Recopilación de la Jurisprudencia

CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL
SR. MELCHIOR WATHELET
presentadas el 28 de julio de 2016 [1]

Asuntos acumulados C-20/15 P y C-21/15 P

Comisión Europea
contra
World Duty Free Group, S.A., anteriormente Autogrill España, S.A. (asunto C-20/15 P),
Banco Santander, S.A.,

Santusa Holding, S.L. (asunto C-21/15 P)

«Recurso de casación — Artículo 107 TFUE, apartado 1 — Normas españolas del impuesto sobre sociedades que permiten a las empresas con domicilio fiscal en España amortizar el fondo de comercio financiero resultante de la adquisición de participaciones en empresas con domicilio fiscal en el extranjero — Decisión 2011/5/CE y Decisión 2011/282/UE de la Comisión — Decisiones que califican este régimen como ayuda de Estado, declaran esta ayuda incompatible con el mercado interior y ordenan su recuperación — Concepto de ayuda de Estado — Carácter selectivo — Identificación de una categoría de empresas que son las únicas favorecidas por la medida de excepción respecto al régimen común»

I. **Introducción**

1. Mediante su recurso de casación en el asunto C-20/15 P, la Comisión Europea solicita la anulación de la sentencia del Tribunal General de la Unión Europea de 7 de noviembre de 2014 en el asunto Autogrill España/Comisión (T-219/10, EU:T:2014:939),[2] por la que dicho Tribunal anuló el artículo 1, apartado 1,[3] y el artículo 4[4] de la Decisión 2011/5/CE de la Comisión, de 28 de octubre de 2009, relativa a la amortización fiscal del fondo de comercio financiero para la adquisición de participaciones extranjeras, C 45/07 (ex NN 51/07, ex CP 9/07) aplicada por España.[5]

1 — Lengua original: francés.

2 — En lo sucesivo, «sentencia recurrida Autogrill España/Comisión».

3 — Este precepto establece, en esencia, que el régimen de ayudas ejecutado por el Reino de España conforme a lo dispuesto en el artículo 12, apartado 5, introducido en la Ley del Impuesto sobre Sociedades mediante la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social (BOE nº 313, de 31 de diciembre de 2001, p. 50493), y reproducido por el Real Decreto Legislativo 4/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades (BOE nº 61, de 11 de marzo de 2004, p. 10951) (en lo sucesivo, «régimen controvertido» o «medida controvertida»), aplicado ilegalmente por el Reino de España infringiendo el artículo 108 TFUE, apartado 3, es incompatible con el mercado común.

4 — Este precepto ordena la recuperación de las ayudas.

5 — DO 2011, L 7, p. 48; en lo sucesivo, «primera Decisión controvertida».

2. Mediante su recurso de casación en el asunto C-21/15 P, la Comisión solicita la anulación de la sentencia del Tribunal General de 7 de noviembre de 2014 en el asunto Banco Santander y Santusa/Comisión (T-399/11, EU:T:2014:938),[6] por la que dicho Tribunal anuló el artículo 1, apartado 1,[7] y el artículo 4[8] de la Decisión 2011/282/UE de la Comisión, de 12 de enero de 2011, relativa a la amortización fiscal del fondo de comercio financiero para la adquisición de participaciones extranjeras, C 45/07 (ex NN 51/07, ex CP 9/07) aplicada por el Reino de España.[9]

3. Mediante las dos Decisiones controvertidas,[10] la Comisión declaró incompatible con el mercado común una ventaja fiscal que permite a las empresas que tributan en España amortizar el fondo de comercio financiero[11] resultante de la adquisición de participaciones[12] en «empresas extranjeras»[13] e instó al Reino de España a recuperar las ayudas concedidas con arreglo a ese régimen.

4. De reiterada jurisprudencia se desprende que, para que una medida pueda, como ayuda de Estado, estar incluida en el ámbito de aplicación del artículo 107 TFUE, apartado 1,[14] en primer lugar, debe tratarse de 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 a su beneficiario y, en cuarto lugar, debe falsear o amenazar falsear la competencia, bien entendido que todos estos requisitos deben cumplirse acumulativamente.[15]

5. Ambos recursos de casación se refieren únicamente al tercero de estos requisitos, esto es, la selectividad de la medida. Desde antiguo, este criterio es una de las cuestiones más controvertidas en materia de ayudas de Estado. Por consiguiente, estos recursos de casación dan ocasión al Tribunal de Justicia para precisar su alcance, especialmente en el caso de las medidas fiscales.

6. En particular, el Tribunal de Justicia tendrá que interpretar los términos «favoreciendo a determinadas empresas o producciones» utilizados en el artículo 107 TFUE, apartado 1, y determinar si la selectividad puede derivarse de la mera comprobación de que se ha establecido una excepción a un régimen común o «normal» de imposición[16] o, como el Tribunal declaró en el apartado 45 de la sentencia recurrida, Autogrill España/Comisión, y en el apartado 49 de la sentencia recurrida Banco Santander y Santusa/Comisión,[17] si es necesario en todos los casos identificar igualmente una categoría de empresas, que son las únicas favorecidas por la medida que exceptúa el régimen común en cuestión.

6 — En lo sucesivo, «sentencia recurrida Banco Santander y Santusa/Comisión».

7 — Este precepto establece que «el régimen de ayudas ejecutado por [el Reino de] España en virtud del artículo 12.5 del Real Decreto Legislativo n.º 4/2004 de 5 de marzo de 2005, que consolidó las modificaciones introducidas en la Ley del Impuesto sobre Sociedades, aplicado ilegalmente por [el reino de] España infringiendo el artículo 108 [TFUE], apartado 3, es incompatible con el mercado interior a efectos de las ayudas concedidas a los beneficiarios, al realizar adquisiciones fuera de la Unión.»

8 — Este precepto ordena la recuperación de las ayudas.

9 — DO 2011, L 135, p. 1; en lo sucesivo, «segunda Decisión controvertida».

10 — En lo sucesivo, conjuntamente, «Decisiones controvertidas».

11 — De conformidad con la medida controvertida, el fondo de comercio financiero se determina deduciendo el valor de mercado de los activos materiales e inmateriales de la empresa participada del precio de adquisición pagado por la participación. Véase el considerando 20 de la primera Decisión controvertida, que es idéntico al considerando 29 de la segunda Decisión controvertida.

12 — Se entiende por adquisición de una participación una operación por la que una empresa adquiere acciones en el capital de otra empresa sin obtener una mayoría o el control de los derechos de voto de la empresa principal. Véase el considerando 23 de la primera Decisión controvertida, que es idéntico al considerando 32 de la segunda Decisión controvertida.

13 — Las Decisiones controvertidas precisan que, para ser calificada de «sociedad extranjera», una sociedad tiene que estar sujeta a un impuesto similar al impuesto aplicable en España, y sus ingresos deben proceder principalmente de la realización de actividades empresariales en el extranjero. Véanse el considerando 21 de la primera Decisión controvertida y el considerando 30 de la segunda Decisión controvertida.

14 — Según el artículo 107 TFUE, apartado 1, «salvo que los Tratados dispongan otra cosa, serán incompatibles con el mercado común, 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 con falsear la competencia, favoreciendo a determinadas empresas o producciones».

15 — Véanse, en este sentido, la sentencia de 16 de abril de 2015, Trapeza Eurobank Ergasias (C-690/13, EU:C:2015:235), apartado 17 y jurisprudencia citada. Debe recordarse que, según jurisprudencia reiterada, la calificación como «ayuda» en el sentido del artículo 107 TFUE, apartado 1, requiere que se cumplan todos los requisitos previstos en dicho precepto. Sentencia de 1 de julio de 2008, Chronopost y La Poste/UFEX y otros (C-341/06 P y C-342/06 P, EU:C:2008:375), apartado 121 y jurisprudencia citada).

16 — El régimen fiscal común o normal también se llama a veces régimen de referencia.

17 — En lo sucesivo, «sentencias recurridas».

7. En estas conclusiones sostendré, en primer lugar, que a partir del momento en que una medida fiscal sea una excepción al régimen fiscal «normal» o de referencia y favorezca a las empresas que realizan las operaciones contempladas en perjuicio de otras que realizan operaciones análogas y que se encuentran, por consiguiente, en una situación equiparable, dicha medida es, por su propia naturaleza, discriminatoria o selectiva, salvo que la diferenciación creada por la medida se justifique por la naturaleza o la estructura general del sistema en que se inscribe.

8. El hecho de que los requisitos exigidos a los operadores objeto de la medida fiscal de excepción sean relativamente fáciles de cumplir y que el beneficio de esta medida sea, por ello, accesible a numerosas empresas, no cuestiona su carácter selectivo, sino únicamente el grado de selectividad.

9. Tampoco creo que el hecho de que el tenor del artículo 107 TFUE sólo mencione la medidas adoptadas «favoreciendo a determinadas empresas o producciones» excluya del ámbito de aplicación del precepto a las operaciones económicas que resulten favorecidas por las mismas medidas. Puesto que las operaciones son llevadas a cabo por las empresas, favoreciendo determinadas operaciones económicas, se favorece a determinadas empresas.

10. Por consiguiente, a mi entender, contrariamente a lo declarado por el Tribunal General en las sentencias recurridas, el criterio de selectividad establecido en el artículo 107 TFUE, apartado 1, no exige que se identifique a una categoría de empresas con características propias [18] que las conviertan en únicas favorecidas por la medida fiscal en cuestión.

11. En segundo lugar, de conformidad con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia en las sentencias de 10 de diciembre de 1969, Comisión/Francia (6/69 y 11/69, EU:C:1969:68), apartado 20; de 7 de junio de 1988, Grecia/Comisión (57/86, EU:C:1988:284), apartado 8, y de 15 de julio de 2004, España/Comisión (C-501/00, EU:C:2004:438), apartado 120, señalaré como conclusión que la medida controvertida es selectiva, ya que beneficia a las empresas que realizan operaciones transfronterizas y no a las empresas que realizan las mismas operaciones en el ámbito nacional.

II. **Antecedentes de los litigios**

12. El 10 de octubre de 2007, a raíz de varias preguntas escritas formuladas en 2005 y 2006 por varios diputados del Parlamento Europeo y de una denuncia que había recibido de un operador particular ese mismo año, la Comisión decidió iniciar el procedimiento formal de examen respecto a la medida controvertida.

13. Dicha medida dispone que, en el caso de adquisición, por una empresa que tribute en España, de una participación en una «sociedad extranjera», si el porcentaje de participación es de al menos el 5 % y dicha participación se posee de manera ininterrumpida durante al menos un año, el fondo de comercio resultante de esta adquisición de participación, consignado en la contabilidad de la empresa como activo inmaterial separado, podrá deducirse, en forma de amortización, de la base imponible del impuesto sobre sociedades que deba pagar esa empresa.

18 — Véanse los apartados 64 a 68 de la sentencia recurrida Autogrill España/Comisión, y los apartados 68 a 72 de la sentencia recurrida Banco Santander y Santusa/Comisión.

14. Por el contrario, de acuerdo con el Derecho tributario español, la adquisición por una empresa que tributa en España de una participación en una sociedad establecida en España no permite contabilizar por separado, a efectos fiscales, el fondo de comercio resultante de esta adquisición. En cambio, también con arreglo a las normas tributarias españolas, el fondo de comercio puede amortizarse tras una combinación de empresas. [19]

15. En la primera Decisión controvertida, la Comisión finalizó el procedimiento relativo a la adquisición de participaciones realizada dentro de la Unión. En el artículo 1, apartado 1, de dicha Decisión, la Comisión declaró incompatible con el mercado común el régimen controvertido, que consiste en una ventaja fiscal que permite a las empresas españolas amortizar el fondo de comercio resultante de la adquisición de participaciones en empresas extranjeras, cuando se aplicaba a adquisiciones de participaciones en empresas establecidas en la Unión. En el artículo 4 de esa misma Decisión, insta al Reino de España a recuperar las ayudas otorgadas en virtud de este régimen.

16. La Comisión mantuvo abierto el procedimiento en lo que respecta a las adquisiciones de participaciones realizadas fuera de la Unión, habida cuenta de que las autoridades españolas se comprometieron a aportar nuevos datos relativos a los obstáculos a las fusiones transfronterizas existentes fuera de la Unión.

