Recopilación de la Jurisprudencia

CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL
SR. GIOVANNI PITRUZZELLA
presentadas el 21 de enero de 2021 [1]

Asuntos acumulados C-51/19 P y C-64/19 P

World Duty Free Group, S. A., anteriormente Autogrill España, S. A.,
contra
Comisión Europea (C-51/19 P)
y
Reino de España
contra
World Duty Free Group, S. A., anteriormente Autogrill España, S. A.,

Comisión Europea (C-64/19 P)

«Recurso de casación — Disposiciones relativas al impuesto sobre sociedades que permiten a las empresas con domicilio fiscal en España amortizar el fondo de comercio resultante de adquisiciones de participaciones en empresas con domicilio fiscal en el extranjero — Concepto de ayuda de Estado — Carácter selectivo»

1. Los presentes asuntos acumulados tienen por objeto sendos recursos de casación interpuestos respectivamente por World Duty Free Group, S. A., anteriormente Autogrill España, S. A. (en lo sucesivo, «WDFG») (asunto C-51/19 P), y por el Reino de España (asunto C-64/19 P) contra la sentencia de 15 de noviembre de 2018, World Duty Free Group/Comisión [2] (en lo sucesivo, «sentencia recurrida»), mediante la cual el Tribunal General desestimó el recurso interpuesto, con arreglo al artículo 263 TFUE, por WDFG y que tenía por objeto la anulación del artículo 1, apartado 1, de la Decisión 2011/5/CE de la Comisión, de 28 de octubre de 2009, relativa a la amortización fiscal del fondo de comercio financiero para la adquisición de participaciones extranjeras, aplicada por España (en lo sucesivo, «Decisión impugnada») [3] y, con carácter subsidiario, del artículo 4 de dicha Decisión.

2. Los presentes recursos de casación forman parte de una serie de ocho asuntos paralelos que tienen por objeto la anulación de las sentencias mediante las cuales el Tribunal General desestimó los recursos interpuestos por algunas sociedades españolas contra la Decisión

1 Lengua original: italiano.

2 T-219/10 RENV, EU:T:2018:784.

3 C-45/07 (ex NN 51/07, ex CP 9/07) (DO 2011, L 7, p. 48).

impugnada o contra 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, aplicada por España (en lo sucesivo, «Decisión de 12 de enero de 2011»).[4]

I. Hechos, medida controvertida y Decisión impugnada

3. El 10 de octubre de 2007, a raíz de unas preguntas escritas que le fueron planteadas en los años 2005 y 2006 por varios miembros del Parlamento Europeo y de una denuncia de una empresa privada recibida por ella en 2007, la Comisión Europea decidió incoar el procedimiento de investigación formal previsto en el actual artículo 108 TFUE, apartado 2[5] (en lo sucesivo, «Decisión de incoación»), 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,[6] 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 (en lo sucesivo, «TRLIS») (en lo sucesivo, «medida controvertida»). 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[7] financiero[8] 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.

4. El 28 de octubre de 2009, la Comisión adoptó la Decisión impugnada, por la que concluyó el procedimiento de investigación formal en lo que respecta a las adquisiciones de participaciones realizadas dentro de la Unión Europea. Tras señalar, en el considerando 19 de dicha Decisión, que «en virtud de los principios fiscales españoles, con la excepción de la medida controvertida, el fondo de comercio solo puede amortizarse tras una combinación de empresas, que se materializa en caso de adquisición o contribución de los activos integrantes de empresas independientes o tras una fusión o una operación de escisión» y precisar, en el considerando 20, que «el concepto de fondo de comercio financiero contemplado en [la medida controvertida] introduce […] en el ámbito de las adquisiciones de participaciones una noción utilizada generalmente en la transmisión de activos o en transacciones de combinación de empresas», la Comisión consideró que la medida controvertida era selectiva, puesto que beneficiaba únicamente a determinados grupos de empresas que efectúan ciertas inversiones en el extranjero y que «este carácter específico del régimen no se [justificaba] por la naturaleza del mismo». Según la Comisión, esta

4 C-45/07 (ex NN 51/07, ex CP 9/07) (DO 2011, L 135, p. 1). Los otros asuntos, en los que presento mis conclusiones en el día de hoy, son los asuntos acumulados C-53/19 P, Banco Santander y Santusa/Comisión, y C-65/19 P, España/Comisión, y los asuntos C-50/19 P, Sigma/Comisión, C-52/19 P, Banco Santander/Comisión, C-54/19 P, Axa Mediterranean/Comisión, y C-55/19 P, Prosegur Compañía de Seguridad/Comisión.

5 DO 2007, C 311, p. 21.

6 BOE n.º 61, de 11 de marzo de 2004, p. 10951.

7 El considerando 18 de la Decisión impugnada define el fondo de comercio como el «valor de la buena reputación del nombre comercial, 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», que se corresponde con «el precio pagado por la adquisición de una entidad que se sitúe por encima del valor de mercado de los activos que integran la empresa» y que debe consignarse, en virtud de principios contables españoles, como activo inmaterial separado en cuanto la empresa adquirente tome el control de la empresa participada.

8 El considerando 20 de la Decisión impugnada dispone que, según se utiliza en el sistema fiscal español, «el fondo de comercio financiero» equivale al fondo de comercio que se habría consignado si la empresa que posee la participación y la empresa participada se hubieran combinado.

conclusión debía considerarse válida independientemente de que el sistema de referencia se defina como «una normativa sobre el tratamiento fiscal del fondo de comercio financiero en virtud del sistema tributario español» (véanse los considerandos 89 y 92 a 114) o como «el tratamiento fiscal del fondo de comercio que surge de un interés económico adquirido en una empresa residente en un país distinto de España» (véanse los considerandos 89 y 115 a 119). En el artículo 1, apartado 1, de la Decisión impugnada, la Comisión declaró «el régimen de ayudas ejecutado por España conforme [a la medida controvertida] […] incompatible con el mercado común a efectos de las ayudas concedidas a los beneficiarios al realizar adquisiciones intracomunitarias» y, en el artículo 4, ordenó la recuperación de las ayudas correspondientes a las reducciones fiscales otorgadas en virtud de dicho régimen. [9]

5. La Comisión mantuvo el procedimiento de investigación formal abierto por lo que se refiere a las adquisiciones de participaciones efectuadas fuera de la Unión, a la espera de recibir elementos adicionales que las autoridades españolas se habían comprometido a proporcionarle. Esta parte del procedimiento concluyó con la adopción de la Decisión de 12 de enero de 2011, mediante la cual la Comisión declaró incompatible con el mercado interior el régimen de ayudas ejecutado por España en virtud de la medida controvertida, también en la parte en que se aplica a las adquisiciones de participaciones en empresas que tengan su domicilio social fuera de la Unión.

II. Procedimiento ante el Tribunal General y sentencia recurrida

6. Mediante escrito presentado en la Secretaría del Tribunal General el 14 de mayo de 2010, WDFG interpuso un recurso en el que solicitaba que se anulara la Decisión impugnada. En su sentencia de 7 de noviembre de 2014, Autogrill España/Comisión, [10] el Tribunal General estimó dicho recurso basándose en que la Comisión había aplicado erróneamente el requisito de selectividad establecido en el artículo 107 TFUE, apartado 1 (en lo sucesivo, «sentencia Autogrill España/Comisión»). El Tribunal General también anuló la Decisión de 12 de enero de 2011 mediante la sentencia de 7 de noviembre de 2014, Banco Santander y Santusa/Comisión (en lo sucesivo, «sentencia Banco Santander y Santusa/Comisión»). [11]

7. 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 Autogrill España/Comisión. Este recurso de casación, registrado con el número C-20/15 P, fue acumulado al recurso de casación, registrado con el número C-21/15 P, que la Comisión había interpuesto contra la sentencia Banco Santander y Santusa/Comisión. Mediante sendas decisiones del Presidente del Tribunal de Justicia de 19 de mayo de 2015, se admitió la intervención de la República Federal de Alemania, Irlanda y el Reino de España en los asuntos acumulados en apoyo de las pretensiones de WDFG y de Banco Santander y Santusa. Mediante sentencia de 21 de diciembre de 2016, Comisión/World Duty Free Group y otros [12] (en lo sucesivo, «sentencia WDFG»), el Tribunal de Justicia anuló la

9 El artículo 1, apartado 2, de la Decisión impugnada excluyó de la declaración de incompatibilidad y de la orden de recuperación las deducciones fiscales de las que habían disfrutado los beneficiarios al realizar adquisiciones intracomunitarias en aplicación de la medida controvertida «en relación con derechos poseídos directa o indirectamente en empresas extranjeras que cumplían las condiciones pertinentes del régimen de ayudas antes del 21 de diciembre de 2007, aparte de la condición de poseer sus participaciones durante un período ininterrumpido mínimo de un año». En efecto, la Comisión consideró que, hasta esa fecha (que corresponde a la publicación en el Diario Oficial de la Decisión de incoación del procedimiento de investigación formal), los beneficiarios de la medida controvertida tenían confianza legítima en la legalidad de dicha medida (véanse los considerandos 165 a 168 de la Decisión impugnada).

10 T-219/10, EU:T:2014:939.

11 T-399/11, EU:T:2014:938.

12 C-20/15 P y C-21/15 P, EU:C:2016:981.

sentencia Autogrill España/Comisión, devolvió el asunto al Tribunal General y reservó parcialmente la decisión sobre las costas. El Tribunal de Justicia también anuló la sentencia Banco Santander y Santusa/Comisión.

8. El 15 de noviembre de 2018, el Tribunal General dictó la sentencia recurrida, mediante la cual desestimó el recurso interpuesto por WDFG, condenó a esta última a cargar con sus propias costas y con las costas de la Comisión y declaró que la República Federal de Alemania, Irlanda y el Reino de España debían cargar con sus propias costas. [13]

III. Procedimiento ante el Tribunal de Justicia y pretensiones de las partes

9. Mediante escritos presentados en la Secretaría del Tribunal de Justicia respectivamente los días 25 y 29 de enero de 2019, WDFG y el Reino de España han interpuesto los presentes recursos de casación.

10. En el asunto C-51/19, WDFG solicita que se anule la sentencia recurrida, que se anule la Decisión impugnada a raíz de la estimación de su recurso interpuesto ante el Tribunal General y que se condene en costas a la Comisión. El Reino de España solicita que se estime el recurso de casación interpuesto por WDFG, que se anule la sentencia recurrida y que se condene en costas a la Comisión. En el asunto C-64/19, el Reino de España solicita que se anule la sentencia recurrida, que se anule el artículo 1, apartado 1, de la Decisión impugnada en la medida en que declara que la medida controvertida constituye una ayuda estatal y que se condene en costas a la Comisión. La República Federal de Alemania solicita en ambos asuntos que se estime el recurso de casación. La Comisión solicita en ambos asuntos que se desestimen los recursos de casación y que se condene en costas a los recurrentes.

IV. Análisis

A. Observaciones preliminares

1. Sobre el análisis de la selectividad de las medidas fiscales

11. Para poder calificar una medida nacional de ayuda estatal en el sentido del artículo 107 TFUE, apartado 1, aquella debe favorecer «a determinadas empresas o producciones», es decir, conferir una ventaja selectiva a su beneficiario. En consecuencia, la selectividad de la ventaja es un elemento constitutivo del concepto de «ayuda de Estado», [14] cuya apreciación requiere, según jurisprudencia reiterada del Tribunal de Justicia, que se examine si, en el marco de un régimen

[13] Tras admitirse su intervención en el procedimiento de casación ante el Tribunal de Justicia, la República Federal de Alemania, Irlanda y el Reino de España, si bien no intervinieron inicialmente en el procedimiento seguido ante el Tribunal General, figuran como partes coadyuvantes en el procedimiento sustanciado ante este último a raíz de la anulación y de la devolución efectuada por el Tribunal de Justicia.

[14] Los presentes recursos de casación plantean una serie de cuestiones que se refieren únicamente al carácter selectivo material, y no geográfico, que requiere que se determine si el régimen jurídico en cuestión se sitúa en el ámbito estatal o en el ámbito de la entidad infraestatal de que se trate, véase, a este respecto, la sentencia de 6 de septiembre de 2006, Portugal/Comisión (C-88/03, EU:C:2006:511), apartados 56 y 57.

jurídico concreto, la medida nacional de que se trate puede favorecer a determinadas empresas o producciones en relación con otras que se encuentren en una situación fáctica y jurídica comparable, habida cuenta del objetivo perseguido por el referido régimen. [15]

12. También las medidas nacionales que otorgan una ventaja fiscal, [16] aunque no impliquen una transferencia de fondos estatales, pueden ser aptas para satisfacer el requisito de selectividad y para quedar cubiertas, por lo tanto, por la prohibición de conceder ayudas prevista en el artículo 107 TFUE, apartado 1, cuando coloquen a los beneficiarios en una situación más favorable que la de los restantes contribuyentes. [17] La característica de tales medidas, que contribuye a dificultar el examen, en particular, de su selectividad, reside en el hecho de que estas, a diferencia de lo que sucede en el caso de las medidas de subvención en sentido estricto, confieren ventajas de carácter *negativo*, es decir, en forma de una reducción de la carga fiscal a la que de otro modo los beneficiarios habrían quedado sujetos con arreglo al régimen tributario que les sería normalmente aplicable.

13. Para apreciar la selectividad, en particular, de las medidas fiscales nacionales, el Tribunal de Justicia ha establecido un método de análisis dividido en tres etapas distintas. [18] Dicho método de análisis, que ha ido desarrollándose y perfeccionándose con el paso de los años, ha sido sistematizado recientemente en la sentencia WDFG y confirmado, en último término, en las sentencias de 28 de junio de 2018, Andres (Heitkamp BauHolding en quiebra)/Comisión [19] (en lo sucesivo, «sentencia Andres») y de 19 de diciembre de 2018, A-Brauerei [20] (en lo sucesivo, «sentencia A-Brauerei»).

14. Este método exige, en un primer momento, identificar «el régimen fiscal común o "normal" aplicable en el Estado miembro de que se trate», que actúa como «marco» o «sistema de referencia» [21] (primera etapa) y, en un segundo momento, 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, con respecto al objetivo asignado a dicho régimen común, se encuentran en una situación fáctica y jurídica comparable [22] (segunda etapa). Por lo tanto, durante las dos primeras etapas, el análisis tiene como objetivo principal, por un lado, establecer un parámetro de comparación y, por otro lado, delimitar la categoría de empresas que se encuentran, en relación con dicho parámetro, en una situación fáctica y jurídica comparable a la de los beneficiarios de la ventaja conferida por la medida nacional en cuestión. Cuando, al término de dicho análisis, se ponga de manifiesto una diferencia de trato entre esas empresas, la medida deberá ser considerada «*a priori* selectiva». [23] En cambio, no constituyen ayudas en el sentido del artículo 107 TFUE, apartado 1, puesto que carecen de carácter selectivo,

15 Véanse, en particular, la sentencia de 8 de noviembre de 2001, Adria-Wien Pipeline y Wietersdorfer & Peggauer Zementwerke (C-143/99, EU:C:2001:598), apartado 41; la sentencia de 6 de septiembre de 2006, Portugal/Comisión (C-88/03, EU:C:2006:511), apartado 54, y la sentencia WDFG, apartado 54.

16 Ya en la sentencia de 2 de julio de 1974, Italia/Comisión (173/73, EU:C:1974:71), apartado 28, el Tribunal de Justicia declaró que la naturaleza fiscal de la medida controvertida no es suficiente para situarla fuera del ámbito de aplicación de las normas en materia de ayudas estatales.

17 Véase la sentencia WDFG, apartado 56 y jurisprudencia citada.

18 Como aclaró el Tribunal de Justicia, se trata de un método cuya aplicación no se limita únicamente al examen de las medidas fiscales, véase la sentencia de 21 de diciembre de 2016, Comisión/Hansestadt Lübeck (C-524/14 P, EU:C:2016:971), apartado 55.

19 C-203/16 P, EU:C:2018:505.

20 C-374/17, EU:C:2018:1024.

21 Véase, en particular, la sentencia Andres, apartados 80 y 88.

22 Véase la sentencia WDFG, apartado 57 y jurisprudencia citada (sentencia de 8 de septiembre de 2011, Paint Graphos y otros, C-78/08 a C-80/08, EU:C:2011:550, apartado 49).

23 Véase la sentencia WDFG, apartado 58.

las ventajas fiscales resultantes de una medida general aplicable sin distinción a todos los operadores económicos. [24] Incumbe a la Comisión demostrar la existencia de una diferencia de trato y, por lo tanto, del carácter selectivo *prima facie* de la medida nacional.

15. En la tercera etapa, el Estado miembro de que se trate tiene la posibilidad de demostrar que la diferencia de trato identificada en las dos primeras etapas «resulta de la naturaleza o de la estructura del sistema fiscal en que se inscribe la medida de que se trate» y está, por lo tanto, justificada. [25] Esta etapa se caracteriza por una inversión de la carga de la prueba, como sucede cada vez que debe apreciarse la existencia de una discriminación: incumbe al sujeto al que se atribuye la diferencia de trato, en este caso el Estado miembro interesado, demostrar que dicha diferencia tiene una justificación legítima y que la medida que la introduce tiene carácter proporcionado.

