SENTENCIA DEL TRIBUNAL GENERAL (Sala Quinta)

de 1 de julio de 2010 *

En el asunto T-335/08,

BNP Paribas, con domicilio social en París,

Banca Nazionale del Lavoro SpA (BNL), con domicilio social en Roma,

representadas por los Sres. R. Silvestri, G. Escalar y M. Todino, abogados,

partes demandantes,

contra

Comisión Europea, representada por el Sr. V. Di Bucci y la Sra. E. Righini, en calidad de agentes,

parte demandada,

* Lengua de procedimiento: italiano.

que tiene por objeto una petición de anulación de la Decisión 2008/711/CE de la Comisión, de 11 de marzo de 2008, relativa a la ayuda estatal C 15/07 (ex NN 20/07), ejecutada por Italia, en relación con los incentivos fiscales en favor de determinadas entidades de crédito que son objeto de reorganización (DO L 237, p. 70),

EL TRIBUNAL GENERAL (Sala Quinta),

integrado por el Sr. M. Vilaras (Ponente), Presidente, y los Sres. M. Prek y V.M. Ciucă, Jueces;

Secretaria: Sra. T. Weiler, administradora;

habiendo considerado los escritos obrantes en autos y celebrada la vista el 21 de enero de 2010;

dicta la siguiente

Sentencia

Antecedentes del litigio

Normativa italiana controvertida

1 En 1990, según el Derecho italiano, la aportación de una rama de actividad era fiscalmente equiparable a una venta de activos y, como tal, conllevaba el pago del impuesto de sociedades sobre la diferencia entre el valor corriente de los activos aportados y el valor fiscal de éstos.

2 Con el fin de racionalizar la actividad bancaria en Italia y, en particular, de permitir que las entidades públicas del sector bancario adoptaran la forma jurídica de sociedades anónimas, considerada la más adecuada, la legge nº 218 su disposizione in materia di ristrutturazione e integrazione patrimoniale degli istituti di credito di diritto pubblico (Ley nº 218 que establece disposiciones en materia de reestructuración y fortalecimiento patrimonial de las entidades de crédito de Derecho público), de 30 de julio de 1990 (GURI nº 182, de 6 de agosto de 1990; en lo sucesivo, «Ley

218/1990») introdujo un régimen especial destinado a facilitar las aportaciones de activos bancarios inmovilizados y de otro tipo de activos bancarios, mantenidos por dichas entidades públicas, a entidades de crédito privadas existentes o recientemente creadas (artículo 1 y artículo 7, apartado 2, de la Ley 218/1990).

3 En virtud de ese régimen, las plusvalías realizadas en la aportación de activos por una entidad de crédito pública a una entidad de crédito privada, a cambio de acciones de dicha entidad de crédito privada, sólo se reconocía fiscalmente por un 85 % de su valor y, por tanto, no se gravaba hasta su efectiva realización, ya fuera por la distribución por la entidad transmitente a sus socios, en forma de dividendos, de la reserva contable obligatoriamente constituida por ella (correspondiente a la diferencia entre el valor de las acciones recibidas registrado en su balance y el valor fiscal de los activos aportados), o por la cesión por la entidad transmitente de las acciones recibidas, o incluso por la cesión, por la sociedad beneficiaria de las aportaciones, de los activos aportados.

4 En cambio, la entidad transmitente quedaba inmediatamente gravada por el 15 % restante de la plusvalía realizada en la aportación, al tipo ordinario del impuesto de sociedades. Ese 15 % de la plusvalía, a la vez que se gravaba, era imputable como incremento del valor fiscal de las acciones recibidas a cambio de la aportación y del valor fiscal de los activos aportados, en las respectivas contabilidades de la entidad transmitente y de la sociedad beneficiaria de la aportación.

5 Ese régimen de neutralidad fiscal parcial introducido por la Ley 218/1990 implicaba, en consecuencia, un doble desajuste de los valores fiscales respecto de los valores contables, es decir, un desajuste de los valores fiscales tanto en los activos aportados (contabilidad de la sociedad beneficiaria) como en las acciones recibidas a cambio (contabilidad de la entidad transmitente). Mientras que los valores contables de los activos aportados y de las acciones recibidas a cambio correspondían al valor

corriente de dichos activos en la fecha de la aportación, los valores fiscales de dichos activos y acciones eran iguales al valor fiscal de los activos cuando éstos eran propiedad de la entidad transmitente, incrementado por el 15 % de la plusvalía realizada y gravada inmediatamente.

6 El artículo 2 de la legge nº 489 su proroga del termine di cui all'articolo 7, comma 6, della legge 30 luglio 1990, nº 218, recante disposizioni per la ristrutturazione e la integrazione del patrimonio degli istituti di credito di diritto pubblico, nonche'altre norme sugli istituti medesimi (Ley nº 489 por la que se prorroga el plazo señalado en el artículo 7, apartado 6, de la Ley nº 218/90), de 26 de noviembre de 1993 (GURI nº 284, de 3 de diciembre de 1993), impuso a las entidades bancarias públicas cuyo fondo de dotación pertenecía en su totalidad o en su mayoría al Estado la obligación de adoptar, hasta el 30 de junio de 1994, a más tardar, la forma de sociedades anónimas, con las condiciones establecidas por la Ley 218/1990.

7 Junto con el régimen de neutralidad fiscal parcial establecido por la Ley 218/1990, cuyo objetivo concreto era reorganizar el sector bancario público italiano, la República Italiana, mediante el decreto legislativo nº 544 su attuazione della direttiva del Consiglio 90/434/CEE relativa al regime fiscale comune da applicare alle fusioni, alle scissioni, ai conferimenti d'attivo ed agli altri scambi concernenti societa' di Stati membri diversi (Decreto Legislativo nº 544 por el que se adapta el Derecho interno a la Directiva 90/434/CE), de 30 de diciembre de 1992 (GURI nº 9, de 13 de enero de 1993), adaptó su Derecho interno a la Directiva 90/434/CEE del Consejo, de 23 de julio de 1990, relativa al régimen fiscal común aplicable a las fusiones, escisiones, aportaciones de activos y canjes de acciones realizados entre sociedades de diferentes Estados miembros (DO L 225, p. 1). El objetivo de esa Directiva era, mediante el establecimiento de un régimen fiscal común, acabar con las distorsiones de la competencia derivadas de las legislaciones nacionales y facilitar las operaciones de reorganización entre sociedades de Estados miembros distintos, evitando una imposición con ocasión de la ejecución de dichas operaciones, a la vez que salvaguardar los intereses económicos de los Estados miembros afectados (considerandos 1 a 6 de la Directiva 90/434).

8 La Directiva 90/434 y la normativa italiana por la que se adapta a ella el Derecho interno establecían un régimen de neutralidad fiscal comparable al de la Ley 218/1990, excepto en que instauraban una neutralidad fiscal total que implicaba que no se gravaba inmediatamente una parte de la plusvalía realizada y que no se producía un doble desajuste de los valores fiscales respecto de los valores contables, es decir, tanto en las acciones recibidas como en los activos aportados, sino sólo un desajuste de los valores fiscales en los activos aportados, es decir, sólo en la contabilidad de la sociedad beneficiaria de las aportaciones.

9 Mediante el artículo 23 del decreto legislativo nº 41 su misure urgenti per il risanamento della finanza pubblica e per l'occupazione nelle aree depresse (Decreto Legislativo nº 41 relativo a las medidas de urgencia para el saneamiento de las cuentas públicas y para el empleo en las regiones desfavorecidas), de 23 de febrero de 1995 (GURI nº 45, de 23 de febrero de 1995; en lo sucesivo, «Decreto Legislativo 41/1995»), el legislador italiano reconoció por primera vez, a las sociedades beneficiarias de aportaciones de activos efectuadas en virtud de la Ley 218/1990, la facultad de reajustar el valor fiscal de los activos aportados y de las acciones recibidas por las entidades transmitentes, a los valores contables superiores de dichos activos y acciones, eliminando con ello los desajustes de los valores fiscales y liberando de la suspensión del impuesto a la reserva obligatoria constituida en la contabilidad de la entidad transmitente. Tal reajuste estaba supeditado al pago, por la sociedad beneficiaria de las aportaciones, de un impuesto sustitutivo con un tipo del 14 % para el reajuste del valor fiscal sólo de los activos recibidos como aportación, o del 18 % para el reajuste del valor fiscal tanto de tales activos como de las acciones recibidas por la entidad transmitente. La facultad de reajuste, de ejercerse, debía afectar a todos los activos aportados en el marco de la reorganización efectuada en virtud de la Ley 218/1990, sin poder extenderse a otros activos cuyo valor fiscal era inferior al valor contable.

10 Dado que la Directiva 90/434 sólo se aplicaba a la reorganización de sociedades de Estados miembros diferentes, la República Italiana, mediante el Decreto legislativo nº 358 su riordino delle imposte sui redditi applicabili alle operazioni di cessione e conferimento di aziende, fusione, scissione et permuta di partecipazioni (Decreto Legislativo nº 358 mediante el que se reorganizan los impuestos sobre la renta que se aplican a las operaciones de cesión y transmisión de empresas, fusión, escisión y

canje de participaciones), de 8 de octubre de 1997 (GURI nº 249, de 24 de octubre de 1997; en lo sucesivo, «Decreto Legislativo 358/1997»), extendió, de modo autónomo, el régimen de la neutralidad fiscal a las reorganizaciones de sociedades situadas en el territorio nacional, a la vez que propuso a los operadores una solución alternativa de gravamen inmediato de la plusvalía.

11 El régimen de neutralidad fiscal estaba previsto en el artículo 4 del Decreto Legislativo 358/1997. Con arreglo a ese régimen, la aportación de los activos de una rama de actividad entre sociedades situadas en el territorio italiano era fiscalmente neutra, siempre que a las acciones recibidas por la sociedad transmitente se les atribuyera el valor fiscal de los activos aportados y a los activos recibidos se les reconociera el valor fiscal que tenían cuando eran propiedad de la sociedad transmitente (régimen de neutralidad fiscal de la aportación).

12 En consecuencia, ese régimen de neutralidad fiscal del artículo 4 del Decreto Legislativo 358/1997 provocaba, al igual que el régimen de la Ley 218/1990, un doble desajuste de los valores fiscales respecto de los valores contables, es decir, tanto en los activos aportados (contabilidad de la sociedad beneficiaria de las aportaciones) como en las acciones recibidas a cambio de dichos activos (contabilidad de la sociedad transmitente).

13 Como solución alternativa de gravamen inmediato de la plusvalía, el artículo 3 del Decreto Legislativo 358/1997 preveía el pago, en el momento de la reorganización, de un impuesto sustitutivo del 19 % de la plusvalía realizada. Debido a ese reconocimiento fiscal de la plusvalía, no se producían desajustes entre los valores fiscales y los valores contables de los activos (régimen de neutralidad contable de la aportación).

14 Mediante la legge nº 342 su misure in materia fiscale (Ley nº 342 de medidas en materia fiscal), de 21 de noviembre de 2000 (suplemento ordinario a la GURI nº 276, de 25 de noviembre de 2000; en lo sucesivo, «Ley 342/2000»), el legislador italiano introdujo tres regímenes de carácter temporal.

15 Un primer régimen, derivado del artículo 10 de la Ley 342/2000, contemplaba la revalorización de determinados activos de las empresas. Ese artículo permitía a las empresas «revalorizar los activos materiales e inmateriales, excepto aquellos a cuya producción o intercambio está orientada la actividad de la empresa, así como las participaciones en sociedades controladas o en sociedades vinculadas en el sentido del artículo 2359 del Código civil, cuando dichas participaciones constituyen inmovilizado, tal como aparecen en el balance del ejercicio cerrado el 31 de diciembre de 1999 como máximo».

16 Según el artículo 12 de la Ley 342/2000, ese régimen de revalorización obligaba a pagar, sobre los valores superiores registrados en el balance como consecuencia de la revalorización, un impuesto sustitutivo de un tipo del 19 % para los activos amortizables y del 15 % para los activos no amortizables.

17 Un segundo régimen, derivado del artículo 14 de la Ley 342/2000, contemplaba, por lo que respecta a los activos mencionados en el artículo 10 de la Ley 342/2000, el reajuste de los valores fiscales a los valores contables mayores registrados en el balance. De este modo, el artículo 14 disponía que «podrá aplicarse lo dispuesto por el artículo 12 al reconocimiento, a efectos del impuesto sobre la renta de las personas físicas, del impuesto de sociedades y del impuesto regional sobre las actividades productivas, de los valores mayores, registrados en el balance a que se refiere el artículo 10 [...], de los activos mencionados en dicho artículo 10».

18 La revalorización en virtud del artículo 10 de la Ley 342/2000, que es una operación contable acompañada de un efecto fiscal, y el reajuste en virtud del artículo 14 de dicha Ley, que es una operación de naturaleza fiscal, daban lugar, combinados, a una revalorización denominada «fiscal» consistente en la revalorización de los valores contables registrados en el balance a los valores corrientes y en el ajuste de los valores fiscales desajustados a los valores contables revalorizados de ese modo.

19 Un tercer régimen contemplaba el reajuste de los valores fiscales a los valores contables registrados en el balance de las sociedades afectadas por reorganizaciones efectuadas en virtud de la Ley 218/1990 o del artículo 4 del Decreto Legislativo 358/1997. A este respecto, los artículos 17 a 19 de la Ley 342/2000 establecían:

«*Artículo 17*

1. Las sociedades destinatarias de las aportaciones previstas por el artículo 7, apartados 2 y 5, de la [Ley 218/1990] [...] podrán aplicar un impuesto [sustitutivo], a un tipo del 19 %, a la diferencia entre el valor de los bienes recibidos como consecuencia de dichas aportaciones y su valor reconocido fiscalmente. Como valor de los bienes deberá considerarse el que resulte del balance del ejercicio cerrado antes de la fecha de entrada en vigor de la presente Ley.

2. La diferencia sujeta al impuesto sustitutivo a que se refiere el apartado 1 se reconocerá como coste fiscal de los bienes y podrá imputárseles a partir del ejercicio siguiente al indicado en el apartado 1. Esa misma diferencia se reconocerá como coste fiscal de las acciones recibidas por la sociedad u organismo transmitente hasta el límite del valor de éstas en el balance del ejercicio o del período de gestión en curso en la fecha de cierre del ejercicio indicado en el apartado 1. Consiguientemente, las

reservas o fondos constituidos en contrapartida de los valores mayores registrados en el momento de la aportación estarán sujetos al impuesto por idéntico valor [...]

3. Las sociedades indicadas en el apartado 1 podrán aplicar, en vez del impuesto sustitutivo al que se refiere ese mismo apartado, un impuesto sustitutivo del 15 %. En tal caso, la diferencia sujeta al impuesto sustitutivo no se reconocerá fiscalmente a la sociedad u organismo transmitente.

[...]

5. La aplicación del impuesto sustitutivo deberá solicitarse en la declaración de ingresos del período impositivo en curso en el momento de entrada en vigor de la presente Ley. El impuesto sustitutivo deberá abonarse en un máximo de tres plazos anuales de importe idéntico [...]

Artículo 18

1. Por lo que respecta a las sociedades que efectuaron operaciones de aportación en el sentido del artículo 7, apartado 5, de la [Ley 218/1990], la diferencia entre el valor de las acciones recibidas y su valor fiscalmente reconocido se considerará realizada siempre y cuando se grave, en las condiciones y plazos previstos en el artículo 17, con un impuesto sustitutivo [...] del 19 %. Se considerará como valor de las acciones el que resulte del balance del último ejercicio cerrado antes de la entrada en vigor de la presente Ley.