17. En la segunda Decisión controvertida, la Comisión también declaró incompatible con el mercado común el régimen controvertido, consistente en una ventaja fiscal que permitía a las sociedades españolas amortizar el fondo de comercio resultante de la adquisición de participaciones en empresas extranjeras cuando se aplicaba a la adquisición de participaciones en empresas domiciliadas fuera de la Unión [20] e instó al Reino de España a recuperar las ayudas concedidas en virtud de ese régimen. [21]

III. **Procedimientos ante el Tribunal General y sentencias recurridas**

18. Mediante demanda registrada en la Secretaría del Tribunal General el 14 de mayo de 2010, Autogrill España S.A., actualmente World Duty Free Group, S.A. (WDFG), interpuso recurso de anulación contra la primera Decisión controvertida. Para fundamentar su recurso, WDFG invocó cuatro motivos, el primero de los cuales se basaba en un error de Derecho en la aplicación del requisito de selectividad realizada por la Comisión. [22]

19. Mediante demanda registrada en la Secretaría del Tribunal General el 29 de julio de 2011, Banco Santander S.A., y Santusa Holding S.L. (en lo sucesivo, «Banco Santander y Santusa») interpusieron un recurso de anulación contra la segunda Decisión controvertida. Para fundamentar su recurso, Banco Santander y Santusa plantearon cinco motivos, el primero de los cuales también se basaba en un error de Derecho en la aplicación del requisito de selectividad realizada por la Comisión. [23]

19 — Véase el considerando 19 de la primera Decisión controvertida, que es idéntico al considerando 28 de la segunda Decisión controvertida. La combinación de empresas es una operación por la que una o varias empresas transmiten en bloque, como consecuencia y en el momento de su disolución sin liquidación, a otra empresa ya existente o a una empresa que creen, sus respectivos patrimonios sociales, mediante la atribución a sus socios de valores representativos del capital social de la otra empresa. Véase el considerando 23 de la primera Decisión controvertida, que es idéntico al considerando 32 de la segunda Decisión controvertida.

20 — Véase el artículo 1, apartado 1, de la segunda Decisión controvertida.

21 — Véase el artículo 4 de la segunda Decisión controvertida.

22 — El segundo motivo se basaba en la falta de selectividad de la medida, debido a que la diferenciación que introducía resultaba de la naturaleza o de la estructura del sistema en que se inscribía; el tercero, en que la medida no procuraba ventaja alguna a las sociedades a que se aplicaba el régimen controvertido y el cuarto —referente tanto al criterio de selectividad como al de la existencia de una ventaja— en la falta de motivación de la Decisión controvertida.

23 — El segundo motivo se basaba en un error en la identificación del sistema de referencia; el tercero, en la falta de selectividad de la medida, ya que la diferenciación que introducía resultaba, a su entender, de la naturaleza o de la estructura del sistema en que se inscribía; el cuarto, en que la medida no procuraba ventaja alguna a las sociedades a que se aplicaba el régimen controvertido y, el quinto motivo, tanto respecto al criterio de selectividad como al de la existencia de una ventaja, en la falta de motivación de la Decisión controvertida.

20. Mediante las sentencias recurridas, el Tribunal General estimó, basándose en motivos esencialmente idénticos, el primer motivo de los dos recursos, basado en la aplicación incorrecta del artículo 107 TFUE, apartado 1, en relación con el criterio de selectividad, y anuló el artículo 1, apartado 1, y el artículo 4 de las Decisiones controvertidas, sin entrar a examinar los otros motivos de los recursos.

21. En las sentencias recurridas, el Tribunal General considera, en primer lugar, que «la calificación de una medida fiscal nacional como "selectiva" presupone, en un primer momento, la identificación y el examen previos del régimen fiscal general o "normal" aplicable en el Estado miembro de que se trate. A la luz de este régimen fiscal general o "normal" debe apreciarse, en un segundo momento, el eventual carácter selectivo de la ventaja otorgada por la medida fiscal de que se trate, asegurándose de que dicha medida supone una excepción al referido régimen general en la medida en que introduce distinciones entre operadores económicos que, con respecto al objetivo asignado al sistema fiscal de dicho Estado miembro, se encuentran en una situación fáctica y jurídica comparable […]. En su caso, en un tercer momento, procederá examinar si el Estado miembro de que se trate ha logrado demostrar que la medida está justificada por la naturaleza o la estructura del sistema en el que se inscribe […]». [24]

22. No obstante, el Tribunal General declaró que «[…], aunque constituya una excepción al régimen fiscal general o "normal", cuando la medida en cuestión sea potencialmente accesible para todas las empresas, no podrá procederse a la comparación habida cuenta del objetivo perseguido por el régimen común o "normal", entre la situación jurídica y fáctica de empresas que puedan beneficiarse de la medida y la de empresas que no puedan hacerlo. […] Para que se cumpla el requisito de selectividad, debe en todo caso identificarse una categoría de empresas que sean las únicas favorecidas por la medida en cuestión […] La selectividad no puede derivarse únicamente de la constatación de que se ha establecido una excepción a un régimen general o "normal" de tributación». [25]

23. Por consiguiente, el Tribunal General declaró que, aun suponiendo que se hubiera demostrado la existencia de una excepción al marco de referencia identificado por la Comisión, dicha excepción no permitiría por sí sola afirmar que la medida controvertida favorece a «determinadas empresas o producciones» en el sentido del artículo 107 TFUE, apartado 1, puesto que esta medida es, *a priori*, accesible para cualquier empresa. [26]

24. Respecto a la medida controvertida, el Tribunal General señaló que se aplicaba a todas las adquisiciones de participaciones de al menos el 5 % en sociedades extranjeras poseídas durante un período ininterrumpido de al menos un año. No se dirigía, pues, a ninguna categoría particular de empresas o de producciones, sino a una categoría de operaciones económicas. [27]

25. Según el Tribunal General, para beneficiarse de la medida controvertida, una empresa debe llevar a cabo una adquisición de acciones en una sociedad extranjera. [28] Dicho Tribunal estimó que, *a priori*, tal operación, de carácter estrictamente financiero, no exige que la empresa adquirente modifique su actividad y, además, sólo implica para esa empresa, en principio, una responsabilidad limitada al

24 — Véanse el apartado 33 de la sentencia recurrida Autogrill España/Comisión y el apartado 37 de la sentencia Banco Santander y Santusa/Comisión.

25 — Véanse los apartados 44 y 45 de la sentencia recurrida, Autogrill España/Comisión y los apartados 48 y 49 de la sentencia recurrida Banco Santander y Santusa/Comisión.

26 — Véanse el apartado 52 de la sentencia recurrida Autogrill España/Comisión y el apartado 56 de la sentencia Banco Santander y Santusa/Comisión.

27 — Véanse el apartado 53 de la sentencia recurrida Autogrill España/Comisión y el apartado 57 de la sentencia recurrida Banco Santander y Santusa/Comisión.

28 — Véanse el apartado 55 de la sentencia recurrida Autogrill España/Comisión y el apartado 59 de la sentencia recurrida Banco Santander y Santusa/Comisión.

importe de la inversión realizada.[29] El Tribunal General estimó que, de conformidad con el apartado 36 de la sentencia de 8 de noviembre de 2001, Adria-Wien Pipeline y Wietersdorfer & Peggauer Zementwerke (C-143/99, EU:C:2001:598), «una medida cuya aplicación es independiente de la naturaleza de la actividad de las empresas no es, *a priori*, selectiva».[30]

26. El Tribunal General añadió que la medida controvertida no fijaba ningún importe mínimo que correspondiera al umbral mínimo del 5 % de participación y que, por lo tanto, no reservaba de hecho sus ventajas a las empresas que dispusieran de recursos económicos suficientes a tal efecto.[31] Finalmente, el Tribunal señaló que la medida controvertida establecía la concesión de una ventaja fiscal con arreglo a un requisito relacionado con la compra de activos específicos, es decir, participaciones en sociedades extranjeras.[32] «Pues bien, en la sentencia [de 19 de septiembre de 2000] Alemania/Comisión [(C-156/98, EU:C:2000:467), apartado 22], el Tribunal de Justicia declaró que una desgravación fiscal establecida en favor de los sujetos pasivos que vendían determinados activos y que podían deducir el beneficio que de ello obtenían al adquirir participaciones en sociedades de capital con sede en regiones determinadas, les confería una ventaja que, como medida general aplicable sin distinción a todos los operadores económicos, no constituía una ayuda en el sentido de las disposiciones pertinentes del Tratado […] Por lo tanto, la medida controvertida no excluye de sus ventajas, *a priori*, a ninguna categoría de empresas […] Así, incluso en el supuesto de que la medida controvertida constituyera una excepción al marco de referencia determinado por la Comisión, esta circunstancia no sería en todo caso un motivo que permitiera afirmar que dicha medida favorece a "determinadas empresas o producciones" en el sentido del artículo [107 TFUE]».[33]

27. En segundo lugar, el Tribunal General señaló que, según la Comisión, la medida controvertida era selectiva, puesto que beneficiaba únicamente a determinados grupos de empresas que efectuaban ciertas inversiones en el extranjero y que, también según la Comisión, una medida que sólo beneficiaba a las empresas que satisfacían los requisitos a los que estaba supeditada su concesión era selectiva «de Derecho», sin que fuera necesario asegurarse de que, por sus efectos, únicamente pudiera suponer una ventaja con respecto a determinadas empresas o producciones.[34]

28. No obstante, según el Tribunal General, este otro motivo de las Decisiones controvertidas tampoco permite demostrar que la medida controvertida tenga carácter selectivo. El citado Tribunal consideró que, según reiterada jurisprudencia,[35] el artículo 107 TFUE, apartado 1, establecía una distinción entre las intervenciones estatales en función de sus efectos, y que el enfoque propuesto por la Comisión podía conducir a que se declarase que tiene carácter selectivo cualquier medida fiscal cuyo disfrute esté supeditado al cumplimiento de determinados requisitos, aun cuando las empresas beneficiarias no compartan ninguna característica propia que permita distinguirlas de las demás empresas, aparte del hecho de que podrían satisfacer los requisitos a los que se supedita la aplicación de la medida.[36]

29 — Véanse el apartado 56 de la sentencia recurrida Autogrill España/Comisión y el apartado 60 de la sentencia recurrida Banco Santander y Santusa/Comisión.

30 — Véanse el apartado 57 de la sentencia recurrida Autogrill España/Comisión y el apartado 61 de la sentencia recurrida Banco Santander y Santusa/Comisión.

31 — Véanse el apartado 58 de la sentencia recurrida Autogrill España/Comisión y el apartado 62 de la sentencia recurrida Banco Santander y Santusa/Comisión.

32 — Véase el apartado 59 de la sentencia recurrida Autogrill España/Comisión y el apartado 63 de la sentencia recurrida Banco Santander y Santusa/Comisión.

33 — Véanse los apartados 60 a 62 de la sentencia recurrida Autogrill España/Comisión y el apartado 66 de la sentencia recurrida Banco Santander y Santusa/Comisión.

34 — Véanse el apartado 63 de la sentencia recurrida Autogrill España/Comisión y el apartado 67 de la sentencia recurrida Banco Santander y Santusa/Comisión.

35 — Véanse las sentencias de 2 de julio de 1974, Italia/Comisión (173/73, EU:C:1974:71), apartado 27; de 29 de abril de 2004, Países Bajos/Comisión (C-159/01, EU:C:2004:246), apartado 51, y de 15 de noviembre de 2011, Comisión y España/Government of Gibraltar y Reino Unido (C-106/09 P y C-107/09 P, EU:C:2011:732), apartados 87 y 88.

36 — Véanse los apartados 64 a 68 de la sentencia recurrida Autogrill España/Comisión y los apartados 68 a 72 de la sentencia recurrida Banco Santander y Santusa/Comisión.

29. En tercer lugar, el Tribunal General señala que, según la Comisión, la medida controvertida pretendía favorecer la exportación de capital desde España, para reforzar la posición de las empresas españolas en el extranjero, mejorando así la competitividad de los beneficiarios del régimen. [37]

30. Según el Tribunal General, la constatación del carácter selectivo de una medida se basa en la diferencia de trato entre categorías de empresas sujetas a la legislación de un mismo Estado miembro y no en la diferencia de trato entre las empresas de un Estado miembro y las de otros Estados miembros. [38] Además, el Tribunal General entiende que la relación entre exportación de capital y exportación de bienes, suponiendo que exista, únicamente permite constatar que la medida controvertida afecta a la competencia y a los intercambios comerciales, pero no que tenga carácter selectivo, aspecto que debe ser apreciado en el ámbito nacional. [39]

31. En cuarto lugar, el Tribunal declaró que también debía desestimarse la alegación de la Comisión de que, en su jurisprudencia, el Tribunal de Justicia ya había admitido que una medida fiscal puede calificarse de selectiva sin que se haya determinado que favorece a una categoría particular de empresas o producciones, con exclusión de otras empresas o producciones. [40]

32. A este respecto, el Tribunal General consideró, por una parte, que en las tres sentencias citadas por la Comisión [sentencias de 10 de diciembre de 1969, Comisión/Francia (6/69 y 11/69, EU:C:1969:68), apartado 20; de 7 de junio de 1988, Grecia/Comisión (57/86, EU:C:1988:284), apartado 8, y de 15 de julio de 2004, España/Comisión (C-501/00, EU:C:2004:438), apartado 120], la categoría de empresas beneficiarias que permitía concluir que la medida controvertida era selectiva estaba constituida por las «empresas exportadoras», que puede entenderse como una categoría en efecto extremadamente amplia, pero con todo especial, pues agrupa a empresas que pueden distinguirse por características comunes y específicas relacionadas con su actividad de exportación. [41]

33. Por otra parte, en cuanto a la sentencia de 15 de julio de 2004, España/Comisión (C-501/00, EU:C:2004:438), apartado 120, el Tribunal General consideró que, si bien, ciertamente, la ventaja fiscal controvertida en el asunto que dio lugar a esa sentencia se refería a un conjunto de actividades de exportación, entre ellas, la adquisición de participaciones en sociedades extranjeras, no es menos cierto que, para poder beneficiarse por ello de la ventaja fiscal, las empresas debían adquirir participaciones en sociedades directamente relacionadas con la actividad de exportación de bienes o servicios. Esta medida también se dirigía a la categoría particular de las empresas exportadoras. [42]

IV. **Procedimiento y pretensiones de las partes**

34. En sus recursos de casación en los asuntos C-20/15 P y C-21/15 P, la Comisión solicita al Tribunal de Justicia que:

— Anule, respectivamente, la sentencia recurrida Autogrill España/Comisión y la sentencia recurrida Banco Santander y Santusa/Comisión;

37 — Véanse el apartado 69 de la sentencia recurrida Autogrill España/Comisión y el apartado 73 de la sentencia recurrida Banco Santander y Santusa/Comisión.

