales ilegales e incompatibles [con el mercado común]» (DO 2007, C 272, p. 4), la Comisión no comenzó a ordenar de manera más sistemática la recuperación de las ayudas ilegales e incompatibles con el mercado interior hasta la segunda mitad de los años 80 y en los años 90 y fue al aprobarse el Reglamento n.º 659/1999 cuando se estableció «la obligación de la Comisión de ordenar la recuperación» de este tipo de ayudas.

**272.** Esta obligación se desprende de la primera frase del artículo 14, apartado 1, del Reglamento n.º 659/1999, que establece que, cuando se adopten decisiones negativas en casos de ayuda ilegal, la Comisión «decidirá que el Estado miembro interesado tome todas las medidas necesarias para obtener del beneficiario la recuperación de la ayuda».

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

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

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

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

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

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

**279.** En consecuencia, procede analizar si está fundamentada alguna de las dos imputaciones formuladas por las demandantes en apoyo del tercer motivo de recurso (véanse los anteriores apartados 255 y 258).

**a) Sobre la primera imputación, invocada con carácter principal**

**280.** Las demandantes impugnan el régimen transitorio aplicado por la Comisión, en la medida en que tomó como referencia la fecha de publicación de la Decisión de incoación. A su juicio, la Comisión hubiera debido optar por la fecha de publicación de la Decisión impugnada.

**281.** Con carácter preliminar, conviene señalar que la Comisión estimó, en el considerando 184 de la Decisión impugnada, que la medida controvertida constituía una ayuda estatal ilegal, es decir, una ayuda nueva ejecutada infringiendo el artículo 108 TFUE, apartado 3.

**282.** Resulta pacífico que el régimen controvertido no fue notificado por el Reino de España a la Comisión con arreglo al artículo 108 TFUE, apartado 3.

**283.** Es cierto que, según las demandantes, la medida carece de carácter selectivo fuera de la Unión y solo adquirió tal naturaleza dentro de la misma tras la desaparición de los obstáculos a las fusiones transfronterizas, que, a su juicio, solo pudo producirse, como muy pronto, al entrar en vigor de la Directiva 2005/56/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de octubre de 2005, relativa a las fusiones transfronterizas de las sociedades de capital (DO 2005, L 310, p. 1). Así pues, sostienen que la medida controvertida no constituyó una ayuda en el momento de su entrada en vigor y, en consecuencia, puede considerarse una ayuda existente con arreglo a lo dispuesto en el artículo 1, letra b), inciso v), del Reglamento n.º 659/1999.

**284.** No obstante, al razonar así, las demandantes parten del postulado de que la existencia de obstáculos a las combinaciones transfronterizas de empresas permite considerar que esta medida no es selectiva.

**285.** Ahora bien, ya se ha indicado, en particular en los anteriores apartados 201, 202 y 216, que ese postulado carece de pertinencia.

**286.** Por consiguiente, cabe concluir que las demandantes no han demostrado que la medida controvertida fuera una ayuda existente. Por lo tanto, la Comisión actuó legítimamente al calificarla de ayuda ilegal.

**287.** Pues bien, cuando se ejecuta una ayuda sin haberla notificado previamente a la Comisión, de modo que resulta ilegal en virtud del artículo 108 TFUE, apartado 3, el beneficiario de la ayuda no puede tener, en ese momento, una confianza legítima en la legalidad de la concesión de dicha ayuda, a menos que concurren circunstancias excepcionales (véanse, en este sentido, las sentencias de 24 de noviembre de 1987, RSV/Comisión, 223/85, EU:C:1987:502, apartados 16 y 17; de 20 de septiembre de 1990, Comisión/Alemania, C-5/89, EU:C:1990:320, apartados 14 y 16; de 13 de junio de 2013, HGA y otros/Comisión, C-630/11 P a C-633/11 P, EU:C:2013:387, apartado 134; de 27 de enero de 1998, Ladbroke Racing/Comisión, T-67/94, EU:T:1998:7, apartado 182; de 16 de octubre de 2014, Alcoa Trasformazioni/Comisión, T-177/10, EU:T:2014:897, apartado 61, y de 22 de abril de 2016, Irlanda y Aughinish Alumina/Comisión, T-50/06 RENV II y T-69/06 RENV II, EU:T:2016:227, apartado 214).

**288.** En la Decisión impugnada, la Comisión, estimando que se daban tales circunstancias (considerandos 38 y 210 de la Decisión impugnada), no ordenó que se recuperara la ayuda en cuestión en lo que respecta, en particular, a los beneficiarios de la medida controvertida que hubieran adquirido participaciones en una sociedad extranjera hasta el 21 de diciembre de 2007, fecha de publicación de la Decisión de incoación.