16. Aunque, en su esquematización y formulación, el método de análisis antes descrito resulte lineal, su aplicación concreta no siempre resulta fácil y puede dar lugar a soluciones divergentes en cuanto a la selectividad efectiva de la medida de que se trate. [26] En varias ocasiones el Tribunal de Justicia, además, ha realizado «ajustes» o facilitado «aclaraciones» que han permitido tener en cuenta las características de los regímenes tributarios en cuestión, favoreciendo un enfoque que se considera casuístico y que se caracteriza por un nivel limitado de previsibilidad. Dicho esto, más allá de las aplicaciones prácticas de dicho método y de las diferencias establecidas por la jurisprudencia, considero que de esta última se desprenden una serie de criterios de fondo que orientan el razonamiento seguido por el Tribunal de Justicia e influyen en las soluciones adoptadas para cada caso.

17. En primer lugar, se ha ido esbozando gradualmente cada vez con mayor claridad en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, a partir de la sentencia de 15 de noviembre de 2011, Comisión/Government of Gibraltar y Reino Unido [27] (en lo sucesivo, «sentencia Gibraltar»), el estrecho vínculo existente entre el concepto de selectividad y el de discriminación. [28] Se considera que una medida nacional es selectiva cuando la ventaja que prevé se aplica de manera discriminatoria. [29] Como declaró el propio Tribunal de Justicia en el apartado 71 de la sentencia WDFG, el método de análisis aplicable a la selectividad en materia fiscal consiste esencialmente

[24] Véanse, en particular, las sentencias de 15 de diciembre de 2005, UniCredito Italiano (C-148/04, EU:C:2005:774), apartado 49, y de 19 de septiembre de 2000, Alemania/Comisión (C-156/98, EU:C:2000:467), apartado 22.

[25] Véanse, en particular, las sentencias de 2 de julio de 1974, Italia/Comisión (173/73, EU:C:1974:71), apartado 33; de 29 de abril de 2004, Países Bajos/Comisión (C-159/01, EU:C:2004:246), apartados 42 y 43; de 29 de marzo de 2012, 3M Italia (C-417/10, EU:C:2012:184), apartado 40, y WDFG, apartado 58.

[26] Cabe pensar, para un caso paradigmático, en el asunto que dio lugar a la sentencia Andres.

[27] C-106/09 P y C-107/09 P, EU:C:2011:732.

[28] Véase el apartado 101 de la sentencia Gibraltar, en el que el Tribunal de Justicia menciona por primera vez el concepto de discriminación en el marco del examen del carácter selectivo de las ayudas. No obstante, el paralelismo entre los dos conceptos tiene sus raíces en sentencias más antiguas, como, en particular, la sentencia de 8 de noviembre de 2001, Adria-Wien Pipeline y Wietersdorfer & Peggauer Zementwerke (C-143/99, EU:C:2001:598), apartado 41, en la que surgió la idea de que el carácter selectivo debe determinarse apreciando la existencia de una diferencia de trato entre grupos de empresas que se encuentren en una situación comparable. Para una afirmación expresa del vínculo existente entre carácter selectivo y discriminación, véase la sentencia de 21 de diciembre de 2016, Comisión/Hansestadt Lübeck (C-524/14 P, EU:C:2016:971), apartado 53.

[29] Véanse, en este sentido, en particular, las sentencias de 28 de julio de 2011, Mediaset/Comisión (C-403/10 P, no publicada, EU:C:2011:533), apartado 36; de 14 de enero de 2015, Eventech (C-518/13, EU:C:2015:9), apartados 53 a 55; de 4 de junio de 2015, Comisión/MOL (C-15/14 P, EU:C:2015:362), apartado 59; Gibraltar, apartados 75 y 101; Andres, apartado 83; WDFG, apartados 54, 86 y 93, y, expresamente también, fuera del ámbito del Derecho tributario, la sentencia de 21 de diciembre de 2016, Comisión/Hansestadt Lübeck (C-524/14 P, EU:C:2016:971), apartados 53 y 55.

en apreciar «si la exclusión de determinados operadores del disfrute de una ventaja fiscal derivada de una medida que establece una excepción a un régimen tributario común constituye un trato discriminatorio respecto a ellas». [30]

18. En segundo lugar, el examen de la selectividad de las medidas fiscales debe tener en cuenta los *efectos* de las mismas. [31] Esto implica, por un lado, que los objetivos perseguidos por el legislador tributario nacional, extrínsecos al sistema fiscal de que se trate, solo son pertinentes para identificar la categoría de sujetos en el marco de la cual determinar la existencia de una diferencia de trato, si bien no en la etapa de justificación de dicha diferenciación. Por otro lado, el examen de la selectividad de una medida fiscal es independiente de la forma que adopten las medidas de que se trate, con objeto de evitar que las «normas fiscales nacionales no [estén] sujetas al control en materia de ayudas de Estado por el mero hecho de haber recurrido a otra técnica jurídica aunque produjesen […] los mismos efectos». [32] El análisis basado en los efectos de la medida puede llevar al Tribunal de Justicia a reconocer la *selectividad de hecho* de una norma tributaria que, aunque se aplique formalmente sin distinción a todos los operadores interesados, sobre la base de criterios generales y objetivos, introduzca concretamente diferenciaciones injustificadas. [33] La selectividad de dichas medidas, que no constituyen una excepción a un régimen normal y, por lo tanto, no son *selectivas de iure*, [34] no puede detectarse mediante la aplicación del método de análisis en tres etapas, como demuestra la sentencia Gibraltar, sino que exige examinar en cada caso concreto si su aplicación da lugar a una carga fiscal diferenciada en favor de las empresas beneficiarias «[identificadas] en virtud de sus propiedades específicas como una categoría privilegiada». [35]

19. En tercer lugar, ante la complejidad natural de las normativas tributarias nacionales, que se construyen a través de una pluralidad de sistemas, de reglas y de excepciones, y en las que los objetivos fiscales, económicos y sociales perseguidos por el legislador se consiguen mediante la introducción de diferenciaciones entre categorías de contribuyentes, el Tribunal de Justicia lleva a cabo esencialmente «un examen de coherencia», [36] en el que interpreta la incoherencia como indicio de selectividad de la medida en cuestión. El examen de coherencia tiene lugar tanto en el marco de la segunda etapa del método de análisis, cuando la definición de las categorías de los beneficiarios y de los sujetos excluidos de la ventaja se aprecia en relación con el objetivo del régimen tributario en cuestión, como, en el caso de que la medida se considere *a priori* selectiva,

30 Véanse, asimismo, las sentencias de 21 de diciembre de 2016, Comisión/Hansestadt Lübeck (C-524/14 P, EU:C:2016:971), apartado 53, dictada el mismo día que la sentencia WDFG, y de 14 de enero de 2015, Eventech (C-518/13, EU:C:2015:9), apartado 53. La misma posición se encuentra expresada en varias conclusiones recientes de Abogados Generales, véanse, por ejemplo, las conclusiones del Abogado General Wahl presentadas en los asuntos Eventech (C-518/13, EU:C:2014:2239), punto 35, y Comisión/MOL (C-15/14 P, EU:C:2015:32), punto 54; de la Abogada General Kokott presentadas en el asunto Finanzamt Linz (C-66/14, EU:C:2015:242), punto 82; del Abogado General Bobek presentadas en el asunto Bélgica/Comisión (C-270/15 P, EU:C:2016:289), punto 29, y del Abogado General Wathelet presentadas en los asuntos acumulados Comisión/World Duty Free Group y otros (C-20/15 P y C-21/15 P, EU:C:2016:624), punto 80.

31 En consonancia con jurisprudencia reiterada del Tribunal de Justicia, con arreglo a la cual 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, véanse, en particular, las sentencias de 2 de julio de 1974, Italia/Comisión (173/73, EU:C:1974:71), apartado 27; de 22 de diciembre de 2008, British Aggregates/Comisión (C-487/06 P, EU:C:2008:757), apartados 85 y 89, y Gibraltar, apartado 87.

32 Véase la sentencia Andres, apartado 91.

33 Véanse, en particular, las sentencias Gibraltar, apartado 101, y WDFG, apartado 67. Para una definición de la selectividad de hecho, véase el punto 121 de la Comunicación de la Comisión relativa al concepto de ayuda estatal conforme a lo dispuesto en el artículo 107, apartado 1, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, C/2016/2946 (DO 2016, C 262, p. 1; en lo sucesivo, «Comunicación relativa al concepto de ayuda estatal»).

34 Según la Comunicación relativa al concepto de ayuda estatal, la selectividad de Derecho «resulta directamente de los criterios jurídicos para la concesión de una medida que está reservada, desde un punto de vista formal, únicamente a determinadas empresas» (véase el punto 121).

35 Sentencia Gibraltar, apartados 91 y 93 y 103 a 107.

36 Véanse, en este sentido, las conclusiones de la Abogada General Kokott presentadas en los asuntos acumulados ANGED (C-236/16 y C-237/16, EU:C:2017:854), punto 82.

en el marco de la tercera etapa, al apreciar la justificación alegada por el Estado miembro interesado en lo que respecta a la naturaleza o a la estructura del sistema fiscal de que se trate. Además, debe aplicarse un criterio de coherencia, como se expondrá con mayor detalle a continuación, también en la determinación del sistema de referencia y, por lo tanto, en el marco de la primera etapa.

20. El análisis de la selectividad como se desprende de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia consiste, en consecuencia, en una apreciación del carácter discriminatorio de la medida de que se trate, a la luz tanto de sus efectos como de su coherencia respecto al sistema en el que se inscribe e independientemente tanto de los objetivos perseguidos por el legislador tributario que son extrínsecos a dicho sistema como a la técnica legislativa utilizada.

21. Al margen de la metodología, resulta de la jurisprudencia, en particular si se examina a la luz de la dialéctica divergente existente en numerosas ocasiones entre el Tribunal de Justicia y el Tribunal General, [37] una tendencia del primero a adoptar una interpretación extensiva del requisito de selectividad en materia tributaria, al menos al definir los límites y el alcance del concepto de «medida general» que pueda excluir el carácter selectivo del régimen tributario de que se trate. [38] Esta orientación, que se explica presumiblemente por la necesidad de evitar que la adopción de sofisticados instrumentos fiscales permita a los Estados miembros eludir las normas en materia de ayudas, no ha dejado de suscitar críticas, dado que limita indirectamente la libertad de los Estados miembros a la hora de definir las opciones de política fiscal y económica nacional, [39] delegando esencialmente en la Comisión, al apreciar la compatibilidad de la ayuda con arreglo al artículo 107 TFUE, apartado 3, la tarea de llevar a cabo un examen de la legalidad desde el punto de vista del Derecho de la Unión de los objetivos perseguidos por los Estados miembros mediante la adopción de medidas de fiscalidad directa. En efecto, aunque no se cuestiona que, en el ejercicio de sus competencias, los Estados miembros están obligados a respetar el Derecho de la Unión, incluidas las disposiciones en materia de ayudas públicas, el Tribunal de Justicia, no obstante, ha declarado reiteradamente que, «al no existir normativa de la Unión en la materia, es competencia de los Estados miembros o de las entidades infraestatales que disponen de autonomía fiscal la determinación de las bases imponibles y el reparto de la carga fiscal entre los diferentes factores de producción y los diferentes sectores económicos». [40] El complejo examen de la selectividad de las ayudas fiscales se sitúa, entre otras cosas, en este delicado equilibrio de competencias.

22. Las imputaciones formuladas por WDFG y por el Reino de España serán examinadas a continuación a la luz de los criterios antes mencionados y de las consideraciones precedentes. Antes de comenzar dicho examen, todavía es necesario aclarar, no obstante, el alcance de la sentencia WDFG y su pertinencia a efectos del análisis de los presentes recursos de casación.

37 Véanse, por ejemplo, los asuntos que dieron lugar a las sentencias de 22 de diciembre de 2008, British Aggregates/Comisión (C-487/06 P, EU:C:2008:757), y de 8 de septiembre de 2011, Comisión/Países Bajos (C-279/08 P, EU:C:2011:551), así como los asuntos que dieron lugar a las sentencias Andres y WDFG.

38 Véanse, en este sentido, las sentencias Gibraltar y WDFG. La identificación concreta del carácter discriminatorio del régimen de que se trate, habida cuenta también de la dificultad del examen, permite no obstante adoptar soluciones más restrictivas, véase, por ejemplo, si bien en un ámbito distinto del tributario, la sentencia de 21 de diciembre de 2016, Comisión/Hansestadt Lübeck (C-524/14 P, EU:C:2016:971).

39 Véanse, por ejemplo, las conclusiones de la Abogada General Kokott presentadas en el asunto Finanzamt Linz (C-66/14, EU:C:2015:242), puntos 113 a 115, y del Abogado General Saugmandsgaard Øe presentadas en el asunto A-Brauerei (C-374/17, EU:C:2018:741), puntos 74 a 81. Véanse también las posiciones de Irlanda, España y Alemania en el asunto que dio lugar a la sentencia WDFG, tal como se exponen en el apartado 52 de dicha sentencia, así como, como se indicará con mayor detalle a continuación, la resistencia a aceptar la solución seguida por el Tribunal de Justicia en dicha sentencia demostrada por el Gobierno alemán en sus observaciones en los presentes asuntos.

40 Véase la sentencia de 26 de abril de 2018, ANGED (C-236/16, EU:C:2018:291), apartado 38 y jurisprudencia citada.

2. Sobre las consecuencias de la sentencia WDFG del Tribunal de Justicia a efectos del examen de los presentes recursos de casación

23. En la sentencia Autogrill España/Comisión, por la que anuló la Decisión impugnada, el Tribunal General consideró, en primer lugar, que, para que se cumpliese el requisito de selectividad, debía en todo caso identificarse una categoría de empresas que fuesen las únicas favorecidas por la medida en cuestión y que, cuando esta sea potencialmente accesible para todas las empresas, como en el caso de la medida controvertida, la selectividad no podía derivarse únicamente de la constatación de que se ha establecido una excepción a un régimen común o «normal» de tributación.[41] En segundo lugar, el Tribunal General consideró que una diferenciación fiscal no podía conducir, en sí, a que se declarase la existencia de una ayuda, sino que, además, era necesario poder identificar, a tal efecto, una categoría particular de empresas que pudiesen distinguirse de las demás por sus características específicas.[42] Por último, el Tribunal General rechazó las alegaciones de la Comisión basadas en la jurisprudencia relativa a las ayudas de Estado para la exportación, afirmando que, en los precedentes mencionados por la Comisión,[43] el Tribunal de Justicia había identificado de todas formas una categoría de empresas beneficiarias que se distinguían por características comunes.[44]

24. En la sentencia WDFG, el Tribunal de Justicia acogió las dos imputaciones formuladas por la Comisión, dirigidas, la primera, a impugnar la obligación, impuesta por el Tribunal General, de identificar a un grupo de empresas con características propias con objeto de demostrar el carácter selectivo de una medida nacional y, la segunda, a impugnar la interpretación efectuada por el Tribunal General de la jurisprudencia sobre las ayudas a la exportación. Por lo que se refiere a la primera imputación, tras haber recordado el método de análisis de la selectividad en tres etapas antes expuesto, el Tribunal de Justicia consideró que la medida controvertida, en la medida en que podía favorecer al conjunto de las empresas fiscalmente domiciliadas en España que llevan a cabo operaciones de adquisición de participaciones de al menos el 5 % en empresas fiscalmente domiciliadas fuera de dicho Estado miembro, podía considerarse constitutiva de una ayuda de Estado y que correspondía a la Comisión demostrar que dicha medida, pese a conferir una ventaja de alcance general, la otorgaba exclusivamente a determinadas empresas o a determinados sectores de actividad.[45] A continuación, el Tribunal de Justicia declaró que el razonamiento del Tribunal General se basaba en una aplicación incorrecta del requisito de selectividad y que, en el caso de una medida nacional que concede una ventaja fiscal de alcance general, ese requisito se cumple cuando la Comisión consigue demostrar que esa medida supone una excepción al régimen tributario común o «normal» aplicable en el Estado miembro en cuestión, introduciendo, por sus efectos concretos, un tratamiento diferenciado entre operadores, a pesar de que los operadores que disfrutan de la ventaja fiscal y los que están excluidos de ella se encuentran, habida cuenta del objetivo perseguido por dicho régimen tributario de ese Estado miembro, en una situación fáctica y jurídica comparable.[46] Según el Tribunal de Justicia, el Tribunal General incurrió, por lo tanto, en error de Derecho al concluir que la medida controvertida no debía considerarse una medida selectiva, sino una medida general, al no dirigirse a ninguna categoría particular de empresas o de producciones, al ser su aplicación independiente de la naturaleza de la actividad de las empresas o al ser accesible, *a*

41 Véanse, en particular, los apartados 44, 45, 53 y 62 de la sentencia Autogrill España/Comisión.

42 Véanse los apartados 67 y 68 de la sentencia Autogrill España/Comisión.

43 Se trata de las sentencias de 10 de diciembre de 1969, Comisión/Francia (6/69 y 11/69, no publicada, EU:C:1969:68); de 7 de junio de 1988, Grecia/Comisión (57/86, EU:C:1988:284), y de 15 de julio de 2004, España/Comisión (C-501/00, EU:C:2004:438).

