II

(Actos no legislativos)

DECISIONES

DECISIÓN (UE) 2019/421 DE LA COMISIÓN

de 20 de junio de 2018

relativa a la ayuda estatal SA.44888 (2016/C) (ex 2016/NN) ejecutada por Luxemburgo en favor de Engie

[notificada con el número C(2018) 3839]

(El texto en lengua francesa es el único auténtico)

(Texto pertinente a efectos del EEE)

LA COMISIÓN EUROPEA,

Visto el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (en lo sucesivo, «el Tratado»), y en particular su artículo 108, apartado 2, párrafo primero,

Visto el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, y en particular su artículo 62, apartado 1, letra a),

Después de haber emplazado a los interesados a que presentaran sus observaciones, de conformidad con los citados artículos, ([1]) y teniendo en cuenta dichas observaciones,

Considerando lo siguiente:

1. **PROCEDIMIENTO**

(1) Mediante carta de 23 de marzo de 2015, la Comisión envió una solicitud de información al Gran Ducado de Luxemburgo (en lo sucesivo, «Luxemburgo») ([2]) a fin de recabar información sobre sus prácticas en materia de resolución fiscal respecto al grupo Engie (anteriormente, el grupo GDF Suez) ([3]). En dicha carta, la Comisión solicitó a Luxemburgo que le proporcionara todas las resoluciones fiscales concedidas a las entidades de este grupo desde 2004 hasta la fecha de la carta, dirigidas a este grupo o a cualquier entidad de este grupo, que estaban vigentes en ese momento o que habían estado vigentes en los últimos 10 años, así como las cuentas anuales del grupo y sus entidades jurídicas para los años 2011, 2012 y 2013, junto con una copia de sus declaraciones fiscales.

(2) El 25 de junio de 2015, Luxemburgo respondió a esta solicitud y remitió la información relativa a las resoluciones fiscales emitidas por la Administración tributaria de Luxemburgo en favor de varias sociedades del grupo Engie establecidas en Luxemburgo, entre ellas la sociedad GDF Suez LNG Supply SA (en lo sucesivo, «LNG Supply») ([4]) y la sociedad GDF Suez Treasury Management S.à.r.l. (en lo sucesivo «GSTM») ([5]). En particular, Luxemburgo ha facilitado dos solicitudes de resolución fiscal, y sus respectivas aprobaciones, con relación a dos

([1]) DO C 36 de 3.2.2017, p. 13.
([2]) Esta carta se envió con el número de referencia SA.37267 (2013/CP) — Prácticas de resolución fiscal — Luxemburgo.
([3]) En 2015, el grupo GDF Suez cambió su nombre a Engie; véase el sitio web de Engie (https://www.engie.com/groupe/histoire-groupe-engie/).
([4]) Rebautizada LNG Supply SA en 2015 Engie. «LNG» es la sigla de *liquidified natural gas* (gas natural licuado).
([5]) Rebautizada Engie Treasury Management S.à.r.l. en 2015.

operaciones intragrupo casi idénticas consistentes en una transferencia de activos de las empresas del grupo Engie a LNG Supply, por una parte, y a GSTM, por otra. En ambos casos, la transferencia se financió mediante un préstamo sin intereses obligatoriamente convertible en acciones designado como «ZORA» ([6]) (en lo sucesivo, «ZORA LNG» y «ZORA GSTM», respectivamente, y colectivamente «ZORA»), y por un contrato de venta de futuros prepagado («contrato de futuros LNG» y «contrato de futuros GSTM», respectivamente, y colectivamente «contratos de futuros»).

(3) Por carta de 1 de abril de 2016, la Comisión indicó que, sobre la base de la información que había aportado Luxemburgo, no podía excluir la posibilidad de que las resoluciones fiscales emitidas en favor de las sociedades del grupo Engie contengan un elemento de ayuda estatal incompatible con el mercado interior. Por tanto, pidió a Luxemburgo que indicara las razones por las que dichas medidas no serían selectivas, o de qué manera podrían justificarse de otro modo con arreglo al Derecho de la Unión en materia de ayudas estatales, y proporcionara información y aclaraciones adicionales.

(4) Por carta de 3 de mayo de 2016, la Comisión recordó a Luxemburgo que proporcionara la información indicada en el considerando 3.

(5) El 23 de mayo de 2016, Luxemburgo respondió a la solicitud de información de la Comisión de 1 de abril de 2016.

(6) El 19 de septiembre de 2016, la Comisión decidió incoar un procedimiento de investigación formal en virtud del artículo 108, apartado 2, del Tratado, en relación con el trato fiscal concedido a Engie mediante las resoluciones fiscales emitidas por Luxemburgo, alegando que podrían constituir una ayuda estatal a tenor del artículo 107, apartado 1, del Tratado (en lo sucesivo, «la Decisión de incoar un procedimiento») ([7]).

(7) El 21 de noviembre de 2016, Luxemburgo presentó sus observaciones sobre la Decisión de incoar un procedimiento y la información solicitada por carta.

(8) El 3 de febrero de 2017, se publicó la Decisión de incoar un procedimiento en el *Diario Oficial de la Unión Europea* ([8]). La Comisión invitó a las partes interesadas a presentar sus observaciones sobre la medida en cuestión.

(9) El 27 de febrero de 2017, la Comisión recibió observaciones de Engie sobre la Decisión de incoar un procedimiento. Mediante carta de 10 de marzo de 2017, la Comisión las transmitió a las autoridades luxemburguesas dándoles la posibilidad de comentarlas.

(10) Por carta de 22 de marzo de 2017, tras examinar las observaciones presentadas por las autoridades luxemburguesas y Engie, la Comisión solicitó información adicional a Luxemburgo.

(11) El 10 de abril de 2017, Luxemburgo comunicó, por carta, que las observaciones presentadas por Engie correspondían a sus propias observaciones.

(12) El 12 de mayo de 2017, Luxemburgo presentó la información solicitada el 22 de marzo de 2017.

(13) El 1 de junio de 2017, los servicios de la Comisión se reunieron con las autoridades luxemburguesas y Engie. El contenido de esta reunión se ha recogido en el acta acordada entre la Comisión y Luxemburgo. A raíz de esta reunión, el 16 de junio de 2017 Luxemburgo presentó información adicional.

(14) Mediante carta de 11 de diciembre de 2017, a raíz de las observaciones de las autoridades luxemburguesas y Engie durante la reunión de 1 de junio de 2017, la Comisión quiso aclarar determinados elementos de la investigación (en lo sucesivo, «la carta de 11 de diciembre de 2017») y solicitó información adicional. La Comisión pidió a Luxemburgo que enviara una copia de esta carta a Engie.

([6]) Aunque el significado exacto de la sigla ZORA no figura en el expediente, ni lo ha aclarado Luxemburgo, la Comisión asume que corresponde a *Zéro-intérêts Obligation Remboursable en Actions* (obligación de interés nulo reembolsable en acciones).

([7]) Decisión de la Comisión de 19 de septiembre de 2016 sobre el asunto SA.44888 (2016/NN) (ex 2016/EO), «Potencial ayuda a GDF Suez» (DO C 36 de 3.2.2017, p. 13).

([8]) Véase la nota a pie de página 1.

(15) El 31 de enero de 2018, las autoridades luxemburguesas y Engie presentaron sus observaciones en respuesta a la carta de 11 de diciembre de 2017. En la misma fecha, Luxemburgo facilitó también la información solicitada en la carta de 11 de diciembre de 2017.

2. **CONTEXTO**

2.1. *EL GRUPO ENGIE*

(16) El grupo Engie está formado por Engie SA, una empresa establecida en Francia, y el conjunto de empresas directamente o indirectamente controladas por Engie SA (en conjunto, denominadas «Engie»). Engie resulta de la fusión en 2008 de los grupos franceses GDF y Suez (anteriormente, Lyonnaise des Eaux) ([9]). La sede central de Engie se encuentra en Francia. Engie SA cotiza en la bolsa de París, Bruselas y Luxemburgo ([10]).

(17) Engie opera en tres sectores principales: generación de electricidad, gas natural y gas natural licuado y servicios de eficiencia energética. Engie ejerce principalmente actividades de generación y suministro de electricidad ([11]) y de comercio de energía, de prospección y producción, suministro, transporte y distribución de gas natural, de suministro de servicios de eficiencia energética e instalaciones de energía.

(18) Engie emplea a 153 090 personas en todo el mundo en 70 países ([12]). En 2016, su volumen de negocios ascendió a 66 600 millones EUR ([13]). De todo el volumen de negocios del grupo, 52 200 millones EUR se realizaron en Europa ([14]). En 2016, el 67,3 % del resultado antes de la deducción de intereses, impuestos y amortizaciones (EBITDA) se generó en Europa ([15]).

(19) En Luxemburgo, Engie opera a través de una serie de entidades jurídicas, algunas de las cuales participan en las transacciones mencionadas en la resolución fiscal en cuestión. Compagnie Européenne de Financement C.E.F. SA (en lo sucesivo, «CEF») ([16]) es una filial de Engie constituida en Luxemburgo en 1933. El objetivo de esta sociedad consiste en adquirir participaciones en Luxemburgo y en entidades extranjeras, y en gestionar, explotar y controlar estas participaciones ([17]). Es la principal responsable de la constitución de garantías y de préstamos intragrupo para las filiales del grupo. Los ingresos de CEF provienen de los intereses y costes percibidos por la concesión de estos préstamos y garantías ([18]).

(20) GSTM es una empresa constituida con arreglo a la legislación luxemburguesa, propiedad al 100 % de CEF. Realiza actividades de gestión del efectivo y de financiación para Engie desde Luxemburgo. De acuerdo con la solicitud de resolución fiscal de 15 de junio de 2012, «en general, GSTM concede préstamos en diversas divisas (sobre todo, EUR y USD) a las sociedades vinculadas y ejerce una actividad de centralización de tesorería […]. La actividad de centralización de tesorería de GSTM representa entre [2 000-7 000] y [7 000-12 000] millones EUR» ([19]).

(21) GDF Suez LNG Holding S.à.r.l. (en lo sucesivo, «LNG Holding») ([20]) es una filial de Engie constituida en Luxemburgo en 2009. El objetivo de esta sociedad consiste en adquirir participaciones en Luxemburgo y en entidades extranjeras, y en gestionar estas participaciones ([21]). LNG Holding es propiedad al 100 % de CEF.

([9]) Véase el sitio web de Engie (https://www.engie.com/groupe/histoire-groupe-engie/).
([10]) Véase el sitio web de Engie (http://www.engie.com/journalistes/communiques-de-presse/gdf-suez-devient-engie/).
([11]) En 2014, gestionaba alrededor de 650 centrales en todo el mundo [Engie, Cifras clave, https://library.engie.com/uid_3b0d9abd-abf7-404d-913f-0c30f10eb8d0#app=3d20&9557-source=xmlConfs/init.xml&l=fr&p=0&v=Version1].
([12]) El 31 de diciembre de 2016 (http://www.engie.com/wp-content/uploads/2017/03/chifres-cles-2016-v1_va.jpg).
([13]) Engie, cifras clave (http://www.engie.com/wp-content/uploads/2017/03/chifres-cles-2016-v1_va.jpg).
([14]) Engie, Resultados anuales de 2016, anexos FY 2016 (https://www.engie.com/investisseurs/resultats-3/resultats-2016/). 3 800 millones EUR se generaron en América Latina, 4 700 millones EUR en América del Norte, 5 500 millones EUR en Asia, Oriente Medio y Oceanía y 300 millones EUR en África.
([15]) *Ibídem* 15,1 % en América Latina, 5,9 % en América del Norte y 11,6 % en el resto del mundo.
([16]) Rebautizada Engie Invest International SA en 2015.
([17]) Véanse las cuentas sociales no auditadas de CEF a fecha de 31 de diciembre de 2014.
([18]) Véase https://www.engie.com/wp-content/uploads/2015/06/gsii-co.pdf.
([19]) Véase la solicitud de resolución fiscal de 15 de junio de 2012, página 2.
([20]) Rebautizada Engie LNG Holding S.à.r.l. en 2015.
([21]) Véanse las cuentas sociales de LNG Holding a 31 de diciembre de 2013.

(22) LNG Supply es propiedad al 100 % de LNG Holding. Realiza actividades de compra, venta y comercio de gas natural licuado («GNL»), gas y productos derivados del gas, así como transporte de GNL, y ha celebrado un número importante de contratos con empresas internacionales de energía ([22]). En 2018, Engie anunció su intención de vender determinadas partes de su actividad de GNL, entre las cuales LNG Supply, a Total SA ([23]).

2.2. *LA RESOLUCIÓN FISCAL EN CUESTIÓN*

2.2.1. INTRODUCCIÓN

(23) La presente resolución se refiere a dos conjuntos de resoluciones fiscales emitidas por la Administración tributaria luxemburguesa a las empresas del grupo Engie (en lo sucesivo, «las resoluciones fiscales en cuestión»). Las resoluciones fiscales en cuestión se refieren a dos operaciones intragrupo similares llevadas a cabo por Engie entre las distintas empresas del grupo. En ambos casos, Engie transfiere una serie de activos que constituyen una actividad comercial plenamente funcional a una filial en Luxemburgo, que posteriormente ejerce esta actividad comercial.

(24) El pago del precio por la filial se financia mediante un préstamo sin intereses obligatoriamente convertible en acciones de una duración de 15 años (ZORA) concedido por una sociedad intermediaria del grupo residente en Luxemburgo. El ZORA no genera intereses periódicos pero, con su conversión, la filial reembolsará la deuda al acreedor mediante acciones por un importe que represente el importe nominal del ZORA, además de una «prima» constituida por el conjunto de beneficios de la filial durante la vigencia del ZORA, tras la deducción de un margen limitado ([24]) acordado con las autoridades tributarias luxemburguesas (el importe de esta «prima» se denomina «adiciones en el ZORA» tanto en las resoluciones fiscales en cuestión como en las declaraciones fiscales de las empresas) ([25]).

(25) Al mismo tiempo, la entidad intermediaria financia este préstamo mediante un contrato de venta de futuros prepagado (en lo sucesivo, «el contrato de futuros») celebrado con una sociedad de cartera también residente en Luxemburgo, que es el único accionista tanto de la filial como de la entidad intermediaria. Con arreglo a las condiciones del contrato de futuros, la sociedad de cartera paga a la empresa intermediaria un importe igual al valor nominal del ZORA a cambio de la adquisición de los derechos de las acciones que la filial emitirá para la conversión del ZORA. Así, si la filial obtiene un beneficio durante la vigencia del ZORA, la sociedad de cartera recibirá, en la conversión del ZORA, las acciones que integren el valor de las adiciones al ZORA. Por tanto, la sociedad de cartera ofrece a la filial la financiación necesaria para la adquisición de los activos a través del contrato de futuros y del ZORA.

(26) Las resoluciones fiscales en cuestión confirman el siguiente trato fiscal de las empresas implicadas: la filial deducirá cada año provisiones para las adiciones al ZORA debidas a la conversión de este. Por lo tanto, la filial no será gravada, salvo por el margen limitado acordado con las autoridades tributarias. Cuando la sociedad de cartera realice las adiciones al ZORA ([26]), este beneficio se eximirá en virtud de la aplicación del régimen de las sociedades matrices y las filiales en Luxemburgo, que permite la exención, en determinadas condiciones, de los ingresos generados por las participaciones en el capital social de otras sociedades. Tampoco se grava a la entidad intermediaria, puesto que los beneficios generados por la conversión del ZORA (las adiciones al ZORA) se compensan con una pérdida del mismo importe derivado del contrato de futuros ([27]). En última instancia, de ello

([22]) Según la solicitud de resolución fiscal de 9 de septiembre de 2008, los principales activos en ese momento eran los siguientes: un acuerdo de capacidad para la terminal de GNL y un acuerdo de intercambio para esta terminal, un acuerdo de compra y venta de GNL con Yemen LNG LLC, diversos contratos de fletamento y contratos de almacenamiento a largo plazo. La lista completa de los activos transferidos figura en el anexo 1 del acuerdo de transferencia de actividad, de 30 de octubre de 2009, entre GDF Suez LNG Trading, SA, y LNG Supply.

([23]) El 11 de abril de 2018, la Comisión decidió, en virtud del artículo 6, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) n.º 139/2004 del Consejo (DO L 24 de 29.1.2004, p. 1) no oponerse a la adquisición por parte de Total SA del control exclusivo de determinadas partes de la actividad de GNL de Engie, incluida LNG Supply.

([24]) Inferior al 1 % de los beneficios realmente logrados por la filial en sus actividades comerciales.

([25]) En el caso de que la filial registre pérdidas a lo largo de la vigencia del ZORA, las adiciones al ZORA serán negativas y reducirán el importe nominal del ZORA.

([26]) Por ejemplo, si cancela las acciones que ha recibido en virtud del contrato de futuros.

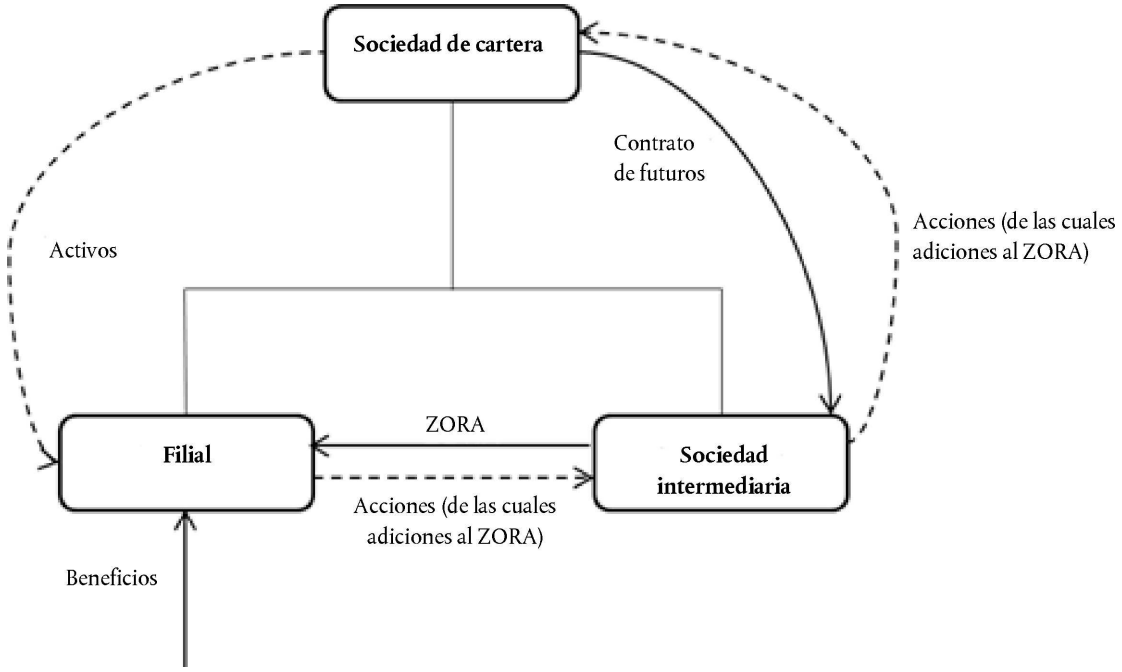
([27]) A pesar de que las resoluciones fiscales en cuestión previeran que la entidad intermediaria no tributaría con arreglo a una disposición particular del derecho fiscal de Luxemburgo (artículo 22 *bis*), que permite aplazar la tributación de las plusvalías derivadas de la conversión de préstamos en participaciones, Luxemburgo añadió que, en lo que respecta a la única conversión que tuvo lugar en la fecha de la presente resolución, las empresas no habían hecho uso de esta disposición. En cualquier caso, con independencia de la aplicación de esta disposición especial, la entidad intermediaria no tendrá beneficios en el momento de la conversión.

se desprende que las adiciones al ZORA se deducen en la filial y que el importe correspondiente tampoco se grava en la sociedad de cartera, puesto que se considera como un ingreso exento de impuestos. En consecuencia, las adiciones al ZORA, que representan prácticamente todos los beneficios de la filial durante la vigencia del ZORA, no son imponibles en Luxemburgo ([28]).

(27) La estructura descrita en los considerandos 23 a 26 se ilustra en el Gráfico 1.

Gráfico 1

Ilustración de las estructuras establecidas mediante las resoluciones fiscales en cuestión



2.2.2. PRESENTACIÓN DE LAS RESOLUCIONES FISCALES EN CUESTIÓN

(28) Este trato fiscal fue validado en dos conjuntos de resoluciones fiscales relativos a dos estructuras diferentes establecidas por Engie.

(29) El primer conjunto de la resolución fiscal afecta a la transferencia de las actividades de compra, de venta y de comercio de GNL y de productos derivados del gas (en lo sucesivo «actividad GNL») ([29]) de la sociedad luxemburguesa Suez LNG Trading SA (en lo sucesivo «LNG Trading») a LNG Supply. Incluye cinco resoluciones fiscales emitidas por la Administración tributaria luxemburguesa en respuesta a las solicitudes de resolución fiscal presentadas por el asesor fiscal de Engie (en lo sucesivo, «el asesor fiscal») en nombre de diferentes empresas de Engie (designadas en conjunto como «resoluciones fiscales LNG»).

(1) Una primera resolución fiscal dictada el 9 de septiembre de 2008 (en lo sucesivo, «la resolución fiscal LNG de 2008»). Responde a una solicitud de resolución fiscal dictada en la misma fecha (en lo sucesivo, «la solicitud de resolución fiscal LNG de 2008») sobre el trato fiscal de los contratos utilizados para financiar la transferencia de la actividad GNL de LNG Trading a LNG Supply (el ZORA LNG y el contrato de futuros LNG). La resolución fiscal LNG de 2008 se modifica parcialmente o completa mediante otras resoluciones emitidas por la Administración tributaria luxemburguesa.

(2) Una solicitud de resolución fiscal de 30 de septiembre de 2008, relativa a la transferencia de la gestión efectiva de LNG Trading a los Países Bajos. Esta solicitud de resolución fiscal fue aprobada el mismo día por la Administración tributaria luxemburguesa.

([28]) En realidad, la filial solo tributa por menos del 1 % de los beneficios realmente obtenidos en sus actividades comerciales.
([29]) Véase el considerando 22.

(3) Una solicitud de resolución fiscal de 3 de marzo de 2009 (en lo sucesivo, «la solicitud de resolución fiscal LNG de 2009»), por la que se modifica parcialmente la estructura creada en la solicitud de resolución fiscal LNG de 2008. Esta solicitud de resolución fiscal fue aprobada el mismo día por la Administración tributaria luxemburguesa.

(4) Una solicitud de resolución fiscal con fecha de 9 de marzo de 2012 (en lo sucesivo «solicitud de resolución fiscal LNG de 2012»), que aclara algunos términos contables utilizados en el cálculo del margen sobre el cual LNG Supply tributa. Esta solicitud de resolución fiscal fue aprobada el mismo día por la Administración tributaria luxemburguesa.

(5) Por último, una solicitud de resolución fiscal con fecha de 20 de septiembre de 2013 destinada a aclarar el trato fiscal de una conversión parcial del ZORA LNG (en lo sucesivo, «la solicitud de resolución fiscal LNG relativa a la conversión»). Esta solicitud de resolución fiscal fue aceptada por la Administración tributaria luxemburguesa mediante carta de 13 de marzo de 2014 (en lo sucesivo, «la resolución fiscal LNG relativa a la conversión»).

(30) El segundo conjunto de resoluciones fiscales aborda la transferencia de actividades de gestión de tesorería y de financiación (en lo sucesivo, «la actividad de financiación y de gestión de tesorería») ([30]) de CEF a GSTM. Comprende dos resoluciones fiscales emitidas por la Administración tributaria luxemburguesa en respuesta a las solicitudes de resoluciones fiscales presentadas por el asesor fiscal en nombre de diferentes empresas de Engie (denominadas conjuntamente las «resoluciones fiscales GSTM»).

(1) La primera resolución fiscal fue dictada por la Administración tributaria luxemburguesa el 9 de febrero de 2010 (en lo sucesivo, «la resolución fiscal GSTM 2010»). Responde a una solicitud de resolución fiscal realizada en la misma fecha (en lo sucesivo, «la solicitud de resolución fiscal GSTM de 2010») sobre el trato fiscal de los contratos utilizados para financiar la transferencia de la actividad de financiación y de gestión de tesorería de CEF a GSTM (el ZORA GSTM y el contrato de futuros GSTM).

(2) La resolución fiscal GSTM de 2010 se completó mediante una solicitud de resolución fiscal con fecha de 15 de junio de 2012 relativa, entre otros, a un posible incremento del importe del ZORA GSTM (en lo sucesivo, «solicitud de resolución fiscal GSTM 2012»). Esta solicitud de resolución fiscal fue aprobada el mismo día por la Administración tributaria luxemburguesa (en lo sucesivo, «la resolución fiscal GSTM 2012»).

(31) Las sociedades de cartera de cada una de las estructuras establecidas en las resoluciones fiscales LNG y las resoluciones fiscales GSTM son, respectivamente, LNG Holding y CEF (en conjunto denominadas «sociedades de cartera»). Las entidades intermediarias que conceden los ZORA son, respectivamente, GDF Suez LNG (Luxemburgo) S.à.r.l. (en lo sucesivo, «LNG Luxembourg») y Electrabel Invest Luxembourg SA (en lo sucesivo «EIL», en conjunto con LNG Luxembourg, los «acreedores»). Por último, las filiales que adquieren y explotan la actividad de GNL y la actividad de financiación y gestión de tesorería son, respectivamente, LNG Supply y GSTM (denominadas colectivamente las «filiales»).

2.2.3. DESCRIPCIÓN DETALLADA DE LAS RESOLUCIONES FISCALES LNG

2.2.3.1. ***Las operaciones descritas en las resoluciones fiscales LNG***

(32) De acuerdo con la solicitud de resolución fiscal LNG de 2008, LNG Trading incorporará dos nuevas sociedades luxemburguesas sujetas a impuestos: LNG Luxembourg y LNG Supply. La solicitud de resolución fiscal LNG de 2008 especificaba que la actividad de GNL se vendería a LNG Luxembourg, que a su vez la vendería a LNG Supply ([31]). Sin embargo, se han introducido cambios en esta estructura: según la solicitud de resolución fiscal LNG de 2009, CEF primero adquirió las acciones de LNG Trading, antes de integrar a LNG Luxembourg, LNG Supply y LNG Holding. Entonces, LNG Holding asumió el papel de LNG Trading ([32]) en la estructura ([33]).

([30]) Véase el considerando 20.
([31]) Véase la solicitud de resolución fiscal LNG de 2008, sección 1.
([32]) La gestión efectiva de LNG Trading se transfirió a los Países Bajos (véase la solicitud de resolución fiscal de 30 de septiembre de 2008). Posteriormente, el 1 de octubre de 2012 se liquidó la sociedad [véase la carta enviada por Luxemburgo el 25 de junio de 2015 con referencia SA 37.267 (2013/CP) – Prácticas de resolución fiscal – Luxemburgo].
([33]) Estos cambios en la estructuración de la transferencia de activos, sin embargo, no afectan al trato fiscal de las distintas empresas.

(33) La estructura se aplicará de la manera siguiente:

(1) LNG Supply adquiere la actividad comercial de LNG Trading (la actividad de GNL) a un precio estimado de aproximadamente 750 millones USD;

(2) LNG Supply financia el precio de compra por medio de un préstamo sin intereses obligatoriamente convertible de 15 años en USD (el ZORA LNG) concedido por LNG Luxembourg. En la conversión del préstamo ([34]), LNG Supply emite acciones (en lo sucesivo «acciones LNG Supply») que incorporan el importe nominal del ZORA con la suma o la deducción de las adiciones al ZORA;

(3) Por su parte, LNG Luxembourg financia la inversión en el ZORA LNG a través de un contrato de futuros LNG celebrado con LNG Holding. De conformidad con este contrato, LNG Luxembourg se compromete a ceder a LNG Holding las acciones de LNG Supply. El precio de las acciones de LNG Supply corresponde al importe nominal del ZORA LNG ([35]).

2.2.3.2. ***Los contratos firmados entre las partes***

(34) Luxemburgo presentó las copias de los contratos que informan sobre la aplicación por parte de Engie de las operaciones descritas en las resoluciones fiscales LNG:

(1) un contrato de trasferencia de actividades celebrado entre LNG Trading y LNG Supply el 30 de octubre de 2009 (en lo sucesivo, «el contrato de transferencia LNG») ([36]) en virtud del cual la primera se compromete a transferir a la segunda la actividad de GNL por un precio de 657 millones USD ([37]) a cambio de dos pagarés emitidos por LNG Supply (en calidad de prestatario) a favor de LNG Trading (en calidad de prestamista), y cuyos importes respectivos ascienden a 11 000 000 USD y a 646 000 000 USD ([38]);

(2) un contrato de préstamo obligatoriamente convertible celebrado entre LNG Luxembourg y LNG Supply el 30 de octubre de 2009 (en lo sucesivo, «el contrato ZORA LNG») ([39]). En virtud de este contrato, LNG Luxembourg concede un préstamo a LNG Supply ([40]), reembolsable mediante la emisión de acciones de LNG Supply ([41]). La duración máxima del préstamo es de 15 años. Por lo tanto, vence el 30 de octubre de 2024 ([42]). Al final de este período, se convertirá en acciones, salvo que anteriormente una de las partes ya lo haya convertido con el acuerdo por escrito de la otra ([43]). El «precio de emisión» del préstamo es de 646 millones USD ([44]). El precio de conversión equivaldrá al «precio de emisión» con la suma de las adiciones al ZORA acumuladas a la fecha de la conversión ([45]). Como se explica en el punto 2.2.3.6, el ZORA LNG se convirtió parcialmente en 2014;

(3) un contrato de compra de acciones de futuros prepagado celebrado entre LNG Holding y LNG Luxembourg a la misma fecha ([46]). En virtud de este contrato, LNG Holding compra todos los derechos de LNG Luxembourg sobre las acciones de LNG Supply por 646 millones USD ([47]), es decir el mismo importe que el «precio de emisión» del ZORA LNG. Las acciones de LNG Supply se transferirán a LNG Holding a la fecha de su emisión ([48]).

2.2.3.3. ***El trato fiscal de LNG Supply***

(35) Según la solicitud de resolución fiscal LNG de 2008, aprobada por la Administración tributaria luxemburguesa, los beneficios anuales generados por LNG Supply serán iguales a un margen acordado con la Administración

([34]) Que, a más tardar, interviene al vencimiento del ZORA, véase el considerando 34 (2).
([35]) En concreto, la estructura se aplicó de la manera siguiente: LNG Supply adquirió la actividad de GNL a cambio de dos créditos, uno de *[7-12]* millones USD, y el otro representaba el valor real de mercado de la actividad de GNL descontando *[7-12]* millones USD. El segundo crédito lo transfirió LNG Trading a LNG Holding, que, a su vez, lo transfirió a LNG Luxembourg a cambio del contrato de futuros LNG. LNG Luxembourg transfirió el crédito a LNG Supply a cambio del ZORA LNG (véase la solicitud de resolución fiscal de 2009, sección 1).
([36]) Presentado por Luxemburgo el 16 de junio de 2017.
([37]) Véase el contrato de transferencia LNG, punto 2.1.
([38]) Véase el contrato de transferencia LNG, puntos 2.1, 3 y 4.3.
([39]) Presentado por Luxemburgo el 21 de noviembre de 2016.
([40]) Véase el contrato ZORA LNG, punto 2.
([41]) Véase el contrato ZORA LNG, punto 5.
([42]) Véase el contrato ZORA LNG, punto 4.
([43]) Véase el contrato ZORA LNG, puntos 4 y 5.
([44]) Véase el contrato ZORA LNG, punto 2.
([45]) Véase el contrato ZORA LNG, punto 5.2 y definiciones del punto 1.
([46]) Presentado por Luxemburgo el 21 de noviembre de 2016.
([47]) Véase el punto 2 del contrato de futuros de LNG. La diferencia entre el precio de transferencia de los activos de GNL en virtud del contrato de transferencia de la actividad (657 millones USD) y el «precio de emisión» del ZORA LNG y el precio fijado en virtud del contrato de futuros LNG (646 millones USD) corresponde al pagaré de 11 millones USD emitido por LNG Supply y que no está incluido en la estructura de financiación (véase la nota a pie de página 35).
([48]) Véase el punto 3 del contrato de futuros LNG.

tributaria luxemburguesa (en lo sucesivo, «margen LNG»). Por lo tanto, LNG Supply solo tributará según este margen. La diferencia entre el beneficio real generado cada año por LNG Supply y el margen LNG (las adiciones al ZORA) se considera una carga deducible vinculada al ZORA LNG ([49]).

(36) El margen LNG se fija en la solicitud de resolución fiscal LNG de 2008 en un importe correspondiente a «un margen global neto de [1/(50-100)%] del valor de los activos brutos, tal como se indica en el balance de [LNG Supply], sin embargo este margen neto no es inferior al [0,0-0,50] % del volumen de negocios bruto anual de la sociedad ([50])». Según la solicitud de resolución fiscal LNG de 2008, «el margen LNG se considerará de plena competencia», porque LNG Supply no «asumirá el riesgo de cambio ni el riesgo de deudas incobrables por su actividad» ([51]). La solicitud de resolución fiscal LNG de 2008 también explica que «los ingresos brutos de [LNG Supply] […], tras deducir todos los gastos de operación asumidos y las tasas del ZORA, equivale aproximadamente al margen LNG» ([52]).

(37) En otras palabras, antes de la conversión del ZORA, los ingresos anuales imponibles de LNG Supply se limitan al margen LNG. La conversión no tiene ninguna incidencia en los ingresos anuales imponibles de LNG Supply, sabiendo que LNG Supply dedujo el importe de las adiciones al ZORA cada año antes de la conversión.

2.2.3.4. ***El trato fiscal de LNG Luxembourg***

(38) La solicitud de resolución fiscal LNG de 2008, aprobada por la Administración tributaria luxemburguesa, permite a LNG Luxembourg, durante la vigencia de ZORA LNG mantener el valor de ZORA en sus cuentas al valor contable ([53]), o, en su defecto, aumentar (o reducir) su valor, de su precio de adquisición hasta el precio de reembolso anticipado ([54]). Por lo tanto, a lo largo de la vigencia de ZORA LNG, LNG Luxembourg puede optar por no reconocer ningún ingreso imponible, ni gasto fiscalmente deducible en relación con ZORA. Como se explica en el considerando 52, LNG Luxembourg optó por mantener el reconocimiento del ZORA en su valor contable.

(39) En la conversión, LNG Luxembourg recibirá las acciones de LNG Supply, cuyo valor integrará el precio de emisión del ZORA y las adiciones al ZORA acumuladas a la fecha de conversión. Según la solicitud de resolución fiscal de 2008, la conversión está regida por el régimen de excepción previsto en el artículo 22 *bis* de la Ley relativa al impuesto sobre los ingresos (Ley modificada de 4 de diciembre de 1967 relativa al impuesto sobre los ingresos; en lo sucesivo, «la LIR»), a menos que LNG Supply decida no aplicarla ([55]). De acuerdo con esta disposición, la conversión del préstamo en acciones no dará lugar a una plusvalía imponible ([56]). Por consiguiente, las adiciones al ZORA que LNG Luxembourg recibirá en la conversión no tributarán en el momento de la conversión ([57]).

([49]) La solicitud de resolución fiscal LNG 2008 indica que «el ZORA se acumulará hasta alcanzar el beneficio antes de impuestos de [LNG Supply] descontando el margen neto […]. El incremento del valor de la obligación en virtud del ZORA generará una tasa deducible equivalente para [LNG Supply]» (solicitud de resolución fiscal LNG de 2008, página 2). Este aumento de la obligación se menciona en la solicitud de resolución fiscal LNG de 2008 con la denominación «acreción en el ZORA» o «tasa sobre el ZORA».

([50]) La solicitud de resolución fiscal LNG de 2012 especifica que "el margen neto de [1/(50-100)]% del valor de los activos brutos" debe considerarse que se refiere al valor medio de los activos financiados por el ZORA, mientras que el "volumen de negocios bruto" debería considerarse como los ingresos totales de LNG Supply, tal como se indica en sus cuentas, incluidas la facturación y las tasas derivadas de los intereses deudores asumidos y de las diferencias de cambio asociadas a las diversas actividades de LNG Supply.

([51]) Véase la solicitud de resolución fiscal LNG de 2008, página 5, apartado 6, y para la explicación, página 3.

([52]) Véase la solicitud de resolución fiscal de 2008, página 2. Esto significa que las adiciones al ZORA también podrían haber sido negativas, cuando LNG Supply registrara pérdidas.

([53]) Véase la solicitud de resolución fiscal de 2008, página 3.

([54]) La solicitud de resolución fiscal LNG de 2008 reconoce (nota a pie de página 4) que, «si no existen exigencias específicas en virtud de la legislación de Luxemburgo y a fin de reflejar el fondo económico de la remuneración del ZORA, se recomienda que [LNG Luxembourg] contabilice los ingresos de toda la vigencia del ZORA. Esto provocaría un aumento del valor del ZORA en las cuentas de [LNG Luxembourg], salvo que el valor real del ZORA sea inferior».

([55]) El artículo 22 *bis*, párrafo 2, de la LIR establece lo siguiente: «No obstante lo dispuesto en el artículo 22, párrafo 5, las operaciones de intercambio mencionadas en los puntos 1 a 4 siguientes no conducirán a la realización de las plusvalías inherentes a los bienes de intercambio, a menos que, en los casos mencionados en los puntos 1, 3 y 4, el acreedor o el socio renuncie a la aplicación de la presente disposición: 1. Para la conversión de un préstamo: la asignación al acreedor de títulos representativos del capital social del deudor. En caso de conversión de un préstamo de capitalización convertible, el interés capitalizado correspondiente al período de funcionamiento anterior a la conversión se gravará en el momento del cambio». En la práctica, esto significa que, a efectos del sistema tributario luxemburgués, el precio histórico de adquisición y la fecha de adquisición histórica del ZORA se utilizarán para las acciones emitidas en ese momento.

([56]) Véase la solicitud de resolución fiscal LNG de 2008, apartado 7, página 5.

([57]) Véase la solicitud de resolución fiscal LNG de 2008, apartado 7, página 5.

2.2.3.5. ***El trato fiscal de LNG Holding***

(40) Según la solicitud de resolución fiscal LNG de 2008, aprobada por la Administración tributaria luxemburguesa, LNG Holding registrará el pago recibido en virtud del contrato de futuros bajo el concepto «inmovilizaciones financieras» ([58]). La solicitud de resolución fiscal LNG de 2008 explica que estos activos «serán y continuarán evaluándose a precio de coste» ([59]). Por lo tanto, LNG Holding no registrará ingresos imponibles ni tasas deducibles fiscalmente antes de la conversión del ZORA, y la transferencia de LNG Luxembourg de las acciones de LNG Supply emitidas de nuevo.

(41) La solicitud de resolución fiscal LNG de 2008 también pide la confirmación de que «a efectos del artículo 166 de la LIR […] la participación adquirida por [LNG Holding] en virtud del contrato de futuros [LNG] se tratará como tal *desde el momento en que se celebre el contrato de futuros [LNG]*» ([60]) y que «todos los ingresos (dividendos y plusvalías) generados por sociedades luxemburgueses y derivados de las mismas estarán exentos sobre la base del artículo 166 de la LII» ([61]). Tal como se explica en la sección 2.3.2, el artículo 166 de la LIR es la disposición de la Ley relativa al impuesto sobre los ingresos que rige la exención de los rendimientos de participaciones en Luxemburgo. En virtud del sistema de exención de los rendimientos de participaciones, los ingresos procedentes de participaciones de otras entidades, como las acciones, están exentos si se cumplen determinadas condiciones.