2. Se reconocerá como coste fiscal de las acciones recibidas la diferencia sujeta al impuesto sustitutivo en el sentido del apartado 1. Las reservas o fondos constituidos como contrapartida de los valores mayores registrados en el momento de la aportación se considerarán sujetos al impuesto en un importe equivalente a dicha diferencia, una vez deducido el impuesto sustitutivo. Esa diferencia no se reconocerá como coste fiscal a las sociedades beneficiarias de las aportaciones [...]

Artículo 19

El artículo 17 también se aplicará a los sujetos destinatarios de las aportaciones previstas por el artículo 4, apartado 1, del [Decreto Legislativo 358/1997].»

20 El artículo 20 de la Ley 342/2000 fijaba normas detalladas en relación con el impuesto sustitutivo que debía pagarse por las plusvalías y el crédito fiscal correspondiente en favor de los accionistas que recibieran dividendos derivados de plusvalías reconocidas.

21 Mediante el artículo 3, apartado 1, de la legge nº 448 su disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato (legge finanziaria 2002) [Ley nº 448 relativa al presupuesto anual y plurianual del Estado (Ley de Presupuestos de 2002)], de 28 de diciembre de 2001 (suplemento ordinario a la GURI nº 301, de 29 de diciembre de 2001; en lo sucesivo, «Ley 448/2001»), el legislador italiano extendió la aplicabilidad de los regímenes de revalorización y reajuste de los artículos 10 y 14 de la Ley 342/2000 a los bienes que figuraran en el balance del ejercicio cerrado antes del 31 de diciembre de 2000, mediante el pago del impuesto sustitutivo a los tipos, no modificados, del 19 % para los activos amortizables y del 15 % para los activos no amortizables.

22 Mediante el artículo 3, apartado 11, de la Ley 448/2001, el legislador italiano extendió la aplicabilidad del régimen de reajuste previsto por los artículos 17 a 19 de la Ley 342/2000 a los bienes que figuraran en el balance del ejercicio en curso a 31 de diciembre de 2001 y fijó los tipos del impuesto sustitutivo en el 12 % y en el 9 %, en función del alcance del reajuste considerado.

23 El sistema fiscal italiano del impuesto de sociedades fue reformado en 2003 por el decreto legislativo nº 344 su riforma dell'imposizione sul reddito delle societa' a norma dell'articolo 4 della legge 7 aprile 2003, nº 80 (Decreto Legislativo nº 244 por el que se reforma el impuesto de sociedades conforme al artículo 4 de la Ley nº 80, de 7 de abril de 2003), de 12 de diciembre de 2003 (suplemento ordinario a la GURI nº 291, de 16 de diciembre de 2003).

24 Mediante la legge nº 350 su disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato (legge finanziaria 2004) [Ley nº 350 relativa al presupuesto anual y plurianual del Estado (Ley de Presupuestos de 2004)] (suplemento ordinario a la GURI nº 299, de 27 de diciembre de 2003; en lo sucesivo, «Ley 350/2003»), el legislador italiano extendió más aún la aplicabilidad de los regímenes de revalorización y de reajuste de la Ley 342/2000.

25 El artículo 2, apartado 25, de la Ley 350/2003 establece:

«En el artículo 10 [de la Ley 342/2000], la parte de la frase "cerrado el 31 de diciembre de 1999 como máximo" quedará remplazada por "cerrado el 31 de diciembre de 2002 como máximo". El impuesto sustitutivo debido sobre la base de las disposiciones contempladas en el presente apartado deberá abonarse en tres anualidades dentro del plazo de pago de la cuota de los impuestos sobre la renta, respectivamente según los siguientes importes: 50 % en 2004, 25 % en 2005 y 25 % en 2006.»

26 Por tanto, esa disposición modificó el artículo 10 de la Ley 342/2000, permitiendo a las empresas recurrir al mecanismo de la revalorización voluntaria para los activos que figuraban en el balance del ejercicio cerrado como máximo el 31 de diciembre de 2002.

27 Dicha disposición también autorizó a las empresas a beneficiarse del régimen de reajuste previsto por el artículo 14 de la Ley 342/2000. En efecto, el artículo 14 les otorgaba la facultad de beneficiarse del régimen de reajuste para los activos que podían ser objeto del mecanismo de revalorización establecido por el artículo 10 de la Ley 342/2000. En consecuencia, se autorizó a todas las empresas a eliminar los desajustes entre el valor fiscal y el valor contable de los activos, mediante el pago de un impuesto sustitutivo del 19 % por el reajuste de los activos amortizables y del 15 % por el reajuste de los activos no amortizables.

28 El artículo 2, apartado 26, de la Ley 350/2003 establece:

«Los artículos 17, 18 y 20 de la [Ley 342/2000] también pueden aplicarse a los bienes que figuren en el balance del ejercicio en curso a 31 de diciembre de 2003. En ese caso, el tipo del impuesto sustitutivo del 19 % pasará al 12 % y el del 15 % al 9 %. El impuesto sustitutivo debido según las disposiciones contempladas en el presente apartado deberá abonarse en tres anualidades, sin intereses, dentro del plazo de pago de la cuota de los impuestos sobre la renta, respectivamente según los siguientes importes: 50 % en 2004, 25 % en 2005 y 25 % en 2006. La aplicación del impuesto sustitutivo deberá solicitarse en la declaración de ingresos del período impositivo en que se efectúa la modificación de los valores.»

29 Esta disposición, que prolongó la aplicabilidad de los artículos 17, 18 y 20 de la Ley 342/2000 y situó los tipos del impuesto sustitutivo en el 12 % y el 9 %, en función del alcance del reajuste, no prolongó la aplicabilidad del artículo 19 de dicha Ley, relativo a la posibilidad de reajuste para las aportaciones de sociedades efectuadas bajo el régimen de neutralidad fiscal en virtud del artículo 4 del Decreto Legislativo 358/1997.

Procedimiento administrativo previo y Decisión impugnada

30 La Comisión Europea, tras haber llevado a cabo un examen preliminar del artículo 2, apartado 26, de la Ley 350/2003 y al considerar que esa disposición parecía comportar una ayuda de Estado incompatible con el mercado común, comunicó a la República Italiana, mediante escrito de 30 de mayo de 2007, su decisión de iniciar el procedimiento de investigación formal previsto en el artículo 88 CE, apartado 2 (en lo sucesivo, «decisión de apertura»). Dicha decisión fue publicada en el *Diario Oficial de la Unión Europea* de 7 de julio de 2007 (DO C 154, p. 15).

31 En respuesta a la invitación hecha a la República Italiana y a las partes interesadas, en la decisión de apertura, para que presentaran observaciones, la Comisión recibió las observaciones de la República Italiana y, en particular, del grupo bancario Paribas, del que forma parte la Banca Nazionale del Lavoro SpA (BNL).

32 El 11 de marzo de 2008, la Comisión adoptó la Decisión 2008/711/CE relativa a la ayuda estatal C 15/07 (ex NN 20/07), ejecutada por Italia, en relación con los incentivos fiscales en favor de determinadas entidades de crédito que son objeto de reorganización (DO L 237, p. 70; en lo sucesivo, «Decisión impugnada»).

33 En la Decisión impugnada, la Comisión, tras describir las normas de tributación de las plusvalías en el sistema fiscal italiano (considerandos 13 a 56 de la Decisión impugnada), el procedimiento administrativo y las observaciones de la República Italiana y de las partes interesadas (considerandos 57 a 79 de la Decisión impugnada), examinó el artículo 2, apartado 26, de la Ley 350/2003 en relación con las normas en materia de ayudas de Estado.

34 La Comisión, tras haber señalado que se cumplía el requisito de la existencia de una ayuda de Estado, relativo a la utilización de recursos estatales (considerando 81 de la Decisión impugnada), verificó el requisito de la existencia de una ventaja selectiva y su justificación, habida cuenta de la naturaleza del sistema (considerandos 82 a 107 de la Decisión impugnada).

35 En ese marco, la Comisión recordó su postura según la cual los regímenes de neutralidad fiscal establecidos por la Ley 218/1990 y por el artículo 4 del Decreto Legislativo 358/1997 no constituían ayudas de Estado, pues, según ella, el diferimiento del impuesto relativo a la neutralidad fiscal se justificaba por la lógica del sistema fiscal (considerandos 82 a 86 de la Decisión impugnada).

36 En cuanto al régimen de reajuste del artículo 2, apartado 26, de la Ley 350/2003, la Comisión consideró que por el incremento del valor fiscal a que daba derecho debería haberse pagado el impuesto ordinario de sociedades, si no existiera un impuesto sustitutivo especial como el controvertido en el caso de autos. La Comisión sostuvo que el establecimiento de un impuesto sustitutivo –con un tipo reducido– podría justificarse, en principio, como medida técnica destinada a facilitar el reconocimiento fiscal de las plusvalías (considerando 87, frases primera y última, de la Decisión impugnada).

37 La Comisión añadió, sin embargo, que tal reajuste fiscal preferencial sólo puede justificarse si es objetivamente aplicable, en las mismas condiciones, a todos los reconocimientos fiscales de plusvalías similares, como las que resultan de reorganizaciones no contempladas en la Ley 218/1990, incluidas las reorganizaciones de otras entidades de crédito (considerando 88 de la Decisión impugnada).

38 La Comisión consideró que los reajustes previstos por las Leyes 342/2000 y 448/2001, accesibles mediante el pago de un impuesto sustitutivo aplicado en las mismas condiciones a todas las empresas que opten por reconocer las plusvalías históricas realizadas pero temporalmente no reconocidas en aplicación de la Ley 218/1990 y del Decreto Legislativo 358/1997, eran medidas fiscales generales justificadas por la lógica del sistema fiscal y, por tanto, no constituían ayudas estatales (considerando 89 de la Decisión impugnada).

39 En cambio, la Comisión estimó que el reajuste fiscal previsto en el artículo 2, apartado 26, de la Ley 350/2003, no constituía una medida general porque era aplicable exclusivamente a las plusvalías realizadas por determinadas entidades de crédito como consecuencia de las reorganizaciones efectuadas con arreglo a la Ley 218/1990 (considerandos 90 y 93 de la Decisión impugnada).

40 La Comisión consideró que ese régimen fiscal concedía una ventaja equivalente a la diferencia entre el impuesto efectivamente pagado para reajustar el valor de los activos y el impuesto ordinario que se habría pagado si se hubiera realizado el mismo reajuste en ausencia del artículo 2, apartado 26, de la Ley 350/2003 (considerando 91 de la Decisión impugnada) y añadió que el impuesto sustitutivo se abonaba en tres pagos fraccionados sin intereses, mientras que el impuesto ordinario habría sido íntegramente exigible en 2004 (considerando 92 de la Decisión impugnada).

41 La Comisión se remitió a las observaciones de las partes interesadas según las cuales, en primer lugar, ningún beneficiario del régimen controvertido habría estado dispuesto a reajustar los valores de sus activos si al hacerlo hubiera tenido que someterse al impuesto ordinario, en segundo lugar, las sociedades que no fueron objeto de reorganizaciones de acuerdo con la Ley 218/1990 se beneficiaron del régimen implícito de reajuste fiscal del artículo 2, apartado 25, de la Ley 350/2003, según las modalidades generales, básicamente equivalentes, previstas en el artículo 14 de la Ley 342/2000 y, en tercer lugar, los impuestos pagados en el momento de las aportaciones originarias deberían ser tenidos en cuenta, con la consecuencia de que, en realidad, no habría ninguna ventaja (considerandos 94 y 95 de la Decisión impugnada).

42 La Comisión «est[aba] convencida de que el régimen del artículo 2, [apartado] 25, de la Ley 350/2003, no constitu[ía] un reajuste fiscal de los valores no ajustados resultantes de reorganizaciones fiscalmente neutras, sino un régimen de revalorización fiscal que […] permit[ía] realizar plusvalías ocultas derivadas de la adaptación del valor fiscal al valor corriente de los activos mantenidos por la sociedad beneficiaria» y «consider[ó] que los dos regímenes no [eran] comparables, y también que el régimen de revalorización fiscal del artículo 2, [apartado] 25, de la Ley 350/2003, no [era] equivalente al régimen de reajuste fiscal del artículo 2, [apartado] 26, de esa misma Ley, teniendo en cuenta la diferencia entre los tipos legales del impuesto sustitutivo establecidos en estos dos regímenes» (considerando 96 de la Decisión impugnada).

43 En consecuencia, la Comisión concluyó que las sociedades que reajustaron los valores fiscales de sus activos con arreglo al artículo 2, apartado 26, de la Ley 350/2003, se beneficiaron de una ventaja específica consistente en la diferencia entre el tipo del impuesto ordinario sobre los beneficios reconocidos y el impuesto sustitutivo especial sobre esos mismos beneficios (considerando 97 de la Decisión impugnada).

44 La Comisión, tras haberse referido a la alegación de las partes interesadas según la cual el tipo inferior del impuesto sustitutivo del artículo 2, apartado 26, de la Ley 350/2003, no era selectivo, porque se justificaba por elementos específicos de hecho y de Derecho de la tributación de las plusvalías derivadas de reorganizaciones en virtud de la Ley 218/1990, y según la cual, después de todos esos años la República Italiana no podía legítimamente gravar esas plusvalías en las condiciones aplicables a las plusvalías derivadas de otras reorganizaciones societarias (considerando 98 de la Decisión impugnada), consideró que, pese a sus particularidades, el régimen de neutralidad fiscal parcial previsto en la Ley 218/1990 era básicamente equivalente al régimen de neutralidad fiscal total previsto en el Decreto Legislativo 358/1997, y que el legislador italiano debería haber aplicado el mismo tratamiento cuando, en 2003, autorizó el reconocimiento fiscal de las plusvalías pendientes (considerando 99 de la Decisión impugnada).

45 Además, la Comisión estimó, en el considerando 100 de la Decisión impugnada, que la aplicación de un tipo impositivo inferior no podía considerarse como una mera compensación por una tributación más gravosa de las plusvalías derivadas de reorganizaciones del sector bancario de acuerdo con la Ley 218/1990 y distribuidas a los accionistas como dividendos, en comparación con la tributación de las plusvalías distribuidas como dividendos y derivadas de otras reorganizaciones en régimen de neutralidad fiscal. Según la Comisión tal postura no puede sostenerse, pues no siempre puede justificarse gravar las plusvalías con impuestos sustitutivos diferentes por las diferencias en las cargas fiscales aplicables en caso de que las plusvalías pendientes se distribuyan como dividendos. La Comisión señaló que admitir esa justificación equivaldría a permitir que determinadas sociedades aplicaran diferentes tipos efectivos del impuesto de sociedades por el mero hecho de haber participado en ciertos tipos de reorganizaciones privilegiadas por el Estado.

46 Por otra parte, la Comisión consideró que la ventaja fiscal derivada de la aplicación del régimen de reajuste fiscal previsto en el artículo 2, apartado 26, de la Ley 350/2003, no podía considerarse «*de minimis*», que el supuesto escaso importe de tal ventaja no

constituía, en sí mismo, una razón suficiente para descartar la calificación de ayuda y que la excepción «*de minimis*» tampoco podría invocarse por no tratarse de una medida de ayuda transparente (considerandos 101 y 102 de la Decisión impugnada).