44 Véanse los apartados 79 a 81 de la sentencia Autogrill España/Comisión.

45 Véase el apartado 62 de la sentencia WDFG.

46 Véase el apartado 67 de la sentencia WDFG.

priori o potencialmente, a todas las empresas que desearan adquirir participaciones de al menos el 5 % en sociedades extranjeras y que poseyeran esas participaciones de manera ininterrumpida durante al menos un año.[47] El Tribunal de Justicia también precisó que, contrariamente a lo que había declarado el Tribunal General, el posible carácter selectivo de la medida controvertida no quedaba desvirtuado por el hecho de que el requisito esencial para conseguir la ventaja fiscal otorgada por esta medida se refiriese a una operación económica, más concretamente a una «operación meramente financiera», que no está acompañada de un importe mínimo de inversión y que es independiente de la naturaleza de la actividad de las empresas beneficiarias.[48] En consecuencia, el Tribunal de Justicia concluyó que el Tribunal General había incurrido en error al no acoger las apreciaciones de la Comisión sobre el carácter selectivo de la medida controvertida sin comprobar si esta había efectivamente analizado y demostrado el carácter discriminatorio de dicha medida.[49] Por lo que se refiere a la segunda imputación formulada por la Comisión, por cuanto aquí interesa, el Tribunal de Justicia consideró que el Tribunal General había incurrido en error de Derecho al declarar que la jurisprudencia sobre las ayudas a la exportación, en la que se basó la Comisión, no era aplicable en dicho asunto. El Tribunal de Justicia afirmó en el apartado 119 de la sentencia WDFG que el método de análisis de la selectividad en tres etapas antes expuesto es «de aplicación plena a las ayudas fiscales a la exportación», precisando que una medida como la controvertida puede considerarse selectiva si beneficia a las empresas que realizan operaciones transfronterizas, en particular operaciones de inversión, en detrimento de otras empresas que se encuentran en una situación fáctica y jurídica comparable, en relación con el objetivo perseguido por el régimen tributario de que se trate, y que llevan a cabo operaciones de la misma naturaleza en el territorio nacional.

25. La sentencia WDFG añade indudablemente un elemento importante a la definición del concepto de selectividad de las ayudas fiscales. Con arreglo a dicha sentencia, una medida nacional puede ser selectiva, aunque no identifique *ex ante* una categoría particular de beneficiarios y aunque todas las empresas establecidas en el territorio del Estado miembro de que se trate, con independencia de su tamaño, forma jurídica, sector de actividad u otras características que les sean propias, puedan acceder potencialmente a la ventaja prevista por dicha medida siempre que efectúen un determinado tipo de inversión.[50] El enfoque que defiende el Tribunal de Justicia, que lleva a buscar una posible discriminación también en las medidas que se presentan como indistintamente aplicables y que establecen una ventaja jurídica y fácticamente accesible a todas las empresas, no cuenta con el respaldo de quien ve en una aplicación rígida del método de análisis en tres etapas, no matizada mediante la aplicación simultánea de un criterio basado en la disponibilidad general de la ventaja fiscal, una ampliación excesiva del concepto de ayuda y un desgaste de la competencia de los Estados miembros en materia de fiscalidad directa.[51] En esta línea se inscriben las observaciones del Gobierno alemán, que abogan por una limitación del alcance de la sentencia WDFG y por su contextualización.

47 Véase el apartado 69 de la sentencia WDFG.

48 Véase el apartado 81 de la sentencia WDFG.

49 Véase el apartado 93 de la sentencia WDFG.

50 Hasta la sentencia WDFG, la posibilidad de considerar selectiva una ventaja accesible indistintamente a todas las empresas, si bien condicionada a la realización de una determinada operación, parecía encontrar un obstáculo en el límite constituido por la no selectividad de principio de las medidas generales. En cambio, en dicha sentencia el Tribunal de Justicia ha aclarado que, a efectos de la apreciación del carácter selectivo de una medida, también es pertinente una desigualdad de trato relacionada con el comportamiento de las empresas. Se trata, en mi opinión, del aspecto más delicado de la sentencia WDFG, que no por casualidad el Tribunal General ha querido subrayar, si bien con un tono veladamente crítico, en los apartados 82 y 83 de la sentencia recurrida.

51 Véase las conclusiones del Abogado General Saugmandsgaard Øe presentadas en el asunto A-Brauerei (C-374/17, EU:C:2018:741), puntos 74 a 81. Véanse también las conclusiones de la Abogada General Kokott presentadas en los asuntos acumulados ANGED (C-236/16 y C-237/16, EU:C:2017:854), punto 85, que tratan de relativizar el alcance de la sentencia haciendo hincapié en el carácter de incentivo a la exportación de la medida controvertida.

26. En esta fase me limito a observar que, si bien es cierto que en la sentencia WDFG el Tribunal de Justicia se pronunció en un contexto específico, caracterizado por una medida que, en algunos aspectos, podía equipararse a las medidas de ayuda a la exportación, con respecto a las cuales aquel es tradicionalmente más rígido por lo que se refiere a su calificación de ayuda, no me parece, no obstante, que pueda relativizarse excesivamente el alcance de dicha sentencia, que, tanto por la técnica de redacción utilizada como por las confirmaciones de que ha sido objeto en las sentencias posteriores del Tribunal de Justicia, incluso reunido en Gran Sala,[52] se presenta como una sentencia de principio que, al reiterar el método de análisis de la selectividad en tres etapas, precisa que cada régimen que establece condiciones para la obtención de una ventaja fiscal, aun cuando esta última sea potencialmente accesible para todas las empresas, puede resultar selectivo cuando dé lugar a un trato diferenciado de empresas que se encuentran en una situación fáctica y jurídica comparable.

27. Dicho esto, procede señalar que, a efectos del examen de los presentes recursos de casación, la importancia de la sentencia WDFG es más bien limitada. En efecto, por un lado, ninguna de las imputaciones formuladas por los recurrentes tiene por objeto impugnar los fundamentos en los que el Tribunal General, al rechazar las alegaciones de WDFG dirigidas a hacer valer el carácter general de la medida controvertida, aplicó los principios establecidos por el Tribunal de Justicia en dicha sentencia.[53] Por otro lado, en esta última sentencia el Tribunal de Justicia, a pesar de basar su razonamiento en la premisa de que la Comisión había constatado la selectividad de la medida controvertida atendiendo al carácter excepcional de dicha medida y a la desigualdad de trato entre empresas residentes que esta introducía, no se pronunció sin embargo sobre ninguno de estos dos aspectos, que constituyen, en cambio, el núcleo de los presentes recursos de casación.[54] Dicho de otro modo, el Tribunal de Justicia se limitó a corroborar el método de análisis aplicado por la Comisión para demostrar la selectividad de la medida controvertida, no el resultado de dicha aplicación, lo que, en cambio, se discute en los presentes asuntos acumulados. De ello se sigue que las alegaciones formuladas por el Gobierno alemán en sus observaciones, en la medida en que tienen por objeto criticar la elección, en el presente asunto, del método de análisis de la selectividad en tres etapas basado en la discriminación en detrimento del método basado en la «disponibilidad general» de la ventaja fiscal, carecen de pertinencia a efectos del examen de los presentes recursos de casación.

B. Sobre los recursos de casación

28. Tanto WDFG como el Reino de España invocan un motivo único en apoyo de sus respectivos recursos de casación, relativo a un error en la interpretación del artículo 107 TFUE, apartado 1, por lo que se refiere al criterio de la selectividad. Ambos motivos de casación se dividen en varias partes: cuatro con carácter principal y dos con carácter subsidiario, por lo que se refiere al motivo único invocado por WDFG, y cuatro por lo que se refiere al motivo único invocado por el Reino de España.

52 Véase, en particular, la sentencia A-Brauerei, en la que el Tribunal de Justicia, incluso habiendo sido advertido por el Abogado General Saugmandsgaard Øe (v. C-374/17, EU:C:2018:741), punto 115, de las consecuencias de una interpretación estricta de la sentencia WDFG, confirmó el enfoque seguido por esta última incluso fuera del contexto específico en que se adoptó.

53 Véase los apartados 77 a 89 de la sentencia recurrida.

54 No obstante, cabe observar que se han efectuado distintas interpretaciones de la sentencia WDFG (véanse las conclusiones del Abogado General Wahl presentadas en el asunto Andres/Comisión, C-203/16 P, EU:C:2017:1017, punto 107, y de la Abogada General Kokott presentadas en los asuntos acumulados ANGED, C-236/16 y C-237/16, EU:C:2017:854, punto 85), según las cuales el Tribunal de Justicia se habría pronunciado sobre el sistema de referencia o sobre la selectividad de la medida controvertida.

29. Las imputaciones formuladas en el marco de las cuatro partes invocadas con carácter principal por WDFG y de las cuatro partes en que se divide el motivo único de casación invocado por el Reino de España coinciden o se solapan en gran medida. [55] Por lo tanto, dichas imputaciones pueden agruparse y examinarse conjuntamente. A continuación examinaré las partes del motivo único de casación de WDFG invocadas con carácter subsidiario.

1. Primera parte del motivo único de casación invocado por WDFG y sobre las partes primera y segunda del motivo único de casación invocado por el Reino de España: error en la determinación del sistema de referencia

a) Sobre la admisibilidad

30. Las imputaciones formuladas por WDFG y por España en el marco de la primera parte del motivo único de casación invocado por WDFG y de las partes primera y segunda del motivo único de casación invocado por el Reino de España se refieren a la primera etapa del análisis de la selectividad, que tiene por objeto, como ya se ha señalado, determinar el sistema de referencia. La Comisión considera que dichas imputaciones son globalmente inadmisibles, puesto que el recurso interpuesto por WDFG ante el Tribunal General no incluía ninguna imputación relativa a supuestos errores en la determinación del sistema de referencia. Permitir que los recurrentes formulen imputaciones nuevas en el marco del recurso de casación equivaldría a permitirles plantear al Tribunal de Justicia un litigio más extenso que aquel del que conoció el Tribunal General.

31. A mi parecer, procede desestimar la excepción de inadmisibilidad propuesta por la Comisión.

32. Es cierto que, según reiterada jurisprudencia, a la que se refirió la Comisión, en el marco de un recurso de casación la competencia del Tribunal de Justicia está limitada a la apreciación de la solución jurídica que se ha dado a los motivos y alegaciones objeto de debate ante el Tribunal General y que, por lo tanto, una parte no puede, en principio, invocar por primera vez ante el Tribunal de Justicia un motivo que no ha invocado ante el Tribunal General. [56]

33. Sin embargo, el Tribunal de Justicia aclaró que un recurrente puede invocar en su recurso de casación motivos que se fundamenten en la propia sentencia recurrida y que tengan por objeto criticar la conformidad a Derecho de la misma. [57]

34. Por lo tanto, en el presente asunto, aun suponiendo que, como sostiene la Comisión, las imputaciones formuladas por WDFG y por el Reino de España en sus respectivos recursos de casación constituyan «motivos nuevos» respecto a los invocados en apoyo del recurso

[55] En su escrito de contestación en el asunto C-51/19, el Reino de España subraya que el recurso de casación interpuesto por WDFG coincide básicamente con su motivo único de casación y con el razonamiento desarrollado en el mismo.

[56] Véanse, en particular, las sentencias de 1 de febrero de 2007, Sison/Consejo (C-266/05 P, EU:C:2007:75), apartado 95, y de 28 de febrero de 2019, Alfamicro/Comisión (C-14/18 P, EU:C:2019:159), apartado 38.

[57] Véanse las sentencias de 29 de noviembre de 2007, Stadtwerke Schwäbisch Hall y otros/Comisión (C-176/06 P, no publicada, EU:C:2007:730), apartado 17; de 10 de abril de 2014, Comisión/Siemens Österreich y otros y Siemens Transmission & Distribution y otros/Comisión (C-231/11 P a C-233/11 P, EU:C:2014:256), apartado 102; de 20 de diciembre de 2017, EUIPO/European Dynamics Luxembourg y otros (C-677/15 P, EU:C:2017:998), apartado 28; de 6 de septiembre de 2018, República Checa/Comisión (C-4/17 P, EU:C:2018:678), apartado 24, y, por último, de 26 de febrero de 2020, SEAE/Alba Aguilera y otros (C-427/18 P, EU:C:2020:109), apartado 54.

interpuesto por WDFG ante el Tribunal General,[58] ello no sería en sí mismo suficiente para declarar su inadmisibilidad. En efecto, puesto que la sentencia recurrida examinó si la Comisión había identificado correctamente el régimen fiscal de referencia en el marco de la primera etapa del método de análisis de la selectividad,[59] WDFG y el Reino de España pueden criticar la conformidad a Derecho de las constataciones efectuadas a este respecto por el Tribunal General, independientemente de que no hayan presentado en primera instancia una argumentación dirigida específicamente a impugnar la decisión de la Comisión en ese sentido.

35. Cabe observar además que las alegaciones formuladas por WDFG y por el Reino de España en el marco de las partes objeto de examen de los respectivos motivos únicos de casación contienen una crítica precisa y detallada de los fundamentos de la sentencia recurrida y van dirigidas en gran medida a refutar la observancia de los límites y las modalidades del ejercicio del control judicial por el Tribunal General. Por consiguiente, no podían ser formuladas ante este último.[60]

36. En consecuencia, habida cuenta de las consideraciones anteriores, estimo que procede declarar la admisibilidad de la primera parte del motivo único de casación de WDFG y las partes primera y segunda del motivo único de casación del Reino de España.

b) Sobre el fondo

1) Observaciones preliminares

37. En la Comunicación relativa al concepto de ayuda estatal, la Comisión define el sistema de referencia como «un conjunto de normas coherentes 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».[61] No obstante, debe señalarse que dicha definición aún no ha sido acogida por el Tribunal de Justicia, que continúa definiendo el sistema de referencia como «el *régimen tributario común* o "*normal*" aplicable en el Estado miembro de que se trate».[62]

38. Dada la complejidad de los regímenes tributarios nacionales y la multiplicidad de las variables que influyen en la determinación de las cargas fiscales de las empresas, en varios textos se ha hecho hincapié en la dificultad de identificar con concreción tal «régimen común», así como el carácter aleatorio del resultado de dicha operación.[63] Ante estas dificultades y partiendo de la constatación de que es imposible determinar un único sistema de referencia, se ha llegado a

58 Cabe señalar a este respecto que, en los apartados 32 y 33 de la sentencia recurrida, el Tribunal General indicó que la segunda imputación del primer motivo de recurso de WDFG tenía por objeto la «errónea identificación del sistema de referencia» y que dicha imputación estaba apoyada por una argumentación global, que podía aplicarse también al tercer motivo, relativo al carácter justificado de la medida controvertida a la luz de la naturaleza y de la estructura del sistema fiscal en el que se enmarca. El Tribunal General precisa en el apartado 94 de la sentencia recurrida que la argumentación de WDFG le lleva «a examinar la pertinencia del marco de referencia elegido por la Comisión en el presente asunto».

59 Véanse los apartados 92 a 141 de la sentencia recurrida.

60 Véase, en este sentido, la sentencia de 1 de junio de 2006, P & O European Ferries (Vizcaya) y Diputación Foral de Vizcaya/Comisión (C-442/03 P y C-471/03 P, EU:C:2006:356), apartado 60.

61 Punto 133.

62 Véase la sentencia WDFG, apartado 57. El subrayado es mío.

63 En sus conclusiones presentadas en el asunto A-Brauerei, puntos 121 a 140, el Abogado General Saugmandsgaard Øe ilustró dicha dificultad de un modo especialmente eficaz. Véanse también las conclusiones del Abogado General Wahl presentadas en el asunto Andres/Comisión (C-203/16 P, EU:C:2017:1017), puntos 101 a 105.

negar el carácter decisivo de dicha operación y a centrar más bien la atención en la diferencia de trato introducida por la medida en cuestión [64] o a sugerir que se vuelva a un sistema basado en el concepto de medida general. [65]

39. Aunque la determinación del sistema de referencia sigue siendo sin duda una de las operaciones más complejas en el marco del examen del criterio de la selectividad, debido también a la reticencia del Tribunal de Justicia a elaborar criterios precisos que permitan orientar a la Comisión y a las autoridades de los Estados miembros en dicha tarea, [66] la tendencia actualmente consolidada en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, que equipara el concepto de selectividad al de discriminación, no permite prescindir de dicha operación ni negar su importancia. En efecto, cada búsqueda de una discriminación debe efectuarse a la luz de un *tertium comparationis*, es decir, de un parámetro de referencia respecto al cual pueda determinarse la existencia de una diferencia de trato no justificada. Pues bien, el sistema fiscal de referencia, interpretado a la luz de su objetivo, constituye tal parámetro a la hora de apreciar la selectividad, [67] razón por la que considero que su carácter central por otra parte —señalado en reiteradas ocasiones por el propio Tribunal de Justicia en particular en lo que respecta al examen de las medidas fiscales [68]— no puede ser puesto en tela de juicio. [69]

40. Sin embargo, ¿sobre la base de qué criterios procede determinar dicho sistema?

41. A mi modo de ver, es ante todo fundamental que la operación de identificación de las normas que lo componen se efectúe atendiendo a criterios objetivos, en particular para permitir un control judicial de las consideraciones en las que se basa.