**289.** La aplicación de este régimen transitorio se justificaba, según la Comisión, por el hecho de que ella había ofrecido garantías específicas, incondicionales y concordantes de una naturaleza tal que dio lugar a que los beneficiarios de la medida controvertida albergaran esperanzas justificadas de que el régimen de amortización del fondo de comercio era legal, en el sentido de que no entraba en el ámbito de aplicación de las normas sobre ayudas

estatales, y que, por lo tanto, ninguna de las ventajas derivadas de dicho régimen podía posteriormente ser objeto de un procedimiento de recuperación (considerando 192 de la Decisión impugnada).

**290.** Así, el 19 de enero de 2006, en respuesta a la pregunta de un diputado del Parlamento Europeo, un miembro de la Comisión afirmó lo siguiente en nombre de esta:

«La Comisión no puede confirmar si las elevadas ofertas de las empresas españolas se deben a la normativa fiscal española que permite a las empresas amortizar el fondo [de comercio] financiero más rápidamente que sus homólogas francesas o italianas. La Comisión puede confirmar, no obstante, que tales legislaciones nacionales no entran en el ámbito de aplicación de las normas sobre ayudas estatales sino que constituyen más bien reglas de amortización generales, aplicables a todas las empresas en España.»

**291.** Del mismo modo, el 17 de febrero de 2006, en respuesta a la pregunta de un diputado del Parlamento Europeo, un miembro de la Comisión indicó lo siguiente en nombre de esta última institución:

«Según la información de que dispone actualmente la Comisión, las normas tributarias españolas relativas a la amortización del fondo de comercio parecen ser aplicables a todas las empresas en España independientemente de su tamaño, sector, forma jurídica o de si son de propiedad privada o pública ya que constituyen reglas de amortización generales. Por consiguiente, no parecen entrar en el ámbito de aplicación de las normas sobre ayudas estatales.»

**292.** Si bien las respuestas de la Comisión no fueron objeto de una publicación íntegra en el *Diario Oficial de la Unión Europea*, sí se publicó en él el número de las preguntas, su autor, su objeto, la institución a la que iban dirigidas y la indicación de que existían respuestas y de la fecha de estas (DO 2006, C 327, pp. 164 y 192).

**293.** En el presente asunto no se discute que los datos mencionados en los apartados precedentes pudieron generar en las demandantes una confianza legítima.

**294.** El desacuerdo de las partes se refiere a las consecuencias que deben extraerse de la aprobación el 10 de octubre de 2007 de la Decisión de incoación, que fue publicada, precedida de su resumen, en el *Diario Oficial de la Unión Europea* el 21 de diciembre de 2007 (véase el anterior apartado 280).

**295.** A este respecto, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, basada en la redacción del artículo 108 TFUE, apartado 3, establece que, en el supuesto de que la Comisión incoe el procedimiento de investigación formal, la última frase del artículo 108 TFUE, apartado 3, prohíbe que el Estado miembro interesado ejecute las medidas proyectadas antes de que en dicho procedimiento haya recaído una decisión definitiva. En consecuencia, las ayudas nuevas están sujetas a un control preventivo que ejerce la Comisión y, en principio, no pueden ser ejecutadas por el Estado miembro de que se trate en tanto esta institución no las declare compatibles con el Tratado (sentencia de 30 de junio de 1992, España/Comisión, C-312/90, EU:C:1992:282, apartado 16).

**296.** El Tribunal de Justicia ha declarado igualmente que, cuando la Comisión ha decidido incoar el procedimiento de investigación formal en relación con una medida nacional nueva en curso de ejecución, el efecto suspensivo de tal decisión se impone también a los órganos jurisdiccionales nacionales a los que se someta el asunto, que están obligados, en su caso, a adoptar todas las medidas necesarias para extraer las consecuencias que se deriven de un posible incumplimiento de la obligación de suspender la ejecución de dicha medida (sentencia de 21 de noviembre de 2013, Deutsche Lufthansa, C-284/12, EU:C:2013:755, apartado 42).