38 — Véanse el apartado 75 de la sentencia recurrida Autogrill España/Comisión y el apartado 79 de la sentencia recurrida Banco Santander y Santusa/Comisión.

39 — Véanse el apartado 76 de la sentencia recurrida Autogrill España/Comisión y el apartado 80 de la sentencia recurrida Banco Santander y Santusa/Comisión.

40 — Véanse el apartado 77 de la sentencia recurrida Autogrill España/Comisión y el apartado 81 de la sentencia recurrida Banco Santander y Santusa/Comisión.

41 — Véanse los apartados 79 y 80 de la sentencia recurrida Autogrill España/Comisión, y los apartados 82 y 83 de la sentencia recurrida Banco Santander y Santusa/Comisión.

42 — Véanse el apartado 82 de la sentencia recurrida Autogrill España/Comisión y el apartado 86 de la sentencia recurrida Banco Santander y Santusa/Comisión.

— Devuelva los asuntos respectivos al Tribunal General.

— Reserve la decisión sobre las costas.

35. WDFG (C-20/15 P) y Banco Santander y Santusa (C-21/15 P) solicitan al Tribunal de Justicia que:

— Declare admisibles y estime los motivos de oposición al recurso de casación de la Comisión formulados en sus escritos de contestación.

— Desestime el motivo único del recurso de casación de la Comisión y confirme, respectivamente, la sentencia recurrida Autogrill España/Comisión y la sentencia recurrida Banco Santander y Santusa/Comisión.

— Condene en costas a la Comisión.

36. Mediante sendos autos del Presidente del Tribunal de Justicia de 19 de mayo de 2015, se admitió la intervención del Reino de España, Irlanda y la República Federal de Alemania en apoyo de las pretensiones de WDFG (C-20/15 P) y de Banco Santander y Santusa (C-21/15 P).

37. En cambio, mediante autos del Presidente del Tribunal de Justicia de 6 de octubre de 2015, se rechazaron las demandas de intervención de Telefónica, S.A., y de Iberdrola, S.A. en apoyo de las pretensiones de WDFG (C-20/15 P) y de Banco Santander y Santusa (C-21/15 P).

38. La Comisión, WDFG, Banco Santander y Santusa, la República Federal de Alemania, Irlanda y el Reino de España han presentado observaciones escritas. Todos ellos formularon observaciones orales en la vista, celebrada el 31 de mayo de 2016.

V. **Sobre los recursos de casación**

39. Para fundamentar sus recursos de casación, la Comisión alega un motivo único idéntico, estructurado en dos partes, basado en un error de Derecho del Tribunal General al interpretar el requisito de la selectividad, tal como lo exige en el artículo 107 TFUE, apartado 1.

A. *Sobre la primera parte*

1. Alegaciones de las partes

40. Mediante la primera parte de su motivo único, la Comisión reprocha al Tribunal General haber incurrido en un error de Derecho al imponerle —con objeto de declarar el carácter selectivo de una medida— la obligación de identificar un grupo de empresas que posean características propias.

41. La Comisión afirma que sus Decisiones controvertidas llegaron a la conclusión de que la medida discutida suponía una excepción al régimen general que sólo favorecía a las empresas que realizaban determinado tipo de inversiones en el extranjero (esto es, las adquisiciones de participaciones de al menos el 5 %) en relación con las empresas que efectuaban el mismo tipo de inversión en España, y que, por ello, se encontraban en una situación fáctica y jurídica comparable. La Comisión alega que, si bien el Tribunal General confirmó la aplicación de ese método, también obliga a la Comisión a demostrar que la medida favorece a determinadas empresas que puedan ser identificadas por características específicas que las otras empresas no posean; es decir, características propias e identificables *ex ante*.

42. Según la Comisión, este análisis adicional e invariablemente más restrictivo del concepto de selectividad en que se basa el Tribunal General para ordenar la anulación del artículo 1, apartado 1, y del artículo 4 de las Decisiones controvertidas es un error de Derecho y contradice la constante jurisprudencia de los tribunales de la Unión, cuya interpretación, por otra parte, ha falseado en numerosas ocasiones.

43. La Comisión reprocha al Tribunal General un error de Derecho al haber negado que una medida cuya aplicación es independiente de la actividad de la empresa o que no supedita su aplicación a ningún importe mínimo pueda ser selectiva. Según la Comisión —contrariamente a lo que declaró el Tribunal General en el apartado 57 de la sentencia recurrida Autogrill España/Comisión y en el apartado 61 de la sentencia recurrida Banco Santander y Santusa/Comisión— no cabe deducir del apartado 36 de la sentencia de 8 de noviembre de 2001, Adria-Wien Pipeline y Wietersdorfer & Peggauer Zementwerke (C-143/99, EU:C:2001:598), que una medida cuya aplicación es independiente de la naturaleza de la actividad de las empresas no es, *a priori*, selectiva. La Comisión afirma que del citado apartado 36 se desprende que una medida no es selectiva cuando se aplica de manera general a todas las empresas en un Estado miembro sin distinción alguna, y no, como pretende el Tribunal General en las sentencias recurridas, según su vínculo con la actividad de las empresas.

44. La Comisión reprocha asimismo al Tribunal General un error de Derecho al haber declarado, en los apartados 59 a 62 de la sentencia recurrida Autogrill España/Comisión y en los apartados 63 a 66 de la sentencia recurrida Banco Santander y Santusa/Comisión, que la medida discutida no era selectiva porque estaba relacionada con la adquisición de bienes económicos particulares y no excluía, *a priori*, a ninguna categoría de empresas de sus beneficios. Entiende que el Tribunal General, a este respecto, se basó incorrectamente en el apartado 22 de la sentencia de 19 de septiembre de 2000, Alemania/Comisión (C-156/98, EU:C:2000:467). Opina que se desprende de los apartados 22 y 23 de esa sentencia que en el asunto allí examinado la Comisión sólo había calificado la medida en cuestión como selectiva con respecto a ciertas empresas determinadas geográficamente en las que los inversores privados habían reinvertido los beneficios procedentes de la venta de activos económicos, y no en relación con dichos inversores por sí mismos, respecto a los cuales había considerado que esa medida no suponía una ayuda. En cualquier caso, en aquel asunto no se impugnaba ante el Tribunal de Justicia la valoración del carácter selectivo de la medida.

45. Además, la Comisión reprocha al Tribunal General el haber declarado en los apartados 66 a 68 de la sentencia recurrida Autogrill España/Comisión y en los apartados 70 a 72 de la sentencia recurrida Banco Santander y Santusa/Comisión que la jurisprudencia del Tribunal de Justicia confirma que una medida cuyo disfrute «esté supeditado al cumplimiento de determinados requisitos, aun cuando las empresas beneficiarias no compartan ninguna característica propia que permita distinguirlas de las demás empresas aparte del hecho de que podrían satisfacer los requisitos a los que se supedita la aplicación de la medida» no puede ser selectiva.

46. Por lo tanto, la Comisión sostiene que el Tribunal General se basa en un análisis incorrecto de la jurisprudencia de que se trata.

47. Respecto a la sentencia de 15 de noviembre de 2011, Comisión y España/Government of Gibraltar y Reino Unido (C-106/09 P y C-107/09 P, EU:C:2011:732), la Comisión alega que de los apartados 90 y 91 de esa sentencia se desprende que el asunto en ella examinado se refería a una situación muy particular, en la que el Tribunal de Justicia consideró selectivo el propio régimen tributario en cuestión, ya que favorecía como tal a las empresas extraterritoriales y no era una simple excepción a éste. La referencia que se hace en esa sentencia a las «propiedades específicas» de una categoría de empresas, por lo tanto, debería entenderse referida a las características por las cuales esas empresas son favorecidas fiscalmente en un sistema de referencia que es por naturaleza selectivo, y no puede extrapolarse fuera de este contexto particular.

48. La Comisión señala que, en el apartado 66 de la sentencia recurrida, Autogrill España/Comisión y en el apartado 70 de la sentencia recurrida Banco Santander y Santusa/Comisión, el Tribunal General sólo cita la primera frase del apartado 42 de la sentencia de 29 de marzo de 2012, 3M Italia (C-417/10, EU:C:2012:184) [43] mientras que la segunda frase de ese apartado 42 reproduce el principio consagrado por la reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia según el cual una medida es selectiva cuando puede favorecer a «determinadas empresas o producciones» con respecto a otras que se encuentren, en relación con el objetivo promovido por dicho régimen, en una situación fáctica y jurídica comparable.

49. La Comisión afirma que se atuvo al método de análisis sobre la selectividad en materia fiscal tal como se ha consagrado en la reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia, demostrando, en las Decisiones controvertidas, que la medida discutida era una excepción respecto a un marco de referencia, en la medida en que establecía para las empresas sujetas a tributación en España que adquieren participaciones en sociedades domiciliadas en el extranjero un tratamiento fiscal distinto del aplicable a las empresas sujetas a tributación en España que adquieren participaciones en sociedades domiciliadas en España, aun cuando ambas categorías de empresas se encuentren en situaciones comparables.

50. Dicha institución considera que el Tribunal General, al imponerle la carga adicional de demostrar que la medida discutida favorecía a determinadas empresas que podían ser identificadas por sus características específicas, que las otras empresas no poseen; es decir, por características propias e identificables *ex ante*, se basó en un concepto de selectividad necesariamente más restrictivo que el consagrado en la jurisprudencia reiterada del Tribunal de Justicia y, por lo tanto, contraria a ésta. Al actuar así, incurrió en error de Derecho.

51. WDFG y el Banco Santander et Santusa señalan con carácter preliminar que, en las Decisiones controvertidas, la Comisión no afirmó que la medida discutida fuera selectiva *de facto*, de modo que, en estos recursos de casación, se trata únicamente de examinar las críticas contra las sentencias recurridas en la medida en que el Tribunal General declaró en ellas que los motivos invocados por la Comisión en esas Decisiones no permitían llegar a la conclusión de que esa medida fuera selectiva *de iure*.

52. Afirman que de la sentencia de 8 de noviembre de 2001, Adria-Wien Pipeline y Wietersdorfer & Peggauer Zementwerke (C-143/99, EU:C:2001:598) se desprende que una medida abierta a todas las empresas y que puede aplicarse, en principio, a todas ellas no puede tener la consideración de selectiva. En cambio, no cabe deducir de esa sentencia —como hace la Comisión— que, para que no exista selectividad, la medida deba aplicarse efectivamente a todas las empresas del Estado miembro sin excepción, ya que, como consecuencia de esa tesis, casi todas las normas tributarias serían selectivas.

53. WDFG y Banco Santander y Santusa refutan asimismo la tesis de la Comisión de que algunas medidas ya fueron calificadas de selectivas en numerosas ocasiones, aun cuando no fijaban ningún importe mínimo de inversión y se aplicaban con independencia de la naturaleza de las actividades del beneficiario.

54. En cambio, entienden que la medida discutida, al conferir una ventaja fiscal a un comportamiento que, de hecho y de Derecho, es accesible a todo tipo de empresas y sectores, no puede considerarse automáticamente, y por este solo hecho, *prima facie* y *de iure* selectiva.

43 — Según el Tribunal General «[en el apartado 42 de aquella sentencia], el Tribunal de Justicia consideró que el hecho de que sólo pudieran beneficiarse de la medida controvertida en el asunto que dio lugar a esta sentencia los contribuyentes que reunían los requisitos de aplicación de dicha medida no confería por sí mismo a ésta carácter selectivo».

55. WDFG y Banco Santander y Santusa afirman que el Tribunal General se basó correctamente en el apartado 22 de la sentencia de 19 de septiembre de 2000, Alemania/Comisión (C-156/98, EU:C:2000:467) cuyos términos respetó estrictamente. En la Decisión de que se trata en el asunto que condujo a esa sentencia, la propia Comisión había admitido expresamente que la medida no era selectiva respecto a los inversores interesados, lo cual fue confirmado por el Tribunal de Justicia.

56. A su entender, por otra parte, la Comisión, en su práctica decisoria, ya había excluido en muchas ocasiones la selectividad de las medidas fiscales aplicando ese mismo criterio, esto es, el de falta de selectividad de las medidas generales, aplicables sin distinción a cualquier empresa y de que las que puede disfrutar cualquier sujeto pasivo.