42. Además, aunque la reconstrucción objetiva de las cargas fiscales de las empresas pertinentes a efectos de la determinación del sistema de referencia puede exigir a veces que se tomen en consideración disposiciones que no forman parte del régimen tributario específico en el que se inscribe la medida impugnada, [70] es importante que el resultado de dicha operación no concluya con una construcción abstracta. [71] A tal efecto, procede, en mi opinión, partir de la premisa de que es el Estado miembro interesado el que define, mediante el ejercicio de sus competencias exclusivas en materia de fiscalidad directa, el sistema de referencia. No obstante, como se expondrá con mayor detalle a continuación, esto no quiere decir que, en el marco del procedimiento de examen de la selectividad de una medida nacional, la Comisión esté obligada, en todo caso, a basar su análisis en el sistema de referencia indicado por el Estado miembro

64 Véanse las conclusiones de la Abogada General Kokott presentadas en los asuntos acumulados ANGED (C-236/16 y C-237/16, EU:C:2017:854), punto 88.

65 Véanse las conclusiones del Abogado General Saugmandsgaard Øe presentadas en el asunto A-Brauerei.

66 Véanse las conclusiones del Abogado General Wahl presentadas en el asunto Andres/Comisión (C-203/16 P, EU:C:2017:1017), punto 101.

67 Véase, en este sentido, la sentencia Andres, apartado 89.

68 El Tribunal de Justicia ha subrayado a este respecto como «la propia existencia de una ventaja solo puede apreciarse en relación con una imposición considerada "normal"», véanse, en este sentido, las sentencias de 6 de septiembre de 2006, Portugal/Comisión, C-88/03 (EU:C:2006:511), apartado 56; de 21 de diciembre de 2016, Comisión/Hansestadt Lübeck (C-524/14 P, EU:C:2016:971), apartado 55, y Andres, apartados 88 y 89.

69 Como ya se ha precisado antes, no obstante, ello es válido para las medidas selectivas *de iure*, no pudiendo aplicarse el método de análisis en tres etapas en el caso de las medidas selectivas *de facto*.

70 Como ocurre 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).

71 El Tribunal de Justicia ya precisó en la sentencia Andres (apartado 103) que la selectividad de una medida fiscal no puede evaluarse correctamente con arreglo a un sistema de referencia formado por una serie de disposiciones que han sido extraídas artificialmente de un marco normativo más amplio.

interesado, sin poder cuestionarlo, sino solamente que dicho sistema está formado por un conjunto de normas y de principios derivados del régimen tributario de un Estado miembro y que debe determinarse sobre la base de dicho régimen.

43. Por último, en consonancia con la definición utilizada en la Comunicación de la Comisión relativa al concepto de ayuda estatal, las normas identificadas como parte integrante del sistema de referencia deben conformar un conjunto coherente. A este respecto, debe subrayarse que la necesidad de coherencia actúa al mismo tiempo como límite para la Comisión y como elemento en el que dicha institución puede basarse para impugnar el sistema de referencia propuesto por el Estado miembro de que se trate.

44. Por lo tanto, objetividad, concreción y coherencia son los criterios a los que debe atenerse la determinación del sistema de referencia en el marco de la primera etapa del análisis sobre la selectividad de una medida fiscal nacional. Asimismo, es preciso tratar de definir un método que permita que dicha determinación resulte menos aleatoria. [72]

45. En este contexto, no me parece que el camino a seguir deba ser necesariamente el de una simplificación excesiva. En efecto, es cierto que el Tribunal de Justicia ha adoptado un enfoque amplio por lo que se refiere a las medidas que forman parte del régimen general del impuesto sobre sociedades de un Estado miembro. [73] Sin embargo, considero que esta constatación no debe llevar automáticamente a identificar en dicho régimen el sistema de referencia para la apreciación de dichas medidas, como parece desprenderse de las observaciones escritas de la Comisión y como ha sugerido también la doctrina. [74] Si bien es cierto que este será el resultado en la mayoría de los casos, no me parece metodológicamente correcto proceder de manera automática, lo que tendría como consecuencia privar, respecto de toda una categoría de medidas fiscales, a las etapas primera y segunda del examen de la selectividad de toda importancia práctica. Sin embargo, esto no significa que, en función del tipo de medida de que se trate, y del régimen tributario en el que se inscriba, la determinación del sistema de referencia no pueda basarse, como se expondrá con mayor detalle a continuación, en criterios parcialmente diferentes.

46. Habida cuenta de lo anterior, considero que la determinación del sistema de referencia debe partir necesariamente del análisis de la medida controvertida y, más concretamente, de las diferenciaciones entre empresas que dicha medida introduce con arreglo a los criterios definidos en la misma.

47. La determinación de los criterios con arreglo a los cuales la situación de una empresa se diferencia de la de otra, y, en consecuencia, está sometida a una normativa fiscal diferente, está comprendida en la facultad discrecional del legislador nacional. Las normas en materia de ayudas actúan como límite a esa discrecionalidad, interviniendo en caso de que situaciones con características homogéneas estén sometidas a normativas cuya aplicación dé lugar a una discriminación en el disfrute de una ventaja fiscal. En este contexto, tomar como punto de

72 Soy plenamente consciente de la dificultad que implica dicha tarea y de la solidez de los argumentos de quienes consideran que el sistema de referencia no es más (y no puede ser más) que el resultado de una elección subjetiva. No obstante, dada la importancia que ha adquirido dicho concepto en el análisis de la selectividad de las medidas fiscales, me parece más útil tratar de encontrar un modo de «convivir» con la misma, en vez de seguir poniendo de relieve las dificultades objetivas de su aplicación práctica.

73 Véanse las conclusiones del Abogado General Wahl presentadas en el asunto Andres/Comisión (C-203/16 P, EU:C:2017:1017), punto 106.

74 Véase, en este sentido, R. Ismer y S. Piotrowski, *Selectivity in Corporate Tax Matters After World Duty Free: A Tale of Two Consistencies Revisited*, Intertax, 2018, pp. 156 a 158.

partida del análisis de la selectividad las diferenciaciones entre empresas que surgen de la aplicación de la medida examinada permite concretar la operación de determinación del sistema de referencia.

48. Sobre la base del examen de tal medida y de los efectos de su aplicación se pueden identificar, en efecto, tanto los grupos de empresas entre los cuales se realiza una diferenciación como el factor con arreglo al cual se realiza esta diferenciación. Dicho de otro modo, ese examen permite determinar «entre quiénes» se establece la diferencia de trato y «respecto a qué». Dicha diferencia puede referirse, en particular a los aspectos de la regulación de una determinada institución jurídica o de un régimen tributario específico o también incluirse en el conjunto del sistema fiscal del Estado miembro.

49. En este contexto, la operación de identificación del sistema de referencia resultará por lo general más fácil cuando la diferenciación entre empresas se efectúe en el marco de un régimen tributario *ad hoc* —por ejemplo, una ecotasa de nueva creación—, como sucede en los asuntos que dieron lugar a las sentencias de 26 de abril de 2018, ANGED[75] (en lo sucesivo, «sentencia ANGED»), y de 22 de diciembre de 2008, British Aggregates/Comisión (en lo sucesivo, «sentencia British Aggregates»).[76] En tales casos, en efecto, dicha diferenciación, con independencia de si es inherente a la sujeción al impuesto o se refiere a sus modalidades de aplicación, se efectúa respecto de un conjunto normativo específico y distinto, constituido por el régimen tributario de que se trate. Ese conjunto normativo constituye el sistema de referencia para apreciar la selectividad de la medida. En cambio, resulta más complejo cuando la medida examinada forme parte de uno o más subsistemas en el marco de un régimen tributario general existente, como sucede en el asunto que dio lugar a las sentencias Andres y A-Brauerei, o se presente como una norma autónoma. En esos casos, partiendo de la medida en cuestión, procede remitirse al conjunto normativo que regula la materia considerada, asegurándose de que dicho conjunto resulte al mismo tiempo coherente y completo. Esto podrá corresponder al régimen tributario general considerado en su conjunto o a uno de sus subsistemas, o también podrá identificarse con la propia medida cuando esta se presente como una norma con una lógica jurídica autónoma y no sea posible identificar un conjunto normativo coherente fuera de la misma. Cuando la medida examinada no pueda disociarse del conjunto del sistema fiscal del Estado miembro interesado, deberá hacerse referencia a dicho sistema.

50. Por último, considero que la determinación del sistema de referencia debe efectuarse, previo intercambio contradictorio con el Estado miembro de que se trate, a la luz del contenido, de la estructura, de la articulación sistemática y de las interrelaciones entre las normas consideradas y no, en cambio, de los objetivos perseguidos por el legislador nacional. Esto es así tanto porque, metodológicamente, la identificación de dichos motivos tiene lugar en una etapa distinta y posterior a la de la determinación del sistema de referencia como, según se ha expuesto antes, para permitir que dicha determinación sea lo más objetiva posible.[77]

75 C-236/16, EU:C:2018:291.

76 C-487/06 P, EU:C:2008:757.

77 Como ponen de manifiesto las conclusiones del Abogado General Saugmandsgaard Øe presentadas en el asunto A-Brauerei (C-374/17, EU:C:2018:741), puntos 149 a 159, la consideración de los objetivos del legislador introduce un elemento (adicional) de subjetividad en la determinación del sistema de referencia, además de hacer que la operación resulte mucho más compleja. Es preciso señalar, por otra parte, que, en la parte de la fundamentación de la sentencia del Tribunal de Justicia relativa a la determinación del sistema de referencia no hay indicios del intenso debate sobre los objetivos de las normas pertinentes al que se refiere el Abogado General Saugmandsgaard Øe en sus conclusiones.

51. Habida cuenta de lo anterior, a continuación examinaré las imputaciones formuladas por los recurrentes en el marco de las partes objeto de examen de los respectivos motivos únicos de casación.

2) Sobre la primera imputación de la primera parte del motivo único de casación invocado por WDFG y sobre la primera parte del motivo único de casación invocado por el Reino de España

52. WDFG, mediante la primera imputación de la primera parte de su motivo único de casación, y el Reino de España, mediante la primera parte de su motivo único de casación, alegan que el Tribunal General ha sustituido los motivos de la Decisión impugnada, utilizando un sistema de referencia distinto del adoptado por la Comisión. A su parecer, aunque dicha institución indicó como sistema de referencia las normas relativas al tratamiento fiscal del fondo de comercio financiero, el Tribunal General, sobre la base de un análisis materialmente diferente del efectuado por la Comisión, también incluyó en dicho sistema el tratamiento fiscal del fondo de comercio no financiero. [78]

53. Es preciso recordar a este respecto que, en el marco del control de la legalidad a que se refiere el artículo 263 TFUE, el Tribunal de Justicia y el Tribunal General son competentes para pronunciarse sobre los recursos por incompetencia, vicios sustanciales de forma, violación del Tratado FUE o de cualquier norma jurídica relativa a su ejecución o desviación de poder. El artículo 264 TFUE establece que, si el recurso fuere fundado, el acto impugnado será declarado nulo y sin valor ni efecto alguno. Por consiguiente, en ningún caso puede el Tribunal de Justicia o el Tribunal General sustituir la motivación del autor del acto impugnado por la suya propia. [79] No obstante, el Tribunal de Justicia precisó en la sentencia de 27 de enero de 2000, DIR International Film y otros/Comisión, [80] que, «en el marco de un recurso de anulación el Tribunal [General] puede verse en la necesidad de interpretar la motivación del acto impugnado de manera diferente a su autor, o incluso, en determinadas circunstancias, de tener que rechazar la motivación formal en que se basó este último», aunque no puede hacerlo «cuando ningún elemento material así lo justifique». [81]

54. La imputación formulada por los recurrentes según la cual el Tribunal General basó su análisis en un sistema de referencia distinto del adoptado por la Comisión en la Decisión impugnada no parece, a primera vista, carente de todo fundamento. En efecto, como observan acertadamente WDFG y el Reino de España, la Comisión indica en el considerando 96 de la Decisión impugnada como «marco de referencia apropiado para la evaluación de la medida controvertida» «las normas relativas al *tratamiento fiscal del fondo de comercio financiero*» [82] contenidas en el régimen español general del impuesto sobre sociedades. En cambio, en los apartados 70, 92 y 140 de la sentencia recurrida, el Tribunal General afirma que la Comisión utilizó como marco de referencia para su análisis del carácter selectivo de la medida el *tratamiento fiscal del fondo de comercio*, precisando, en el apartado 92, que dicha institución «[no se ciñó] exclusivamente al tratamiento fiscal del fondo de comercio financiero».

78 WDFG se refiere, en particular, a los apartados 92 y 140 de la sentencia recurrida.

79 Véanse las sentencias de 27 de enero de 2000, DIR International Film y otros/Comisión (C-164/98 P, EU:C:2000:48), apartado 38; de 22 de diciembre de 2008, British Aggregates/Comisión (C-487/06 P, EU:C:2008:757), apartado 141, y de 24 de enero de 2013, Frucona Košice/Comisión (C-73/11 P, EU:C:2013:32), apartado 89.

80 C-164/98 P, EU:C:2000:48.

81 Apartado 42.

82 El subrayado es mío.

55. Sin embargo, al efectuar un análisis más exhaustivo, considero que el Tribunal General no desnaturalizó en absoluto la Decisión impugnada ni sustituyó los motivos de dicha Decisión. La imputación objeto de examen se centra en una diferencia de terminología entre la Decisión impugnada y la sentencia recurrida que, a diferencia de lo que sostienen los recurrentes y como, en cambio, subraya acertadamente la Comisión, no corresponde a la identificación de dos sistemas de referencia materialmente diferentes.

56. Para apreciar la convergencia sustancial de resultados entre el análisis de la Comisión y la interpretación que el Tribunal General hace del mismo, procede remitirse al considerando 89 de la Decisión impugnada, retomado por el Tribunal General en el apartado 70 de la sentencia recurrida. En dicho pasaje, la Comisión responde, anticipando la conclusión a la que llega al término de su análisis sobre la selectividad, a las alegaciones del Gobierno español según las cuales el sistema de referencia debía limitarse al tratamiento fiscal del fondo de comercio resultante de la adquisición de una participación en una sociedad residente en un país distinto de España. Dicha institución afirma inequívocamente que, en su opinión, 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» y precisa que su posición trae causa de la constatación de 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».

57. El razonamiento seguido por la Comisión es, a mi modo de ver, lineal. El punto de partida es la constatación de que la norma controvertida únicamente prevé la amortización del fondo de comercio que sea consecuencia de la adquisición de una participación cuando se trate de participaciones en una sociedad no residente en España. Esta constatación llevó a la Comisión a plantearse la posibilidad de que la medida controvertida sea selectiva, ya que establece una discriminación en perjuicio de las empresas que efectúan operaciones de adquisiciones similares en sociedades residentes en España. En consecuencia, el sistema de referencia a efectos de la apreciación de la selectividad debe incluir las normas que regulan el tratamiento fiscal del fondo de comercio que resulta de tales adquisiciones. Pues bien, como se desprende del citado considerando 89, la Comisión parte de la premisa de que, según los principios de los sistemas contable y fiscal de España, al fondo de comercio financiero que resulta de la adquisición de participaciones en sociedades residentes en España se aplican normas similares a las que regulan el fondo de comercio en general,[83] con arreglo a las cuales este último debe consignarse como activo inmaterial separado en cuanto la empresa adquirente tome el control de la empresa participada[84] y solo puede amortizarse tras una combinación de empresas.[85] En este sentido apunta expresamente el considerando 99 de la Decisión impugnada, en el que la Comisión afirma que, a efectos tributarios españoles, el fondo de comercio, entendido de manera general y, por lo tanto, no solo como fondo de comercio financiero, «solo puede contabilizarse por separado a raíz de una combinación de empresas», precisando inmediatamente después que, «cuando la adquisición del negocio de una empresa se efectúa mediante adquisición de sus acciones […] el fondo de comercio solo puede aflorar si la empresa adquirente se combina posteriormente con la empresa adquirida, cuyo control pasará así a tener». De modo aún más explícito, la Comisión afirma en el considerando 100 de la Decisión impugnada que «al permitir que el fondo de

83 Cabe observar a este respecto que, en el considerando 22 de la Decisión impugnada, la Comisión considera el artículo 89, apartado 3, del TRLIS, que regula la amortización del fondo de comercio financiero que resulta de la adquisición de participaciones en sociedades residentes en España en caso de combinación de empresas, como una aplicación del artículo 11, apartado 4, del TRLIS, que establece las condiciones para la amortización del fondo de comercio que proceda de una adquisición a efectos de la determinación de la base imponible del impuesto de sociedades.