**297.** Por último, se ha declarado ya, en relación con una decisión de incoación del procedimiento de investigación formal respecto de una medida en curso de ejecución calificada de ayuda nueva por la Comisión, que tras la adopción de dicha decisión existían, como mínimo, serias dudas acerca de la legalidad de dicha medida, que, sin perjuicio de la facultad de solicitar medidas provisionales al juez competente para dictarlas, debía llevar al Estado miembro a suspender el pago de la medida, ya que la incoación del procedimiento previsto en el artículo 108 TFUE, apartado 2, excluía una decisión inmediata que declarara la compatibilidad de la misma con el mercado interior y

permitiera seguir ejecutándola legalmente. Esta duda sobre la legalidad de la medida investigada debía impulsar igualmente a las empresas beneficiarias de la misma a rechazar en cualquier caso nuevos pagos o a provisionar las cantidades necesarias para hacer frente a eventuales devoluciones posteriores (sentencia de 9 de octubre de 2001, Italia/Comisión, C-400/99, EU:C:2001:528, apartado 59).

**298.** Así pues, habida cuenta del efecto suspensivo de la decisión de incoar el procedimiento de investigación formal relativo a una medida nacional nueva en curso de ejecución, carecen de fundamento las alegaciones de los beneficiarios de esa medida en las que, como sucede en el presente asunto, invoquen circunstancias excepcionales que puedan justificar la subsistencia de una confianza legítima tras la adopción de tal decisión (véase, en este sentido, la sentencia de 22 de abril de 2016, Francia/Comisión, T-56/06 RENV II, EU:T:2016:228, apartados 50 a 56).

**299.** Por otra parte, el régimen transitorio adoptado por la Comisión permitió que se siguiera aplicando esta medida durante todo el período de amortización previsto a los beneficiarios de la ayuda que hubieran adquirido participaciones, o hubieran asumido el compromiso irrevocable de adquirirlas, en la fecha de publicación de la Decisión de incoación. A partir de esta fecha, las empresas afectadas se hallaban, pues, en condiciones, de adaptar de inmediato su comportamiento, absteniéndose de asumir compromisos relativos a la adquisición de participaciones en sociedades extranjeras si estimaban que tales compromisos no presentaban un interés económico suficiente, ante el riesgo de no poder disfrutar más adelante de la ventaja fiscal establecida en la medida controvertida.

**300.** Por último, conviene añadir que, en el resumen de la Decisión de incoación publicado, junto con esa Decisión, en el *Diario Oficial de la Unión Europea* de 21 de diciembre de 2007, la Comisión indicó que estimaba que el régimen fiscal en cuestión parecía cumplir todas las condiciones pertinentes para ser considerado una ayuda estatal. Añadió igualmente lo siguiente:

«[...] la medida parece constituir una excepción al sistema fiscal español pues el fondo de comercio financiero se amortiza incluso si no se registra en las cuentas de la empresa adquirente porque no se produce una combinación empresarial entre la empresa adquirente y la adquirida. Por lo tanto ofrece una ventaja económica que consiste en la reducción de la presión fiscal de las empresas que adquieren una participación significativa en empresas extranjeras. La medida parece implicar recursos del Estado y ser específica en la medida en que favorece a las empresas que llevan a cabo ciertas inversiones.

La medida parece afectar al comercio entre los Estados miembros porque refuerza la posición comercial de sus beneficiarios que se dedican a la gestión de participaciones, y puede afectar a la competencia en la medida en que, al subvencionar a empresas españolas que realizan ofertas de adquisición de empresas en el extranjero, sitúa a los competidores no españoles en una desventaja relativa a la hora de realizar ofertas comparables en los mercados correspondientes.

Ninguna de las excepciones previstas en el artículo [107], apartados 2 y 3, parece ser de aplicación y la ayuda parece incompatible con el mercado [interior]. Por consiguiente, la Comisión considera que, al aplicar la medida en cuestión, las autoridades españolas podrían haber concedido ayuda estatal con arreglo al artículo [107], apartado 1, del Tratado.»

**301.** A la vista de los datos mencionados en el anterior apartado 300, las empresas a las que se aplicaba, o a las que se podía aplicar, el régimen controvertido habían podido conocer, en la fecha de publicación de la Decisión de incoación, las razones concretas por las que la Comisión estimaba que las medidas establecidas por ese régimen parecían cumplir todos los requisitos exigidos en el artículo 107 TFUE y podían considerarse incompatibles con el mercado interior.

**302.** Además, no se desprende del resumen de la Decisión de incoación ni de la cronología que figura en los considerandos 1 a 7 de esa Decisión que el régimen controvertido pudiera referirse a una ayuda existente. En particular, las empresas afectadas podían comprender que este régimen, que había sido ejecutado antes de que se incoara el procedimiento de investigación formal, no había sido autorizado por la Comisión.

**303.** Resulta de todo lo anterior que la adopción de la Decisión de incoación bastaba, en el presente asunto, para poner fin a la confianza legítima que las declaraciones citadas en los anteriores apartados 290 y 291 hubieran podido generar en los beneficiarios de la medida controvertida.

