

La saga sobre la amortización del fondo de comercio financiero español ha llegado a su «fin». El Tribunal General de la Unión Europea confirma su carácter selectivo

Análisis de las SSTGUE de 15 de noviembre de 2018,
asuntos [T-399/11 RENV](#) y [T-219/10 RENV](#)

María del Carmen Cámara Barroso

*Doctora en Derecho
Profesora de Derecho Financiero y Tributario. CEF.- UDIMA*

Extracto

El pasado 15 de noviembre de 2018, el Tribunal General de la Unión Europea se ha pronunciado sobre los asuntos T-399/11 RENV y T-219/10 RENV, relativos a la consideración como ayuda de Estado de la amortización del fondo de comercio financiero derivado de adquisiciones de sociedades extranjeras prevista en el artículo 12.5 de nuestro antiguo TRLIS. Con su pronunciamiento, el tribunal, al resolver la devolución del asunto que le giró el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en 2016, ha ratificado el carácter selectivo de la medida, confirmando las decisiones de la Comisión Europea en las que se declaraba que la misma constituía una ayuda de Estado contraria al derecho de la Unión Europea.

1. Supuesto de hecho

Aunque en respuestas a varias preguntas parlamentarias formuladas entre 2005 y 2006 la Comisión Europea afirmó que, a su juicio, lo dispuesto en el artículo 12.5 del (ya derogado) Real Decreto legislativo 4/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades (en adelante, TRLIS), introducido en dicha ley a través de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, no constituía una ayuda de Estado, tras la denuncia de una empresa privada pocos meses después, el 10 de octubre de 2007, decidió incoar el procedimiento de investigación formal previsto en el artículo 108.2 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (en adelante, TFUE) respecto a lo allí dispuesto, decisión que se publicó en el Diario Oficial de la Unión Europea (en adelante, DOUE) el 21 de diciembre de 2007.

Con carácter general, dentro del ordenamiento jurídico español, el fondo de comercio únicamente podía amortizarse como consecuencia de una combinación de empresas. No obstante, el citado artículo 12.5 del TRLIS disponía que, en los casos de adquisición por parte de un contribuyente del impuesto sobre sociedades de participaciones en una «sociedad extranjera», si el porcentaje de participación era de, al menos, el 5% y dicha participación se poseía de manera ininterrumpida durante, como mínimo, un año, el fondo de comercio financiero resultante de dicha adquisición –esto es, la diferencia entre el valor de mercado de las acciones y su valor contable– podía deducirse de la base imponible del impuesto vía amortización¹. Para tener la consideración de «sociedad extranjera», la misma debía estar sujeta a un impuesto idéntico al aplicable en el ordenamiento jurídico español y sus ingresos debían proceder, principalmente, de la realización de actividades empresariales en el extranjero.

Por lo que respecta a las adquisiciones de participaciones realizadas dentro de la Unión Europea, la Comisión concluyó el procedimiento mediante la Decisión 2011/5/CE, de 28 de octubre de 2009, relativa a la amortización fiscal del fondo de comercio financiero para la adquisición de participaciones extranjeras (Primera Decisión), donde se declaraba incompatible con el mercado interior el régimen controvertido. Poco tiempo después, el 12 de enero de 2011, la Comisión adoptó la Decisión 2011/282/UE, relativa a la amortización fiscal del fondo de comercio financiero para la adquisición de participaciones extranjeras (Segunda Decisión), donde se declaraba incompatible con el mercado interior el régimen controvertido cuando se aplicaba a adquisiciones de participaciones en empresas establecidas fuera de la Unión Europea. Por último, a través de la Decisión (UE) 2015/314 de la Comisión, de 15 de octubre de 2014 (Tercera Decisión), esta declaró incompatible con el mercado interior la nueva interpretación administrativa adoptada por España, que ampliaba el ámbito de aplicación del artículo 12.5 del TRLIS con el fin de abarcar las adquisiciones indirectas de participaciones en sociedades no residentes a través de una adquisición directa de participaciones en sociedades *holding* no residentes.

Mediante escrito presentado el 29 de julio de 2011, Banco Santander, SA y Santusa Holding, SL interpusieron un recurso en el que solicitaban que se anulara la Decisión 2011/282/UE (Segunda Decisión). En su Sentencia de 7 de noviembre de 2014, *Banco Santander y*

¹ Podemos definir el «fondo de comercio», y así lo entiende la Comisión, como el valor de la buena reputación del nombre comercial de la empresa de que se trate, las buenas relaciones con los clientes, la cualificación de los empleados y otros factores similares que permiten esperar que producirán en el futuro ganancias superiores a las aparentes. En el ámbito de las combinaciones de empresas, el «fondo de comercio» surge como la diferencia contable entre el coste de adquisición y el valor de mercado de los activos que componen los negocios adquiridos por la entidad combinada o en manos de esta. Cuando la adquisición de una sociedad se produce mediante la compra de sus acciones, el «fondo de comercio» coincide con la diferencia entre el precio pagado por la adquisición de participaciones en una sociedad y el valor de mercado de los activos que integran la empresa. El «fondo de comercio financiero» se define entonces como el fondo de comercio que se habría consignado en la contabilidad de la empresa adquirente en caso de que esta y la empresa participada se hubieran combinado.