47 La Comisión consideró además que el régimen de reajuste del artículo 2, apartado 26, de la Ley 350/2003 no constituía una adecuación del sistema general a las características diferenciales del sector bancario, sino más bien una ventaja selectiva que incidía en la mejora de la competitividad de las entidades de crédito involucradas en las reorganizaciones con arreglo a la Ley 218/1990. Añadió que dicho régimen no era una nueva versión del régimen introducido por la Ley 342/2000, puesto que el reajuste previsto en la Ley 350/2003 es de alcance más limitado que el reajuste general previsto por la Ley 342/2000 (considerandos 105 y 106 de la Decisión impugnada).

48 La Comisión llegó a la conclusión de que la ventaja concedida a determinadas entidades de crédito en virtud de la Ley 350/2003, consistente en la aplicación de un impuesto sustitutivo especial a los beneficios obtenidos mediante determinadas aportaciones de activos, en lugar del tipo impositivo ordinario, era una ventaja específica que no se justificaba por la naturaleza del sistema fiscal (considerando 107 de la Decisión impugnada).

49 La Comisión, tras haber considerado que se cumplían los requisitos de distorsión de la competencia y de afectación de los intercambios entre los Estados miembros (considerandos 108 a 110 de la Decisión impugnada) y que no era aplicable ninguna de las excepciones previstas en el artículo 87 CE, apartados 2 y 3 (considerandos 111 a 116 de la Decisión impugnada), concluyó que el régimen en cuestión era incompatible con el mercado común (considerando 117 de la Decisión impugnada).

50 La Comisión consideró que, por tratarse de una ayuda ilegal, debía procederse a la recuperación de la misma, pero que sólo debía efectuarse la recuperación del «impuesto no pagado con respecto al importe que el beneficiario del régimen habría pagado si se hubiera acogido a otros regímenes disponibles en esa época». La Comisión estimó que, en el presente caso, la aplicación del régimen alternativo de revalorización fiscal previsto en el artículo 2, apartado 25, de la Ley 350/2003, no constituía una elección meramente hipotética, sino una opción razonable a la que los beneficiarios en cuestión podrían haber recurrido para el reconocimiento fiscal del valor efectivo de sus activos (considerando 118 de la Decisión impugnada). Añadió que aunque los reajustes y las revalorizaciones no son operaciones equiparables, si en esa época no se hubiera dispuesto del régimen de reajuste, las entidades de crédito afectadas habrían optado con toda probabilidad por el régimen general de revalorización previsto en el artículo 2, apartado 25, de la Ley 350/2003 (considerando 119 de la Decisión impugnada).

51 Por tanto, la Comisión concluyó que la recuperación de la ayuda debía limitarse exclusivamente a la diferencia entre el impuesto debido por la revalorización, con arreglo al artículo 2, apartado 25, de la Ley 350/2003, de los activos mantenidos y el impuesto efectivamente pagado con arreglo al artículo 2, apartado 26, de dicha Ley (considerando 120 de la Decisión impugnada).

52 En consecuencia, la Comisión decidió lo siguiente:

«*Artículo 1*

El régimen fiscal excepcional establecido en el artículo 2, [apartado] 26, de la Ley 350/2003, aplicado por [la República Italiana], constituye una ayuda estatal y es incompatible con el mercado común.

Artículo 2

[La República Italiana] deberá suprimir el régimen mencionado en el artículo 1.

Artículo 3

1. [La República Italiana] deberá adoptar todas las medidas necesarias para recuperar de los beneficiarios la ayuda concedida mediante la aplicación del impuesto sustitutivo previsto en el artículo 2, [apartado] 26, de la Ley 350/2003, en relación con el reconocimiento fiscal de las plusvalías resultantes de reorganizaciones realizadas según la Ley 218/1990, ayuda que fue puesta ilegalmente a su disposición.

2. El importe que deberá recuperarse se limita a la diferencia entre el impuesto que se habría pagado si los beneficiarios de la ayuda hubieran aplicado el régimen de revalorización fiscal del artículo 2, [apartado] 25, de la Ley 350/2003, y el impuesto efectivamente pagado con arreglo al artículo 2, [apartado] 26, de la misma Ley [...].

3. La recuperación se efectuará sin demora de acuerdo con los procedimientos del Derecho nacional, siempre que permitan la ejecución inmediata y efectiva de la presente Decisión.

[...]

Artículo 5

El destinatario de la presente Decisión será la República Italiana.»

Procedimiento y pretensiones de las partes

53 Mediante demanda presentada en la Secretaría del Tribunal el 14 de agosto de 2008, las demandantes BNP Paribas (en lo sucesivo, «BNP») y BNL interpusieron el presente recurso.

54 Visto el informe del Juez Ponente, el Tribunal (Sala Quinta) decidió iniciar la fase oral. Se oyeron los informes orales de las partes y sus respuestas a las preguntas formuladas por el Tribunal en la vista de 21 de enero de 2010.

55 Las demandantes solicitan al Tribunal que:

— Declare la admisibilidad del recurso.

— Anule la Decisión impugnada.

56 La Comisión solicita al Tribunal que:

— Declare la inadmisibilidad del recurso.

— Con carácter subsidiario, desestime el recurso por infundado.

— Condene en costas a las demandantes.

Fundamentos de Derecho

Sobre la admisibilidad

Alegaciones de las partes

57 Sin proponer una excepción de inadmisibilidad mediante escrito separado, de conformidad con el artículo 114, apartado 1, del Reglamento de Procedimiento del Tribunal, la Comisión se opone a la admisibilidad del recurso. En efecto, la Decisión impugnada, por la que calificó el régimen fiscal controvertido de ayuda de Estado

ilegal e incompatible con el mercado común y ordenó a la República Italiana recuperar la ayuda otorgada, es un acto de alcance general. Según la Comisión, el hecho de que las demandantes sean beneficiarias efectivas de dicho régimen no les confiere la condición de personas individualmente afectadas legitimadas para interponer un recurso de anulación.

58 La Comisión basa sus objeciones en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia y del Tribunal General que, según ella, en varias ocasiones consideró inadmisibles los recursos interpuestos por los beneficiarios efectivos o potenciales de un régimen de ayudas contra las decisiones que declaraban dichos regímenes incompatibles con el mercado común.

59 La Comisión no ignora las sentencias del Tribunal que, por el contrario, declaran admisibles ciertos recursos interpuestos por beneficiarios de regímenes de ayudas declarados incompatibles, por razón de que los demandantes estaban obligados a devolver las ayudas recibidas en virtud de dichos regímenes. Sin embargo, duda de que esa jurisprudencia respete los principios que rigen el recurso de anulación interpuesto por particulares.

60 Con carácter subsidiario, en caso de que el Tribunal considere que la condición de beneficiario efectivo permite declarar la admisibilidad del recurso, la Comisión alega, en sustancia, que BNL carece de legitimación, por no poder ser considerada beneficiaria efectiva de las medidas de que se trata, puesto que la sociedad propietaria de la empresa que recibió, en su momento, una aportación en el marco del régimen de neutralidad fiscal previsto por el artículo 7 de la Ley 218/1990 (en lo sucesivo, «antigua BNL»), fue incorporada a BNP. El hecho de que BNL recibiera, por medio de una aportación, la rama bancaria de la antigua BNL carece de relación con el beneficio de las ayudas y con su devolución. Con carácter subsidiario de segundo grado, si por hechos desconocidos por la Comisión resultara que quien debe devolver las ayudas es BNL y no BNP, el recurso sería inadmisible por haber sido interpuesto por BNP.

61 Las demandantes se oponen a la alegación de la Comisión. La jurisprudencia ha reconocido claramente el interés individual de los beneficiarios efectivos de ayudas concedidas en aplicación de regímenes de ayudas objeto de una decisión de la Comisión que los declara incompatibles con el mercado común y obliga al Estado miembro a recuperar las ayudas pagadas.

62 El argumento subsidiario de la Comisión es inoperante, pues en todo caso el recurso es admisible al menos con respecto a una de las dos demandantes.

Apreciación del Tribunal

63 Es preciso recordar que una persona física o jurídica sólo puede interponer un recurso contra decisiones dirigidas a otra persona si dichas decisiones le afectan directa e individualmente.

64 Según jurisprudencia reiterada, una persona física o jurídica que no sea destinataria de una decisión sólo puede alegar que ésta le afecta individualmente si le atañe en razón de determinadas cualidades que le son propias o de una situación de hecho que la caracteriza frente a cualquier otra persona y por ello la individualiza de manera análoga a la del destinatario (sentencias del Tribunal de Justicia de 15 de julio de 1963, Plaumann/Comisión, 25/62, Rec. pp. 197, 223, y de 2 de abril de 1998, Greenpeace Council y otros/Comisión, C-321/95 P, Rec. p. I-1651, apartados 7 y 28).

65 El Tribunal de Justicia ha declarado así que, en principio, no es admisible el recurso de anulación interpuesto por una empresa contra una decisión de la Comisión por la que se prohíbe un régimen de ayudas sectorial si sólo se ve afectada por esta decisión debido a su pertenencia al sector de que se trata y a su condición de beneficiario potencial de dicho régimen. En efecto, tal decisión se presenta, respecto a la empresa demandante, como una medida de alcance general que se aplica a situaciones determinadas objetivamente e implica efectos jurídicos en relación con una categoría de personas consideradas de manera general y abstracta (véanse las sentencias del Tribunal de Justicia de 29 de abril de 2004, Italia/Comisión, C-298/00 P, Rec. p. I-4087, apartado 37, y la jurisprudencia allí citada, y de 17 de septiembre de 2009, Comisión/Koninklijke Friesland Campina, C-519/07 P, Rec. p. I-8945, apartado 53; véase también, en este sentido, la sentencia del Tribunal de Justicia de 2 de febrero de 1988, Kwekerij van der Kooy y otros/Comisión, 67/85, 68/85 y 70/85, Rec. p. 219, apartado 15).

66 No obstante, el Tribunal de Justicia declaró asimismo en su sentencia de 19 de octubre de 2000, Italia y Sardegna Lines/Comisión (C-15/98 y C-105/99, Rec. p. I-8855, apartados 34 y 35) que, puesto que la empresa demandante no sólo se veía afectada por la Decisión controvertida en ese asunto por su condición de empresa del sector del transporte marítimo en Cerdeña, potencialmente beneficiaria del régimen de ayudas a los armadores sardos, sino también en su calidad de beneficiario efectivo de una ayuda individual concedida en virtud de este régimen y cuya recuperación había ordenado la Comisión, la referida Decisión le afectaba individualmente y procedía admitir su recurso contra ésta (véase igualmente, en este sentido, la sentencia Italia/Comisión, citada en el apartado 65 *supra,* apartado 39).

67 Por consiguiente, ha de verificarse si las demandantes tienen la condición de beneficiarios efectivos de una ayuda individual concedida con arreglo a un régimen de ayudas y cuya recuperación ha ordenado la Comisión (véanse, en este sentido, las sentencias del Tribunal de 20 de septiembre de 2007, Salvat père & fils y otros/Comisión, T-136/05, Rec. p. II-4063, apartado 70, y de 4 de marzo de 2009, Associazione italiana del risparmio gestito y Fineco Asset Management/Comisión, T-445/05, Rec. p. II-289, apartado 49).

68 A este respecto, en sus escritos presentados ante el Tribunal, las demandantes han formulado tres consideraciones, no rebatidas por la Comisión.

69 En primer lugar, la antigua BNL, mientras era propietaria de la entidad bancaria que se benefició de una aportación realizada al amparo del régimen de neutralidad fiscal según la Ley 218/1990, se acogió, en su declaración relativa al período impositivo de 2003, presentada el 29 de octubre de 2004, al régimen de reajuste previsto en el artículo 2, apartado 26, de la Ley 350/2003, para los activos pertenecientes a dicha entidad.

70 En segundo lugar, el 1 de octubre de 2007, la antigua BNL aportó su rama de actividad bancaria en Italia, incluidos los activos para los que había hecho uso del régimen de reajuste antes referido, a una sociedad anónima de nueva constitución denominada Banca Nazionale del Lavoro SpA (BNL), que no es sino la segunda demandante.

71 En tercer lugar, en el mismo día, inmediatamente después de la aportación, la antigua BNL fue objeto de una fusión-absorción por BNP, la primera demandante, y BNP asumió, como consecuencia de esa operación, los derechos y obligaciones de la antigua BNL, sucediendo con ello a la antigua BNL en todas las relaciones jurídicas en que estaba implicada, incluidos los procedimientos iniciados antes de la fusión.

72 De estas consideraciones se desprende que la ventaja obtenida por la antigua BNL del régimen fiscal controvertido fue transmitida bien a BNP, con motivo de la fusión-absorción referida en el apartado anterior, bien a BNL, con motivo de la aportación a esa sociedad de la rama de actividad bancaria de la antigua BNL y, por consiguiente, bien BNP o BNL debe considerarse el beneficiario efectivo de la ayuda supuestamente concedida por el régimen controvertido y, por tanto, individualmente afectada por la Decisión impugnada.

73 En respuesta a una pregunta planteada por el Tribunal, las demandantes indicaron que, como consecuencia de la fusión-absorción antes mencionada, BNP era el beneficiario efectivo de la medida controvertida, lo que se hizo constar en el acta de la vista.

74 De ello se deduce que la Decisión impugnada afecta individualmente a BNP.

75 Por lo que respecta al requisito, en cuanto a esta demandante, de que se vea directamente afectada, procede señalar que dado que el artículo 3 de la Decisión impugnada obliga a la República Italiana a tomar todas las medidas necesarias para recuperar, de los beneficiarios, la ayuda concedida mediante el régimen fiscal contemplado en el artículo 2, apartado 26, de la Ley 350/2003, dicha Decisión afecta directamente a esta demandante, en su condición de beneficiaria efectiva de la ayuda.

76 Habida cuenta de las consideraciones precedentes, el presente recurso es admisible en la medida en que lo interpone BNP.

77 Al tratarse de un solo e idéntico recurso, no procede examinar la legitimación de la otra demandante (véase la sentencia del Tribunal de 3 de septiembre de 2009, Cheminova y otros/Comisión, T-326/07, Rec. p. II-4877, apartado 68 y la jurisprudencia allí citada, véanse también, en este sentido, las sentencias del Tribunal de 6 de julio de 1995, AITEC y otros/Comisión, T-447/93 a T-449/93, Rec. p. II-1971, apartado 82; de 22 de octubre de 1996, Skibsværftsforeningen y otros/Comisión, T-266/94, Rec. p. II-1399, apartados 51 y 52; de 6 de marzo de 2002, Diputación Foral de Álava y otros/Comisión, T-127/99, T-129/99 y T-148/99, Rec. p. II-1275, apartado 52).

Sobre el fondo

78 Las demandantes invocan dos motivos de anulación. El primero se basa en la infracción del artículo 87 CE, apartado 1, ya que la Comisión declaró erróneamente la existencia de una ayuda de Estado respecto de un régimen que no otorga ninguna ventaja en el sentido de esa disposición. El segundo motivo se basa en un incumplimiento de la obligación de motivación derivado de un error de hecho.

79 Procede comenzar por el examen del segundo motivo.

Sobre el segundo motivo, basado en el incumplimiento de la obligación de motivación derivado de un error de hecho

— Alegaciones de las partes

80 Las demandantes reprochan a la Comisión haber ignorado, en la Decisión impugnada, el régimen de reajuste del artículo 2, apartado 25, de la Ley 350/2003, que debería haberse comparado con el régimen de reajuste del artículo 2, apartado 26, de la Ley 350/2003. Sin embargo, en el procedimiento de investigación formal tanto las autoridades italianas como las demandantes indicaron a la Comisión que debía efectuar tal comparación entre esos dos regímenes con el fin de determinar si el segundo, considerado en su conjunto, otorgaba alguna ventaja respecto del primero.