**304.** Las demás alegaciones de las demandantes no permiten desvirtuar esta conclusión.

**305.** En primer lugar, es cierto que, en el asunto que dio lugar a la sentencia de 24 de noviembre de 1987, RSV/Comisión (223/85, EU:C:1987:502), apartado 6, se había ejecutado una ayuda nueva antes de notificarla a la Comisión.

**306.** No obstante, las cantidades cuya recuperación exigía la Comisión habían sido abonadas antes de que se adoptara decisión alguna de incoar un procedimiento de investigación formal (véase, a este respecto, el informe para la vista publicado en la Recopilación, pp. 4621 y 4622).

**307.** Así pues, no cabe aplicar en el presente asunto la solución a la que llegó la sentencia de 24 de noviembre de 1987, RSV/Comisión (223/85, EU:C:1987:502), ya que la ayuda cuya recuperación ha ordenado la Comisión aún no había sido concedida en la fecha de publicación de la Decisión de incoación y se refería incluso a una ventaja otorgada sobre la base de comportamientos adoptados por los beneficiarios de la ayuda después de que se publicara esa Decisión (véase el anterior apartado 299).

**308.** En segundo lugar, las demandantes invocan la sentencia de 22 de junio de 2006, Bélgica y Forum 187/Comisión (C-182/03 y C-217/03, EU:C:2006:416), relativa al régimen fiscal belga de los centros de coordinación.

**309.** No obstante, existen diferencias sustanciales entre el contexto del presente asunto y el del asunto que dio lugar a la sentencia de 22 de junio de 2006, Bélgica y Forum 187/Comisión (C-182/03 y C-217/03, EU:C:2006:416).

**310.** En efecto, en primer término, en ese asunto la Comisión había constatado en dos decisiones sucesivas (apartado 16) que el régimen en cuestión no contenía ningún elemento de ayuda. Se trataba, pues, de un régimen de ayudas existente al que no se aplicaba la jurisprudencia relativa a la recuperación de ayudas ilegales incompatibles con el mercado interior, la cual solo admite la violación del principio de protección de la confianza legítima en circunstancias excepcionales (véase el anterior apartado 287).

**311.** Del mismo modo, tampoco se aplicaban las disposiciones del Tratado relativas a los efectos de la adopción de la decisión de incoar el procedimiento de investigación formal ni la jurisprudencia que extrae las consecuencias de la aplicación de estas disposiciones cuando una ayuda ha sido abonada ilegalmente (véanse los anteriores apartados 295 a 298), las cuales limitan igualmente la aplicación del principio de protección de la confianza legítima.

**312.** Por otra parte, en sus conclusiones presentadas en los asuntos acumulados Bélgica y Forum 187/Comisión (C-182/03 y C-217/03, EU:C:2006:89, apartados 404 y 405), el Abogado General Léger insistió en la especificidad de una situación en la que la confianza había sido generada por la adopción de decisiones anteriores de la Comisión y que debía, en consecuencia, ser objeto de una protección particular.

**313.** En efecto, en tal supuesto, las decisiones de la Comisión por las que se constata la inexistencia de rasgos de ayuda refuerzan la situación jurídica de las personas a las que se aplica la medida en cuestión, reconociendo que esta es conforme con las disposiciones del artículo 107 TFUE hasta la eventual adopción de una decisión en sentido contrario.

**314.** A este respecto, conviene recordar que los actos de las instituciones de la Unión disfrutaban de una presunción de legalidad mientras no hayan sido revocados o anulados (sentencia de 15 de junio de 1994, Comisión/BASF y otros, C-137/92 P, EU:C:1994:247, apartado 48).

**315.** En segundo término, en el asunto que dio lugar a la sentencia de 22 de junio de 2006, Bélgica y Forum 187/Comisión (C-182/03 y C-217/03, EU:C:2006:416), se discutía la posibilidad de que los beneficiarios de un régimen de ayudas siguieran o no sujetos a ese régimen durante un período de tiempo adicional.

**316.** En ese asunto, el disfrute del régimen en cuestión estaba supeditado a la obtención de una autorización otorgada por un plazo de diez años y renovable. La Decisión allí impugnada disponía que, a partir de la fecha de notificación de esa Decisión, los beneficiarios de dicha autorización no podrían obtener su renovación cuando expirara (véase, en este sentido, la sentencia de 22 de junio de 2006, Bélgica y Forum 187/Comisión, C-182/03 y C-217/03, EU:C:2006:416, apartados 32 a 34).