Santusa/Comisión (asunto T-399/11 –NFJ056280–), el Tribunal General de la Unión Europea (en adelante, TGUE) estimó el recurso de las demandantes, basándose en que la Comisión había aplicado erróneamente el requisito de selectividad establecido en el artículo 107.1 del TFUE². La Decisión 2011/5/CE (Primera Decisión) también fue anulada por el TGUE en su sentencia de la misma fecha, *Autogrill España/Comisión* (asunto T-219/10 –NFJ056281–).

Posteriormente, mediante escrito presentado el 19 de enero de 2015, la Comisión interpuso recurso de casación contra la Sentencia de 7 de noviembre de 2014, *Banco Santander y Santusa/Comisión* (asunto T-399/11), que fue acumulado al recurso de casación interpuesto contra la sentencia de la misma fecha, *Autogrill España/Comisión* (asunto T-219/10). En su Sentencia de 21 de diciembre de 2016, *Comisión/World Duty Free Group y otros* (asuntos acumulados C-20/15 P y C-21/15 P –NFJ064878–), el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante, TJUE) anuló ambas sentencias y devolvió el asunto al TGUE, que se ha pronunciado sobre las mismas el 15 de noviembre de 2018.

2. Doctrina del tribunal

Las demandantes invocaron tres motivos en apoyo de su recurso, basados en: a) la falta de selectividad de la medida controvertida; b) la incorrecta identificación de los beneficiarios de la medida controvertida; y c) la violación del principio de confianza legítima.

2.1. Falta de selectividad de la medida controvertida

Sobre el primer motivo de recurso (carácter selectivo de la medida controvertida), las demandantes alegaban lo siguiente: a) la falta de selectividad *prima facie* de la medida controvertida; b) una errónea identificación del marco de referencia; y c) el hecho de que la medida se justificaba por la naturaleza y la estructura del sistema fiscal en el que se enmarca (el español).

En cuanto a la ausencia de carácter selectivo en el sentido del artículo 107.1 del TFUE, los demandantes sostenían que cualquier empresa podía acceder al beneficio fiscal establecido en el artículo 12.5 del TRLIS.

Tradicionalmente, por lo que respecta al requisito de selectividad (en términos del artículo 107.1 del TFUE, «favoreciendo a determinadas empresas o producciones»), el TJUE ha considerado que la apreciación del cumplimiento de este requisito exige determinar si, en el marco

² Como sabemos, la calificación de una medida como «ayuda estatal» requiere que concurren los requisitos que se establecen en el artículo 107.1 del TFUE: «salvo que los tratados dispongan otra cosa, serán incompatibles con el mercado interior, en la medida en que afecten a los intercambios comerciales entre Estados miembros, las ayudas otorgadas por los Estados o mediante fondos estatales, bajo cualquier forma, que falseen o amenacen falsear la competencia, favoreciendo a determinadas empresas o producciones».

Santusa/Comisión (asunto T-399/11 –NFJ056280–), el Tribunal General de la Unión Europea (en adelante, TGUE) estimó el recurso de las demandantes, basándose en que la Comisión había aplicado erróneamente el requisito de selectividad establecido en el artículo 107.1 del TFUE². La Decisión 2011/5/CE (Primera Decisión) también fue anulada por el TGUE en su sentencia de la misma fecha, *Autogrill España/Comisión* (asunto T-219/10 –NFJ056281–).

Posteriormente, mediante escrito presentado el 19 de enero de 2015, la Comisión interpuso recurso de casación contra la Sentencia de 7 de noviembre de 2014, *Banco Santander y Santusa/Comisión* (asunto T-399/11), que fue acumulado al recurso de casación interpuesto contra la sentencia de la misma fecha, *Autogrill España/Comisión* (asunto T-219/10). En su Sentencia de 21 de diciembre de 2016, *Comisión/World Duty Free Group y otros* (asuntos acumulados C-20/15 P y C-21/15 P –NFJ064878–), el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante, TJUE) anuló ambas sentencias y devolvió el asunto al TGUE, que se ha pronunciado sobre las mismas el 15 de noviembre de 2018.

2. Doctrina del tribunal

Las demandantes invocaron tres motivos en apoyo de su recurso, basados en: a) la falta de selectividad de la medida controvertida; b) la incorrecta identificación de los beneficiarios de la medida controvertida; y c) la violación del principio de confianza legítima.

2.1. Falta de selectividad de la medida controvertida

Sobre el primer motivo de recurso (carácter selectivo de la medida controvertida), las demandantes alegaban lo siguiente: a) la falta de selectividad *prima facie* de la medida controvertida; b) una errónea identificación del marco de referencia; y c) el hecho de que la medida se justificaba por la naturaleza y la estructura del sistema fiscal en el que se enmarca (el español).

En cuanto a la ausencia de carácter selectivo en el sentido del artículo 107.1 del TFUE, los demandantes sostenían que cualquier empresa podía acceder al beneficio fiscal establecido en el artículo 12.5 del TRLIS.