81 La Comisión, basándose en la mera comprobación de que, en 2000 y en 2001, el legislador extendió el régimen de reajuste reservado originariamente a las entidades afectadas por las reorganizaciones previstas por la Ley 218/1990 a las sociedades beneficiarias de aportaciones efectuadas en virtud del artículo 4 del Decreto Legislativo 358/1997, mientras que la Ley 350/2003 ya no procedió a tal extensión, en la práctica eludió tal comparación. La Comisión rechazó de entrada las objeciones de las autoridades italianas y de las demandantes sin aportar, en la Decisión impugnada, ni la más mínima respuesta motivada y limitándose a declarar que el régimen de reajuste del artículo 2, apartado 26, de la Ley 350/2003 sólo es aplicable a las sociedades beneficiarias de aportaciones efectuadas en virtud de la Ley 218/1990, y no a todas las sociedades afectadas por operaciones de aportación de activos.

82 La Decisión impugnada se basa en la convicción errónea de que la Ley 350/2003 sólo establecía el régimen de reajuste de su artículo 2, apartado 26, sin prever ningún otro régimen de reajuste de aplicación general. Esta postura se deduce inequívocamente del considerando 96 de la Decisión impugnada.

83 Sin embargo, el artículo 2, apartado 25, de la Ley 350/2003 modificó el tenor del artículo 10 de la Ley 342/2000 para permitir que las empresas recurrieran al mecanismo de la revalorización voluntaria para los activos «que figuraran en el balance del ejercicio cerrado el 31 de diciembre de 2002 como máximo». Con ello, el artículo 2, apartado 25, de la Ley 350/2003 autorizaba implícitamente a las mismas empresas a acogerse además al régimen de reajuste previsto por el artículo 14 de la Ley 342/2000. En efecto, esta última disposición les concedía la facultad de acogerse al régimen de reajuste para los activos que podían ser objeto del mecanismo de revalorización previsto por el artículo 10 de la Ley 342/2000. En consecuencia, se autorizó a todas las empresas a eliminar los desajustes entre el valor fiscal y el valor contable de los activos, pagando un impuesto sustitutivo del 19 % por el reajuste de los activos amortizables y del 15 % por el reajuste de los activos no amortizables.

84 Los elementos que obran en autos demuestran además que ese régimen de reajuste del artículo 2, apartado 25, de la Ley 350/2003 se aplicaba efectivamente y cualquier empresa interesada podía acogerse a él.

85 Las demandantes añaden que si la Comisión hubiera comparado el régimen de reajuste del artículo 2, apartado 26, de la Ley 350/2003 con el del artículo 2, apartado 25, de la misma Ley, habría comprobado que el primero no otorgaba ninguna ventaja económica respecto del segundo. Las explicaciones dadas por la Comisión en su contestación a la demanda para justificar que ese último régimen de reajuste no fuera tomado en consideración constituyen un intento de motivación *ex post* que, por tanto, es inadmisible.

86 La Comisión alega que, al igual que las demandantes, considera que el artículo 14 de la Ley 342/2000 fue prorrogado por el artículo 2, apartado 25, de la Ley 350/2003. Sin embargo, ello no incide en la motivación correcta que figura en el considerando 96 de la Decisión impugnada y que indica que las normas prorrogadas por el artículo 2, apartado 25, de la Ley 350/2003 son de naturaleza distinta de las prorrogadas por el apartado 26 de ese artículo. Si bien es cierto que ese considerando podría haberse referido más explícitamente tanto a la revalorización como al reajuste, ambos prorrogados por el apartado 25, no es menos cierto que el razonamiento principal es claro y contrapone el «reajuste fiscal de los valores no ajustados resultantes de reorganizaciones fiscalmente neutras» a «[la realización de] plusvalías ocultas derivadas de la adaptación del valor fiscal al valor corriente de los activos mantenidos por la sociedad beneficiaria».

87 Las diferencia entre esas dos situaciones se explica, además, en el considerando 56 de la Decisión impugnada. Mientras que las plusvalías relativas a cesiones y a reorganizaciones de sociedades que se concreten en intercambios de bienes estarían realizadas, aunque ocultas, las que están «sólo registradas» no están ligadas a un «acto previo de realización». Dicho de otro modo, los reajustes contemplados en el artículo 14

de la Ley 342/2000 se refieren a plusvalías no realizadas que serían perfectamente asimilables a las plusvalías de revalorización contempladas en el artículo 10 de esa Ley, lo que explica por qué el ámbito de aplicación objetivo y los tipos son los mismos para los dos instrumentos.

88 Esta analogía fundamental entre esos dos instrumentos se debe a la razón de ser de las revalorizaciones en virtud del artículo 10 de la Ley 342/2000 y de los reajustes en virtud del artículo 14 de esa Ley y los diferencia radicalmente del reajuste de plusvalías ya realizadas con motivo de aportaciones y de reorganizaciones de sociedades, contemplado en el artículo 17 de dicha Ley.

89 Por tanto, el error de hecho denunciado por las demandantes no existe, y tampoco la falta de motivación que dicho error supuestamente implica. La Comisión consideró que el reajuste de plusvalías ya realizadas con motivo de aportaciones y de reorganizaciones de sociedades, que el artículo 2, apartado 26, de la Ley 350/2003 reservó a las entidades de crédito objeto de reorganizaciones en virtud de la Ley 218/1990, sólo podía compararse con la medida análoga, de carácter general, derivada del artículo 19 de la Ley 342/2000, que había estado en vigor hasta ese momento, pero que no fue prorrogada. Por tanto, la Comisión pudo declarar que la ventaja en cuestión, que había sido general, se convirtió en específica, y concluyó legítimamente que se trataba de una ayuda de Estado.

90 Por último, la Comisión consideró que debía limitar la recuperación a la diferencia entre, por una parte, el impuesto a ingresar por la revalorización contemplada en el artículo 10 de la Ley 342/2000 y por el reajuste de plusvalías no realizadas contemplado en su artículo 14, ambos prorrogados por el artículo 2, apartado 25, de la Ley 350/2003, y, por otra parte, el importe efectivamente pagado en virtud del artículo 17 de la Ley 342/2000, prorrogado por el artículo 2, apartado 26, de la Ley 350/2003. No obstante, aun admitiendo lo anterior, si esa opción representa una incoherencia en relación con el razonamiento seguido para concluir que existía una ayuda de Estado, tal incoherencia favorece a los beneficiarios del régimen, entre los que figuran las

demandantes, que carecen de todo interés en denunciarla. También es evidente que, en caso de anulación por falta de motivación, la Comisión debería reexaminar la medida en cuestión y adoptar una nueva Decisión.

91 La Comisión considera que, en todo caso, el segundo motivo es inoperante. Por una parte, dado que las demandantes sostienen, aunque basándose en consideraciones distintas de las de la Comisión, que el reajuste del artículo 2, apartado 25, de la Ley 350/2003 y el del artículo 2, apartado 26, de la Ley 350/2003 son dos instrumentos distintos, una comparación más en profundidad entre los dos instrumentos no habría podido modificar las conclusiones expuestas en la Decisión impugnada.

92 Por otra parte, tal como ya se ha señalado, la Decisión impugnada limitó la recuperación a la diferencia entre el impuesto que se habría pagado si los beneficiarios del régimen controvertido hubieran aplicado el régimen de revalorización fiscal contemplado en el artículo 2, apartado 25, de la Ley 350/2003 y el impuesto efectivamente pagado de conformidad con el artículo 2, apartado 26, de esa Ley. Carece de importancia que la Decisión impugnada sólo mencione la revalorización, a la vista de que los dos instrumentos prorrogados por el artículo 2, apartado 25, de la Ley 350/2003 –revalorización y reajuste– están sujetos al mismo tipo. En consecuencia, aunque la Comisión hubiera concluido, al término de un examen más en profundidad del reajuste del artículo 2, apartado 25, de la Ley 350/2003, que éste constituía el nivel de tributación ordinario con el que habría que haber comparado el reajuste del artículo 2, apartado 26, de la Ley 350/2003, de todos modos habría concluido que la ventaja debía considerarse igual a la diferencia entre los dos tipos porcentuales y, en consecuencia, habría ordenado la recuperación en una proporción idéntica a la que se desprende de la Decisión impugnada.

— Apreciación del Tribunal

93 Según reiterada jurisprudencia, la motivación exigida por el artículo 253 CE debe estar adaptada a la naturaleza del acto de que se trate y debe mostrar de manera clara e inequívoca el razonamiento de la institución de la que emane el acto, de manera que los interesados puedan conocer las razones de la medida adoptada y el órgano jurisdiccional competente pueda ejercer su control. La exigencia de motivación debe apreciarse en función de las circunstancias de cada caso, en particular del contenido del acto, de la naturaleza de los motivos invocados y del interés que los destinatarios u otras personas afectadas directa e individualmente por dicho acto puedan tener en recibir explicaciones. No se exige que la motivación especifique todas las razones de hecho y de Derecho pertinentes, en la medida en que la cuestión de si la motivación de un acto cumple las exigencias del artículo 253 CE debe apreciarse en relación no sólo con su tenor literal, sino también con su contexto, así como con el conjunto de normas jurídicas que regulan la materia de que se trate (véase la sentencia del Tribunal de Justicia de 2 de abril de 1998, Comisión/Sytraval y Brink's France, C-367/95 P, Rec. p. I-1719, apartado 63, y jurisprudencia allí citada).

94 Además, aunque en la motivación de las decisiones que debe tomar para garantizar la aplicación de las normas sobre la competencia, la Comisión no está obligada a discutir todos los elementos de hecho y de Derecho y consideraciones que la llevaron a adoptar tal Decisión, no es menos cierto que el artículo 253 CE la obliga a mencionar, al menos, los hechos y las consideraciones que revisten una importancia esencial en la estructura de su Decisión, permitiendo así al órgano jurisdiccional comunitario y a las partes interesadas conocer las condiciones en las que ha aplicado el Tratado (véase, en este sentido, la sentencia del Tribunal de 15 de septiembre de 1998, European Night Services y otros/Comisión, T-374/94, T-375/94, T-384/94 y T-388/94, Rec. p. II-3141, apartado 95, y la jurisprudencia allí citada).

95 En cuanto a la alegación de que la Comisión ignoró, en la Decisión impugnada, el régimen de reajuste del artículo 2, apartado 25, de la Ley 350/2003, procede señalar, en contra de lo que sostienen las demandantes, que la Comisión no ignoró ese régimen tras haber mencionado, en el considerando 94, segunda frase, de la Decisión impugnada, el argumento según el cual «las sociedades que no fueron objeto de reorganizaciones de acuerdo con la Ley 218/1990, se habrían beneficiado del régimen implícito de reajuste fiscal del artículo 2, [apartado] 25, de la Ley 350/2003, según las modalidades generales, básicamente equivalentes, [previstas en] el artículo [14] de la Ley 342/2000».

96 En efecto, si bien es cierto que, tal como la propia Comisión admite, el considerando 96 de la Decisión impugnada podría haber mencionado más explícitamente el reajuste del artículo 2, apartado 25, de la Ley 350/2003, no es menos cierto que el razonamiento expresado en ese considerando da respuesta a la alegación de las partes interesadas.

97 En ese considerando, la Comisión sostuvo que «el régimen del artículo 2, [apartado] 25, de la Ley 350/2003, no constitu[ía] un reajuste fiscal de los valores no ajustados resultantes de reorganizaciones fiscalmente neutras, sino un régimen de revalorización fiscal que ha permitido realizar plusvalías ocultas derivadas de la adaptación del valor fiscal al valor corriente de los activos mantenidos por la sociedad beneficiaria».

98 Esta consideración, que debe interpretarse en relación con lo que figura en los considerandos 16 a 19 y 56 de la Decisión impugnada, expresa claramente la postura de la Comisión, según la cual el reajuste del artículo 2, apartado 25, de la Ley 350/2003 carecía de pertinencia, por no ser sino la prórroga de un reajuste –el del artículo 14 de la Ley 342/2000– que no perseguía el objetivo de garantizar el reajuste de valores desajustados como consecuencia de operaciones fiscalmente neutras, como las reorganizaciones.

99 Según la Comisión, tanto el reajuste del artículo 2, apartado 25, de la Ley 350/2003 como el reajuste del artículo 14 de la Ley 342/2000 al que prorroga, no pretendían reajustar activos desajustados con motivo de una reorganización de empresas anterior, sino de una operación de revalorización anterior en cuyo marco «para evitar la obligación de pagar el impuesto sobre sociedades por las plusvalías aún no realizadas, el sistema fiscal permitió congelar la plusvalía fiscal mediante el mantenimiento del valor histórico de los activos, inferior al valor contable [revalorizado]» (considerando 18, tercera frase, de la Decisión impugnada). Dicho de otro modo y utilizando la expresión de la Comisión en la contestación a la demanda, el régimen de reajuste del artículo 2, apartado 25, de la Ley 350/2003 no tenía por objeto plusvalías realizadas aunque pendientes, sino plusvalías «sólo registradas», es decir, plusvalías no vinculadas a un «acto previo de realización».

100 De las consideraciones anteriores se deduce que la Comisión, lejos de ignorar la alegación de las partes interesadas basada en el régimen de reajuste del artículo 2, apartado 25, de la Ley 350/2003, respondió a ella y motivó debidamente su respuesta consistente en considerar que dicho régimen de reajuste carece de pertinencia.

101 Por consiguiente, procede desestimar el presente motivo.

Sobre el primer motivo, basado en la infracción del artículo 87 CE, apartado 1

— Alegaciones de las partes

102 Las demandantes afirman, en primer lugar, que el régimen de reajuste del artículo 2, apartado 26, de la Ley 350/2003 no confiere ninguna ventaja económica a las sociedades beneficiarias de aportaciones efectuadas en virtud de la Ley 218/1990.

103 En primer lugar, el régimen fiscal ordinario de los beneficios de las empresas no es un criterio de comparación válido para determinar si el reajuste del artículo 2, apartado 26, de la Ley confiere una ventaja económica.

104 En efecto, dado que el sistema fiscal italiano no preveía la posibilidad de reajuste voluntario, las sociedades de que se trata no habrían podido, en modo alguno, reajustar voluntariamente sus activos y pagar el impuesto ordinario sobre el valor de reajuste. En cuanto a objetar que el régimen fiscal ordinario constituye un criterio de comparación ya que si dichas sociedades hubieran cedido sus activos habrían estado sujetas al impuesto ordinario, es evidente que si dicha cesión tuviera tal consecuencia fiscal las sociedades de que se trata no tendrían ningún interés en llevarla a cabo. En todo caso, aunque la sujeción al impuesto ordinario en caso de cesión suprimía, ciertamente, el desajuste en los activos, carecía de efectos sobre el desajuste en las acciones recibidas por la entidad transmitente.

105 En todo caso, aun admitiendo que el régimen del impuesto ordinario constituya un criterio de comparación válido, procede señalar que el reajuste del artículo 2, apartado 26, de la Ley 350/2003 no confiere ninguna ventaja económica real respecto de él.

106 Toda la ventaja económica derivada de los tipos reducidos del impuesto aplicables en el marco de ese reajuste quedaría anulada por la obligación de pagar inmediatamente (en el momento del reajuste) un impuesto que, de otro modo, se habría pagado posteriormente (cuando se produjera una cesión), o nunca (si nunca había una cesión). Además, al aplicarse obligatoriamente el reajuste del artículo 2, apartado 26, de la Ley 350/2003 a todos los activos aportados bajo el régimen neutralidad fiscal en el sentido del artículo 7 de la Ley 218/1990, el impuesto sustitutivo también se habría exigido por activos cuya cesión no se habría proyectado (inmuebles afectos al ejercicio de la actividad bancaria), así como por activos cuyas plusvalías, en caso de cesión, habrían estado prácticamente exentas del impuesto ordinario (participaciones que constituían inmovilizado financiero).