57. Por lo demás, entienden que la aplicación de ese criterio no conduce a la falta de selectividad de las medidas referentes a la adquisición de determinados activos mencionadas por la Comisión. Esas medidas serían selectivas si se comprobara que disfrutan de ellas, *de facto*, determinadas empresas con exclusión de otras. En cualquier caso, su selectividad no se deriva de la naturaleza de los activos adquiridos, sino de que esa naturaleza permite considerar que los compradores interesados conforman una categoría especial.

58. En cuanto a la sentencia de 15 de julio de 2004, España/Comisión (C-501/00, EU:C:2004:438), apartado 120, WDFG y Banco Santander y Santusa consideran que el Tribunal General entendió correctamente que la medida en cuestión en el asunto que dio lugar a esa sentencia se diferenciaba de la del caso de autos, pues tenía por objeto procurar una ventaja a una categoría distinta e identificable de empresas, esto es, las que se dedican a actividades de exportación.

59. WDFG y Banco Santander y Santusa también afirman que se desprende claramente del apartado 104 de la sentencia de 15 de noviembre de 2011, Comisión y España/Government of Gibraltar y Reino Unido (C-106/09 P y C-107/09 P, EU:C:2011:732) que una medida no puede tener la calificación de selectiva cuando disfrutan de ella una categoría de empresas que comparten «propiedades» que les son «específicas». Además, se desprende de esa sentencia que identificar una excepción a un régimen común no es un fin en sí mismo, pues lo que importa es el efecto real de la medida, es decir, si beneficia o no a determinadas empresas o producciones.

60. Opinan que tampoco puede aceptarse la interpretación de la sentencia de 29 de marzo de 2012, 3M Italia (C-417/10, EU:C:2012:184) que defiende la Comisión. En esa sentencia, el Tribunal de Justicia consideró que el hecho de que sólo los contribuyentes que reunían los requisitos de aplicación de una medida pudiesen disfrutar de ella no podía, por sí mismo, conferir a ésta carácter selectivo.

61. WDFG y el Banco de Santander y Santusa alegan, finalmente, que el Tribunal General declaró correctamente que una medida no puede tener la calificación de selectiva, en el sentido del artículo 107 TFUE, si disfrutarla depende de un comportamiento que, *prima facie*, es accesible a cualquier empresa, con independencia del sector en que desarrolle su actividad. A su entender, esto queda perfectamente patente al observar, en la sentencia de 19 de septiembre de 2000, Alemania/Comisión (C-156/98, EU:C:2000:467) la falta de selectividad de ese tipo de medida. El análisis del Tribunal General, por lo demás, es sustancialmente el mismo que el propuesto por la Abogado General Kokott en sus conclusiones sobre el asunto que dio lugar a la sentencia de 6 de octubre de 2015, Finanzamt Linz (C-66/14, EU:C:2015:661). La tesis opuesta, en su opinión, conduce a la absurda situación de que toda medida fiscal resulta automáticamente selectiva si no es utilizada sin excepción por todas las empresas de un Estado miembro.

62. El Reino de España afirma que la sentencia de 8 de noviembre de 2001, Adria-Wien Pipeline y Wietersdorfer & Peggauer Zementwerke (C-143/99, EU:C:2001:598) confirma la posición adoptada por las autoridades españolas en el procedimiento administrativo, según la cual una ventaja económica no puede considerarse como una ayuda que puede favorecer a «determinadas empresas o

producciones» en el sentido del artículo 107 TFUE, apartado 1. Añade que, en el procedimiento administrativo, las autoridades españolas demostraron el carácter abierto de la medida discutida, confirmando así el análisis expuesto en las sentencias recurridas y el hecho de que la Comisión no demostró el carácter selectivo de la ayuda en las Decisiones controvertidas.

63. Irlanda afirma que, contrariamente a lo indicado por la Comisión, el Tribunal General no dedujo de las sentencias de 8 de noviembre de 2001, Adria-Wien Pipeline y Wietersdorfer & Peggauer Zementwerke (C-143/99, EU:C:2001:598); de 6 de marzo de 2002; Diputación Foral de Álava y otros/Comisión (T-92/00 y T-103/00, EU:T:2002:61), y de 9 de septiembre de 2009, Diputación Foral de Álava y otros/Comisión (T-227/01 a T-229/01, T-265/01, T-266/01 y T-270/01, EU:T:2009:315), que únicamente las medidas cuya aplicación estaba relacionada con la naturaleza de las actividades de la empresa o cuya aplicación estaba supeditada a un importe mínimo eran selectivas, sino únicamente que la selectividad de la medida litigiosa no podía demostrarse en el caso de una medida de la que podían disfrutar todas las empresas españolas que invirtieran en una adquisición de participaciones de al menos el 5 % en una empresa extranjera, con independencia de la naturaleza de su actividad y de los importes invertidos.

64. Dicho Estado miembro afirma que el Tribunal General se basó correctamente en el apartado 104 de la sentencia de 15 de noviembre de 2011, Comisión y España/Government of Gibraltar y Reino Unido (C-106/09 P y C-107/09 P, EU:C:2011:732) para declarar que era necesario, a fin de que una diferenciación fiscal pudiera ser calificada de ayuda, identificar una categoría particular de empresas que pudieran distinguirse por sus propiedades específicas. En opinión de Irlanda, el requisito de selectividad, tal como se establece en el artículo 107 TFUE, apartado 1, debe tener la misma definición en todos los asuntos referentes a supuestas ayudas estatales de tipo fiscal, de tal modo que, contrariamente a lo que sostiene la Comisión, el principio expresamente consagrado en el apartado 104 de dicha sentencia no puede limitarse al examen de un régimen tributario «considerado en su conjunto».

65. Irlanda estima que medidas como la discutida —que verdaderamente están a disposición de cualquier empresa, ya que es imposible identificar un sector particular o una empresa concreta que queden excluidos de su aplicación y, por lo tanto, resulten desfavorecidos— nunca deberían tener la consideración de selectivas. En su práctica decisoria, por lo demás, la Comisión siempre se ha basado en este motivo para declarar la falta de selectividad de algunas medidas de dispensa, aun cuando se tratara de excepciones al marco de referencia. Considera que la posición adoptada por la Comisión en los presentes recursos de casación, por lo tanto, es incoherente con la práctica habitual de esa institución.

66. La República Federal de Alemania afirma que la existencia, aun suponiéndola demostrada, de una dispensa o excepción al marco de referencia identificado por la Comisión no permite, por sí sola, concluir que la medida controvertida favorezca a «determinadas empresas o producciones» en el sentido del artículo 107 TFUE, apartado 1. Por el contrario, de ello sólo se deriva que la desgravación fiscal puede considerarse equivalente a una subvención (es decir, una contribución económica concreta concedida a una empresa determinada) y que posee un efecto incentivador similar. Por consiguiente, después de este examen, procede, de acuerdo con la jurisprudencia [sentencia de 15 de noviembre de 2011, Comisión y España/Government of Gibraltar y Reino Unido (C-106/09 P y C-107/09 P, EU:C:2011:732), apartado 104]; con las conclusiones de la Abogado General Kokott en el asunto que dio lugar a la sentencia de 6 de octubre de 2015 Finanzamt Linz (C-66/14, EU:C:2015:661), puntos 83 a 85, y como declaró correctamente el Tribunal General en las sentencias recurridas, verificar en una fase adicional si la categoría de contribuyentes favorecidos por una medida fiscal reagrupa a empresas o producciones suficientemente específicos en el sentido del artículo 107 TFUE, apartado 1.

67. Por lo tanto, el Tribunal de Justicia declaró que la Comisión había demostrado de manera suficiente en Derecho que la categoría de las empresas beneficiarias estaba suficientemente caracterizada por el hecho de que esas empresas pertenecían a determinados sectores o ramas de la economía (sentencia de 15 de diciembre de 2005, Unicredito Italiano (C-148/04, EU:C:2005:774), apartados 44 y siguientes, porque adoptaban una determinada forma jurídica (sentencia de 10 de enero de 2006, Cassa di Risparmio di Firenze y otros (C-222/04, EU:C:2006:8), apartado 136, o porque tenían determinado tamaño [sentencia de 13 de febrero de 2003, España/Comisión (C-409/00, EU:C:2003:92), apartados 48 y 49], o incluso porque su domicilio social estaba situado en una región determinada (sentencia de 17 de noviembre de 2009, Presidente del Consiglio dei Ministri (C-169/08, EU:C:2009:709), apartado 63.

68. En cambio, opina que se desprende de la jurisprudencia que el hecho de establecer los requisitos de concesión de un beneficio fiscal o una excepción al régimen tributario general no es suficiente, por sí mismo, para demostrar el carácter selectivo de una medida fiscal.

69. La República Federal de Alemania recuerda que el Tribunal de Justicia ya ha declarado que una desgravación fiscal establecida en favor de los sujetos pasivos que venden determinados activos y que pueden deducir el beneficio que de ello obtienen al adquirir otros activos, les confiere una ventaja que, como medida general aplicable sin distinción a todos los operadores económicos, no constituye, en el sentido de las disposiciones pertinentes del Tratado, una ayuda de Estado [sentencia de 19 de septiembre de 2000, Alemania/Comisión (C-156/98, EU:C:2000:467), apartado 22].

70. Con mayor razón todavía, una medida como la controvertida, cuya aplicación está relacionada de forma general con una determinada categoría de operaciones reguladas por el Derecho de sociedades, en este caso, la adquisición de participaciones, que son independientes del objeto social y de las actividades de explotación económica de la empresa, no debería, en principio, considerarse selectiva.

71. Finalmente, según todas las partes coadyuvantes, aceptar que el requisito de selectividad se entienda en el sentido amplio que propugna la Comisión en sus recursos de casación alteraría considerablemente el equilibrio institucional existente. Consideran que la Comisión podría en tal caso controlar la práctica totalidad de las medidas de fiscalidad directa en virtud de sus competencias en materia de ayudas de Estado, cuando esta materia depende, en principio, de la competencia legislativa de los Estados miembros.

2. Análisis

72. Los presentes recursos de casación se refieren a una medida nacional de fiscalidad directa y a su legalidad en relación con el artículo 107 TFUE, apartado 1. El artículo 107 TFUE, apartado 1, prohíbe las ayudas que favorezcan a «determinadas empresas o producciones», es decir, las ayudas selectivas. Según jurisprudencia reiterada a este respecto, la aplicación del artículo 107 TFUE, apartado 1, obliga a determinar si, en el marco de un régimen jurídico concreto, una medida oficial puede favorecer «a determinadas empresas o producciones» frente a otras que se encuentren, con respecto al objetivo perseguido por dicho régimen, en una situación de hecho y de Derecho comparable. [44]

44 — Sentencias de 14 de enero de 2015, Eventech (C-518/13, EU:C:2015:9), apartados 54 y 55, y de 22 de diciembre de 2008, British Aggregates/Comisión (C-487/06 P, EU:C:2008:757), apartado 82.

73. Debe señalarse ante todo que, cuando se trata de examinar, como en el caso de autos, si una medida fiscal tiene carácter selectivo, en principio,[45] resulta esencial[46] determinar el marco de referencia.

74. A continuación se ha de examinar si la medida fiscal de que se trata es una excepción a dicho marco de referencia y supone una ventaja para determinadas empresas en relación con otras que se encuentren en una situación fáctica y jurídica comparable.[47]

75. Finalmente, de conformidad con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, una medida que esté justificada por la naturaleza o la estructura general del sistema en que se inscribe no cumple este requisito de selectividad, aunque constituya una ventaja para su beneficiario.[48][49]

76. Se desprende de las sentencias recurridas que, en las Decisiones controvertidas, la Comisión consideró que la medida discutida era una excepción al régimen fiscal «normal» o de referencia aplicable a las empresas sujetas a tributación en España, y que este régimen no era una medida general de política fiscal o económica.[50] En efecto, al aplicar la medida discutida, sólo puede amortizarse el fondo de comercio financiero resultante de la adquisición de participaciones de una empresa sujeta a tributación en España en una sociedad «extranjera».[51] En cambio, no puede amortizarse el fondo de comercio financiero resultante de la adquisición de participaciones de una empresa sujeta a tributación en España en una sociedad domiciliada en España.[52] Basándose en esa diferencia de trato, aun cuando ambas categorías de empresas se encontraban en situaciones comparables, la Comisión llegó a la conclusión de que la medida controvertida constituía una excepción al sistema de referencia.[53]

45 — No contradicen esta aserción los apartados 91 a 93 de la sentencia de 15 de noviembre de 2011, Comisión y España/Government of Gibraltar y Reino Unido (C-106/09 P y C-107/09 P, EU:C:2011:732), donde el Tribunal de Justicia declaró que la calificación de un sistema fiscal como «selectivo» no está supeditada a la identificación de un marco de referencia y de una excepción a ese marco cuando un sistema fiscal que, en vez de disponer normas generales para el conjunto de las empresas, estableciendo excepciones en favor de determinadas empresas, *conduce a un resultado idéntico ajustando y combinando las normas fiscales de tal forma que la propia aplicación de éstas dé lugar a una carga fiscal diferenciada para las diversas empresas*.