Tradicionalmente, por lo que respecta al requisito de selectividad (en términos del artículo 107.1 del TFUE, «favoreciendo a determinadas empresas o producciones»), el TJUE ha considerado que la apreciación del cumplimiento de este requisito exige determinar si, en el marco

² Como sabemos, la calificación de una medida como «ayuda estatal» requiere que concurren los requisitos que se establecen en el artículo 107.1 del TFUE: «salvo que los tratados dispongan otra cosa, serán incompatibles con el mercado interior, en la medida en que afecten a los intercambios comerciales entre Estados miembros, las ayudas otorgadas por los Estados o mediante fondos estatales, bajo cualquier forma, que falseen o amenacen falsear la competencia, favoreciendo a determinadas empresas o producciones».

de referencia correspondiente, la medida nacional controvertida puede favorecer a determinadas empresas o producciones en relación con otras que se encuentran en una situación fáctica y jurídica comparable desde el punto de vista del objetivo perseguido por dicho régimen (y que, en consecuencia, reciben un trato diferenciado que puede calificarse de discriminatorio).

En sus Sentencias de 7 de noviembre de 2014, a las que hemos hecho referencia anteriormente, el TGUE consideró que no era posible afirmar que una medida consistente en una ventaja fiscal falseaba la competencia («favoreciendo a determinadas empresas o producciones») si todas las empresas sujetas al impuesto sobre sociedades en el Estado miembro en cuestión podían acceder a dicha ventaja, y que en este caso concreto resultaba imposible identificar una categoría de empresas excluida del disfrute de esa medida (o, en sentido contrario, una categoría de empresas a las que se reservase en exclusiva el disfrute de la misma). Así, en aquel momento, el TGUE llegó a la conclusión de que la Comisión, para calificar una determinada medida como controvertida, no podía limitarse a afirmar que la misma constituía una excepción al marco de referencia que únicamente había beneficiado a las empresas que realizaron las operaciones a las que se aplicaba.

Por su parte, el TJUE invalidó este razonamiento del TGUE por considerar que se estaba introduciendo una exigencia adicional que no se derivaba de su jurisprudencia; en particular, la de identificar una categoría particular de empresas que pudieran distinguirse por sus propiedades específicas. El TJUE entendió, en una interpretación más extensiva del concepto de ayuda de Estado, que un requisito de aplicación u obtención de una ayuda fiscal podía fundamentar el carácter selectivo de dicha ayuda si ese requisito llevaba a establecer una diferenciación entre empresas que se encuentran en una situación fáctica y jurídica comparable.

Ahora, el TGUE, siguiendo el razonamiento empleado por el TJUE, ha puesto énfasis en un concepto de selectividad basado en la distinción entre las empresas que optan por realizar ciertas operaciones y las que deciden por no realizarlas, y no ya tanto en la distinción entre empresas en función de sus características inherentes. Así, ha determinado que: «una medida fiscal nacional como la medida controvertida, que confiere una ventaja cuya obtención depende de la realización de una operación económica, puede ser selectiva incluso en el caso de que, dadas las características de la operación en cuestión, cualquier empresa pueda optar libremente por realizar tal operación».

Respecto a la errónea identificación del marco de referencia, las demandantes consideran que, mientras que las empresas españolas pueden acceder sin dificultad a una operación de reestructuración empresarial con otras sociedades residentes (y, en consecuencia, a amortizar el fondo de comercio resultante de la misma), sí se encuentran con problemas que les impiden realizar una combinación de empresas similar en las operaciones relativas a sociedades no residentes (que se ven agravados en los Estados que no son miembros de la Unión Europea). Entienden, entonces, que las empresas se encuentran en situaciones jurídicas y fácticas diferentes y que no cabe considerar que la medida controvertida introduzca una excepción al régimen común.

En las decisiones impugnadas (Primera y Segunda Decisión), la Comisión consideró que el marco de referencia pertinente, entendido este como el patrón a través del cual se evalúa la selectividad de una medida, era el régimen general español del impuesto sobre sociedades (y, en particular, las normas relativas a la amortización fiscal del fondo de comercio en él contenidas, que únicamente permite dicha amortización en el supuesto de combinación de empresas), entendiéndose que dicho marco no podía limitarse únicamente al tratamiento fiscal del fondo de comercio financiero establecido por el artículo 12.5 del TRLIS, pues el mismo únicamente beneficiaba a las adquisiciones de participaciones en sociedades no residentes.

Correspondía en este punto al TGUE determinar si la Comisión había aplicado correctamente las dos primeras etapas del tradicional método de análisis en tres etapas, esto es, la identificación de un régimen fiscal común (1.ª etapa) y la apreciación de una excepción a este régimen fiscal (2.ª etapa). Según este método de análisis en tres fases, una ventaja es selectiva cuando constituye una excepción al sistema de referencia pertinente, cuando no está abierta a todas las empresas que se encuentran en una situación comparable y cuando no encuentra justificación en la naturaleza o en la estructura general del sistema en que se inscribe.

Como acabamos de señalar, la Comisión utilizó como marco de referencia para su análisis el tratamiento fiscal del fondo de comercio (sin limitarse exclusivamente al tratamiento fiscal del fondo de comercio financiero contenido en el art. 12.5 TRLIS).

El TGUE considera que, en esta primera etapa, la Comisión actuó legítimamente al no limitar el examen del criterio de la selectividad, restringiéndolo exclusivamente a las adquisiciones de participaciones en sociedades no residentes, y al identificar como régimen normal el tratamiento fiscal del fondo de comercio (y no el fondo de comercio financiero que establecía la medida controvertida), pues el objetivo de su tratamiento fiscal guarda relación con su registro en la contabilidad de la empresa y, por el contrario, no tiene por objetivo compensar la existencia de obstáculos a las combinaciones transfronterizas de empresas o garantizar la igualdad de trato de los diferentes tipos de adquisiciones de participaciones y, por extensión, el marco de referencia no podía quedar limitado a la medida controvertida.