(42) Por lo tanto, los ingresos imponibles asociados a la tenencia de acciones de LNG Supply emitidas en el contexto de la conversión del ZORA LNG estarán exentos de impuestos a nivel de LNG Holding, si se cumplen las condiciones del artículo 166 de la LIR.

2.2.3.6. ***La resolución fiscal LNG relativa a la conversión***

(43) Según la solicitud de resolución fiscal LNG sobre la conversión, aprobada por la Administración tributaria luxemburguesa, Engie realizaría una conversión inicial parcial del ZORA LNG a acciones por un importe estimado en esa fecha de [300-400] millones USD. En la fecha de conversión, se adoptaría una resolución para reducir el capital nominal de LNG Supply a un importe equivalente al de la conversión. De acuerdo con la solicitud de resolución fiscal, «[p]ara [LNG Luxembourg], la conversión parcial del ZORA no tiene ninguna incidencia fiscal» ([62]). «Debido a la reducción del capital de [LNG Supply], [LNG Holding] registrará un beneficio equivalente a la diferencia entre el importe nominal de las acciones convertidas y el importe de la conversión. Este beneficio aparecerá en los libros de contabilidad de [LNG Holding] y está cubierto por la exención de los rendimientos de participaciones» ([63]). Como consecuencia, el beneficio obtenido por LNG Holding en el momento de la cancelación de las acciones debido a la reducción del capital estará exento de impuestos. Este beneficio corresponde a las adiciones al ZORA integradas en las acciones de LNG Supply recibidas por LNG Holding en la conversión.

2.2.3.7. ***Ejecución de las resoluciones fiscales LNG***

(44) Las declaraciones fiscales presentadas por Luxemburgo reflejan el trato fiscal concedido a las empresas implicadas en las operaciones descritas en las resoluciones fiscales LNG.

2.2.3.7.1. **LNG Supply**

(45) Las cuentas sociales de LNG Supply del año 2010 indican que en 2009 se celebró «un contrato de préstamo obligatoriamente convertible en acciones entre LNG Luxembourg y LNG Supply» por un importe de 646 millones USD y una duración de 15 años a partir del 30 de octubre de 2009 ([64]).

(46) El ZORA LNG está registrado en el pasivo del balance e incluido en la declaración fiscal de LNG Supply por un importe equivalente al valor nominal del ZORA (646 millones USD) de 2009 a 2013 ([65]). En 2014, el importe se redujo en 193,8 millones USD para alcanzar los [300-600] millones USD tras la conversión parcial realizada durante el año ([66]).

([58]) Véase la solicitud de resolución fiscal de 2008, página 3.
([59]) Véase la solicitud de resolución fiscal de 2008, página 3.
([60]) Véase la solicitud de resolución fiscal LNG de 2008, página 4 (subrayado añadido por la Comisión).
([61]) Véase la solicitud de resolución fiscal LNG de 2008, página 9.
([62]) Véase la solicitud de resolución fiscal LNG de 2008, sección 3.1.
([63]) Véase la solicitud de resolución fiscal LNG de 2008, sección 3.2.
([64]) Véase la nota 9 de las cuentas sociales de LNG Supply 2010.
([65]) Véase, para cada año, la declaración del impuesto sobre los ingresos de las sociedades y del impuesto sobre actividades económicas, anexo 1.
([66]) Véase la declaración del impuesto sobre los ingresos de las sociedades y del impuesto sobre actividades económicas de 2014, anexo 1.

(47) Cada año, se registra un importe equivalente a las adiciones anuales al ZORA en el pasivo del balance de LNG Supply ([67]) como deuda financiera de LNG Supply ([68]) como contrapartida del gasto correspondiente registrado en la cuenta de resultados. Por lo tanto, este importe se deduce de los ingresos imponibles de LNG Supply. Las adiciones al ZORA acumuladas registradas en las declaraciones fiscales de LNG Supply se presentan en el Cuadro 1. La reducción de 193,8 millones USD de las adiciones al ZORA acumuladas en 2014 se debe al impacto de la conversión parcial del ZORA LNG, que, por otro lado, se compensa parcialmente con las adiciones complementarias al ZORA del año ([69]).

Cuadro 1

Adiciones al ZORA acumuladas registradas en las declaraciones fiscales de LNG Supply

	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016
Adiciones al ZORA acumuladas (en millones USD)	10,9	46,8	165,6	[350–400]	[650–700]	[450–550]	0	0

(48) LNG Supply está sujeta al margen LNG. Tal como se indica en la Figura 2 del año 2011 ([70]), el margen LNG se fija al [1/(50-100)%] de la media total de los activos de la sociedad con un mínimo de [0,0-0,50]% del volumen de negocios bruto anual, de acuerdo con la resolución fiscal LNG de 2008. El valor medio de los activos que financian el ZORA ascendió a 752 703 699 USD en 2011. Por lo tanto, el margen de [1/(50-100)%] ascendió a [100 000-150 000] USD. El volumen de negocios registrado fue de 1 573 579 569 USD. Por lo tanto, el margen de *[0,0-0,50]*% de este importe ascendió a [3 500 000-4 000 000] USD. Por consiguiente, este último importe se consideró la renta imponible de LNG Supply para el período de 2011 ([71]). De este modo, LNG Supply pagó [500 000-1 500 000] EUR ([72]) en virtud del impuesto sobre los ingresos de las sociedades para el ejercicio fiscal de 2011.

Figura 2

Cálculo de los ingresos imponibles de LNG Supply, tal como se detalla en el anexo 3 de la declaración fiscal de 2011

Adición al Zora

El importe de la adición al Zora, tal como se indica en las cuentas anuales, no corresponde a los acuerdos previos firmados por las autoridades tributarias, el 9 septiembre de 2008 y de marzo de 2012.

Por consiguiente, se ha elaborado un balance fiscal a fin de reflejar el importe correcto. En efecto, tras este acuerdo previo, el margen de la sociedad no tributa (véase a continuación).

Cálculo del margen

Margen neto [1/(50-100) %] sobre el valor de los activos brutos (es decir, el valor medio de los activos que financian el Zora) con un mínimo de [0,0-0,5 %] del volumen de negocios bruto derivado de los activos que se transfirieron a la sociedad (es decir, la renta total de la sociedad)

([67]) Véase, para cada año, la declaración del impuesto sobre los ingresos de las sociedades y del impuesto sobre actividades económicas, anexo 1.

([68]) Véase, para cada año, la declaración del impuesto sobre los ingresos de las sociedades y del impuesto sobre actividades económicas, anexo 2.

([69]) Según la declaración del impuesto sobre los ingresos de las sociedades y del impuesto sobre actividades económicas de 2014, anexo 2, las adiciones al ZORA correspondientes a 2014, ascendieron a [250-350] millones USD. Esto significa que el importe al que se redujeron efectivamente las adiciones al ZORA acumuladas en 2017 ascendió a [450-550] millones USD (lo que corresponde a la suma de [250-350] millones USD y de 193,8 millones USD).

([70]) Esta cifra corresponde al cálculo del margen LNG, tal como se establece en el anexo 3 de la declaración del impuesto sobre los ingresos de las sociedades y del impuesto sobre actividades económicas para 2011. En declaraciones fiscales de otros años se puede encontrar un cálculo similar.

([71]) Según la declaración del impuesto sobre los ingresos de las sociedades y del impuesto sobre actividades económicas de 2011, este importe se convirtió en [2 500 000-3 500 000] EUR.

([72]) A saber, [100 000-300 000] EUR en virtud del impuesto municipal sobre actividades económicas y [550 000-750 000] EUR en virtud del impuesto sobre los ingresos de las sociedades.

Margen mínimo

Producto total	Tasa	Fecha de inicio	Fecha de fin	Margen mínimo (USD)
1 573 579 569	[0,0-0,5 %]	1/1/11	31/12/11	[3 500 000-4 000 000]

Margen neto de [1/(50-100 %)] sobre el valor medio de los activos que financian el Zora.

Fecha	Zora	
1/1/11	692 817 329	(Véase la declaración fiscal de 2010)
31/12/2011	812 590 069	
Total	1 505 407 398	
Media	752 703 699	

Zora	Tasa	Fecha de inicio	Fecha de fin	Margen (USD)
752 703 699	[1/(50-100) %]	1/1/11	31/12/11	[100 000-150 000]

(49) De acuerdo con las cuentas sociales de LNG Supply del año 2014, la conversión parcial del ZORA LNG se dividió «entre una parte del importe nominal y una parte de adición» ([73]). Por consiguiente, tanto el importe nominal del ZORA como las adiciones al ZORA acumuladas se redujeron en 193,8 millones USD en 2014 ([74]). En septiembre de 2014, LNG Supply aumentó su capital en 699,9 millones USD ([75]) para reembolsar parcialmente el ZORA LNG. Las acciones de LNG Supply se emitieron según el valor nominal y posteriormente se anularon por una reducción de capital por un importe de su valor nominal ([76]). Esta conversión no tuvo consecuencias fiscales para LNG Supply.

(50) En 2015, cuando LNG Supply estaba en situación deficitaria, las adiciones al ZORA se volvieron negativas por un importe de [650-850] millones USD, lo cual, en consecuencia, redujo, en primer lugar, las restantes adiciones al ZORA acumuladas (de [450-550] USD) a 0 USD y, en segundo lugar, el valor nominal del saldo pendiente del ZORA LNG a [200-250] millones USD ([77]).

(51) En 2016, las adiciones al ZORA volvían a ser negativas por un importe de [100-200] millones USD, lo cual redujo más el importe del saldo pendiente del ZORA LNG a [100-200] millones USD ([78]).

2.2.3.7.2. **LNG Luxembourg**

(52) De acuerdo con las declaraciones fiscales de LNG Luxembourg, el valor del ZORA LNG se mantuvo a su valor nominal (de 646 millones USD) hasta su conversión parcial en 2014 ([79]), de conformidad con la resolución fiscal LNG de 2008 ([80]). El contrato de futuros LNG también aparece en la declaración fiscal de LNG Luxembourg como elemento del pasivo con el mismo importe ([81]).

(53) En 2014, como consecuencia de la conversión parcial, el valor del ZORA LNG (activo) y del contrato de futuros LNG (pasivo) disminuyó en 193,8 millones USD, para llegar a 452,2 millones USD, sin ningún impacto en la cuenta de resultados ([82]). LNG Luxembourg no optó por la aplicación del artículo 22 *bis* de la LIR.

([73]) Véase la nota 8 de las cuentas sociales de 2014 de LNG Supply.
([74]) Véanse los considerandos 46 y 47. Sin embargo, tal como se indica en la nota a pie de página 69, el importe al que se redujeron efectivamente las adiciones al ZORA acumuladas ascendió a [450-550] millones USD.
([75]) El importe de 699,9 millones USD también incluye las adiciones al ZORA correspondientes a 2014 (véanse las notas a pie de página 69 y 74).
([76]) Véase la nota 7 de las cuentas sociales de LNG Supply de 2014.
([77]) Véase la nota 8 de las cuentas sociales de LNG Supply de 2015.
([78]) Véase la nota 8 de las cuentas sociales de LNG Supply de 2016.
([79]) Véase la declaración del impuesto sobre los ingresos de las sociedades y del impuesto sobre actividades económicas de 2013, anexo 1.
([80]) Véase el considerando 38.
([81]) Véase la declaración del impuesto sobre los ingresos de las sociedades y del impuesto sobre actividades económicas de 2013, anexo 1.
([82]) Véase la declaración del impuesto sobre los ingresos de las sociedades y del impuesto sobre actividades económicas de 2014, anexos 1 y 2.

(54) En 2015, como se explica en el considerando 50, el valor del ZORA LNG se redujo a [300-600] millones USD debido a las adiciones negativas al ZORA. Por consiguiente, LNG Luxembourg redujo el valor del ZORA LNG en este importe y, al mismo tiempo, redujo el valor del contrato de futuros LNG al mismo importe ([83]).

(55) En 2016, se realizaron correcciones similares en el ZORA LNG y en el contrato de futuros LNG, reduciendo su valor a [100-200] millones USD ([84]).

2.2.3.7.3. **LNG Holding**

(56) El ZORA se incluye en las cuentas sociales de LNG Holding como activo financiero ([85]). Desde 2012, una participación de LNG Supply de un importe equivalente al nominal del ZORA LNG también aparece en la declaración fiscal de LNG Holding en la categoría de participaciones admisibles para la exención de los rendimientos de participaciones en virtud del artículo 166 de la LIR ([86]).

(57) De acuerdo con la declaración fiscal y las cuentas sociales de LNG Holding de 2014, la anulación de las acciones de LNG Supply recibidas tras la conversión parcial del ZORA LNG en 2014 generó una plusvalía de 506,2 millones USD ([87]), que no estuvo sujeta a impuestos por la aplicación del régimen de exención de los rendimientos de participaciones (artículo 166 de la LIR).

(58) En 2015 y en 2016, LNG Holding registró una corrección por pérdida de valor en el contrato de futuros LNG que reflejaba la bajada de valor del ZORA LNG, como resultado de las adiciones negativas al ZORA, tal como se explica en los considerandos 50 y 51 ([88]). Este gasto por pérdida de valor se consigna en la cuenta de resultados de LNG Holding.

2.2.4. DESCRIPCIÓN DETALLADA DE LAS RESOLUCIONES FISCALES GSTM

2.2.4.1. ***Las operaciones descritas en las resoluciones fiscales GSTM***

(59) Según la solicitud de resolución fiscal GSTM de 2010, Engie se propone aplicar una estructura similar a la descrita en las resoluciones fiscales LNG: GSTM adquiere la actividad de financiación y de gestión de tesorería y financia la adquisición mediante el ZORA GSTM concedido por EIL. En la conversión ([89]), GSTM emite acciones (en lo sucesivo, «acciones GSTM») que incluyen el importe nominal del ZORA con la suma o la deducción de las adiciones al ZORA. Por su parte, EIL financia la inversión en el ZORA GSTM a través del contrato de futuros GSTM celebrado con CEF. En virtud de este contrato, EIL se compromete a ceder acciones de GSTM a CEF. El precio de venta de las acciones GSTM corresponde al valor nominal del ZORA GSTM. ([90])

(60) La solicitud de resolución fiscal GSTM de 2012 contiene un análisis fiscal de un ZORA idéntico que equivale al de la solicitud de resolución fiscal LNG de 2008, aparte del hecho de que esta resolución fiscal prevé, entre otras cosas, un posible aumento en el futuro del importe del ZORA GSTM ([91]).

([83]) Véanse las notas 4 y 5 de las cuentas sociales de LNG Luxembourg de 2015.
([84]) Véanse las notas 3 y 6 de las cuentas sociales de LNG Luxembourg de 2016.
([85]) Véase, por ejemplo, la nota 3 de las cuentas sociales de LNG Supply de 2013.
([86]) Véase, para cada año desde 2012, la declaración del impuesto sobre los ingresos de las sociedades y del impuesto sobre las actividades económicas, información relativa a las participaciones a que se refiere el artículo 166 de la LIR.
([87]) Véase la nota 3 de las cuentas sociales de LNG Holding de 2014. El importe de la plusvalía corresponde aproximadamente al importe de las adiciones al ZORA acumuladas convertidas (véase la nota a pie de página 74).
([88]) Véase la nota 3 de las cuentas sociales de LNG Holding de 2015 y 2016.
([89]) Que, a más tardar, interviene al vencimiento del ZORA, véase el considerando 63 (2).
([90]) En concreto, la estructura se aplicó de la manera siguiente: CEF transfiere la actividad de financiación y de gestión de tesorería a GSTM a cambio de un pagaré de GSTM. CEF cede el pagaré a EIL a cambio de un segundo pagaré del mismo importe emitido por EIL dirigido a CEF. Posteriormente, GSTM emitirá el ZORA GSTM a favor de EIL a cambio del primer pagaré. EIL financiará la inversión en el ZORA GSTM a través del contrato de futuros GSTM celebrado con CEF. Como contrapartida del contrato de futuros GSTM, CEF pagará un importe igual al segundo pagaré que se compensará (véase la solicitud de resolución fiscal GSTM 2010 sección I).
([91]) Según el apartado 5 de la solicitud de resolución fiscal GSTM de 2012, «el ZORA emitido por GSTM podrá aumentarse. Se prevé que el importe total emitido en virtud del ZORA oscile entre [7 000-12 000] y [37 000-42 000] millones EUR». Según las cuentas y las declaraciones fiscales de GSTM, a fecha de 31 de diciembre de 2016, el importe del ZORA GSTM no se había incrementado.

2.2.4.2. ***Los contratos firmados entre las partes***

(61) Luxemburgo ha presentado copias de los documentos y contratos que informan sobre la ejecución por parte de Engie de las operaciones descritas en las resoluciones fiscales GSTM:

(1) un documento titulado «Propuesta de cesión de un sector de actividad», presentado en el Registro mercantil y de sociedades de Luxemburgo el 13 de mayo de 2011 (en lo sucesivo, «la propuesta de cesión a GSTM») ([92]). Según este documento, CEF pretende ceder a GSTM la actividad de financiación y de gestión de tesorería por un importe de 1 036 912 506,84 EUR. De acuerdo con la propuesta de cesión a GSTM, CEF transfiere estas actividades a cambio de un pagaré de GSTM ([93]);

(2) dos contratos de préstamo obligatoriamente convertibles celebrados por EIL y GSTM, uno con fecha de 17 de junio de 2011 y el otro de 30 de junio de 2014 (en lo sucesivo, «los contratos ZORA») ([94]), con casi el mismo contenido ([95]). En virtud de los contratos ZORA GSTM, EIL concede a GSTM un préstamo ([96]) reembolsable mediante la emisión de acciones GSTM ([97]). Este préstamo vence el 17 de junio de 2026 ([98]). Al final de este período, se convertirá en acciones, salvo que anteriormente una de las partes ya lo haya convertido con el acuerdo por escrito de la otra ([99]). El «precio de emisión» del préstamo es de 1 036 912 507 EUR ([100]). El precio de conversión equivaldrá al «precio de emisión» con la suma de las adiciones al ZORA acumuladas a la fecha de la conversión ([101]);

(3) un contrato de compra de acciones de futuros prepagado celebrado entre CEF y EIL el 17 de junio de 2011 (el contrato de futuros GSTM) ([102]). En virtud de este contrato, CEF compra todos los derechos de EIL sobre las acciones GSTM a un precio equivalente al «precio de emisión» del ZORA GSTM ([103]). Las acciones GSTM se transferirán a CEF en la fecha de su emisión ([104]).

2.2.4.3. ***El trato fiscal de GSTM***

(62) De acuerdo con la solicitud de resolución fiscal de 2010, aprobada por la Administración tributaria luxemburguesa, la renta imponible anual de GSTM es igual a un margen acordado con la Administración tributaria luxemburguesa (en lo sucesivo, «el margen GSTM»). Por consiguiente, solo se gravará a GSTM sobre este margen. La diferencia entre el beneficio real generado por GSTM y el margen GSTM (las adiciones al ZORA) se considera una carga deducible vinculada al ZORA GSTM ([105]).

(63) El margen GSTM se fija en la solicitud de resolución fiscal GSTM de 2010 en un importe que corresponde a «un margen global neto de [1/(50-100)]% del valor principal de todos sus activos, incluidos los activos financiados por préstamos normales» ([106]). En la solicitud de resolución fiscal GSTM de 2010, el margen GSTM se considera acorde con el principio de plena competencia ([107]).

(64) En la solicitud de resolución fiscal GSTM de 2012, se prevé una modificación del margen GSTM. Indica que su importe «se determinará en una "*APA letter*" posterior, acompañada de un "*TP [transfer pricing] report* [informe de los precios de transferencia]"» ([108]). Según las cuentas sociales de GSTM de 2011 ([109]), la modificación del margen GSTM a partir del 1 de enero de 2012 se debió a la entrada en vigor de la circular administrativa de 28 de enero de 2011 relativa a las operaciones de financiación intragrupo (en lo sucesivo, «la circular 164/2») ([110]). Esta

([92]) «Propuesta de cesión de un sector de actividad entregada en el Registro mercantil y de sociedades de Luxemburgo», presentada por Luxemburgo el 16 de junio de 2017.
([93]) Véase la Propuesta de cesión de un sector de actividad — Memorial C — 13 de mayo de 2011 – sección 1: «En consideración de esta cesión de actividades, la empresa beneficiaria emitirá un pagaré por un importe equivalente a: 1 036 912 506,84 EUR».
([94]) Presentado por Luxemburgo el 21 de noviembre de 2016.
([95]) El contrato de 2014 se firmó tras una solicitud de financiación adicional y cubre cualquier importe previamente utilizado.
([96]) Véase la cláusula 2 de los contratos ZORA GSTM.
([97]) Véase la cláusula 5 de los contratos ZORA GSTM.
([98]) Véase la cláusula 4 de los contratos ZORA GSTM.
([99]) Véanse las cláusulas 4 y 5 de los contratos ZORA GSTM.
([100]) Véase la cláusula 2 de los contratos ZORA GSTM.
([101]) Véanse la cláusula 5.2 de los contratos ZORA GSTM, y las definiciones de la cláusula 1.
([102]) Presentado por Luxemburgo el 21 de noviembre de 2016.
([103]) Véase la cláusula 2 del contrato de futuros GSTM.
([104]) Véase la cláusula 3 del contrato de futuros GSTM.
([105]) Véase la solicitud de resolución fiscal GSTM de 2010, página 2.
([106]) Véase la solicitud de resolución fiscal GSTM de 2010, página 2.
([107]) Véase la solicitud de resolución fiscal GSTM de 2010, página 5, apartado 5.
([108]) Véase la solicitud de resolución fiscal de 2012, página 2. «APA» es una abreviatura de «Acuerdo previo sobre precios de transferencia».
([109]) Véase la declaración del impuesto sobre los ingresos de las sociedades y del impuesto sobre actividades económicas de 2011, anexo 3.
([110]) Circular del director de aportaciones n.º 164/2 de 28 de enero de 2011.

circular exigía la transmisión de estudios de precios de transferencia en el marco de las solicitudes destinadas a obtener una resolución fiscal que apruebe los precios de transferencia para las operaciones de financiación intragrupo (como el margen GSTM) ([111]). Por consiguiente, el asesor fiscal presentó, mediante cartas de 11 de julio de 2012 y 11 de noviembre de 2013, dos solicitudes de resolución fiscal acompañadas de estudios de precios de transferencia sobre el establecimiento del margen GSTM ([112]). Según Luxemburgo, la Administración tributaria no aprobó estas solicitudes de resolución fiscal. En otras palabras, la Administración tributaria luxemburguesa no emitió ninguna resolución fiscal que confirmara el importe del margen GSTM propuesto por el asesor fiscal de Engie en las cartas de 11 de julio de 2012 y de 11 de noviembre de 2013 ([113]).

(65) La solicitud de resolución fiscal GSTM de 2010 también expone que «en el improbable caso de que el trato contable no respete totalmente las obligaciones en virtud del contrato ZORA, el beneficio o la pérdida resultante indicado en las cuentas anuales no afectará a la situación fiscal contemplada arriba» ([114]).

(66) En conclusión, antes de la conversión del ZORA GSTM, los ingresos imponibles de GSTM se limitan al margen GSTM. La conversión del ZORA GSTM no tiene ninguna repercusión en los ingresos imponibles del GSTM.

2.2.4.4. ***El trato fiscal de EIL***

(67) El trato fiscal concedido a EIL es similar al que se ha descrito para LNG Luxembourg ([115]), y se basa en los mismos argumentos ([116]). Por lo tanto, durante la vigencia del ZORA GSTM, EIL puede optar por no reconocer ningún ingreso imponible ni gasto deducible fiscalmente. En el momento de la conversión, si EIL opta por aplicar el régimen derogatorio previsto en el artículo 22 *bis* de la LIR, no registrará ingresos ([117]) y, de este modo, no deberá ningún impuesto de sociedades ([118]). Tal como se explica en el considerando 76, LNG optó por mantener el reconocimiento del ZORA GSTM en su valor contable.

2.2.4.5. ***El trato fiscal de CEF***

(68) El trato fiscal concedido a CEF es similar al que se describe para LNG Holding ([119]). Por consiguiente, CEF no reconocerá ingresos imponibles ni gastos deducibles fiscalmente antes de la conversión del ZORA ([120]).

(69) La solicitud de resolución fiscal GSTM de 2010 también pide la confirmación de que «la participación adquirida por CEF en virtud del contrato de futuros se considerará una participación directa del capital de GSTM *desde el momento en que este contrato de futuros se celebre* a efectos del artículo 166 de la LIR» ([121]). Por lo tanto, los ingresos imponibles de CEF asociados a la tenencia de acciones de GSTM quedarán exentos de impuestos, en la medida en que se cumplan las condiciones establecidas en el artículo 166 de la LIR.

2.2.4.6. ***Ejecución de las resoluciones fiscales GSTM***

(70) Las declaraciones fiscales presentadas por Luxemburgo reflejan el trato fiscal concedido por Luxemburgo a las sociedades que participan en las operaciones descritas en las resoluciones fiscales GSTM.

2.2.4.6.1. **GSTM**

(71) Las cuentas sociales de GSTM de 2012 indican que EIL «concedió un préstamo obligatoriamente convertible de un importe de 1 036 912 506,84 EUR a [GSTM] de una duración de 15 años a partir del 17 de junio de 2011» ([122]).

([111]) Véase la circular 164/2, apartado 4.2.
([112]) Véase la declaración del impuesto sobre los ingresos de las sociedades y del impuesto sobre actividades económicas de 2012, anexo 3.
([113]) Véase la carta de Luxemburgo de 23 de mayo de 2016.
([114]) Véase la solicitud de resolución fiscal GSTM de 2010, página 2. En la misma línea, la solicitud de la resolución fiscal GSTM de 2012 reza como sigue: «en el caso de que el trato contable sea distinto a la adición anual en virtud del contrato ZORA, con fines fiscales, GSTM continuará declarando solo el margen».
([115]) Véase la sección 2.2.3.4.
([116]) Véase la solicitud de resolución fiscal GSTM de 2010, página 3 y las notas a pie de página 3 y 4, que contiene argumentos idénticos a los que se utilizaron en la solicitud de resolución fiscal LNG de 2008 (véase el considerando 38).
([117]) Véase la solicitud de resolución fiscal GSTM de 2010, página 3.
([118]) Véase la solicitud fiscal GSTM de 2010, apartado 6, página 6.
([119]) Véase la sección 2.2.3.5.
([120]) Véase la solicitud de resolución fiscal GSTM de 2010, página 3.
([121]) Véase la solicitud de resolución fiscal GSTM de 2010, página 5, apartado 2 (subrayado añadido por la Comisión).
([122]) Véanse también las notas explicativas del balance de GSTM a 31 de diciembre de 2011, declaración del impuesto sobre los ingresos de las sociedades y del impuesto sobre actividades económicas de 2011 de GSTM, anexo 3.

(72) El ZORA GSTM se consigna en el pasivo del balance incluido en las declaraciones fiscales de GSTM por un importe igual al valor nominal del ZORA (1 036 912 506,84 EUR). Este importe no evoluciona con el paso del tiempo ([123]).

(73) Cada año, se registra un importe equivalente a las adiciones anuales al ZORA en el pasivo del balance de GSTM como deuda financiera de GSTM ([124]) como contrapartida del gasto correspondiente registrado en la cuenta de resultados ([125]). Por lo tanto, este importe se ha deducido de los ingresos imponibles de GSTM. Las adiciones al ZORA acumuladas registradas en las declaraciones fiscales de GSTM del período de 2011 a 2015 se presentan en el siguiente Cuadro 2.

Cuadro 2

Adiciones al ZORA acumuladas registradas en las declaraciones fiscales de GSTM

	2011	2012	2013	2014	2015	2016
Adiciones al ZORA acumuladas (en millones EUR)	44,9	[100-150]	[300–350]	[450–500]	[600–650]	[600-900]

(74) En consonancia con la resolución fiscal GSTM de 2010, GSTM tributa según el margen GSTM. La siguiente Figura 3 presenta el cálculo del margen GSTM para el ejercicio de 2011 ([126]). Los «ingresos netos antes de impuestos y antes de la adición al ZORA» ascendían a 45 522 581,00 EUR. La renta imponible de GSTM se calcula sobre la base de [1/(50-100)]% del total medio de los activos de la sociedad para el período de 2011, que ascendía a 3 700 millones EUR. La renta imponible retenida por GSTM sobre esta base asciende a [500 000 – 600 000]EUR (a la que se añade un importe denominado «remuneración sobre el capital», de [6 000-11 000] EUR). La diferencia entre este importe y los «ingresos netos antes de impuestos y antes de la adición al ZORA» es de 44,9 millones EUR, importe consignado en la declaración fiscal en relación con la adición al ZORA deducible.

Figura 3

Cálculo de los ingresos imponibles de GSTM de 2011, tal como se detalla en el anexo 3 de la declaración fiscal de GSTM de 2011

Total activos	De	a	Número de días	Media (*)
8 691 871 776	2.5.2011	31.12.2011	244	3 729 884 433

Total de deudas que financian los activos	3 729 202 241
Rendimientos netos antes de impuestos y antes de la adición al Zora	[45 000 000-50 000 000]
Rendimientos netos antes de impuestos y antes de la adición al Zora relativos al capital	8 326
Rendimientos netos antes de impuestos y antes de la adición al Zora relativos a la deuda que financia los activos	[45 000 000-50 000 000]
Total	[45 000 000-50 000 000]
Margen de [1/(50-100) %]	[550 000-600 000]

([123]) Véase, para cada año, la declaración del impuesto sobre los ingresos de las sociedades y del impuesto sobre actividades económicas, anexo 1.
([124]) Véase, para cada año, la declaración del impuesto sobre los ingresos de las sociedades y del impuesto sobre actividades económicas, anexo 1.
([125]) Véase, para cada año, la declaración del impuesto sobre los ingresos de las sociedades y del impuesto sobre actividades económicas, anexo 2.
([126]) Esta cifra corresponde a la declaración del impuesto sobre los ingresos de las sociedades y del impuesto sobre actividades económicas correspondiente a 2011, anexo 3.

Renumeración sobre el capital	
Renumeración sobre la deuda que financia los activos (margen de [1/(50-100) %])	[550 000-600 000]
Margen neto total	[550 000-600 000]

El margen ya se contabilizó en las cuentas anuales, no hay que realizar ningún ajuste

Cálculo del importe imponible	EUR
Resultado del ejercicio	420 802
Añadir: impuestos	[150 000-200 000]
Importe imponible	[550 000-600 000]
Impuesto sobre la renta de las sociedades	[100 000-150 000]

(*) calculada sobre una base mensual

(75) Las declaraciones fiscales de GSTM muestran que, tal como se ha indicado anteriormente ([127]), el margen GSTM cambió después de 2011. Tal como se ilustra en la Figura 4 respecto a los años 2012 y 2013, el margen GSTM no está fijado al [1/(50-100)%] del valor de los activos, como se había previsto inicialmente en la solicitud de resolución fiscal GSTM de 2010, sino al [0-1 %] del valor de las deudas que financian los activos ([128]). En 2014, el margen GSTM se fijó al [0-1 %] del importe total de los préstamos y créditos. Las declaraciones fiscales indican que el margen GSTM para estos años se calculó en referencia a las solicitudes de resolución fiscal de 11 de julio de 2012 y de 11 de noviembre de 2013 ([129]) que, como se expone en el considerando 64, la Administración fiscal luxemburguesa nunca aceptó.

Figura 4

Cálculo de los ingresos imponibles de GSTM en referencia a las solicitudes de resolución fiscal de 2010 y de 2012, adjuntadas al anexo 3 de la declaración fiscal de GSTM de 2012

Anexos a la declaración del impuesto sobre la renta de las sociedades y del impuesto municipal sobre actividades económicas del año 2012 y la declaración del patrimonio el 1 de enero de 2013 en nombre de:

GDF SUEZ Treasury Management S.à.r.l número fiscal 2011 2416 545

Anexo 3	STAW/NGOK

Notas explicativas

Información general

Se hace referencia a las cartas del asesor fiscal de 9 de febrero de 2010 y de 15 de junio de 2012.

([127]) Véase el considerando 64.
([128]) Véase la declaración del impuesto sobre los ingresos de las sociedades y del impuesto sobre actividades económicas de 2012, anexo 3.
([129]) Véase la declaración del impuesto sobre los ingresos de las sociedades y del impuesto sobre actividades económicas de 2012, anexo 3.

Margen sobre la actividad de financión

Se hace referencia a los acuerdos previos en materia de precios de transferencia del asesor fiscal de 11 de julio de 2012 y de 11 de noviembre de 2013 (los APA)

El margen sobre las actividades de financiación se calcula de la forma siguiente:

Importe medio de deudas que financian los activos (*)	de	a	días	% (**)	margen
[9 000 000 000-10 000 000 000]	1/1/2012	31/12/2012	366	4,2 bps	[3 000 000-4 000 000]
Total			366		

Renumeración del capital de riesgo

Capital medio (*)	de	a	días	renumeración del capital de riesgo
[2 000 000-3 000 000]	1/1/2012	31/12/2012	366	[20 000-30 000]
Total			366	

Cálculo de la adición al Zora

Rendimientos netos antes de impuestos y antes de la adición al Zora	[100 000 000-150 000 000]
Menos: renumeración en capital	[20 000-30 000]
Menos: margen mínimo	[3 000 000-4 000 000]
Adición al Zora	[100 000 000-150 000 000]

El importe de la adición al Zora, tal como se indica en las cuentas, no corresponde a los APA (de manera suficiente). Por consiguiente, se ha realizado un ajuste de EUR [40 000-50 000] en el balance fiscal y la cuenta fiscal de pérdidas y garancias, y este ajuste se reflejará en las cuentas comerciales del año 2013.

(*) Calculado sobre una base mensual
(**) Nos referimos al estudio de precios de transferencia tal como se prevé en los APA

2.2.4.6.2. **EIL**

(76) El valor del ZORA GSTM en las cuentas de EIL se ha mantenido al nivel del valor nominal, es decir 1 036 912 507 EUR ([130]), de conformidad con la opción concedida por las resoluciones fiscales GSTM ([131]).

([130]) Véase, para cada año, el balance de EIL en la declaración del impuesto sobre los ingresos de las sociedades y del impuesto sobre actividades económicas, anexo 1.
([131]) Véase el considerando 67.

2.2.4.6.3. **CEF**

(77) Por último, una participación de GSTM de un importe equivalente al nominal del ZORA GSTM también aparece en las declaraciones fiscales de CEF en la categoría de participaciones admisibles para la exención de los rendimientos de participaciones en virtud del artículo 166 de la LIR ([132]).

2.3. *DESCRIPCIÓN DEL MARCO JURÍDICO NACIONAL APLICABLE*

2.3.1. DESCRIPCIÓN DE LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL RÉGIMEN LUXEMBURGUÉS DE IMPOSICIÓN DE LAS SOCIEDADES

(78) Las normas del derecho común aplicables a la tributación de las sociedades en Luxemburgo se establecen en la LIR. Según el artículo 159 de la LIR, las sociedades con residencia fiscal en Luxemburgo están sujetas al impuesto sobre todos sus ingresos ([133]). El artículo 163 de la LIR estipula que el impuesto luxemburgués sobre las sociedades se aplica a los ingresos imponibles que genera un contribuyente a lo largo de un año determinado ([134]). Antes de 2013, todas las sociedades sujetas a impuestos en Luxemburgo tributaban según su beneficio imponible a un tipo estándar del 28,80 % ([135]). Desde 2013, el tipo impositivo estándar es del 29,22 %.

(79) El artículo 18, apartado 1, de la LIR, estipula el método que determina el beneficio anual imponible de una empresa contribuyente: «El beneficio será la diferencia entre los activos netos invertidos al final y los activos netos invertidos al principio del ejercicio más las deducciones personales realizadas durante el ejercicio y deducidos de las contribuciones abonadas durante el ejercicio».

(80) El artículo 23 de la LIR explica que la evaluación de los activos netos debe cumplir las normas y los principios contables ([136]).

(81) El artículo 40 de la LIR establece el principio de vincular el balance fiscal al balance comercial. Según este principio, el balance fiscal, que fija la renta anual imponible, debe corresponderse con el balance comercial, salvo que se aplique una norma fiscal específica que disponga el uso de valores distintos ([137]).

2.3.2. EL RÉGIMEN DE EXENCIÓN DE LOS RENDIMIENTOS DE PARTICIPACIONES Y LA IMPOSICIÓN DE LA DISTRIBUCIÓN DE DIVIDENDOS

(82) Según el artículo 97, apartado 1, de la LIR, los rendimientos del capital mobiliario incluyen los dividendos, las participaciones en beneficios y otros rendimientos asignados, derivados de las acciones o de otras participaciones de las sociedades ([138]).

([132]) Véase, para cada año, la declaración del impuesto sobre los ingresos de las sociedades y del impuesto sobre las actividades económicas, información relativa a las participaciones a que se refiere el artículo 166 de la LIR.

([133]) Artículo 159, apartado 1 de la LIR: «Se consideran contribuyentes residentes sujetos al pago del impuesto sobre la renta de las sociedades a las entidades de carácter colectivo que se describen a continuación, siempre que su domicilio social o administración central se encuentre en el Grand Ducado de Luxemburgo». Artículo 159, apartado 2, de la LIR: «El impuesto de sociedades se aplica a todos los ingresos del contribuyente».

([134]) Artículo 163, apartado 1 de la LIR: «El impuesto de sociedades se recauda sobre la renta imponible del contribuyente durante el año natural.»

([135]) El impuesto de sociedades de Luxemburgo consiste en un impuesto sobre los beneficios (el «impuesto sobre la renta de las sociedades»), cuyo tipo se fija en el 21 %, y, para las empresas establecidas en la ciudad de Luxemburgo, un impuesto comercial sobre los beneficios («impuesto comercial»), cuyo tipo se fija en el 6,75 %. Además, se aplica un incremento del 5 % al impuesto sobre la renta de las sociedades del 21 % para alimentar un fondo de empleo. En 2012, el incremento de solidaridad aumentó del 5 % al 7 % con efecto a partir del ejercicio fiscal de 2013. Con los cambios introducidos a partir del ejercicio fiscal de 2013, el tipo impositivo acumulado aumentó del 28,80 % al 29,22 % para los ingresos de las empresas establecidas en la ciudad de Luxemburgo. Asimismo, las empresas de Luxemburgo están sujetas a un impuesto anual sobre el patrimonio, que afecta a sus activos netos y que consiste en un gravamen del 0,5 % del valor neto del patrimonio que poseen en el mundo y se aplica el 1 de enero de cada año.

([136]) Artículo 23, apartado 1 de la LIR: «[…] la valoración de los bienes de los activos netos invertidos deberá cumplir las normas establecidas en los siguientes apartados y, por lo que se refiere a los operadores obligados a llevar una contabilidad periódica, los principios de tal compatibilidad».

([137]) Artículo 40, apartado 1, de la LIR: «Cuando los requisitos de evaluación fiscal no requieran una evaluación de un determinado importe, los valores que deben utilizarse para determinar el balance fiscal deben ser los del balance comercial o deben acercarse a ellos tanto como sea posible en el marco de los requisitos pertinentes, en función de que los valores del balance comercial cumplan o no cumplan los mismos requisitos».

([138]) Artículo 97, apartado 1, de la LIR: «Los siguientes se considerarán rendimientos del capital mobiliario: 1. Los dividendos, las participaciones en beneficios y otros rendimientos asignados, en cualquier forma, por cuenta de acciones, participaciones del capital, participaciones en beneficios u otras participaciones de cualquier naturaleza en las sociedades a que se refieren los artículos 159 y 160.»