**317.** El Tribunal de Justicia resolvió que el plazo de cerca de ocho meses que transcurrió entre la publicación de la decisión de incoar el procedimiento de investigación formal y la Decisión allí impugnada había sido insuficiente para permitir que los beneficiarios de la ayuda tomaran en consideración la eventualidad de una decisión que pusiera fin al régimen en cuestión. El Tribunal de Justicia se basó, en particular, en el hecho de que ese régimen implicaba medidas contables y decisiones financieras y económicas que un operador económico diligente no podía adoptar en un plazo tan breve (sentencia de 22 de junio de 2006, Bélgica y Forum 187/Comisión, C-182/03 y C-217/03, EU:C:2006:416, apartado 162).

**318.** En su sentencia de 17 de septiembre de 2009, Comisión/Koninklijke FrieslandCampina (C-519/07 P, EU:C:2009:556), el Tribunal de Justicia destacó que, en el asunto que dio lugar a la sentencia de 22 de junio de 2006, Bélgica y Forum 187/Comisión (C-182/03 y C-217/03, EU:C:2006:416), los beneficiarios de la autorización, que no podían obtener su renovación como consecuencia de la Decisión de la Comisión, habían realizado inversiones importantes y habían asumido compromisos a largo plazo a causa de esa autorización (apartado 91).

**319.** En sus conclusiones presentadas en los asuntos acumulados Bélgica y Forum 187/Comisión (C-182/03 y C-217/03, EU:C:2006:89), el Abogado General Léger indicó que el régimen examinado en ese asunto constituía un régimen fiscal que representaba una excepción al Derecho común y estaba compuesto por diversas exenciones y un método particular de determinación de la base imponible, y que para una empresa era mucho más difícil tomar en consideración la posibilidad de que se suprimieran unas medidas de este tipo que la de que se suprimiera una subvención, ya que la empresa se veía obligada, no solo a tener en cuenta las consecuencias económicas de esa supresión, sino también a llevar a cabo una reorganización importante, en particular en el ámbito de la contabilidad (punto 418).

**320.** Por el contrario, en el presente asunto, como se ha declarado en el anterior apartado 299, las empresas a las que se aplicaba o a las que podía aplicarse el régimen controvertido se hallaban en condiciones, desde la fecha de publicación de la Decisión de incoación, de adaptar de inmediato su comportamiento, absteniéndose de asumir compromisos relativos a la adquisición de participaciones en sociedades extranjeras si estimaban que tales compromisos no presentaban un interés económico suficiente, ante el riesgo de no poder disfrutar en el futuro de la ventaja fiscal establecida por el régimen controvertido.

**321.** Por consiguiente, no concurren en el presente asunto el conjunto de las circunstancias propias del asunto que dio lugar a la sentencia de 22 de junio de 2006, Bélgica y Forum 187/Comisión (C-182/03 y C-217/03, EU:C:2006:416), expuestas en los anteriores apartados 308 a 320, tanto por lo que respecta al hecho de que la ayuda examinada en ese asunto era una ayuda existente como a la necesidad de que los beneficiarios de esa ayuda tomaran, tras su prohibición, medidas que no podían adoptarse en breve plazo. Por consiguiente, la invocación de esta sentencia por parte de las demandantes es infundada.

**322.** En tercer lugar, las demandantes alegan que se ha producido una violación del principio de igualdad de trato. Esgrimen para ello decisiones de la Comisión adoptadas en relación con regímenes fiscales que, como indican las propias demandantes, presentan similitudes con el régimen fiscal belga de los centros de coordinación, es decir, el que se examinaba en el asunto que dio lugar a la sentencia de 22 de junio de 2006, Bélgica y Forum 187/Comisión (C-182/03 y C-217/03, EU:C:2006:416), apartado 16. Ahora bien, como se ha declarado en el anterior apartado 321, las características de ese régimen difieren de las del régimen controvertido.

**323.** En consecuencia, las situaciones invocadas por las demandantes a este respecto no son comparables con la situación planteada en el presente asunto.

**324.** Por otra parte, aunque se refieren tanto a las decisiones de la Comisión adoptadas respecto de regímenes fiscales que, en su opinión, presentan similitudes con el régimen fiscal belga de los centros de coordinación como a varias otras decisiones de la Comisión relativas a medidas fiscales, las demandantes no demuestran que la Comisión haya reconocido la confianza legítima de los beneficiarios en un contexto caracterizado por la atribución, incluso con posterioridad a la Decisión de incoación, de una ventaja resultante de una ayuda nueva que no había sido notificada a la Comisión.

**325.** Tampoco han demostrado las demandantes, y ni siquiera alegado, que los beneficiarios de las ventajas examinadas en las decisiones que invocan pudieran adaptar de inmediato su comportamiento (véase el anterior apartado 320).