46 — Véase la sentencia de 6 de septiembre de 2006, Portugal/Comisión (C-88/03, EU:C:2006:511), apartado 56, donde el Tribunal de Justicia declaró que, «[…] para apreciar la selectividad de la medida de que se trata, es necesario examinar si, en el marco de un régimen jurídico concreto, dicha medida puede favorecer a determinadas empresas en comparación con otras que se encuentren en una situación fáctica y jurídica comparable. *La determinación del marco de referencia reviste especial importancia en el caso de las medidas fiscales, puesto que la propia existencia de una ventaja sólo puede apreciarse en relación con una imposición considerada "normal"* […]». El subrayado es mío.

47 — En la vista, la Comisión observó que una medida así debía, *prima facie*, tener la consideración de selectiva.

48 — Sentencia del Tribunal de Justicia de 8 de noviembre de 2001, Adria-Wien Pipeline et Wietersdorfer & Peggauer Zementwerke (C-143/99, EU:C:2001:598), apartado 42 y jurisprudencia citada. En el apartado 49 de la sentencia de 8 de septiembre de 2011, Paint Graphos y otros (C-78/08 a C-80/08, EU:C:2011:550), el Tribunal de Justicia declaró que «la calificación de una medida fiscal nacional como "selectiva" supone, en un primer momento, la identificación y el examen previos del régimen fiscal común o "normal" aplicable en el Estado miembro de que se trate. Precisamente a la luz de este régimen fiscal común o "normal" debe, en un segundo momento, apreciarse y determinarse el eventual carácter selectivo de la ventaja otorgada por la medida fiscal de que se trate demostrando que dicha medida supone una excepción al referido régimen común, en la medida en que introduce diferenciaciones entre operadores económicos que, con respecto al objetivo asignado al sistema fiscal de dicho Estado miembro, se encuentran en una situación fáctica y jurídica comparable». Por lo tanto, si los beneficiarios de la medida fiscal de que se trata y los contribuyentes que no disfrutan de ella no se encuentran en una situación fáctica y jurídica comparable respecto al objetivo perseguido por el régimen normal, la medida no es selectiva. Véanse, en este sentido, las sentencias de 8 de septiembre de 2011, Paint Graphos y otros (C-78/08 a C-80/08, EU:C:2011:550), apartados 63 y 64, y de 29 de marzo de 2012, 3M Italia (C-417/10, EU:C:2012:184), apartado 42.

49 — Según la Comisión, esta tercera etapa permite evitar que medidas realmente generales sean consideradas selectivas. La Comisión entiende, por consiguiente, que el nuevo criterio elaborado por el Tribunal General no es necesario e infringe el análisis clásico de la selectividad elaborado por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia. Dicha institución añade que el Tribunal General, al introducir este nuevo criterio, ha creado una nueva categoría de medidas, esto es, medidas que son a un tiempo generales y de excepción. Considera que una categoría de medidas como esa es ilógica.

50 — Véanse, en este sentido, el apartado 54 de la sentencia recurrida Autogrill España/Comisión y el apartado 58 de la sentencia recurrida Banco Santander y Santusa/Comisión.

51 — Véanse el apartado 19 de la sentencia recurrida Autogrill España/Comisión y el apartado 14 de la sentencia recurrida Banco Santander y Santusa/Comisión.

52 — Véanse el apartado 13 de la sentencia recurrida Autogrill España/Comisión y el apartado 18 de la sentencia recurrida Banco Santander y Santusa/Comisión.

53 — Véanse el apartado 50 de la sentencia recurrida Autogrill España/Comisión y el apartado 54 de la sentencia recurrida Banco Santander y Santusa/Comisión.

77. Ha de ponerse de relieve que el Tribunal General no puso en duda que fueran comparables las adquisiciones de participaciones de una empresa que tributa en España dependiendo de que se verifiquen en una «sociedad extranjera» o en una sociedad domiciliada en España. Además, el Tribunal General no consideró que la diferenciación, por aplicación de la medida controvertida, entre esas adquisiciones de participación estuviera justificada por la naturaleza o la estructura del sistema en que se inscribe.

78. En efecto, en las sentencias recurridas, el Tribunal General consideró que la existencia, *aun suponiéndola demostrada*,[54] de una dispensa o excepción respecto al marco de referencia identificado por la Comisión no permitía, por sí sola, demostrar que la medida discutida favoreciera a «determinadas empresas o producciones» en el sentido del artículo 107 TFUE, apartado 1, ya que esa medida era accesible, *a priori*, a cualquier empresa y no contemplaba directamente, en consecuencia, ninguna categoría particular de empresas o producciones, sino una categoría de operaciones económicas.[55]

79. En mi opinión, no puede acogerse tal interpretación del artículo 107 TFUE, apartado 1, y del criterio de selectividad.

80. Cuando una medida fiscal es una excepción al régimen fiscal «normal» o de referencia y beneficia a *determinadas empresas o producciones* en detrimento de otras,[56] que se encuentran en una situación comparable,[57] esta medida es, a mi entender, por su propia naturaleza, discriminatoria o selectiva,[58] salvo que la diferenciación se justifique por la naturaleza o estructura general del sistema en que se inscribe.

81. Debe ponerse de relieve que, en las sentencias de 15 de diciembre de 2005, Unicredito Italiano (C-148/04, EU:C:2005:774), apartados 49 y 50, e Italia/Comisión (C-66/02, EU:C:2005:768), apartados 97 a 100,[59] el Tribunal de Justicia, después de comprobar que las medidas fiscales en cuestión sólo se aplicaban al sector bancario[60] y que, dentro del sector bancario, únicamente favorecían a las empresas que realizaban las operaciones consideradas, declaró que esa medidas diferenciaban no sólo entre el sector bancario y los otros sectores económicos, sino también en el propio seno del sector bancario. Por consiguiente, en los apartados 99 y 100 de la sentencia de 15 de diciembre de 2005, Italia/Comisión (C-66/02, EU:C:2005:768), el Tribunal de Justicia declaró que las medidas fiscales en cuestión «puesto que no se aplican a todos los operadores económicos, no [cabía] considerarlas como medidas generales de política fiscal o económica […]. En realidad, suponen

54 — Según WDFG y Banco Santander y Santusa, el Tribunal General no dio por válida en modo alguno la definición del sistema de referencia.

55 — Véanse los apartados 44 y 45 de la sentencia recurrida Autogrill España/Comisión y los apartados 48 y 49 de la sentencia recurrida Banco Santander y Santusa/Comisión.

56 — En cambio, una medida estatal que beneficia indistintamente a la totalidad de las empresas situadas en el territorio nacional no puede constituir una ayuda de Estado. Véase, en este sentido, la sentencia del Tribunal de Justicia de 8 de noviembre de 2001, Adria-Wien Pipeline y Wietersdorfer & Peggauer Zementwerke (C-143/99, EU:C:2001:598), apartado 35.

57 — En el apartado 61 de la sentencia de 4 de junio de 2015, Comisión/MOL (C-15/14 P, EU:C:2015:362), el Tribunal de Justicia declaró que «el parámetro de comparación pertinente para acreditar la selectividad de la medida controvertida en el presente asunto consistía en comprobar si [esta medida], introduce una diferenciación entre los operadores que se hallan, a la luz del objetivo perseguido, en una situación fáctica y jurídica comparable, no justificada por la naturaleza y la estructura del sistema en cuestión.»

58 — En efecto, el concepto de selectividad puede compararse con el de discriminación. Véanse, en este sentido, las sentencias de 14 de enero de 2015, Eventech (C-518/13, EU:C:2015:9), apartado 53, y de 15 de noviembre de 2011, Comisión y España/Government of Gibraltar y Reino Unido (C-106/09 P y C-107/09 P, EU:C:2011:732), apartado 101. Véanse el punto 54 de las conclusiones que el Abogado General Wahl presentó en el asunto Comisión/MOL (C-15/14 P, EU:C:2015:32) y el punto 29 de las conclusiones que el Abogado General Bobek presentó en el asunto Bélgica/Comisión (C-270/15 P, EU:C:2016:289).

59 — Ambos asuntos se referían a la Decisión 2002/581/CE de la Comisión, de 11 de diciembre de 2001, relativa al régimen de ayudas estatales aplicado por Italia en favor de los bancos (DO 2002, L 184, p. 27).

60 — Por consiguiente, las medidas no beneficiaban a las empresas de otros sectores económicos.

una excepción al régimen fiscal ordinario. Las empresas beneficiarias disfrutan de desgravaciones fiscales a las que no tendrían derecho en el marco de la aplicación normal de dicho régimen y *a las que no pueden aspirar empresas de otros sectores que lleven a cabo operaciones análogas o empresas del sector bancario que no realicen operaciones como las señaladas*».[61]

82. Cabe señalar que el artículo 107 TFUE, apartado 1, está redactado en términos muy amplios y abstractos. En efecto, si bien cabría considerar que los términos «determinadas producciones» se refieren, entre otros, a determinados sectores o servicios, y por lo tanto a determinadas categorías de empresas, los términos «determinadas empresas» son todavía más generales.

83. El artículo 107 TFUE, apartado 1, no tiene por objeto únicamente las medidas que son selectivas o discriminatorias de acuerdo con un número de criterios limitado y definido previamente como, entre otros, el sector de que se trata, el tamaño o la naturaleza de las empresas.[62] Lo que importa es dilucidar si la medida deja a sus beneficiarios en una situación económica más favorable que la de las otras empresas que se encuentran en una situación fáctica y jurídica comparable,[63] cualesquiera que sean la naturaleza de las empresas, sus actividades o las operaciones de que se trate, salvo que esté justificada por la naturaleza o la estructura general del sistema en que se inscribe.

84. En absoluto se desprende del tenor del artículo 107 TFUE, apartado 1, ni de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia que los términos «favoreciendo a determinadas empresas o producciones» exijan identificar una categoría de empresas con características propias que sean las únicas favorecidas por la medida en cuestión, como señala el Tribunal General en los apartados 41 y 45 de la sentencia recurrida Autogrill España/Comisión y en los apartados 45 y 49 de la sentencia recurrida Banco Santander y Santusa/Comisión. Considero asimismo que la identificación de las empresas con características propias sería un ejercicio extremadamente impreciso, incluso arbitrario, que generaría inseguridad jurídica.

85. En mi opinión, al analizar el criterio de selectividad en las sentencias recurridas, el Tribunal General adoptó un enfoque excesivamente formalista y restrictivo, tratando de identificar una categoría particular de empresas que fueran las únicas favorecidas por la medida controvertida, en vez de concentrarse en la cuestión esencial, que consiste en dilucidar si esa medida lleva a cabo una diferenciación entre empresas que se encuentran en una situación comparable.

86. Debe señalarse que el hecho de que frecuentemente sea posible identificar uno o varios sectores o categorías de empresas favorecidas por una medida fiscal —en particular, en vista de los requisitos impuestos a los contribuyentes para disfrutar del régimen de excepción—,[64] no implica que la selectividad de la medida dependa de esa identificación.

87. Además, el hecho de que el número de empresas que pueden aspirar a disfrutar de la medida controvertida sea muy significativo o de que esas empresas pertenezcan a distintos sectores de actividad no basta para desvirtuar su carácter selectivo y, por consiguiente, para excluir la calificación de ayuda de Estado.[65]

61 — El subrayado es mío.

62 — Con toda evidencia, son selectivas las medidas fiscales que favorecen a las empresas de un sector en detrimento de otras o a las grandes en detrimento de las pequeñas.

63 — Véase, por analogía, la sentencia de 15 de noviembre de 2011, Comisión y España/Government of Gibraltar y Reino Unido (C-106/09 P y C-107/09 P, EU:C:2011:732), apartados 87 y 93.

64 — Véase, en este sentido, la sentencia de 15 de julio de 2004, España/Comisión (C-501/00, EU:C:2004:438), apartado 120. El Tribunal de Justicia ha declarado que era selectiva una deducción fiscal que sólo podía beneficiar a una categoría de empresas, esto es, las que realizan actividades de exportación y efectúan determinadas inversiones contempladas en las medidas controvertidas.

65 — Véase la sentencia de 13 de febrero de 2003, España/Comisión (C-409/00, EU:C:2003:92), apartado 48 y jurisprudencia citada. Una ayuda puede tener carácter selectivo con arreglo al artículo 107 TFUE, apartado 1, incluso cuando afecte a todo un sector económico [véanse, en particular, las sentencias de 17 de junio de 1999, Bélgica/Comisión (C-75/97, EU:C:1999:311), apartado 33, y de 8 de septiembre de 2011, Paint Graphos y otros (C-78/08 a C-80/08, EU:C:2011:550), apartado 53], o a distintos sectores de actividad [véase la sentencia de 20 de noviembre de 2003, GEMO (C-126/01, EU:C:2003:622)], apartados 37 a 39.