(83) Por lo que respecta a la imposición de dividendos y otros rendimientos derivados de participaciones, el artículo 166 de la LIR introduce en Luxemburgo el «régimen de exención de los rendimientos de participaciones». El régimen prevé una exención del impuesto de sociedades, de la retención en la fuente y del impuesto sobre el patrimonio en relación con los activos netos por ingresos procedentes de participaciones de entidades que cumplan determinados criterios. El Consejo de Estado luxemburgués en su dictamen sobre el proyecto de ley que incorpora esta disposición en la LIR indicó que este régimen se justificaba para evitar la triple imposición por razones de equidad fiscal y de orden económico ([139]).

(84) El artículo 166, apartado 2, de la LIR enumera las entidades que pueden beneficiarse de la exención de los rendimientos de participaciones, entre las que se incluyen las sociedades de capitales imponibles en Luxemburgo (como las sociedades anónimas y las sociedades de responsabilidad limitada) y las empresas enumeradas en el artículo 2 de la Directiva 90/435/CEE del Consejo ([140]).

(85) Para poder acogerse a la exención, deben cumplirse dos condiciones acumulativas. Por una parte, las entidades deberán poseer o comprometerse a participar en una explotación durante un período ininterrumpido de al menos doce meses. Por otra parte, la participación no debe ser inferior al 10 % del capital de la entidad de la cual se posee la participación o el precio de adquisición no puede ser inferior a 1,2 millones EUR ([141]).

(86) Siempre que se cumplan estas dos condiciones, los rendimientos procedentes de la participación (dividendos, plusvalías u otros rendimientos derivados de la participación) están totalmente exentos del impuesto de sociedades de Luxemburgo. En virtud del artículo 166, apartado 9, de la LIR y del Reglamento del Gran Ducado, de 21 de diciembre de 2001 (el «Reglamento de 21 de diciembre de 2001») ([142]), la exención de los rendimientos de participaciones se aplica también a las plusvalías («rendimientos obtenidos de la venta de la participación») ([143]).

(87) La imposición de los beneficios distribuidos a nivel de la entidad distribuidora se rige por el artículo 164 de la LIR. El artículo 164, apartado 1, de la LIR estipula que para determinar los rendimientos imponibles, no es relevante que estos se hayan distribuido o no a los titulares ([144]). El artículo 164, apartado 2, de la LIR explica qué se entiende por «distribución» a efectos del artículo 164, apartado 1, de la misma ley, e incluye en esta categoría las distribuciones de cualquier tipo, realizadas a tenedores de acciones, participaciones sociales o acciones de fundadores, participaciones de usufructo o de cualquier otro título, incluidos los bonos de ingresos ([145]).

2.3.3. SUSPENSIÓN DE LA TRIBUTACIÓN DE LAS PLUSVALÍAS DERIVADAS DE UNA CONVERSIÓN

(88) El principio general relativo a la conversión de activos se establece en el artículo 22, apartado 5, de la LIR, de acuerdo con este apartado un intercambio de bienes se considera una venta a título oneroso del bien entregado a cambio, seguida de la compra a título oneroso del bien recibido a cambio a un precio correspondiente a su valor estimado de realización ([146]), lo cual da lugar, potencialmente, a una plusvalía imponible.

([139]) Dictamen del Consejo de Estado de 2 de abril de 1965 sobre el artículo 242 del proyecto de ley del impuesto sobre la renta: «Considera que los beneficios sociales generados por una sociedad filial y que pasan por una sociedad matriz antes de distribuirse a sus accionistas *están expuestos a una triple imposición que, por razones de equidad fiscal y de orden económico, hay que evitar*» (subrayado añadido por la Comisión).

([140]) Directiva 90/435/CEE del Consejo, de 23 de julio de 1990, relativa al régimen fiscal común aplicable a las sociedades matrices y filiales de Estados miembros diferentes (DO L 225 de 20.8.1990, p. 6).

([141]) Artículo 166, apartado 1, de la LIR: «Los rendimientos de una participación […] estarán exentos cuando, en la fecha en que se pongan a disposición, el beneficiario sea titular o se comprometa a poseer dicha participación durante un período ininterrumpido de al menos doce meses y que durante este período la participación no sea inferior al 10 % o que el precio de adquisición no sea inferior a 1 200 000 EUR».

([142]) Reglamento del Gran Ducado, de 21 de diciembre de 2001, por el que se aplica el artículo 166, apartado 9, punto 1 de la Ley modificada de 4 de diciembre de 1967 sobre el impuesto sobre la renta.

([143]) Artículo 166, apartado 9, de la LIR: «El Reglamento del Gran Ducado puede: 1. Ampliar la exención, según las condiciones que se determinen, a los rendimientos obtenidos por la venta de participaciones; 2. Estipular, según las condiciones que se especifiquen, que las pérdidas de la venta no son deducibles». Artículo 1, apartado 1, del Reglamento de 21 de diciembre de 2001: «Cuando un contribuyente, a que se refiere el artículo 166, apartado 1, puntos 1 a 4, vende los títulos de una participación directa del capital social de una sociedad mencionada en el apartado 2, puntos 1 a 3 del mismo artículo, los rendimientos obtenidos de la venta están exentos, cuando a la fecha de la enajenación de los títulos el vendedor posee o se compromete a poseer dicha participación durante un período ininterrumpido de al menos doce meses y que durante todo este período el tipo de participación no es inferior al 10 % o el precio de adquisición no es inferior a 6 000 000 EUR».

([144]) Artículo 164, apartado 1, de la LIR: «Para determinar los rendimientos imponibles, no es relevante que estos se hayan distribuido o no a los titulares».

([145]) Artículo 164, apartado 2, de la LIR: «El apartado anterior considera una distribución cualquier tipo de repartición a tenedores de acciones, participaciones sociales o acciones de fundadores, participaciones de usufructo o de cualquier otro título, incluidos los bonos de ingresos que conceden derechos sobre una participación en el beneficio anual o el beneficio de liquidación.»

([146]) Artículo 22, apartado 5, de la LIR: «El intercambio de bienes se considerará una venta a título oneroso del bien entregado a cambio, seguida de la compra a título oneroso del bien recibido a cambio. El precio de venta del bien entregado a cambio corresponderá a su valor realizable estimado».

(89) No obstante lo dispuesto en esta norma general, el artículo 22 *bis*, apartado 2, punto 1, de la LIR dispone que la conversión de un préstamo a capital social del deudor no desemboca en la realización de plusvalías a efectos del impuesto de sociedades. Esta misma disposición estipula que esta excepción no cubre el interés capitalizado del préstamo relacionado con el período de funcionamiento anterior a la conversión hasta la fecha del intercambio ([147]).

2.3.4. DISPOSICIÓN CONTRA LAS PRÁCTICAS ABUSIVAS

(90) El artículo 6 de la Ley de adaptación fiscal de Luxemburgo o *Steueranpassungsgesetz* (en lo sucesivo, «la StAnpG») prohíbe la evasión fiscal o la reducción de la carga fiscal mediante el uso abusivo de formas jurídicas o de planes financieros que son legales en relación con el derecho civil. De conformidad con el artículo 6 de la StAnpG, si la forma jurídica o el plan financiero que enmarca una operación no se adecua a su sustancia, el impuesto debe valorarse de acuerdo con la sustancia de la operación como si se hubiese concluido en la forma jurídica adecuada ([148]).

3. **RAZONES QUE MOTIVARON LA INCOACIÓN DEL PROCEDIMIENTO**

(91) En la Decisión de incoar un procedimiento, la Comisión estimó, de manera provisional, que el trato fiscal que concedían las resoluciones fiscales en cuestión parecía constituir una ayuda estatal en el sentido del artículo 107, apartado 1, del Tratado, y planteó dudas sobre la compatibilidad de estas medidas con el mercado interior.

(92) Más concretamente, en la Decisión de incoar un procedimiento, la Comisión planteó dudas en cuanto a:

(1) si las autoridades tributarias luxemburguesas habían permitido la deducción de las adiciones al ZORA y si los ZORA cumplían el principio de plena competencia;

(2) en el caso de que las autoridades tributarias luxemburguesas tuvieran derecho a deducir las adiciones al ZORA, en primer lugar, si las autoridades tributarias luxemburguesas estuvieron acertadas al aceptar la aplicación del artículo 22 *bis* de la LIR; y, en segundo lugar, si la metodología utilizada para determinar los ingresos imponibles de GSTM y de LNG Supply se ajustaba al principio de plena competencia;

(3) si el efecto combinado de la deducibilidad de los gastos (adiciones al ZORA) de LNG Supply y GSTM y de la no imposición de los ingresos correspondientes de EIL y LNG Luxembourg constituye una excepción al objetivo general del régimen fiscal luxemburgués, confiriendo así una ventaja selectiva a las sociedades de cartera LNG Holding y CEF.

(93) La primera duda de la Comisión se refería a la deducción de las adiciones al ZORA ([149]). La Comisión puso en duda la calificación de las adiciones al ZORA como intereses en el sentido del artículo 109 de la LIR y, por lo tanto, su deducibilidad. Más concretamente, la Comisión estimó que las adiciones al ZORA deberían considerarse distribuciones de beneficios de acuerdo con el artículo 164, apartados 1 y 2, de la LIR y, por consiguiente, que su deducción no debería haberse permitido. La Comisión también consideró que, al permitir las deducciones de las adiciones al ZORA, Luxemburgo había, potencialmente, aplicado de manera incorrecta el artículo 164, apartado 3, de la LIR. Según esta disposición, una empresa debe incluir en su renta imponible, como distribución oculta de beneficios, cualquier importe pagado a sus accionistas que no esté en consonancia con el principio de plena competencia. Más concretamente, la Comisión dudaba de que una empresa independiente que comerciara en el marco de las condiciones de plena competencia hubiera concedido un préstamo a LNG Supply y a GSTM en las mismas condiciones que las establecidas en los ZORA.

(94) En el caso de que las autoridades tributarias luxemburguesas tuvieran el derecho de permitir la deducción de las adiciones al ZORA, la Comisión expresó una segunda duda que podría explicarse en dos partes:

(1) en primer lugar, la Comisión cuestionó la aplicación del artículo 22 *bis*, de la LIR, según el cual ningún impuesto sobre los ingresos de las sociedades tributa sobre la conversión del ZORA en acciones ([150]). Si las adiciones al ZORA se consideraran intereses deudores deducibles, lo cual la Comisión ha refutado en su primera duda, deberían haber sido gravadas como rendimientos de EIL y LNG Luxembourg o de las sociedades de cartera, y no deberían haberse beneficiado de una exención en virtud del artículo 22 *bis*, de la LIR;

([147]) El artículo 22 *bis*, apartado 2, punto 1, de la LIR establece lo siguiente: «No obstante lo dispuesto en el artículo 22, párrafo 5, las operaciones de intercambio mencionadas en los puntos 1 a 4 siguientes no conducirán a la realización de las plusvalías inherentes a los bienes de intercambio, a menos que, en los casos mencionados en los puntos 1, 3 y 4, el acreedor o el socio renuncie a la aplicación de la presente disposición: 1. Para la conversión de un préstamo: la asignación al acreedor de títulos representativos del capital social del deudor. En caso de conversión de un préstamo de capitalización convertible, el interés capitalizado correspondiente al período de funcionamiento anterior a la conversión se gravará en el momento del cambio». Además, el artículo 22 *bis*, apartado 4, estipula lo siguiente: «Por parte del socio, el precio y la fecha de adquisición de los títulos recibidos a cambio corresponderán al precio y la fecha de adquisición de los títulos entregados a cambio. En caso de que se abone una compensación al socio, el precio de compra de los títulos recibidos a cambio se reducirá en el importe de dicha compensación.»

([148]) El artículo 6 de la StAnpG dispone lo siguiente: *Durch Missbrauch von Formen und Gestaltungsmöglichkeiten des bürgerlichen Rechts kann die Steuerpflicht nicht umgangen oder gemindert werden. Liegt ein Missbrauch vor, so sind die Steuern so zu erheben, wie sie bei einer den wirtschaftlichen Vorgängen, Tatsachen und Verhältnissen angemessenen rechtlichen Gestaltung zu erheben wären.*

([149]) Véase la sección 4.2.1 de la Decisión de incoar un procedimiento.

([150]) Véase la sección 4.2.2.1 de la Decisión de incoar un procedimiento.

(2) en segundo lugar, la Comisión planteó sus dudas respecto al método utilizado en las resoluciones fiscales en cuestión para determinar los rendimientos imponibles de LNG Supply y de GSTM (un margen imponible que no está fundado en ningún análisis económico) y respecto a la conformidad de este método con el principio de plena competencia ([151]).

(95) Por último, la tercera duda se refería al efecto combinado de la deducibilidad de las adiciones al ZORA respecto a las filiales y de la no imposición de los ingresos correspondientes de EIL y LNG Luxembourg debido a la aplicación del artículo 22 *bis*, de la LIR ([152]). Al combinar estos dos efectos, Luxemburgo validó la no imposición de facto de una parte significativa de los beneficios generados por las actividades de GSTM y de LNG Supply en Luxemburgo. La Comisión valoró si este resultado representaba una excepción al objetivo del régimen luxemburgués de imposición de las sociedades, que, según el artículo 163, de la LIR, consiste en gravar los beneficios de todas las sociedades sujetas a impuestos en Luxemburgo ([153]).

(96) En el contexto de esta tercera duda, la Comisión también examinó si el trato fiscal validado por las resoluciones fiscales podía constituir una aplicación errónea del artículo 166 de la LIR, cuyo objetivo es eliminar la doble imposición económica de un mismo beneficio. Más concretamente, la Comisión observó que la aplicación del artículo 166, de la LIR parecía haber sido invocada por CEF y LNG Holding para eximir los beneficios que no se habían gravado a nivel de GSTM y LNG Supply ([154]).

(97) La Comisión indicó que las resoluciones fiscales en cuestión concedían claramente una ventaja selectiva no solo a las sociedades de cartera CEF y LNG Holding, sino también al grupo Engie en general ([155]).

(98) La Comisión también estimó, previamente, que las resoluciones fiscales en cuestión podrían haber establecido excepciones a las disposiciones luxemburguesas relativas al abuso de derecho en el ámbito fiscal (artículos 5 y 6 de StAnpG) ([156]).

(99) En la reunión de 1 de junio de 2017 y en la carta de 11 de diciembre de 2017 en respuesta a la presentación de información adicional de Luxemburgo y Engie, la Comisión explicó de manera más detallada determinados elementos de su evaluación del caso. La Comisión tomó nota de que el artículo 109, apartado 1, de la LIR no se aplica a las sociedades constituidas con arreglo a la legislación luxemburguesa ni a las sociedades con residencia fiscal en Luxemburgo. La Comisión también observó que el régimen previsto en el artículo 22 *bis*, de la LIR es opcional y que, en este caso, las empresas afectadas todavía, hasta el momento, no han optado por su aplicación. Por último, la Comisión señaló que, según Luxemburgo, las resoluciones fiscales en cuestión «se basan en el régimen general de imposición de las sociedades» ([157]) y, sobre todo, en «el principio de vincular el balance fiscal al balance comercial» ([158]). A este respecto, y como indica la Decisión de incoar un procedimiento ([159]), el sistema de referencia aplicable podría ser el régimen luxemburgués de imposición de las sociedades, cuyo objetivo consiste en gravar los beneficios de las sociedades sujetas al impuesto de sociedades de Luxemburgo.

(100) Además, en su carta de 11 de diciembre de 2017, la Comisión explicó, respecto a la ventaja concedida al grupo Engie ([160]), que dado que el objetivo del régimen luxemburgués de imposición de las sociedades consiste en incluir, por norma general, en los rendimientos imponibles todos los beneficios registrados en las cuentas de la sociedad, las transacciones de financiación intragrupo que se realizan entre varias entidades con residencia fiscal en Luxemburgo no deberían repercutir en la suma de los rendimientos imponibles de estas entidades o, en otras palabras, en sus rendimientos imponibles combinados. En el presente caso, sin embargo, la Comisión observó que las resoluciones fiscales en cuestión dieron lugar a una reducción de los rendimientos imponibles combinados de Engie en Luxemburgo (razonamiento a nivel de grupo).

4. **OBSERVACIONES DE LUXEMBURGO**

(101) Luxemburgo recuerda, en primer lugar, que, de conformidad con el artículo 114 del Tratado, las disposiciones fiscales son competencia de los Estados miembros. Solo en los casos en que una disposición fiscal infrinja el artículo 107 del Tratado, la Comisión puede examinarla.

(102) En segundo lugar, Luxemburgo niega la existencia de una ventaja selectiva por las razones que se exponen a continuación.

([151]) Véase la sección 4.2.2.2 de la Decisión de incoar un procedimiento.
([152]) Véase la sección 4.2.3 de la Decisión de incoar un procedimiento.
([153]) Véanse los considerandos 151 a 155 de la Decisión de incoar un procedimiento.
([154]) Véase el considerando 156 de la Decisión de incoar un procedimiento.
([155]) Véase el considerando 152 de la Decisión de incoar un procedimiento.
([156]) Véase el considerando 158 de la Decisión de incoar un procedimiento.
([157]) Véanse las observaciones de Luxemburgo sobre la Decisión de incoar un procedimiento, apartado 168.
([158]) Véanse las observaciones de Luxemburgo sobre la Decisión de incoar un procedimiento, apartado 170.
([159]) Véase el considerando 152 de la Decisión de incoar un procedimiento.
([160]) Véase el considerando 97.

4.1. *EL SISTEMA DE REFERENCIA QUE UTILIZA LA COMISIÓN EN LA DECISIÓN DE INCOAR UN PROCEDIMIENTO ES ERRÓNEO*

(103) En primer lugar, según Luxemburgo, el artículo 109 de la LIR solo se aplica a las personas físicas y, por lo tanto, no se aplica a las empresas.

(104) En segundo lugar, Luxemburgo alega que los ZORA son, desde el punto de vista fiscal de Luxemburgo, instrumentos de deuda: por consiguiente, no pueden equipararse a participaciones en el capital ([161]). Esta clasificación se justifica principalmente por la ausencia de derechos de voto en relación con la posesión de ZORA, de derecho a participar en la gestión, de dividendos o de superávit de liquidación, por la obligación de ser reembolsados en una fecha predeterminada, por la ausencia de una escritura de fideicomiso que establezca una aportación de capital y por la forma jurídica del contrato. Además, Luxemburgo afirma que los ZORA no son un título que da derecho a una participación en el beneficio anual o el beneficio de liquidación. En consecuencia, según Luxemburgo, el artículo 164, apartados 1 y 2, de la LIR no se aplica.

(105) En tercer lugar, por lo que se refiere al carácter de plena competencia de los ZORA, Luxemburgo considera que la Comisión ignoró las diferentes categorías de inversores. Los ZORA no son contratos de préstamo estándar, sino instrumentos atípicos que cubren al prestatario de los posibles riesgos operativos y permiten al inversor beneficiarse de un mejor rendimiento de la inversión. Dada la volatilidad del mercado y la dependencia de la financiación, el uso de un ZORA es lógico para el prestamista, y pueden observarse instrumentos similares en los mercados financieros, como, por ejemplo, los títulos de deuda que reproducen el rendimiento de un subyacente determinado. Por lo tanto, las condiciones del ZORA son de plena competencia y, según Luxemburgo, no se aplica el artículo 164, apartado 3, de la LIR.

(106) Según Luxemburgo, el sistema de referencia está constituido, por una parte, por los artículos 18, 40 y 23 de la LIR, que determinan la renta imponible de una sociedad, el principio de vincular el balance comercial al balance fiscal, así como el principio de prudencia y, por otra, el artículo 22 *bis* de la LIR.

(107) Luxemburgo alega que la determinación de los beneficios imponibles, tal como se definen en el artículo 18 de la LIR, sigue dos principios fundamentales. En primer lugar, el principio de vincular el balance comercial al balance fiscal (artículo 40 LIR) y, en segundo lugar, el principio de prudencia, según el cual no se pueden gravar los beneficios hasta que se hayan generado.

(108) Respecto al artículo 22 *bis* de la LIR, Luxemburgo declara que se trata de un régimen opcional aplicable a las sociedades, de conformidad con el artículo 162 de la LIR ([162]).

(109) Luxemburgo niega la interpretación de que el artículo 163 de la LIR establezca un objetivo, o un principio, del régimen luxemburgués de imposición de las sociedades según el cual todos los beneficios obtenidos por las empresas que residen en Luxemburgo deben gravarse. Luxemburgo considera que este objetivo no está recogido ni reflejado en ninguna disposición de la Ley. Según Luxemburgo, la definición de un sistema de referencia debe basarse en un conjunto de normas establecidas por el legislador, y no a través de un principio hipotético o de un objetivo cuya interpretación pudiera ir más allá de las condiciones precisas de la Ley.

4.2. *LAS RESOLUCIONES FISCALES EN CUESTIÓN NO SON UNA EXCEPCIÓN AL SISTEMA DE REFERENCIA*

(110) Luxemburgo alega que al aceptar la deducibilidad de los costes asociados a los ZORA, el trato fiscal validado por las resoluciones fiscales en cuestión era plenamente conforme con los artículos 14 a 60 de la LIR, y, por lo tanto, con los artículos 18, 40 y 23 de la LIR. Luxemburgo considera que la Comisión no ha tenido en cuenta que las tasas deducibles de GSTM y LNG Supply no son ni intereses ni dividendos. El reembolso del ZORA puede efectuarse a un precio más elevado que el importe nominal del instrumento. En virtud del principio de prudencia, el prestatario debe prever una tasa teniendo en cuenta este riesgo. De conformidad con los artículos 18, 40 y 23 de la LIR, esta tasa es fiscalmente deducible.

([161]) Véanse las observaciones de Luxemburgo sobre la Decisión de incoar un procedimiento, página 8: «Un ZORA constituye un contrato que documenta una deuda y su devolución, de modo que, en este caso, la pertinencia del artículo 164 de la LIR no resulta evidente». «Desde el punto de vista fiscal de Luxemburgo, los ZORA tienen las características esenciales de una deuda y no de una participación en el capital.»

([162]) Artículo 162 LIR: «1. Las disposiciones del primer título de la presente Ley son aplicables para determinar la renta imponible y los rendimientos netos que la conforman, para determinar el beneficio de venta o de liquidación y para declarar, establecer y recaudar el impuesto, salvo que se disponga otra cosa a continuación o que la aplicación de estas disposiciones no se justifique teniendo en cuenta la naturaleza especial de los organismos de carácter colectivo. 2. En cumplimiento del apartado anterior, un reglamento del Gran Ducado especificará las disposiciones aplicables a los organismos de carácter colectivo».

(111) Luxemburgo considera que el trato fiscal validado por las resoluciones fiscales en cuestión estaba plenamente en consonancia con los artículos 97 y 22 *bis* de la LIR. Luxemburgo alega que la Comisión estimó erróneamente que los intereses capitalizados debían ser imponibles. Más aún, Luxemburgo sostiene que la Comisión no tuvo en cuenta el hecho de que, tal como se explica en el considerando 110, las tasas deducibles no son ni intereses ni dividendos. El principio de prudencia presupone que una tasa, que es fiscalmente deducible para una parte, no constituye necesariamente un beneficio imponible para la otra parte. El acreedor debe valorar los ZORA al precio de compra, y no al precio de mercado. Por consiguiente, Luxemburgo considera que los ZORA no generan rendimientos imponibles a nivel del acreedor antes de la fecha de la conversión.

(112) Desde el punto de vista fiscal, en la fecha de la conversión se obtiene un beneficio igual a la diferencia entre el precio de adquisición y el valor de mercado de las acciones. Sin embargo, Luxemburgo alega que EIL y LNG Luxembourg pueden optar por utilizar el mecanismo previsto en el artículo 22 *bis* de la LIR. Las acciones que el prestamista ha recibido pueden considerarse como sustituto de los ZORA por el acreedor. En este caso, las acciones pueden valorarse en las cuentas del acreedor por el valor nominal de los ZORA.

(113) Sin embargo, Luxemburgo explica que, a raíz del reembolso parcial del ZORA por parte de LNG Supply, que tuvo lugar en 2014, LNG Luxembourg no optó por el régimen opcional previsto en el artículo 22 *bis* de la LIR y registró un beneficio imponible en sus cuentas.

(114) Luxemburgo considera que las resoluciones fiscales en cuestión no constituyen una excepción al principio de plena competencia al aceptar una metodología para determinar los beneficios de GSTM y de LNG Supply basada en los riesgos de que se trate, las funciones desempeñadas y los activos utilizados por cada entidad.

(115) Luxemburgo niega haber aplicado erróneamente el artículo 166 de la LIR, ya que las resoluciones fiscales en cuestión solo respaldan una lectura estricta y correcta de las diferentes disposiciones fiscales aplicables a cualquier empresa sujeta al impuesto de sociedades.

(116) Luxemburgo cuestiona que el artículo 166, de la LIR tenga por objeto evitar la doble imposición económica. Según el artículo 166 de la LIR, Luxemburgo considera que los rendimientos no deben haber sido gravados en el pasado para beneficiarse de la exención de los rendimientos de las participaciones. Las únicas condiciones para beneficiarse de la exención de los rendimientos de las participaciones son la naturaleza del instrumento, el porcentaje que se posee del capital de la entidad de que se trate o el precio de compra, y la duración de la tenencia de las participaciones. En el caso que nos ocupa, el artículo 166 de la LIR se aplicó con arreglo a todas estas condiciones. En vista de lo anterior, Luxemburgo considera no solo que el régimen luxemburgués de imposición de las sociedades no exige que todos los ingresos se graven, sino también que, de conformidad con el artículo 166, de la LIR, los ingresos que pueden beneficiarse de la exención de los rendimientos de las participaciones no tienen por qué proceder necesariamente de ingresos anteriormente gravados.

(117) Luxemburgo añade que, si la Comisión considera que el artículo 166 de la LIR no constituye una excepción al sistema de referencia, debe demostrar que las resoluciones fiscales en cuestión aprueban una excepción a lo dispuesto en el artículo 166, de la LIR para CEF y LNG Holding. Luxemburgo impugna específicamente la aplicación combinada de los artículos 164 y 166 de la LIR, teniendo en cuenta que las disposiciones del artículo 164 de la LIR no son una condición *sine qua non* para la aplicación del artículo 166, de la LIR. El artículo 164 de la LIR solo se aplica a los ingresos distribuidos por empresas nacionales (empresas residentes en Luxemburgo), mientras que las disposiciones del artículo 166, de la LIR abarcan un ámbito de aplicación más amplio, ya que el régimen de exención de los rendimientos de participaciones se aplica a los ingresos procedentes de participaciones de empresas residentes en Luxemburgo y de empresas extranjeras. Sin embargo, Luxemburgo reconoce explícitamente que salvo la excepción para las participaciones extranjeras, todas las participaciones cuyos rendimientos pueden beneficiarse del artículo 166 también están cubiertas por las disposiciones del artículo 164, de la LIR ([163]).

(118) Por lo que se refiere al razonamiento aplicado al grupo (véase el considerando 100), Luxemburgo reitera su posición de que el razonamiento de la Comisión no puede basarse en un sistema de referencia inadecuado e inexistente. Luxemburgo subraya que la legislación luxemburguesa no especifica que las operaciones de financiación intragrupo entre varias entidades con residencia fiscal en Luxemburgo no puedan aumentar o reducir la suma de la renta imponible de todas estas entidades en Luxemburgo, o, en otras palabras, en la renta imponible combinada del grupo en Luxemburgo. Por otra parte, Luxemburgo explica que para establecer la selectividad de una medida, la Comisión debe demostrar que esta establece una excepción al propio sistema de referencia y no al objetivo de este sistema.

([163]) Véanse las observaciones de Luxemburgo sobre la carta de 11 de diciembre de 2017, respuesta a la pregunta 1.b: «Salvo la excepción para las empresas extranjeras […], todas las participaciones cuyos rendimientos pueden acogerse a la exención prevista en el artículo 166, de la LIR también están cubiertas por lo dispuesto en el artículo 164, de la LIR».

(119) Luxemburgo alega que para considerar que una medida es selectiva, la Comisión debe probar que las empresas de un sector determinado se benefician respecto a otras, y se remita a la anulación de la Decisión de la Comisión en el asunto Comunidad Autónoma de Galicia ([164]).

(120) Luxemburgo también cuestiona la afirmación de la Comisión de que toda carga deducible fiscalmente registrada por el emisor de un ZORA en relación con las adiciones al ZORA se habría incluido en la renta imponible del acreedor, por lo que no afectaría a la renta imponible del grupo en Luxemburgo. Luxemburgo señala que el artículo 22 *bis* de la LIR permite al acreedor de un préstamo convertible abstenerse de registrar una plusvalía en el momento de la conversión. Por consiguiente, según Luxemburgo, la intervención de EIL y de LNG Luxembourg no redujo los ingresos imponibles del grupo Engie como hubiese ocurrido si el grupo hubiera recurrido directamente a ZORA.

(121) Luxemburgo también niega cualquier abuso de derecho. En particular, Luxemburgo critica la insinuación de la Comisión de que habría aprobado una transacción simulada con arreglo al artículo 5 de StAnpG, y recuerda que las diferentes partes tienen una existencia jurídica verdadera y han cumplido correctamente sus obligaciones contractuales. Luxemburgo rechaza también el argumento de que la forma jurídica de la transacción no fue apropiada según su sustancia de conformidad con el artículo 6 de StAnpG, ya que las transacciones se realizaron para financiar la transferencia de activos dentro del grupo.

4.3. *SIN RECUPERACIÓN*

(122) Por último, en el caso de que la Comisión adopte una decisión negativa, Luxemburgo considera que solo debería tener efecto para el futuro, y que la Comisión no debería ordenar la recuperación de las supuestas ayudas estatales, de conformidad con los principios de seguridad jurídica y confianza legítima.

5. **OBSERVACIONES DE ENGIE**

(123) Engie considera que los ZORA son instrumentos de deuda. El importe total que debe reembolsarse depende del desempeño del prestatario. Por lo tanto, Engie sostiene que el acreedor no debe percibir ingresos antes de la conversión. Por otra parte, hasta la conversión, el ZORA es un instrumento de deuda en las cuentas y, por lo tanto, se trata como tal desde el punto de vista contable y fiscal.

(124) Engie alega que la deducibilidad de las tasas vinculadas a un ZORA en relación con el prestatario está en consonancia con la legislación fiscal aplicable. Las tasas asociadas al reembolso del ZORA registradas en las cuentas con arreglo a las normas contables aplicables son deducibles a efectos fiscales sobre la base del principio fiscal fundamental de la vinculación del balance contable al balance fiscal. En virtud del principio de prudencia contable, el acreedor no tiene derecho a contabilizar un beneficio en sus cuentas antes de la conversión del ZORA en acciones. Por lo tanto, solo en la fecha de la conversión el acreedor contabilizará un beneficio imponible. Sin embargo, según Engie, el artículo 22 *bis* de la LIR permite a una empresa beneficiarse de una suspensión del impuesto en caso de conversión de un préstamo convertible. Por último, EIL y LNG Luxembourg cubrieron sus riesgos mediante la celebración de los contratos de futuros con CEF y LNG Holding, respectivamente. Los ingresos obtenidos por CEF y LNG Holding de sus inversiones se gravarán de acuerdo con la legislación fiscal aplicable, incluido el artículo 166, de la LIR.

(125) Engie explicó más detalladamente las actividades que se transfirieron a LNG Supply y a GSTM, que consisten, respectivamente, en un contrato de suministro de gas natural licuado a largo plazo (aproximadamente 20 años) (en lo sucesivo, «contrato GNL») en Yemen y sus activos complementarios (capacidad de la terminal y capacidad de transporte), por una parte, y las actividades de centralización de tesorería (*cash pooling*) del grupo, por otra parte ([165]).

(126) Además, Engie explicó que solo el ZORA entre LNG Supply y LNG Luxembourg se había convertido parcialmente a acciones en 2014, debido a los considerables beneficios derivados de LNG Supply. Tras la conversión parcial, LNG Luxembourg registró ingresos imponibles. LNG Luxembourg no optó por el régimen previsto en el artículo 22 *bis* de la LIR. Durante el mismo ejercicio fiscal, la entidad registró una tasa deducible de la misma cantidad en sus cuentas como resultado de la transferencia de las acciones a LNG Holding en el marco del contrato de futuros LNG.

([164]) Sentencia en el asunto C-70/16 P, Comunidad Autónoma de Galicia y Retegal/Comisión, ECLI:EU:C:2017:1002.

([165]) Asimismo, Engie declaró que LNG Supply empleaba aproximadamente a [1-40] trabajadores a tiempo completo, y GSTM a unos [1-10] trabajadores a tiempo completo. Engie también confirmó que la única actividad de LNG Luxembourg consistía en poseer el ZORA LNG y el contrato de futuros LNG.

(127) Engie también confirmó que, de hecho, la aplicación del artículo 22 *bis*, de la LIR no habría repercutido en los ingresos imponibles de los acreedores de los ZORA (LNG Luxembourg y EIL), ya que el precio de venta y la fecha de venta se fijaron de antemano en los contratos de futuros. A este respecto, se realizaron cambios durante la reunión de 1 de junio de 2017 en lo que se refiere a la situación en que LNG Luxembourg o EIL generarían un beneficio imponible o una pérdida, puesto que los ZORA y los contratos de futuros se cubren mutuamente. Engie explicó que todos los ingresos imponibles generados por la conversión de los ZORA suponen una pérdida fiscalmente deducible en los contratos de futuros.

(128) Por último, por lo que se refiere al marco jurídico aplicable a las sociedades de cartera (es decir, CEF y LNG Holding), Engie aclaró que, en la fecha de la venta de las acciones y cuando el valor de las acciones sea superior al precio de compra establecido en los contratos de futuros, la sociedad de cartera no registrará ningún beneficio en sus cuentas. Estos beneficios solo pueden contabilizarse más adelante, siempre y cuando las acciones de los emisores se vendan o se cancelen. Según Engie, estos posibles beneficios pueden estar exentos de impuestos con arreglo al régimen de exención de los rendimientos de participaciones aplicable a todas las empresas luxemburguesas, tal como dispone el artículo 166 de la LIR.

(129) Engie afirma que la ejecución del ZORA GSTM y el ZORA LNG cumple las resoluciones fiscales adoptadas de acuerdo con la legislación fiscal y que no conduce a una doble no imposición. Engie también explicó en la reunión de junio de 2017 que cuando se sigue un razonamiento económico en vez de un razonamiento jurídico, es importante tener en cuenta la larga madurez del ZORA y no centrarse en los años en los que se han obtenido beneficios y durante los cuales se han pagado impuestos limitados. Engie aclaró que si se sigue un razonamiento de entidades en lugar de un enfoque económico o global, el sistema es simétrico.

(130) Además, Engie explicó que el ZORA GSTM aún no se había convertido. Hasta la fecha, EIL no ha registrado ningún beneficio. El ZORA LNG se convirtió parcialmente en acciones en 2014, lo que dio lugar a un beneficio equivalente a las adiciones al ZORA acumuladas en las cuentas de LNG Luxembourg. LNG Luxembourg optó por no utilizar el régimen facultativo de suspensión del impuesto previsto en el artículo 22 *bis*, de la LIR, y el beneficio obtenido en la conversión se tuvo en cuenta en el cálculo de su base imponible para 2014.

(131) Engie también explicó con más detalle las funciones específicas de EIL y LNG Luxembourg. Estas funciones se describen en los informes de precios de transferencia establecidos por Engie para justificar los ZORA y se adjuntan a las observaciones de Engie presentadas a la Comisión sobre la Decisión de incoar un procedimiento («informes PT»). EIL y LNG Luxembourg se presentan en los informes PT como el «inversor» que asume todos los riesgos vinculados a las actividades y que garantizan las funciones clave derivadas de estas actividades, si bien, al mismo tiempo, estas entidades están completamente cubiertas desde el punto de vista de los riesgos por los contratos de futuros ([166]). Engie explicó que, desde la perspectiva de los precios de transferencia, para determinar la remuneración del emisor del ZORA, es posible fusionar el acreedor del ZORA con el comprador de las acciones convertidas al amparo de los contratos de futuros.

(132) Considerando que la intervención de EIL y de LNG Luxembourg es neutra desde el punto de vista económico y comercial, la Comisión solicitó, en la reunión de 1 de junio de 2017, que se le explicara la necesidad de tener estas entidades para la financiación de la transferencia de activos. Engie confirmó que podría haber estructurado la financiación de la transferencia de actividades de forma diferente. Aunque existen otras maneras de estructurar esta operación, se escogió esta estructura porque ofrece más flexibilidad para la gestión de las empresas y más opciones para futuras operaciones, que son criterios importantes para la organización de un grupo de empresas.

5.1. *ENGIE NIEGA LA EXISTENCIA DE UNA VENTAJA*

(133) Engie sostiene que las empresas en cuestión no se benefician de ninguna ventaja, puesto que no se benefician de ninguna reducción injustificada del impuesto. Engie declara que la deducción de las adiciones al ZORA no constituye una ventaja competitiva. Asimismo, Engie considera que la combinación del régimen aplicado a los emisores de los ZORA con el que se aplica a los acreedores no puede originar una ventaja competitiva, ya que dicha ventaja no se ha materializado debido a la no conversión del ZORA GSTM y a la decisión de no recurrir al artículo 22 *bis*, de la LIR para el ZORA LNG.

5.2. *ENGIE NIEGA EL CARÁCTER SELECTIVO DE LAS MEDIDAS EN CUESTIÓN*

(134) En primer lugar, Engie considera que las resoluciones fiscales en cuestión no constituyen medidas individuales de ayuda.

([166]) Véase el informe PT, secciones 6.1.2 y 6.1.3.

(135) Engie cuestiona el sistema de referencia utilizado por la Comisión en la Decisión de incoar un procedimiento. Engie considera que el artículo 109, apartado 1, y el artículo 164, de la LIR, no son aplicables, el primero porque solo se refiere a las personas físicas y el segundo, porque no afecta a los préstamos. El sistema de referencia correcto es el que establecen los artículos 18 a 45, de la LIR, que recogen los principios fundamentales de la legislación fiscal luxemburguesa respecto a la determinación de los ingresos imponibles de una empresa, por ejemplo, el principio de prudencia (artículo 23, de la LIR), la vinculación del balance fiscal al balance comercial (artículo 40, de la LIR) y la deducibilidad de los gastos de explotación (artículo 45, de la LIR).

(136) Engie considera que las resoluciones fiscales en cuestión no constituyen una excepción al sistema de referencia aplicable. El aumento del valor de amortización de la deuda supone una carga financiera para los prestatarios. Esta carga financiera se incluye en las cuentas anuales y es deducible sobre la base del principio de vinculación del balance fiscal al balance comercial y de la deducibilidad de los gastos de explotación. Por el contrario, en el caso de adiciones al ZORA negativas, la reducción de la deuda implica la contabilización de una renta imponible. La conversión posterior del préstamo en acciones no afecta a la calificación inicial del instrumento como una deuda. Por lo que se refiere a EIL y LNG Luxembourg, el artículo 22 *bis*, de la LIR les ofrece la posibilidad, en el momento de la conversión, de optar por la suspensión del impuesto. LNG Luxembourg no optó por este régimen después de la conversión parcial del ZORA LNG en 2014 y registró un beneficio imponible en sus cuentas. Hasta la fecha, el ZORA GSTM y el resto del ZORA LNG no se han convertido. No se han generado ingresos hasta la fecha y no se ha podido invocar el régimen facultativo del artículo 22 *bis*, de la LIR. Por lo tanto, Engie considera que tanto en su contenido formal como en su aplicación, las resoluciones fiscales en cuestión no constituyen una excepción al sistema de referencia.