107 Tampoco es cierto que el régimen del artículo 2, apartado 26, de la Ley 350/2003 otorgara a las sociedades beneficiarias una ventaja derivada del pago del impuesto sustitutivo en tres plazos sin intereses, cuando el impuesto ordinario es exigible inmediatamente. En caso de cesión de activos, el impuesto sobre la plusvalía podía repartirse en cinco períodos impositivos, sin intereses, lo que es aún más ventajoso que el régimen del artículo 2, apartado 26, de la Ley 350/2003.

108 En definitiva, el régimen del artículo 2, apartado 26, de la Ley 350/2003 no confería ninguna ventaja económica. Ello explica además que no todas las sociedades beneficiarias de aportaciones efectuadas en virtud de la Ley 218/1990 recurrieran inmediatamente al régimen de reajuste cuando fue propuesto en 2001, lo que llevó al legislador a prorrogar el plazo para acogerse a ese régimen en 2003. La ventaja obtenida del

reajuste sólo consistía en la simplificación de la gestión administrativa y contable, por la eliminación de un doble sistema de valores contables y fiscales.

109 En segundo lugar, el régimen de reajuste del artículo 2, apartado 25, de la Ley 350/2003, al igual que la tributación ordinaria, no puede servir de criterio de comparación para determinar la existencia de una ventaja económica, ya que las características de dicho régimen difieren de las del régimen de reajuste del artículo 2, apartado 26 de la Ley 350/2003.

110 En efecto, el reajuste del artículo 2, apartado 25, de la Ley 350/2003 no permite reajustar el valor fiscal de activos en poder de otras sociedades distintas de la sociedad que se acoge a él, mientras que el reajuste del artículo 2, apartado 26, de la Ley 350/2003 permite poner fin a un doble desajuste. Además, el reajuste del artículo 2, apartado 26, de la Ley 350/2003 no permite el reajuste de activos distintos de los aportados bajo el régimen de neutralidad fiscal, ni la elección de los activos a reajustar, a diferencia del reajuste del artículo 2, apartado 25, de la Ley 350/2003, que no sólo permite el reajuste de cualquier activo, cualquiera que sea la causa de su desajuste, sino también la elección de los activos a reajustar.

111 En cualquier caso, aun admitiendo que pudieran compararse esos dos sistemas de reajuste, el reajuste del artículo 2, apartado 26, de la Ley 350/2003 no otorgaría ninguna ventaja económica respecto del reajuste del artículo 2, apartado 25, de la Ley 350/2003.

112 Ciertamente, los tipos del impuesto sustitutivo debido por el reajuste del artículo 2, apartado 26, de la Ley 350/2003 son inferiores a los del impuesto debido por el reajuste del artículo 2, apartado 25, de la Ley 350/2003. Sin embargo, las cargas fiscales globales de esos dos regímenes coinciden básicamente en cuanto se toma en consideración

todo el impuesto sobre la renta pagado sobre las plusvalías derivadas de la aportación por las dos partes en dicha aportación, es decir, la entidad transmitente y la empresa beneficiaria de esa aportación. Incluso con independencia de esta consideración, las diferencias entre los tipos del impuesto sustitutivo debido por el régimen de reajuste del artículo 2, apartado 26, de la Ley 350/2003 y los del reajuste del artículo 2, apartado 25, de la Ley 350/2003 se justifican también en atención a que la primera de esas disposiciones obliga al reajuste del valor fiscal de todos los activos aportados, mientras que la segunda permite el reajuste del valor fiscal de algunos activos tomados aisladamente.

113 Tales tipos impositivos distintos también se justifican por el hecho de que, al prever la Ley 218/1990 una suspensión del impuesto, a cargo de las entidades transmitentes, no sólo sobre las plusvalías de las acciones sino también sobre las reservas a las que fueron afectados los beneficios de la aportación, las entidades transmitentes podrían haber pagado ya el impuesto sobre la renta por las plusvalías beneficiadas por una suspensión de la tributación, en caso de que hubieran cedido las acciones recibidas o distribuido la reserva a la que fue afectado el beneficio obtenido de la aportación.

114 En conclusión, la facultad reconocida a las sociedades beneficiarias de aportaciones efectuadas bajo el régimen de neutralidad fiscal en el sentido de la Ley 218/1990, de aplicar un impuesto sustitutivo con un tipo menor que el del régimen de reajuste del artículo 2, apartado 25, de la Ley 350/2003 no confiere ninguna ventaja económica a esas sociedades.

115 Finalmente, las demandantes alegan en la réplica que en 2000 una empresa se acogió al reajuste del artículo 14 de la Ley 342/2000 para liberar plusvalías pendientes derivadas de aportaciones efectuadas en virtud de la Ley 218/1990, e invocan además la Circular fiscal italiana nº 207, de 16 de noviembre de 2000 (en lo sucesivo, «Circular 207/2000»), de la que se desprende que ese reajuste era aplicable a plusvalías pendientes derivadas de aportaciones efectuadas en virtud del artículo 4 del Decreto

Legislativo 358/1997. Esas circunstancias prueban que el régimen del artículo 2, apartado 25, de la Ley 350/2003 podía utilizarse perfectamente para el reconocimiento de plusvalías realizadas con motivo de aportaciones efectuadas en virtud de la Ley 218/1990 o del artículo 4 del Decreto Legislativo 358/1997.

116 En segundo lugar, las demandantes afirman que aun suponiendo que el régimen del artículo 2, apartado 26, de la Ley 350/2003 hubiera conferido una ventaja económica a sus beneficiarios no existiría ayuda de Estado, pues tal ventaja no podría considerarse selectiva.

117 En efecto, en primer lugar, dado que el examen del requisito del carácter selectivo obliga a realizar una comparación entre las empresas beneficiarias de la ventaja y otras empresas que se encuentren, en relación con el objetivo perseguido por el régimen de que se trata, en una situación jurídica y fáctica comparable, los beneficiarios del reajuste del artículo 2, apartado 26, de la Ley 350/2003 están en una situación muy distinta de la de los beneficiarios de aportaciones de activos distintas de las contempladas en la Ley 218/1990.

118 De este modo, las aportaciones de activos efectuadas por las entidades públicas de crédito estaban sujetas a un régimen muy distinto del que entonces regulaba las aportaciones de activos efectuadas por otras sociedades. Ese régimen de neutralidad fiscal de la Ley 218/1990 no sólo no constituía una ayuda de Estado, tal como señaló la Comisión, sino que además se justificaba por su aplicación a reorganizaciones no espontáneas, sino basadas en una recomendación y, posteriormente, a partir de 1993, en una obligación. Sin embargo, dicho régimen rápidamente se reveló muy gravoso, no sólo en términos absolutos, sino también en comparación con el régimen fiscal ordinario de las aportaciones de activos, al permitir una doble imposición íntegra de las plusvalías de los activos aportados que recaía tanto sobre el transmitente como sobre la sociedad beneficiaria de las aportaciones. En efecto, no se introdujo ningún mecanismo corrector para evitar o reducir la doble imposición, como el previsto en el artículo 4 del Decreto Legislativo 358/1997, consistente en calificar de dividendo la

distribución, por la sociedad beneficiaria a la sociedad transmitente, del importe del incremento de patrimonio neto generado por la aportación.

119 Para evitar ese riesgo de doble imposición total, el artículo 23 del Decreto Legislativo 41/1995 previó la posibilidad de un doble reajuste mediante el pago de un impuesto sustitutivo, posibilidad prorrogada en 2000, en 2001 y en 2003.

120 Además, no puso en cuestión el carácter único de ese régimen de neutralidad fiscal de la Ley 218/1990 la introducción, sobre la base del artículo 4 del Decreto Legislativo 358/1997, de un régimen de neutralidad fiscal para las aportaciones de activos efectuadas entre sociedades y entidades mercantiles. En efecto, el primer régimen presentaba características totalmente distintas de las del segundo.

121 En primer lugar, el régimen de neutralidad fiscal de la Ley 218/1990 era «extraordinario» y temporal, puesto que estaba orientado a permitir la privatización de las entidades públicas de crédito y sólo pudo utilizarse durante un período limitado (entre 1990 y 1995), mientras que el régimen del artículo 4 del Decreto Legislativo 358/1997 era «ordinario» y permanente. En segundo lugar, a diferencia del régimen previsto en el artículo 4, del Decreto Legislativo 358/1997, no permitía diferir el impuesto por todo el importe de las plusvalías. En tercer lugar, podía ocasionar la doble imposición total de las plusvalías, mientras que el régimen del artículo 4 del Decreto Legislativo 358/1997 no podía dar lugar a tal doble imposición, al menos si las sociedades beneficiarias utilizaban el mecanismo corrector al que se refiere el apartado 118 *supra*. Por último, para las sociedades transmitentes, el régimen del Decreto Legislativo 358/1997, a diferencia del de la Ley 218/1990, sólo preveía una suspensión del impuesto para las plusvalías de las acciones recibidas, y no para las reservas constituidas por la afectación del beneficio generado por la aportación.

122 Por tanto, según las demandantes, la decisión, en 2003, de prolongar la posibilidad de reajuste prevista en los artículos 17 y 18 de la Ley 342/2000, sólo en favor de las sociedades beneficiarias de aportaciones de activos efectuadas en virtud de la Ley 218/1990, se justifica por la situación fáctica y jurídica distinta de esas sociedades respecto de las sociedades beneficiarias de aportaciones efectuadas en el marco del artículo 4 del Decreto Legislativo 358/1997.

123 En segundo lugar, el régimen del artículo 2, apartado 26, de la Ley 350/2003 no confiere ninguna ventaja selectiva, en la medida en que dicha ventaja se justifica por la estructura del sistema fiscal italiano.

124 La reforma del impuesto de sociedades por el Decreto Legislativo 344/2003 permitió eliminar el riesgo de doble imposición económica de las plusvalías de activos aportados bajo el régimen de neutralidad fiscal en el sentido del artículo 4 del Decreto Legislativo 358/1997, es decir, que recaía tanto sobre las sociedades transmitentes como sobre las sociedades beneficiarias de las aportaciones.

125 Más concretamente, esa reforma sustituyó el impuesto sobre la renta de las personas jurídicas (en lo sucesivo, «IRPEG») por el impuesto sobre la renta de las sociedades (en lo sucesivo, «IRES»), que gravaba a un tipo del 33 % a los sujetos pasivos del IRPEG, es decir, no sólo las entidades mercantiles, sino también las entidades no mercantiles. Mientras que, antes de la reforma, la doble imposición de dividendos se evitaba reconociendo al accionista un crédito fiscal equivalente al IRPEG pagado por la sociedad que repartía los dividendos, tras la reforma se evitó eximiendo a los dividendos del IRES hasta el límite del 95 % de su importe.

126 Se introdujo además un régimen de exención especial, denominado «participation exemption» (exención fiscal de las participaciones), para las plusvalías realizadas por las sociedades sujetas al IRES por la cesión a título oneroso de participaciones comprendidas en el inmovilizado financiero. Esas plusvalías, procedentes de la capitalización de dividendos exentos del IRES hasta el límite del 95 % de su importe, por efecto de la «participation exemption» quedaban, a su vez, exentas de dicho impuesto hasta el límite de ese porcentaje.

127 Mediante la introducción del régimen de la «participation exemption», la reforma del impuesto de sociedades eliminó prácticamente el riesgo de doble imposición de los activos aportados en el marco del artículo 4 del Decreto Legislativo 358/1997. En virtud de ese régimen, las plusvalías procedentes de la cesión a título oneroso por las sociedades transmitentes de las acciones recibidas a cambio de las aportaciones efectuadas en el marco del artículo 4 del Decreto Legislativo 358/1997 quedaban exentas del impuesto hasta el 95 % de su importe. Por otra parte, al no estar sujeta al IRES la diferencia entre el valor contable de las acciones y su valor fiscal, esas sociedades transmitentes podían distribuir a sus socios la totalidad de las reservas a las que afectaron tal diferencia. En consecuencia, el régimen de neutralidad fiscal previsto en el artículo 4 del Decreto Legislativo 358/1997 perdió, en la práctica, su carácter de régimen bisuspensivo para transformarse en monosuspensivo.

128 En cambio, la reforma del impuesto de sociedades no permitió alcanzar el mismo resultado, es decir, eliminar la doble imposición de las plusvalías de activos aportados en el marco del régimen de neutralidad fiscal previsto en el artículo 7 de la Ley 218/1990, precisamente por las características *sui generis* de ese régimen.

129 En efecto, según las demandantes, en el caso previsto por esa disposición, en que las entidades transmitentes en el marco de la Ley 218/1990 cedían la totalidad de sus activos a una sociedad anónima, convirtiéndose con ello en entidades no mercantiles respecto del IRES, no podían beneficiarse del régimen de la «participation exemption», sino que estaban sujetos a ese impuesto por el 40 % de las plusvalías procedentes de

la cesión a título oneroso de participaciones cualificadas, y al impuesto sustitutivo del impuesto sobre la renta del 12,50 % por las plusvalías procedentes de la cesión a título oneroso de participaciones no cualificadas. Además, todas las entidades transmitentes en el marco de la Ley 218/1990, a diferencia de las sociedades transmitentes en el marco del artículo 4 del Decreto Legislativo 358/1997, al margen de la introducción del régimen de la «participation exemption», seguían sujetos al IRES por la reserva a la que afectaron la diferencia entre el valor contable de las acciones recibidas y su valor fiscal si distribuían dicha reserva a sus socios. En consecuencia, el régimen de neutralidad fiscal de la Ley 218/1990 continuó siendo, en la práctica, un régimen bisuspensivo.

130 En definitiva, la decisión de prorrogar el régimen de reajuste sólo para las aportaciones efectuadas en el marco de la Ley 218/1990, y no el destinado a las sociedades mercantiles beneficiarias de aportaciones de activos bajo el régimen de neutralidad fiscal del artículo 4 del Decreto Legislativo 358/1997, se explica porque, tras la reforma del impuesto de sociedades, sólo el primero de esos dos regímenes aún podía dar lugar a una doble imposición de las plusvalías. La necesidad de establecer un régimen adecuado para evitar esa doble imposición ya sólo existía para el régimen de las aportaciones efectuadas en el marco de la Ley 218/1990, y, por tanto, el régimen del artículo 2, apartado 26, de la Ley 350/2003 se justifica por la estructura del sistema fiscal italiano.

131 En tercer lugar, el régimen de reajuste del artículo 2, apartado 26, de la Ley 350/2003 no otorgó ninguna ventaja económica selectiva, en la medida en que el legislador se limitó a prorrogar un régimen del que en períodos impositivos anteriores ya habían podido disfrutar las sociedades beneficiarias de aportaciones en aplicación de la Ley 218/1990. Ese régimen de reajuste, introducido en 1995 y prorrogado en 2000 y en 2001, establecía tipos impositivos idénticos a los fijados para su aplicación en 2003 y no había sido nunca calificado de ayuda de Estado incompatible con el mercado común.

132 La Comisión considera que el régimen del artículo 2, apartado 26, de la Ley 350/2003 conlleva la atribución de una ventaja selectiva y no está justificado por la naturaleza del sistema fiscal italiano.