88. A este respecto, considero que el hecho de que los requisitos establecidos por la medida controvertida no eran muy severos [66] y que disfrutar de esta medida, por consiguiente, era accesible a numerosas empresas, no cuestiona su carácter selectivo, sino únicamente su grado de selectividad.

89. He de señalar que, en la vista, y en respuesta a una pregunta formulada por el Tribunal de Justicia, la República Federal de Alemania estimó que la medida controvertida de que se trata en el caso de autos sería selectiva si exigiera una adquisición de participaciones del 75 %, en vez del 5 %, y durante diez años en vez de un año. Según dicho Gobierno, en esa situación, la medida controvertida únicamente beneficiaría a las grandes empresas y, por consiguiente, sería selectiva.

90. No puedo aceptar ese planteamiento, por ser impreciso, impracticable y arbitrario. En efecto, ¿dónde se sitúa el umbral para distinguir una adquisición de participaciones del 75 % y una del 5 % y entre una adquisición de participaciones que se mantiene diez años y aquella que se limita a un año? ¿Cuál es el criterio delimitador que distinguiría entre las dos operaciones?

91. Por consiguiente, considero que es selectiva una medida fiscal que supone una excepción al régimen fiscal general y que lleva a cabo una diferenciación entre las empresas que realizan *operaciones análogas*, salvo que la diferenciación creada por la medida esté justificada por la naturaleza o la estructura general del sistema en que se inscribe.

92. En efecto, cuando las empresas beneficiarias de una medida fiscal disfrutan de una desgravación fiscal a la que no tendrían derecho con arreglo al régimen tributario normalmente aplicable y a la que no pueden aspirar las empresas que realizan operaciones análogas, tal medida es de naturaleza selectiva, pues en realidad no se aplica, contrariamente a lo que sostiene el Tribunal General, [67] a todos [68] los agentes económicos. [69] Es manifiesto que la medida controvertida únicamente beneficia al conjunto de los agentes económicos que reúnen los requisitos exigidos, [70] es decir, a las empresas que tributan en España y adquieren participaciones en una «sociedad extranjera» y que excluye a los agentes económicos que realizan operaciones análogas, esto es, que adquieren participaciones pero de una sociedad domiciliada en España.

66 — Procede recordar que la medida controvertida se aplicaba a toda adquisición de participaciones de al menos el 5 % en sociedades extranjeras cuya posesión se mantenga de manera ininterrumpida durante al menos un año, sin imponer un importe u otro umbral mínimo de inversión.

67 — Véanse el apartado 52 de la sentencia recurrida Autogrill España/Comisión y el apartado 56 de la sentencia recurrida Banco Santander y Santusa/Comisión.

68 — En mi opinión, el Tribunal General recurre a un sofisma cuando considera que una medida fiscal —en un principio accesible a todas las empresas— no es selectiva cuando dicha medida distingue entre las empresas que realizan transacciones análogas. Además, contrariamente a lo que sostienen WDFG y Banco Santander y Santusa, como se menciona en el punto 61 de estas conclusiones, una medida fiscal no es automáticamente selectiva si no la aplican todas las empresas de un Estado miembro sin excepción, pues no todas esas empresas se encuentran necesariamente en situaciones comparables. Una medida fiscal sólo es selectiva si distingue entre situaciones comparables. Por consiguiente, contrariamente a las observaciones de las coadyuvantes, reproducidas en el punto 71 de estas conclusiones, la aplicación del criterio de selectividad cuando hay discriminación entre contribuyentes en situaciones comparables no pone en peligro el equilibrio institucional entre la Comisión y los Estados miembros, sino que corresponde a la voluntad del poder constituyente que se expresa de conformidad con el tenor del artículo 107 TFUE, apartado 1.

69 — Véanse, por analogía, los puntos 81 y 82 de las Conclusiones que la Abogado General Kokott presentó en el asunto Finanzamt Linz (C-66/14, EU:C:2015:242), donde señala que «el solo hecho de que una disposición tributaria únicamente confiera una ventaja a las empresas que cumplan sus requisitos tampoco permite, según la jurisprudencia, afirmar directamente la selectividad de la norma. Pero por otra parte, es evidente que no siempre se puede negar la selectividad con el argumento de que todos los operadores económicos, sin distinción, pueden acogerse a la ventaja de la disposición siempre que cumplan los requisitos, ya que en ese caso siempre habría que negar la selectividad de la disposición tributaria […] *Por este motivo, la jurisprudencia impone unos requisitos especiales a la apreciación de la selectividad de las ventajas fiscales, y a este respecto es determinante, en definitiva, si los requisitos para acceder a la ventaja han sido elegidos sin carácter discriminatorio conforme a los criterios del sistema tributario nacional.* […]». El subrayado es mío.

70 — Contrariamente a lo que sostienen el Reino de España (véase el punto 62 de estas conclusiones) e Irlanda (véase el apartado 65 de las presentes conclusiones), la medida controvertida no es accesible a cualquier empresa que lleve a cabo transacciones comparables.

93. En efecto, de conformidad con el apartado 42 de la sentencia de 29 de marzo de 2012, 3M Italia (C-417/10, EU:C:2012:184), si bien «el hecho de que sólo puedan beneficiarse de dicha medida los contribuyentes que reúnan esos requisitos no confiere por sí mismo a ésta carácter selectivo», tal medida fiscal es selectiva si distingue entre situaciones o transacciones comparables. [71]

94. Por consiguiente, el criterio de selectividad establecido en el artículo 107 TFUE, apartado 1, se refiere a las medidas fiscales que, con independencia de las técnicas utilizadas, tiene el efecto [72] de imponer una carga fiscal diferenciada a las empresas [73] que se encuentran en una situación factual y jurídica comparable. [74]

95. A este respecto, cabe señalar que el propio Tribunal General declaró en el apartado 47 de la sentencia de 13 de septiembre de 2012, Italia/Comisión (T-379/09, EU:T:2012:422) que «el carácter selectivo de una medida se aprecia en relación con todas las empresas, y no en relación con las empresas beneficiarias de la misma ventaja dentro de un grupo […] Además, el mero hecho de que una medida pueda beneficiar a todos los agentes que reúnen las condiciones establecidas, es decir, determine su ámbito de aplicación con arreglo a criterios objetivos, no demuestra por sí mismo el carácter general de esta medida, ni impide que tenga carácter selectivo […]».

96. De ello se deriva que el hecho de que una medida fiscal no se refiera a ninguna categoría particular de empresas, sino a empresas que realizan una categoría de operaciones económicas, en este caso, operaciones financieras en el extranjero y que no supedita su aplicación a ningún importe mínimo, [75] no reduce en nada la selectividad o el carácter discriminatorio de esa medida, si impone una carga fiscal diferente a las empresas que se encuentran en una situación factual y jurídica comparable y realizan operaciones financieras comparables, pero en sociedades domiciliadas en su mismo Estado miembro.

97. No obsta a esta conclusión el apartado 22 de la sentencia de 19 de septiembre de 2000, Alemania/Comisión (C-156/98, EU:C:2000:467), citada por el Tribunal General en el apartado 60 de la sentencia recurrida Autogrill España/Comisión y en el apartado 64 de la sentencia recurrida Banco Santander y Santusa/Comisión.

71 — Si bien el Tribunal de Justicia ha declarado en efecto, en el apartado 42 de la sentencia de 29 de marzo de 2012, 3M Italia (C-417/10, EU:C:2012:184) que, «el hecho de que sólo puedan beneficiarse de dicha medida los contribuyentes que reúnan esos requisitos no confiere por sí mismo a ésta carácter selectivo», también ha señalado a continuación, en ese mismo apartado 42, que las personas que no pueden acceder a la citada medida no se encontraban en una situación fáctica y jurídica comparable a la de los mencionados contribuyentes respecto del objetivo perseguido por el legislador nacional. Entiendo que, en vista de que, en las sentencias recurridas, el Tribunal General no cuestionó que fueran comparables las adquisiciones de participaciones de una empresa que tributa en España en una «sociedad extranjera» y las adquisiciones de participaciones de una empresa que tributa en España en una sociedad domiciliada en España, la relevancia del apartado 42 de la sentencia de 29 de marzo de 2012, 3M Italia (C-417/10, EU:C:2012:184) es muy limitada para el caso de autos.

72 — El artículo 107 TFUE, apartado 1, no distingue según las causas o los objetivos de las intervenciones estatales, sino que las define en función de sus efectos y, por lo tanto, con independencia de las técnicas utilizadas. Véase la sentencia de 15 de noviembre de 2011, Comisión y España/Government of Gibraltar y Reino Unido (C-106/09 P et C-107/09 P, EU:C:2011:732), apartado 87.

73 — Véase, por analogía, la sentencia de 15 de noviembre de 2011, Comisión y España/Gobierno de Gibraltar y Reino Unido (C-106/09 P y C-107/09 P, EU:C:2011:732), apartado 93.

74 — Contrariamente a lo que sostiene la República Federal de Alemania (véase el punto 66 de las presentes conclusiones), no procede añadir a ese análisis la comprobación de que existe una categoría de contribuyentes favorecidos. De otro modo, las medidas fiscales selectivas que benefician a determinados contribuyentes en perjuicio de otros que se encuentran en una situación comparable se sustraería de inmediato al control en materia de ayudas de Estado por el mero hecho de que esas medidas fiscales hayan «recurrido a otra técnica jurídica aunque produjesen, de Derecho o hecho, los mismos efectos». Véase la sentencia de 15 de noviembre de 2011, Comisión y España/Government of Gibraltar y Reino Unido (C-106/09 P y C-107/09 P, EU:C:2011:732), apartado 92.

75 — En mi opinión, el hecho de que la medida controvertida no supedite su aplicación a ningún importe mínimo no implica que no sea selectiva. La falta de un requisito de aplicación basado en un importe mínimo implica únicamente la falta de un criterio de selectividad basado en el tamaño de las empresas que es, *a priori*, selectivo. Véase, en este sentido, la sentencia de 8 de septiembre de 2011, Comisión/Países Bajos (C-279/08 P, EU:C:2011:551).

98. En efecto, en las sentencias recurridas, al señalar que «el Tribunal de Justicia declaró que una desgravación fiscal establecida en favor de los sujetos pasivos que vendían determinados activos y que podían deducir el beneficio que de ello obtenían *al adquirir participaciones en sociedades de capital con sede en regiones determinadas*, les confería una ventaja que, como medida general aplicable *sin distinción a todos los operadores económicos*, no constituía una ayuda en el sentido de las disposiciones pertinentes del Tratado» [76] el Tribunal General mezcla indebidamente los apartados 22 y 23 de la sentencia de 19 de septiembre de 2000, Alemania/Comisión (C-156/98, EU:C:2000:467) y, por lo tanto, interpreta incorrectamente esa sentencia.

99. Sin embargo, en el apartado 23 de esa sentencia, el Tribunal de Justicia añade que «asimismo debe recordarse que la Decisión impugnada sólo califica de ayuda de Estado la desgravación fiscal concedida […] *en tanto en cuanto favorece a determinadas empresas situadas en los nuevos Estados federados y en Berlín Oeste*, lo que le priva de su carácter de medida general de política fiscal o económica». [77] Por consiguiente, contrariamente a lo que afirma el Tribunal General en las sentencias recurridas, se desprende claramente de los apartados 22 y 23 de la sentencia de 19 de septiembre de 2000, Alemania/Comisión (C-156/98, EU:C:2000:467), que una medida fiscal que confiere una ventaja a determinadas empresas en los nuevos Estados federados y en Berlín Occidental no es una medida general aplicable sin distinción a todos los operadores económicos, sino una medida selectiva en el sentido del artículo 107 TFUE, apartado 1.

100. Además, aun cuando es cierto que en el apartado 104 de la sentencia de 15 de noviembre de 2011, Comisión y España/Government of Gibraltar y Reino Unido (C-106/09 P y C-107/09 P, EU:C:2011:732) el Tribunal de Justicia declaró que, «para que pueda reconocerse que los criterios que constituyen la base imponible adoptados por un sistema fiscal confieren ventajas selectivas, dichos criterios deben también *permitir caracterizar a las empresas beneficiarias en virtud de sus propiedades específicas como una categoría privilegiada*, posibilitando, de ese modo, calificar ese tipo de régimen como un régimen que favorece a "determinadas" empresas o producciones, en el sentido del artículo [107 TFUE], apartado 1», [78] entiendo que esta jurisprudencia no es trasladable al caso de autos.

101. En efecto, existen importantes diferencias entre la situación fáctica del caso de autos —y más concretamente del régimen tributario de que se trata— y la situación de que se trataba en el asunto que dio lugar a la sentencia de 15 de noviembre de 2011, Comisión y España/Government of Gibraltar y Reino Unido (C-106/09 P y C-107/09 P, EU:C:2011:732) que el Tribunal General pasó por alto en las sentencias recurridas.