Sobre la segunda etapa, al considerar el TGUE que el argumento relativo a la existencia de obstáculos a las combinaciones transfronterizas era el objetivo de la medida controvertida y no del régimen general, determinó que esta establecía una excepción a este régimen.

Por último, en lo atinente a la justificación por la lógica del sistema fiscal español de la presunta excepción que supone la medida controvertida, las demandantes consideraban que esta permitía garantizar la neutralidad fiscal entre las operaciones de adquisición de participaciones en sociedades residentes y las de participaciones en sociedades no residentes.

En esta tercera etapa, aunque el TGUE considera que el principio de neutralidad fiscal (que impide que existan diferencias injustificadas entre empresas con el mismo perfil y que

ejercen la misma actividad) puede resultar incluso oportuno para justificar la diferenciación introducida por la medida controvertida, se hace necesario comprobar si, en su configuración práctica, dicha medida permite efectivamente garantizar la neutralidad fiscal.

Aunque, a juicio de las demandantes, la medida controvertida se basa en la premisa de que las empresas que desean realizar fusiones transfronterizas y no pueden hacerlo –por los obstáculos inherentes a estas combinaciones de empresas–, adquieren por defecto participaciones en sociedades no residentes, el TGUE considera que dicha premisa no resulta lo suficientemente acreditada. Dado que, a su juicio, a diferencia de una fusión, la adquisición de participaciones no conlleva la disolución de la sociedad adquirida, no puede presumirse que una empresa que no puede fusionarse con una sociedad adquirente vaya a adquirir sistemáticamente participaciones en dicha sociedad.

Además, entiende el TGUE que, presumiendo que la medida controvertida tuviera dicho efecto neutralizador, resulta desproporcionada desde el momento en que no todas las empresas que poseen participaciones de (al menos) un 5% (participación minoritaria) tienen necesariamente la intención de fusionarse con esas sociedades (y así amortizar el fondo de comercio).

2.2. Incorrecta identificación de los beneficiarios de la medida controvertida

Respecto al segundo motivo del recurso, antes señalado, basado en un posible error en la identificación del beneficiario de la medida controvertida, las demandantes entienden que la ventaja ofrecida por el artículo 12.5 del TRLIS no beneficiaba a las empresas sujetas al impuesto sobre sociedades español que adquirirían participaciones en sociedades residentes, sino a sus accionistas, que podían así vender a mejor precio sus participaciones.

Sobre este punto, el TGUE considera que no es posible presumir que la ventaja que procura la medida analizada se repercuta necesariamente en el precio de venta de las acciones de las sociedades adquiridas (pues no existía ningún mecanismo que garantizase que la ventaja se transfería –total o parcialmente– al vendedor de las participaciones en cuestión) y que, en consecuencia, las empresas sujetas al impuesto sobre sociedades en España y que adquirirían participaciones en sociedades no residentes eran las destinatarias inmediatas de la ayuda en cuestión y sus beneficiarias reales.

2.3. Violación del principio de confianza legítima

Finalmente, respecto al último de los motivos, basado en la violación del principio de protección de la confianza legítima (entendido este como corolario del principio de seguridad jurídica), las partes realizan dos imputaciones.

En primer lugar, aducen un error de derecho cometido por la Comisión al fijar incorrectamente la fecha de publicación de la Decisión de incoación del procedimiento (21 de diciembre de 2007) como fecha de referencia para determinar las ayudas que debían ser recuperadas, entendiéndolo que, al no utilizar como momento de referencia el de la publicación de la Decisión impugnada (11 de enero de 2011 y 21 de mayo de 2011, respectivamente), la Comisión violó el principio de confianza legítima.

En las decisiones impugnadas, la Comisión no ordenó que se recuperara la ayuda en lo que respecta a los beneficiarios de la medida controvertida que hubieran adquirido participaciones en una sociedad extranjera (o hubieran asumido el compromiso irrevocable de adquirirlas) hasta la fecha de publicación de la Decisión de incoación en el DOUE (21 de diciembre de 2007). Según la Comisión, la aplicación de este régimen transitorio se justificaba por el hecho de que ella había ofrecido garantías específicas, incondicionales y concordantes de una naturaleza tal que había dado lugar a que los beneficiarios de la medida controvertida albergaran esperanzas justificadas de que el régimen de amortización del fondo de comercio contenido en el artículo 12.5 del TRLIS no era contrario al derecho de la Unión Europea.

Sobre este punto, el TGUE entiende que, en el presente asunto, la Decisión de incoación bastaba para poner fin a la confianza legítima que las declaraciones de 19 de enero y 17 de febrero de 2006 –donde, tras las preguntas parlamentarias a las que hemos hecho referencia anteriormente, la Comisión había afirmado que las normas tributarias españolas relativas a la amortización del fondo de comercio financiero contenidas en el art. 12.5 TRLIS no parecían entrar en el ámbito de aplicación de las normas sobre ayudas estatales– hubieran podido generar en los beneficiarios de la medida controvertida, pues desde ese momento (la fecha de publicación de la Decisión de incoación) las empresas a las que se aplicaba (o podía aplicarse) el régimen controvertido podían adaptar su comportamiento a la nueva situación.