**326.** Al no haber demostrado las demandantes, y ni siquiera invocado, la existencia de circunstancias que eventualmente pudieran justificar la concesión de un régimen transitorio cuyos efectos continuaran más allá de la fecha de publicación de la Decisión de incoación, procede rechazar su alegación basada en la práctica decisoria de la Comisión en materia de protección de la confianza legítima.

**327.** Por lo que se refiere a la Decisión de la Comisión, de 31 de octubre de 2000, relativa a las leyes españolas sobre el impuesto de sociedades (DO 2001, L 60, p. 57), única Decisión de la práctica decisoria de la Comisión invocada por las demandantes respecto de la cual estas aportan un número de datos suficiente para permitir que el Tribunal General analice pormenorizadamente si el contexto de ese asunto era comparable al del presente asunto, dicha Decisión es, como acertadamente destaca la Comisión, una decisión adoptada en aplicación del Tratado CECA, en el que las condiciones del control de las ayudas no eran comparables a las establecidas en el Tratado CE y, posteriormente, en el Tratado FUE. En particular, en el Tratado CECA no existían disposiciones similares a la del artículo 108 TFUE, apartado 3, en el que se basa la jurisprudencia citada en el anterior apartado 295.

**328.** A mayor abundamiento, esa Decisión es anterior a la sentencia de 9 de octubre de 2001, Italia/Comisión (C-400/99, EU:C:2001:528), citada en el anterior apartado 297, según la cual, tras la adopción de la decisión de incoar el procedimiento de investigación formal, existen, como mínimo, serias dudas acerca de la conformidad de la medida examinada con las normas de la Unión en materia de ayudas estatales.

**329.** En consecuencia, la citada Decisión no permite concluir que existiera una confianza legítima que las demandantes podían invocar fundadamente.

**330.** De lo anterior resulta que, aun suponiendo que la alegación basada en la práctica decisoria anterior de la Comisión sobre los criterios de recuperación de una ayuda y en su carácter contrario o no al principio de protección de la confianza legítima fuera operante a efectos de invocar ese principio, esta alegación resulta, en cualquier caso, infundada.

**331.** Habida cuenta del conjunto de consideraciones expuestas, procede desestimar la primera imputación formulada por las demandantes.

#### ***b) Sobre la segunda imputación, invocada con carácter subsidiario***

**332.** Con carácter preliminar, es preciso señalar que la Comisión, además de no ordenar que se recuperase la ayuda en cuestión en lo que respecta, en particular, a los beneficiarios de la medida controvertida que hubieran adquirido participaciones en una sociedad extranjera hasta el 21 de diciembre de 2007, fecha de publicación de la Decisión de incoación (véase el anterior apartado 280), tampoco ordenó la recuperación de esta ayuda en lo que respecta a los beneficiarios de la medida controvertida que hubieran adquirido, a más tardar el 25 de mayo de 2011,

fecha de publicación de la Decisión impugnada, participaciones mayoritarias en sociedades extranjeras establecidas en China, India y en otros países en los que se hubiera demostrado o se pudiera demostrar la existencia de obstáculos jurídicos explícitos a las combinaciones transfronterizas de empresas.

**333.** La Comisión justificó la aplicación de tal régimen transitorio indicando que ella podía haber generado, a través del considerando 117 de la Decisión de 28 de octubre de 2009, esperanzas fundadas en la inexistencia de ayuda estatal por lo que se refería a «las transacciones de empresas españolas en aquellos terceros países en los que existen “obstáculos jurídicos” explícitos a las combinaciones transfronterizas de empresas y en las que la empresa española en cuestión había adquirido una “mayoría del accionariado”» (considerando 197 de la Decisión impugnada).

**334.** Las demandantes impugnan las condiciones impuestas por la Comisión para permitir que, en determinados supuestos, se tome como fecha de referencia para la determinación de las ayudas que deben recuperarse la fecha de publicación de la Decisión impugnada. A su juicio, esa fecha hubiera debido aplicarse a todas las operaciones realizadas en países terceros, ya que estiman que la confianza legítima creada, en particular por el considerando 117 de la Decisión de 28 de octubre de 2009, no se limitaba únicamente a los supuestos que la Comisión seleccionó finalmente en la Decisión impugnada.

**335.** A este respecto, conviene recordar que, en el caso de una ayuda nueva, la adopción de la decisión de incoar el procedimiento de investigación formal conlleva efectos suspensivos y pone fin así a la confianza legítima que hubiera podido nacer anteriormente en sus beneficiarios (véanse los anteriores apartados 295 a 298).