133 En primer lugar, en cuanto a la ventaja selectiva, la Comisión recuerda que la propia existencia de una ventaja sólo puede demostrarse respecto de una tributación normal y, por tanto, respecto de un régimen de Derecho común.

134 En el caso de autos, la Comisión consideró que, antes de la Ley 350/2003, el reajuste previsto para las entidades de crédito objeto de reorganizaciones en virtud de la Ley 218/1990 no conllevaba una ventaja selectiva, ya que estaba prevista una medida análoga en favor de todas las sociedades que habían procedido a reorganizaciones societarias. Dicho de otro modo, ese régimen tenía un carácter general en la medida en que se aplicaba a todas las empresas que se encontraban en una situación análoga.

135 La situación cambió con el artículo 2, apartado 26, de la Ley 350/2003, que sólo prolongó la aplicabilidad del artículo 17 de la Ley 342/2000 y no la de su artículo 19. A partir de entonces, sólo las entidades de crédito objeto de reorganizaciones en virtud de la Ley 218/1990 podían reajustar las plusvalías registradas en el balance como consecuencia de una reorganización, mientras que todas las demás empresas que se encontraban en una situación análoga no pudieron continuar haciéndolo. En cuanto a la alegación de que el régimen de reajuste del artículo 2, apartado 25, de la Ley 350/2003 constituye el régimen de referencia, la Comisión responde que el ámbito de aplicación de esa norma y, por tanto, de los valores que pueden reajustarse, es completamente distinto. En consecuencia, el hecho alegado de que otro banco optó por este régimen distinto para reajustar plusvalías distintas no demuestra nada. En todo caso, el artículo 3, apartado 2, de la Decisión impugnada limitó la recuperación a la diferencia entre el impuesto que se habría pagado si los beneficiarios hubieran aplicado el régimen de revalorización fiscal o de reajuste fiscal contemplado en el artículo 2,

apartado 25, de la Ley 350/2003 y el impuesto efectivamente pagado de conformidad con el artículo 2, apartado 26, de esa Ley.

136 El nivel de tributación ordinario en el nuevo régimen surgido de la Ley 350/2003 ya no podía ser el aplicable a un reajuste de las plusvalías registradas en el balance como consecuencia de la reorganización, reajuste que ya no era posible en general, sino que sólo podía consistir en el tipo ordinario del impuesto aplicable a la renta de las sociedades.

137 El reajuste del artículo 2, apartado 26, de la Ley 350/2003 permitió a las entidades de crédito objeto de reorganizaciones en virtud de la Ley 218/1990 aflorar las plusvalías realizadas con motivo de operaciones de aportación, pero pendientes a efectos fiscales. En primer lugar, las plusvalías reajustadas podían distribuirse como dividendos a los socios, sin que la entidad de crédito estuviera obligada a pagar el impuesto de sociedades, que sí debería haber pagado si hubiera decidido repartir la reserva constituida a raíz de la reorganización contemplada por la Ley 218/1990. Además, si las reservas reajustadas hubieran dado lugar a amortizaciones, éstas se habrían calculado sobre los nuevos valores reconocidos por efecto del reajuste. Finalmente, en caso de cesión, las plusvalías reajustadas ya no estarían sujetas al impuesto sobre la renta de las sociedades. La situación de las propias demandantes demuestra en concreto lo anterior.

138 En cambio, cualquier otra empresa reorganizada en virtud del artículo 4 del Decreto Legislativo 358/1997, a partir de 2003 no pudo reajustar la totalidad de las reservas aportadas y, en caso de cesión de éstas, las plusvalías pendientes habrían estado sujetas a tributación ordinaria.

139 No cabe objetar que, si no hubiera existido el régimen de reajuste contemplado en el artículo 17 de la Ley 342/2000 y prorrogado por el artículo 2, apartado 26, de la Ley 350/2003, las entidades de crédito objeto de reorganizaciones en virtud de la Ley 218/1990 no habrían cedido sus reservas. Por una parte, los hechos recientes ligados a la crisis financiera demuestran lo contrario. Por otra parte, sobre todo cuando se trata de determinar la existencia de una ayuda de Estado, la Comisión no debería plantearse la cuestión de la elección subjetiva del beneficiario, sino verificar el nivel de tributación ordinario aplicado en una situación fáctica y jurídica análoga, constituido por los impuestos remplazados por el impuesto sustitutivo examinado.

140 El mismo razonamiento se aplica a la alegación de que la posible ventaja quedaría anulada por la obligación de pagar inmediatamente un impuesto que, de otro modo, no se habría pagado, o se habría pagado más tarde. Esta alegación es tanto más errónea cuanto que el reajuste del que únicamente disfrutaron las entidades de crédito objeto de reorganizaciones en virtud de la Ley 218/1990 les permitía tener en cuenta las plusvalías fiscalmente reconocidas para el cálculo de amortizaciones y para la distribución de dividendos, como si el impuesto se hubiera pagado íntegramente en el mismo momento.

141 Además, ni el artículo 17 de la Ley 342/2000 ni la prórroga contemplada por el artículo 2, apartado 26, de la Ley 350/2003 obligaban a esas entidades de crédito a recurrir a dicho régimen de reajuste. La aplicación de esas disposiciones era facultativa y, una vez decidida su aplicación, la única obligación era aplicarlas a la totalidad de las reservas de la empresa aportadas y aún registradas en el balance.

142 La Comisión añade que, según la jurisprudencia, la existencia de otras excepciones al régimen de tributación ordinario no desvirtúa la conclusión de que el régimen del artículo 2, apartado 26, de la Ley 350/2003 tiene, de hecho, carácter excepcional y limita

a determinadas personas el beneficio de su aplicación. Por tanto, debería descartarse cualquier alegación que compare el régimen excepcional reservado a las entidades de crédito reorganizadas en aplicación de la Ley 218/1990, objeto del presente litigio, con otros posibles regímenes excepcionales.

143 La alegación de que el escalonamiento en tres años del pago del impuesto sustitutivo constituía una desventaja en comparación con la posibilidad de pagar el impuesto ordinario en cinco años no fue planteada durante el procedimiento de investigación formal, pese a que en la decisión de apertura se señalaba tal aspecto. Por lo demás, tal alegación presupone, aunque no lo prueba, que el escalonamiento en cinco años sigue siendo aplicable incluso a plusvalías pendientes sobre la base de los regímenes de neutralización.

144 En cambio, la Comisión comparte la conclusión de las demandantes de que el régimen de tributación normal que debe tomarse como referencia no puede ser el régimen de reajuste para las plusvalías registradas, prolongado por el artículo 2, apartado 25, de la Ley 350/2003, y, consiguientemente, ella no lo tomó como referencia.

145 La Comisión aporta, a este respecto, una explicación distinta de la de las demandantes. Según la Comisión, la diferencia fundamental entre el régimen de reajuste del artículo 2, apartado 25, de la Ley 350/2003 y el del artículo 2, apartado 26, de la Ley 350/2003 radica en que el primero está limitado a algunas categorías de bienes y afecta a plusvalías registradas sólo contablemente, mientras que el segundo afecta a las plusvalías pendientes realizadas con motivo de operaciones de reorganización de empresas y, por tanto, puede afectar a todos los bienes y reservas aportados con motivo de tales operaciones.

146 Por otra parte, no puede admitirse el método de comparación de los distintos tipos impositivos propuesto por las demandantes, por los motivos expuestos en los considerandos 99 y 100 de la Decisión impugnada. El hecho de que las entidades de crédito transmitentes pagaran, cuando se produjo la aportación, el impuesto ordinario del 15 % de las plusvalías realizadas es un elemento extrínseco. Lo sustancial es que las entidades de crédito objeto de reorganizaciones en virtud de la Ley 218/1990, para las plusvalías neutralizadas y todavía registradas en el balance, disfrutan de tipos más favorables que otras sociedades que se encuentran en su misma situación fáctica y jurídica Esta postura está tanto más fundada cuanto que no se verificaba el fundamento del razonamiento de las demandantes, ya que no es posible saber, y la Comisión no está obligada a analizarlo en una decisión sobre un régimen, cuántas plusvalías originarias tiene todavía cada beneficiario registradas en su balance, y –menos aún– si otras sociedades reorganizadas pero ajenas al sector crediticio pagaron impuestos ordinarios por las mismas plusvalías, ni en qué importe.

147 Sobre la alegación de que la situación de las entidades de crédito reorganizadas en virtud de la Ley 218/1990 es distinta de la de las demás empresas reorganizadas en virtud del artículo 4 del Decreto Legislativo 358/1997, procede señalar, en primer lugar, que no fue la Comisión, sino el legislador italiano quien consideró que esa última disposición «reproducía, en sustancia, la Ley [218/1990]» y, en consecuencia, que los dos tipos de empresas debían disfrutar del mismo régimen de reajuste. Además, aunque las situaciones reguladas por la Ley 218/1990 y por el Decreto Legislativo 358/1997 presentaran diferencias sustanciales, éstas no influirían en la medida objeto de la Decisión impugnada, que es el tratamiento fiscal del reajuste posterior de las plusvalías pendientes.

148 Por último, no es exacto considerar que la Ley 218/1990 presentaba características especiales en relación con el artículo 4 del Decreto Legislativo 358/1997, ni que éstas eran determinantes en el caso de autos. En primer lugar, las ventajas fiscales de la Ley 218/1990 no están justificadas por su carácter obligatorio, que no apareció

hasta 1993. Además, el hecho de que régimen de la Ley 218/1990 fuera de naturaleza «extraordinaria» cuando fue instaurado y tuviera carácter temporal no impide que el régimen permanente posterior instaurado en 1997 tuviera exactamente el mismo carácter desde el punto de vista fiscal. Por otra parte, carece de importancia que la Ley 218/1990 sólo previera la neutralización del 85 % de las plusvalías y no del 100 %, como el régimen posterior, pues el problema del reajuste que, por definición, sólo afecta a los importes desajustados, es idéntico. Por último, la situación distinta de las sociedades transmitentes carece de incidencia, porque el artículo 19 de la Ley 342/2000 sólo se aplica a las sociedades beneficiarias de aportaciones y porque, en todo caso, la Decisión impugnada sólo afecta a las entidades de crédito beneficiarias de aportaciones.

149 En segundo lugar, por lo que respecta a la cuestión de si la medida está justificada por la naturaleza del sistema, la Comisión sostiene que no lo está.

150 Sobre la primera parte de esta imputación, relativa a la situación de las entidades transmitentes en relación con un mecanismo de doble imposición, la Comisión puntualiza que la Decisión impugnada no afecta en absoluto a esas entidades transmitentes, pues sólo se refiere a las entidades de crédito objeto de reorganizaciones. Las entidades transmitentes ya no pueden ser entidades de crédito, pues cesaron toda actividad bancaria precisamente en virtud de la Ley 218/1990. Además, en la mayor parte de los casos no se trata de empresas, pues se limitan a la tenencia de participaciones.

151 Sentado lo anterior, las demandantes parecen afirmar además que el tratamiento fiscal de las entidades transmitentes y de las sociedades beneficiarias de aportaciones debería examinarse globalmente, teniendo en cuenta las cargas impuestas a ambas categorías de entidades y, en particular, una supuesta doble imposición. Con ello las demandantes pasan por alto que las sociedades transmitentes distintas de las entidades públicas de crédito jamás se beneficiaron del régimen de reajuste por la aportación de

bienes, porque el artículo 19 de la Ley 342/2000 sólo menciona el artículo 17 y no el artículo 18 de esa Ley y este último se aplica, en cambio, a las fundaciones bancarias transmitentes.

152 En un aspecto más fundamental, no es razonable considerar del mismo modo el tratamiento fiscal de dos entidades que, en la mayor parte de los casos, ya no tienen ninguna relación entre ellas, como sucede cuando la fundación bancaria ya no tiene participación en la sociedad beneficiaria, o están separadas a todos los efectos desde el punto de vista fiscal, como ocurre cuando la participación es minoritaria.

153 La Comisión también rebate la segunda parte de la imputación de que se trata, según la cual la medida está justificada por la naturaleza del sistema, porque los tipos reducidos del impuesto del artículo 2, apartado 26, de la Ley 350/2003, más favorables que los del artículo 2, apartado 25, de la Ley 350/2003, tienen en cuenta la sujeción al impuesto ordinario del 15 % de las plusvalías contabilizadas en el momento de la aportación en virtud de la Ley 218/1990. En efecto, corresponde al Estado miembro que introdujo tal diferenciación entre empresas en materia de gravámenes demostrar que ello está efectivamente justificado por la naturaleza y la economía del sistema de que se trata.

154 Además, el razonamiento de las demandantes sobre este particular carece de fundamento. Basta observar que, en virtud del artículo 19 de la Ley 342/2000, los tipos previstos para los reajustes realizados por las entidades de crédito se aplicaron durante varios años a reajustes por aportaciones de bienes efectuadas bajo el régimen de neutralidad de conformidad con el artículo 4 del Decreto Legislativo 358/1997. Por tanto, es evidente que el establecimiento de tipos reducidos carece de relación con un pago anterior del impuesto por una parte de la plusvalía realizada.

155 Además, no es posible saber cuántas plusvalías originarias tiene todavía cada beneficiario registradas en su balance, y –menos aún– si otras sociedades reorganizadas pero ajenas al sector crediticio pagaron impuestos ordinarios por las mismas plusvalías, ni cuál fue su importe.

156 En tercer lugar, en cuanto al argumento de que el régimen de reajuste del artículo 2, apartado 26, de la Ley 350/2003 no otorgaba ninguna ventaja económica selectiva puesto que el legislador se limitó a prorrogar un régimen ya existente, la Comisión alega que resulta irrelevante que la situación del supuesto beneficiario de la medida haya mejorado o se haya agravado respecto al régimen anterior o, por el contrario, haya permanecido inalterada. La solución consistente en hacer depender la calificación de una medida de ayuda de Estado de la intención del Estado miembro de generalizarla privaría al Derecho comunitario de su eficacia en materia de ayudas de Estado. En efecto, si ello fuera así, el Estado miembro de que se trata podría sustraerse a la normativa comunitaria mediante la mera declaración de su intención de generalizar, en el futuro, la medida reprochada. El mismo razonamiento se aplica, *a fortiori,* a un caso como el de autos, en que la medida, que antes era general, se mantiene para un único sector, transformándose con ello en medida selectiva.

157 Suponiendo que las demandantes invocaran la presencia de una ayuda existente, el único caso de ayuda existente previsto por el artículo 1 del Reglamento (CE) nº 659/1999 del Consejo, de 22 de marzo de 1999, por el que se establecen disposiciones de aplicación del artículo [88 CE] (DO L 83, p. 1) que podría ser pertinente en el caso de autos es el de una medida que «en el momento en que se llevó a efecto no constituía una ayuda, y que posteriormente pasó a ser una ayuda debido a la evolución del mercado común y sin haber sido modificada por el Estado miembro». Sin embargo, no sucede esto con la medida ahora examinada, que se convirtió en ayuda a raíz de una intervención del legislador, que de la medida de aplicación general que era hizo una medida de aplicación sectorial y, consiguientemente, selectiva.

— Apreciación del Tribunal

158 Según reiterada jurisprudencia, la calificación de ayuda de Estado exige que se cumplan todos los requisitos a los que se refiere el artículo 87 CE, apartado 1 (sentencias del Tribunal de Justicia de 21 de marzo de 1990, Bélgica/Comisión, C-142/87, Rec. p. I-959, apartado 25; de 14 de septiembre de 1994, España/Comisión, C-278/92 a C-280/92, Rec. p. I-4103, apartado 20, y de 16 de mayo de 2002, Francia/Comisión, C-482/99, Rec. p. I-4397, apartado 68).