(137) Sobre la base de los informes PT, Engie sostiene que el método utilizado para calcular el margen de imposición de los emisores (es decir, la remuneración de los emisores) corresponde a una aproximación fiable de un resultado basado en el mercado y acorde con el principio de plena competencia. Las funciones, los riesgos y los activos de las distintas entidades jurídicas se remuneraron con arreglo a los precios de mercado. Los dos informes PT presentados evalúan las funciones y los riesgos asumidos por los emisores (LNG Supply o GSTM) y el «inversor» (que no se identifica con precisión), y concluyen que la mayoría de los riesgos corren a cargo del «inversor», mientras que el emisor participa en la gestión diaria de las actividades transferidas. Según los informes PT, el método del precio comparable en el mercado libre ([167]) es el adecuado para evaluar el carácter de plena competencia del ZORA y la remuneración de los *exchange-traded funds* (ETF) constituye una remuneración comparable. Por último, los informes PT llegan a la conclusión de que la remuneración de los emisores está en consonancia con la de los ETF y que, por tanto, debe considerarse acorde con el principio de plena competencia.

(138) Según Engie, la confirmación por parte de las resoluciones fiscales en cuestión de la aplicación acumulativa de las disposiciones pertinentes de la legislación luxemburguesa se ajusta al objetivo del régimen luxemburgués de imposición de las sociedades, que es la imposición de los beneficios, después de tener en cuenta la remuneración de los instrumentos de deuda emitidos, de todas las empresas sujetas a tributación en Luxemburgo. Todos los titulares de instrumentos de deuda (prestatario) estarían sujetos al mismo trato fiscal, es decir a la deducibilidad de los gastos financieros. Del mismo modo, cualquier prestamista que sea acreedor de un préstamo similar estaría sujeto al mismo trato fiscal, es decir, a la imposición de un beneficio contable en el momento del reembolso, salvo que se opte por el régimen de suspensión del impuesto.

(139) Engie también niega cualquier abuso de derecho. Todas las entidades implicadas en las operaciones son entidades jurídicas. Además, las transacciones en cuestión tienen una lógica económica, que consiste en financiar la transferencia de actividades. Por lo tanto, Engie considera que Luxemburgo no ha eximido las adiciones al ZORA de la imposición, ni aceptado una evasión o abuso fiscal con arreglo a la legislación nacional.

(140) En segundo lugar, Engie considera que, puesto que las resoluciones fiscales en cuestión solo confirman la legislación nacional aplicable, deberían contemplarse como un régimen. A este respecto, Engie considera que estos regímenes, tal como se interpretan en las resoluciones fiscales en cuestión, no son selectivos. Son de carácter general, puesto que se aplican, de manera aislada o acumulativa, sin distinción alguna a todos los operadores económicos y sin condiciones. Su aplicabilidad no está sujeta a la emisión de resoluciones fiscales, solicitadas en este caso por razones de seguridad jurídica. Todas las empresas que se encuentren en una situación fáctica y jurídica comparable a la luz del objetivo del sistema fiscal, es decir, la imposición de los beneficios, pueden beneficiarse de estos regímenes. Por lo tanto, según Engie, a efectos prácticos no discriminan ni distinguen entre empresas.

([167]) El método del precio comparable en el mercado libre es uno de los cinco métodos de fijación de precios de transferencia reconocidos por la OCDE en las Directrices de la OCDE aplicables en materia de precios de transferencia a empresas multinacionales y administraciones tributarias (edición de 2010).

(141) En tercer lugar, Engie sostiene que las medidas en cuestión derivan de los principios rectores del sistema tributario luxemburgués, en particular del principio de prudencia.

(142) Engie discute que el objetivo del sistema luxemburgués de imposición de las sociedades sea gravar los beneficios registrados en las cuentas. El sistema de referencia es el régimen luxemburgués de imposición de las sociedades, que incluye el artículo 166, de la LIR y cuya aplicación fue aprobada en las resoluciones fiscales en cuestión.

(143) Engie también indica que las resoluciones fiscales en cuestión no constituye una excepción a lo dispuesto en el artículo 166, de la LIR. Según el régimen luxemburgués de imposición de las sociedades, los dividendos o las plusvalías registrados por un contribuyente no pueden ser gravados si se cumplen las condiciones del artículo 166, de la LIR. Engie señala que se cumplieron las condiciones del artículo 166, de la LIR cuando LNG Supply redujo su capital mediante la cancelación de las acciones nuevas. Por lo tanto, Engie considera que las resoluciones fiscales en cuestión no se desvían de las normas fiscales aplicables y no han reducido el impuesto que se habría adeudado en su ausencia.

(144) Asimismo, Engie considera que, de conformidad con los artículos 99 y 101 de la Constitución de Luxemburgo, las autoridades tributarias luxemburguesas no pueden establecer excepciones a las condiciones estrictas establecidas en el artículo 166, de la LIR.

(145) Engie señala que la Decisión de incoar un procedimiento se refiere a una posible medida de ayuda individual y no al artículo 166, de la LIR, que constituiría un régimen. Si la Comisión no considera que el artículo 166, de la LIR sea una excepción en sí mismo, pero cuestiona su aplicación en las resoluciones fiscales en cuestión, la Comisión sigue sin demostrar de qué manera las resoluciones fiscales en cuestión constituyen una excepción a lo dispuesto en el artículo 166 de la LIR.

(146) Engie alega que la ampliación del ámbito de aplicación del régimen de exención de los rendimientos de participaciones, introducido inicialmente en Luxemburgo en 1940, estaba en consonancia con el objetivo de construcción del mercado interior. Según Engie, este es precisamente el objetivo de la Directiva 90/435/CEE. Engie considera que esta Directiva no exige que los beneficios que se distribuirán se graven.

(147) Por lo que se refiere al razonamiento a nivel de grupo, Engie afirma que el criterio de selectividad debe ser evaluado individualmente para cada entidad jurídica, y no a nivel de grupo. Engie entiende que, en determinadas decisiones precedentes ([168]), la Comisión creyó que un análisis a nivel del grupo no estaba justificado.

(148) Según Engie, el régimen luxemburgués de imposición de las sociedades no prevé un principio de igualdad de trato entre las sociedades residentes a efectos fiscales y que participan en la misma transacción, ni *linking rules* (normas de asociación) tal como recomienda la OCDE ([169]). Engie reitera que cada entidad del grupo ha tributado de conformidad con las normas aplicables, tal como lo confirman las resoluciones fiscales en cuestión.

(149) Engie explica que las transacciones cuyo trato fiscal ha sido validado por las resoluciones fiscales en cuestión persiguen un objetivo económico, a saber, financiar la transferencia de activos. Por lo tanto, según Engie, los criterios del artículo 6, StAnpG no se cumplen en el presente caso.

(150) Engie afirma que los beneficiarios de las resoluciones fiscales en cuestión no recibieron un trato distinto a otras empresas que no se beneficiarían de dichas resoluciones fiscales, dado que las resoluciones fiscales en cuestión solo confirman la correcta aplicación de las normas fiscales aplicables en Luxemburgo. Por lo tanto, las resoluciones fiscales en cuestión no constituyen, ni de iure ni de facto, una discriminación para otras empresas en una situación jurídica y fáctica comparable a la de Engie sobre la base de los objetivos del sistema tributario luxemburgués.

5.3. *SIN RECUPERACIÓN*

(151) Por último, Engie alega que, en caso de que la Comisión considerase las resoluciones fiscales en cuestión como ayudas incompatibles con el mercado interior, no podría exigir su recuperación sin infringir una serie de principios generales del Derecho, a saber, los principios de seguridad jurídica, confianza legítima, de buena administración y de igualdad de trato.

([168]) Decisión 2009/809/CE de la Comisión, de 8 de julio de 2009, relativa al régimen *groepsrentebox* que los Países Bajos tienen previsto aplicar [C 4/07 (ex N 465/06)] (DO L 288 de 4.11.2009, p. 26). Decisión (UE) 2016/2326 de la Comisión, de 21 de octubre de 2015, relativa a la ayuda estatal SA.38375 (2014/C ex 2014/NN) ejecutada por Luxemburgo en favor de Fiat (DO L 351 de 22.12.2016, p. 1).

([169]) Acción 2 del proyecto BEPS (Erosión de la base imponible y el traslado de beneficios).

(152) En particular, según Engie, la Comisión solo podría demostrar la existencia de una ventaja selectiva imponiendo de manera retroactiva su propia interpretación de la legislación fiscal luxemburguesa para concluir que, en este caso, se habría aplicado erróneamente. La inseguridad jurídica resultante debería limitarse con la no aplicación retroactiva de los efectos de la Decisión.

6. **EVALUACIÓN DE LAS MEDIDAS DE AYUDA**

(153) Como se indica en el considerando 92, en la Decisión de incoar un procedimiento, la Comisión planteó tres dudas principales. En la presente Decisión, la Comisión centrará su evaluación en la tercera duda, relativa al efecto combinado de la deducibilidad de las adiciones al ZORA y la exención de ingresos correspondientes, y explicará por qué no se han despejado las dudas expresadas en la Decisión de incoar un procedimiento.

6.1. *EXISTENCIA DE AYUDA*

(154) Con arreglo al artículo 107, apartado 1, del Tratado, serán incompatibles con el mercado interior, en la medida en que afecten a los intercambios comerciales entre Estados miembros, las ayudas otorgadas por los Estados o mediante fondos estatales, bajo cualquier forma, que falseen o amenacen falsear la competencia, favoreciendo a determinadas empresas o producciones.

(155) La calificación de «ayuda», en el sentido del artículo 107, apartado 1, del Tratado, exige que se cumplan todos los requisitos previstos en esta disposición ([170]). Por lo tanto, en primer lugar, debe haber una intervención del Estado o mediante fondos estatales; en segundo lugar, esta intervención debe poder afectar a los intercambios comerciales entre los Estados miembros; en tercer lugar, debe conferir una ventaja selectiva a una empresa y, en cuarto lugar, debe falsear o amenazar con falsear la competencia ([171]).

(156) Por lo que se refiere a la primera condición para constatar la existencia de una ayuda, las resoluciones fiscales en cuestión han sido emitidas por la Administración tributaria luxemburguesa, que es un organismo del Estado luxemburgués. Mediante estas resoluciones fiscales, la Administración acepta un determinado trato fiscal. Sobre la base de estas resoluciones fiscales, las sociedades LNG Supply, LNG Luxembourg, LNG Holding, GSTM, EIL y CEF pertenecientes al grupo Engie determinaron la cuantía del impuesto de sociedades que tenían que pagar a Luxemburgo cada año. Posteriormente, estas sociedades del grupo Engie utilizaron estas resoluciones fiscales a efectos de sus declaraciones anuales del impuesto de sociedades, y la Administración tributaria luxemburguesa las ha aceptado como el elemento que determina su impuesto sobre las sociedades de Luxemburgo. Por lo tanto, la ventaja fiscal concedida sobre la base de las resoluciones fiscales en cuestión es imputable a Luxemburgo.

(157) En lo que se refiere a la financiación de las medidas mediante fondos estatales, según la jurisprudencia reiterada del Tribunal de Justicia, una medida mediante la cual las autoridades públicas conceden a determinadas empresas un trato fiscal ventajoso que, aunque no implique una transferencia de fondos estatales coloque a los beneficiarios en una situación financiera más favorable que a los restantes contribuyentes, constituye una ayuda de Estado ([172]). En este caso, las resoluciones fiscales en cuestión confirman que las adiciones al ZORA constituyen gastos fiscalmente deducibles en el marco de LNG Supply y GSTM, mientras que los ingresos correspondientes generados por LNG Holding y CEF, respectivamente, estarían exentos de impuestos. En consecuencia, los importes de las adiciones al ZORA, que representan una parte significativa de los beneficios generados por LNG Supply y GSTM, no se gravan en Luxemburgo. Por lo tanto, se puede afirmar que el trato fiscal concedido sobre la base de las resoluciones fiscales en cuestión reduce el impuesto de sociedades que el grupo Engie adeuda en Luxemburgo y, en consecuencia, ocasiona una pérdida de fondos estatales. Esto se debe al hecho de que todos los gastos de las sociedades del grupo Engie que se declaran fiscalmente deducibles en Luxemburgo, así como todos los rendimientos de las sociedades del grupo Engie que están exentos de impuestos en Luxemburgo, se traducen en una pérdida de ingresos fiscales, que, de lo contrario, estarían a disposición de Luxemburgo ([173]). Por consiguiente, las medidas en cuestión se financian mediante fondos estatales.

(158) Por lo que se refiere a la segunda condición para establecer la existencia de ayuda, las empresas beneficiarias de las resoluciones fiscales en cuestión forman parte del grupo Engie, un grupo multinacional que opera en varios

([170]) Véase la sentencia en el asunto C-399/08 P, Comisión/Deutsche Post, ECLI:EU:C:2010:481, apartado 38, y la jurisprudencia citada.
([171]) Sentencia en los asuntos acumulados C-20/15 P, Comisión/World Duty Free Group, ECLI:EU:C:2016:981, apartado 53 y la jurisprudencia citada.
([172]) Véase la sentencia en los asuntos acumulados C-106/09 P y C-107/09 P, Comisión/Gobierno de Gibraltar y Reino Unido, ECLI:EU:C:2011:732, apartado 72, y la jurisprudencia citada.
([173]) Véase la sentencia en los asuntos acumulados C-106/09 P y C-107/09 P, Comisión/Gobierno de Gibraltar y Reino Unido, ECLI:EU:C:2011:732, apartado 72, y la jurisprudencia citada.

mercados energéticos de varios Estados miembros, de modo que cualquier ayuda a su favor puede afectar al comercio dentro de la Unión. Según la misma lógica, al conceder un trato fiscal favorable a Engie, Luxemburgo ha podido desviar las inversiones de Estados miembros que no pueden permitir un trato fiscal tan favorable o que no lo concederían. Dado que las resoluciones fiscales en cuestión refuerzan la posición de competencia de su beneficiario respecto a las otras empresas competidoras en los intercambios comerciales dentro de la Unión, debe considerarse que afectan a estos intercambios ([174]).

(159) Del mismo modo, en lo que se refiere a la cuarta condición para establecer la existencia de ayuda, se considera que una medida concedida por el Estado falsea o amenaza con falsear la competencia cuando puede mejorar la posición de competencia del beneficiario respecto a otras empresas competidoras ([175]).

(160) En particular, Engie opera en los sectores de la electricidad, el gas natural y el GNL, de los servicios de eficiencia energética y en otros mercados conexos en varios Estados miembros de la UE. En todos estos mercados, Engie se enfrenta a la competencia de otras empresas. Tal como se demostrará, el trato fiscal concedido sobre la base de las resoluciones fiscales en cuestión libera a Engie de una carga fiscal que normalmente habría tenido que soportar en el marco de la gestión habitual de su actividad normal. Por lo tanto, debe considerarse que la ayuda concedida sobre la base de estas resoluciones fiscales falsea o amenaza falsear la competencia, ya que refuerza la situación financiera de Engie en los mercados en los que opera el grupo. Al dispensar a Engie de una carga fiscal que, de lo contrario, tendría que soportar y que las empresas competidoras deben asumir, el trato fiscal concedido sobre la base de las resoluciones fiscales en cuestión libera recursos que Engie puede utilizar, por ejemplo, para invertir en sus actividades comerciales, realizar inversiones adicionales o aumentar la remuneración de los accionistas, falseando así la competencia en los mercados en los que opera. Por consiguiente, en este caso también se cumple la cuarta condición necesaria para establecer la existencia de ayuda.

(161) Por lo que se refiere a la tercera condición necesaria para establecer la existencia de una ayuda, el objetivo de una resolución fiscal consiste en confirmar de antemano la aplicación del sistema fiscal común a un caso concreto, teniendo en cuenta los hechos y circunstancias de cada caso. No obstante, al igual que cualquier otra medida fiscal, el trato fiscal concedido sobre la base de una resolución fiscal debe respetar las normas sobre ayudas estatales. Cuando una resolución fiscal respalda un trato fiscal que no corresponde a lo que resultaría de una aplicación normal del régimen fiscal común sin justificación, la medida confiere una ventaja selectiva a su beneficiario, ya que su trato fiscal mejora la situación financiera de dicha empresa en el Estado miembro en relación con las empresas que se encuentran en una situación fáctica y jurídica comparable a la luz del objetivo del sistema fiscal.

(162) En la línea de las dudas expuestas en la Decisión de incoar un procedimiento ([176]), la Comisión estima que el trato fiscal que apoyan las resoluciones fiscales en cuestión constituye una ventaja selectiva. La existencia de esta ventaja selectiva puede establecerse analizando, desde diversos ángulos, los efectos del trato fiscal concedido a Engie. En la sección 6.2, la Comisión establece la existencia de una ventaja selectiva analizando las consecuencias de las resoluciones fiscales en cuestión *a nivel individual* de las sociedades de cartera LNG Holding y CEF. En la sección 6.3, establece la existencia de una ventaja selectiva analizando las consecuencias de las resoluciones fiscales en cuestión *a nivel del grupo*. Por último, en la sección 6.4, la Comisión demuestra que, al no aplicar sus normas fiscales contra las prácticas abusivas, Luxemburgo concedió una ventaja selectiva a Engie.

6.2. *ESTABLECIMIENTO DE LA EXISTENCIA DE UNA VENTAJA SELECTIVA MEDIANTE EL ANÁLISIS DE LAS CONSECUENCIAS DEL TRATO FISCAL EN RELACIÓN CON LNG HOLDING Y CEF*

(163) Siempre que una medida adoptada por el Estado mejore la situación financiera neta de una empresa, existe una ventaja en el sentido del artículo 107, apartado 1, del Tratado ([177]). Cuando se establece la existencia de una ventaja, conviene remitirse al efecto de la propia medida ([178]). Por lo que respecta a las medidas fiscales, puede conferirse una ventaja mediante la reducción de diversas maneras de la carga fiscal de una empresa y, en particular, mediante la disminución de la renta imponible o del valor del impuesto debido ([179]).

([174]) Sentencia en el asunto C-126/01, GEMO SA, ECLI:EU:C:2003:622, apartado 41 y la jurisprudencia citada.
([175]) Sentencia en el asunto 730/79, Philip Morris, ECLI:EU:C:1980:209, apartado 11; y sentencia en los asuntos acumulados T-298/97, T-312/97 etc., Alzetta, ECLI:EU:T:2000:151, apartado 80.
([176]) Véase el considerando 152 de la Decisión de incoar un procedimiento.
([177]) Véase 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 (en lo sucesivo, «la Comunicación sobre el concepto de ayuda») (DO C 262 de 19.7.2016, p. 1), párrafo 67 y la jurisprudencia citada.
([178]) Véase la sentencia en el asunto C-173/73, Italia/Comisión, ECLI:EU:C:1974:71, párrafo 13.
([179]) Véase la sentencia en el asunto C-66/02, Italia/Comisión, ECLI:EU:C:2005:768, párrafo 78; sentencia en el asunto C-222/04, Cassa di Risparmio di Firenze y otros, ECLI:EU:C:2006:8, párrafo 132; y sentencia en el asunto C-522/13, Ministerio de Defensa y Navantia, ECLI:EU:C:2014:2262, párrafos 21 a 31.

(164) Las resoluciones fiscales en cuestión aprueban un trato fiscal en virtud del cual GSTM, EIL, CEF, LNG Supply, LNG Luxembourg y LNG Holding determinaron cada año su beneficio imponible a efectos del impuesto de sociedades. Este trato fiscal determina el impuesto de sociedades que estas empresas deben pagar a Luxemburgo durante el período cubierto por las resoluciones fiscales en cuestión y, por lo tanto, proporciona una ventaja selectiva.

(165) Por consiguiente, en lo que respecta al argumento de Engie expuesto en el considerando 133, según el cual no puede considerarse una ventaja porque el trato fiscal en cuestión no se materializó debido a que el ZORA GSTM no se convirtió, la Comisión observa que la existencia de la ventaja no depende de la conversión de los ZORA, incluso si, tal como se explica en la sección 8, para determinar el importe que debe recuperarse, se considera que la ventaja solo se materializa en el momento en que los ingresos de CEF y LNG Holding quedan exentos ([180]).

(166) Además, en respuesta a determinadas observaciones de Luxemburgo ([181]) y de Engie ([182]), la Comisión recuerda que la presente Decisión no se refiere al régimen de exención de los rendimientos de participaciones previsto en el artículo 166, de la LIR como tal, sino a la aplicación de este régimen en las circunstancias específicas de este caso, tal como lo aprobaron las autoridades tributarias luxemburguesas al emitir las resoluciones fiscales en cuestión. De hecho, el trato fiscal sujeto a la evaluación de la Comisión consiste en autorizar la aplicación de la exención de los rendimientos de participaciones a los ingresos percibidos por LNG Holding y CEF en virtud de su participación en LNG Supply y en GSTM, respectivamente, que corresponden, desde un punto de vista económico, a los importes deducidos en concepto de gastos (las adiciones al ZORA) por parte de estas últimas entidades. El efecto combinado de la deducibilidad del importe de las adiciones al ZORA y de la exención de los ingresos correspondientes consiste en que, en la práctica, casi el total de los beneficios de LNG Supply y GSTM elude todos los gravámenes ([183]). Tal como se explica en la sección 6.2.1, este trato fiscal establece una excepción al marco de referencia, que es el régimen luxemburgués de imposición de las sociedades. También constituye una discriminación injustificada respecto a otras empresas sujetas al mismo marco de referencia en Luxemburgo, que tributan con todos sus beneficios.

(167) El artículo 107 del Tratado solo prohíbe las ayudas «favoreciendo a determinadas empresas o producciones», es decir, en otras palabras, las medidas que confieren una ventaja selectiva ([184]). Para poder calificar a una medida fiscal nacional como selectiva en el sentido de dicha disposición, el Tribunal de Justicia debe realizar un análisis de tres fases. La Comisión debe, en primer lugar, identificar el sistema de referencia. A continuación, debe demostrar que la medida fiscal en cuestión constituye una excepción a ese sistema de referencia en la medida en que introduce una diferencia entre operadores que, en virtud del objetivo de dicho sistema, se encuentran en una situación fáctica y jurídica comparable (selectividad *a priori*) ([185]). Por último, una medida fiscal que constituye una excepción de la aplicación del sistema de referencia puede justificarse si el Estado miembro afectado consigue demostrar que se desprende directamente de los principios fundadores o rectores de este sistema fiscal ([186]). Si es así, la medida fiscal no es selectiva. La carga probatoria en esta tercera etapa corresponde al Estado miembro.

(168) Por consiguiente, el análisis de la existencia de una ventaja selectiva debe empezar por la identificación del sistema de referencia aplicable en el Estado miembro de que se trate. En el contexto de este sistema de referencia es necesario determinar si la medida constituye una excepción que da lugar a un trato favorable en comparación con otras empresas que se encuentran en una situación fáctica y jurídica comparable a la luz de los objetivos del sistema.

(169) Un sistema de referencia consiste en un conjunto coherente de normas que se aplican sobre la base de criterios objetivos a todas las empresas que entran en su ámbito de aplicación definido por su objetivo. Estas normas no solo definen el ámbito de aplicación del sistema, sino también las condiciones en las que el sistema se aplica, los derechos y las obligaciones de las empresas que están sujetas a él y los aspectos técnicos del funcionamiento del sistema ([187]). En el caso de los impuestos o los gravámenes, el sistema de referencia se basa en elementos como la base de imposición, los contribuyentes, el devengo y los tipos impositivos o de gravamen ([188]).

(170) En este caso, la Comisión establece en la sección 6.2.1 que el trato fiscal concedido sobre la base de las resoluciones fiscales en cuestión constituye una excepción al régimen general luxemburgués de imposición de las

([180]) Por otra parte, el ZORA LNG se ha convertido parcialmente.
([181]) Observaciones de Luxemburgo sobre la carta de 11 de diciembre de 2017, página 5.
([182]) Observaciones presentadas por Engie sobre la carta de 11 de diciembre de 2017, apartado 33.
([183]) Más concretamente, la totalidad de los beneficios obtenidos por estas dos entidades, tras deducir el margen LNG y el margen GSTM (inicialmente fijados en [1/(50-100)%] del valor de sus activos).
([184]) Véase la sentencia en el asunto C-6/12, P Oy, ECLI:EU:C:2013:525, párrafo 17; y sentencia en el asunto C-522/13, Ministerio de Defensa y Navantia, ECLI:EU:C:2014:2262, párrafo 32.
([185]) Véase la sentencia en los asuntos acumulados C-20/15 P y C-21/15 P, Comisión/World Duty Free Group, ECLI:EU:C:2016:981, párrafo 57 y la jurisprudencia citada.
([186]) Véase la sentencia en los asuntos acumulados C-78/08 a C-80/08, Paint Graphos, ECLI:EU:C:2011:550, párrafo 65.
([187]) Véase la Comunicación sobre el concepto de ayuda, apartado 133.
([188]) Comunicación sobre el concepto de ayuda, apartado 134.

sociedades. En la sección 6.2.2 demuestra que este trato fiscal también se aparta de un sistema de referencia más estricto, compuesto exclusivamente de normas del régimen general luxemburgués de imposición de las sociedades que rigen la exención de los rendimientos de participaciones y la imposición de las distribuciones de los beneficios.

6.2.1. EXCEPCIÓN AL RÉGIMEN LUXEMBURGUÉS DE IMPOSICIÓN DE LAS SOCIEDADES QUE DA LUGAR A UNA DISCRIMINACIÓN

6.2.1.1. ***Marco de referencia: el régimen luxemburgués de imposición de las sociedades***

(171) Las resoluciones fiscales en cuestión se emitieron en favor de varias empresas del grupo Engie residente en Luxemburgo, para determinar el impuesto de sociedades al que están sujetas con arreglo al régimen fiscal común aplicable en materia de imposición de las sociedades en Luxemburgo. En vista de lo anterior, la Comisión considera que, en el caso que nos ocupa, el sistema de referencia está constituido por este régimen, es decir, por el régimen general luxemburgués de imposición de las sociedades.

(172) En este caso, las disposiciones legislativas fundamentales ([189]) indican que el régimen de imposición de sociedades *se aplica a todas las sociedades que residen en Luxemburgo* para determinar el impuesto de sociedades al que están sujetas.

(173) El artículo 159, apartado 1, de la LIR, estipula que se consideran contribuyentes que residen en Luxemburgo y que están sujetos al impuesto sobre los ingresos de las sociedades todas las empresas cuya sede social o administración central se encuentre en el territorio de Luxemburgo. De conformidad con el artículo 159, apartado 2, de la LIR, las empresas con residencia fiscal están sujetas al impuesto sobre la totalidad de sus ingresos («todos los ingresos del contribuyente»). Lógicamente, el artículo 163 de la LIR establece que «se aplicará el impuesto de sociedades sobre la renta imponible del contribuyente durante el año civil».

(174) El beneficio imponible (o la «renta imponible») de las empresas sujetas al impuesto se determina en función de su resultado contable. El artículo 18 de la LIR ([190]) explica el modo de determinación del beneficio anual del contribuyente. Según esta disposición, el beneficio será la diferencia entre los activos netos invertidos al final y los activos netos invertidos al principio del ejercicio, que aumenta con las deducciones personales realizadas durante el ejercicio y disminuye con las contribuciones abonadas durante el ejercicio.

(175) Por lo tanto, para determinar el beneficio que debe gravarse, en primer lugar, es necesario definir cómo medir los activos netos invertidos en la sociedad que se han de tener en cuenta a efectos de la imposición. Con este fin, el artículo 23 de la LIR ([191]) expone que la evaluación de los bienes de los activos netos invertidos debe responder a las normas y los principios contables y el artículo 40 ([192]) establece el *principio de vinculación del balance fiscal al balance comercial*, según el cual los valores que hay que registrar en el balance fiscal deben ser los del balance comercial, salvo en los casos en que una norma fiscal específica exija la utilización de un valor distinto ([193]). Esto significa que, de acuerdo con el régimen general luxemburgués de imposición de las sociedades, el resultado contable de una empresa está incluido en su renta imponible, a menos que una disposición específica de la legislación disponga lo contrario.

(176) En conclusión, el régimen luxemburgués de imposición de las sociedades se aplica a todas las empresas que tengan su domicilio social o su administración central en el territorio de Luxemburgo, y la base de cálculo de los beneficios imponibles es el beneficio contable. Por lo tanto, el objetivo del régimen luxemburgués de imposición de las sociedades es la imposición de los beneficios de todas las empresas sujetas a impuesto en Luxemburgo, tal como se constata en sus cuentas.

(177) Esta afirmación, en principio, no la cuestionan ni Luxemburgo ni Engie ([194]). Según Luxemburgo ([195]), el sistema de referencia está constituido, por una parte, por los artículos 18, 40 y 23 de la LIR, que determinan la renta

([189]) Véase la sección 2.3.1.
([190]) Aunque en principio es aplicable a las personas físicas, con arreglo al artículo 162, de la LIR, esta disposición se aplica también a las personas jurídicas sujetas a imposición.
([191]) Aunque en principio es aplicable a las personas físicas, con arreglo al artículo 162, de la LIR, esta disposición se aplica también a las personas jurídicas sujetas a imposición.
([192]) Aunque en principio es aplicable a las personas físicas, con arreglo al artículo 162, de la LIR, esta disposición se aplica también a las personas jurídicas sujetas a imposición.
([193]) Como tales, todos los principios contables, incluido el principio de prudencia, deben considerarse como parte del sistema de referencia. En el presente caso, el principio de prudencia explica que puede existir un lapso temporal entre el momento en que las filiales registran las adiciones al ZORA como gastos en sus cuentas y el momento en que los acreedores (suscriptores de los ZORA) constatan los ingresos correspondientes en sus cuentas.
([194]) Sin embargo, véase el considerando 180.
([195]) Véanse los considerandos 106 a 108.

imponible de una sociedad, el principio de vincular el balance comercial al balance fiscal, así como el principio de prudencia ([196]) y, por otra, por el artículo 22 *bis* de la LIR. Según Engie ([197]), el sistema de referencia correcto es el que establecen los artículos 18 a 45, de la LIR, que recogen los principios fundamentales de la legislación fiscal luxemburguesa respecto a la determinación de los ingresos imponibles de una empresa, por ejemplo, el principio de prudencia, la vinculación del balance fiscal al balance comercial y la deducibilidad de los gastos de explotación ([198]). Engie señala explícitamente que el objetivo del régimen luxemburgués de imposición de las sociedades consiste en gravar los beneficios de todas las sociedades sujetas a impuestos en Luxemburgo ([199]).

(178) La definición del régimen general luxemburgués de imposición de las sociedades como marco de referencia es coherente con la jurisprudencia reiterada del Tribunal de Justicia, que establece que en el caso de medidas relativas a la determinación del impuesto de sociedades adeudado, el sistema de referencia que hay que tener en cuenta es el régimen de imposición de las sociedades del Estado miembro en cuestión que se aplica a todas las empresas, y no las disposiciones específicas que solo se aplican a determinados contribuyentes o a determinadas operaciones. En la sentencia de *World Duty Free Group*, por ejemplo, un asunto sobre las normas rectoras de las inversiones relativas a la adquisición de participaciones, el Tribunal apoyó la posición de la Comisión según la cual el sistema de referencia era el régimen común español de imposición de las sociedades y no las normas específicas que rigen el trato fiscal de estas inversiones ([200]).

(179) La Comisión considera que la limitación del marco de referencia a disposiciones específicas de la Ley del impuesto sobre la renta dirigidas a determinadas transacciones o a determinadas empresas significaría que la identificación del sistema de referencia en un caso concreto dependería exclusivamente de si el Estado miembro en cuestión adoptó normas fiscales específicas, en lugar de abordar el objetivo del sistema fiscal. Con la adopción de normas específicas aplicables únicamente a determinadas empresas o transacciones, el Estado miembro podría, por tanto, alegar que el trato fiscal de dichas empresas o transacciones nunca constituye una excepción al marco de referencia. Ello equivaldría a proteger las medidas de este tipo de la aplicación del artículo 107 del Tratado, con lo que resultaría ineficaz el control de las ayudas estatales. En otras palabras, la aceptación de un procedimiento de este tipo implicaría que la posibilidad de considerar que una medida representa una excepción al sistema de referencia dependería exclusivamente de la técnica reglamentaria utilizada por el Estado miembro. Tal como confirmó el Tribunal, esto sería incompatible con el principio reiterado en virtud del cual el artículo 107 del Tratado define una medida como una ayuda estatal según sus efectos e independientemente de las técnicas utilizadas ([201]).

(180) Luxemburgo no niega explícitamente que el marco de referencia sea el régimen general de imposición de las sociedades. Sin embargo, considera que el objetivo de gravar los beneficios obtenidos por las sociedades sujetas a impuestos en Luxemburgo no aparece ni se refleja en las disposiciones de la Ley relativa al impuesto sobre la renta y que ninguna de las disposiciones de la Ley puede interpretarse como una exigencia para que todos los ingresos generados por una sociedad residente en Luxemburgo se graven en cualquier circunstancia, incluso contrariamente al texto de la Ley ([202]). A este respecto, Luxemburgo y Engie invocan el principio de legalidad fiscal, según el cual las modalidades de impuestos deben establecerse por ley, cuya interpretación es estricta, y si una situación determinada no está contemplada específicamente en la ley (silencio del legislador), no puede estar sujeta al impuesto ([203]).

(181) La Comisión no está de acuerdo con esta alegación.

([196]) Véase la nota a pie de página 193.

([197]) Véase el considerando 135.

([198]) La deducibilidad de gastos de funcionamiento simplemente refleja el hecho de que la base para calcular el beneficio imponible de las sociedades es el beneficio registrado en sus cuentas, puesto que este beneficio corresponde a los ingresos obtenidos, menos los gastos de explotación y otros gastos incurridos.

([199]) «La confirmación de la aplicación acumulativa de los artículos cubiertos por las resoluciones fiscales es acorde con *el objetivo del régimen luxemburgués de gravar el beneficio de todas las sociedades sujetas a impuestos en Luxemburgo*, tras tener en cuenta la remuneración de los instrumentos de deuda emitidos por el contribuyente» (Observaciones de Engie relativas a la Decisión de incoar un procedimiento, Executive Summary, sección III, parte B, letra a), inciso iv). Subrayado añadido por la Comisión).

([200]) Sentencia en los asuntos acumulados C-20/15 P y C-21/15 P, Comisión/World Duty Free Group, ECLI:EU:C:2016:981, párrafo 92: «[E]n las Decisiones controvertidas, la Comisión, con el fin de calificar la medida controvertida como selectiva, adujo que la ventaja fiscal conferida por dicha medida no beneficiaba indistintamente a todos los operadores económicos que se encontraran objetivamente en una situación comparable, en relación con el objetivo perseguido *por el régimen tributario común español*, ya que las empresas residentes que adquirían participaciones del mismo tipo en sociedades domiciliadas fiscalmente en España no podían conseguir esa ventaja.» (subrayado añadido por la Comisión); en el mismo sentido, véanse también los párrafos 22 y 68. De modo similar, véase la sentencia en el asunto C-217/03, Bélgica y Forum 187/Comisión, ECLI:EU:C:2005:266, párrafo 95; sentencia en el asunto C-88/03, Portugal/Comisión, ECLI:EU:C:2006:511, párrafo 56; sentencia en el asunto C-519/07 P, Comisión/Koninklijke Friesland/Campina ECLI:EU:C:2009:556, párrafos 2 a 7; y sentencia en los asuntos acumulados C-78/08 a C-80/08, Paint Graphos, ECLI:EU:C:2011:550, párrafo 50. Véase también la Comunicación sobre el concepto de ayuda, apartado 134.

([201]) Sentencia en los asuntos acumulados C-106/09 P y C-107/09 P, Comisión/Gobierno de Gibraltar y Reino Unido, ECLI:EU:C:2011:732, párrafos 92 a 95. En lo que se refiere a la evaluación de las medidas en función de sus efectos, véase también la sentencia en el asunto British Aggregates/Comisión, párrafos 85 y 89 y la jurisprudencia citada, y la sentencia en el asunto C-279/08 P, Comisión/Países Bajos, ECLI:EU:C:2011:551, párrafo 51.

([202]) Véanse las observaciones de Luxemburgo sobre la carta de 11 de diciembre de 2017, página 2.

([203]) Véanse las observaciones de Luxemburgo sobre la carta de 11 de diciembre de 2017, página 2. Observaciones presentadas por Engie sobre la carta de 11 de diciembre de 2017, apartado 30.

(182) En primer lugar, la Comisión no entiende cómo la imposición de los beneficios de todas las sociedades sujetas a impuestos no puede ser un objetivo de un sistema de imposición de las sociedades. La Comisión señala, en particular, que Luxemburgo no propone ningún otro objetivo en sus observaciones. En segundo lugar, la Comisión también destaca que Engie reconoce que el objetivo del régimen luxemburgués de imposición de las sociedades reside en la imposición de los beneficios de todas las empresas sujetas a impuesto en Luxemburgo ([204]). En tercer lugar, como se explica en los considerandos 172 a 176, la mera lectura de las disposiciones pertinentes de la Ley basta para concluir que la finalidad del régimen luxemburgués de imposición de las sociedades consiste en gravar los beneficios de todas las empresas sujetas a impuestos en Luxemburgo, que se determinan según sus cuentas.

(183) Al invocar el principio de legalidad fiscal, parece que Luxemburgo y Engie hacen referencia a la existencia de una excepción, o de un vacío, en la legislación luxemburguesa, que habría conducido en la práctica a la no imposición de casi todos los beneficios obtenidos por LNG Supply y GSTM en Luxemburgo. Lo esencial de este argumento es que, en tales casos, estas excepciones o lagunas forman parte integrante del sistema de referencia y, por lo tanto, no puede haber ninguna excepción.

(184) La Comisión refuta este argumento. Dado que las estructuras percibidas por Engie en las resoluciones fiscales en cuestión –tal como admiten Luxemburgo y Engie ([205]) – están abiertas a todos los operadores del mercado, cualquier empresa podría transferir sus actividades a una filial, establecer una estructura de financiación similar y, finalmente, solo tributar sobre una parte marginal de sus beneficios, tal como ha hecho Engie. En otras palabras, este argumento implica que cualquier contribuyente de Luxemburgo puede optar por tributar sobre la totalidad de sus beneficios o por no estar sujeto a prácticamente ningún impuesto. La Comisión no puede aceptar esta conclusión. No solo sería contraria al carácter general de cualquier sistema fiscal, según el cual el importe del impuesto que debe pagarse no puede ser determinado unilateralmente por el contribuyente, sino también al principio fundamental –común a todos los Estados miembros–, en virtud del cual los impuestos sobre la renta se gravan en función de la capacidad contributiva de los contribuyentes. Además, pondría en peligro la capacidad del Estado para movilizar los recursos necesarios para financiar su presupuesto, lo cual dejaría sin efecto a su sistema de imposición.

(185) En la práctica, la posición defendida por Luxemburgo y Engie haría ineficaz el control de la ayuda estatal, puesto que los Estados miembros tendrían derecho a introducir en sus sistemas fiscales, de forma deliberada o de otro modo, excepciones injustificadas al principio general de imposición de los beneficios que podrían beneficiar a categorías enteras de empresas u operaciones. Dado que estas excepciones formarían parte del marco de referencia, nunca podrían constituir una ayuda estatal.

(186) Como argumento relacionado, Luxemburgo también afirma que el marco de referencia debe basarse en un conjunto de normas establecidas por el legislador, y no en un supuesto «principio» u «objetivo» cuya interpretación puede ir más allá de las condiciones claras y precisas de la Ley ([206]).