84 Véase el considerando 18 de la Decisión impugnada.

85 Véase el considerando 19 de la Decisión impugnada.

comercio financiero, que es el fondo de comercio que se habría contabilizado si las empresas se hubieran combinado, surja por separado incluso sin que exista una combinación de empresas, la medida controvertida constituye una excepción al sistema de referencia», añadiendo justo después que «la excepción no se deriva de la duración del período durante el cual se amortiza el fondo de comercio financiero en comparación con el período que se aplica a la amortización del fondo de comercio tradicional, sino al distinto trato que reciben las operaciones nacionales y transfronterizas».

58. En consecuencia, siguiendo el razonamiento de la Decisión impugnada, cuando, en los puntos 92 a 96 de dicha Decisión, la Comisión designa como sistema de referencia las «normas relativas al tratamiento fiscal del fondo de comercio financiero», se refiere, además de a las normas que son aplicables específicamente a la amortización del fondo de comercio en caso de adquisición de participaciones, a las «normas del régimen español general del impuesto sobre sociedades» que regulan la amortización del fondo de comercio en general en la medida en que proporcionan un marco de evaluación pertinente de tales normas.

59. Pues bien, más allá de la distinta terminología empleada en la Decisión impugnada y en la sentencia recurrida, y aun admitiendo que la motivación de esta última en este punto podría haber sido más explícita, de lo anterior se desprende que el sistema de referencia adoptado por el Tribunal General no difiere del mencionado por la Comisión. Por lo tanto, el Tribunal General no ha sustituido la motivación de la Decisión impugnada por la suya propia ni ha desnaturalizado su contenido ni la ha interpretado erróneamente. La interpretación efectuada en los apartados 70, 92 y 140 de la sentencia recurrida se justifica sobre la base de los elementos materiales de la Decisión impugnada.

60. Por las razones expuestas, considero, por lo tanto, que procede desestimar por infundadas la primera imputación de la primera parte del motivo único de casación de WDFG y la primera parte del motivo único de casación del Reino de España.

3) Sobre la segunda imputación de la primera parte del motivo único de casación de WDFG y sobre la segunda parte del motivo único de casación del Reino de España

61. WDFG, mediante la segunda imputación de la primera parte de su motivo único de casación, y el Reino de España, mediante la segunda parte de su motivo único de casación, formulan dos objeciones diferentes.

62. Mediante la primera objeción, que WDFG formula con carácter principal, los recurrentes reprochan al Tribunal General haber sustituido la motivación de la Decisión impugnada por la suya propia al excluir que la medida controvertida pudiese constituir un sistema de referencia autónomo. Estos sostienen, en esencia, que la Comisión rechazó la hipótesis de un sistema de referencia autónomo constituido por la medida controvertida basándose únicamente en la supuesta falta de obstáculos jurídicos para las fusiones transfronterizas, mientras que el Tribunal General se basó, en los apartados 127 a 140 de la sentencia recurrida, en una argumentación totalmente diferente.

63. A este respecto, es preciso observar, como hace el Tribunal General en el apartado 70 de la sentencia recurrida, que, en el considerando 89 de la Decisión impugnada, la Comisión estimó que el sistema 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 empresas que efectuaban adquisiciones de participaciones en sociedades no residentes y que, a

efectos de apreciar la existencia de una discriminación en contra de las empresas que efectuaban el mismo tipo de adquisiciones en sociedades residentes, era necesario considerar «las disposiciones generales del régimen del impuesto sobre sociedades que son aplicables a las situaciones en las que la aparición del fondo de comercio conduc[ía] a un beneficio fiscal […]». En los considerandos 92 a 96 de la Decisión impugnada, en los que se basa la imputación de los recurrentes relativa a una supuesta sustitución de los motivos, la Comisión se limitó a responder a las observaciones presentadas por las autoridades españolas que habían puesto en entredicho el sistema de referencia identificado provisionalmente en la Decisión de incoación, alegando, en particular, que, dado que las empresas que adquieren participaciones en empresas extranjeras se encuentran en una situación fáctica y jurídica diferente a la de las empresas que adquieren participaciones en sociedades residentes, la medida controvertida debía considerarse como un sistema de referencia autónomo. Tras constatar que el fundamento de hecho en que se basaba dicho argumento no era lo suficientemente sólido, la Comisión confirmó el sistema de referencia identificado en la Decisión de incoación.

64. Por lo que se refiere al considerando 117 de la Decisión impugnada, al que se refiere asimismo WDFG, es preciso observar que este figura en una parte del análisis de la selectividad que la Comisión desarrolla «de forma complementaria» respecto del análisis que figura en los considerandos 92 a 114 y que incluye en el epígrafe «Análisis de la medida controvertida con arreglo al sistema de referencia consistente en el tratamiento del fondo de comercio en operaciones con terceros países». [86] Sin embargo, a pesar de esta inclusión sistemática, de la lectura de dicho considerando 117 se desprende que las constataciones que contiene se sitúan principalmente en una perspectiva de evaluación de la comparabilidad de las situaciones de las empresas que se benefician de la ventaja establecida por la medida controvertida y de las que están excluidas de la misma, que forma parte, como ya se ha observado, de la segunda etapa del análisis sobre la selectividad, es decir, en una perspectiva de evaluación de la existencia de una justificación al «trato fiscal diferente entre las operaciones de participaciones españolas y […] las operaciones relativas a terceros países]», que forma parte en cambio de la tercera etapa. En mi opinión, lo mismo cabe decir de los considerandos 114 y 115 de la Decisión de 12 de enero de 2011, a la que remite el Reino de España, como se desprende además inequívocamente del considerando 113 que los precede, en el que la Comisión precisa que «ha investigado la legislación de diversos terceros países simplemente para comprobar las alegaciones de las autoridades españolas sobre la existencia de obstáculos jurídicos explícitos para la combinación transfronteriza, *sin que este examen constituya en modo alguno un reconocimiento de que tales obstáculos pueden justificar un sistema de referencia diferente en el presente asunto*». [87] Contrariamente a lo que afirma España, la vía procedimental seguida por la Comisión, que examinó en una decisión distinta la situación de las empresas que invierten en sociedades establecidas fuera de la Unión, se justifica plenamente desde una perspectiva de evaluación de la comparabilidad entre dichas empresas y las empresas que invierten en sociedades residentes en el Reino de España o de evaluación de la existencia de una justificación a la diferencia de trato entre estas dos categorías de empresas, y es perfectamente compatible con el mantenimiento de un marco de referencia más amplio que el constituido por la medida controvertida.

65. En consecuencia, contrariamente a lo que sostienen los recurrentes, la Comisión no se basó en la falta de reconocimiento de obstáculos a las combinaciones transfronterizas para excluir que la medida controvertida pudiese constituir el sistema de referencia adecuado que debe tomarse en consideración a efectos del análisis de la selectividad, sino que partió de la consideración de que dicha medida debía evaluarse a la luz de un conjunto normativo más amplio que incluía tanto las

86 Véanse el considerando 89 y el epígrafe A.2 de la Decisión impugnada.

87 El subrayado es mío.

normas aplicables a la amortización del fondo de comercio financiero en caso de adquisición de participaciones en sociedades residentes como los principios aplicables a la amortización del fondo de comercio en general, al que, según la Comisión, se ajustaban tales normas al prever la deducibilidad del fondo de comercio solo en caso de que la adquisición estuviese seguida por una combinación de empresas. Esta conclusión se ve, en mi opinión, confirmada por los considerandos 17 a 22 de la Decisión de incoación, a la cual la Comisión se remite en reiteradas ocasiones al rechazar las alegaciones del Reino de España en los puntos 92 a 96 de la Decisión impugnada.

66. Habida cuenta de las consideraciones anteriores, estimo, por lo tanto, que procede desestimar por infundada la primera objeción, basada en una sustitución de los motivos supuestamente efectuada por el Tribunal General en los apartados 127 a 140 de la sentencia recurrida.

67. Mediante la segunda objeción, que WDFG formula con carácter subsidiario, los recurrentes alegan que el razonamiento «sustitutivo» desarrollado por el Tribunal General para excluir que la medida controvertida pueda constituir un sistema de referencia autónomo adolece de un error de Derecho. Por un lado, estos observan que la finalidad de la medida controvertida es garantizar la neutralidad fiscal con respecto a las adquisiciones de participaciones en España y en el extranjero y que, en consecuencia, su objetivo no puede reducirse a resolver un problema puntual, como sin embargo afirmó el Tribunal General en el apartado 139 de la sentencia recurrida. Por otro lado, alegan que el razonamiento del Tribunal General lleva a evaluar la selectividad de una medida de modo diferente en función de si el legislador decide crear un impuesto distinto o modificar un impuesto general y, por lo tanto, en función de la técnica legislativa utilizada.

68. Del apartado 94 de la sentencia recurrida se desprende que el razonamiento seguido por el Tribunal General en los apartados 95 a 141 de dicha sentencia trata de responder a la alegación de WDFG según la cual, a causa de los obstáculos a los que se enfrentan las combinaciones transfronterizas, la Comisión debería haber establecido la medida controvertida como sistema de referencia.

69. Este razonamiento puede dividirse en tres partes.

70. La primera parte, que incluye los apartados 95 a 108, aborda de manera general la cuestión de la metodología aplicable a la determinación del sistema de referencia en el marco de la primera etapa del examen sobre la selectividad. En el apartado 98, el Tribunal General afirma que la delimitación material de este sistema se realiza, en principio, en conexión con la medida analizada y, en el apartado 102, que va precedido por un análisis de las sentencias de 8 de septiembre de 2011, Paint Graphos y otros [88] (en lo sucesivo, «sentencia Paint Graphos»), y de 8 de septiembre de 2011, Comisión/Países Bajos [89] (en lo sucesivo, «sentencia Comisión/Países Bajos»), dicho Tribunal constata 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». El Tribunal General continúa indicando, en los apartados 103 y 104, que, dado que es la comparabilidad de estas situaciones lo que permite igualmente apreciar la existencia de una excepción 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

88 C-78/08 a C-80/08, EU:C:2011:550.

89 C-279/08 P, EU:C:2011:551.

normal, un «razonamiento de conjunto sobre las dos primeras etapas del método [de análisis de la selectividad] puede llevar, en ciertos casos, a identificar tanto el régimen normal como la existencia de una excepción».

71. En la segunda parte de su razonamiento, que incluye los apartados 109 a 125 de la sentencia recurrida, en aplicación de la metodología expuesta en los apartados 95 a 108 de dicha sentencia, el Tribunal General examinó si, desde el punto de vista del objetivo del régimen normal identificado por la Comisión, las empresas que adquieren participaciones en sociedades residentes y las que adquieren participaciones en sociedades no residentes se encuentran en una situación fáctica y jurídica comparable. Este examen de comparabilidad, que por lo general se lleva a cabo en el marco de la segunda etapa del análisis sobre la selectividad, se adelanta por lo tanto a la primera etapa, y el Tribunal General supedita a su resultado la correcta delimitación del sistema de referencia (apartado 109 de la sentencia recurrida). Al término de dicho examen, el Tribunal General llega a la conclusión de que «las empresas que adquieren participaciones en sociedades no residentes se encuentran, desde el punto de vista del objetivo perseguido por el tratamiento fiscal del fondo de comercio, en una situación jurídica y fáctica comparable a la de las empresas que adquieren participaciones en sociedades residentes» (apartado 122 de la sentencia recurrida) y de que la Comisión consideró acertadamente «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» (apartado 123 de la sentencia recurrida). Tras señalar que dicha medida, «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» (apartado 124 de la sentencia recurrida), el Tribunal General concluye esta parte de su razonamiento rechazando las alegaciones formuladas por WDFG, no solo en la medida en que estas tienen por objeto impugnar la delimitación del sistema de referencia en el marco de la primera etapa del análisis de la selectividad, sino también en la medida en que se refieren a la constatación del carácter excepcional de la medida controvertida que debe llevarse a cabo en el marco de la segunda etapa, confirmando «la existencia de vínculos entre estas dos etapas e incluso a veces, como sucede en este caso, de un razonamiento común» (apartado 125 de la sentencia recurrida).

72. Por último, en la tercera parte de su razonamiento, que engloba los apartados 126 a 141, el Tribunal General analiza si, «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, [tal medida], 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».

73. Los recurrentes no formulan críticas dirigidas a impugnar la metodología expuesta por el Tribunal General en los apartados 95 a 108 de la sentencia recurrida. A este respecto, me limitaré por lo tanto a observar que la amalgama entre las etapas primera y segunda que se desprende de

esos apartados no me parece estar en consonancia ni con las sentencias Paint Graphos [90] y Comisión/Países Bajos, [91] en las que se basó el Tribunal General, ni con la jurisprudencia más reciente del Tribunal de Justicia, que distingue claramente entre tales etapas y sitúa la delimitación del sistema de referencia antes de la identificación del objetivo de dicho sistema, y esta última antes de la determinación de las empresas que se encuentran en una situación comparable a la de las empresas beneficiarias de la medida impugnada. Esta amalgama, que se explica probablemente por la estructura de la Decisión impugnada y de las alegaciones formuladas por WDFG, complica, en mi opinión, aún más el ya de por sí complejo marco que se desprende de la jurisprudencia en materia de análisis de la selectividad de las medidas fiscales. Como ya se ha expuesto antes, [92] si bien es importante que la determinación del sistema de referencia se efectúe en relación con la medida examinada y con las diferenciaciones que introduce, dicha determinación debe llevarse a cabo con la mayor objetividad posible, es decir, sin tener en cuenta, ya en esta etapa, el supuesto objetivo de dicho sistema o la comparabilidad efectiva entre la situación de las empresas beneficiarias de la medida examinada y la de las empresas que quedan excluidas de la misma.

74. Las alegaciones formuladas por los recurrentes en el marco de las imputaciones en cuestión y que tienen por objeto impugnar la segunda parte del razonamiento del Tribunal General, es decir, los apartados 109 a 125 de la sentencia recurrida, serán examinadas en el marco de las partes de los respectivos motivos únicos de casación dedicadas específicamente a cuestionar la definición del objetivo del sistema de referencia.

75. Considero, en lo que atañe a las alegaciones relativas a la tercera parte de dicho razonamiento, es decir, a los apartados 126 a 141 de la sentencia recurrida, que estas deben ser rechazadas.

76. En primer lugar, contrariamente a los recurrentes, soy de la opinión de que el análisis que llevó al Tribunal General a concluir que la medida controvertida no podía constituir un marco de referencia autónomo «en atención a sus características propias» [93] no se basa en la técnica jurídica utilizada por el legislador español, el cual, para introducir el régimen controvertido, no adoptó una ley fiscal especial, sino que se limitó a reformar la ley que regula el impuesto sobre sociedades.

90 En el apartado 49 de esta sentencia, que constituye una primera formulación del método de análisis en tres etapas, el Tribunal de Justicia expone lo que después se consolidaría en la jurisprudencia posterior, es decir, que, en un primer momento, procede identificar el régimen fiscal común o «normal» y solo posteriormente debe determinarse el posible carácter excepcional de la medida objeto de examen respecto de dicho régimen, comprobando si dicha medida introduce diferenciaciones entre empresas que, con respecto al objetivo asignado a dicho sistema, se encuentran en una situación fáctica y jurídica comparable. A continuación, en los apartados 50 a 62 de dicha sentencia, el Tribunal de Justicia se ciñó estrictamente a ese método, en un primer momento identificando el régimen jurídico de referencia en el impuesto sobre sociedades (apartado 50), y, en un segundo momento, determinando el carácter excepcional de la exención del impuesto prevista en favor de las cooperativas (apartados 51 y 52) y apreciando si la situación de dichas sociedades podía considerarse comparable a la de las sociedades comerciales (apartados 54 a 62). Por último, el Tribunal de Justicia mencionó además, en el apartado 64, el objeto de la tercera etapa del examen sobre la selectividad.

91 En la sentencia Comisión/Países Bajos, si bien con un rigor esquemático menor, el Tribunal de Justicia aplica un método de análisis análogo al de la sentencia Paint Graphos, identificando, en un primer momento, el sistema de referencia en la normativa nacional que establece, para las empresas cuya actividad produce emisiones de NOx, obligaciones en materia de limitación o reducción de tales emisiones (apartado 64) y declarando, en un segundo momento, que, a la luz del objetivo medioambiental y de gestión de la contaminación atmosférica de dicha normativa, las empresas beneficiarias de la medida controvertida y las excluidas de dicha medida, pero sujetas a obligaciones comparables de reducción de las emisiones de NOx, se hallaban en una situación comparable. Véanse también las conclusiones del Abogado General Mengozzi presentadas en el asunto Comisión/Países Bajos (C-279/08 P, EU:C:2010:799), puntos 43 y 44.