159 El principio de prohibición de las ayudas de Estado establecido en el artículo 87 CE, apartado 1, lleva consigo los siguientes requisitos. En primer lugar, debe tratarse de una intervención del Estado o mediante fondos estatales. En segundo lugar, dicha intervención debe poder afectar a los intercambios comerciales entre los Estados miembros. En tercer lugar, debe conferir una ventaja a su beneficiario. En cuarto lugar, debe falsear o amenazar falsear la competencia.

160 Por lo que respecta al tercero de los requisitos antes citados, relativo a la existencia de una ventaja, el artículo 87 CE, apartado 1, requiere que la medida de que se trata favorezca a «determinadas empresas o producciones» (sentencia del Tribunal de Justicia de 6 de septiembre de 2006, Portugal/Comisión, C-88/03, Rec. p. I-7115, apartado 52) en relación con otras que se encuentren en una situación fáctica y jurídica comparable, habida cuenta del objetivo perseguido por el referido régimen (sentencias del Tribunal de Justicia de 8 de noviembre de 2001, Adria-Wien Pipeline y Wietersdorfer & Peggauer Zementwerke, C-143/99, Rec. p. I-8365, apartado 41; de 29 de abril de 2004, GIL Insurance y otros, C-308/01, Rec. p. I-4777, apartado 68; de 3 de marzo de 2005, Heiser, C-172/03, Rec. p. I-1627, apartado 40, y Portugal/Comisión, antes citada, apartado 54). Este requisito de especificidad, o incluso de selectividad, de una medida constituye una de las características del concepto de ayuda de Estado (sentencia del Tribunal de Justicia de 1 de diciembre de 1998, Ecotrade, C-200/97, Rec. p. I-7907, apartado 40; sentencia del Tribunal General de 29 de septiembre de 2000, CETM/Comisión, T-55/99, Rec. p. II-3207, apartado 39).

161 El Tribunal de Justicia ha señalado que la determinación del marco de referencia para apreciar la selectividad de una medida 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» (sentencia Portugal/Comisión, citada en el apartado 160 *supra,* apartado 56), es decir, la tributación normalmente aplicable a las empresas que se encuentran, a la vista del objetivo perseguido por el régimen controvertido, en una situación fáctica y jurídica comparable a las empresas beneficiarias de ese régimen (sentencia Adria-Wien Pipeline y Wietersdorfer & Peggauer Zementwerke, citada en el apartado 160 *supra,* apartado 41).

162 El Tribunal de Justicia también ha declarado que la existencia de tal ventaja económica para las empresas beneficiarias de una exención a la tributación ordinaria no puede cuestionarse porque existan exenciones de esta misma tributación en beneficio de otras empresas. La circunstancia de que existan muchas otras excepciones al régimen de tributación ordinario no cuestiona que el propio régimen controvertido tiene, de hecho, un carácter excepcional (véase, en este sentido, la sentencia del Tribunal de Justicia de 22 de junio de 2006, Bélgica y Forum 187/Comisión, C-182/03 y C-217/03, Rec. p. I-5479, apartados 112 y 120).

163 Finalmente, según reiterada jurisprudencia, el concepto de ayuda de Estado no se refiere a las medidas estatales que establecen una diferenciación entre empresas y que, en consecuencia, son *a priori* selectivas, cuando esta diferenciación resulta de la naturaleza o de la estructura del sistema de cargas en el que se inscriben (véase la sentencia Portugal/Comisión, citada en el apartado 160 *supra,* apartado 52, y la jurisprudencia allí citada). El carácter selectivo de una medida puede, en efecto, justificarse por «la naturaleza o la economía del sistema» (véase, en este sentido, la sentencia del Tribunal de Justicia de 2 de julio de 1974, Italia/Comisión, 173/73, Rec. p. 709, apartado 33). En tal caso, la medida escapa a la calificación de ayuda de Estado del artículo 87 CE, apartado 1, por no cumplirse el requisito relativo a la existencia de una ventaja.

164 Mediante el presente motivo, las demandantes alegan, en sustancia, que el régimen del artículo 2, apartado 26, de la Ley 350/2003 no confería ninguna ventaja económica selectiva y, subsidiariamente, que ese régimen estaba justificado por la naturaleza o la economía del sistema.

165 En primer lugar, procede examinar las alegaciones de las demandantes en contra de la elección, por la Comisión, del impuesto de sociedades ordinario como marco de referencia, y en contra de la afirmación hecha por esa institución, en ese marco, de la existencia de una ventaja económica selectiva.

166 En el caso de autos, la Comisión señaló que aunque el régimen de neutralidad fiscal de la Ley 218/1990, por lo que respecta a las plusvalías realizadas pero no reconocidas, era equivalente al régimen de neutralidad fiscal del artículo 4 del Decreto 358/1997 (considerando 99, segunda frase, de la Decisión impugnada), lo que exigía que cualquier régimen de reajuste que el legislador estableciera fuera indistintamente aplicable, en las mismas condiciones, a las plusvalías realizadas en el marco de cualquiera de los dos regímenes (considerando 88 de la Decisión impugnada), la República Italiana reservó únicamente a las empresas reorganizadas en virtud de la Ley 218/1990 el beneficio del régimen de reajuste del artículo 2, apartado 26, de la Ley 350/2003 (considerando 90 de la Decisión impugnada).

167 Sobre la base de estas consideraciones, la Comisión concluyó que la República Italiana confirió a esas empresas una ventaja selectiva igual a la diferencia entre el impuesto efectivamente pagado en aplicación del artículo 2, apartado 26, de la Ley 350/2003 y el impuesto ordinario que se habría pagado si dicho reajuste se hubiera producido sin ese régimen preferencial (considerando 91 de la Decisión impugnada).

168 Las demandantes alegan, contra esas consideraciones (véase el apartado 104 *supra)* que el régimen del impuesto ordinario no puede constituir el marco de referencia para el cálculo de una ventaja, pues, en sustancia, si no hubiera existido el régimen de reajuste controvertido las empresas de que se trata de ningún modo habrían realizado cesiones de activos sujetas al impuesto ordinario.

169 Sin embargo, procede señalar que no incumbe a la Comisión, al examinar un régimen en relación con la normativa en materia de ayudas de Estado, entrar en las elecciones subjetivas que los beneficiarios de ese régimen podrían haber realizado si tal régimen no hubiera existido, sino examinar dicho régimen para determinar si, objetivamente, conlleva una ventaja económica en relación con la tributación de la cual representa una excepción y que sería normalmente aplicable si aquél no existiese (véase, en este sentido, la sentencia del Tribunal de Justicia de 15 de diciembre de 2005, Unicredito Italiano, C-148/04, Rec. p. I-11137, apartado 118). En el contexto de tal apreciación objetiva, carece de pertinencia la consideración de que si no hubiese existido el régimen de reajuste controvertido las empresas de que se trata, presumiblemente, no habrían cedido sus activos.

170 Las demandantes también alegan (véase el apartado 104 *supra)* que el marco de referencia del impuesto ordinario es inadecuado porque aunque para la entidad beneficiaria de aportaciones en virtud de la Ley 218/1990 la sujeción a ese impuesto ordinario en caso de cesión suprimía realmente el desajuste en los activos, carecía de efectos sobre el desajuste en las acciones recibidas por la entidad transmitente.

171 En cuanto a esta referencia de las demandantes a la situación de las entidades transmitentes en virtud de la Ley 218/1990, procede señalar que la Decisión impugnada no afecta en absoluto a esas entidades, sino únicamente a los bancos beneficiarios de aportaciones en virtud de esa Ley. La Decisión impugnada examina y declara la existencia de una ventaja sólo respecto de esos bancos.

172 De ello se deduce que carecen de pertinencia las reiteradas referencias hechas por las demandantes en el marco del presente recurso (véanse, en particular, los apartados 118 y 119 *supra),* a la situación de las entidades transmitentes en virtud de la Ley 218/1990 y, en particular, al hecho de que la reforma fiscal de 2003 no eliminó, respecto de ellos, el riesgo de doble imposición de las plusvalías pendientes distribuidas como dividendos.

173 En lo relativo a la alegación de las demandantes de que el régimen de reajuste del artículo 2, apartado 25, de la Ley 350/2003 no era un marco de referencia válido, como tampoco lo era el impuesto ordinario (véase el apartado 109 *supra),* que además contradice la alegación que figura en el apartado 174 *supra,* basta señalar que, en la Decisión impugnada, la Comisión no consideró al régimen del artículo 2, apartado 25, de la Ley 350/2003 como marco de referencia.

174 Por lo que respecta a la alegación de las demandantes (véanse los apartados 111 a 115 *supra)* de que el régimen de reajuste del artículo 2, apartado 25, de la Ley 350/2003 podía utilizarse perfectamente para el reconocimiento de las plusvalías realizadas con motivo de aportaciones en virtud de la Ley 218/1990 o del artículo 4 del Decreto Legislativo 358/1997, que equivale a sostener que ese régimen de reajuste era, en todo caso, más adecuado que el del impuesto ordinario y lleva a la conclusión de que no existía ventaja económica, procede desestimarla.

175 En efecto, las afirmaciones de que, en primer lugar, en 2000 un banco se acogió al reajuste del artículo 14 de la Ley 342/2000 para liberar plusvalías pendientes derivadas de aportaciones efectuadas en virtud de la Ley 218/1990 y, en segundo lugar, que la Circular 207/2000 indica que ese reajuste era aplicable a las plusvalías pendientes derivadas de aportaciones efectuadas en virtud del artículo 4 del Decreto Legislativo 358/1997 (véase el apartado 115 *supra),* no permiten cuestionar la elección, por la Comisión, del impuesto ordinario como marco de referencia para el cálculo de la ventaja.

176 La primera de esas afirmaciones, según la cual un banco aplicó el reajuste del artículo 14 de la Ley 342/2000 para liberar plusvalías pendientes derivadas de aportaciones efectuadas en virtud de la Ley 218/1990, no está respaldada por el documento presentado en su apoyo, constituido, según las demandantes, por un extracto de las cuentas anuales de dicho banco. En efecto, ese documento, presentado en la fase de réplica sin justificarse su presentación extemporánea, es inadmisible según el artículo 48, apartado 1, del Reglamento de Procedimiento.

177 En cuanto a la segunda de esas afirmaciones, basada en la Circular 207/2000, las demandantes no demuestran, refiriéndose a esa Circular, que la postura de la Comisión fuera errónea ni que el artículo 14 de la Ley 342/2000 tuviera por objeto el reconocimiento de las plusvalías pendientes derivadas de aportaciones realizadas en virtud tanto del artículo 4 del Decreto Legislativo 358/1997 como de la Ley 218/1990.

178 Por tanto, en contra de la afirmación inexacta de las demandantes según la cual esa Circular «precisaba literalmente que ese régimen [del artículo 14 de la Ley 342/2000] permitía liberar todas las "plusvalías registradas en el balance y no reconocidas fiscalmente, incluso como consecuencia de la derogación del artículo 54, apartado 1, letra c), del [texto único del impuesto sobre la renta (TUIR)] [...] mediante su sujeción al impuesto sustitutivo, siempre y cuando los bienes correspondientes [...] aún estuvieran registrados en el balance" cerrado en la fecha prevista por la Ley», dicha Circular únicamente establecía que, «en sustancia, en el artículo 14 [de la Ley 342/2000] se precisa que los valores mayores registrados en el balance y no reconocidos fiscalmente, incluso como consecuencia de la derogación del artículo 54, apartado 1, letra c), del TUIR, podrán reconocerse mediante su sujeción al impuesto sustitutivo, con la condición de que los bienes correspondientes –siempre y cuando formen parte de los contemplados en el artículo 10 de la Ley [342/2000]– figuren aún en el balance cerrado después de la fecha de entrada en vigor de la modificación de la Ley de Presupuestos Generales».

179 De este modo, la Circular 207/2000 no sólo no indicaba que el artículo 14 de la Ley 342/2000 fuera aplicable a todas las plusvalías pendientes, sino que además recordaba que ese artículo –a diferencia de los artículos 17 a 19 de la Ley 342/2000– no era aplicable a todos los activos que figuraban en el balance, sino sólo a los contemplados por el artículo 10 de dicha Ley.

180 Además, la Circular 207/2000, en las demás citas breves que de ella hacen las demandantes y que no van acompañadas de las normas italianas citadas, no menciona las plusvalías pendientes de que se trata en el caso de autos, a saber, las derivadas de aportaciones en virtud de la Ley 218/1990 o del artículo 4 del Decreto Legislativo 358/1997, las cuales, en cambio, son objeto del punto 1.3 de la Circular 207/2000, relativo a los artículos 17 a 19 de la Ley 342/2000. Por otra parte, esa circular añade en una frase anterior a ese punto que «merece la pena insistir en que sólo pueden ser objeto de reconocimiento los bienes reevaluados según las normas comentadas hasta el momento».

181 De ello se deduce que, mediante sus referencias a la Circular 207/2000, apoyadas en citas incompletas y no acompañadas de las suficientes explicaciones, las demandantes no consiguen demostrar el carácter supuestamente erróneo de la postura de la Comisión según la cual los artículos 10 y 14 de la Ley 342/2000 y los artículos 17 a 19 de esa Ley y, en consecuencia, los dos regímenes de reajuste del artículo 2, apartados 25 y 26, de la Ley 350/2003, tenían objetos distintos.

182 Habida cuenta de esa diferencia de objeto entre esos dos regímenes de reajuste, no procedía comparar el reajuste del artículo 2, apartado 26, de la Ley 350/2003 con el del artículo 2, apartado 25, de la Ley 350/2003.

183 La única medida a la que podría haberse comparado el reajuste del artículo 2, apartado 26, de la Ley 350/2003 era la medida de reajuste derivada del artículo 19 de la Ley 342/2000, por la que el legislador amplió la posibilidad de beneficiarse del reajuste del artículo 17 de la Ley 342/2000 a las empresas objeto de reorganizaciones en virtud del artículo 4 del Decreto Legislativo 358/1997.

184 Sin embargo, al no haber prorrogado la Ley 350/2003 el artículo 19 de la Ley 342/2000 y, por ello, al no constituir el artículo 2, apartado 26, de la Ley 350/2003 una medida general, aplicable en las mismas condiciones a todos los reconocimientos de plusvalías comparables (considerando 88 de la Decisión impugnada), sino una medida reservada a las plusvalías realizadas por ciertas entidades de crédito sólo como consecuencia de reorganizaciones en virtud de la Ley 218/1990 (considerando 90 de la Decisión impugnada), la Comisión consideró legítimamente, como marco de referencia, el impuesto ordinario que se habría debido si no hubiera existido ese régimen de reajuste.

185 Es preciso señalar además que, según la jurisprudencia citada en el apartado 162 *supra,* el hecho de que existieran otras excepciones al régimen del impuesto ordinario distintas del régimen del artículo 2, apartado 26, de la Ley 350/2003 no desvirtúa la conclusión de que ese régimen tenía, realmente, carácter excepcional y su aplicación estaba limitada a determinadas empresas.

186 De las consideraciones anteriores se deduce que, en contra de lo que sostienen las demandantes, la Comisión no incurrió en error al considerar como marco de referencia para determinar la existencia de una ventaja económica el del impuesto ordinario.