102. En los apartados 92 y 93 de esa sentencia, el Tribunal de Justicia señaló claramente que la selectividad de la medida fiscal en cuestión no se derivaba de una excepción al régimen tributario «normal», sino de que ese régimen llevaba a cabo, de hecho, una discriminación entre sociedades que se encontraban en una situación comparable. [79] No obstante, el Tribunal de Justicia declaró que los criterios del régimen controvertido, aun cuando eran de carácter general, excluían de inmediato de cualquier tributación a una categoría identificable de empresas, en concreto, las sociedades extraterritoriales. [80] En esas circunstancias particulares, que no concurren en el caso de autos, el Tribunal de Justicia consideró que, si bien la aplicación de un régimen fiscal general no puede bastar, por sí misma, para demostrar la selectividad de una tributación a efectos del artículo 107 TFUE, apartado 1, un régimen general como ese debe ser considerado selectivo cuando cabe identificar una categoría de empresas favorecidas por él. [81]

76 — El subrayado es mío.

77 — El subrayado es mío.

78 — El subrayado es mío.

79 — Sentencia Comisión y España/Government of Gibraltar y Reino Unido (C-106/09 P y C-107/09 P, EU:C:2011:732), apartado 101.

80 — Sentencia Comisión y España/Government of Gibraltar y Reino Unido (C-106/09 P y C-107/09 P, EU:C:2011:732), apartados 101 y 102.

81 — Sentencia Comisión y España/Government of Gibraltar y Reino Unido (C-106/09 P y C-107/09 P, EU:C:2011:732), apartados 103 y 104.

103. Sin embargo, debe recordarse que, en las Decisiones controvertidas, la Comisión consideró que la medida discutida suponía una excepción al régimen fiscal «normal» o de referencia aplicable a las empresas que tributan en España. [82] Por otra parte, el Tribunal General no cuestionó este análisis en las sentencias recurridas. [83]

104. Puesto que la sentencia de 15 de noviembre de 2011, Comisión y España/Government of Gibraltar y Reino Unido (C-106/09 P y C-107/09 P, EU:C:2011:732) se refiere específicamente a una situación en la que no había excepción alguna al régimen normal, y el Tribunal de Justicia había declarado que el régimen normal en cuestión era intrínsecamente y *de facto* discriminatorio, considero que, en las sentencias recurridas, el Tribunal General interpretó y aplicó esa jurisprudencia de forma incorrecta, toda vez que las circunstancias de que se trata en esos asuntos no eran comparables. Por consiguiente, el Tribunal General incurrió en error de Derecho al exigir la identificación de una categoría de empresas favorecidas por la medida controvertida, aun cuando ésta supone una excepción al régimen normal.

105. Además, en el apartado 57 de la sentencia recurrida Autogrill España/Comisión y en el apartado 61 de la sentencia recurrida Banco Santander y Santusa/Comisión, el Tribunal General declaró que se desprendía del apartado 36 de la sentencia de 8 de noviembre de 2001, Adria-Wien Pipeline y Wietersdorfer & Peggauer Zementwerke (C-143/99, EU:C:2001:598), que una medida cuya aplicación era independiente de la naturaleza de la actividad de las empresas no era, *a priori*, selectiva.

106. Considero, de acuerdo con las observaciones de la Comisión, que el Tribunal General interpretó incorrectamente la sentencia de 8 de noviembre de 2001, Adria-Wien Pipeline y Wietersdorfer & Peggauer Zementwerke (C-143/99, EU:C:2001:598) pues aun cuando en el apartado 35 de esa sentencia el Tribunal de Justicia declaró que «una medida estatal que *beneficia indistintamente* a la totalidad de las empresas situadas en el territorio nacional no [podía] constituir una ayuda de Estado» [84] señaló a continuación en el apartado 36 de la misma sentencia que un régimen fiscal no constituía una ayuda cuando se aplicaba a todas las empresas situadas en el territorio nacional, con independencia del objeto de su actividad.

107. Contrariamente a lo que declaró el Tribunal General en el apartado 57 de la sentencia recurrida Autogrill España/Comisión y en el apartado 61 de la sentencia recurrida Banco Santander y Santusa/Comisión, la sentencia de 8 de noviembre de 2001, Adria-Wien Pipeline y Wietersdorfer & Peggauer Zementwerke (C-143/99, EU:C:2001:598), apartados 35 y 36, no permite llegar a la conclusión de que una medida cuya aplicación es independiente de la naturaleza de la actividad o del objeto social de las empresas no sea, *a priori*, selectiva.

108. Esa jurisprudencia [85] confirma simplemente que no es selectivo un régimen fiscal que se aplica, sin distinción, a todas las empresas situadas en el territorio nacional.

109. Sin embargo, basta con recordar que la medida controvertida distingue clara y netamente entre las adquisiciones de participaciones de una empresa que tributa en España en una «sociedad extranjera» y las adquisiciones de participaciones de una empresa que tributa en España en una sociedad domiciliada en España. Al no constar que el Tribunal General comprobara que las empresas

82 — Véanse el apartado 50 de la sentencia recurrida Autogrill España/Comisión y el apartado 54 de la sentencia recurrida Banco Santander y Santusa/Comisión.

83 — Véase el punto 77 de las presentes conclusiones.

84 — El subrayado es mío.

85 — Sentencia de 8 de noviembre de 2001, Adria-Wien Pipeline y Wietersdorfer & Peggauer Zementwerke (C-143/99, EU:C:2001:598), apartados 35 y 36.

que realizan estas operaciones no se encuentran en una situación comparable, entiendo que dicho Tribunal General incurrió en error de Derecho al exigir a la Comisión, para demostrar el carácter selectivo de una medida con arreglo al artículo 107 TFUE, apartado 1, la obligación de determinar un grupo de empresas con características propias.

110. A mi entender, de estas consideraciones se desprende que la primera parte del motivo único invocado por la Comisión es fundada.

B. *Sobre la segunda parte*

1. Alegaciones de las partes

111. En la segunda parte de su motivo único, la Comisión alega que el Tribunal General incurrió en error de Derecho al aplicar la jurisprudencia relativa a las ayudas a la exportación e introdujo una distinción artificial entre las ayudas a la exportación y las ayudas a la exportación de capitales.

112. La Comisión alega que la jurisprudencia del Tribunal de Justicia establece sin ambigüedades que una ayuda a la exportación es selectiva aun cuando la medida favorezca al conjunto de las exportaciones.

113. En primer lugar, la Comisión estima que, en los apartados 73 y 74 de la sentencia recurrida Autogrill España/Comisión y en los apartados 77 y 78 de la sentencia recurrida Banco Santander y Santusa/Comisión, el Tribunal General aplicó incorrectamente las sentencias de 10 de diciembre de 1969, Comisión/Francia (6/69 y 11/69, EU:C:1969:68), apartado 20; de 7 de junio de 1988, Grecia/Comisión (57/86, EU:C:1988:284), apartado 8, y de 15 de julio de 2004, España/Comisión (C-501/00, EU:C:2004:438), apartado 120, al considerar que esa jurisprudencia no versaba sobre la selectividad de la medida en cuestión, sino únicamente sobre el requisito relativo a la repercusión en la competencia y los intercambios contemplada en el artículo 107 TFUE, apartado 1.

114. En segundo lugar, la Comisión reprocha al Tribunal General el haber introducido, en los apartados 79 a 81 de la sentencia recurrida Autogrill España/Comisión y en los apartados 83 a 85 de la sentencia recurrida Banco Santander y Santusa/Comisión, una distinción artificial entre las ayudas a la exportación y las ayudas a la exportación de capitales.

115. Según la Comisión, el Tribunal General afirmó que la categoría de empresas beneficiarias que permitía concluir que la medida en cuestión era selectiva en los asuntos que dieron lugar a las sentencias de 10 de diciembre de 1969, Comisión/Francia (6/69 y 11/69, EU:C:1969:68), apartado 20; de 7 de junio de 1988, Grecia/Comisión (57/86, EU:C:1988:284), apartado 8, y de15 de julio de 2004, España/Comisión (C-501/00, EU:C:2004:438), apartado 120, estaba conformada por las empresas exportadoras. Observa que, según el Tribunal General, esa categoría agrupa a las empresas que pueden distinguirse por características comunes relacionadas con su actividad de exportación. La Comisión considera que, en lo que respecta al requisito de selectividad y, en particular, en lo referente a la identificación de una categoría particular de empresas o producciones que pueden distinguirse por razón de sus características comunes, no existe diferencia alguna entre la exportación de bienes y la exportación de capitales.

116. La Comisión alega que el planteamiento adoptado por el Tribunal General hace caso omiso de la función y la finalidad de la disciplina de las ayudas de Estado desde el punto de vista de la protección del mercado interior. Esta disciplina tiene por objeto, en especial, evitar que los Estados miembros concedan ventajas económicas ligadas específicamente a la exportación de bienes o capitales. Fomentar específicamente la exportación de capitales, por lo demás, podría ocasionar distorsiones en el mercado interior, al igual que ocurriría si se fomentaran específicamente las exportaciones de bienes.

117. En su réplica, la Comisión alega que en modo alguno ha afirmado que las subvenciones a la exportación se encuadraran en un concepto distinto de la selectividad. Esa institución indica que menciona los errores en que incurrió el Tribunal General al interpretar y aplicar la jurisprudencia del Tribunal de Justicia en materia de ayudas a la exportación.

118. WDFG y Banco Santander y Santusa consideran que el Tribunal General interpretó correctamente las sentencias de 10 de diciembre de 1969, Comisión/Francia (6/69 y 11/69, EU:C:1969:68), apartado 20; de 7 de junio de 1988, Grecia/Comisión (57/86, EU:C:1988:284), apartado 8, y de 15 de julio de 2004, España/Comisión (C-501/00, EU:C:2004:438), apartado 120. Respecto a la sentencia de 10 de diciembre de 1969, Comisión/Francia (6/69 y 11/69, EU:C:1969:68), apartado 20, señalan que el control efectuado del concepto de ayuda fue limitado y que lo que se juzgó se refería a la repercusión en los intercambios y en la competencia. Además, según WDFG y Banco Santander y Santusa, la cuestión de la selectividad no fue abordada en la sentencia de 7 de junio de 1988, Grecia/Comisión (57/86, EU:C:1988:284), apartado 8. WDFG y Banco Santander y Santusa consideran que, en los apartados 71 y siguientes de la sentencia recurrida Autogrill España/Comisión y en los apartados 75 y siguientes de la sentencia recurrida Banco Santander y Santusa/Comisión, el Tribunal General recordó el marco de referencia al que se ha de recurrir para valorar si una medida es o no selectiva. Consideran que el Tribunal General señaló que la selectividad debía ser apreciada en el territorio del Estado miembro y que la Comisión estaba obligada a demostrar que la medida beneficiaba a una categoría particular de empresas, con exclusión de otras empresas. Según WDFG y Banco Santander y Santusa, si bien la Comisión efectuó una distinción así en los asuntos que dieron lugar a las sentencias de 10 de diciembre de 1969, Comisión/Francia (6/69 y 11/69, EU:C:1969:68), apartado 20; de 7 de junio de 1988, Grecia/Comisión (57/86, EU:C:1988:284), apartado 8, y de 15 de julio de 2004, España/Comisión (C-501/00, EU:C:2004:438), apartado 120, tal tipo de distinción está totalmente ausente en el caso de autos.

119. WDFG y Banco Santander y Santusa alegan que las ayudas a la exportación, atendiendo al criterio de selectividad, deben ser valoradas de la misma forma que otras ayudas estatales. Consideran que, en las sentencias de 10 de diciembre de 1969, Comisión/Francia (6/69 y 11/69, EU:C:1969:68), apartado 20; de 7 de junio de 1988, Grecia/Comisión (57/86, EU:C:1988:284), apartado 8, y de 15 de julio de 2004, España/Comisión (C-501/00, EU:C:2004:438), apartado 120, el Tribunal de Justicia estimó correctamente que todas las empresas beneficiarias tenían características comunes, al margen de que reunieran los requisitos que les permitían disfrutar de la medida; características que permitían calificarlas como pertenecientes a un sector bien definido de la economía: el sector de la exportación. Se trataba, a su entender, de empresas que producían bienes destinados a la exportación.

120. Sin embargo, según WDFG y Banco Santander y Santusa, recurrían a la medida controvertida empresas de todos los sectores y tamaños, tanto si su producción estaba destinada al mercado nacional como al extranjero, Consideran que la Comisión tuvo numerosas ocasiones, durante el procedimiento administrativo y en primera instancia, de probar la existencia de una categoría de empresas que disfrutaban de la medida controvertida, sin que lo hiciera en ningún momento. Según WDFG y Banco Santander y Santusa, la alegación de la Comisión de que existe una categoría de empresas «exportadoras de capital», que al parecer disfrutan de la medida controvertida es, por consiguiente, una alegación de hecho inadmisible en vía de casación.

121. WDFG y Banco Santander y Santusa consideran que la exportación de bienes y la exportación de capital no son equivalentes, en particular, porque las normas aplicables a los bienes y servicios no son las mismas que se aplican a los capitales. Señalan que todas las empresas disponen de un capital o pueden invertirlo, de tal modo que no parece que se trate de una característica que pueda crear selectividad. Por otra parte, como la propia Comisión reconoció, al parecer, en su Decisión,[86] es evidente que las normas de libre circulación de capitales no prohíben una medida como la controvertida, que trata de manera diferente operaciones (adquisición de participaciones en empresas españolas y adquisición de participaciones en empresas extranjeras) que, aun cuando son realizadas por las mismas empresas (cualquier empresa), también son diferentes.