92 Véase el punto 50 de las presentes conclusiones.

93 Véase el apartado 126.

77. En efecto, el Tribunal General se basó en el objeto y en los efectos de la medida controvertida, y no en simples consideraciones de carácter formal, para, por un lado, declarar que dicha medida no era sino «una modalidad particular de aplicación de un impuesto más general» [94] y no establecía «un régimen fiscal claramente delimitado, que persigue objetivos específicos y […] se distingue […] de cualquier otro régimen fiscal», [95] y, por otro lado, señalar que dicha medida constituía «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».

78. Es preciso recordar a este respecto que, si bien es cierto que, como observan los recurrentes, el Tribunal de Justicia ha afirmado que el uso de la técnica jurídica no «basta para definir el sistema de referencia relevante a los efectos de analizar el requisito de la selectividad, pues en caso contrario primaría sin remedio la forma de las intervenciones estatales sobre los efectos de estas», [96] también ha precisado, en el apartado 77 de la sentencia WDFG, que el hecho de que una medida fiscal tenga carácter excepcional con respecto a un régimen tributario común es pertinente, a efectos del análisis de su selectividad, cuando de ello se deriva que se distinguen dos categorías de operadores sujetos a un trato diferenciado y ambas categorías se encuentran en una situación comparable habida cuenta del objetivo perseguido por dicho régimen. [97] En consecuencia, no puede reprocharse al Tribunal General haberse basado en consideraciones que se referían únicamente a la técnica jurídica, puesto que ha concedido importancia al carácter, a su juicio, excepcional de la medida controvertida. Cabe señalar, por otra parte, que en la sentencia Andres, precisamente por no haber reconocido que el sistema de referencia definido por la Comisión constituía una excepción a una norma de aplicación general, el Tribunal de Justicia anuló la sentencia del Tribunal General recurrida en el asunto que dio lugar a dicha sentencia.

79. La última frase del apartado 137 de la sentencia recurrida, al afirmar que la medida controvertida «no constituye una reforma del impuesto sobre sociedades autónoma con respecto a ese régimen», confirma una vez más el enfoque no meramente formalista seguido por el Tribunal General, el cual admite implícitamente que, a pesar de la técnica jurídica utilizada por el legislador español, dicha medida podría haber constituido un régimen autónomo si hubiera cumplido los requisitos materiales necesarios a este respecto. Contrariamente a lo que afirma WDFG, nada hace pensar que el razonamiento seguido por el Tribunal General le habría llevado a efectuar un análisis distinto de la selectividad si el legislador español hubiese adoptado impuestos distintos e independientes para las adquisiciones de participaciones nacionales y en el extranjero en vez de reformar el impuesto sobre sociedades. En cambio, el Tribunal General parece considerar, en consonancia con lo que he defendido antes, que la identificación del sistema de referencia debe reconstruir las cargas fiscales que pesan sobre las empresas beneficiarias de la medida examinada y de aquellas que se consideren sometidas a un trato discriminatorio en aplicación de la medida examinada, con independencia de si forman parte del mismo régimen general o de leyes fiscales especiales.

80. En segundo lugar, en la medida en que los recurrentes ponen en entredicho la referencia a las conclusiones del Abogado General Warner presentadas en el asunto Italia/Comisión [98] (en lo sucesivo, «conclusiones del Abogado General Warner»), efectuada en los apartados 129 y 130 de la sentencia recurrida, me gustaría señalar, antes de nada, que sus alegaciones no tienen por objeto criticar, como tal, la afirmación que el Tribunal General extrae de dichas conclusiones según la

94 Véase al apartado 134 de la sentencia recurrida.

95 Véase el apartado 127 de la sentencia recurrida.

96 Véase la sentencia Andres, apartado 92.

97 Véase también el apartado 93 de la sentencia Andres.

98 173/73, EU:C:1974:52, p. 728.

cual una medida fiscal no puede constituir un sistema de referencia autónomo si «[tiene] por […] objeto resolver un problema particular», [99] sino la conclusión —a la que llegó el Tribunal General en el apartado 138 de la sentencia recurrida— de que la eliminación de los efectos de los obstáculos a las combinaciones transfronterizas sobre el tratamiento fiscal del fondo de comercio constituye un «problema puntual», así como la equiparación del presente caso al que es objeto de las conclusiones mencionadas anteriormente.

81. A continuación, ha de observarse que, contrariamente a lo que sostienen los recurrentes, el Tribunal General no se basó en el carácter «puntual» del objetivo perseguido por la medida controvertida para excluir que dicha medida pudiese constituir un sistema autónomo, sino, como se desprende inequívocamente de los apartados 135 y 136 de la sentencia recurrida, en el hecho de que dicha medida constituía «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», que pretendía compensar los efectos desfavorables de la aplicación de dicha regla, junto con la constatación de que dicha medida no convertía la operación de adquisición de participaciones en un nuevo criterio general para organizar el tratamiento fiscal del fondo de comercio, sino que «reserva[ba] la ventaja de la amortización del fondo de comercio exclusivamente a las adquisiciones de participaciones en sociedades no residentes» (apartado 136 de la sentencia recurrida). Por lo tanto, no es el carácter «limitado» del objetivo perseguido por la medida controvertida lo que el Tribunal General, en última instancia, consideró decisivo, a pesar de la afirmación que efectúa para concluir su análisis en el apartado 139 de la sentencia recurrida, en la que se centran los recurrentes.

82. En estas circunstancias, las alegaciones formuladas por los recurrentes dirigidas, por un lado, a oponerse a la equiparación del presente caso con el controvertido en el asunto objeto de las conclusiones del Abogado General Warner y, por otro lado, a demostrar que el objetivo de la medida controvertida es la salvaguardia del principio de neutralidad fiscal y no la solución de un «problema particular» son, en mi opinión, insuficientes para invalidar el razonamiento desarrollado por el Tribunal General en los apartados 126 a 141 de la sentencia recurrida.

83. Sobre la base del conjunto de consideraciones que anteceden, estimo que procede desestimar por infundadas la segunda imputación de la primera parte del motivo único de casación de WDFG y la segunda parte del motivo único de casación del Reino de España.

4) Sobre la tercera imputación de la primera parte del motivo único de casación de WDFG

84. En el marco de la tercera imputación de la primera parte de su motivo único de casación, WDFG alega, en primer lugar, que el sistema de referencia utilizado por el Tribunal General se define arbitrariamente, no quedando claro cuál es el criterio que se utilizó para identificar el marco coherente en el que debía inscribirse la medida controvertida.

[99] Por otra parte, es preciso señalar que dichas conclusiones del Abogado General Warner contienen una evaluación más articulada de la medida controvertida en el asunto 173/73, consistente en la exoneración temporal de algunas cargas de seguridad social a favor del sector textil y cuyo objeto era reducir el desequilibrio que suponía el sistema anterior para aquellos sectores con una elevada proporción de mano de obra femenina. El Abogado General Warner excluyó que dicha medida estableciera un régimen fiscal autónomo, no solo porque tenía por objeto hacer frente al caso especial de un determinado sector industrial, sino también habida cuenta de su carácter limitado en el tiempo, del hecho de que se había establecido como parte de una ley relativa a la «reestructuración, reorganización y conversión» de dicho sector industrial, y de la constatación de que no estaba basada en criterio alguno de carácter general que tuviera en cuenta la proporción de mano de obra femenina en las distintas industrias.

85. Al igual que la Comisión, considero que procede desestimar dicha objeción y que el Tribunal General fundamentó suficientemente el razonamiento que le ha llevado, en el presente asunto, a identificar el sistema de referencia con las normas relativas al tratamiento fiscal del fondo de comercio a efectos de la determinación del impuesto sobre sociedades y a confirmar en este punto los aspectos fundamentales del análisis que se efectúa en la Decisión impugnada. A este respecto, me remito a los puntos 56 a 58 de las presentes conclusiones.

86. En segundo lugar, WDFG sostiene que, en el sistema de referencia definido por el Tribunal General, este identificó erróneamente y sin motivación lo que constituye la regla y lo que constituye la excepción. Según esta recurrente, el Tribunal General consideró erróneamente en el apartado 135 de la sentencia recurrida que la regla era la imposibilidad de amortizar el fondo de comercio —a pesar de que tanto el artículo 12, apartado 6, del TRLIS como el artículo 89, apartado 5, de dicha Ley permiten llevar a cabo esa amortización— y que la medida controvertida establecía una excepción a dicha regla. Al igual que en el asunto que dio lugar a la sentencia Andres, el Tribunal General confundió la regla con la excepción.

87. A mi juicio, procede desestimar también esa objeción. En efecto, como ya se ha señalado, en el apartado 135 de la sentencia recurrida el Tribunal General confirmó el análisis efectuado en la Decisión impugnada, con arreglo al cual, en el Derecho tributario español, solo una combinación de empresas permite, por lo general, amortizar el fondo de comercio, incluso en el caso del fondo de comercio financiero resultante de la adquisición de participaciones en sociedades residentes, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 89, apartado 3, del TRLIS. Contrariamente a lo que parece sostener WDFG, para el Tribunal General no es, por lo tanto, la no amortización del fondo de comercio financiero lo que constituye la regla general respecto de la cual la medida controvertida establece una excepción, sino el principio según el cual la amortización solo es posible, por lo general, en caso de combinación de empresas, principio que el Tribunal General deduce de las disposiciones sobre el tratamiento fiscal del fondo de comercio a efectos del impuesto sobre sociedades, ya se trate de las disposiciones relativas a la amortización del fondo de comercio en caso de adquisición de empresa o de las relativas a la amortización del fondo de comercio financiero resultante de la adquisición de participaciones en sociedades residentes seguida de una fusión. En este contexto, la alegación formulada por el Gobierno español durante el procedimiento de investigación formal, a la que se remite WDFG en sus observaciones escritas, según la cual en Derecho español la amortización del fondo de comercio es la regla y la no amortización del fondo de comercio financiero resultante de la adquisición de participaciones en sociedades residentes no seguida de una fusión es la excepción, carece de pertinencia, puesto que no invalida la premisa de la que parte el Tribunal General, a saber, que, en Derecho español, la amortización del fondo de comercio está, por regla general, supeditada a la existencia de una combinación de empresas.

88. Sobre la base de las consideraciones anteriores, estimo que también procede desestimar por infundada la tercera imputación de la primera parte del motivo único de WDFG y, en consecuencia, la primera parte de dicho motivo en su totalidad.

2. Segunda parte del motivo único de casación de WDFG y sobre la tercera parte del motivo único de casación del Reino de España: error en la determinación del objetivo a partir del cual debe efectuarse el examen de comparabilidad

89. Las imputaciones formuladas por WDFG y por el Reino de España en el marco de la segunda parte y de la tercera parte de sus respectivos motivos únicos de casación atañen a los apartados 143 a 164 de la sentencia recurrida y tienen por objeto impugnar los fundamentos de

dicha sentencia por los que el Tribunal General identificó el objetivo del sistema de referencia y comparó, a la luz de dicho objetivo, la situación de las empresas que se benefician de la ventaja establecida por la medida controvertida y la de las empresas que están excluidas de la misma.

a) Sobre la admisibilidad

90. La Comisión aduce la inadmisibilidad de la segunda parte del motivo único de casación de WDFG y de la tercera parte del motivo único de casación del Reino de España en su totalidad. En apoyo de su excepción, invoca dos motivos. El primer motivo es idéntico al invocado en relación con la primera parte del motivo único de casación de WDFG y con las partes primera y segunda del motivo único de casación del Reino de España, que ya se ha examinado en los puntos 31 a 34 de las presentes conclusiones. Sobre la base de las constataciones efectuadas en esos puntos, a los que me remito, considero que procede desestimar dicho motivo por el conjunto de las imputaciones formuladas por WDFG y por el Reino de España en el marco de las partes objeto de examen de sus respectivos motivos únicos de casación.

91. Mediante el segundo motivo, la Comisión impugna, en cambio, la admisibilidad de dichas imputaciones, puesto que, en su opinión, se refieren a cuestiones de hecho, como la determinación del contenido y del alcance del Derecho nacional.

92. Es preciso recordar a este respecto que, según reiterada jurisprudencia, si bien la apreciación de los hechos y pruebas, salvo en caso de desnaturalización, no constituye una cuestión de Derecho sujeta, como tal, al control del Tribunal de Justicia en el contexto del recurso de casación, cuando el Tribunal General haya comprobado o apreciado los hechos, el Tribunal de Justicia será competente para ejercer, en virtud del artículo 256 TFUE, el control de la calificación jurídica de estos y de las consecuencias jurídicas que de ellos se hayan deducido.[100] Así pues, en lo referente al examen en casación de las apreciaciones sobre el Derecho nacional efectuadas por el Tribunal General, que en el ámbito de las ayudas de Estado constituyen apreciaciones de hechos, el Tribunal de Justicia solo es competente para verificar si se ha producido una desnaturalización de ese Derecho.[101] En cambio, el examen en casación de la calificación jurídica que haya dado a dicho Derecho nacional el Tribunal General a la luz de una disposición del Derecho de la Unión constituye una cuestión de Derecho y es competencia del Tribunal de Justicia.[102]

93. De lo anterior se desprende que, a falta de una alegación específica y comprobada de desnaturalización,[103] procede declarar la inadmisibilidad de las alegaciones formuladas por WDFG y por el Reino de España relativas *al contenido o al alcance* de las normas del Derecho español en las que se basó el Tribunal General para identificar en el «paralelismo entre resultado fiscal y contable» el objetivo del sistema de referencia. Por el contrario, debería declararse la

100 Véase la sentencia Andres, apartado 77 y jurisprudencia citada.

101 Véanse la sentencia Andres, apartado 78, y, en un sentido análogo, las sentencias de 3 de abril de 2014, Francia/Comisión (C-559/12 P, EU:C:2014:217), apartado 79 y jurisprudencia citada; de 20 de diciembre de 2017, Comunidad Autónoma del País Vasco y otros/Comisión (C-66/16 P a C-69/16 P, EU:C:2017:999), apartado 98, y de 20 de septiembre de 2018, España/Comisión (C-114/17 P, EU:C:2018:753), apartado 75.

102 Véanse la sentencia Andres, apartado 78, y, en un sentido análogo, las sentencias de 3 de abril de 2014, Francia/Comisión (C-559/12 P, EU:C:2014:217), apartado 83, y de 21 de diciembre de 2016, Comisión/Hansestadt Lübeck (C-524/14 P, EU:C:2016:971), apartados 61 a 63.

103 En el presente asunto no se ha formulado expresamente dicha alegación y, en cualquier caso, a pesar de los argumentos aducidos en particular por España, no considero que la desnaturalización de las disposiciones de Derecho nacional resulte manifiesta a la vista de los documentos que obran en autos, contrariamente a lo que exige la jurisprudencia, sentencia de 20 de septiembre de 2018, España/Comisión (C-114/17 P, EU:C:2018:753), apartado 75.

admisibilidad de las alegaciones dirigidas, en cambio, a cuestionar la elección del objetivo sobre cuya base se ha de evaluar la situación de las empresas que se benefician de la ventaja resultante de la aplicación de la medida controvertida y de las que están excluidas de la misma. En efecto, al igual que la definición del «sistema de referencia» que se efectúa en el marco de la primera etapa del análisis de la condición relativa a la selectividad, la determinación del «objetivo» sobre cuya base se ha de efectuar el examen de comparabilidad en el marco de la segunda etapa de dicho análisis también se fundamenta en una calificación jurídica del Derecho nacional a la luz de una disposición del Derecho de la Unión. [104]

b) Sobre el fondo

94. Mediante la segunda parte de su motivo único de casación, WDFG impugna, en primer lugar, la afirmación efectuada en los apartados 143, 150, 155 y 156 de la sentencia recurrida, según la cual la jurisprudencia del Tribunal de Justicia resulta incoherente en relación con la cuestión de si la situación de las empresas beneficiarias y la de aquellas a las que no se aplica la medida controvertida deben compararse a la luz del objetivo de dicha medida o del objetivo del sistema en el que esta se inscribe. Según WDFG, tales objetivos deben coincidir y si esto no sucede es porque el legislador nacional ha introducido en el sistema del impuesto una medida que no responde a la lógica de este último.

95. Me limito a señalar a este respecto que esta imputación no afecta en modo alguno a la legalidad de la sentencia recurrida. En efecto, WDFG no impugna la conclusión, a la que llega el Tribunal General en el apartado 156 de la sentencia recurrida, según la cual, con arreglo a la jurisprudencia más reciente, el examen de comparabilidad en el marco de la segunda etapa del análisis sobre la selectividad debe efectuarse a la luz del objetivo del sistema de referencia en el que se inscribe la medida examinada y no a la luz del objetivo de dicha medida, sino que se limita a afirmar que la elección de uno u otro objetivo es indiferente, puesto que, en principio, estos deben coincidir.