187 En cuanto a las alegaciones de las demandantes (véanse los apartados 105 y siguientes *supra)* según las cuales aun tomando el impuesto ordinario como marco de referencia no habría ventaja económica, procede desestimarlas por apoyarse, de nuevo, en consideraciones basadas en las elecciones subjetivas que las empresas podrían haber realizado si no hubiera existido el régimen de reajuste controvertido. En efecto, como se ha señalado en el apartado 169 *supra,* no incumbe a la Comisión, al examinar un régimen en relación con la normativa en materia de ayudas de Estado, entrar en las elecciones subjetivas que los beneficiarios de ese régimen podrían haber realizado si tal régimen no hubiera existido, sino examinar dicho régimen para determinar si, objetivamente, conlleva una ventaja económica en relación con la tributación de la cual representa una excepción y que sería normalmente aplicable si aquél no existiese.

188 En cuanto a la alegación de las demandantes (véase el apartado 107 *supra)* basada en que la Comisión, en el cálculo de la ventaja, debería haber tenido en cuenta que el impuesto ordinario sobre la plusvalía, en caso de cesión, podía repartirse en cinco períodos impositivos sin intereses, lo que la Comisión no hizo en el considerando 92 de la Decisión impugnada, procede señalar que, según la jurisprudencia, si bien el artículo 88 CE, apartado 2, exige que la Comisión, antes de adoptar su decisión, reciba las observaciones de las partes interesadas, no prohíbe a dicha institución llegar a la conclusión de que una ayuda es incompatible con el mercado común a falta de tales observaciones (sentencia del Tribunal de Justicia de 19 de septiembre de 2002, España/Comisión, C-113/00, Rec. p. I-7601, apartado 39). En particular, no puede reprocharse a la Comisión no haber tenido en cuenta eventuales elementos de hecho o de Derecho que se le habrían podido presentar durante el procedimiento administrativo pero que no se le presentaron, puesto que la Comisión no está obligada a examinar de oficio y por conjeturas qué elementos podrían habérsele presentado (véanse las sentencias del Tribunal de 14 de enero de 2004, Fleuren Compost/Comisión, T-109/01, Rec. p. II-127, apartados 48 y 49, y de 14 de diciembre de 2005, Regione autonoma della Sardegna/Comisión, T-200/04, no publicada en la Recopilación, apartado 52 y la jurisprudencia allí citada). Las demandantes no niegan que esta objeción no fue planteada en la fase del procedimiento de investigación formal, pese a que la Comisión, en los apartados 29 y 37 de la decisión de iniciar el procedimiento de investigación

formal, llamó la atención a las interesadas sobre este aspecto del cálculo de la ventaja. Por tanto, procede desestimar la alegación de las demandantes.

189 En todo caso, procede señalar que las demandantes no respaldan su alegación aportando las normas fiscales italianas pertinentes, ni sostienen, y menos aún prueban, que la toma en consideración de tal escalonamiento, suponiendo que fuera aplicable en el caso de autos, habría provocado la desaparición de la ventaja económica, superior a 586 millones de euros, calculada por la Comisión en el considerando 92 de la Decisión impugnada.

190 Deben rechazarse las alegaciones de las demandantes (véanse los apartados 117 y siguientes *supra)* basadas en que no podía considerarse que el régimen del artículo 2, apartado 26, de la Ley 350/2003 otorgara una ventaja selectiva, en la medida en que las empresas beneficiarias de dicho régimen y las empresas beneficiarias de aportaciones de activos distintos de los contemplados en la Ley 218/1990 están en situaciones muy diferentes.

191 En efecto, procede señalar, tal como recuerda la Comisión, que no es esa institución, sino el propio legislador italiano quien, en la elaboración de la Ley 342/2000, consideró que el régimen de neutralidad fiscal del Decreto Legislativo 358/1997 reproducía, en sustancia, el régimen de neutralidad fiscal de la Ley 218/1990, y que por ello procedía establecer un régimen de reajuste uniforme –lo que el legislador hizo mediante los artículos 17 a 19 de la Ley 342/2000– para el reconocimiento de las plusvalías pendientes derivadas de reorganizaciones en régimen de neutralidad fiscal en virtud de cualquiera de esos dos regímenes.

192 En todo caso, las diferencias puestas de manifiesto por las demandantes no son determinantes o carecen de pertinencia.

193 En consecuencia, en cuanto al carácter obligatorio del régimen de la Ley 218/1990 y, por tanto, a la obligación impuesta a las entidades públicas de crédito de aportar sus activos bancarios a sociedades anónimas (véase el apartado 118 *supra),* basta señalar que tal obligación no surgió hasta 1993 (véase el apartado 6 *supra).* Pues bien, antes de que se estableciera esa obligación, la Ley 218/1990 ya reconocía la neutralidad fiscal a las aportaciones de activos efectuadas a su amparo por las entidades públicas de crédito.

194 En cuanto al hecho de que el régimen de la Ley 218/1990 era, según las demandantes, «extraordinario» y temporal, en la medida en que se aplicaba únicamente a las entidades públicas de crédito y por un período limitado (1990-1995), mientras que el régimen del artículo 4, del Decreto Legislativo 358/1997 era «ordinario» y permanente (véase el apartado 121 *supra),* procede señalar que ello no implica en modo alguno que ambos regímenes se diferencien en el plano fiscal.

195 En cuanto al hecho de que las entidades transmitentes en virtud de la Ley 218/1990 debieron pagar, cuando efectuaron la aportación, el impuesto ordinario sobre el 15 % de la plusvalía, mientras que el régimen del Decreto Legislativo 358/1997 establecía una neutralidad fiscal total (véase el apartado 121 *supra),* es preciso recordar (véase el apartado 171 *supra)* que la Decisión impugnada no afecta en absoluto a las entidades transmitentes, sino sólo a las empresas beneficiarias de aportaciones en virtud de la Ley 218/1990 y a la ventaja selectiva recibida por estas empresas como consecuencia de la aplicabilidad, sólo a ellas, del reajuste del artículo 2, apartado 26, de la Ley 350/2003.

196 Además, del considerando 100 de la Decisión impugnada se desprende, en sustancia, tal como alega la Comisión en la contestación a la demanda, que la toma en consideración de la carga fiscal global que recae sobre las aportaciones desde el origen –incluida la soportada por las entidades transmitentes– carecía de pertinencia, pues sólo se planteaba la cuestión del tratamiento favorable reservado a las plusvalías pendientes que aún figuraban en los balances de las empresas beneficiarias de aportaciones en virtud de la Ley 218/1990. Por otra parte, tal toma en consideración no cabía, pues la Comisión no sabía, ni tenía por qué saber, tratándose del examen de un régimen de ayudas, el volumen concreto de plusvalías pendientes que permanecían en

dichos balances ni el volumen concreto que ya había tributado, ya fuera con motivo de un reajuste o de una distribución como dividendo.

197 Por tanto, las demandantes invocan inútilmente las diferencias entre los regímenes de neutralidad fiscal de la Ley 218/1990 y del Decreto Legislativo 358/1997 para sostener que, habida cuenta de esas diferencias, no puede declararse que el artículo 2, apartado 26 de la Ley 350/2003 otorgue una ventaja selectiva.

198 De las consideraciones anteriores se deduce que la Comisión no cometió error alguno al declarar, sobre la base de una comparación entre el régimen del artículo 2, apartado 26, de la Ley 350/2003 y el régimen del impuesto ordinario, la existencia de una ventaja económica selectiva por un importe equivalente a la diferencia entre el impuesto pagado en aplicación del artículo 2, apartado 26, de la Ley 350/2003 y el impuesto que se habría debido en aplicación de la tributación ordinaria.

199 Es preciso examinar a continuación la imputación de las demandantes (véanse los apartados 123 y siguientes *supra)* basada en que la Comisión consideró erróneamente que el carácter selectivo del régimen del artículo 2, apartado 26, de la Ley 350/2003 no podía justificarse por la lógica del sistema.

200 En este marco, las demandantes alegan, en sustancia (véanse los apartados 124 a 130 *supra),* que la reforma fiscal de 2003 permitió eliminar cualquier riesgo de doble imposición de las plusvalías de los activos aportados bajo el régimen de neutralidad fiscal del artículo 4 del Decreto Legislativo 358/1997, es decir, de imposición a las sociedades transmitentes y a las sociedades beneficiarias de las aportaciones. En cambio, dicha reforma fiscal no eliminó el riesgo de doble imposición de las plusvalías de los activos aportados bajo el régimen de neutralidad fiscal de la Ley 218/1990. Tal

hecho explica la decisión del legislador italiano de prorrogar el régimen de reajuste de los artículos 17 y 18 de la Ley 342/2000 sólo para las aportaciones efectuadas en el marco de la Ley 218/1990.

201 Sin embargo, es preciso recordar que la Decisión impugnada no afecta a las entidades transmitentes, sino sólo a las entidades bancarias beneficiarias de aportaciones en virtud de la Ley 218/1990 y a la ventaja económica reservada a esas entidades por el régimen controvertido. En consecuencia, el hecho de que las entidades transmitentes en virtud de la Ley 218/1990 puedan estar gravadas por existir una posibilidad de doble imposición no puede justificar la concesión, a los bancos beneficiarios, de una ventaja selectiva mediante el artículo 2, apartado 26, de la Ley 350/2003.

202 Por tanto, la Comisión declaró legítimamente, en el considerando 105 de la Decisión controvertida, que el régimen del artículo 2, apartado 26, de la Ley 350/2003 conllevaba una ventaja selectiva que incidía en la mejora de la competitividad de las entidades de crédito implicadas en reorganizaciones en virtud de la Ley 218/1990, en comparación con las demás empresas.

203 Por último, procede desestimar la alegación (véase el apartado 131 *supra)* basada en que el régimen controvertido se limitaba a prolongar, en favor de las entidades bancarias implicadas en reorganizaciones en virtud de la Ley 218/1990, un régimen de reajuste que existía en el pasado y entonces la Comisión no lo había considerado ayuda de Estado.

204 En efecto, según la jurisprudencia, a efectos de la aplicación del artículo 87 CE, resulta irrelevante que la situación del supuesto beneficiario de la medida haya mejorado o se haya agravado respecto al régimen anterior o, por el contrario, haya permanecido

inalterada. Procede examinar únicamente si, en el marco de un régimen jurídico concreto, una medida estatal puede favorecer a determinadas empresas o producciones en el sentido del artículo 87 CE, apartado 1, en relación con otras empresas que se encuentren en una situación fáctica y jurídica comparable habida cuenta del objetivo perseguido por la medida en cuestión (véase la sentencia Adria-Wien Pipeline y Wietersdorfer & Peggauer Zementwerke, citada en el apartado 160 *supra,* apartado 41 y la jurisprudencia allí citada).

205 Pues bien, en el caso de autos la Comisión consideró legítimamente que el mantenimiento, por el artículo 2, apartado 26, de la Ley 350/2003, sólo en favor de las empresas beneficiarias de aportaciones en virtud de la Ley 218/1990, del régimen de reajuste de los artículos 17 y 18 de la Ley 342/2000, otorgaba a dichas empresas una ventaja selectiva en comparación con las demás empresas beneficiarias de aportaciones en virtud de otras reorganizaciones distintas de las previstas por la Ley 218/1990 (véase el apartado 202 *supra).*

206 Por último, en la medida en que las demandantes sostuvieran, mediante esta alegación, que el régimen del artículo 2, apartado 26, de la Ley 350/2003 constituye una ayuda existente en el sentido del artículo 1 del Reglamento nº 659/1999, procedería señalar, tal como hace la Comisión, que el único supuesto de ayuda existente que podría ser pertinente en el caso de autos es el de una medida que «no constituía una ayuda en el momento en que entró en vigor, sino que se convirtió en ayuda posteriormente como consecuencia de la evolución del mercado común y sin haber sido modificada por el Estado miembro». Pues bien, en el caso de autos, el régimen de reajuste controvertido, anteriormente accesible a todas las empresas beneficiarias de aportaciones en régimen de neutralidad fiscal, por la intervención del legislador italiano quedó reservado únicamente a las empresas beneficiarias de aportaciones en virtud de la Ley 218/1990.

207 Del conjunto de consideraciones precedentes se deduce que la Comisión no infringió el artículo 87 CE, apartado 1, al declarar la existencia, en el caso de autos, de una ayuda de Estado.

208 A mayor abundamiento, procede señalar que aun suponiendo que la Comisión no hubiera tomado el régimen del impuesto ordinario como marco de referencia para la determinación de una ventaja, sino el régimen del artículo 2, apartado 25, de la Ley 350/2003, se habría visto obligada a ordenar la recuperación de una ayuda de Estado en términos idénticos a los de la parte dispositiva de la Decisión controvertida.

209 En efecto, en tal hipótesis, la Comisión, habida cuenta, en primer lugar, de la falta de pertinencia, para el cálculo de la ventaja, de los impuestos pagados con anterioridad a la Ley 350/2003 (en particular el impuesto pagado inmediatamente, cuando se produjo la aportación, por las entidades transmitentes en virtud de la Ley 218/1990, sobre el 15 % de la plusvalía realizada) (véase el apartado 195 *supra),* en segundo lugar, de las diferencias entre los tipos impositivos reducidos fijados, respectivamente, por el apartado 25 y por el apartado 26 del artículo 2 de la Ley 350/2003 (véanse, respectivamente, los apartados 27 y 29 *supra)* y, en tercer lugar, del carácter objetivo de la determinación de la ventaja (véanse los apartados 169 y 187 *supra),* habría constatado la existencia de una ventaja económica selectiva que, aunque con un importe inferior al señalado en el considerando 92 de la Decisión impugnada, no podría haberse beneficiado de la excepción *de minimis,* al tratarse –tal como se señaló en el apartado 102 de la Decisión impugnada – de una ventaja no transparente.

210 Además, tal ventaja, al igual que la constatada en la Decisión impugnada, no podría haberse justificado por las consideraciones expuestas por las demandantes y basadas en el tratamiento fiscal menos favorable, tras la reforma fiscal de 2003, de las entidades transmitentes en virtud de la Ley 218/1990. En efecto, como ya se ha mencionado, la Decisión impugnada no afecta en modo alguno a dichas entidades transmitentes, sino sólo a los bancos destinatarios de aportaciones en virtud de la Ley 218/1990, que,

mediante el régimen del artículo 2, apartado 26, de la Ley 350/2003 que se les reservaba, disfrutaban de una ventaja selectiva que incidía en la mejora de su competitividad en comparación con las demás empresas (véase, a este respecto, el considerando 105 de la Decisión impugnada).

211 De ello se deduce que incluso una comparación del régimen controvertido con el régimen del artículo 2, apartado 25, de la Ley 350/2003 habría llevado a la Comisión a declarar la existencia de una ayuda de Estado en los términos del artículo 1, de la Decisión impugnada, y a ordenar su recuperación en los términos del artículo 3, apartado 2, de esa Decisión.

212 Al haber sido desestimados todos los motivos formulados por las demandantes, procede desestimar el presente recurso.

Costas

213 A tenor del apartado 2 del artículo 87 del Reglamento de Procedimiento, la parte que pierda el proceso será condenada en costas, si así lo hubiera solicitado la otra parte.

214 Al haber sido desestimadas las pretensiones de las demandantes, procede condenarlas a cargar con sus propias costas y con las de la Comisión, tal como ésta solicitó.

En virtud de todo lo expuesto,

EL TRIBUNAL GENERAL (Sala Quinta)

decide:

1) Desestimar el recurso.

2) Condenar en costas a BNP Paribas y a Banca Nazionale del Lavoro SpA (BNL).

Vilaras Prek Ciucă

Pronunciada en audiencia pública en Luxemburgo, a 1 de julio de 2010.

Firmas