En segundo lugar, en el asunto T-399/11 RENV (NFJ071913), las demandantes impugnaban los requisitos que imponía la Comisión para permitir que, en determinados supuestos, se tomase como fecha de referencia para la determinación de las ayudas que debían recuperarse la de publicación de la Decisión impugnada. A su juicio, a un operador diligente le resultaba imposible prever la solución por la que finalmente optó la Comisión en el marco del régimen transitorio establecido en la Decisión impugnada.

La Comisión, además de no ordenar que se recuperase la ayuda en cuestión en lo que respecta a los beneficiarios de la medida controvertida que hubieran adquirido participaciones en una sociedad extranjera hasta el 21 de diciembre de 2007, tampoco ordenó la recuperación de esta ayuda a los beneficiarios de la medida controvertida que hubieran adquirido, a más tardar el 21 de mayo de 2011 (fecha de publicación de la Segunda Decisión), participaciones mayoritarias establecidas en China, India y en otros países en los que se hubiera demostrado (o se pudiera demostrar) la existencia de obstáculos jurídicos explícitos a las combinaciones transfronterizas de empresas.

La Comisión justificó la aplicación de tal régimen transitorio por considerar que, en su Decisión de 28 de octubre de 2009 (Primera Decisión), podía haber generado esperanzas fundadas en la inexistencia de ayuda estatal por lo que se refería a «las transacciones de empresas españolas en aquellos terceros países en los que existen "obstáculos jurídicos" explícitos a las combinaciones transfronterizas de empresas y en las que la empresa española en cuestión había adquirido una "mayoría del accionariado"».

Las demandantes consideraban que esa fecha debería haberse aplicado a todas las operaciones realizadas en países terceros, pues, a su entender, la confianza legítima generada no se limitaba únicamente a los supuestos que la Comisión seleccionó finalmente en la Decisión impugnada.

Este motivo también fue rechazado por el TGUE al entender que, como en la Decisión de 28 de octubre de 2009 la Comisión no había concluido, por lo que se refiere a las operaciones transfronterizas, que no existiera una ayuda incompatible con el mercado interior, sino que se había limitado a decidir continuar el procedimiento de investigación formal, persistían los efectos de la Decisión de incoación, que habían puesto fin a la confianza legítima que hubiera podido nacer con anterioridad al 21 de diciembre de 2007.

Al hilo de esta cuestión, el TGUE ha resuelto, en su Sentencia de 15 de noviembre de 2018, *Deutsche Telekom AG contra Comisión Europea* (asunto T-207/10 –NFJ071878–), el recurso presentado por Deutsche Telekom AG el 6 de mayo de 2010 donde se invocaba un único motivo de recurso en el que se alegaba la errónea aplicación del principio de protección de la confianza legítima en este ámbito.

La demandante sostenía que la Comisión estimó erróneamente que debía aplicar este principio de confianza legítima a determinados beneficiarios del régimen controvertido, pese a que no concurrían los requisitos para su aplicación, entendiéndose que se hubiera debido ordenar la recuperación de las ayudas otorgadas en virtud de este régimen, sin permitir que el mismo siguiera aplicándose para las adquisiciones de participaciones anteriores a la publicación de la Decisión de incoar el procedimiento de investigación formal en el DOUE (21 de diciembre de 2007).

En cuanto al derecho a invocar la confianza legítima, el TGUE recuerda que, atendiendo a lo dispuesto en la jurisprudencia del TJUE, deben darse tres requisitos acumulativos: a) la Administración debe haber ofrecido al interesado garantías precisas, incondicionales y concordantes, procedentes de fuentes autorizadas y fiables; b) estas deben ser de tal naturaleza que puedan suscitar una esperanza legítima en el ánimo de la persona a la que se dirigen; y c) deben ser conformes con las normas aplicables. Además, en algunas ocasiones, se ha aplicado por la jurisprudencia un requisito negativo, el interés público imperativo, de forma que es preciso que el mismo no exista para poder reconocer una confianza legítima. A este respecto, la demandante niega que se cumplan los dos primeros requisitos.

Por lo que respecta al primero de ellos (existencia de garantías precisas, incondicionales y concordantes), la demandante considera que las presuntas garantías ofrecidas por la Comisión deberían haber ido dirigidas a los beneficiarios del régimen controvertido (el Estado español), sin que sea este el caso de la respuesta de la Comisión a unas preguntas parlamentarias (que forman parte de una discusión jurídica entre instituciones, en particular, entre el Parlamento y la Comisión).

No obstante, y así lo entiende el TGUE, no se deduce de la jurisprudencia del TJUE que únicamente los actos de las instituciones específicamente dirigidos o destinados a unos operadores económicos determinados puedan suscitar en ellos una confianza legítima. Siendo así, y teniendo en cuenta que las respuestas de la Comisión se hicieron públicas, en contra de lo sostenido por la demandante, el Tribunal General afirma que «la naturaleza y el modo de publicación de las respuestas de la Comisión no permiten excluir que dichas respuestas pudieran ofrecer, por su propia naturaleza, garantías precisas a los beneficiarios del régimen controvertido. Por el contrario, tales respuestas podían reafirmar la confianza de los beneficiarios en la legalidad de dicho régimen».