96. En segundo lugar, WDFG alega que el Tribunal General consideró erróneamente, en el apartado 121 de la sentencia recurrida, que el objetivo del impuesto sobre sociedades es garantizar un «paralelismo entre resultado fiscal y contable». En su opinión, esta afirmación es, además de arbitraria, totalmente infundada, puesto que todos los impuestos sobre sociedades se apartan, por definición, del resultado contable. Por lo que se refiere más concretamente a las disposiciones en materia de amortización del fondo de comercio, las diferentes hipótesis previstas en el TRLIS no tienen en común el objetivo de garantizar la coherencia entre el tratamiento fiscal y el tratamiento contable del fondo de comercio, sino el de evitar la doble imposición y garantizar la neutralidad fiscal. En consecuencia, en el presente asunto coinciden el objetivo del sistema de referencia definido por el Tribunal General y el de la medida controvertida. WDFG subraya además que son muchas las hipótesis en las que no existe paralelismo entre amortización fiscal y contable del fondo de comercio. En el marco de la tercera parte de su motivo único de casación, el Reino de España formula imputaciones análogas y, en apoyo de esas imputaciones, presenta una serie de alegaciones que coinciden en gran medida con las formuladas por WDFG.

97. Las imputaciones anteriores son, a mi juicio, inadmisibles, puesto que tienen por objeto cuestionar el contenido y el alcance del Derecho español, según los determina el Tribunal General. El conjunto de las alegaciones formuladas en apoyo de las mismas se dirige, en efecto, a

[104] Véase, por analogía, la sentencia Andres, apartado 80.

refutar las constataciones que figuran en los apartados 116 a 120 de la sentencia recurrida, que establecen que «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». Sobre la base de estas constataciones, el Tribunal General concluyó, en el apartado 121 de dicha sentencia, que el objetivo del tratamiento fiscal del fondo de comercio consiste en «mantener una cierta coherencia» entre dicho tratamiento y su tratamiento contable y que, por lo tanto, 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». Pues bien, estas constataciones que resultan de la interpretación de los principios fiscales y contables del Derecho español en materia de fondo de comercio efectuada por el Tribunal General no están sujetas al control del Tribunal de Justicia en el marco de un recurso de casación, salvo en caso de que se alegue y se demuestre una desnaturalización de dichos principios.

98. En tercer lugar, WDFG y el Reino de España formulan, además de las imputaciones anteriores, una imputación basada en la sustitución de los motivos de la Decisión impugnada por lo que se refiere a la identificación del objetivo del sistema de referencia. El objetivo de «mantener una cierta coherencia entre el tratamiento fiscal del fondo de comercio y su tratamiento contable», mencionado en el apartado 121 de la sentencia recurrida, no se plasma ni en la Decisión impugnada ni en las observaciones presentadas por el Reino de España durante el procedimiento administrativo.

99. A mi juicio, procede estimar dicha imputación. En efecto, no cabe sino constatar que en ningún pasaje de la Decisión impugnada la Comisión menciona como objetivo del sistema de referencia que ella había identificado el mantenimiento de una cierta coherencia entre el tratamiento fiscal del fondo de comercio y su tratamiento contable. Es cierto que el Tribunal General confirma las constataciones que figuran en la Decisión impugnada al indicar que el tratamiento fiscal del fondo de comercio se organiza en función del criterio basado en la existencia o no de una combinación de empresas (apartados 116 y 118) y al explicar, remitiéndose a los considerados 19 y 99 de dicha Decisión, que esto se debe a que, a raíz de una adquisición o de una aportación de activos integrantes de empresas independientes o de una fusión o de una escisión, «en la contabilidad de la empresa resultante de la combinación aparece, como activo inmaterial separado, un fondo de comercio» (apartado 117 de la sentencia recurrida). De igual modo, también está en consonancia con las apreciaciones que la Comisión efectúa en la Decisión impugnada (véanse, en particular, los considerados 97 a 100) la afirmación, que figura en el apartado 116 de la sentencia recurrida, de que el tratamiento fiscal del fondo de comercio se atiene a la lógica contable. Sin embargo, el Tribunal General concluye, de forma completamente autónoma respecto de dicha Decisión y sobre la base de una interpretación propia de las normas fiscales y contables españolas, que el objetivo de las normas sobre la amortización del fondo de comercio financiero que figuran en la Ley del Impuesto sobre Sociedades española es mantener la coherencia entre el tratamiento fiscal del fondo de comercio y su tratamiento contable y que, a la luz de dicho objetivo, la situación de las empresas que invierten en sociedades españolas es comparable a la de las empresas que invierten en sociedades no residentes.

1) Sobre las consecuencias de la fundamentación de la imputación relativa a una sustitución de los motivos

100. Según jurisprudencia reiterada, aunque los fundamentos de Derecho de una sentencia del Tribunal General revelen una infracción del Derecho de la Unión, si su fallo resulta justificado con arreglo a otros fundamentos de Derecho, tal infracción no puede dar lugar a la anulación de

dicha sentencia y procede efectuar una sustitución de los fundamentos de Derecho.[105] En consecuencia, debe examinarse si, a pesar del error cometido por el Tribunal General, procede desestimar en cualquier caso la segunda imputación del primer motivo de recurso de WDFG ante el Tribunal General, en la parte en que reprocha a la Comisión no haber demostrado que las adquisiciones de participaciones en sociedades residentes y las efectuadas en sociedades no residentes eran análogas a la luz del objetivo de neutralidad fiscal perseguido por la medida controvertida.

101. A este respecto, es preciso recordar antes de nada que, con arreglo a la jurisprudencia recordada en los puntos 13 a 15 de las presentes conclusiones, el examen de comparabilidad que debe efectuarse en el marco de la segunda etapa del análisis de la selectividad debe basarse en el objetivo del sistema de referencia y no en el de la medida controvertida. WDFG adujo en el procedimiento de devolución ante el Tribunal General que, en el presente asunto, dichos objetivos coinciden y que ambos se identifican con la neutralidad fiscal.

102. Aunque la Comisión afirmó en la Decisión impugnada que la medida controvertida también perseguía el objetivo de mejorar la competitividad internacional de las empresas españolas (considerando 112), examinó, no obstante, si esta podía justificarse a la luz del principio de neutralidad fiscal. Como señaló la propia WDFG en su recurso ante el Tribunal General, la Comisión excluyó dicha justificación mediante un doble motivo. Por un lado, rechazó la alegación formulada por el Reino de España según la cual era necesario aplicar un tratamiento diferente a las inversiones extranjeras debido a la existencia de obstáculos a las fusiones transfronterizas. Este argumento figura en los considerandos 92 a 95 de la Decisión impugnada en la parte relativa a la definición del sistema de referencia. Por otro lado, consideró que, en cualquier caso, la medida controvertida era desproporcionada (considerandos 107 a 114 y 118 de la Decisión impugnada).

103. En cambio, de la lectura de la Decisión impugnada no se desprende que la Comisión haya atribuido el objetivo de neutralidad fiscal invocado por WDFG al sistema de referencia que ella identificó. Aquella consideró fundamentalmente, sin indicar explícitamente el objetivo de dicho sistema, que las empresas que invierten en sociedades nacionales y las que invierten en sociedades extranjeras se encontraban en una situación comparable por lo que respecta al régimen introducido por la medida controvertida que establecía, como excepción al sistema de referencia, la amortización del fondo de comercio financiero incluso en el caso de que la adquisición de participaciones no fuese seguida de una fusión.[106] Dicho de otro modo, la Comisión consideró que podía constituir una discriminación, cuando el Reino de España no la justifique, la diferenciación introducida por la medida controvertida entre las empresas que adquieren participaciones en sociedades residentes, que deben efectuar obligatoriamente una fusión para amortizar el fondo de comercio, y las que adquieren participaciones en sociedades extranjeras, que se benefician *automáticamente* de la posibilidad de efectuar dicha amortización independientemente de si la operación antecede a una fusión y de la prueba de la existencia de obstáculos efectivos para la realización de dicha fusión.

104. Si bien puede parecer que este modo de proceder no se ajusta completamente al análisis en tres etapas de la selectividad tal como ha sido precisado por la jurisprudencia más reciente a partir de la sentencia Paint Graphos, posterior a la Decisión impugnada, no considero que esta Decisión deba anularse por este único motivo.

[105] 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), apartado 118 y jurisprudencia citada.

[106] Pueden interpretarse en este sentido varios pasajes de la Decisión impugnada, véanse, en particular, los considerandos 89 a 91.

105. La medida controvertida es, como afirma por otra parte claramente el Reino de España, una medida correctiva, cuya finalidad es paliar los efectos desfavorables del tratamiento fiscal del fondo de comercio en general, con arreglo al cual la amortización solo se permite en caso de combinaciones de empresas (o en caso de control y de presentación de cuentas consolidadas). En consecuencia, dicha medida tiende, por su propia naturaleza, a dar un tratamiento favorable a una determinada categoría de empresas, en el presente asunto las que efectúan un cierto tipo de inversiones, como por otra parte afirma el Tribunal de Justicia en los apartados 62 y 119 de la sentencia WDFG, puesto que, de no ser así, dichas empresas se verían penalizadas por la aplicación del régimen normal. Pues bien, independientemente de las clasificaciones sistemáticas impuestas por la jurisprudencia, considero que las diferenciaciones introducidas por este tipo de medidas deben tender a evaluarse, además de en función de la veracidad de los presupuestos fácticos en los que se basan, a la luz de su proporcionalidad y de su aptitud para conseguir el objetivo perseguido y, en consecuencia, en el marco de la tercera etapa de análisis de la selectividad, que tiene por objeto comprobar si la diferencia de trato introducida por una medida que establece una excepción *a priori* selectiva está justificada por la naturaleza o por la estructura del sistema fiscal en el que se inscribe. En cambio, dicho control quedaría sistemáticamente excluido si, en el marco de la segunda etapa del análisis de la selectividad, bastase con invocar como objetivo del sistema de referencia, a la luz del cual debe efectuarse el examen de comparabilidad de las situaciones objeto de diferenciación, el objetivo general de neutralidad fiscal en el que se inscribe el objetivo específico de la corrección efectuada por la medida examinada.

106. La neutralidad fiscal es uno de los objetivos perseguidos por todos los regímenes tributarios y no cabe duda de que el régimen fiscal del fondo de comercio en el marco del impuesto español sobre sociedades también se ha inspirado en este principio. Sin embargo, como afirma acertadamente el Tribunal General en los apartados 146 y 147 de la sentencia recurrida, el objetivo perseguido por dicho régimen «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». Es en realidad la medida controvertida la que persigue este objetivo. Estimar la imputación formulada por WDFG equivaldría, por lo tanto, a admitir, en contradicción con la jurisprudencia más reciente en materia de selectividad, que el examen de comparabilidad en el marco de la segunda etapa del análisis sobre la selectividad debe efectuarse a la luz del objetivo de la medida controvertida y no del objetivo del sistema de referencia, y ello independientemente de que dicho objetivo no haya sido identificado explícitamente en la Decisión impugnada y aunque deba, como sostiene WDFG, identificarse con la neutralidad fiscal.

2) Conclusiones sobre la segunda parte del motivo único de casación de WDFG y sobre la tercera parte del motivo único de casación del Reino de España

107. A la luz de las consideraciones anteriores, propongo al Tribunal de Justicia que declare que el Tribunal General interpretó erróneamente la Decisión impugnada sustituyendo la motivación de dicha Decisión por la suya propia, pero que este error no puede dar lugar a la anulación de la sentencia recurrida, puesto que procede desestimar en cualquier caso la imputación de WDFG en relación con la cual se ha cometido tal error.

108. En consecuencia, considero que procede desestimar en su totalidad la segunda parte del motivo único de casación de WDFG y la tercera parte del motivo único de casación del Reino de España.

3. Tercera parte del motivo único de casación de WDFG y sobre la cuarta parte del motivo único de casación del Reino de España: error de Derecho en la atribución de la carga de la prueba

109. Los recurrentes sostienen que, en la medida en que el Tribunal General no examinó en las dos primeras etapas del análisis sobre la selectividad cuáles eran las empresas que se encontraban en una situación comparable a la luz del objetivo del sistema de referencia constituido por la neutralidad fiscal, dejando la realización de dicho examen para la tercera etapa, procedió a una inversión de la carga de la prueba, puesto que dicha carga solo incumbe a la Comisión en esas etapas.

110. En mi opinión, procede desestimar dicha imputación, en la medida en que presupone que los recurrentes habían demostrado que el Tribunal General había incurrido en error en la determinación del objetivo del sistema de referencia, al identificar este último con la coherencia entre el tratamiento fiscal del fondo de comercio y su tratamiento contable, y no con la neutralidad fiscal. Pues bien, en los puntos 92 y 93 de las presentes conclusiones se llega a la conclusión de que procede declarar la inadmisibilidad de las imputaciones que tienen por objeto atribuir al Tribunal General la comisión de dicho error, por cuanto su objetivo es cuestionar la interpretación del Derecho español efectuada por el Tribunal General, que es equiparable, según jurisprudencia reiterada, a una apreciación de hecho. [107]

111. Por tanto, la tercera parte del motivo único de casación de WDFG y la cuarta parte del motivo único de casación del Reino de España deben considerarse infundadas de hecho.

4. Cuarta parte del motivo único de casación de WDFG: proporcionalidad

112. Mediante la cuarta parte de su motivo único de casación, WDFG reprocha al Tribunal General haber efectuado el examen de la proporcionalidad de la medida controvertida sin haber evaluado previamente su selectividad *prima facie* a la luz del objetivo correcto del sistema de referencia.

113. La imputación examinada parte, como la anterior, de la premisa de la constatación de un error por parte del Tribunal General en el examen de la comparabilidad entre las empresas a las que se aplica la medida controvertida y las que están excluidas de dicha aplicación a la luz del objetivo correcto del sistema de referencia. Considero, por lo tanto, que procede desestimarla por las mismas razones que se han expuesto en los puntos 110 y 111 de las presentes conclusiones.

5. Quinta parte del motivo único de casación de WDFG: nexo de causalidad

114. Con carácter subsidiario, WDFG sostiene que la fundamentación de la sentencia recurrida relativa a la tercera etapa del análisis de la selectividad adolece de un error de Derecho en la medida en que el Tribunal General exigió al Reino de España que demostrase la existencia de «una relación de causalidad entre la imposibilidad de realizar una fusión en el extranjero y la adquisición de participaciones en el extranjero». WDFG alega, por un lado, que dicha fundamentación introduce un elemento de análisis que no figura en la Decisión impugnada y, además, es contraria a su *ratio decidendi*, y, por otro lado, que es imposible aportar la prueba exigida por el Tribunal General.

[107] Véanse los puntos 92 y 93 de las presentes conclusiones.

115. La imputación examinada se dirige contra los apartados 180 a 189 de la sentencia recurrida, en los que el Tribunal General, partiendo de la constatación de que 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 […] a la combinación de empresas adquieren por defecto participaciones en sociedades no residentes o, al menos, conservan las participaciones de las que ya disponen» (apartado 180 de la sentencia recurrida), concluyó que el Reino de España, al que incumbía demostrar que la excepción introducida al sistema de referencia por la medida controvertida estaba justificada, no había demostrado tal premisa. El Tribunal General consideró fundamentalmente que, dado que la adquisición de participaciones es una operación distinta de la fusión y no constituye una alternativa a la misma, la medida controvertida confiere en realidad una ventaja a las empresas que desean invertir en sociedades extranjeras, pero que no tienen necesariamente el objetivo de realizar una fusión, es decir, a empresas distintas de las que sufren, según lo afirmado por el Reino de España, los efectos desfavorables de las normas generales sobre la amortización del fondo de comercio.

116. A este respecto, cabe observar antes de nada que, si bien es cierto que en los apartados impugnados por la imputación en cuestión el Tribunal General concluyó que el Reino de España no había demostrado que la medida controvertida neutralizase los efectos supuestamente penalizadores del régimen normal, este prosiguió su análisis partiendo de la premisa de que esto hubiera quedado demostrado (apartados 190 y 198 de la sentencia recurrida). Como se indica expresamente en el apartado 199 de la sentencia recurrida, los fundamentos contra los que se dirige dicha imputación no son, por lo tanto, los únicos en los que se basa la conclusión del Tribunal General según la cual la Comisión no incurrió en error al considerar que el Reino de España no había justificado la diferenciación introducida por la medida controvertida. De ello se sigue que, aunque procediera estimar la imputación examinada, dicha conclusión seguiría estando apoyada por otros fundamentos (expuestos en los apartados 190 a 199 de la sentencia recurrida). Pues bien, de reiterada jurisprudencia se desprende que, en el marco de un recurso de casación, un motivo dirigido contra un fundamento de la sentencia recurrida formulado a mayor abundamiento, cuando el fallo de la sentencia esté suficientemente fundado en otros fundamentos de Derecho, es inoperante y debe ser desestimado. [108]

117. Es preciso señalar, por otra parte, que, si bien es cierto que el razonamiento expuesto en los apartados 180 a 189 de la sentencia recurrida no se expresa en los mismos términos en la Decisión impugnada, no resulta contrario, a diferencia de cuanto afirma WDFG, a la *ratio decidendi* de dicha Decisión. Por el contrario, dicho razonamiento se inscribe perfectamente en la lógica en la que se ha basado la Comisión para señalar la falta de coherencia y de proporcionalidad de la medida controvertida a la luz del supuesto objetivo de neutralización de los efectos desfavorables del régimen normal de amortización del fondo de comercio para las empresas que adquieren participaciones en sociedades extranjeras y no pueden realizar fusiones transfronterizas. [109] En lo que atañe a la supuesta imposibilidad de aportar la prueba exigida por el Tribunal General, me limito a señalar que, como se desprende de los apartados 188 y 189 de la sentencia recurrida, este consideró fundamentalmente que no habían quedado acreditados los efectos neutralizadores de la medida controvertida debido a la imprecisión y a la vaguedad de dicha medida, que no permitían demostrar que la ventaja establecida por la misma beneficiase a la categoría de empresas perjudicada por el régimen general. Pues bien, el Estado miembro interesado que invoque el

[108] Véase, por ejemplo, la sentencia de 21 de diciembre de 2011, ACEA/Comisión (C-319/09 P, no publicada, EU:C:2011:857), apartado 120 y jurisprudencia citada.