**336.** Ahora bien, como en la Decisión de 28 de octubre de 2009 la Comisión no había concluido, por lo que se refiere a las operaciones transfronterizas, que no existiera una ayuda o que existiera una ayuda compatible con el mercado interior, sino que se había limitado a decidir continuar el procedimiento de investigación formal, persistían los efectos de la Decisión de incoación, que habían puesto fin a la confianza legítima que hubiera podido nacer antes de su publicación.

**337.** También conviene recordar que, en el asunto que dio lugar a la sentencia de 24 de noviembre de 1987, RSV/Comisión (223/85, EU:C:1987:502), la invocación del principio de protección de la confianza legítima llevó a la anulación de una decisión de la Comisión que ordenaba la recuperación de una ayuda ilegal en un supuesto en el que, a diferencia de lo que ocurre en el presente asunto, las cantidades cuya recuperación ordenaba la Comisión habían sido abonadas antes de que se adoptara decisión alguna de incoar el procedimiento de investigación formal (véanse los anteriores apartados 306 y 307).

**338.** Por consiguiente, carecen de fundamento la alegación de las demandantes en la que invocan una violación del principio de protección de la confianza legítima basándose en las garantías que la Comisión hubiera podido dar en la Decisión de 28 de octubre de 2009 o en otros documentos posteriores a ella.

**339.** Además, la circunstancia -suponiendo que estuviera probada- de que el régimen transitorio impugnado presente incoherencias o no respete el principio de seguridad jurídica no permite demostrar que la Comisión hubiera generado esperanzas fundadas en las demandantes antes de la adopción de la Decisión impugnada, ya que la Comisión no instauró este régimen hasta que adoptó esta última Decisión. En consecuencia, procede rechazar dicha alegación, invocada únicamente en apoyo del motivo de recurso basado en la violación del principio de protección de la confianza legítima.

**340.** En cualquier caso, conviene recordar que el derecho a invocar el principio de protección de la confianza legítima implica la concurrencia de tres requisitos acumulativos (véase el anterior apartado 263).

**341.** Ahora bien, ninguno de los datos de los autos que las demandantes han invocado permite demostrar que concurren los tres requisitos acumulativos mencionados en el anterior apartado 340.

**342.** Así, en primer término, es cierto que en la Decisión de 28 de octubre de 2009, y en particular en su considerando 117, la Comisión mantuvo abierta la posibilidad de que pudiera estar justificada la aplicación de un tratamiento fiscal diferenciado a las operaciones transfronterizas realizadas fuera de la Unión. Indicó así que no podía «descartar a priori completamente tal diferenciación» por lo que se refiere a esas operaciones y decidió continuar el procedimiento de investigación formal respecto de las mismas. Sin embargo, al obrar de este modo, la Comisión no dio unas garantías lo bastante precisas e incondicionales como para generar de nuevo una confianza legítima en un contexto en el que, en relación con una ayuda ilegal, se había adoptado la decisión de incoar el procedimiento de investigación formal antes incluso de que se produjera el comportamiento que daba derecho a la concesión de la ventaja cuya recuperación se reclamaba (véanse los anteriores apartados 299, 307 y 320).

**343.** En segundo término, las demandantes invocan una carta del miembro de la Comisión responsable de la competencia, fechado el 16 de octubre de 2009, y solicitan al Tribunal General que ordene su aportación al procedimiento.

**344.** A este respecto conviene señalar que se trata de un escrito dirigido al Ministro de Economía y Hacienda español y no a las demandantes. Además, de la documentación que obra en autos no se desprende que ese escrito estuviera destinado a ser publicado o divulgado. Por último, el mero hecho de que las demandantes soliciten al Tribunal General que ordene a la Comisión la aportación de esta carta demuestra que no tenían conocimiento de su contenido.

**345.** En este contexto, las demandantes no mencionan circunstancia alguna que permita concluir, conforme a lo exigido por los dos primeros requisitos acumulativos citados en el anterior apartado 263, que a través de este escrito de 16 de octubre de 2009 la Comisión les ofreció garantías precisas y concordantes que podían suscitar en su ánimo una esperanza legítima.

**346.** Conviene añadir, a este respecto, que no procede acordar las diligencias de ordenación del procedimiento solicitadas por las demandantes a fin de que se aportara el escrito de 16 de octubre de 2009, ya que el Reino de España lo ha comunicado al Tribunal General.

**347.** Resulta de lo anterior que procede rechazar la segunda imputación y el tercer motivo de recurso en su totalidad.