(187) La Comisión no está de acuerdo en que un sistema de referencia no se pueda definir mediante sus objetivos, como la imposición de los beneficios de todas las empresas sujetas a tributación. Asimismo, es la forma habitual de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de definir sistemáticamente el marco de referencia en los asuntos relativos a las ayudas estatales en el ámbito de la imposición de las sociedades ([207]). La Comisión, en efecto, tiene la *obligación* de definir el objetivo del sistema para establecer el carácter selectivo de una medida, porque solo en

([204]) Véase la nota a pie de página 199.

([205]) Véanse las observaciones de Luxemburgo sobre la carta de 11 de diciembre de 2017, página 8; y las observaciones de Engie sobre la Decisión de incoar un procedimiento, apartados 125 y 126.

([206]) Véanse las observaciones de Luxemburgo sobre la carta de 11 de diciembre de 2017, página 2.

([207]) Véase, por ejemplo, la sentencia en el asunto C-217/03, Bélgica y Forum 187/Comisión, ECLI:EU:C:2005:266, donde, como en la presente Decisión, el Tribunal define el marco de referencia remitiéndose al principio según el cual se grava el beneficio comercial de las sociedades: «Para examinar si la determinación de los ingresos imponibles, tal como se prevé en el régimen de los centros de coordinación, les procura una ventaja, procede, como sugiere la Comisión en el punto 95 de la Decisión impugnada, comparar el citado régimen al del Derecho común basado en la diferencia entre el activo y el pasivo de una empresa que desarrolle sus actividades en un entorno de libre competencia.» (párrafo 95). En la misma línea, véase la sentencia en los asuntos acumulados C-78/08 a C-80/08, Paint Graphos, ECLI:EU:C:2011:550, párrafo 50: «A ese respecto, de los elementos de que dispone el Tribunal de Justicia, por una parte, se desprende que, a la hora de calcular el impuesto sobre el beneficio de las sociedades, la base imponible de las sociedades cooperativas de producción y de trabajo se determina de la misma manera que la de otros tipos de sociedades, es decir, *en función del importe del beneficio neto resultante del ejercicio de la actividad de la empresa al final del año de imposición*. Por tanto, debe considerarse que el impuesto sobre sociedades constituye el régimen jurídico de referencia a efectos de apreciar el eventual carácter selectivo de la medida controvertida.» (subrayado añadido por la Comisión). Véase también la sentencia en los asuntos acumulados C-106/09 P y C-107/09 P, Comisión/Gobierno de Gibraltar y Reino Unido, ECLI:EU:C:2011:732, párrafo 95: «En efecto, a este respecto, debe señalarse que, contrariamente a lo que el Tribunal de Primera Instancia declaró, habida cuenta de los apartados 143, 144 y 150 de la Decisión controvertida, de dichos apartados se desprende que la Comisión examinó la existencia de las ventajas selectivas en favor de las sociedades extraterritoriales a la luz del régimen fiscal de que se trata, que se aplica formalmente a todas las empresas. De este modo, se pone de manifiesto que la Decisión controvertida identifica el mencionado régimen como marco de referencia con respecto al cual las sociedades extraterritoriales se verían, de hecho, favorecidas.» Más recientemente, sentencia en los asuntos C-236/16 y C-237/16, ANGED/Generalitat de Catalunya, ECLI:ECLI:EU:C:2018:280, párrafos 42 a 45.

relación con este objetivo podrá determinar si las empresas que no se benefician de la ventaja se encuentran en una situación fáctica y jurídica comparable a la de las beneficiarias de la medida en cuestión ([208]). En cualquier caso, el objetivo del régimen luxemburgués de imposición de las sociedades, que se aplica a todas las sociedades contribuyentes residentes en Luxemburgo, se define en la Ley, tal como se explica en los considerandos 172 a 176 y, una vez más, Luxemburgo no ha definido ningún otro objetivo. Por lo tanto, este argumento debe rechazarse.

(188) Teniendo en cuenta lo anterior, la Comisión concluye que el sistema de referencia aplicable es el régimen luxemburgués de imposición de las sociedades, cuyo objetivo consiste en gravar los beneficios de todas las empresas sujetas a impuestos en Luxemburgo ([209]). El hecho de que puedan existir determinadas excepciones o determinados ajustes en la forma de establecer la renta imponible, tal como alegan Luxemburgo ([210]) y Engie ([211]), no puede socavar esta conclusión. Por consiguiente, en el contexto de este sistema es necesario determinar si el trato fiscal concedida en virtud de las resoluciones fiscales en cuestión constituye una excepción que da lugar a un trato favorable en comparación con otras empresas que se encuentran en una situación fáctica y jurídica comparable a la luz del objetivo del sistema ([212]).

(189) Puede considerarse que LNG Holding y CEF están en una situación jurídica y fáctica comparable a la de todas las empresas sujetas al impuesto sobre sociedades en Luxemburgo, habida cuenta del objetivo del régimen general luxemburgués de imposición de las sociedades, a saber, la imposición de los beneficios de todas las empresas sujetas a tributación en Luxemburgo. Teniendo en cuenta este objetivo, todas las sociedades sujetas a la tributación que puedan obtener beneficios están, en principio, en una situación fáctica y jurídica comparable a la hora de determinar el impuesto de sociedades que deben pagar en Luxemburgo.

(190) El hecho de que LNG Holding y CEF, a diferencia de otros contribuyentes, reciban distribuciones de beneficios de entidades en las que poseen una participación y que estos rendimientos de las participaciones puedan beneficiarse de la exención de los rendimientos de participaciones a que se refiere el artículo 166 de la LIR, no significa que estas dos entidades no sean comparables a los contribuyentes que no se benefician de dicha exención a la luz del objetivo del sistema. La exención prevista en esta disposición solo se concede a ciertos tipos de ingresos cuando se cumplen determinadas condiciones. Sin embargo, la naturaleza de los ingresos obtenidos por la sociedad (distribución de beneficios a que se refiere el artículo 166 de la LIR u otros beneficios comerciales obtenidos por la sociedad), al igual que el resto de condiciones previstas en el artículo 166, de la LIR ([213]), no repercute en el objetivo del sistema, que es la imposición de los beneficios de todas las sociedades sujetas a imposición en Luxemburgo ([214]). En efecto, si el hecho de beneficiarse de una exención particular en el ámbito del impuesto de sociedades fuera suficiente para hacer que una empresa no fuese comparable a otras empresas que no se benefician de dicha exención, las exenciones del impuesto de sociedades, por definición, nunca se considerarían selectivas.

6.2.1.2. ***Excepción al marco de referencia que da lugar a una discriminación***

(191) Teniendo en cuenta el marco de referencia descrito en la sección 6.2.1.1, la base imponible debida por las sociedades sujetas a impuestos en Luxemburgo es la misma para todas estas sociedades, es decir, que está constituida por el importe del beneficio neto, que aparece en sus cuentas ([215]).

(192) El trato fiscal aprobado por las resoluciones fiscales en cuestión permite la exención de los ingresos obtenidos por LNG Holding y CEF, es decir, los ingresos generados por su participación en el capital de LNG Supply y de

([208]) Véase la sentencia en los asuntos acumulados C-20/15 P y C-21/15 P, Comisión/World Duty Free Group e.a., ECLI:EU:C:2016:981, párrafo 54 y la jurisprudencia citada, así como el párrafo 86.

([209]) Véanse también los asuntos acumulados C-78/08 a C-80/08, Paint Graphos, ECLI:EU:C:2011:550, párrafo 54, en que el Tribunal de Justicia confirma que el objetivo del régimen del impuesto sobre sociedades era la imposición de los beneficios de las sociedades.

([210]) Véanse las observaciones de Luxemburgo sobre la carta de 11 de diciembre de 2017, página 2.

([211]) Véanse las observaciones de Engie sobre la carta de 11 de diciembre de 2017, apartados 22 y 23.

([212]) En cualquier caso, en la sección 6.2.2, la Comisión demuestra que si se fijase un marco de referencia más estricto, que estuviese limitado por las disposiciones relativas a la exención de los rendimientos de participaciones y a la imposición de las distribuciones de beneficios, el trato fiscal concedido sobre la base de las resoluciones fiscales en cuestión también representaría una excepción que daría lugar a un trato favorable en relación con otras empresas que se encuentran en una situación fáctica y jurídica comparable.

([213]) Obligación de poseer la participación por un período ininterrumpido de doce meses; un índice de participación que no sea inferior al 10 % del capital social de la empresa de que se trate; o bien un precio de compra que no sea inferior a 1,2 millones EUR.

([214]) De hecho, las empresas que reciben ingresos de la misma naturaleza pero que no cumplen las condiciones del artículo 166 de la LIR (por ejemplo, porque su participación es inferior al 5 % o porque la poseen desde hace menos de doce meses), no se benefician de la misma exención.

([215]) Luxemburgo lo confirmó en la reunión de 1 de junio de 2017. En particular, cuando la Comisión preguntó, en esta reunión, si se podía considerar que el ajuste fiscal previsto en el artículo 164, apartado 3, de la LIR era una de las excepciones al principio de la «vinculación» establecido en el artículo 40, de la LIR, Luxemburgo especificó que «todas las disposiciones fiscales que prevean un ajuste del balance comercial se considerarán una excepción».

GSTM, respectivamente. Tal como muestran, a la vez, las resoluciones fiscales en cuestión y los contratos firmados por las partes, y tal como admite explícitamente Luxemburgo ([216]), existe un vínculo directo y evidente entre estos ingresos y las adiciones al ZORA deducidas de la renta imponible de LNG Supply y de GSTM, respectivamente. De hecho, cualquier beneficio obtenido por LNG Supply y GSTM que supere el margen LNG y el margen GSTM se deduce de su renta imponible en forma de adiciones al ZORA (por lo que elude la imposición). Por consiguiente, el beneficio imponible de las filiales se limita al margen LNG, en un caso, y al margen GSTM, en el otro. A continuación, los beneficios sin imposición deducidos en forma de adiciones al ZORA se incorporan a las acciones LNG y a las acciones GSTM que, según los ZORA y los contratos de futuros, en el momento de la conversión recibirán, respectivamente, LNG Holding y CEF. Sin embargo, cuando los beneficios incorporados en las acciones LNG y las acciones GSTM se reconocen como ingresos generados por LNG Holding y CEF, se pueden beneficiar de la exención de los rendimientos de participaciones ([217]), y, de este modo, eludir también cualquier imposición respecto a estas sociedades.

(193) Esto significa que casi todos los beneficios obtenidos por LNG Supply y GSTM no están sujetos a imposición cuando se asignan a LNG Holding y CEF, respectivamente. Sin embargo, estos beneficios los obtienen sociedades sujetas a impuestos en Luxemburgo y están registrados en las cuentas, primero en las de LNG Supply y GSTM, y después en las de LNG Holding y CEF. Por lo tanto, con arreglo al régimen fiscal común, deberían tributar en Luxemburgo. De ello se desprende que el trato fiscal concedido en virtud de las resoluciones fiscales en cuestión constituye una excepción al marco de referencia.

(194) Luxemburgo vuelve a hacer referencia al principio de legalidad fiscal. Considera que el enunciado de las disposiciones de la Ley aplicadas en las resoluciones fiscales en cuestión es claro y que no se presta a una interpretación según la *ratio legis* ni a una interpretación «teleológica». Según Luxemburgo, dado que se ha respetado el texto de las disposiciones de la Ley, no puede existir una excepción y, por consiguiente, no existe ninguna ventaja ([218]).

(195) Este argumento de Luxemburgo significa, en esencia, que una medida no puede constituir una ventaja selectiva si se ajusta a la legislación nacional, ya que, en tal caso, no constituiría una excepción. En opinión de la Comisión, este argumento no es admisible. Como ya se ha explicado, las medidas de ayuda estatal se evalúan en función de sus efectos. Por consiguiente, la calificación de una medida como ayuda no puede depender de su legalidad en el ordenamiento jurídico interno. Por otro lado, prácticamente ninguna medida adoptada por un Estado podría calificarse como ayuda estatal ([219]). Por el contrario, cuando la aplicación de una o varias disposiciones de Derecho a un caso concreto dé lugar a una excepción a la norma general establecida en el sistema de referencia (en este caso, la imposición de los beneficios de todas las empresas sujetas a impuestos en Luxemburgo), el trato fiscal en cuestión debe considerarse una excepción. Además, si una excepción de este tipo da lugar a una discriminación de empresas que se encuentran en una situación fáctica y jurídica comparable a la luz del objetivo del sistema, la medida en cuestión debe considerarse, *a priori*, selectiva, con independencia de que se haya respetado o no la redacción de las disposiciones aplicadas.

(196) Por consiguiente, el trato fiscal concedido sobre la base de las resoluciones fiscales en cuestión constituye una excepción al régimen general luxemburgués de imposición de las sociedades y constituye, por tanto, una ventaja económica en favor de LNG Holding y de CEF. El hecho de que la legislación en materia de imposición de sociedades prevea un determinado número de excepciones distintas no cuestiona la naturaleza excepcional del trato fiscal concedido en virtud de las resoluciones fiscales en cuestión ([220]).

(197) Por otra parte, según lo establecido en la sección 6.2.1.1, LNG Holding y CEF se encuentran en una situación jurídica y fáctica comparable a la de todas las empresas sujetas al impuesto de sociedades en Luxemburgo. Por lo tanto, el trato fiscal concedido a LNG Holding y a CEF sobre la base de las resoluciones fiscales en cuestión confiere una ventaja a estas dos empresas en comparación con todas las empresas sujetas a imposición que se encuentran en una situación jurídica y fáctica comparable a la luz del objetivo del impuesto de sociedades en Luxemburgo.

(198) Habida cuenta de lo anterior, la Comisión concluye que la ventaja concedida sobre la base de las resoluciones fiscales en cuestión es, *a priori*, selectiva.

(199) En cualquier caso, aunque solo se considere que las empresas sujetas a las normas sobre la exención de los rendimientos de participaciones y sobre la imposición de las distribuciones de beneficios se encuentran en una situación jurídica y fáctica comparable a la de LNG Holding y CEF, la Comisión también demostrará en la sección 6.2.2 que estos contribuyentes no pueden beneficiarse de la ventaja fiscal concedida a LNG Holding y a CEF.

([216]) Véase la carta de Luxemburgo de 12 de mayo de 2017 en la que responde a la pregunta 2.ii: «La plusvalía contable de 506,2 millones USD generada por LNG Holding corresponde económicamente al aumento del valor de LNG Supply entre 2009 y 2014».
([217]) Véanse las secciones 2.2.3.3, 2.2.3.4, 2.2.3.5, 2.2.4.3, 2.2.4.4 y 2.2.4.5.
([218]) Véanse las observaciones de Luxemburgo sobre la carta de 11 de diciembre de 2017, página 4.
([219]) Excepto en caso de aplicación incorrecta de la legislación nacional.
([220]) Sentencia en el asunto C-217/03, Bélgica y Forum 187/Comisión, ECLI:EU:C:2005:266, párrafo 120.

6.2.2. EXCEPCIÓN A LAS NORMAS DEL RÉGIMEN LUXEMBURGUÉS DE IMPOSICIÓN DE LAS SOCIEDADES RELATIVAS A LA EXENCIÓN DE LOS RENDIMIENTOS DE PARTICIPACIONES Y A LA IMPOSICIÓN DE LAS DISTRIBUCIONES DE BENEFICIOS

6.2.2.1. ***Marco de referencia: normas del régimen luxemburgués de imposición de las sociedades relativas a la exención de los rendimientos de participaciones y a la imposición de las distribuciones de beneficios***

(200) Engie afirma que los ajustes impuestos por la legislación fiscal a los beneficios registrados en el balance comercial de los contribuyentes y, en particular, el régimen de exención de los rendimientos de participaciones forman parte del marco de referencia ([221]). En este sentido, Engie intenta limitar el marco de referencia a las disposiciones específicas de la Ley del impuesto sobre la renta, que regulan la exención de los rendimientos de las participaciones y la imposición de las distribuciones de beneficios. En este marco de referencia más limitado, la identificación de las empresas que se encuentran en una situación fáctica y jurídica comparable a la de LNG Holding y CEF está necesariamente restringida a los contribuyentes a los que se aplican estas disposiciones. Sin embargo, como se demostrará en esta sección, el trato fiscal concedido sobre la base de las resoluciones fiscales en cuestión constituye, *a priori*, una ventaja selectiva también en este marco de referencia más limitado.

(201) El artículo 164, apartado 1, de la LIR estipula que para determinar la renta imponible de una sociedad, no es relevante que se haya distribuido o no a los titulares. Esto significa que el beneficio distribuido por una empresa no reduce su renta imponible, es decir, no puede deducirse. Por consiguiente, los beneficios solo pueden distribuirse después de impuestos. Como se explica en el considerando 87, el artículo 164, apartado 2, de la LIR se aplica a las distribuciones de cualquier clase.

(202) Por otra parte, los beneficiarios registran los beneficios distribuidos en sus cuentas como ingresos. Según el principio de la vinculación del balance fiscal al balance comercial, estos ingresos, que forman parte de los beneficios obtenidos por estas empresas y que, en consecuencia, se registran en su contabilidad, se incluirán, en principio, en su renta imponible. Esto provoca una doble imposición económica, a menos que se aplique la exención de los rendimientos de participaciones, de conformidad con las disposiciones del artículo 166, de la LIR ([222]). La exención prevista en esta disposición se aplica a los ingresos generados por «participaciones», término que no está definido en la Ley. Sin embargo, tal como aclaró Luxemburgo, todas las participaciones cuyos rendimientos pueden beneficiarse de la exención prevista en el artículo 166, de la LIR (incluidas las acciones) también están cubiertas por la obligación prevista en el artículo 164, de la LIR (salvo las participaciones en entidades extranjeras) ([223]). En consecuencia, en el régimen luxemburgués de imposición de sociedades de derecho común, la exención de los rendimientos de participaciones se aplica al beneficio después de impuestos (lo que significa que no puede aplicarse a importes deducidos de la renta imponible de la entidad distribuidora). ([224])

(203) Según el Reglamento de 21 de diciembre de 2001, la exención de los rendimientos de participaciones no solo se aplica a los beneficios distribuidos por la entidad distribuidora, sino también a las plusvalías derivadas de las participaciones admisibles según este régimen ([225]). Una plusvalía se define como los ingresos derivados de la diferencia entre el valor de realización de una participación (en el caso de venta o cancelación) y su valor de adquisición. Las plusvalías de las participaciones corresponden a los beneficios ya obtenidos por la empresa distribuidora pero que todavía no han sido distribuidos, o a los beneficios que tienen que realizarse en el futuro y que, por tanto, tampoco han sido distribuidos. En virtud de los artículos 18 y 40 de la LIR, todos los beneficios deben incluirse necesariamente en la renta imponible de la entidad distribuidora. Por otra parte, puesto que esos

([221]) Véanse las observaciones de Engie sobre la carta de 11 de diciembre de 2017, apartados 22 y 24.
([222]) Véase el considerando 85.
([223]) Véanse las observaciones de Luxemburgo sobre la carta de 11 de diciembre de 2017, respuesta a la pregunta 1.b: «Salvo la excepción para las empresas extranjeras tal como se ha expuesto anteriormente, *todas las participaciones cuyos rendimientos pueden acogerse a la exención* prevista en el artículo 166, de la LIR también están cubiertas por lo dispuesto en el artículo 164, de la LIR» (subrayado añadido por la Comisión).
([224]) A este respecto, véase Steichen Alain, Manuel de Droit fiscal. Droit fiscal général, Les cours de l'Université du Luxembourg, 2015, página 644: «Artículo 166 LIR para la eliminación de la doble imposición económica, la filosofía que subyace a este artículo es que se aplica a los ingresos después de impuestos distribuidos por las empresas. Por lo tanto, el artículo 166 de la LIR debe leerse conjuntamente con el artículo 164, apartado 2, de la LIR, que define las distribuciones que no son deducibles de la base imponible de la empresa que efectúa el pago […]. Además de la coherencia lógica entre el artículo 166 de la LIR y el 164, apartado 2 de la LIR (el beneficiario puede quedar exento de aquello que no es deducible para el deudor de los ingresos; todo aquello que no sea deducible por parte del deudor de ingresos debe poder quedar exento de la renta del acreedor) […]».
([225]) Véase el considerando 86. La exención fiscal para las plusvalías procedentes de las participaciones se basa en la misma lógica que la exención fiscal para las distribuciones de beneficios. A falta de una exención de los rendimientos de participaciones, los mismos beneficios se incluirían tanto en la renta imponible de la entidad emisora como en la de la entidad poseedora de la participación, dando así lugar a una doble imposición económica.

beneficios no fueron distribuidos por la entidad distribuidora, por definición, no pueden ser objeto de ningún tipo de deducción. En consecuencia, en el caso de las plusvalías, la exención de los rendimientos de participaciones es aplicable a los ingresos que no correspondan a importes deducidos de la renta imponible de la entidad distribuidora (como las adiciones al ZORA).

(204) En otras palabras, en un marco de referencia más restringido que consista exclusivamente en normas sobre la exención de los rendimientos de participaciones y en la tributación de las distribuciones de beneficios, la exención de los rendimientos de participaciones es aplicable a los ingresos que no corresponden a los importes deducidos de la renta imponible de la entidad distribuidora, y dichos ingresos se consideran como distribuciones de beneficios o de plusvalías.

(205) LNG Holding y CEF se encuentran en una situación jurídica y fáctica comparable a la de todas las empresas sujetas a impuestos que reciben rendimientos de participaciones y que, por tanto, están sujetas a las normas sobre la exención de los rendimientos de participaciones y la tributación de las distribuciones de beneficios en Luxemburgo. Estas sociedades poseen el mismo tipo de instrumentos que LNG Holding y CEF (participaciones) y los ingresos que reciben de estos instrumentos son de la misma naturaleza que los ingresos obtenidos por LNG Holding y CEF, de manera que, en teoría, tienen derecho a que se aplique la exención para los rendimientos de participaciones.

6.2.2.2. ***Excepción al marco de referencia que da lugar a una discriminación***

(206) Las resoluciones fiscales en cuestión permiten que LNG Holding y CEF (entidades fiscales residentes en Luxemburgo) apliquen la exención de los rendimientos de participaciones a unos ingresos correspondientes, desde el punto de vista económico, a los importes deducidos a título de gastos (adiciones al ZORA) por parte de LNG Supply y GSTM, respectivamente (también residentes en Luxemburgo).

(207) De hecho, las resoluciones fiscales en cuestión confirman que cualquier beneficio generado por LNG Supply y GSTM que supere el margen LNG, en un caso, y el margen GSTM, en el otro (y, por tanto, deducido de sus respectivas rentas imponibles en forma de adiciones al ZORA) se integrará en las acciones LNG y las acciones GSTM, respectivamente. De conformidad con los ZORA y los contratos de futuros, LNG Holding y CEF reciben, en el momento de la conversión, estas acciones. Acto seguido, cuando los beneficios incorporados en las acciones LNG y las acciones GSTM se reconocen como ingresos generados por LNG Holding y CEF, se pueden beneficiar de la exención de los rendimientos de participaciones ([226]).

(208) La existencia de un vínculo claro y directo entre los ingresos que se benefician de la exención de los rendimientos de participaciones de las sociedades de cartera y los importes deducidos como gastos por parte de las filiales es evidente en el caso de la conversión parcial del ZORA LNG. En este caso, tal como muestran las declaraciones fiscales presentadas, los ingresos generados por LNG Holding tras la conversión parcial y la anulación de las acciones LNG Supply en 2014 corresponden, desde un punto de vista económico, a las adiciones al ZORA deducidas por LNG Supply entre 2009 y 2014, que LNG Holding recibió a través del ZORA LNG y del contrato de futuros LNG ([227]). Luxemburgo también confirmó explícitamente que: «La plusvalía contable de 506,2 millones USD generada por LNG Holding corresponde económicamente al aumento del valor de LNG Supply entre 2009 y 2014» ([228]).

(209) La aplicación de la exención de los rendimientos de participaciones a los ingresos reconocidos por las sociedades de cartera que corresponden, desde un punto de vista económico, a los importes deducidos en concepto de gastos por parte de las filiales constituye una excepción al marco de referencia descrito en la sección 6.2.2.1, según el cual la exención de los rendimientos de participaciones es aplicable a los ingresos que no corresponden a importes deducidos de la renta imponible de la entidad distribuidora. Esta excepción implica que casi *todos los beneficios* generados por LNG Supply y GSTM *nunca tributan en Luxemburgo*. Por lo tanto, el trato fiscal aprobado por las resoluciones fiscales en cuestión mejora la posición financiera de LNG Holding y de CEF. De hecho, en el régimen fiscal común descrito en la sección 6.2.2.1, los ingresos percibidos por estas entidades no se habrían deducido (en forma de adiciones al ZORA) en las filiales. Estos ingresos habrían sido inferiores, ya que el beneficio correspondiente habría sido gravado previamente en las filiales.

(210) Luxemburgo y Engie cuestionan la aplicabilidad del artículo 164, apartado 2, de la LIR a las adiciones al ZORA. En otras palabras, Luxemburgo y Engie niegan que las adiciones al ZORA puedan considerarse una distribución de beneficios.

([226]) Véanse las secciones 2.2.3.3, 2.2.3.4, 2.2.3.5, 2.2.4.3, 2.2.4.4 y 2.2.4.5.
([227]) Véanse los considerandos 49, 53 y 57.
([228]) Véase la carta de Luxemburgo de 12 de mayo de 2017 en la que se contesta a la pregunta 2.ii.

(211) A este respecto, la Comisión recuerda que LNG Holding califica explícitamente los beneficios derivados de la anulación de las acciones LNG Supply de «dividendos exentos», es decir de distribución de beneficios, en sus declaraciones fiscales del ejercicio de 2014 ([229]).

(212) Además, como se explica en los considerandos 207 y 208, existe un vínculo claro y directo entre los ingresos que pueden ser objeto de exención en el marco de LNG Holding y CEF y los importes deducidos por LNG Supply y GSTM como gastos (las adiciones al ZORA). Por consiguiente, desde un punto de vista económico, los ingresos obtenidos por LNG Holding y CEF equivalen a una distribución de beneficios ([230]).

(213) En cualquier caso, la Comisión recuerda que el hecho de considerar oficialmente los beneficios exentos de LNG Holding y CEF como «distribuciones de beneficios» o como «plusvalías», no es pertinente. En realidad, como se expone en la sección 6.2.2.1, en un marco de referencia más restringido que consista exclusivamente en normas sobre la exención de los rendimientos de participaciones y en la tributación de las distribuciones de beneficios, la exención de los rendimientos de participaciones es aplicable a los ingresos que no corresponden a los importes deducidos de la renta imponible de la entidad distribuidora, y dichos ingresos se consideran como distribuciones de beneficios o de plusvalías ([231]).

(214) En conclusión, el trato fiscal concedido a LNG Holding y a CEF sobre la base de las resoluciones fiscales en cuestión establece excepciones a las normas generales del régimen luxemburgués de imposición de sociedades que rige la exención de los rendimientos de participaciones y la imposición de las distribuciones de beneficios.

(215) Esta excepción también da lugar a una discriminación contra otras empresas que se encuentran en una situación jurídica y fáctica comparable a la de LNG Holding y CEF por lo que se refiere al objetivo del régimen. De hecho, las otras empresas contribuyentes que obtienen rendimientos de participaciones y que, por lo tanto, están sujetas a las normas sobre la exención de los rendimientos de participaciones y la tributación de las distribuciones de beneficios en Luxemburgo no se benefician de la ventaja fiscal concedida a LNG Holding y a CEF, a pesar de que se encuentren en una situación fáctica y jurídica comparable a la luz del objetivo del régimen. Es cierto que todos estos contribuyentes podrían beneficiarse de la exención prevista en el artículo 166 de la LIR. Sin embargo, la exención de los rendimientos de participaciones se habría aplicado a una renta relativamente más baja (es decir, al beneficio después de impuestos de la entidad distribuidora), tal como se explica en el considerando 209.

(216) Luxemburgo afirma que la aplicación del artículo 166 de la LIR no exige que los rendimientos de participaciones se graven previamente, y que las disposiciones del artículo 164 de la LIR no constituyen una condición *sine qua non* para la aplicación del artículo 166 de la LIR ([232]). En la misma línea, Engie considera que se han cumplido todas las condiciones de aplicación del artículo 166 de la LIR, de manera que no podría tratarse de una excepción ([233]). Tanto Luxemburgo como Engie niegan que el objetivo del artículo 166 de la LIR consista en evitar la doble imposición y se apoyan en varios argumentos relacionados, en particular, con la Directiva (UE) 2015/121 del Consejo ([234]) (la «Directiva sobre sociedades matrices y filiales»).

(217) La Comisión refuta este argumento.

(218) En primer lugar, el hecho de que no exista ningún vínculo expresamente establecido entre el artículo 166 de la LIR y el artículo 164, apartados 1 y 2 de la LIR es irrelevante. Luxemburgo confirmó, de manera explícita, ([235]) que todas las participaciones cuyos rendimientos puedan beneficiarse de la exención en virtud del artículo 166 de

([229]) Declaración del impuesto sobre los ingresos de las sociedades y del impuesto sobre las actividades económicas de LNG Holding del ejercicio de 2014, modelo de formulario 506A, «Detalles relativos a las participaciones a que se refiere el artículo 166 de la LIR» sobre LNG Supply, sección 3, línea 19: «dividendos exentos».

([230]) El hecho de que LNG Supply no haya organizado una asamblea oficial de accionistas que apruebe una distribución de dividendos es irrelevante. LNG Holding es el único accionista de LNG Supply y de la entidad que concedió el ZORA LNG (LNG Luxembourg). Por lo tanto, puede decidir en cualquier momento de manera unilateral la fecha de conversión del ZORA, al igual que puede decidir cuándo aprobar la distribución de los beneficios de LNG Supply en una asamblea de accionistas.

([231]) Véase el considerando 204.

([232]) Véanse las observaciones de Luxemburgo en relación con la carta de 11 de diciembre de 2017, páginas 4 y 6, y las respuestas a las preguntas 1.b y 1.c.

([233]) Véanse las observaciones de Engie sobre la carta de 11 de diciembre de 2017, apartados 26 a 31.

([234]) Directiva (UE) 2015/121 del Consejo, de 27 de enero de 2015, por la que se modifica la Directiva 2011/96/UE, relativa al régimen fiscal común aplicable a las sociedades matrices y filiales de Estados miembros diferentes (DO L 21 de 28.1.2015, p. 1).
En sus observaciones en respuesta a la carta de 11 de diciembre de 2017, Luxemburgo explica que la reciente modificación introducida en la Directiva sobre sociedades matrices y filiales en 2015 —según la cual la aplicación de la exención de los rendimiento de participaciones a los beneficios distribuidos está condicionada a la no deducibilidad de esos beneficios por la filial— no habría sido necesaria si el objetivo de la exención de los rendimientos de participaciones fuera evitar la doble imposición (página 4). Engie también se refiere a otros objetivos que persigue esta Directiva (véanse sus observaciones sobre la carta de 11 de diciembre de 2017, apartados 35-43).

([235]) Véanse las observaciones de Luxemburgo sobre la carta de 11 de diciembre de 2017, respuesta a la pregunta 1.b: «Salvo la excepción para las empresas extranjeras tal como se ha expuesto anteriormente, *todas las participaciones cuyos rendimientos pueden acogerse a la exención* prevista en el artículo 166, de la LIR también están cubiertas por lo dispuesto en el artículo 164, de la LIR» (subrayado añadido por la Comisión).

la LIR también están cubiertas por el artículo 164, apartados 1 y 2, de la LIR en el marco de la entidad distribuidora ([236]). De ello se desprende que, en el marco de referencia descrito en la sección 6.2.2.1, la exención de los rendimientos de participaciones es aplicable a los ingresos que no pueden corresponder a importes deducidos de la renta imponible de la entidad distribuidora. Como excepción a esta norma, las resoluciones fiscales en cuestión permiten la aplicación de la exención de los rendimientos de participaciones, en el marco de las sociedades de cartera (entidades con residencia fiscal en Luxemburgo), a unos ingresos correspondientes, desde un punto de vista económico, a los importes deducidos en concepto de gastos (las adiciones al ZORA) por parte de las filiales (también con residencia fiscal en Luxemburgo). Por consiguiente, el trato fiscal concedido en virtud de las resoluciones fiscales en cuestión constituye una excepción al sistema de referencia.

(219) En segundo lugar, incluso sin un vínculo explícito entre las dos disposiciones, la complementariedad entre el artículo 166 de la LIR y el artículo 164, apartados 1 y 2, de la LIR es indispensable para garantizar la coherencia lógica del sistema fiscal. Si la misma cantidad pudiera deducirse como un gasto por parte de la entidad distribuidora y quedase exenta en calidad de ingresos del beneficiario, este beneficio no estaría sujeto a ningún gravamen en Luxemburgo. Esta interpretación permitiría a cualquier grupo de sociedades eludir fácilmente el objetivo del régimen luxemburgués de imposición de las sociedades, que consiste en gravar el beneficio de todas las sociedades sujetas a impuestos en Luxemburgo, distribuyendo a sus accionistas todos los beneficios de las filiales que no han sido gravados previamente ([237]). Además, se contradiría con el objetivo destinado a evitar la doble o la triple imposición ([238]).

(220) El artículo 107 del Tratado define las medidas de ayuda en relación con sus *efectos económicos* en el mercado y no en relación con su legalidad en el orden jurídico interno, con las técnicas legislativas empleadas o con la intención del legislador. En consecuencia, en la medida en que el *efecto* combinado de la deducibilidad de las adiciones al ZORA y la exención de los ingresos correspondientes consiste en que casi todos los beneficios obtenidos por las filiales eluden todos los gravámenes de las sociedades de cartera, lo cual constituye una discriminación contra las sociedades que se encuentran en una situación jurídica y fáctica comparable, debe considerarse que la medida del Estado que acepta este tipo de trato fiscal confiere una ventaja *a priori* selectiva. Esta conclusión es válida, independientemente de que se cumplan los artículos 166 y 164 de la LIR, de que exista un posible vínculo explícito entre dichas disposiciones o, incluso, del objetivo de la Directiva sobre sociedades matrices y filiales.

(221) Engie se remite a la sentencia del Tribunal de Justicia en el asunto Service public fédéral Finances ([239]), que interpreta las disposiciones de la Directiva sobre sociedades matrices y filiales que estaban en vigor en el momento en que se adoptaron las resoluciones fiscales en cuestión ([240]). Según Engie, el Tribunal de Justicia confirmó en dicha sentencia que la Directiva sobre sociedades matrices y filiales, aplicable a situaciones transfronterizas, no exige que los beneficios que se benefician de la exención de los rendimientos de participaciones estén sujetos a una imposición previa. Engie considera que, al aplicar el mismo régimen de exención a situaciones internas, Luxemburgo ha garantizado la igualdad de trato entre grupos de empresas con filiales en Luxemburgo y grupos de empresas con filiales en otros Estados miembros. Puesto que ambas situaciones son idénticas en los hechos y que se aplican las mismas disposiciones en ambos casos, Engie considera que no puede alegarse que la exención de los rendimientos de participaciones solo se aplique en situaciones transfronterizas y no en situaciones puramente internas.

(222) Con carácter preliminar, la Comisión observa que la presente Decisión se refiere a una situación puramente interna en la que todas las empresas implicadas en las diversas operaciones cubiertas por las resoluciones fiscales en cuestión son entidades con residencia fiscal en Luxemburgo. La ventaja selectiva se deriva de una excepción consistente en que el beneficio obtenido por dos filiales del grupo Engie que residen en Luxemburgo prácticamente no fue gravado a nivel de sus accionistas, que también residen en Luxemburgo. Por lo tanto, la investigación de la Comisión no pretendía determinar si una medida similar, aplicada a una situación en la que las entidades distribuidoras no serían entidades con residencia fiscal en Luxemburgo, también constituiría una ventaja selectiva.

(223) La Comisión rechaza el argumento de que Luxemburgo está obligado a aplicar, en una situación puramente interna, un trato más favorable del que se aplicaría a la misma operación transfronteriza. Puede surgir una discrepancia por diferencias en la cualificación jurídica —y, por lo tanto, en el trato fiscal— de un instrumento

([236]) A menos que la entidad distribuidora no sea una entidad con residencia fiscal en Luxemburgo, en cuyo caso el artículo 164 de la LIR no es aplicable.
([237]) A este respecto, Véase Steichen, Alain en la nota a pie de página 224.
([238]) Véase el dictamen del Consejo de Estado relativo al artículo 166 de la LIR (considerando 83). Véase también la Decisión 2006/940/CE de la Comisión, de 19 de julio de 2006, relativa al régimen de ayudas C 3/2006 ejecutado por Luxemburgo en favor de las sociedades holding 1929 y Multimillonarias (DO L 366 de 21.12.2006, p. 47), considerando 63.
([239]) Véase la sentencia en el asunto C-48/07, État belge – Service public fédéral Finances, ECLI:EU:C:2008:758, párrafos 37 y 45.
([240]) La sentencia hace referencia a la Directiva 90/435/CEE.

o una transacción transfronterizos en virtud de las disposiciones de dos países o jurisdicciones fiscales diferentes, lo que provoca una ausencia de imposición. Sin embargo, tales discrepancias, en principio, no deberían surgir en una situación puramente interna, en la que la lógica y la coherencia internas del sistema están destinadas precisamente a evitar este tipo de lagunas. Como es bien sabido, para limitar la evasión fiscal, la Unión, la OCDE y la comunidad fiscal internacional trabajan para reducir las disparidades entre las legislaciones fiscales y para eliminar las discrepancias y las lagunas existentes. Por consiguiente, afirmar, tal como presuntamente lo hace Engie, que Luxemburgo debería aplicar las discrepancias transfronterizas existentes *también a nivel interno*, incluso contra la lógica inherente del sistema fiscal, no solo resulta incoherente en el plano jurídico sino también contrario a estos esfuerzos.

(224) La jurisprudencia del Tribunal de Justicia y, en particular, la sentencia del asunto Service public fédéral Finances, no afirma otra cosa. Este asunto se refiere a una ley belga que ampliaba la aplicación de la Directiva sobre sociedades matrices y filiales a situaciones puramente internas. La jurisdicción belga presentó al Tribunal de Justicia una petición de decisión prejudicial sobre la interpretación que debe darse a esta Directiva ([241]). La sentencia confirma que la Directiva pretende *eliminar las situaciones de doble imposición* de los beneficios distribuidos por las filiales a sus sociedades matrices y eliminar las desventajas de la cooperación transfronteriza derivadas del hecho de que el trato fiscal de las relaciones transfronterizas entre sociedades matrices y filiales es *menos favorable* que el que se aplica a las relaciones puramente internas ([242]). Teniendo en cuenta este objetivo, y en consonancia con la jurisprudencia relativa a las libertades fundamentales, el Tribunal de Justicia declara que «las libertades de circulación garantizadas por el Tratado se oponen a que un Estado miembro trate de manera *menos ventajosa* los dividendos de origen extranjero que los dividendos de origen nacional, a menos que esta diferencia de trato afecte a situaciones que no sean objetivamente comparables o resulte justificada por razones imperiosas de interés general» ([243]). En otras palabras, dicha sentencia se limita a aplicar la jurisprudencia consolidada en virtud de la cual las libertades fundamentales prohíben a los Estados miembros tratar las situaciones internas más favorablemente que las situaciones transfronterizas comparables. Sin embargo, lo contrario no es cierto: los Estados miembros no están obligados, como parece que Engie da a entender, a ampliar a las situaciones puramente internas el trato fiscal más favorable aplicable a las situaciones transfronterizas, en particular si dicho trato más favorable es el resultado de discrepancias o de lagunas que dan lugar a la no imposición ([244]).