Además, en lo atinente al segundo requisito, el TGUE considera, en contra de lo alegado por la demandante, que las respuestas de la Comisión en enero y febrero de 2006 a las preguntas parlamentarias a las que venimos haciendo referencia dieron a los beneficiarios del régimen controvertido garantías precisas de que dicho régimen no entraba en el ámbito de aplicación de las normas sobre ayudas de Estado y estaba constituido por reglas de amortización generales, aplicables a todas las empresas de España, por lo que la Comisión actuó legítimamente al afirmar en la Decisión impugnada que concurría este requisito para la aplicación del principio de protección de la confianza legítima.

En consecuencia, el TGUE ha confirmado la disposición de la Decisión de 2009 que permitía que esta medida fiscal española siguiera aplicándose durante todo el periodo de amortización a las adquisiciones (o a los compromisos de adquisición irrevocable) de participaciones realizadas antes del 21 de diciembre de 2007 (fecha de publicación en el DOUE de la Decisión de abrir el procedimiento de investigación formal) que, a causa de las respuestas dadas en ese sentido por la Comisión en 2006 a las preguntas parlamentarias antes señaladas, podían pensar legítimamente que dicha medida no constituía una ayuda de Estado.

3. Comentario crítico

Tras un largo periplo por las diferentes instituciones de la Unión Europea (en la Comisión desde 2007 –o incluso antes–, cuando decidió incoar el procedimiento de investigación formal recogido en el art. 108.2 TFUE –lo que culminó en la publicación de tres decisiones–, en el TGUE en 2014, cuando declaró que la Comisión había empleado un concepto equivocado de selectividad, y en el TJUE en 2016, cuando anuló estas sentencias del TGUE –al que

volvió a devolverle el asunto—), finalmente, en las Sentencias dictadas el 15 de noviembre de 2018 (asuntos T-227/10, T-239/11, T-405/11, T-406/11, T-219/10 RENV y T-399/11 RENV), el TGUE ha confirmado las dos decisiones de la Comisión en las que se declaraba que el régimen del fondo de comercio financiero contenido en nuestro antiguo artículo 12.5 del TRLIS era contrario al régimen de ayudas de Estado regulado en el artículo 107.1 del TFUE.

Así, tras estos pronunciamientos, el TGUE ha interpretado (restrictivamente) el concepto de ayuda de Estado, entendiendo que una medida fiscal puede ser selectiva incluso en el caso de que cualquier empresa pueda optar libremente por llevar a cabo la operación de la que depende la obtención de la ventaja ofrecida por esa medida. Este (nuevo) concepto de selectividad no atiende únicamente a la distinción entre empresas en función de sus características propias, sino que va más allá, extendiéndose a la diferenciación entre las empresas que optan por realizar ciertas operaciones y aquellas otras que optan por no efectuarlas.

A tenor de lo dispuesto en el artículo 56 del Estatuto del TJUE, «contra las resoluciones del Tribunal General que pongan fin al proceso, así como contra las que resuelvan parcialmente la cuestión de fondo o pongan fin a un incidente procesal relativo a una excepción de incompetencia o de inadmisibilidad, podrá interponerse recurso de casación ante el Tribunal de Justicia en un plazo de dos meses a partir de la notificación de la resolución impugnada».

Siendo así, en el momento de redactar estas páginas, consideramos posible, al menos desde un punto de vista teórico, que las sentencias analizadas sean recurridas ante el TJUE. No obstante, entendemos que, en la práctica, el recorrido de este posible recurso de casación ante el TJUE será limitado, pues el razonamiento seguido por el TGUE en las sentencias analizadas deriva, precisamente, de un pronunciamiento anterior del TJUE, que le ha hecho modificar su Decisión de 2014.

De ser así, aunque, como acabamos de señalar, es de esperar que el TJUE mantenga el razonamiento ya seguido en su Sentencia de 21 de diciembre de 2016 (en el que confirmaban las decisiones de la Comisión), quizás se profundice en la idea ya apuntada por el TGUE en virtud de la cual la medida controvertida podría estar justificada por el normal funcionamiento del sistema fiscal en el que la misma se inserta (y, en particular, para garantizar la neutralidad fiscal del mismo), debiendo determinarse entonces si la misma resulta o no proporcionada para la consecución del fin que se propone.

Además, junto con esta posibilidad de nueva interpretación por parte del TJUE de las dos primeras decisiones de la Comisión en segunda instancia, el TGUE deberá continuar con la tramitación de los recursos que están pendientes en relación con la Tercera Decisión, relativa a las adquisiciones de sociedades *holding* extranjeras, que en el momento de escribir estas páginas se encuentran pendientes de resolver.

de referencia correspondiente, la medida nacional controvertida puede favorecer a determinadas empresas o producciones en relación con otras que se encuentran en una situación fáctica y jurídica comparable desde el punto de vista del objetivo perseguido por dicho régimen (y que, en consecuencia, reciben un trato diferenciado que puede calificarse de discriminatorio).

En sus Sentencias de 7 de noviembre de 2014, a las que hemos hecho referencia anteriormente, el TGUE consideró que no era posible afirmar que una medida consistente en una ventaja fiscal falseaba la competencia («favoreciendo a determinadas empresas o producciones») si todas las empresas sujetas al impuesto sobre sociedades en el Estado miembro en cuestión podían acceder a dicha ventaja, y que en este caso concreto resultaba imposible identificar una categoría de empresas excluida del disfrute de esa medida (o, en sentido contrario, una categoría de empresas a las que se reservase en exclusiva el disfrute de la misma). Así, en aquel momento, el TGUE llegó a la conclusión de que la Comisión, para calificar una determinada medida como controvertida, no podía limitarse a afirmar que la misma constituía una excepción al marco de referencia que únicamente había beneficiado a las empresas que realizaron las operaciones a las que se aplicaba.