122. El Reino de España alega que no existe ninguna actividad económica consistente en la exportación de capital. La medida controvertida, a su entender, no favorece a determinadas empresas o producciones, pues no se refiere a la oferta de bienes y servicios en el mercado.

123. Irlanda comparte la opinión de WDFG y la de Banco de Santander y Santusa de que las sentencias invocadas por la Comisión se referían a medidas que favorecían a una categoría identificable de empresas o de productos, en concreto, el sector de la exportación. Los exportadores, al parecer, forman una categoría de empresas que puede ser identificada fácilmente. En cambio, contrariamente a lo que sostiene la Comisión, considera que no existe una categoría uniforme de empresas que «exporten capitales», ya que cualquier empresa que realiza una adquisición en el extranjero «exporta capitales».

124. La República Federal de Alemania afirma que, puesto que la Comisión defiende con carácter subsidiario que la medida discutida es comparable con una medida de ayuda a la exportación de bienes y, por lo tanto, tiene por objeto asimismo la categoría suficientemente delimitada de las empresas exportadoras, esa institución añade *a posteriori* otros motivos a las Decisiones controvertidas, lo cual, a su entender, es inadmisible en fase de casación.

125. La categoría de las empresas exportadoras en cuestión en la jurisprudencia invocada por la Comisión se distingue, al parecer, de las otras empresas precisamente por las características comunes relacionadas con su actividad de exportación que, en su caso, estaba ligada a la realización de inversiones específicas. De este modo, considera que, en la sentencia de 15 de julio de 2004, España/Comisión (C-501/00, EU:C:2004:438), el Tribunal de Justicia no se basó en la realización de inversiones, sino que sólo tuvo en cuenta este criterio entre otros, el primero de los cuales es, de conformidad con el tenor del artículo 107 TFUE, apartado 1, la naturaleza de la «producción» de las empresas beneficiarias, para distinguir este grupo del conjunto de las otras empresas.

2. Análisis

126. En primer lugar, de acuerdo con las alegaciones de la Comisión expuestas en el punto 113 de estas conclusiones, considero que el Tribunal General incurrió en error de Derecho al declarar que las sentencias de 10 de diciembre de 1969, Comisión/Francia (6/69 y 11/69, EU:C:1969:68), apartado 20; de 7 de junio de 1988, Grecia/Comisión (57/86, EU:C:1988:284), apartado 8, y de 15 de julio de 2004, España/Comisión (C-501/00, EU:C:2004:438), apartado 120, no versaban sobre el criterio de selectividad, sino únicamente sobre el requisito establecido en el artículo 107 TFUE, apartado 1, relativo a las repercusiones en la competencia y los intercambios.

127. En el apartado 20 de la sentencia de 10 de diciembre de 1969, Comisión/Francia (6/69 y 11/69, EU:C:1969:68), el Tribunal de Justicia declaró que «un tipo de descuento preferencial aplicable a todos los productos nacionales exportados, concedido por un Estado miembro en favor únicamente de sus productos nacionales exportados con el fin de ayudarles a competir en los restantes Estados miembros

86 — Véanse el apartado 135 de la primera Decisión controvertida y el apartado 160 de la segunda Decisión controvertida.

con los productos originarios de éstos, constituye una ayuda en el sentido del artículo [107 TFUE]». Además, en el apartado 8 de la sentencia de 7 de junio de 1988, Grecia/Comisión (57/86, EU:C:1988:284), el Tribunal de Justicia declaró que un reembolso de intereses que sólo beneficia a los créditos a la exportación era una ayuda de Estado para las empresas de exportación helénicas. Asimismo, en el apartado 10 de la sentencia de 7 de junio de 1988, Grecia/Comisión (57/86, EU:C:1988:284), el Tribunal de Justicia declaró que la medida en cuestión favorecía a determinadas empresas.

128. Debe recordarse que, para que una medida esté comprendida en el ámbito del artículo 107 TFUE, apartado 1, y constituya una ayuda de Estado, debe reunir de forma acumulativa todos los requisitos establecidos por ese precepto. De ello se deriva que el Tribunal de Justicia, al comprobar la existencia de una ayuda de Estado en el apartado 20 de la sentencia de 10 de diciembre de 1969, Comisión/Francia (6/69 y 11/69, EU:C:1969:68) y en el apartado 8 de la sentencia de 7 de junio de 1988, Grecia/Comisión (57/86, EU:C:1988:284), declaró que concurrían todos los requisitos establecidos por el articulo 107 TFUE, apartado 1, incluido el de selectividad.

129. Finalmente, en el apartado 120 de la sentencia de 15 de julio de 2004, España/Comisión (C-501/00, EU:C:2004:438), en respuesta a la observación del Gobierno español según la cual una medida aplicable a todas las empresas solamente puede constituir una ayuda de Estado en el caso de que la Administración nacional disponga de cierta discrecionalidad para su aplicación, [87] el Tribunal de Justicia señaló que esta medida (una deducción fiscal) sólo podía beneficiar a las empresas que tenían actividades de exportación y realizaban determinadas inversiones a las que se refieren las medidas controvertidas. Consideró que esta constatación basta por sí sola para acreditar que esa deducción fiscal cumplía el requisito de especificidad que constituye una de las características del concepto de ayuda estatal, esto es, el carácter selectivo de la ventaja en cuestión.

130. Considero que el Tribunal de Justicia se pronunció efectivamente sobre la selectividad de las medidas fiscales de que se trata en los asuntos que dieron lugar a las sentencias de 10 de diciembre de 1969, Comisión/Francia (6/69 y 11/69, EU:C:1969:68), apartado 20; de 7 de junio de 1988, Grecia/Comisión (57/86, EU:C:1988:284), apartado 8, y de 15 de julio de 2004, España/Comisión (C-501/00, EU:C:2004:438), apartado 120.

131. En segundo lugar, respecto a la observación de la Comisión de que el Tribunal General incurrió en error de Derecho al introducir una distinción entre las ayudas a la exportación de bienes y las ayudas a la exportación de capitales, debe recordarse que el criterio de selectividad se refiere a la existencia o no de una discriminación, esto es, un gravamen fiscal diferenciado de las empresas que, en relación con el objetivo asignado al régimen tributario de ese Estado miembro, se encuentran en una situación factual y jurídica comparable, y ello sin justificación. De ello se desprende que, aun en el supuesto de que la medida fiscal de que se trate se aplique con independencia del sector, debe aplicarse el análisis en tres etapas descrito en los puntos 73 a 75 de estas conclusiones, con objeto de determinar si esa medida tiene carácter selectivo.

132. Por consiguiente, considero poco relevante saber si el Tribunal General distinguió de manera artificial entre exportación de bienes y exportación de capitales, como pretende la Comisión, ya que, para que una medida fiscal sea clasificada como selectiva, no es necesario demostrar que se aplica a un sector específico o a una categoría de empresas con características propias. [88]

133. De lo anterior se deduce que la segunda parte de su único motivo se basa en una premisa errónea.

87 — Véase la sentencia de 15 de julio de 2004, España/Comisión (C-501/00, EU:C:2004:438), apartado 96.

88 — Véanse los puntos 83 y 84 de las presentes conclusiones.

134. En consecuencia, considero que procede rechazar la segunda parte del motivo único por infundada.

C. *Consideraciones adicionales*

135. Además, contrariamente a lo que declaró el Tribunal General en los apartados 79 a 83 de la sentencia recurrida Autogrill España/Comisión y en los apartados 83 a 86 de la sentencia recurrida Banco Santander y Santusa/Comisión, en mi opinión, no existe la denominada «categoría de empresas exportadoras». Las sentencias de 10 de diciembre de 1969, Comisión/Francia (6/69 y 11/69, EU:C:1969:68), apartado 20; de 7 de junio de 1988, Grecia/Comisión (57/86, EU:C:1988:284), apartado 8, y de 15 de julio de 2004, España/Comisión (C-501/00, EU:C:2004:438), apartado 120, se refieren simplemente a medidas que fomentaban las exportaciones y no a una categoría de empresas identificables *ex ante*.

136. A mi entender, al igual que en el caso de las inversiones o la adquisición de participaciones en empresas extranjeras, cualquier empresa que opere en un mercado nacional puede exportar bienes o servicios aun cuando no esté predispuesta a hacerlo. Las empresas que invierten en el extranjero o las que exportan bienes o servicios, en mi opinión, no tienen características propias y no forman una categoría delimitada e identificable.

137. De conformidad con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia en las sentencias de 10 de diciembre de 1969, Comisión/Francia (6/69 y 11/69, EU:C:1969:68), apartado 20; de 7 de junio de 1988, Grecia/Comisión (57/86, EU:C:1988:284), apartado 8, y de 15 de julio de 2004, España/Comisión (C-501/00, EU:C:2004:438), apartado 120, considero que una medida fiscal es selectiva desde el momento en que beneficia a las empresas que realizan operaciones transfronterizas y no a las empresas que realizan las operaciones comparables a escala nacional.[89] En mi opinión, tal medida fiscal resulta especialmente perjudicial para el mercado interior, por cuanto crea una distorsión inmediata de los intercambios entre Estados miembros. He de señalar a este respecto que lo dispuesto en el Tratado FUE sobre las ayudas otorgadas por los Estados tiene por objeto, en especial, impedir que un Estado miembro pueda favorecer a las empresas que realizan actividades transfronterizas.[90] Estas normas constituyen, por lo tanto, el «reverso de la medalla» o el «espejo», como se dijo en la vista, de las disposiciones del Tratado FUE sobre la libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales, con objeto de prevenir el establecimiento de obstáculos a las actividades transfronterizas.

138. De lo anterior resulta que las medidas fiscales que favorecen a las empresas que exportan capital desde un Estado miembro en perjuicio de otras que, en una situación comparable, invierten en el territorio nacional[91] son selectivas, de conformidad con las sentencias de 10 de diciembre de 1969, Comisión/Francia (6/69 y 11/69, EU:C:1969:68), apartado 20; de 7 de junio de 1988, Grecia/Comisión (57/86, EU:C:1988:284), apartado 8, y de 15 de julio de 2004, España/Comisión (C-501/00, EU:C:2004:438), apartado 120, en el sentido de lo dispuesto en el artículo 107 TFUE, apartado 1.

139. Por estas razones, el Tribunal General incurrió en error de Derecho al declarar, en el apartado 81 de la sentencia recurrida Autogrill España/Comisión y en el apartado 85 de la sentencia recurrida Banco Santander y Santusa/Comisión que «la jurisprudencia [derivada de las sentencias de 10 de diciembre de 1969, Comisión/Francia (6/69 y 11/69, EU:C:1969:68), apartado 20; de 7 de junio de 1988, Grecia/Comisión (57/86, EU:C:1988:284), apartado 8, y de 15 de julio de 2004,

89 — En el apartado 154 de la segunda Decisión controvertida se expone que «[…] la medida controvertida pretende favorecer la exportación de capital desde España, para reforzar la posición de las empresas españolas en el extranjero, mejorando así la competitividad de los beneficiarios del régimen». Véase, asimismo, el apartado 129 de la primera Decisión controvertida.

90 — Véase, en este sentido, la sentencia de 7 de julio de 2009, Comisión/Grecia (C-369/07, EU:C:2009:428), apartado 119.

91 — Y que se encuentran en una situación fáctica y jurídica comparable.

España/Comisión (C-501/00, EU:C:2004:438), apartado 120] relativa a las empresas que se dedican a la exportación, no [permitía] pues concluir que los tribunales de la Unión hayan admitido que una medida fiscal pueda calificarse de selectiva sin que se haya identificado una categoría particular de empresas o de producciones que puedan distinguirse por características específicas».

VI. **Conclusión**

140. Habida cuenta de las consideraciones precedentes, propongo al Tribunal de Justicia que:

— Anule la sentencia del Tribunal General de 7 de noviembre de 2014, Autogrill España/Comisión (T-219/10, EU:T:2014:939), por la que anuló el artículo 1, apartado 1, y el artículo 4 de la Decisión 2011/5 de la Comisión, de 28 de octubre de 2009, relativa a la amortización fiscal del fondo de comercio financiero para la adquisición de participaciones extranjeras C 45/07 (ex NN 51/07, ex CP 9/07) aplicada por España (DO 2011, L 7, p. 48).

— Anule la sentencia del Tribunal General de 7 de noviembre de 2014, Banco Santander y Santusa/Comisión (T-399/11, EU:T:2014:938), por el que anuló el artículo 1, apartado 1, y el artículo 4 de la Decisión 2011/282/UE de la Comisión, de 12 de enero de 2011, relativa a la amortización del fondo de comercio financiero para la adquisición de participaciones extranjeras C 45/07 (ex NN 51/07, ex CP 9/07) aplicada por España (DO 2011, L 135, p. 1).

— Devuelva el asunto al Tribunal General.

— Reserve la decisión sobre las costas.