[109] Véase, en particular, el considerando 91 de la Decisión impugnada, citado en el apartado 189 de la sentencia recurrida. Véase también el considerando 113 de dicha Decisión.

carácter compensatorio de una medida *prima facie* selectiva está lógicamente obligado a aportar los elementos de prueba que permitan efectuar dicha comprobación, sin los cuales la medida no puede considerarse justificada.

118. Por las razones que anteceden, considero que la quinta parte del motivo único de casación de WDFG es inoperante y, con carácter subsidiario, infundada.

6. Sexta parte del motivo único de casación de WDFG: divisibilidad de la medida

119. Mediante la sexta parte de su motivo único de casación, formulada con carácter subsidiario, WDFG reprocha al Tribunal General haber desestimado el motivo que invocó en apoyo de la anulación de la Decisión impugnada basado en que la Comisión no distinguió en su análisis entre adquisiciones de participaciones minoritarias y adquisiciones de participaciones mayoritarias. WDFG subraya, por un lado, que todas las operaciones que ha efectuado al amparo del régimen de la medida controvertida han dado lugar a la toma de control de la entidad participada y, por otro lado, que el Reino de España había solicitado a la Comisión que efectuase un análisis distinto de las dos situaciones. Según WDFG, de la jurisprudencia se desprende que, a petición del Estado miembro de que se trate, la Comisión está obligada a efectuar un análisis distinto de la medida examinada. En cuanto al carácter divisible de la medida controvertida, dicho carácter resulta del propio tratamiento procesal que la Comisión ha dispensado al análisis de la medida controvertida, que dio lugar a tres decisiones distintas. [110]

120. A este respecto, es preciso observar, antes de nada, que la imputación examinada se dirige contra fundamentos de la sentencia recurrida formulados a mayor abundamiento. En efecto, la alegación de WDFG según la cual 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 se rechaza con carácter principal en el apartado 205 de dicha sentencia, en la que el Tribunal General afirma que «la incoherencia que la medida controvertida introduce en el tratamiento fiscal del fondo de comercio […] seguiría existiendo aunque dicha medida solo se aplicara a las adquisiciones de participaciones mayoritarias en sociedades no residentes». El Tribunal General únicamente examina a mayor abundamiento, en los apartados 206 a 215 de la sentencia recurrida, si la Comisión debía distinguir entre las diversas operaciones a las que cabe aplicar la medida controvertida.

121. En cualquier caso, considero que también procede rechazar en cuanto al fondo las alegaciones formuladas por WDFG para refutar la conclusión a la que llega el Tribunal General al término de dicho examen.

122. En primer lugar, el Tribunal General distinguió correctamente, en los apartados 208 a 211 de la sentencia recurrida, la presente situación de la que dio lugar a las sentencias de 22 de noviembre de 2001, Mitteldeutsche Erdöl-Raffinerie/Comisión, [111] y de 9 de junio de 2011, Comitato «Venezia vuole vivere» y otros/Comisión. [112] También resulta irrelevante la sentencia ANGED, que fue invocada asimismo por WDFG en su recurso de casación. En efecto, el régimen controvertido en el asunto que dio lugar a dicha sentencia introducía distintos criterios de diferenciación, que el Tribunal de Justicia examinó individualmente a efectos de determinar si daban lugar a una

[110] La tercera es la Decisión (UE) 2015/314 de la Comisión, de 15 de octubre de 2014, relativa a la ayuda estatal SA.35550 (13/C) (ex 13/NN) (ex 12/CP) ejecutada por España — Régimen relativo a la amortización fiscal del fondo de comercio financiero para la adquisición de participaciones extranjeras (DO 2015, L 56, p. 38) (en lo sucesivo, «Decisión de 15 de octubre de 2014»).

[111] T-9/98, EU:T:2001:271.

[112] C-71/09 P, C-73/09 P y C-76/09 P, EU:C:2011:368.

discriminación entre las distintas categorías de contribuyentes. En segundo lugar y, en mi opinión, sin incurrir en error de Derecho, el Tribunal General afirmó en el apartado 211 de la sentencia recurrida que la Comisión no estaba obligada a efectuar un análisis distinto de los efectos de la medida controvertida que la habría llevado a modificar el contenido o las condiciones de aplicación de la misma. Finalmente, el apartado 221 de la sentencia recurrida, que, según WDFG, niega el carácter divisible de la medida controvertida, se refiere en realidad a los requisitos necesarios para que pueda estimarse una solicitud de anulación parcial y excluye que tales requisitos concurran en el presente asunto, dado que «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».

123. Por las razones que anteceden, considero que la sexta parte del motivo único de casación de WDFG es inoperante y, con carácter subsidiario, infundada.

7. Conclusiones sobre los recursos de casación interpuestos por WDFG y por el Reino de España

124. Sobre la base del conjunto de consideraciones anteriores, propongo al Tribunal de Justicia que desestime los recursos de casación interpuestos por WDFG y por el Reino de España en su totalidad.

C. Sobre la pretensión de sustitución de los motivos formulada por la Comisión

125. Para el supuesto de que el Tribunal de Justicia considere fundado el motivo único de casación de WDFG, la Comisión le solicita que sustituya los motivos y que declare la inadmisibilidad del recurso interpuesto ante el Tribunal General. Es preciso recordar a este respecto que, a raíz de la sentencia WDFG, en el procedimiento de devolución ante el Tribunal General, la Comisión propuso una excepción de inadmisibilidad, invocando, con carácter principal, la falta de legitimación activa de WDFG y, con carácter subsidiario, la falta de interés en el ejercicio de la acción. Sin embargo, basándose en la sentencia de 26 de febrero de 2002, Consejo/Boehringer [113] (en lo sucesivo, «sentencia Boehringer»), en el apartado 30 de la sentencia recurrida, el Tribunal General consideró justificado analizar en cuanto al fondo el recurso sin pronunciarse con carácter preliminar sobre dicha excepción. [114]

126. Contrariamente a lo que sostiene WDFG en su escrito de réplica, la pretensión de la Comisión no es irregular por no haberse presentado en la forma establecida en el artículo 176, apartado 2, del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia para las adhesiones a la casación. En efecto, con arreglo al artículo 178, apartado 1, de dicho Reglamento, una adhesión a

113 C-23/00 P, EU:C:2002:118, apartado 52.

114 La inversión del orden lógico o natural del examen de los motivos de recurso que entraña la aplicación de la denominada jurisprudencia Boehringer en el caso en que el juez de la Unión desestime el recurso en cuanto al fondo, aunque se haya propuesto una excepción de inadmisibilidad —en especial si es de orden público y si ha sido propuesta mediante acto separado en el que se solicita que se resuelva sin entrar en el fondo del asunto—, ha sido objeto de críticas; véanse, por ejemplo, las conclusiones del Abogado General Jääskinen presentadas en el asunto Suiza/Comisión (C-547/10 P, EU:C:2012:565), puntos 46 a 54; del Abogado General Bot presentadas en el asunto Philips Lighting Poland y Philips Lighting/Consejo (C-511/13 P, EU:C:2015:206), puntos 50 a 67; del Abogado General Mengozzi presentadas en el asunto SNCF Mobilités/Comisión (C-127/16 P, EU:C:2017:577), punto 163, y del propio Abogado General Ruiz-Jarabo Colomer presentadas en el asunto Consejo/Boehringer (C-23/00 P, EU:C:2001:511), puntos 30 a 36. A pesar de esas críticas, la jurisprudencia Boehringer sigue aplicándose, tanto por el Tribunal General (véase, en último lugar, la sentencia de 11 de noviembre de 2020, AV y AW/Parlamento, T-173/19, no publicada, EU:T:2020:535, apartado 42) como por el Tribunal de Justicia (respecto a una aplicación reciente en el marco de un procedimiento de casación, véase la sentencia de 21 de diciembre de 2016, Club Hotel Loutraki y otros/Comisión, C-131/15 P, EU:C:2016:989, apartado 68).

la casación debe tener por objeto la anulación, total o parcial, de la resolución del Tribunal General. En el presente asunto, puesto que el Tribunal General ha examinado en cuanto al fondo el recurso de WDFG *sin* pronunciarse sobre su admisibilidad, la Comisión no habría podido, en el marco de una posible adhesión a la casación, formular pretensiones de anulación de la sentencia recurrida *basadas en la inadmisibilidad* del recurso en primera instancia.[115] Por lo tanto, considero que la pretensión de la Comisión se ha presentado correctamente como pretensión de sustitución de los motivos y debe resolverse en cuanto al fondo. Por otra parte, observo que, aunque el Tribunal de Justicia considerase que dicha pretensión es irregular, tendría que pronunciarse en cualquier caso sobre la excepción de inadmisibilidad del recurso propuesta en primera instancia por la Comisión, al menos en el caso de que, tras haber estimado el recurso de casación y anulado la sentencia recurrida, decida resolver él mismo el recurso interpuesto ante el Tribunal General y pronunciarse en cuanto al fondo estimando el recurso. En el caso contrario en que, en las mismas circunstancias, el Tribunal de Justicia decida desestimar el recurso, seguirá siendo plausible la opción seguida por el Tribunal General sobre la base de la sentencia Boehringer. Finalmente, recuerdo que, en virtud de reiterada jurisprudencia, el Tribunal de Justicia, cuando conoce de un recurso de casación interpuesto con arreglo al artículo 56 del Estatuto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, está obligado a pronunciarse, de oficio si es necesario, sobre la admisibilidad de un recurso de anulación y, por consiguiente, sobre el motivo de orden público basado en el incumplimiento del requisito, establecido en el artículo 263 TFUE, párrafo cuarto, de que un recurrente solo podrá solicitar la anulación de una decisión de la que no sea destinatario cuando esta le afecte directa e individualmente.[116]

127. En la medida en que propongo al Tribunal de Justicia que desestime los recursos de casación, a continuación me limitaré a formular unas breves consideraciones en cuanto al fondo de la pretensión de la Comisión.

128. Mediante el primer motivo de inadmisibilidad, invocado con carácter principal, la Comisión sostiene que WDFG no ha demostrado que la amortización del fondo de comercio financiero que llevó a cabo con arreglo a la medida controvertida se refiriese a una operación de adquisición «directa», que es la única categoría de adquisiciones que está cubierta por la Decisión impugnada, como pone de manifiesto la Decisión de la Comisión de 15 de octubre de 2014.[117] En mi opinión, procede desestimar dicho motivo. En efecto, del recurso interpuesto ante el Tribunal General el 14 de mayo de 2010 se desprende, por un lado, que Autogrill España (actualmente WDFG) llevó a cabo la amortización del fondo de comercio financiero resultante de la operación en cuestión —consistente en la adquisición de la totalidad de las participaciones de la sociedad británica World Duty Free Europa en mayo de 2008— con arreglo a la medida controvertida y, por otro lado, que se ordenó a Autogrill España que recuperase las cantidades así deducidas

115 Por otra parte, señalo que, en el presente asunto, no nos encontramos ante uno de los casos contemplados en el artículo 178, apartado 2, del Reglamento de Procedimiento conforme al cual las pretensiones de la adhesión a la casación «podrán tener por objeto la anulación de una decisión, expresa o tácita, relativa a la admisibilidad del recurso ante el Tribunal General».

116 Véanse las sentencias de 29 de noviembre de 2007, Stadtwerke Schwäbisch Hall y otros/Comisión (C-176/06 P, no publicada, EU:C:2007:730), apartado 18; de 20 de septiembre de 2018, España/Comisión (C-114/17 P, EU:C:2018:753), apartado 48, y de 29 de julio de 2019, Bayerische Motoren Werke y Freistaat Sachsen/Comisión (C-654/17 P, EU:C:2019:634), apartado 44. No obstante, la existencia de una obligación de comprobar, en su caso de oficio, los requisitos de admisibilidad del recurso interpuesto ante al Tribunal General no parece privar al Tribunal de Justicia de la posibilidad de aplicar la jurisprudencia Boehringer (véase, en ese sentido, la sentencia de 21 de diciembre de 2016, Club Hotel Loutraki y otros/Comisión, C-131/15 P, EU:C:2016:989, apartado 68).

117 Mediante dicha Decisión, la Comisión se pronunció sobre la interpretación de la consulta vinculante relativa a la medida controvertida, adoptada por las autoridades españolas el 21 de marzo de 2012 y aplicable retroactivamente. A raíz de la adopción de la Decisión impugnada y de la Decisión de 14 de enero de 2011, España añadió un nuevo párrafo en el artículo 12, apartado 5, del TRLIS con vistas al cumplimiento de ambas decisiones. Aunque el artículo 12, apartado 5, del TRLIS había sido declarado ayuda ilegal e incompatible, no fue derogado formalmente, ya que podía seguir siendo aplicado por los beneficiarios que habían alegado confianza legítima en que la ayuda concedida no se recuperaría y para los cuales se reconoció el período transitorio en dichas Decisiones (véase la nota 9 de las presentes conclusiones y el considerando 30 de la Decisión de 15 de octubre de 2014). Me remito, para el concepto de adquisición directa e indirecta, a los considerandos 25 y 26 de la citada Decisión.

sobre la base de la Decisión impugnada. En estas circunstancias, que no han sido cuestionadas por la Comisión, las autoridades españolas consideraron que Autogrill España era beneficiaria efectiva del régimen de ayudas declarado ilegal, a pesar de que, en aquel momento, las autoridades administrativas y judiciales españolas seguían interpretando dicha disposición en el sentido de que únicamente podía aplicarse a las adquisiciones directas,[118] y que, en el momento en que se interpuso el recurso, tenía legitimación activa para actuar contra dicha Decisión, en cumplimiento de la cual se había emitido una orden de recuperación que la afectaba. En cuanto el segundo motivo de inadmisibilidad, invocado con carácter subsidiario por la Comisión, y que tiene por objeto invocar la desaparición del interés en ejercitar la acción de WDFG a raíz de la adopción de la Decisión de 15 de octubre de 2014, soy de la opinión de que también debe desestimarse. En efecto, aun admitiendo que la operación efectuada por Autogrill España esté cubierta, como adquisición indirecta, por la Decisión de 2014, WDFG conserva un interés en ejercitar la acción contra la Decisión impugnada, al menos mientras no se retire la orden de recuperación emitida con arreglo a dicha Decisión.

V. Costas

129. Con arreglo al artículo 184, apartado 2, del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia, cuando el recurso de casación sea infundado el Tribunal de Justicia decidirá sobre las costas. En virtud del artículo 138, apartado 1, de dicho Reglamento, aplicable, *mutatis mutandis*, conforme al artículo 184, apartado 1, del mismo Reglamento, al procedimiento en casación ante el Tribunal de Justicia contra una resolución del Tribunal General, la parte que haya visto desestimadas sus pretensiones será condenada en costas, si así lo hubiera solicitado la otra parte. Puesto que propongo al Tribunal de Justicia que desestime los recursos de casación de WDFG y del Reino de España, estos deberán, en mi opinión, cargar con las costas conforme a la pretensión formulada por la Comisión. A tenor del artículo 184, apartado 4, del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia, «cuando no sea ella misma la parte recurrente en casación, una parte coadyuvante en primera instancia solo podrá ser condenada en costas en casación si hubiera participado en la fase escrita o en la fase oral del procedimiento ante el Tribunal de Justicia. Cuando dicha parte participe en el procedimiento, el Tribunal de Justicia podrá decidir que cargue con sus propias costas». En consecuencia, propongo al Tribunal de Justicia que declare que la República Federal de Alemania cargará con sus propias costas.

VI. Conclusión

130. Sobre la base del conjunto de consideraciones anteriores, propongo al Tribunal de Justicia que desestime los recursos de casación, condene en costas a World Duty Free Group, S. A., y al Reino de España, y declare que la República Federal de Alemania cargará con sus propias costas.

[118] Véanse los considerandos 33 a 36 de la Decisión de 15 de octubre de 2014.