Por su parte, el TJUE invalidó este razonamiento del TGUE por considerar que se estaba introduciendo una exigencia adicional que no se derivaba de su jurisprudencia; en particular, la de identificar una categoría particular de empresas que pudieran distinguirse por sus propiedades específicas. El TJUE entendió, en una interpretación más extensiva del concepto de ayuda de Estado, que un requisito de aplicación u obtención de una ayuda fiscal podía fundamentar el carácter selectivo de dicha ayuda si ese requisito llevaba a establecer una diferenciación entre empresas que se encuentran en una situación fáctica y jurídica comparable.

Ahora, el TGUE, siguiendo el razonamiento empleado por el TJUE, ha puesto énfasis en un concepto de selectividad basado en la distinción entre las empresas que optan por realizar ciertas operaciones y las que deciden por no realizarlas, y no ya tanto en la distinción entre empresas en función de sus características inherentes. Así, ha determinado que: «una medida fiscal nacional como la medida controvertida, que confiere una ventaja cuya obtención depende de la realización de una operación económica, puede ser selectiva incluso en el caso de que, dadas las características de la operación en cuestión, cualquier empresa pueda optar libremente por realizar tal operación».

Respecto a la errónea identificación del marco de referencia, las demandantes consideran que, mientras que las empresas españolas pueden acceder sin dificultad a una operación de reestructuración empresarial con otras sociedades residentes (y, en consecuencia, a amortizar el fondo de comercio resultante de la misma), sí se encuentran con problemas que les impiden realizar una combinación de empresas similar en las operaciones relativas a sociedades no residentes (que se ven agravados en los Estados que no son miembros de la Unión Europea). Entienden, entonces, que las empresas se encuentran en situaciones jurídicas y fácticas diferentes y que no cabe considerar que la medida controvertida introduzca una excepción al régimen común.

En las decisiones impugnadas (Primera y Segunda Decisión), la Comisión consideró que el marco de referencia pertinente, entendido este como el patrón a través del cual se evalúa la selectividad de una medida, era el régimen general español del impuesto sobre sociedades (y, en particular, las normas relativas a la amortización fiscal del fondo de comercio en él contenidas, que únicamente permite dicha amortización en el supuesto de combinación de empresas), entendiéndose que dicho marco no podía limitarse únicamente al tratamiento fiscal del fondo de comercio financiero establecido por el artículo 12.5 del TRLIS, pues el mismo únicamente beneficiaba a las adquisiciones de participaciones en sociedades no residentes.

Correspondía en este punto al TGUE determinar si la Comisión había aplicado correctamente las dos primeras etapas del tradicional método de análisis en tres etapas, esto es, la identificación de un régimen fiscal común (1.ª etapa) y la apreciación de una excepción a este régimen fiscal (2.ª etapa). Según este método de análisis en tres fases, una ventaja es selectiva cuando constituye una excepción al sistema de referencia pertinente, cuando no está abierta a todas las empresas que se encuentran en una situación comparable y cuando no encuentra justificación en la naturaleza o en la estructura general del sistema en que se inscribe.

Como acabamos de señalar, la Comisión utilizó como marco de referencia para su análisis el tratamiento fiscal del fondo de comercio (sin limitarse exclusivamente al tratamiento fiscal del fondo de comercio financiero contenido en el art. 12.5 TRLIS).

El TGUE considera que, en esta primera etapa, la Comisión actuó legítimamente al no limitar el examen del criterio de la selectividad, restringiéndolo exclusivamente a las adquisiciones de participaciones en sociedades no residentes, y al identificar como régimen normal el tratamiento fiscal del fondo de comercio (y no el fondo de comercio financiero que establecía la medida controvertida), pues el objetivo de su tratamiento fiscal guarda relación con su registro en la contabilidad de la empresa y, por el contrario, no tiene por objetivo compensar la existencia de obstáculos a las combinaciones transfronterizas de empresas o garantizar la igualdad de trato de los diferentes tipos de adquisiciones de participaciones y, por extensión, el marco de referencia no podía quedar limitado a la medida controvertida.

Sobre la segunda etapa, al considerar el TGUE que el argumento relativo a la existencia de obstáculos a las combinaciones transfronterizas era el objetivo de la medida controvertida y no del régimen general, determinó que esta establecía una excepción a este régimen.

Por último, en lo atinente a la justificación por la lógica del sistema fiscal español de la presunta excepción que supone la medida controvertida, las demandantes consideraban que esta permitía garantizar la neutralidad fiscal entre las operaciones de adquisición de participaciones en sociedades residentes y las de participaciones en sociedades no residentes.

En esta tercera etapa, aunque el TGUE considera que el principio de neutralidad fiscal (que impide que existan diferencias injustificadas entre empresas con el mismo perfil y que

ejercen la misma actividad) puede resultar incluso oportuno para justificar la diferenciación introducida por la medida controvertida, se hace necesario comprobar si, en su configuración práctica, dicha medida permite efectivamente garantizar la neutralidad fiscal.