**348.** Por lo que se refiere al defecto de motivación de la Decisión impugnada, aun suponiendo que las demandantes hayan invocado tal defecto, conviene señalar que, según se desprende del análisis de fondo que el Tribunal General ha podido llevar a cabo en los razonamientos precedentes, la Comisión ha explicado y justificado en la Decisión impugnada las condiciones de recuperación de la ayuda de una manera lo bastante precisa y coherente como para permitir que las demandantes impugnen la validez de esta Decisión y que el juez de la Unión ejerza su control sobre la legalidad de la misma (véase, en este sentido, la sentencia de 18 de septiembre de 1995, Tercé Ladbroke/Comisión, T-471/93, EU:T:1995:167, apartado 29). A este respecto cabe remitirse, en particular, a los anteriores apartados 281, 289 y 333, en los que se hace referencia expresa a determinados pasajes de la Decisión impugnada.

**349.** Así pues, aun suponiendo que con el tercer motivo de recurso se pretenda impugnar igualmente la legalidad formal de la Decisión impugnada, en cualquier caso dicho motivo debe desestimarse por infundado.

**350.** Resulta del conjunto de consideraciones expuestas que deben desestimarse todos los motivos presentados en apoyo del presente recurso.

**351.** Por lo tanto, procede desestimar íntegramente el recurso.

#### IV. Costas

**352.** Con arreglo al artículo 219 del Reglamento de Procedimiento, en las resoluciones del Tribunal General dictadas tras la casación y la devolución de un asunto, este decidirá sobre las costas relativas, por una parte, a los procedimientos entablados ante dicho Tribunal General y, por otra, al procedimiento de casación seguido ante el Tribunal de Justicia. Dado que, en la sentencia World Duty Free el Tribunal de Justicia reservó la decisión sobre las costas de las demandantes y de la Comisión, incumbe al Tribunal General resolver también, en la presente sentencia, sobre sus costas correspondientes al procedimiento en el asunto C-21/15 P (véase el anterior apartado 18).

**353.** A tenor del artículo 134, apartado 1, del Reglamento de Procedimiento, la parte que haya visto desestimadas sus pretensiones será condenada en costas, si así lo hubiera solicitado la otra parte. Como los motivos de recurso invocados por las demandantes han sido desestimados, procede condenarlas a cargar con sus propias costas y, además, con las costas en que haya incurrido la Comisión, conforme a lo solicitado por esta última.

**354.** En relación con las partes coadyuvantes, dado que el Tribunal de Justicia se pronunció sobre sus costas en la sentencia World Duty Free, solo procede resolver ahora sobre sus costas correspondientes al presente procedimiento.

**355.** De conformidad con el artículo 138, apartado 1, del Reglamento de Procedimiento, en virtud del cual los Estados miembros y las instituciones que intervengan como coadyuvantes en el litigio cargarán con sus propias costas, procede decidir que la República Federal de Alemania, Irlanda y el Reino de España carguen con sus propias costas.

En virtud de todo lo expuesto,

EL TRIBUNAL GENERAL (Sala Novena ampliada)

decide:

**1) Desestimar el recurso.**

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

**3) La República Federal de Alemania, Irlanda y el Reino de España cargarán con sus propias costas.**

Gervasoni

Madise

Da Silva Passos

Kowalik-Bańczyk

Mac Eochaidh

Pronunciada en audiencia pública en Luxemburgo, a 15 de noviembre de 2018.

El Secretario

El Presidente

E. Coulon

S. Gervasoni

Índice

- I. Antecedentes del litigio
- II. Procedimiento y pretensiones de las partes
- III. Fundamentos de Derecho

A. Sobre el primer motivo de recurso, basado en la falta de carácter selectivo de la medida controvertida

1. Alegaciones de las partes
2. Apreciación del Tribunal General

- a) Sobre la ausencia de selectividad prima facie
- b) Sobre la existencia de una excepción

- 1) Sobre la primera etapa
- 2) Sobre la segunda etapa

c) Sobre la justificación de la medida controvertida por la naturaleza y la estructura del sistema fiscal en el que se enmarca (tercera etapa)

B. Sobre el segundo motivo de recurso, basado en un error en la identificación del beneficiario de la medida controvertida

1. Alegaciones de las partes
2. Apreciación del Tribunal General

C. Sobre el tercer motivo de recurso, basado en la violación del principio de protección de la confianza legítima

1. Alegaciones de las partes
2. Apreciación del Tribunal General

- a) Sobre la primera imputación, invocada con carácter principal
- b) Sobre la segunda imputación, invocada con carácter subsidiario

IV. Costas

\* Lengua de procedimiento: español.

Fuente: sitio internet del Tribunal de Justicia.