(225) La alegación de que la ventaja fiscal concedida a LNG Holding y CEF sobre la base de las resoluciones fiscales en cuestión es de aplicación general, ya que, en teoría, cualquier otra empresa podría obtener una ventaja similar al adoptar la estructura aplicada por Engie, tampoco es admisible. Según jurisprudencia reiterada del Tribunal de Justicia, la circunstancia de que el número de empresas que puede aspirar a beneficiarse de una medida nacional sea muy significativo, o que estas empresas pertenezcan a distintos sectores de actividades, no basta para cuestionar su carácter selectivo ([245]). El mismo principio puede aplicarse en los casos en que la ventaja se deriva de una resolución fiscal que aplica una combinación de disposiciones legislativas a una situación determinada y esta situación puede ser replicada por otras empresas. El Tribunal de Justicia también estableció que no puede

([241]) En su sentencia, el Tribunal de Justicia afirma explícitamente que aunque el órgano jurisdiccional remitente no pueda desviarse de su interpretación de la Directiva, la medida en que esta interpretación se aplica a una situación interna «corresponde al Derecho interno y, por consiguiente, a la competencia exclusiva de los órganos jurisdiccionales del Estado miembro de que se trate» (apartado 27).

([242]) Ibidem, apartado 37.

([243]) *Ibidem*, apartados 46 y 47 (subrayado añadido por la Comisión).

([244]) Las libertades fundamentales se refieren a situaciones transfronterizas. Las situaciones puramente internas no están cubiertas y, en principio, se autoriza una discriminación positiva desde el punto de vista del Derecho de la Unión (véanse las sentencias en el asunto C-60/91, Batista Morais, ECLI:EU:C:1992:140, párrafo 7; el asunto C-29/94 a C-35/94, Jean-Louis Aubertin, ECLI:EU:C:1995:39, párrafos 9 a 11; el asunto C-332/90, Steen/Deutsche Bundespost, ECLI:EU:C:1992:40; el asunto C-139/12, Caixa d'Estalvis i Pensions de Barcelona/Generalidad de Cataluña, ECLI:EU:C:2014:174, párrafos 42 y 45; y el asunto C-591/15, Gibraltar Bying and Gaming Association Limited/Commissioners for Her Majesty's Revenue and Customs, ECLI:EU:C:2017:449, párrafo 33. Dado que las situaciones internas no pueden recibir un trato más favorable que las situaciones transfronterizas comparables, todavía con más razón, LNG Holding y CEF no deberían recibir ventajas que no se concederían en situaciones transfronterizas. A este respecto, cabe recordar que en virtud del artículo 166, apartado 2 *bis*, de la LIR –introducido en la LIR en 2016 como resultado de la transposición de la Directiva 2014/86/UE, la exención de los rendimientos de participaciones no sería aplicable en las situaciones transfronterizas cuando los ingresos obtenidos por el beneficiario pueden deducirse en el Estado miembro de la entidad distribuidora: «[…] la exención no se aplicará a los ingresos contemplados en la Directiva 2011/96/UE del Consejo, de 30 de noviembre de 2011, relativa al régimen fiscal común aplicable a las sociedades matrices y filiales de Estados miembros diferentes, procedentes de una participación directa en el capital social de una entidad colectiva residente en otro Estado miembro de la Unión Europea y en el artículo 2 de la Directiva 2011/96/UE, siempre que sean deducibles en ese Estado miembro o cuando se asignen en el marco de un mecanismo o de una serie de mecanismos que, puesto que se establecieron para obtener, como objetivo principal o como uno de los objetivos principales, una ventaja fiscal contraria al objeto o la finalidad de dicha Directiva, no es genuina a la luz de todos los hechos y circunstancias pertinentes. A efectos de la presente disposición, un mecanismo, que puede consistir en varias fases o partes, o una serie de mecanismos, se considerarán no genuinos siempre que este mecanismo o esta serie de mecanismos no se establezcan por motivos comerciales válidos que reflejen la realidad económica».

([245]) Sentencia en los asuntos acumulados C-20/15 P y C-21/15 P, World Duty Free Group, ECLI:EU:C:2016:981, párrafo 80; sentencia en el asunto C-409/00, España/Comisión, párrafo 48; sentencia en el asunto C-279/08 P, Comisión/Países Bajos, ECLI:EU:C:2011:551, párrafo 50.

exigirse, para demostrar la selectividad de tal medida, que la Comisión identifique determinadas características propias y específicas, comunes a las empresas que disfrutan de la ventaja fiscal, que permitan distinguirlas de aquellas que quedan excluidas ([246]).

(226) Teniendo en cuenta lo anterior, la Comisión concluye que, en un marco de referencia más restringido que consta exclusivamente de las normas del régimen general luxemburgués de imposición de sociedades que rigen la exención de los rendimientos de participaciones y la imposición de las distribuciones de beneficios, la ventaja concedida sobre la base de las resoluciones fiscales en cuestión es *a priori* selectiva, ya que favorece a LNG Holding y a CEF en comparación con las empresas que se encuentran en una situación jurídica y fáctica comparable.

6.2.3. FALTA DE JUSTIFICACIÓN

(227) Según jurisprudencia reiterada, el concepto de ayuda estatal no se refiere a las medidas estatales que establecen una diferenciación entre empresas y que, en consecuencia, son *a priori* selectivas, cuando esta diferenciación resulta de la naturaleza y de la estructura del sistema, lo cual corresponde al Estado miembro interesado demostrar ([247]).

(228) Una medida que establece una excepción a la aplicación del régimen fiscal general puede justificarse por la naturaleza o la estructura del sistema fiscal si el Estado miembro de que se trate puede demostrar que dicha medida se deriva directamente de los principios fundadores o rectores de su régimen fiscal o que es el resultado de mecanismos inherentes al propio régimen fiscal que son necesarios para el funcionamiento y la eficacia del sistema ([248]). A este respecto, debe distinguirse entre los objetivos perseguidos por un régimen fiscal particular y que le son externos, por un lado, y los mecanismos inherentes al propio sistema fiscal, que son necesarios para la consecución de dichos objetivos, por otro ([249]).

(229) Ni Luxemburgo ni Engie han aportado ninguna justificación respecto al trato favorable apoyado por las resoluciones fiscales en cuestión en favor de LNG Holding y CEF. La Comisión recuerda, a este respecto, que la carga de la prueba para dicha justificación recae sobre el Estado miembro. A falta de una justificación presentada por Luxemburgo, la Comisión debe concluir, por tanto, que la ventaja fiscal concedida a LNG Holding y a CEF no puede justificarse mediante la naturaleza o la estructura general del régimen luxemburgués de imposición de las sociedades.

(230) En cualquier caso, la Comisión no consiguió identificar ningún motivo que permitiese justificar el trato preferente de LNG Holding y de CEF alegando que se deriva directamente de los principios intrínsecos, fundadores o rectores del sistema de referencia o que es el resultado de mecanismos inherentes a dicho sistema que son necesarios para su funcionamiento y su eficacia ([250]).

(231) La Comisión observa que según el Consejo de Estado de Luxemburgo ([251]), el régimen de exención de los rendimientos de participaciones establecido por el artículo 166 de la LIR pretende, en particular, evitar una doble o triple imposición por razones de equidad fiscal ([252]). La doble imposición se refiere a situaciones en las que el mismo beneficio tributa dos veces por parte del mismo contribuyente (doble imposición jurídica) o por parte de dos contribuyentes distintos (doble imposición económica). La Comisión admite que una exención de la imposición destinada a evitar la doble imposición económica puede justificarse por la naturaleza y la estructura del sistema fiscal ([253]). Por consiguiente, la aplicación de la exención prevista en el artículo 166 de la LIR para evitar la doble o triple imposición económica puede derivarse directamente de los principios fundadores o rectores del sistema fiscal.

([246]) Sentencia en los asuntos acumulados C-20/15 P y C-21/15 P, World Duty Free Group, ECLI:EU:C:2016:981, párrafo 78.
([247]) Sentencia en el asunto C-88/03, Portugal/Comisión, ECLI:EU:C:2006:511, párrafos 52 y 80, y jurisprudencia citada.
([248]) Sentencias en los asuntos acumulados C-78/08 a C-80/08, Paint Graphos, EU:C:2011:550, párrafo 69.
([249]) Sentencia en el asunto C-88/03, Portugal/Comisión, ECLI:EU:C:2006:511, párrafo 81.
([250]) Sentencia en los asuntos acumulados C-78/08 a C-80/08, Paint Graphos, ECLI:EU:C:2011:550, párrafo 69.
([251]) Véase el considerando 83..
([252]) Véase el dictamen del Consejo de Estado relativo al artículo 166 de la LIR (considerando 83). Véase también la Decisión 2006/940/CE, considerando 63. Este objetivo se ve confirmado por el hecho de que las empresas que no tienen la residencia fiscal solo pueden beneficiarse de la exención concedida por el artículo 166 de la LIR si están sujetas a un impuesto que corresponda al impuesto de sociedades luxemburgués. En otras palabras, la exención no se aplica en ausencia de una imposición previa de los beneficios, es decir, si no hay doble imposición.
([253]) Véase, por analogía, la sentencia en los asuntos acumulados C-78/08 a C-80/08, Paint Graphos, ECLI:EU:C:2011:550, párrafo 71, en que el Tribunal menciona la posibilidad de invocar la naturaleza o la economía general del sistema fiscal nacional para justificar que las sociedades cooperativas que distribuyen a sus miembros todos sus beneficios no estén gravadas como tales, en la medida en que se exige el pago del impuesto a sus miembros.

(232) Sin embargo, la ventaja concedida sobre la base de las resoluciones fiscales en cuestión no reside exclusivamente en la aplicación de la exención de los rendimientos de participaciones, sino en su aplicación a nivel de las sociedades de cartera a una renta correspondiente, desde un punto de vista económico, a las cantidades deducidas por las filiales en concepto de gastos (adiciones al ZORA), lo que se traduce en la ausencia de imposición en el marco de LNG Holding y CEF de casi todos los beneficios obtenidos por LNG Supply y GSTM. En estas circunstancias, el trato fiscal concedido a LNG Holding y a CEF sobre la base de las resoluciones fiscales en cuestión no puede servir para evitar la doble imposición económica. La aplicación acumulativa de la exención y de la deducción queda confirmada en las resoluciones fiscales en cuestión y, por lo tanto, la Administración tributaria luxemburguesa era consciente de que nunca se podría haber producido una doble imposición económica. Por consiguiente, el trato fiscal concedido sobre la base de las resoluciones fiscales en cuestión no guarda ninguna relación con el objetivo de evitar la doble o triple imposición económica (potencial o real) ni con otras posibles razones relacionadas con la equidad fiscal. Tales objetivos no pueden, por tanto, invocarse válidamente para justificar la diferencia de trato derivada de las medidas impugnadas.

(233) A este respecto la Comisión observó que, tal como subrayó anteriormente el Tribunal de Justicia, para que unas exenciones fiscales puedan verse justificadas por la naturaleza o la economía general del sistema fiscal del Estado miembro afectado, este debe asegurarse de que son conformes al principio de proporcionalidad y no exceden de los límites de lo necesario, en el sentido de que el objetivo legítimo perseguido no podría lograrse mediante medidas de menor alcance ([254]). En el presente caso, la aplicación de la exención de los rendimientos de participaciones a una renta percibida por LNG Holding y CEF que corresponde, desde un punto de vista económico, a los importes deducidos por LNG Supply y GSTM en concepto de gastos (adiciones al ZORA) no puede, en modo alguno, considerarse proporcionada a fin de evitar la doble imposición económica y tampoco contribuye al principio de la equidad fiscal. Ocurre más bien lo contrario: las medidas impugnadas permiten que LNG Holding y CEF, así como Engie como grupo, se beneficien de una doble no imposición. La aplicación de la exención fiscal supera, por tanto, los límites de lo que es necesario y proporcionado para alcanzar el objetivo del presente caso.

(234) A este respecto, según el Tribunal de Justicia, debe garantizarse el cumplimiento del requisito sobre la coherencia de una ventaja concedida, no solo con las características inherentes al sistema fiscal en cuestión, sino también en lo que se refiere a la aplicación de dicho sistema ([255]). En este caso, la ventaja fiscal concedida sobre la base de las resoluciones fiscales en cuestión es incoherente, no solo con uno de los objetivos de la exención de los rendimientos de participaciones, sino también con la lógica del sistema en que este régimen se incluye, que consiste en gravar los beneficios de todas las sociedades sujetas a impuestos en Luxemburgo ([256]).

(235) En conclusión, la ventaja fiscal concedida a LNG Holding y CEF no puede justificarse por la naturaleza y la lógica del sistema.

6.2.4. CONCLUSIÓN RESPECTO A LA VENTAJA SELECTIVA DE LNG HOLDING Y DE CEF

(236) En vista de lo anterior, la Comisión concluye que la ventaja fiscal concedida a LNG Holding y a CEF sobre la base de las resoluciones fiscales en cuestión es selectiva.

6.3. *VENTAJA SELECTIVA ESTABLECIDA MEDIANTE EL ANÁLISIS DE LOS EFECTOS DEL TRATO FISCAL DEL GRUPO*

(237) Sin perjuicio de la conclusión expuesta en el considerando 236, un análisis de los efectos de las resoluciones fiscales en cuestión a nivel del grupo, y no solo a nivel de las entidades jurídicas distintas, conduce a la misma conclusión: el trato fiscal concedido en virtud de las resoluciones fiscales en cuestión confiere una ventaja selectiva a Engie.

(238) En este contexto, Engie alega que la selectividad de las medidas fiscales solo puede valorarse en los contribuyentes individuales y no a nivel de grupo, y hace referencia a las decisiones de la Comisión en los asuntos FIAT ([257]) y groepsrentebox ([258]).

([254]) Sentencia en los asuntos acumulados C-78/08 a C-80/08, Paint Graphos, ECLI:EU:C:2011:550, párrafo 75. Véase también la sentencia en el asunto T-287/11, Heitkamp BauHolding/Comisión, ECLI:EU:T:2016:60, párrafo 160; y la sentencia en el asunto T-620/11, GFKL Financial Services AG, ECLI:EU:T:2016:59, párrafo 154.

([255]) Sentencia en los asuntos acumulados C-78/08 a C-80/08, Paint Graphos, ECLI:EU:C:2011:550, párrafo 73. Véase también la sentencia en el asunto T-287/11, Heitkamp BauHolding/Comisión, ECLI:EU:T:2016:60, párrafo 160; y la sentencia en el asunto T-620/11, GFKL Financial Services AG, ECLI:EU:T:2016:59, párrafo 154.

([256]) En efecto, según la lógica del sistema, los beneficios generados por una sociedad pueden estar sujetos a imposición *más de una vez* (por ejemplo, en el caso de las distribuciones de beneficios que no cumplen las condiciones para beneficiarse de la exención prevista en el artículo 166 de la LIR), pero en ningún caso pueden no estar sometidos a *ningún tipo de imposición*.

([257]) Decisión (UE) 2016/2326 (DO L 351 de 22.12.2016, p. 1).

([258]) Decisión 2009/809/CE (DO L 288 de 4.11.2009, p. 26).

(239) A este respecto, la Comisión observa que, según las declaraciones fiscales de Luxemburgo, las entidades GSTM, EIL, LNG Supply, LNG Luxembourg y LNG Holding formaron, a partir de 2015, una unidad fiscal con CEF a efectos de la fiscalidad luxemburguesa y que CEF cumplía la función de sociedad matriz de esta unidad ([259]). Por consiguiente, con arreglo al Derecho tributario luxemburgués, a partir de 2015, estas empresas no se consideraron como entidades diferentes, pero pagaron sus impuestos sobre una base consolidada, es decir, como si fueran un único contribuyente ([260]). La Comisión considera que esta circunstancia sería por sí sola suficiente para justificar una evaluación combinada, como mínimo a partir de 2015.

(240) En cualquier caso, aunque estas entidades no fueran una unidad fiscal, no puede aceptarse el argumento de Engie. Como se explicará de nuevo en la sección 6.6, de la propia formulación del artículo 107 del Tratado se desprende que las normas sobre ayudas estatales analizan los efectos económicos de las medidas estatales en relación con las «empresas» y no en relación con las entidades jurídicas distintas. El concepto de empresa debe entenderse como una unidad económica, incluso si esta unidad está formada por varias personas jurídicas ([261]). Para determinar si varias entidades forman una unidad económica, el Tribunal de Justicia intenta averiguar si existe una participación de control o vínculos funcionales, económicos u orgánicos ([262]). En este caso, GSTM, EIL, LNG Supply, LNG Luxembourg y LNG Holding están totalmente controladas por CEF, que, a su vez, está controlada por Engie SA Por lo tanto, debe considerarse que todas estas entidades forman parte de una única empresa.

(241) Por otra parte, la ventaja concedida sobre la base de las resoluciones fiscales en cuestión reside en la aplicación de la exención de los rendimientos de participaciones, en el marco de las sociedades cartera, a unos ingresos que, desde un punto de vista económico, corresponden a importes deducidos por las filiales en concepto de gastos (adiciones al ZORA). Por lo tanto, para determinar la existencia de una ventaja, es lógico que también se analicen los efectos combinados de las medidas fiscales en ambos niveles. Esta conclusión no se ve socavada por el hecho de que la legislación luxemburguesa relativa al impuesto sobre la renta se refiere a entidades individuales. De hecho, la Comisión observa que las solicitudes de resolución fiscal presentadas por el asesor fiscal se refieren al trato fiscal *de todas las entidades jurídicas del grupo Engie implicadas en las operaciones* y que todas estas entidades están sujetas a impuestos en Luxemburgo.

(242) Esta circunstancia marca la diferencia entre este asunto y los asuntos groepsrentebox y FIAT. En el asunto groepsrentebox, la Comisión decidió evaluar el régimen a nivel individual porque la medida en cuestión se aplicaba a las entidades individuales ([263]). Del mismo modo, en el asunto FIAT, la medida (resolución fiscal) se refería únicamente al beneficio imponible de una entidad jurídica individual, mientras que los socios de la operación residían en otro Estado miembro. En consecuencia, cualquier reducción de los impuestos, que constituía la base de la ventaja en este asunto, tenía que basarse en los resultados de la entidad residente en Luxemburgo y no debía tenerse en cuenta la posibilidad de que el impacto fuera neutro para las otras sociedades del grupo FIAT debido al trato que reciben en otros Estados miembros ([264]).

(243) Por el contrario, en el presente caso, el efecto de la medida (la no imposición de una parte de los beneficios obtenidos por determinadas entidades en Luxemburgo) se debe a la aplicación combinada de una exención y a una deducción en el marco de las diferentes entidades del grupo que son residentes en Luxemburgo a efectos fiscales. Por tanto, un análisis del efecto combinado de las resoluciones fiscales a nivel del grupo Engie en Luxemburgo es adecuado para evaluar plenamente el resultado del trato fiscal.

(244) En cualquier caso, la Comisión recuerda que no está limitada por su práctica decisoria. Cada posible medida de ayuda debe evaluarse sobre la base de sus propias características y en relación con los criterios objetivos expuestos en el artículo 107, apartado 1, del Tratado, de manera que, incluso si se estableciese la existencia de una práctica decisoria contraria, esto no podría afectar a las conclusiones de la presente Decisión ([265]).

([259]) Véase la declaración fiscal de LNG Luxembourg para el ejercicio 2015, anexo 3.

([260]) En una unidad fiscal (régimen de integración fiscal), una sociedad matriz puede ser gravada como un grupo junto con una o más de sus filiales. A efectos del impuesto de sociedades, esto significa que se considera que las filiales han sido absorbidas por la empresa matriz.

([261]) Sentencia en el asunto C-170/83, Hydrotherm, ECLI:EU:C:1984:271, párrafo 11. Véase también la sentencia en el asunto T-137/02, Pollmeier Malchow/Comisión, ECLI:EU:T:2004:304, párrafo 50.

([262]) Sentencia en el asunto C-480/09, P Acea Electrabel Produzione SpA/Comisión ECLI:EU:C:2010:787, párrafos 47 a 55; sentencia en el asunto C-222/04 Cassa di Risparmio di Firenze SpA y otros, ECLI:EU:C:2006:8, párrafo 112.

([263]) Véase la Decisión de *groeprentebox*, considerando 80.

([264]) Véase la Decisión de *FIAT*, considerando 198: «Además, incluso si se puede considerar que las decisiones de financiación se adoptaron en el interés superior del grupo en su conjunto, el impuesto de sociedades luxemburgués se grava a las entidades individuales y no a los grupos, *y la resolución fiscal impugnada se refiere exclusivamente a los beneficios imponibles de FFT, de manera que cualquier reducción de impuestos se basa individualmente en los resultados de esta sociedad*.» (subrayado añadido por la Comisión). Véase también, en la misma Decisión, el considerando 314.

([265]) Véase la sentencia en el asunto C-138/09, Todaro Nunziatina & C., ECLI:EU:C:2010:291, párrafo 21.

6.3.1. SISTEMA DE REFERENCIA

(245) Tal como se establece en la sección 6.2.1.1, en el presente caso, el sistema de referencia es el régimen luxemburgués de imposición de las sociedades, que tiene por objeto gravar los beneficios de todas las empresas sujetas a impuestos en Luxemburgo. Los beneficios imponibles se calculan sobre la base del beneficio contable del contribuyente (principio de vinculación del balance fiscal al balance comercial). Este objetivo se aplica a todas las empresas sujetas a impuestos en Luxemburgo.

(246) Las operaciones objeto de las resoluciones fiscales en cuestión son transacciones intragrupo que consisten, en primer lugar, en la transferencia de determinados activos a las filiales de Engie sujetas a impuestos en Luxemburgo y, en segundo lugar, en la financiación de estas transferencias por parte de las sociedades de cartera, que también están sujetas a impuestos en Luxemburgo ([266]).

(247) Considerando que el trato fiscal de estas operaciones intragrupo debe evaluarse en el marco del régimen luxemburgués de imposición de las sociedades y con el fin de establecer si el trato fiscal concedido a Engie sobre la base de las resoluciones fiscales en cuestión constituye una excepción al sistema de referencia, la Comisión limitará su análisis a una comparación con otras operaciones de financiación intragrupo del mismo tipo y, en consecuencia, evaluará las normas del régimen luxemburgués de imposición de las sociedades que rigen las operaciones de financiación intragrupo entre las entidades de un grupo que tienen residencia en Luxemburgo.

(248) La Comisión establecerá que, en virtud del régimen luxemburgués de imposición de las sociedades, el pago de una remuneración en el marco de una transacción de financiación ([267]) entre dos entidades de un grupo sujetas a impuestos en Luxemburgo no puede dar lugar a una reducción de la renta imponible combinada del grupo en Luxemburgo, independientemente de la naturaleza de los medios de financiación utilizados o del importe de la remuneración. En este contexto, por «renta imponible combinada» se entiende la suma de los ingresos imponibles de todas las entidades del grupo que participan en una operación de financiación intragrupo sujetas a impuestos en Luxemburgo.

(249) En el régimen luxemburgués de imposición de las sociedades, los medios de financiación pueden clasificarse en dos categorías: por un lado, los instrumentos de participación, como las acciones, cuyos rendimientos pueden quedar exentos en virtud del artículo 166 de la LIR (en lo sucesivo, «las participaciones») y, por otro lado, otros instrumentos y contratos cuyos ingresos no pueden acogerse a dicha exención (en lo sucesivo, «los instrumentos que no son participaciones»).

(250) En el caso de los *instrumentos que no son participaciones*, de conformidad con los principios contables de Luxemburgo e internacionales ([268]), el pago de la remuneración (así como el pago de los intereses de un préstamo) se incluye en la contabilidad del prestatario como un gasto. El mismo importe se contabilizará, en algún momento, como un ingreso del prestamista.

(251) En lo que se refiere al trato fiscal, según el principio de vinculación del balance fiscal al balance comercial ([269]), los ingresos contabilizados por el prestamista, en principio, son imponibles, mientras que los gastos contabilizados por el prestatario, en principio, son fiscalmente deducibles. Por consiguiente, el pago de la remuneración procedente de un instrumento que no es una participación no da lugar a una reducción de la renta imponible combinada del grupo en Luxemburgo en relación con la renta imponible combinada anterior al pago ([270]).

([266]) La financiación por parte de las sociedades de cartera se concede a través de los contratos de futuros celebrados entre las sociedades de cartera y los prestamistas, y a través de contratos ZORA firmados por los prestamistas y las filiales. Ni Luxemburgo ni Engie cuestionan este punto (véase la descripción de las transacciones presentada por Luxemburgo en sus observaciones sobre la Decisión de incoar un procedimiento, secciones 2.1 y 2.2). Las resoluciones fiscales en cuestión también señalaban que las sociedades de cartera «deberían considerarse las accionista […] desde el momento en que celebran el contrato de futuros» (véase la solicitud de resolución fiscal LNG de 2008, p. 4; y la solicitud de resolución fiscal GSTM de 2010, p. 4), lo cual muestra que las sociedades de cartera se consideran las portadoras de la financiación.

([267]) El pago de una remuneración en una operación de financiación se entenderá como una referencia a cualquier pago efectuado por el prestatario al prestamista, en efectivo o en forma de cualquier otro activo financiero, incluidos los fondos propios del prestatario, que no persiga amortizar o reembolsar la financiación, o, en el caso de reembolso o amortización, que sea superior al importe financiado inicialmente.

([268]) Véase la norma NIC 32 y la Ley de 19 de diciembre de 2002 sobre el Registro mercantil y de sociedades, así como la contabilidad y las cuentas anuales de las empresas.

([269]) Artículo 40 de la LIR. Véase el considerando 81.

([270]) El hecho de que, en algunos casos, pueda haber una desviación temporal entre el momento en que el prestatario contabiliza los gastos y el momento en que el prestamista contabiliza los ingresos correspondientes no altera esta conclusión. Desde un punto de vista contable, esta desviación temporal se justifica por el principio de prudencia, en virtud del cual se reconoce un ingreso cuando se realiza, es decir, cuando es seguro, mientras que los gastos deben tenerse en cuenta a partir del momento en que es probable, o incluso posible, que se realicen.

(252) En el caso de las *participaciones*, como las acciones, el pago de la remuneración adoptará la forma de una distribución de beneficios. Desde un punto de vista contable, el beneficiario (la entidad que posee la participación) contabiliza los importes distribuidos como ingresos. Sin embargo, las sumas distribuidas, por definición, habrán formado parte de los beneficios de la entidad distribuidora, dicho de otro modo, no se habrán contabilizado como un gasto ([271]).

(253) En lo que se refiere al trato fiscal, tal como se explica en los considerandos 201 y 202, en virtud del artículo 164, apartados 1 y 2, de la LIR, la entidad distribuidora no puede deducir los beneficios distribuidos de su reta imponible. Además, el beneficiario deberá incluir también los beneficios distribuidos en su renta imponible, con arreglo al principio de vinculación del balance fiscal al balance comercial. Esto significa que la distribución de los beneficios supondrá una doble imposición económica, a menos que pueda beneficiarse de la exención de los rendimientos de participaciones en virtud del artículo 166 de la LIR ([272]). Por lo tanto, la distribución de los beneficios procedentes de una participación no conduce a una reducción de la renta imponible combinada del grupo en Luxemburgo en comparación con la situación anterior a la distribución.

(254) En conclusión, en virtud del régimen luxemburgués de imposición de las sociedades, el pago de una remuneración en una operación de financiación intragrupo entre entidades con residencia fiscal en Luxemburgo, ya sea a través de una participación o de un instrumento que no sea una participación, no puede dar lugar a una reducción de la renta imponible combinada del grupo en Luxemburgo.

(255) Luxemburgo sostiene que, al definir el sistema de referencia, la Comisión debe hacer referencia al texto de la Ley. A este respecto, alega que el principio según el cual el pago de la remuneración (o la distribución de beneficios) relacionada con una operación de financiación intragrupo entre entidades residentes en Luxemburgo no puede llevar a una reducción de la renta imponible combinada del grupo en Luxemburgo no está previsto en la Ley.

(256) La Comisión recuerda, en primer lugar, que, contrariamente a lo que afirma Luxemburgo, el objetivo del régimen fiscal luxemburgués (la imposición de los beneficios de todas las empresas sujetas a impuestos en Luxemburgo) se establece en la Ley, tal como se explica en los considerandos 171 a 176. El principio según el cual el pago de una remuneración vinculada a una operación de financiación intragrupo entre entidades sujetas a impuestos en Luxemburgo no puede llevar a una reducción de la renta imponible combinada del grupo puede deducirse directamente de dicho objetivo. De hecho, si el pago de una remuneración pudiese llevar a una reducción de la renta imponible combinada del grupo en Luxemburgo en comparación con la renta imponible antes del pago, una parte de los beneficios del prestamista o del prestatario eludiría impuestos, puesto que no se incluiría en ninguna renta imponible. Esta situación sería claramente contraria al objetivo del sistema. Además, esta posibilidad haría que el sistema fiscal de Luxemburgo fuera intrínsecamente discriminatorio, ya que permitiría a las empresas que forman parte de un grupo excluir parte de sus beneficios de su renta imponible, lo cual no está a disposición de las empresas independientes.

(257) En segundo lugar, aunque la LIR no mencione explícitamente las operaciones de financiación o a su remuneración, establece de forma clara e inequívoca cómo debe gravarse el pago de la remuneración en cada clase de instrumento financiero. La Comisión ha demostrado, en los considerandos 249 a 254, sobre la base del Derecho tributario luxemburgués, que el pago de una remuneración vinculada a una operación de financiación intragrupo entre entidades sujetas a impuestos en Luxemburgo no puede llevar a una reducción de la renta imponible combinada.

6.3.2. COMPARABILIDAD CON LOS GRUPOS DE EMPRESAS QUE REALIZAN OPERACIONES DE FINANCIACIÓN INTRAGRUPO ENTRE ENTIDADES RESIDENTES EN LUXEMBURGO

(258) La Comisión considera que todos los grupos de sociedades que realicen operaciones de financiación intragrupo entre entidades con residencia fiscal en Luxemburgo se encuentran en una situación fáctica y jurídica comparable a la de Engie, con independencia de la naturaleza del instrumento de financiación utilizado. En la sección 6.3.1 se ha explicado que el objetivo del sistema fiscal consiste en gravar los beneficios de todas las sociedades sujetas a impuestos en Luxemburgo.

(259) Según este principio, todos los grupos de empresas que realicen operaciones de financiación intragrupo entre entidades del grupo residentes en Luxemburgo son necesariamente comparables, puesto que el instrumento de financiación elegido y el importe de la remuneración de la financiación son irrelevantes para este principio ([273]).

([271]) Véase la norma NIC 32, párrafo 35: «Las distribuciones a los tenedores de un instrumento de patrimonio se reconocerán por la entidad directamente contra el patrimonio» y el párrafo 36: «los rescates o la refinanciación de los instrumentos de patrimonio se reconocerán como cambios en el patrimonio».

([272]) Esto significa que, desde el punto de vista del grupo, la exención de los rendimientos de participaciones solo da lugar a la *eliminación de una desventaja* causada por la doble imposición económica.

([273]) De hecho, la renta imponible combinada del grupo en Luxemburgo debe permanecer inalterada tras el pago de la remuneración. Tal como se explica en la sección 6.3.1, como excepción a esta norma, la renta imponible combinada puede, en determinadas situaciones excepcionales, *aumentar* y dar lugar a una doble imposición, es decir, en el caso de una distribución de beneficios cuando la participación no se puede acoger a la exención de los rendimientos de participaciones en virtud del artículo 166 de la LIR.

(260) El tipo de instrumento elegido para la financiación podría tener un impacto en el tipo de remuneración, en las fechas y las modalidades de pago de esta remuneración, así como en los derechos concedidos al «prestamista» o al «tenedor» del instrumento. Por ejemplo, en el caso de las acciones ordinarias, que son instrumentos de participación, la remuneración adopta la forma de una distribución de beneficios, cuyo importe y condiciones suelen determinar los órganos de dirección de la entidad emisora de dichas acciones. Por otra parte, no hay ninguna obligación de reembolsar el importe de la financiación. Las acciones ordinarias también pueden conferir un derecho de voto en la junta general y el derecho a estar representado en el consejo de administración, el consejo de supervisión o en otros órganos de la empresa. Por el contrario, en el caso de los instrumentos que no son participaciones, como los préstamos, las condiciones y el importe de la remuneración (intereses) son fijados por las dos partes del contrato, y, en principio, el prestamista no tiene derecho a participar en la gestión del prestatario ni a supervisar, en modo alguno, al prestatario. Además, existe una obligación contractual de reembolsar el valor nominal del préstamo.

(261) La Comisión considera que ninguna de estas diferencias afecta en absoluto al principio básico según el cual, de acuerdo con el régimen luxemburgués de imposición de las sociedades, todos los beneficios obtenidos por las empresas deben estar sujetos a impuestos y, por lo tanto, el pago de la remuneración por operaciones de financiación intragrupo entre empresas residentes en Luxemburgo no puede llevar a una reducción de la renta imponible combinada del grupo en Luxemburgo. Según este principio, la elección de un instrumento de financiación en lugar de otro no hace que la situación de una empresa sea menos comparable.

(262) De hecho, en el caso de los instrumentos de participación, como las acciones, ya se ha explicado en la sección 6.3.1 que, de conformidad con el artículo 164, apartados 1 y 2, de la LIR, los beneficios distribuidos deberían incluirse, y por lo tanto estar sujetos al impuesto, como mínimo en la renta imponible de la entidad distribuidora. En el caso de los instrumentos que no son participaciones, como los préstamos, los intereses pagados por el prestatario se deducirán de su renta imponible, pero se incluirán como renta imponible en la renta imponible total del prestamista. Por lo tanto, a pesar de las diferencias respecto a las condiciones y las modalidades de remuneración y reembolso de la financiación, así como de los derechos y las obligaciones de las partes, en ambos casos, el pago de la remuneración no lleva a una reducción de la renta imponible combinada de las sociedades que participan en la operación.

(263) La Comisión considera que los argumentos planteados por Luxemburgo de que la estructura creada por Engie aporta más flexibilidad que una operación directa entre empresas de cartera y filiales y permite a Engie financiar las actividades adquiridas al tiempo que limita el perfil de riesgo de las filiales ([274]) no son admisibles, ya que ninguna de estas razones está relacionada con el principio según el cual, de acuerdo con el régimen luxemburgués de imposición de las sociedades, el pago de la remuneración de operaciones de financiación intragrupo entre sociedades residentes en Luxemburgo no puede dar lugar a una reducción de la renta imponible combinada del grupo en Luxemburgo.

(264) Por lo tanto, puede concluirse que todos los grupos de empresas que realizan operaciones de financiación intragrupo entre sociedades con residencia fiscal en Luxemburgo se encuentran en una situación fáctica y jurídica comparable a la de Engie. La implicación de los prestamistas en las estructuras creadas por Engie no altera esta conclusión, dado que los prestamistas también residen en Luxemburgo y que el objetivo de estas estructuras sigue siendo financiar la transferencia de activos, tal como han reconocido Luxemburgo y Engie.

6.3.3. EXCEPCIÓN AL MARCO DE REFERENCIA QUE DA LUGAR A UNA DISCRIMINACIÓN

(265) La Comisión considera que el trato fiscal concedido sobre la base de las resoluciones fiscales en cuestión establece una excepción al trato fiscal que se da a las operaciones de financiación intragrupo entre entidades de un grupo residentes en Luxemburgo en el marco del régimen luxemburgués de imposición de las sociedades.

(266) Por una parte, las adiciones al ZORA, cuando son positivas, se contabilizan anualmente como un gasto fiscalmente deducible por las filiales. Por otra parte, al convertir el ZORA LNG, las acciones de LNG Supply, que incluyen las adiciones al ZORA, se transfieren inmediatamente a LNG Holding, de conformidad con el contrato de futuros LNG. En consecuencia, LNG Holding recibe la remuneración de la financiación concedida a LNG Supply (que LNG Supply ha deducido de su renta imponible). Sin embargo, LNG Holding contabiliza las acciones de LNG Supply al valor nominal del ZORA, es decir, sin incluir las adiciones al ZORA convertidas.

([274]) Véanse las observaciones de Luxemburgo sobre la carta de 11 de diciembre de 2017.

(267) Por consiguiente, las resoluciones fiscales en cuestión permiten una situación en la que la remuneración pagada por LNG Supply por la financiación recibida, es decir, la emisión de acciones por un importe igual al de las adiciones al ZORA, resulta en una disminución de la renta imponible de LNG Supply (por valor de las adiciones al ZORA) que no ha sido compensada (y no se compensará en el futuro) por un aumento de la renta imponible del LNG Holding (o un aumento real de la renta imponible de LNG Luxembourg).

(268) El razonamiento expuesto debe transponerse por analogía a GSTM, EIL y CEF ([275]).

(269) En resumen, las resoluciones fiscales apoyan un trato fiscal de la remuneración pagada por LNG Supply y GSTM por la financiación proporcionada por LNG Holding y por CEF, respectivamente, que permite una reducción de la renta imponible combinada del grupo Engie en Luxemburgo.

(270) A la luz de lo anterior, la Comisión considera que el trato fiscal concedido a Engie sobre la base de las resoluciones fiscales en cuestión establece una excepción al sistema de referencia y constituye, por tanto, una ventaja económica para el grupo Engie.

(271) Según el Tribunal, la evaluación de la selectividad consiste «en investigar 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» ([276]).

(272) Tal como se establece en la sección 6.3.2, todos los grupos que participan en las operaciones de financiación intragrupo entre empresas residentes en Luxemburgo se encuentran en una situación fáctica y jurídica comparable a la de Engie en relación con los objetivos del sistema. Sin embargo, estos grupos no tendrían acceso a la ventaja concedida a Engie porque, como se establece en la sección 6.3.1, en virtud del régimen luxemburgués de imposición de las sociedades, el pago de una remuneración en una operación de financiación entre dos entidades con residencia fiscal en Luxemburgo no puede llevar a una reducción de la renta imponible combinada del grupo en Luxemburgo, independientemente del instrumento de financiación o del contrato utilizados o del importe de la remuneración. Así pues, las medidas en cuestión constituyen una discriminación contra dichos operadores.

(273) Por lo tanto, la ventaja concedida a Engie sobre la base de las resoluciones fiscales en cuestión es, *a priori*, selectiva.

(274) Luxemburgo ([277]) y Engie ([278]) afirman que los grupos de empresas que utilizan como instrumento de financiación un ZORA directo entre dos entidades del grupo residentes en Luxemburgo, es decir sin una entidad intermediaria y sin un contrato de futuros prepagado, tendrían acceso a la misma ventaja que se concedió a Engie, es decir, una reducción de la renta imponible combinada del grupo en Luxemburgo, y que, por consiguiente, no existiría ninguna excepción al marco de referencia.

(275) La Comisión desea reiterar, de forma preliminar, que, para establecer la existencia de selectividad, no es necesario demostrar que *cada empresa* que se encuentre en una situación fáctica y jurídica comparable queda excluida del disfrute de la ventaja otorgada al beneficiario de la medida. Es suficiente con demostrar, tal como ha hecho la Comisión en el considerando 271, que «determinados operadores» que se encuentran en una situación fáctica y jurídica comparable en relación con el objetivo del sistema quedan excluidos del disfrute de la ventaja fiscal concedida al beneficiario ([279]). Por lo tanto, aunque una determinada categoría de empresas –los grupos de empresas que utilizan un ZORA directo– también pudiese beneficiarse del mismo trato fiscal que Engie, esta circunstancia no sería, por sí sola, suficiente para concluir que la ventaja concedida a Engie no es, *a priori*, selectiva.

(276) En cualquier caso, la Comisión considera que, contrariamente a lo que alegan Luxemburgo y Engie, un grupo que utiliza un ZORA directo entre dos entidades residentes en Luxemburgo no se beneficiaría del mismo trato fiscal que Engie.

([275]) Tan pronto como las acciones GSTM se conviertan y se anulen, ya que las resoluciones fiscales en cuestión también lo permiten.
([276]) Véase la sentencia en los asuntos acumulados C-20/15 P y C-21/15 P, World Duty Free Group, ECLI:EU:C:2016:981, párrafo 71.
([277]) Véanse las observaciones de Luxemburgo sobre la carta de 11 de diciembre de 2017, página 8.
([278]) Véanse las observaciones presentadas por Engie sobre la carta de 11 de diciembre de 2017, apartados 89, 93 y 94.
([279]) Sentencia en los asuntos acumulados C-20/15 P y C-21/15 P, World Duty Free Group, ECLI:EU:C:2016:981, párrafo 71.

(277) Este hecho queda confirmado por las declaraciones fiscales de Luxemburgo, que muestran que el trato fiscal de un ZORA sigue el trato fiscal de cualquier instrumento que no sea una participación ([280]): las filiales contabilizaron cada año las provisiones para los futuros pagos de adiciones al ZORA como gastos fiscalmente deducibles ([281]) y en el momento de la conversión, LNG Luxembourg contabilizó las adiciones al ZORA como un ingreso imponible ([282]).

(278) En otras palabras, como en el caso de cualquier otro instrumento que no sea una participación, el pago de la remuneración vinculada a los ZORA (es decir, la conversión de las adiciones al ZORA) no da lugar a una reducción de la renta imponible combinada del grupo en Luxemburgo en relación con la renta imponible combinada anterior a dicho pago ([283]).

(279) Luxemburgo sostiene ([284]) que en caso de conversión de un ZORA directo, los beneficios derivados del pago de la remuneración, es decir, la conversión de las adiciones al ZORA, no se gravarían al prestamista si este decide aplicar el régimen especial previsto en el artículo 22 *bis*, de la LIR. Según esta disposición, la conversión de un préstamo en participaciones en el capital de la empresa no dará lugar a la realización de plusvalías y, por tanto, no se adeudará ningún impuesto de sociedades en el momento de la conversión, al igual que en las estructuras creadas por Engie.

(280) La Comisión rechaza este argumento. El artículo 22 *bis* de la LIR no daría lugar a la no imposición de las adiciones al ZORA convertidas en acciones. En primer lugar, porque el artículo 22 *bis* de la LIR no sería aplicable a las adiciones al ZORA y, en segundo lugar, porque, aunque fuera aplicable, no eximiría de impuestos, de manera permanente, las adiciones al ZORA del beneficiario.

(281) De hecho, el artículo 22 *bis* de la LIR no sería aplicable a las adiciones al ZORA. Esta disposición distingue claramente entre las plusvalías derivadas de la conversión del instrumento de financiación en acciones y la remuneración de dicho instrumento antes de su conversión, y declara, de manera explícita, que la remuneración no puede beneficiarse de la exención prevista en el artículo 22 *bis* de la LIR: «[e]n caso de conversión de un préstamo de capitalización convertible, el interés capitalizado correspondiente al período de funcionamiento anterior a la conversión *se gravará en el momento del cambio*» ([285]). Los términos «préstamo de capitalización convertible» e «interés capitalizado» no se definen en la Ley. Sin embargo, según Luxemburgo, los ZORA son préstamos convertibles. Además, las adiciones al ZORA no se pagan anualmente sino que se acumulan en el precio de emisión del ZORA en el momento de la conversión, a fin de determinar el importe que debe convertirse en acciones. No existe ninguna diferencia entre un «interés capitalizado» que se convertiría en acciones en el momento de la conversión de un préstamo y las adiciones al ZORA. En consecuencia, en el momento de la conversión, la parte de las acciones de nueva emisión correspondiente a las adiciones al ZORA *es imponible* y debería incluirse en la renta imponible del beneficiario.

(282) Por consiguiente, en este caso, la exención en virtud del artículo 22 *bis* de la LIR, en teoría, solo podría aplicarse a las acciones correspondientes *al importe nominal del ZORA*, y no a las acciones correspondientes a las adiciones al ZORA, que deberían incluirse directamente en la renta imponible del beneficiario.

(283) Por otra parte, aunque el artículo 22 *bis* de la LIR fuera aplicable a las adiciones al ZORA, esta circunstancia no daría lugar a la exención permanente de tales ingresos. En efecto, del texto del artículo 22 *bis*, apartado 4, de la LIR se desprende claramente que esta disposición solo permite una «suspensión del impuesto» ([286]). El hecho de que no pretende facilitar la no imposición, como sugieren Luxemburgo y Engie, queda confirmado de manera

([280]) Esta práctica está en consonancia con la posición de Luxemburgo de que los ZORA deben considerarse como instrumentos que no son participaciones (véanse las observaciones de Luxemburgo sobre la carta de 11 de diciembre de 2017, respuesta a la pregunta 1 d).
([281]) Véanse las secciones 2.2.3.7.1 y 2.2.4.6.1.
([282]) Véase la sección 2.2.3.7.2.
([283]) En el caso de una reducción del valor del ZORA debido a adiciones al ZORA acumuladas negativas, los gastos que hayan reconocido los prestamistas como consecuencia de la disminución del valor de su crédito deberían corresponder a un ingreso contabilizado por las filiales como resultado de una reducción de los pasivos.
([284]) Véanse las observaciones de Luxemburgo sobre la carta de 11 de diciembre de 2017, p. 8.
([285]) Artículo 22 *bis*, apartado 2, punto 1, de la LIR (subrayado añadido por la Comisión).
([286]) Artículo 22 *bis*, apartado 4, de la LIR: «Por parte del socio, el precio y la fecha de adquisición de los títulos recibidos a cambio corresponderán al precio y la fecha de adquisición de los títulos entregados a cambio.».

explícita por la Administración tributaria de Luxemburgo en su circular de 27 de noviembre de 2002 sobre la aplicación de esta disposición (en lo sucesivo, «la circular 22 *bis*») ([287]). Esta circular explica que las plusvalías derivadas de la conversión solo se transfieren en los activos recibidos a cambio (en este caso, las acciones), pero, en principio, singuen siendo imponibles en el momento de su posterior realización ([288]).

(284) En conclusión, la Comisión demostró que la ventaja concedida a Engie sobre la base de las resoluciones fiscales en cuestión no estaría a disposición de otras empresas que se encontraran en una situación fáctica y jurídica comparable a la de Engie en relación con el objetivo del régimen. Por lo tanto, esta ventaja debe considerarse *a priori* selectiva. Esta conclusión no se ve alterada por el hecho de que la estructura creada por Engie esté, en principio, abierta a cualquier grupo en Luxemburgo. Según jurisprudencia reiterada, el factor determinante para evaluar la selectividad es el hecho de que la medida establece una excepción al marco de referencia general, lo cual da lugar a una discriminación, y esto es lo que la Comisión ha presentado en la presente sección ([289]).

6.3.4. FALTA DE JUSTIFICACIÓN

(285) Ni Luxemburgo ni Engie han aportado ninguna justificación respecto al trato favorable apoyado por las resoluciones fiscales en cuestión en favor de Engie. A este respecto, la Comisión recuerda que corresponde al Estado miembro establecer dicha justificación.

(286) Por consiguiente, teniendo en cuenta que Luxemburgo no ha aportado ninguna justificación, la Comisión debe concluir que la ventaja fiscal concedida a Engie no puede justificarse por la naturaleza o la economía general de dicho sistema.

(287) Por lo que se refiere a las posibles justificaciones que Luxemburgo podría hipotéticamente aportar –cosa que no ha hecho– respecto a la prevención de la doble imposición económica, la Comisión se remite a la evaluación que ha efectuado en la sección 6.2.3.

6.3.5. CONCLUSIÓN RELATIVA A LA VENTAJA SELECTIVA DEL GRUPO

(288) A la luz de lo anterior, y sin perjuicio de las conclusiones expuestas en la sección 6.2.4, la Comisión concluye que la ventaja fiscal concedida a Engie sobre la base de las resoluciones fiscales en cuestión es de naturaleza selectiva.

6.4. *VENTAJA SELECTIVA DERIVADA DE LA NO APLICACIÓN DE LAS DISPOSICIONES FISCALES LUXEMBURGUESAS AL ABUSO DE DERECHO (ARTÍCULO 6 StAnpG)*

(289) Con carácter subsidiario, la Comisión también considera que tampoco se han disipado las dudas que expresó en el considerando 158 de la Decisión de incoar un procedimiento en cuanto a si, al no gravar al grupo, Luxemburgo establecía una excepción a sus normas internas sobre el abuso de derecho en el ámbito fiscal.

(290) Tal como se establece en la sección 6.2.1.1, el sistema de referencia es el régimen luxemburgués de imposición de las sociedades, que tiene por objeto gravar los beneficios de todas las empresas sujetas a impuestos en Luxemburgo. La renta imponible se calcula sobre la base de los beneficios registrados en la contabilidad. Este objetivo se aplica a todas las empresas sujetas a impuestos que residen en Luxemburgo.

(291) Las disposiciones fiscales destinadas a luchar contra el abuso están formadas por el conjunto de normas destinadas a evitar que los contribuyentes eludan el objetivo principal del sistema de referencia, es decir, la imposición de los beneficios de las empresas. Por lo tanto, se considera que estas normas forman parte integrante del sistema de referencia, ya que garantizan la coherencia interna de dicho sistema y pretenden alcanzar sus objetivos básicos.

([287]) Circular del director de aportaciones directas LIR n.º 22 *bis*/1 de 27 de noviembre de 2002.

([288]) Véase la circular 22 *bis*: «la plusvalía inherente a los títulos entregados a cambio se transfiere en los títulos de nueva adquisición *y, en principio, se vuelve imponible en el momento de la realización posterior de estos títulos*» (subrayado añadido por la Comisión).
Algunos podrían sostener que, una vez realizados, los ingresos estarían exentos en virtud de la exención de los rendimientos de participaciones con arreglo al artículo 166 de la LIR. Este argumento también sería incorrecto. De hecho, en la circular 22 *bis* se especifica que, precisamente para evitar el recurso al artículo 22 *bis* de la LIR a fin de eludir la obligación de gravar todos los ingresos, dicho régimen no puede utilizarse para eximir de forma permanente las plusvalías que, de no existir esta medida, habrían estado sujetas a impuestos [véase la circular 22 *bis*: «El objetivo del artículo 22 *bis* de la LIR consiste en determinar las operaciones de cambio de títulos que pueden efectuarse en el marco de la neutralidad fiscal. Sin embargo, el artículo 22 *bis* de la LIR no pretende eximir de manera definitiva las plusvalías, *que sin esta medida serían imponibles* por parte del cedente, sino aplazar su imposición en el tiempo» (subrayado añadido por la Comisión)].
En cualquier caso, la aplicación del artículo 166 de la LIR a los ingresos aplazados temporalmente gracias a la aplicación del artículo 22 *bis* de la LIR y correspondientes a los importes deducidos de la renta imponible del prestatario constituiría una ventaja selectiva según el razonamiento desarrollado por la Comisión en la sección 6.2.

([289]) Sentencia en los asuntos acumulados C-20/15 P y C-21/15 P, World Duty Free Group, ECLI:EU:C:2016:981, párrafo 80.

6.4.1. CONDICIONES DE APLICACIÓN DE LAS DISPOSICIONES FISCALES DESTINADAS A LUCHAR CONTRA LOS ABUSOS

(292) El artículo 6 StAnpG prohíbe la evasión fiscal y la desgravación fiscal mediante el uso abusivo de formas jurídicas o de mecanismos legales con arreglo al Derecho civil. Según esta disposición, si la forma o el mecanismo jurídico que enmarca una operación no se adecua a su sustancia, el impuesto debe valorarse de acuerdo con la sustancia de la operación como si se hubiese concluido en la forma jurídica adecuada ([290]). Luxemburgo considera que esta disposición permite a la Administración tributaria evitar las construcciones jurídicas o las operaciones impulsadas exclusivamente con fines fiscales y no motivadas por consideraciones económicas, pero sin limitar la elección del contribuyente ([291]).

(293) Según la nota de servicio de 21 de agosto de 1989 (en lo sucesivo, «la nota de servicio de 1989») ([292]), el artículo 6 StAnpG es aplicable a cualquier procedimiento fiscal, incluidas las resoluciones fiscales presentadas por la Administración tributaria luxemburguesa. A la hora de dictar una resolución de este tipo, la Administración tributaria luxemburguesa debe asegurarse de que la estructura o las transacciones presentadas por el contribuyente en la solicitud de resolución fiscal no constituyen un abuso de derecho en el sentido del artículo 6 StAnpG. Esto significa que las autoridades fiscales luxemburguesas no deberían adoptar resoluciones vinculantes, como las resoluciones fiscales, cuando el motivo principal por el que el contribuyente solicita dicha resolución reside en obtener una ventaja fiscal ([293]). La nota de servicio de 1989 también confirma que es fundamental que la Administración tributaria luxemburguesa excluya la existencia de un posible abuso de derecho antes de emitir una resolución fiscal ([294]).

(294) Según Luxemburgo, sobre la base de la jurisprudencia pertinente, deben cumplirse cuatro criterios para que una medida constituya un abuso de derecho: i) el recurso a formas e instituciones de derecho privado por parte del contribuyente; ii) la elusión, total o parcial, de la carga fiscal, de cualquier tipo, en que el contribuyente habría incurrido normalmente; iii) el recurso a un medio jurídico inadecuado por parte del contribuyente; y iv) la inexistencia de motivos extrafiscales que puedan justificar el medio jurídico escogido por parte del contribuyente ([295]).

(295) El primer criterio exige que la estructura de una operación determinada, tal como la concibió el contribuyente, utilice formas o instituciones del derecho privado (*Formen und Gestaltungsmöglichkeiten des bürgerlichen Rechts*). Ni el artículo 6 StAnpG ni la jurisprudencia definen con precisión la sustancia de las formas e instituciones de derecho privado, pero se entiende que deberían definirse como cualquier medio jurídico no vinculado al derecho público. Por consiguiente, debe considerarse que la constitución de una sociedad y la ejecución de contratos de financiación intragrupo constituyen un recurso por parte del contribuyente a una forma o una institución de derecho privado ([296]).

(296) El segundo criterio exige que la estructura abusiva permita al contribuyente disminuir su carga fiscal (*Minderung der Steuerpflicht*) mediante la evasión fiscal, una exención o una reducción de la renta imponible ([297]).

(297) El tercer criterio exige que el contribuyente utilice un medio jurídico «no adecuado» (*unangemessene rechtliche Gestaltung*) en el marco de la estructura posiblemente abusiva. Según Luxemburgo ([298]), esto significa que el medio escogido debe permitir al contribuyente obtener un efecto fiscal que no se ajuste a la intención del legislador ([299]). De acuerdo con Luxemburgo, para que se cumpla esta condición, el resultado económico buscado debe poder alcanzarse por al menos dos medios, uno de los cuales no sería apropiado. El recurso a los medios inapropiados debe permitir un ahorro fiscal que no habría sido posible utilizando alguno de los medios adecuados.

([290]) Véase la sección 2.3.4.
([291]) Véanse las observaciones de Luxemburgo sobre la carta de 11 de diciembre de 2017, respuesta a la pregunta 2.a.
([292]) Nota de servicio del director de aportaciones L.G./N.S. n.º 3 de 21 de agosto de 1989.
([293]) Véase la nota de servicio de 1989: «5. La información para vincular a la Administración no se facilita en los casos en que la preocupación por obtener una ventaja fiscal es la principal consideración (por ejemplo, el examen de los modelos para evitar los impuestos llamados "Steuersparmodelle", el establecimiento de límites para eludir los elementos de la simulación o del abuso de derecho)».
([294]) Puesto que solo el artículo 6 StAnpGo define el abuso de derecho en la legislación luxemburguesa, esta disposición debe aplicarse en el contexto de la nota de servicio de 1989.
([295]) Las observaciones de Luxemburgo sobre la carta de 11 de diciembre de 2017 contienen una descripción de estos cuatro criterios, así como una explicación de cómo deben aplicarse.
([296]) Véanse las observaciones de Luxemburgo sobre la carta de 11 de diciembre de 2017, respuesta a la pregunta 2.a.
([297]) Véanse las observaciones de Luxemburgo sobre la carta de 11 de diciembre de 2017, respuesta a la pregunta 2.a.
([298]) Véanse las observaciones de Luxemburgo sobre la carta de 11 de diciembre de 2017, respuesta a la pregunta 2.a.
([299]) En su respuesta a la carta de 11 de diciembre de 2017, Luxemburgo cita la Decisión de 1 de agosto de 2017 del Tribunal Administrativo del Gran Ducado de Luxemburgo, n.º 39009C: es decir, un medio que permita al contribuyente «alcanzar un objetivo económico de tal forma que este medio permita obtener un efecto fiscal que no se puede considerar que el legislador haya deseado otorgar en el marco de una aplicación de la ley fiscal de acuerdo con su intención».

(298) El cuarto criterio es la ausencia de motivos extrafiscales que puedan justificar el medio jurídico escogido por el contribuyente para alcanzar los objetivos económicos de la operación o de la estructura. Según Luxemburgo ([300]), la jurisprudencia establece que los motivos extrafiscales, como los motivos económicos, deben ser reales y proporcionar una ventaja económica suficiente al contribuyente ([301]). La existencia de tales motivos económicos es suficiente para evitar la aplicación de disposiciones contra las prácticas abusivas.

6.4.2. APLICACIÓN DE LAS CONDICIONES EN ESTE CASO

(299) Sobre la base de la información facilitada por Luxemburgo, la Comisión concluye que la Administración tributaria luxemburguesa no debería haber emitido las resoluciones fiscales en cuestión, ya que las estructuras creadas por Engie son abusivas en el sentido del artículo 6 StAnpG.

(300) De hecho, las operaciones presentadas por Engie en las solicitudes de resolución fiscal cumplen las condiciones descritas en la sección 6.4.1, que son necesarias para aplicar el artículo 6 StAnpG.

6.4.2.1. ***Recurso a formas o instituciones de derecho privado***

(301) No se discute que Engie haya recurrido a formas o instituciones de derecho privado para aplicar las estructuras descritas en las resoluciones fiscales en cuestión: los contratos de futuros y los préstamos convertibles, tales como ZORA. Por lo tanto, se cumple el primer criterio para la aplicación del artículo 6 StAnpG.

6.4.2.2. ***Reducción de la carga fiscal***

(302) Es evidente que, como se indica en las secciones 6.2.1, 6.2.2 y 6.3.3, las resoluciones fiscales en cuestión permiten a Engie reducir significativamente su carga fiscal a nivel de grupo en Luxemburgo, ya que los beneficios de las actividades transferidas a las filiales (la actividad GNL y la actividad de gestión de tesorería y financiación) eluden casi totalmente la imposición. Así pues, también se cumple el segundo criterio para determinar el abuso de derecho.

6.4.2.3. ***Recurso a un medio jurídico inadecuado***

(303) El tercer criterio exige, en primer lugar, el establecimiento del objetivo económico perseguido por la operación en cuestión. Solo después es posible determinar si este objetivo puede alcanzarse por medios distintos del elegido por el contribuyente. En segundo lugar, es necesario determinar si el medio elegido por el contribuyente es inadecuado, en el sentido de que permite beneficiarse de una reducción fiscal que no puede ajustarse a la intención del legislador y que no habría sido posible utilizando un medio adecuado.

(304) En el presente caso, es evidente, en primer lugar, que el resultado económico perseguido por Engie a través de las estructuras descritas en las resoluciones fiscales en cuestión es la financiación de la adquisición, por parte de las filiales, de la actividad GNL, así como de la actividad de gestión de tesorería y financiación. Tampoco se cuestiona que el mismo resultado económico pueda alcanzarse por otros medios: instrumentos de capital o de préstamo entre las filiales y las sociedades de cartera ([302]).

(305) Después, como explica la Comisión en las secciones 6.2 y 6.3, el efecto de las estructuras establecidas por Engie consiste en una no imposición casi total de los beneficios obtenidos por las filiales en Luxemburgo. Este resultado es incompatible con el objetivo fundamental del régimen luxemburgués de imposición de las sociedades, que es la imposición de los beneficios de las empresas sujetas a impuestos en Luxemburgo. Por lo tanto, este efecto no puede ajustarse a la intención del legislador. Además, no habría sido posible si la transferencia de actividades a las filiales se hubiera financiado mediante instrumentos de capital o de préstamo. Por lo tanto, las estructuras creadas por Engie no constituyen un medio jurídico adecuado para financiar la transferencia de actividades a las filiales.

([300]) Véanse las observaciones de Luxemburgo sobre la carta de 11 de diciembre de 2017, respuesta a la pregunta 2.a.

([301]) Luxemburgo cita, en su carta de 16 de febrero de 2016, la decisión del Tribunal Administrativo del Gran Ducado de Luxemburgo n.º 35979C y n.º 35978C: «[…] no es suficiente con que el contribuyente presente simplemente motivos económicos para que se admitan como válidos, sino que es necesario que estos motivos puedan considerarse reales y que presenten por sí mismos una ventaja económica suficiente que vaya más allá del beneficio fiscal obtenido».

([302]) La Comisión recuerda que, en el caso de un ZORA directo, los beneficios subyacentes deberían estar sujetos a impuestos, tal como establecen los considerandos 279 a 283.

6.4.2.4. ***Falta de motivos extrafiscales***

(306) Por último, la Comisión no ha podido identificar ningún motivo económico real ni que presente una ventaja económica suficiente para justificar las complejas estructuras desarrolladas por Engie, más allá de lograr un ahorro fiscal significativo.

(307) Luxemburgo afirma ([303]) que las estructuras creadas a través de contratos de futuros y de ZORA son necesarias para financiar la adquisición de las actividades por parte de las filiales. Esta afirmación es incorrecta. En realidad, como muestran las resoluciones fiscales en cuestión, las sociedades de cartera aportan la financiación a los prestamistas que, el mismo día, la ponen a disposición de las filiales. En otras palabras, son las sociedades de cartera las que proporcionan la financiación a las filiales para la adquisición de los activos.

(308) La Comisión observa que el contrato de transferencia LNG y la propuesta de transferencia GSTM ya incluían disposiciones sobre la financiación de la transferencia de actividades. El contrato de transferencia LNG especifica que a cambio de los activos recibidos, LNG Supply debía emitir pagarés en favor de LNG Trading por un valor equivalente al valor nominal del ZORA ([304]). Del mismo modo, la propuesta de transferencia GSTM indica que CEF transfiere una rama de actividad a cambio de un pagaré de GSTM ([305]). Estas disposiciones muestran que la transferencia de activos ya había sido financiada por las sociedades de cartera a través de instrumentos de préstamo. En otras palabras, los contratos de futuros y los ZORA eran estructuras puramente redundantes, que sustituían las transacciones de préstamo directas que existían entre las sociedades de cartera y las filiales ([306]). El papel de los prestamistas como simples entidades intermediarias que no pueden obtener el mínimo beneficio confirma que el único motivo económico de su intervención es el ahorro fiscal.

(309) Luxemburgo también sostiene que las complejas estructuras creadas por Engie son más flexibles y le permiten financiar las actividades adquiridas, limitando al mismo tiempo el perfil de riesgo de las filiales. Este argumento también es incorrecto. De hecho, el mismo objetivo podría haberse logrado mediante la emisión directa de acciones de las filiales en favor de las sociedades de cartera. Una operación directa en el capital entre las sociedades de cartera y las filiales daría a las filiales la misma protección que la compleja estructura ideada por Engie. Las estructuras concebidas por Engie pueden absorber pérdidas de un importe equivalente al valor nominal de los ZORA. Si las pérdidas superan el valor nominal de los ZORA, el capital de las filiales sufrirá las consecuencias. En el caso de una aportación de capital de un importe igual al valor nominal del ZORA, las filiales tendrían exactamente la misma reserva de capital, antes de que las pérdidas afectaran al capital inicial. Además, la Comisión rechaza el argumento de que añadir un nivel adicional (los prestamistas) y el uso de productos financieros complejos (el ZORA y los contratos de futuros) en lugar de inyecciones directas de capital pueden mejorar la flexibilidad. Por el contrario, esto podría crear riesgos operativos para el grupo: la utilización de entidades intermediarias, en lugar de aportar flexibilidad, crea una carga administrativa, conlleva un riesgo de ejecución para las sociedades de cartera y añade costes de transacción.

(310) En conclusión, las estructuras complejas creadas por Engie podrían considerarse equivalentes, en términos económicos, a las operaciones de financiación directas entre sociedades de cartera y filiales, ya sea en forma de instrumentos de capital o de préstamo. Sea cual sea la forma considerada económicamente equivalente a las complejas estructuras creadas por Engie, habría conducido a la imposición de los beneficios subyacentes. Esto significa que, en cualquier caso, no habría ningún motivo económico real ni que presentara una ventaja económica suficiente, aparte del ahorro fiscal significativo, para que Engie optara por las complejas estructuras establecidas por las resoluciones fiscales en cuestión.

(311) En consecuencia, se cumplen los criterios del artículo 6 StAnpG y la Administración tributaria luxemburguesa debería haber considerado las complejas estructuras creadas por Engie como prácticas abusivas. Según la nota de servicio de 1989, la administración fiscal solo debería emitir resoluciones fiscales cuando la preocupación por obtener una ventaja fiscal no fuera la razón principal. Por consiguiente, al validar las solicitudes de resolución fiscal, la Administración tributaria luxemburguesa aplicó de manera incorrecta la legislación y concedió a Engie una ventaja que consistía en eximir de toda imposición a casi todos los beneficios obtenidos por dos de sus filiales (LNG Supply y GSTM) en Luxemburgo ([307]).

(312) Dado que la ventaja concedida a Engie sobre la base de las resoluciones fiscales en cuestión está basada en una aplicación incorrecta de la legislación que, por definición, no está a disposición de ninguna otra empresa, la Comisión concluye, al final de este razonamiento, que es de carácter selectivo.

([303]) Véanse las observaciones de Luxemburgo sobre la Decisión de incoar un procedimiento, p. 16.
([304]) Véase el considerando 34 (1).
([305]) Véase el considerando 60 (1).
([306]) De igual modo, la aplicación precisa de las estructuras (véanse las notas a pie de página 35 y 90) muestra que, en ambos casos, las actividades se transfirieron a cambio de pagarés de las filiales a las sociedades de cartera. Por lo tanto, los contratos de futuros y los ZORA simplemente sustituyen la financiación por parte de las sociedades de cartera que ya estaban en marcha.
([307]) Véase también la Comunicación sobre el concepto de ayuda, apartado 174, letra c).

6.5. *CONCLUSIÓN SOBRE LA EXISTENCIA DE UNA AYUDA*

(313) Dado que el trato fiscal concedido sobre la base de las resoluciones fiscales en cuestión cumple todas las condiciones del artículo 107, apartado 1, del Tratado, debe considerarse que constituye una ayuda estatal en el sentido de dicha disposición. Esta ayuda lleva a una reducción de las cargas que normalmente debería soportar Engie por sus actividades y, por lo tanto, debe considerarse que constituye una ayuda al funcionamiento concedida a Engie.

6.6. *BENEFICIARIO DE LA AYUDA*

(314) En la sección 6.2, la Comisión llegó a la conclusión de que el trato fiscal concedido sobre la base de las resoluciones fiscales en cuestión confería una ventaja selectiva a LNG Holding y a CEF en el sentido del artículo 107, apartado 1, del Tratado, ya que da lugar a una reducción de los beneficios imponibles de estas entidades y, por tanto, del impuesto de sociedades que tienen que pagar en Luxemburgo. LNG Holding y CEF forman parte del grupo Engie.

(315) Las normas sobre la exención de los rendimientos de participaciones se refieren a los beneficios distribuidos por una empresa del grupo a otra. En el caso que nos ocupa, la resolución fiscal respalda la exención de los ingresos de LNG Holding y CEF que corresponden, desde un punto de vista económico, a los importes deducidos en concepto de gastos por parte de LNG Supply y GSTM, respectivamente, lo que da lugar a la no imposición real de casi todos los beneficios obtenidos por LNG Supply y GSTM, salvo un margen limitado. Esto conduce a una situación de deducción y exención que, como se menciona en el considerando 243, tiene un impacto positivo en la carga fiscal de Engie en Luxemburgo.

(316) En la misma línea, puede considerarse que otras entidades jurídicas forman una única unidad económica a efectos de la aplicación de las normas sobre ayudas estatales. Dicha unidad económica es a la que entonces se considera la empresa en cuestión, beneficiaria de la medida de ayuda. Tal como el Tribunal de Justicia ha fallado previamente, «en el Derecho en materia de competencia, el concepto de empresa designa una unidad económica […] aunque, desde el punto de vista jurídico, dicha unidad económica esté constituida por varias personas físicas o jurídicas» ([308]). Para determinar si varias entidades forman una unidad económica, el Tribunal de Justicia intenta averiguar si existe una participación de control o vínculos funcionales, económicos u orgánicos ([309]). En el caso que nos ocupa, tanto LNG Holding como CEF están controlados en un 100 % por Engie SA, la empresa matriz del grupo Engie.

(317) Por lo tanto, todo trato fiscal favorable concedido a LNG Holding y a CEF por la Administración tributaria luxemburguesa beneficia no solo a estas entidades, sino también a Engie en su conjunto, proporcionando recursos financieros adicionales a todo el grupo. Por consiguiente, aunque el grupo esté organizado en diferentes personas jurídicas y que las resoluciones fiscales en cuestión se refieran al trato fiscal de distintas entidades, este grupo debe considerarse como una unidad económica única que se beneficia de la medida de ayuda impugnada ([310]).

(318) Por otra parte, la conclusión que figura en el considerando 317 se ve reforzada por las constataciones de las secciones 6.3 y 6.4, en las que la Comisión estableció que el trato fiscal concedido sobre la base de las resoluciones fiscales en cuestión confiere una ventaja selectiva en el sentido del artículo 107, apartado 1, del Tratado al grupo Engie en Luxemburgo, ya que dan lugar a una reducción de la renta imponible combinada del grupo en ese Estado miembro.

6.7. *COMPATIBILIDAD DE LA AYUDA CON EL MERCADO INTERIOR*

(319) Una ayuda estatal se considera compatible con el mercado interior si corresponde a una de las categorías estipuladas en el artículo 107, apartado 2, del Tratado, y puede considerarse compatible con el mercado interior si la Comisión estima que esta ayuda corresponde a una de las categorías mencionadas en el artículo 107, apartado 3, del Tratado. Sin embargo, es el Estado miembro que concede la ayuda el que soporta la carga de demostrar que la ayuda estatal concedida es compatible con el mercado interior en virtud del artículo 107, apartado 2 o 3, del Tratado.

([308]) Sentencia en el asunto C-170/83, Hydrotherm, ECLI:EU:C:1984:271, párrafo 11. Véase también la sentencia en el asunto T-137/02, Pollmeier Malchow/Comisión, ECLI:EU:T:2004:304, párrafo 50.

([309]) Sentencia en el asunto C-480/09, P Acea Electrabel Produzione SpA/Comisión ECLI:EU:C:2010:787, párrafos 47 a 55; sentencia en el asunto C-222/04 Cassa di Risparmio di Firenze SpA y otros, ECLI:EU:C:2006:8, párrafo 112.

([310]) Véase, por analogía, la sentencia en el asunto 323/82, Intermills, ECLI:EU:C:1984:345, párrafo 11. Véase también la sentencia en los asuntos acumulados C-182/03 y C-217/03, Bélgica y Forum 187/Comisión, ECLI:EU:C:2005:266, párrafo 102: «A la vista de estos elementos, la Comisión estimó, por ello, acertadamente que las reglas relativas a la determinación de los ingresos imponibles constituían una ventaja para los centros de coordinación y los grupos a los que pertenecen».

(320) Luxemburgo no ha aducido ningún motivo que permita establecer la compatibilidad con el mercado interior, en virtud de una u otra de esas disposiciones, de la ayuda estatal que concedió sobre la base de las resoluciones fiscales en cuestión. Engie tampoco ha aducido ningún motivo al respecto.

(321) Por otra parte, dado que el trato fiscal concedido sobre la base de las resoluciones fiscales en cuestión libera a Engie de una carga fiscal que, de lo contrario, habría tenido que soportar en el marco de la gestión cotidiana de sus actividades habituales, la ayuda concedida sobre la base de esas decisiones constituye una ayuda de funcionamiento. Por norma general, estas ayudas no pueden, en principio, considerarse compatibles con el mercado interior con arreglo al artículo 107, apartado 3, del Tratado, en la medida en que no facilitan el desarrollo de determinadas actividades o de determinadas regiones económicas. Además, las ventajas fiscales en cuestión no están limitadas en el tiempo ni son decrecientes y no están proporcionadas a lo que es necesario para remediar una deficiencia específica del mercado o para cumplir un objetivo de interés general en las regiones afectadas. Por tanto, no pueden considerarse compatibles con el mercado interior.

(322) Por consiguiente, la ayuda estatal concedida al grupo Engie por Luxemburgo no es compatible con el mercado interior.

6.8. *ILEGALIDAD DE LA AYUDA*

(323) De conformidad con el artículo 108, apartado 3, del Tratado, los Estados miembros están obligados a informar a la Comisión de cualquier plan de concesión de ayuda (obligación de notificación) y no podrán ejecutar las medidas de ayuda proyectadas hasta que la Comisión haya tomado una decisión definitiva sobre las ayudas en cuestión («obligación de suspensión»).

(324) La Comisión observa que Luxemburgo no le notificó ningún proyecto de concesión de la medida de ayuda impugnada y que no cumplió la obligación de suspensión establecida en el artículo 108, apartado 3, del Tratado. En consecuencia, en virtud del artículo 1, letra f), del Reglamento (UE) 2015/1589 del Consejo ([311]), el trato fiscal concedido sobre la base de las resoluciones fiscales en cuestión constituye una ayuda ilegal, ejecutada en incumplimiento del artículo 108, apartado 3, del Tratado.

7. **ALEGACIÓN DE DEFECTOS DE PROCEDIMIENTO**

(325) Luxemburgo afirma ([312]) que la Comisión vulneró su derecho a ser oído, ya que el objeto principal de la investigación de la Comisión, supuestamente, habrían cambiado desde la adopción de la Decisión de incoar un procedimiento, tal como lo demuestra la carta de 11 de diciembre de 2017. Según Luxemburgo, la Comisión debería haber cerrado el procedimiento en curso e iniciado un nuevo procedimiento o debería haber adoptado una decisión de ampliación de la Decisión de incoar un procedimiento, con el fin de dar a Luxemburgo la oportunidad de notificar debidamente su opinión sobre el supuesto nuevo objeto principal de la investigación de la Comisión.

(326) Además, Engie afirma ([313]) que sus derechos de defensa han sido vulnerados porque no tuvo la posibilidad de presentar sus observaciones sobre el análisis de la Comisión de otras resoluciones fiscales luxemburgueses adoptadas entre 2009 y 2016, que se refieren a la existencia de ZORA o de «contratos de préstamo obligatoriamente convertibles» y a su respectivo trato fiscal y contable.

(327) La Comisión considera que, en el presente asunto, se han respetado plenamente los derechos procesales de Luxemburgo.

(328) La Comisión señala, ante todo, que el alcance de su investigación sobre la existencia de ayudas estatales se ha mantenido sin cambios entre la Decisión de incoar un procedimiento y la adopción de la presente Decisión. Las dos decisiones se refieren a las mismas resoluciones fiscales en cuestión, los mismos beneficiarios (LNG Holding, CEF y el grupo Engie) y las mismas preocupaciones en relación con las ayudas estatales (es decir, si el trato fiscal concedido a LNG Holding, a CEF y al grupo Engie sobre la base de esas decisiones es conforme con las normas sobre ayudas estatales del artículo 107, apartado 1, del Tratado).

(329) En la Decisión de incoar un procedimiento, la Comisión expresó sus dudas iniciales sobre la compatibilidad con las normas sobre ayudas estatales del trato fiscal concedido sobre la base de las resoluciones fiscales en cuestión a las diversas entidades del grupo Engie en Luxemburgo. La finalidad de una fase de investigación exhaustiva tras una Decisión de incoar un procedimiento es aportar a la atención de la Comisión elementos de hecho y de

([311]) Reglamento (UE) 2015/1589 del Consejo, de 13 de julio de 2015, por el que se establecen normas detalladas para la aplicación del artículo 108 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (DO L 248 de 24.9.2015, p. 9).
([312]) Véanse las observaciones de Luxemburgo sobre la carta de 11 de diciembre de 2017, página 3.
([313]) Véanse las observaciones presentadas por Engie sobre la carta de 11 de diciembre de 2017, apartados 98 a 102.

derecho adicionales. Estos elementos pueden alimentar las dudas iniciales expresadas por la Comisión en su Decisión de incoar un procedimiento o disiparlas. Por ello al final de este procedimiento, el análisis de la Comisión puede haber evolucionado y la decisión final puede, por tanto, presentar determinadas divergencias respecto a la Decisión de incoar un procedimiento, sin que estas afecten a la legalidad de la decisión final ([314]).

(330) En el presente caso, el análisis de la Comisión evolucionó a raíz de las observaciones formuladas por Luxemburgo y Engie sobre las cuestiones relativas a las ayudas estatales planteadas por la Comisión en su Decisión de incoar un procedimiento. Por ejemplo, Luxemburgo especificó a lo largo del procedimiento administrativo ([315]) que como consecuencia del reembolso parcial del ZORA LNG que tuvo lugar en 2014, LNG Luxembourg no recurrió al régimen opcional previsto en el artículo 22 *bis*, apartado 2, de la LIR, sino que todos los beneficios imponibles generados por la conversión del ZORA se convirtieron en una pérdida correspondiente fiscalmente deducible en el contrato de futuros LNG. Luxemburgo presentó el texto de los contratos de futuros tras la Decisión de incoar un procedimiento, el 21 de noviembre de 2016, y Luxemburgo y Engie explicaron detalladamente a la Comisión el papel de LNG Luxembourg y de EIL en calidad de entidades intermediarias, así como el funcionamiento del artículo 22 *bis*, apartado 2, en la reunión de 1 de junio de 2017.

(331) El objetivo de la investigación de la Comisión sobre la existencia de ayuda estatal, a saber, el trato fiscal dispensado a las diferentes entidades del grupo Engie en Luxemburgo, como consecuencia de las resoluciones fiscales en cuestión, nunca cambió desde la adopción de la Decisión de incoar un procedimiento. Sucede lo mismo con las dudas principales de la Comisión respecto a la conformidad de las medidas impugnadas con las normas en materia de ayudas estatales ([316]). Solo por motivos de transparencia, los servicios de la Comisión enviaron la carta de 11 de diciembre de 2017 a Luxemburgo, que, a su vez, la transmitió a Engie.

(332) Por lo que se refiere a Engie, la Comisión recuerda que, como parte interesada, tiene derecho a presentar observaciones únicamente sobre la Decisión de incoar un procedimiento, y no sobre la información facilitada por Luxemburgo en respuesta a la Decisión de incoar un procedimiento. Sin embargo, Engie tuvo la posibilidad de presentar a la Comisión sus observaciones en varias ocasiones, tanto por escrito como oralmente, y la utilizó.

(333) Por lo tanto, la Comisión considera que, en el presente asunto, se han respetado los derechos procesales de Luxemburgo.

8. **RECUPERACIÓN**

(334) El artículo 16, apartado 1, del Reglamento (UE) 2015/1589 obliga a la Comisión a ordenar la recuperación de las ayudas ilegales e incompatibles con el mercado interior. Dicha disposición prevé, asimismo, que el Estado miembro afectado debe tomar todas las medidas necesarias para recuperar la ayuda ilegal declarada incompatible. El artículo 16, apartado 2, del Reglamento (UE) 2015/1589 establece que se debe recuperar la ayuda, incluidos los intereses devengados desde la fecha en que la ayuda ilegal estuvo a disposición del beneficiario hasta la fecha de su recuperación efectiva. El Reglamento (CE) n.º 794/2004 de la Comisión ([317]) detalla los métodos que deben utilizarse para calcular los intereses de recuperación. Por último, el artículo 16, apartado 3, del Reglamento (UE) 2015/1589 estipula que «la recuperación se efectuará sin dilación y con arreglo a los procedimientos del Derecho nacional del Estado miembro interesado, siempre que permitan la ejecución inmediata y efectiva de la decisión de la Comisión».

8.1. *NUEVA AYUDA*

(335) El artículo 1, letra c), del Reglamento (UE) 2015/1589 define «nueva ayuda» como «toda ayuda, es decir, los regímenes de ayudas y ayudas individuales, que no sea ayuda existente, incluidas las modificaciones de ayudas existente».

(336) Según el artículo 17, del Reglamento (UE) 2015/1589, las competencias de la Comisión en lo relativo a la recuperación de ayudas estarán sujetas a un plazo de prescripción de diez años. El plazo de prescripción se contará a partir de la fecha en que se haya concedido la ayuda ilegal al beneficiario, bien como ayuda individual, bien en virtud de un régimen de ayudas. Cualquier acción emprendida por la Comisión o por un Estado miembro a petición de la Comisión y que esté relacionada con la ayuda ilegal interrumpirá el plazo de prescripción. Tras cada interrupción, el plazo comenzará a contarse desde el principio. El plazo de prescripción se suspende durante el tiempo en que la decisión de la Comisión sea objeto de un procedimiento pendiente ante el Tribunal de Justicia. Por último, cualquier ayuda para la que haya expirado el plazo de prescripción se considerará como ayuda existente.

([314]) Sentencias en el asunto T-424/05, Italia/Comisión, ECLI:EU:T:2009:49, párrafo 69; y en los asuntos acumulados T-231/06 y T-237/06, Países Bajos y NOS/Comisión, ECLI:EU:T:2010:525, párrafo 50. Véase también la sentencia en el asunto T-242/12, SNCF/Comisión, ECLI:EU:T:2015:1003, párrafos 345 a 367.

([315]) Véase el considerando 113.

([316]) Véase la Decisión de incoar un procedimiento, considerandos 152, 156, 158 y 160.

([317]) Reglamento (CE) n.º 794/2004 de la Comisión, de 21 de abril de 2004, por el que se establecen disposiciones de aplicación del Reglamento(CE) n.º 659/1999 del Consejo por el que se establecen disposiciones de aplicación del artículo 93 del Tratado CE (DO L 140 de 30.4.2004, p. 1).

(337) En el presente caso, la Administración tributaria luxemburguesa emitió las resoluciones fiscales en cuestión y la ayuda se concedió menos de diez años antes de la fecha en que la Comisión presentó a Luxemburgo su primera petición de información respecto a las resoluciones fiscales en cuestión (el 23 de marzo de 2015) ([318]). Por lo tanto, cualquier ayuda concedida a Engie sobre la base de las resoluciones fiscales en cuestión constituye una ayuda nueva.

8.2. *NINGÚN PRINCIPIO GENERAL DEL DERECHO SE OPONE A LA RECUPERACIÓN*

(338) El artículo 16, apartado 1, del Reglamento (UE) 2015/1589 estipula que la Comisión no exigirá la recuperación de la ayuda si ello fuera contrario a un principio general del Derecho de la Unión.

8.2.1. SEGURIDAD JURÍDICA Y CONFIANZA LEGÍTIMA

8.2.1.1. ***Argumentos presentados por Luxemburgo y Engie***

(339) Luxemburgo y Engie invocan los principios de seguridad jurídica y de confianza legítima para prevenir la recuperación de la ayuda ilegal e incompatible con el mercado interior sobre la base de argumentos similares.

(340) En lo que se refiere a la *seguridad jurídica*, Luxemburgo sostiene que este principio se opone a la recuperación, en este caso, debido a la «complejidad del análisis de medidas fiscales en relación con las normas en materia de ayudas estatales» y al hecho de que la Comisión impusiera su propia interpretación de la legislación luxemburguesa ([319]). Luxemburgo hace valer su buena fe en el sentido de que aplicó las resoluciones fiscales en cuestión de una manera rigurosamente conforme a su aplicación constante en el país ([320]). Luego, se remite ([321]) a la Decisión de la Comisión de 17 de julio de 2013, relativa al sistema español de arrendamiento fiscal ([322]), así como a sus Decisiones sobre las sociedades holding «1929» ([323]) y sobre los centros de coordinación establecidos en Bélgica ([324]), y alega que, teniendo en cuenta estos asuntos, cualquier decisión negativa solo debería hacerse efectiva en el futuro, al término de un período de transición.

(341) Engie también alega que la Comisión adopta un enfoque innovador ([325]) e impone de manera retroactiva su propia interpretación de la legislación luxemburguesa, desviándose de determinados principios de esta legislación (el principio de vinculación del balance fiscal al balance comercial) y dando muestras de incoherencia respecto al marco de referencia definido en la Decisión de la Comisión del asunto Fiat ([326]). Asimismo, se remite a la Decisión de la Comisión sobre el régimen fiscal aplicable a las agrupaciones de interés económico ([327]), en que la Comisión limitó la recuperación alegando que su supuesta mala gestión del caso había provocado inseguridad jurídica ([328]).

(342) Por último, Luxemburgo ([329]) y Engie ([330]) alegan que la recuperación provocaría un riesgo de repercusiones económicas graves o de problemas graves tanto para Luxemburgo como para Engie.

(343) Por lo que se refiere al *principio de confianza legítima*, Engie recurre a argumentos y precedentes similares a los que adujo Luxemburgo respecto a la seguridad jurídica (la buena fe de Luxemburgo a la hora de aplicar las resoluciones fiscales y la referencia a las Decisiones sobre las *sociedades Holdings 1929* y los *centros de coordinación belgas*) ([331]). Asimismo, afirma que la sentencia *Unicredito* ([332]), que admitió que una empresa puede elegir la opción con menos imposición en el marco de una operación, se opone a la recuperación ([333]).

([318]) Véase la sección 1 para el procedimientos y la sección 2 para las fechas de las resoluciones y de la concesión de la ayuda.
([319]) Observaciones de Luxemburgo sobre la Decisión de incoar un procedimiento, página 20.
([320]) Observaciones de Luxemburgo sobre la Decisión de incoar un procedimiento, página 21.
([321]) Observaciones de Luxemburgo sobre la Decisión de incoar un procedimiento, página 20.
([322]) Decisión 2014/200/UE de la Comisión, de 17 de julio de 2013, relativa a la ayuda estatal SA.21233 C/11 (ex NN/11, ex CP 137/06) ejecutada por España Régimen fiscal aplicable a determinados acuerdos de arrendamiento financiero también conocidos como Sistema español de arrendamiento fiscal (DO L 114 de 16.4.2014, p. 1).
([323]) Decisión 2006/940/CE, considerandos 102 a 113.
([324]) Decisión 2003/755/CE, de 17 de febrero de 2003, sobre el régimen de ayudas ejecutado por Bélgica en favor de los centros de coordinación establecidos en Bélgica (DO L 282 de 30.10.2003, p. 25), considerandos 117 a 120.
([325]) Observaciones de Engie sobre la Decisión de incoar un procedimiento, apartados 336 a 339.
([326]) Observaciones de Engie sobre la Decisión de incoar un procedimiento, apartados 346 y 349.
([327]) Decisión 2007/256/CE de la Comisión, de 20 de diciembre de 2006, relativa al régimen de ayudas ejecutado por Francia en virtud del artículo 39 CA del Code général des impôts — Ayuda estatal C 46/2004 (ex NN 65/2004) (DO L 112 de 30.4.2007, p. 41).
([328]) Observaciones de Engie sobre la Decisión de incoar un procedimiento, apartado 354.
([329]) Observaciones de Luxemburgo sobre la Decisión de incoar un procedimiento, página 21.
([330]) Observaciones de Engie sobre la Decisión de incoar un procedimiento, apartado 356.
([331]) Observaciones de Engie sobre la Decisión de incoar un procedimiento, apartados 323 a 333.
([332]) Véase la sentencia en el asunto C-148/04, Unicredito Italiano SpA/Agenzia delle Entrate, ECLI:EU:C:2005:774, párrafo 119.
([333]) Observaciones de Engie sobre la Decisión de incoar un procedimiento, apartado 334.

8.2.1.2. ***Evaluación***

(344) Aunque los principios generales del Derecho de la Unión inspiran todo el marco jurídico de la Unión, el Tribunal de Justicia ha interpretado de forma muy restrictiva estos principios en el contexto de la recuperación. El principio de seguridad jurídica es un principio general del Derecho de la Unión que implica la previsibilidad de las normas y de sus efectos jurídicos. Según la jurisprudencia, este principio impide que la Comisión retrase indefinidamente el ejercicio de sus facultades ([334]). El Tribunal de Justicia también declaró que este principio solo puede invocarse en casos excepcionales en que exista una omisión manifiesta de la Comisión y un evidente incumplimiento de su obligación de diligencia en el ejercicio de sus facultades de control ([335]).

(345) En el caso que nos ocupa, puesto que Luxemburgo nunca notificó las resoluciones fiscales en cuestión a la Comisión ni se hicieron públicas de otro modo, la Comisión no pudo saber de su existencia hasta el 25 de junio de 2015, fecha en la que Luxemburgo respondió a su solicitud de información de 25 de marzo de 2015. Por lo tanto, no hubo retrasos injustificados ni falta de la debida diligencia de la Comisión en el ejercicio de sus competencias que pudieran justificar la aplicación de este principio para evitar la recuperación.

(346) El hecho de que Luxemburgo estime que ha aplicado su propio derecho de buena fe de una manera que considera correcta y acorde con su práctica anterior, o el hecho de que no esté de acuerdo con la interpretación del sistema de referencia de la Comisión, no es pertinente a efectos de su obligación de recuperación. La aceptación del argumento de Luxemburgo tendría como consecuencia inaceptable que un Estado miembro que concede continuamente ayudas ilegales e incompatibles con el mercado interior no sea obligado a recuperarlas. También significaría que el mero hecho de que una medida de ayuda haya sido ejecutada de conformidad con la interpretación del Estado miembro de su propia legislación nacional podría invocarse para impedir la recuperación. Esta conclusión pondría en peligro la aplicación de las normas sobre ayudas estatales en el caso de cualquier medida de ayuda que se haya considerado ilegal e incompatible con el mercado interior, dado que la obligación de recuperación no puede basarse en la intención del Estado miembro cuando se concedió la ayuda, sino en los falseamientos de la competencia derivados de la ayuda. Por otra parte, la supuesta «complejidad» del análisis de las medidas fiscales realizado por la Comisión no es un argumento aceptable respecto a la obligación de recuperación establecida por el Reglamento (UE) 2015/1589.

(347) Por lo que se refiere al supuesto «nuevo enfoque» en el que se basa la presente Decisión, la Comisión rechaza esta alegación. El análisis de la Comisión es coherente con sus decisiones anteriores y con la jurisprudencia: la existencia de una ventaja selectiva se ha evaluado con arreglo al régimen fiscal común aplicable a los ingresos de las empresas en Luxemburgo. A este respecto, aunque los Estados miembros gocen de autonomía fiscal en el ámbito de la fiscalidad directa, todas las medidas fiscales adoptadas por un Estado miembro deben ser acordes a las normas de la Unión en materia de ayudas estatales, que vinculan a los Estados miembros y priman sobre el derecho nacional ([336]). El hecho de que Luxemburgo o Engie no estén de acuerdo con la interpretación de determinadas disposiciones o que los hechos en los que se basa la presente Decisión sean distintos de los hechos en los que se basan otras decisiones anteriores, no hace que el enfoque de la Comisión sea «innovador». Además, como ya se ha demostrado, el marco de referencia definido por la Comisión en la presente Decisión es totalmente coherente con sus decisiones anteriores, no solo en el asunto Fiat sino también en el asunto Amazon y en la jurisprudencia del Tribunal ([337]).

(348) En lo que se refiere al principio de la confianza legítima, puede invocarlo cualquier justiciable que se encuentre en una situación de la que se desprenda que una institución de la Unión «le hizo concebir esperanzas fundadas» ([338]). Se aplican limitaciones significativas a la invocación de este principio. En primer lugar, el Tribunal de Justicia declaró que nadie puede invocar una violación de dicho principio «si la Administración no le dio garantías concretas» ([339]). Estas garantías deben proporcionarlas las instituciones de la Unión ([340]). En segundo

([334]) Sentencia en el asunto C-74/00, Falck y A. di Bolzano/Comisión, ECLI:EU:C:2002:524, párrafo 140.
([335]) Sentencia en el asunto C-408/04 P, Comisión/Salzgitter, ECLI:EU:C:2008:236, párrafos 100 a 107.
([336]) Véanse las sentencias en los asuntos acumulados C-182/03 y C-217/03, Bélgica y Forum 187 ASBL/Comisión, ECLI:EU:C:2006:416, párrafo 81; en los asuntos acumulados C-106/09 P y C-107/09 P, Comisión/Gobierno de Gibraltar y Reino Unido, ECLI:EU:C:2011:732; y en el asunto C-417/10, 3M Italia, ECLI:EU:C:2012:184, párrafo 25; y el auto en el asunto C-529/10, Safilo, ECLI:EU:C:2012:188, párrafo 18. Véase también la sentencia en el asunto T-538/11, Bélgica/Comisión, ECLI:EU:T:2015:188, párrafo 66.
([337]) Véase el considerando 174.
([338]) Véanse las sentencias en los asuntos acumulados C-182/03 y C-217/03, Bélgica y Forum 187/Comisión, ECLI:EU:C:2005:266, párrafo 147; y en el asunto 265/85, Van den Bergh en Jurgens y Van Dijk Food Products Lopik/Comisión, Rec. 1987, p. 1155, párrafo 44.
([339]) *Ibidem*.
([340]) Véase, por ejemplo, la sentencia en el asunto T-243/09, FEDECOM/Comisión, ECLI:EU:T:2012:497, párrafo 91, y la jurisprudencia citada.

lugar, los Estados miembros no pueden invocar este principio si no han notificado la medida de ayuda a la Comisión ([341]). En tercer lugar, la supuesta inacción de la Comisión carece de sentido si una medida de ayuda no se le ha notificado ([342]) y, por consiguiente, el silencio de la Comisión no puede interpretarse como una autorización implícita de la medida que puede generar una confianza legítima ([343]). En el caso que nos ocupa, Luxemburgo no notificó a la Comisión las resoluciones fiscales en cuestión y la Comisión no dio garantías concretas a Luxemburgo de que las resoluciones fiscales en cuestión no constituyeran una ayuda. Por consiguiente, Luxemburgo no puede invocar el principio de confianza legítima.

(349) Respecto al hecho de que Luxemburgo y Engie se remitan a la práctica decisoria anterior de la Comisión en el contexto de la seguridad jurídica y de la confianza legítima, la Comisión recuerda, con carácter preliminar, que no está vinculada por su práctica decisoria ([344]). Además, los asuntos mencionados no respaldan los argumentos de Luxemburgo y de Engie.

(350) En la Decisión sobre los *centros de coordinación belgas*, si la Comisión no exigió la recuperación de la ayuda, fue porque no había planteado ninguna objeción en una decisión anterior sobre un régimen belga que presentaba características similares. Por lo tanto, la Comisión consideró que su anterior Decisión sobre la medida belga dio lugar a una confianza legítima por parte de los beneficiarios del nuevo régimen que analizó en aquel momento. Del mismo modo, en su Decisión sobre el régimen fiscal aplicable a las agrupaciones de interés económico, la Comisión consideró que dos circunstancias excepcionales justificaban la no recuperación de la ayuda concedida: en primer lugar, la Comisión se retrasó en el ejercicio de sus facultades respecto al análisis del régimen porque no respondió a varias cartas de las autoridades francesas y, en segundo lugar, los beneficiarios de dicho régimen fueron inducidos a error respecto a la legalidad del mismo a causa de una decisión anterior de la Comisión que consideraba que una medida similar no constituía una ayuda. Fue precisamente la incertidumbre creada por esa decisión anterior lo que justificó la decisión adoptada por la Comisión en el asunto relativo al régimen español de arrendamiento fiscal de no recuperar la ayuda concedida antes de la publicación de la Decisión sobre el régimen fiscal aplicable a las agrupaciones de interés económico. Ninguna de estas circunstancias está presente en el presente caso. La Comisión no se retrasó especialmente, y Luxemburgo y Engie no fueron inducidos a error por una decisión previa de la Comisión relativa a un régimen fiscal similar.

(351) La referencia al asunto sobre *sociedades de Holdings 1929* también es inadmisible. En ese asunto, la Comisión consideró que no se recuperarían ayudas a la vista del carácter de ayuda existente del régimen, que se había adoptado en 1929, es decir, antes de la entrada en vigor del Tratado. Decidió conceder un período transitorio para poner fin al régimen en vista de determinadas circunstancias excepcionales que caracterizan el asunto, a saber, el período excepcionalmente largo de aplicación del régimen (76 años) y el hecho de que una supresión inmediata de la medida podría haber tenido un impacto relativamente grave en el empleo y el crecimiento económico de Luxemburgo, donde 13 000 sociedades holding exentas estaban activas en un país con una población activa de no más de 110 000 trabajadores. Una vez más, ninguna de estas circunstancias excepcionales se presenta en el presente asunto: la ayuda concedida en este caso no puede considerarse una ayuda existente y la recuperación de la ayuda por parte de Engie no puede ocasionar un grave impacto económico en Luxemburgo. La Comisión también rechaza los argumentos sobre las graves repercusiones económicas de la recuperación por parte de Engie. Tal como ya estipuló el Tribunal de Justicia, la recuperación no puede verse afectada por las circunstancias relacionadas con la situación económica del beneficiario ([345]).

(352) La jurisprudencia *Unicredito* del Tribunal de Justicia tampoco impide la recuperación. Todo lo que se afirma en esta sentencia es que en la fase de recuperación las autoridades nacionales pueden tener en cuenta un trato fiscal más favorable que el del régimen ordinario, que se habría aplicado al beneficiario «de no haber existido la ayuda

([341]) Véase la sentencia en los asuntos acumulados C-471/09 P a C-473/09 P, Territorio Histórico de Vizcaya — Diputación Foral de Vizcaya y otros/Comisión, EU:C:2011:521, párrafo 64: «Sobre este punto procede recordar que un Estado miembro cuyas autoridades hayan concedido una ayuda infringiendo las normas de procedimiento establecidas en el artículo 88 CE no puede invocar, en principio, la confianza legítima de los beneficiarios para eludir su obligación de adoptar las medidas necesarias para la ejecución de la decisión de la Comisión en la que se le ordene recuperar la ayuda. En efecto, si se admitiese esta posibilidad se privaría por completo de eficacia a las disposiciones de los artículos 87 CE y 88 CE, ya que las autoridades nacionales podrían así basarse en su propio comportamiento ilícito para dejar sin efecto las decisiones adoptadas por la Comisión en virtud de dichas disposiciones del Tratado CE». Para un razonamiento similar, véanse también las sentencias en los asuntos acumulados C-465/09 a C-470/09, Diputación Foral de Vizcaya y otros/Comisión, ECLI:EU:C:2011:372, párrafo 150; y en el asunto C-372/97, Italia/Comisión, ECLI:EU:C:2003:275, párrafo 112.

([342]) Véase la sentencia en los asuntos acumulados C-471/09 P a C-473/09 P, Territorio Histórico de Vizcaya — Diputación Foral de Vizcaya y otros/Comisión, ECLI:EU:C:2011:521, párrafo 68. Véase también la sentencia en el asunto C-183/02 P, Demesa y Territorio Histórico de Álava/Comisión, ECLI:EU:C:2004:701, párrafo 52.

([343]) Véase la sentencia en los asuntos acumulados C-471/09 P a C-473/09 P, Territorio Histórico de Vizcaya — Diputación Foral de Vizcaya y otros/Comisión, ECLI:EU:C:2011:521, párrafo 76.

([344]) Véase la sentencia en el asunto C-138/09, Todaro Nunziatina & C., ECLI:EU:C:2010:291, párrafo 21.

([345]) Sentencia en el asunto 52/84, Comisión/Bélgica, ECLI:EU:C:1986:3, párrafo 14. La jurisprudencia citada por Engie en sus observaciones en apoyo a este argumento (notas a pie de página 168 a 170) no es pertinente. Estos asuntos, no solo no tienen ninguna relación con decisiones de recuperación de ayudas estatales (abordan la limitación de los efectos de las sentencias del Tribunal en las peticiones de decisión prejudicial) sino que además, si confirman algo, es la posición de la Comisión de que la posibilidad de limitar los efectos de un acto de la Unión es «completamente excepcional» (véase la sentencia en los asuntos acumulados C-367/93 a C-377/93, Roders BV, ECLI:EU:C:1995:261, párrafo 43).

ilegal y con arreglo a normas internas compatibles con el Derecho comunitario» ([346]). Por tanto, el hecho de que una empresa pueda elegir la «vía con menos imposición» con respecto a una operación o un «trato fiscal más favorable que el del régimen ordinario» no excluye en modo alguno la recuperación cuando esta vía o este trato constituya precisamente la medida de ayuda ilegal a la que se refiere la Decisión de la Comisión.

8.2.2. EL PRINCIPIO DE BUENA ADMINISTRACIÓN

(353) Engie alega que la Decisión de incoar un procedimiento no está suficientemente motivada. En particular, según esta empresa, la Comisión se limita a un único párrafo para establecer la presunción de selectividad de las medidas individuales a las resoluciones fiscales en cuestión o para invocar una supuesta excepción a las normas sobre el abuso de derecho en la legislación fiscal de Luxemburgo. La falta de motivación implicaría una vulneración del principio de buena administración, que también evitaría la recuperación ([347]).

(354) La Comisión no puede aceptar que se haya infringido el principio de buena administración. No tuvo conocimiento de la existencia de las medidas de ayuda hasta el 25 de junio de 2015, cuando Luxemburgo respondió a su solicitud de información de 25 de marzo de 2015. Por lo tanto, no se produjeron retrasos injustificados en el procedimiento.

(355) Por lo que se refiere a la falta de motivación, la Comisión recuerda que la Decisión de incoar un procedimiento solo debe «resumir las principales cuestiones de hecho y de Derecho, […] incluir una valoración inicial de la medida estatal de que se trate dirigida a determinar si esta tiene carácter de ayuda y […] exponer las razones que la llevan a dudar sobre su compatibilidad con el mercado común» ([348]). Dado el carácter provisional de la evaluación, no puede impedirse la recuperación mediante lo que se percibe como una falta de motivación en la Decisión de incoar un procedimiento. En cualquier caso, la Comisión recuerda que la supuesta falta de motivación de la presunción de selectividad de las medidas individuales es un argumento ineficaz, ya que la Comisión no basa la presente Decisión en dicha presunción.

8.2.3. PRINCIPIO DE IGUALDAD DE TRATO

(356) Por último, Engie invoca el incumplimiento del principio de igualdad de trato al afirmar que una decisión de recuperación solo tendría consecuencias para Engie y no afectaría a los otros contribuyentes que se beneficiaron del mismo trato fiscal ([349]). Sin embargo, el Tribunal de Justicia ya declaró que el hecho de que otras empresas se beneficien de la ayuda estatal, incluso si son competidoras, no afecta a la clasificación de una medida específica de ayuda estatal ([350]). Dado que la recuperación es la consecuencia lógica de la existencia de una ayuda ilegal, este razonamiento debe, con más razón, aplicarse a la restitución de la ayuda estatal ilegal.

(357) En conclusión, ningún principio general del Derecho impide la recuperación en el presente caso.

8.3. *MÉTODO DE RECUPERACIÓN*

(358) La obligación de que el Estado miembro suprima la ayuda ilegal que la Comisión considere incompatible con el mercado interior tiene por objeto restablecer la situación de competencia previamente existente en el mercado. A este respecto, el Tribunal de Justicia declaró que este objetivo se alcanza una vez que el beneficiario ha reembolsado los importes concedidos mediante la ayuda ilegal, perdiendo así la ventaja de la que había disfrutado sobre sus competidores en el mercado, y se restablece la situación anterior a la concesión de la ayuda.

(359) Ninguna disposición del Derecho de la Unión exige que la Comisión, al ordenar la recuperación de una ayuda declarada incompatible con el mercado interior, deba fijar el importe exacto de la ayuda que debe recuperarse ([351]). Basta con que la decisión de la Comisión incluya información que permita al beneficiario calcular dicho importe sin dificultad ([352]). El Derecho de la Unión solo exige que la recuperación de la ayuda ilegal restablezca la situación anterior y que la restitución se efectúe según las modalidades previstas por el Derecho nacional ([353]). Por consiguiente, la Comisión puede limitarse a constatar la obligación de restitución de las ayudas en cuestión y dejar a las autoridades nacionales la labor de calcular el importe exacto de las ayudas que se deben restituir ([354]).

([346]) Véase la sentencia en el asunto C-148/04, Unicredito Italiano SpA/Agenzia delle Entrate, ECLI:EU:C:2005:774, párrafo 119.
([347]) Observaciones de Engie sobre la Decisión de incoar un procedimiento, apartados 358 a 367.
([348]) Sentencia en el asunto C-194/09 P, Alcoa Trasformazioni/Comisión, ECLI:EU:C:2011:497, párrafo 102.
([349]) Observaciones de Engie sobre la Decisión de incoar un procedimiento, apartados 368 a 372.
([350]) Sentencia en el asunto T-214/95 Het Vlaamse Gewest (Région flamande)/Comisión, ECLI:EU:T:1998:77, párrafo 54.
([351]) Incluso si el contexto es de una «imposibilidad de recuperar» y no de una «dificultad para fijar el importe de la ayuda».
([352]) Véase la sentencia en el asunto C-441/06, Comisión/Francia, ECLI:EU:C:2007:616, párrafo 29, y la jurisprudencia citada.
([353]) Véase la sentencia en los asuntos acumulados T-427/04 y T-17/05, Francia y France Télécom/Comisión, ECLI:EU:T:2009:474, párrafo 297.
([354]) Véase la sentencia en los asuntos acumulados T-427/04 y T-17/05, Francia y France Télécom/Comisión, ECLI:EU:T:2009:474, párrafo 299.

(360) En el caso de una ayuda estatal ilegal en forma de medida fiscal, el importe que se debe recuperar se calculará sobre la base de una comparación entre el impuesto pagado realmente y el importe que se debería haber pagado de no existir las resoluciones fiscales en cuestión. La diferencia entre los dos valores representa la ayuda concedida al beneficiario, que debe recuperarse en su totalidad.

(361) Como se explica en la sección 6, la ayuda concedida sobre la base de las resoluciones fiscales en cuestión consiste, básicamente, en la aplicación de la exención de los rendimientos de participaciones de LNG Holding y CEF a los ingresos que corresponden, desde un punto de vista económico, a los importes deducidos en concepto de gastos de LNG Supply y de GSTM, respectivamente ([355]). Esta aplicación combinada de la exención y la deducción a los mismos importes tuvo como consecuencia que prácticamente todos los beneficios obtenidos por LNG Supply y GSTM eludieran impuestos. Como consecuencia, la ventaja se materializa en el momento en que se aplica la exención de los rendimientos de participaciones, de LNG Holding y CEF, a los ingresos correspondientes a las adiciones al ZORA que previamente se habían deducido de LNG Supply y de GSTM, respectivamente. A este respecto, la Comisión señala que el 31 de diciembre de 2016 ([356]), el ZORA GSTM todavía no se había convertido a acciones GSTM, lo que significa que, en lo que se refiere a esta operación, la exención de los rendimientos de participaciones todavía no se había aplicado. Por lo tanto, la ayuda concedida sobre la base de las resoluciones fiscales GSTM aún no se ha materializado y, por consiguiente, no hay ningún importe pendiente de recuperación (a menos que el ZORA GSTM se haya convertido a acciones GSTM, que estas acciones se hayan anulado o vendido y que la exención de los rendimientos de participaciones se haya aplicado a los ingresos correspondientes entre el 31 de diciembre de 2016 y la fecha de la presente Decisión).

(362) En cambio, el ZORA LNG se convirtió parcialmente en 2014 y las acciones de LNG Supply que recibió LNG Holding en la conversión se anularon el mismo año, dando lugar a un ingreso de 506,2 millones USD para LNG Holding. Estos ingresos no se gravaron debido a la aplicación de la exención de los rendimientos de participaciones. Este importe corresponde a los gastos deducidos, en concepto de adiciones al ZORA, por LNG Supply.

(363) Habida cuenta de todo lo anterior, el importe que se debe recuperar debería determinarse: en primer lugar, teniendo en cuenta todos los ingresos registrados en las declaraciones fiscales de LNG Holding correspondientes a las adiciones al ZORA convertidas que previamente LNG Supply se dedujo ([357]); y, en segundo lugar, aplicando al importe obtenido el régimen fiscal común aplicable a los beneficios de las sociedades en Luxemburgo, incluido el impuesto común sobre las sociedades, el impuesto municipal, los recargos y el impuesto sobre el patrimonio. De este modo, la suma calculada equivaldrá al importe de la ayuda que debe recuperarse para eliminar la ventaja selectiva concedida por Luxemburgo sobre la base de las resoluciones fiscales en cuestión. La Comisión toma nota del hecho de que, hasta el ejercicio fiscal de 2016 incluido, el importe de los ingresos mencionados en las declaraciones fiscales de LNG Holding correspondiente a las adiciones al ZORA convertidas que LNG Supply se dedujo, ascendía a 506,2 millones USD, concedidos durante el ejercicio fiscal de 2014 ([358]).

(364) El método descrito en el considerando 363 debería aplicarse a CEF en el caso de que un importe de ayuda se hubiera materializado como consecuencia de la conversión (total o parcial) de ZORA GSTM a acciones, la anulación o la venta de estas acciones, y la aplicación de la exención de los rendimientos de participaciones en las declaraciones fiscales de CEF después de la fecha de adopción de la presente Decisión. Lo mismo se aplicará a todas las ayudas adicionales concedidas a LNG Holding en la fecha de adopción de la presente Decisión como consecuencia de la posible conversión posterior del ZORA LNG, la anulación o la venta de las acciones correspondientes de LNG Supply, y la aplicación de la exención de los rendimientos de participaciones en las declaraciones fiscales de LNG Holding.

8.4. *ENTIDAD DE LA CUAL DEBE RECUPERARSE LA AYUDA*

(365) Habida cuenta de las observaciones de las secciones 6.6 y 8.3, la Comisión considera que Luxemburgo debería, en primer lugar, recuperar la ayuda ilegal e incompatible que ya se ha materializado por parte de LNG Holding ([359]). Si LNG Holding no estuviera en condiciones de devolver el importe íntegro de la ayuda obtenida a través de las resoluciones fiscales en cuestión, Luxemburgo debería recuperar cualquier cantidad pendiente por parte de Engie SA, o de uno de sus sucesores, o de las empresas del grupo, ya que esta es la entidad que controla el grupo Engie, que es la única unidad económica que se beneficia de la ayuda. De este modo, se elimina la ventaja indebida concedida sobre la base de las resoluciones fiscales en cuestión y se restablece la situación anterior del mercado mediante la recuperación.

([355]) Véanse, en particular, los considerandos 157, 192 y 241.
([356]) La fecha de los estados financieros más recientes de GSTM presentados por Luxemburgo.
([357]) A este respecto, no es pertinente la calificación de estos ingresos en las cuentas sociales o en las declaraciones fiscales de LNG Holding como «plusvalías», «dividendos» u otros.
([358]) Véase el considerando 56.
([359]) Igualmente para GSTM, en el caso de que un importe de la ayuda se hubiera materializado en la fecha de publicación de la presente Decisión.

9. **CONTROL DE LA APLICACIÓN DE LA DECISIÓN**

(366) Como se explica en la sección 6.2, es la aplicación de la exención de los rendimientos de participaciones de LNG Holding y CEF a los ingresos correspondientes, desde un punto de vista económico, a los importes deducidos en concepto de gastos por parte de LNG Supply y GSTM (las adiciones al ZORA) que genera una ventaja indebida y que constituye materialmente la ayuda concedida por Luxemburgo sobre la base de las resoluciones fiscales en cuestión. Como tal, la Comisión no cuestiona la legalidad, en virtud del Derecho fiscal de Luxemburgo, de la estructura completa establecida por Engie para la transferencia de las dos actividades. Simplemente cuestiona los efectos concretos de dicha estructura sobre el total de impuestos adeudados por el grupo Engie, a saber, el hecho de que casi todos los beneficios obtenidos por LNG Supply y GSTM en Luxemburgo, en realidad, no se gravan. En particular, la Comisión exige, sobre todo, que Luxemburgo no aplique la exención de los rendimientos de participaciones en las sociedades de cartera a cualquier ingreso que corresponda a importes deducidos previamente de la renta imponible de las filiales.

(367) Puesto que los contratos ZORA expiran en 2024 y en 2026 ([360]), una gran parte de la ventaja conferida a Engie mediante las resoluciones fiscales en cuestión se materializará en el futuro, en función de las elecciones de Engie en el momento de la conversión de los ZORA a acciones de LNG Supply y de GSTM, y de la anulación o la venta posterior de estas. Por lo tanto, la Comisión considera que además de la obligación de recuperar la ayuda que *ya* se ha materializado, tal como se describe en la sección 8, Luxemburgo no debe aceptar la aplicación de la exención de los rendimientos de participaciones, de LNG Holding y CEF, a los ingresos correspondientes a las adiciones al ZORA ya deducidas por LNG Supply y GSTM, respectivamente, ya sea a la fecha de expiración de los contratos ZORA en 2024 y en 2026, antes, o incluso después de 2026 ([361]).

(368) Dado que una gran parte de la ayuda concedida a Engie aún no se ha materializado, y con el fin de verificar que esto no se produce en el futuro, será necesario que Luxemburgo facilite a la Comisión las declaraciones fiscales, las cuentas sociales y las liquidaciones del impuesto finales de las siguientes entidades del grupo Engie: Engie LNG Supply, SA, Engie Treasury Management S.à.r.l., Engie LNG Holding S.à.r.l., Engie Invest International SA (incluidas las declaraciones fiscales y las liquidaciones del impuesto en el marco del régimen de integración fiscal) ([362]), Engie LNG (Luxembourg) S.à.r.l. y Electrabel Invest Luxembourg SA La Comisión también deberá recibir todas las resoluciones fiscales nuevas que adopte Luxemburgo en favor de las entidades mencionadas arriba o de cualquier otra entidad del grupo Engie, relativas al trato fiscal de las estructuras aplicadas por Engie en el marco de las resoluciones fiscales en cuestión. Esta información es necesaria para garantizar la aplicación continua de la presente Decisión a lo largo del tiempo. En efecto, la Comisión verificará, sobre todo para cada ejercicio, que no se aplique ninguna exención de los rendimientos de participaciones, de Engie LNG Holding S.à.r.l. y de Engie Invest International S.A, a los ingresos correspondientes a las adiciones al ZORA deducidas por Engie LNG Supply, SA y Engie Treasury Management S.à.r.l., respectivamente. Esta obligación de control se aplicará independientemente de si se ha completado la operación prevista descrita en el considerando 22, es decir, que la sociedad matriz de Engie LNG Supply, SA pertenezca al grupo Engie o al grupo Total. Además, si Engie decide revisar las estructuras ejecutadas por las resoluciones fiscales en cuestión, Luxemburgo debe informar a la Comisión de las modificaciones correspondientes y de sus efectos sobre el impuesto total adeudado por el grupo Engie en Luxemburgo. Las obligaciones mencionadas en el presente considerando seguirán vigentes mientras que las acciones de LNG Supply y de GSTM no se conviertan totalmente y se anulen o se vendan.

10. **CONCLUSIÓN**

(369) En conclusión, la Comisión constata que Luxemburgo, infringiendo el artículo 107, apartado 1, y el artículo 108, apartado 3, del Tratado, concedió ilegalmente a Engie una ayuda estatal sobre la base de las resoluciones fiscales en cuestión. Luxemburgo tiene la obligación de recuperar dicha ayuda estatal de conformidad con el artículo 16 del Reglamento (UE) 2015/1589 por parte de LNG Holding o, si esta empresa no devuelve todo el importe de la ayuda, debe exigirse a Engie SA o a uno de sus sucesores o a las sociedades del grupo la devolución del resto del importe de la ayuda. Luxemburgo también debe garantizar que no se conceda ninguna ayuda adicional en el futuro a Engie o a cualquiera de las empresas de su grupo como consecuencia del trato fiscal establecido en las resoluciones fiscales en cuestión. Por lo tanto, la Comisión,

HA ADOPTADO LA PRESENTE DECISIÓN:

Artículo 1

La ayuda estatal concedida en favor de Engie SA y de todas las empresas directa o indirectamente controladas por Engie SA, sobre la base de la resolución fiscal emitida por la Administración tributaria luxemburguesa el 9 de septiembre de

([360]) Véanse los considerandos 34 y 60.
([361]) Esto significa, en la práctica, que Luxemburgo no debe emitir ninguna liquidación del impuesto para LNG Holding y CEF en la que acepte la exención de los rendimientos de participaciones en estas condiciones.
([362]) Se trata de los nuevos nombres de las empresas afectadas: véanse las notas a pie de página 4, 5, 16 y 20.

2008, modificada y completada por las resoluciones fiscales de 30 de septiembre de 2008, 3 de marzo de 2009, 9 de marzo de 2012 y 13 de marzo de 2014, y sobre la base de la resolución fiscal emitida por la Administración tributaria luxemburguesa el 9 de febrero de 2010, completada por la resolución fiscal de 15 de junio de 2012, ejecutada ilegalmente por Luxemburgo infringiendo el artículo 108, apartado 3, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, es incompatible con el mercado interior.

Artículo 2

1. Luxemburgo debe recuperar la ayuda incompatible e ilegal mencionada en el artículo 1 por parte de Engie LNG Holding S.à.r.l.

2. Los importes que no se puedan recuperar de Engie LNG Holding S.à.r.l. en el marco de la recuperación mencionada en el apartado 1 deberán recuperarse de Engie SA o de alguno de sus sucesores o de alguna de las sociedades del grupo.

3. Los importes pendientes de recuperación devengarán intereses desde la fecha en que se pusieron a disposición de los beneficiarios hasta su recuperación.

4. Los intereses se calcularán sobre una base compuesta de conformidad con el capítulo V del Reglamento (CE) n.º 794/2004.

5. Luxemburgo dejará de conceder la medida de ayuda mencionada en el artículo 1 a partir de la fecha de adopción de la presente Decisión.

Artículo 3

1. La recuperación de la ayuda concedida en virtud de las medidas a las que se refiere el artículo 1 será inmediata y efectiva.

2. Luxemburgo velará por que la presente Decisión se aplique en un plazo de cuatro meses a partir de la fecha de su notificación.

Artículo 4

1. En un plazo de dos meses tras la notificación de la presente Decisión, Luxemburgo facilitará información relativa al método utilizado para calcular el importe exacto de la ayuda.

2. Luxemburgo mantendrá informada a la Comisión del avance de las medidas nacionales adoptadas para aplicar la presente Decisión, hasta que la recuperación de la ayuda concedida en virtud de las medidas a que se refiere el artículo 1 haya concluido. Presentará inmediatamente, a petición de la Comisión, información sobre las medidas ya tomadas y las medidas previstas para cumplir la presente Decisión.

Artículo 5

El destinatario de la presente Decisión es el Gran Ducado de Luxemburgo.

Hecho en Bruselas, el 20 de junio de 2018.

Por la Comisión

Margrethe VESTAGER

Miembro de la Comisión