Aunque, a juicio de las demandantes, la medida controvertida se basa en la premisa de que las empresas que desean realizar fusiones transfronterizas y no pueden hacerlo –por los obstáculos inherentes a estas combinaciones de empresas–, adquieren por defecto participaciones en sociedades no residentes, el TGUE considera que dicha premisa no resulta lo suficientemente acreditada. Dado que, a su juicio, a diferencia de una fusión, la adquisición de participaciones no conlleva la disolución de la sociedad adquirida, no puede presumirse que una empresa que no puede fusionarse con una sociedad adquirente vaya a adquirir sistemáticamente participaciones en dicha sociedad.

Además, entiende el TGUE que, presumiendo que la medida controvertida tuviera dicho efecto neutralizador, resulta desproporcionada desde el momento en que no todas las empresas que poseen participaciones de (al menos) un 5% (participación minoritaria) tienen necesariamente la intención de fusionarse con esas sociedades (y así amortizar el fondo de comercio).

2.2. Incorrecta identificación de los beneficiarios de la medida controvertida

Respecto al segundo motivo del recurso, antes señalado, basado en un posible error en la identificación del beneficiario de la medida controvertida, las demandantes entienden que la ventaja ofrecida por el artículo 12.5 del TRLIS no beneficiaba a las empresas sujetas al impuesto sobre sociedades español que adquirirían participaciones en sociedades residentes, sino a sus accionistas, que podían así vender a mejor precio sus participaciones.

Sobre este punto, el TGUE considera que no es posible presumir que la ventaja que procura la medida analizada se repercuta necesariamente en el precio de venta de las acciones de las sociedades adquiridas (pues no existía ningún mecanismo que garantizase que la ventaja se transfería –total o parcialmente– al vendedor de las participaciones en cuestión) y que, en consecuencia, las empresas sujetas al impuesto sobre sociedades en España y que adquirirían participaciones en sociedades no residentes eran las destinatarias inmediatas de la ayuda en cuestión y sus beneficiarias reales.

2.3. Violación del principio de confianza legítima

Finalmente, respecto al último de los motivos, basado en la violación del principio de protección de la confianza legítima (entendido este como corolario del principio de seguridad jurídica), las partes realizan dos imputaciones.

En primer lugar, aducen un error de derecho cometido por la Comisión al fijar incorrectamente la fecha de publicación de la Decisión de incoación del procedimiento (21 de diciembre de 2007) como fecha de referencia para determinar las ayudas que debían ser recuperadas, entendiéndolo que, al no utilizar como momento de referencia el de la publicación de la Decisión impugnada (11 de enero de 2011 y 21 de mayo de 2011, respectivamente), la Comisión violó el principio de confianza legítima.

En las decisiones impugnadas, la Comisión no ordenó que se recuperara la ayuda en lo que respecta a los beneficiarios de la medida controvertida que hubieran adquirido participaciones en una sociedad extranjera (o hubieran asumido el compromiso irrevocable de adquirirlas) hasta la fecha de publicación de la Decisión de incoación en el DOUE (21 de diciembre de 2007). Según la Comisión, la aplicación de este régimen transitorio se justificaba por el hecho de que ella había ofrecido garantías específicas, incondicionales y concordantes de una naturaleza tal que había dado lugar a que los beneficiarios de la medida controvertida albergaran esperanzas justificadas de que el régimen de amortización del fondo de comercio contenido en el artículo 12.5 del TRLIS no era contrario al derecho de la Unión Europea.

Sobre este punto, el TGUE entiende que, en el presente asunto, la Decisión de incoación bastaba para poner fin a la confianza legítima que las declaraciones de 19 de enero y 17 de febrero de 2006 –donde, tras las preguntas parlamentarias a las que hemos hecho referencia anteriormente, la Comisión había afirmado que las normas tributarias españolas relativas a la amortización del fondo de comercio financiero contenidas en el art. 12.5 TRLIS no parecían entrar en el ámbito de aplicación de las normas sobre ayudas estatales– hubieran podido generar en los beneficiarios de la medida controvertida, pues desde ese momento (la fecha de publicación de la Decisión de incoación) las empresas a las que se aplicaba (o podía aplicarse) el régimen controvertido podían adaptar su comportamiento a la nueva situación.

En segundo lugar, en el asunto T-399/11 RENV (NFJ071913), las demandantes impugnaban los requisitos que imponía la Comisión para permitir que, en determinados supuestos, se tomase como fecha de referencia para la determinación de las ayudas que debían recuperarse la de publicación de la Decisión impugnada. A su juicio, a un operador diligente le resultaba imposible prever la solución por la que finalmente optó la Comisión en el marco del régimen transitorio establecido en la Decisión impugnada.

La Comisión, además de no ordenar que se recuperase la ayuda en cuestión en lo que respecta a los beneficiarios de la medida controvertida que hubieran adquirido participaciones en una sociedad extranjera hasta el 21 de diciembre de 2007, tampoco ordenó la recuperación de esta ayuda a los beneficiarios de la medida controvertida que hubieran adquirido, a más tardar el 21 de mayo de 2011 (fecha de publicación de la Segunda Decisión), participaciones mayoritarias establecidas en China, India y en otros países en los que se hubiera demostrado (o se pudiera demostrar) la existencia de obstáculos jurídicos explícitos a las combinaciones transfronterizas de empresas.

La Comisión justificó la aplicación de tal régimen transitorio por considerar que, en su Decisión de 28 de octubre de 2009 (Primera Decisión), podía haber generado esperanzas fundadas en la inexistencia de ayuda estatal por lo que se refería a «las transacciones de empresas españolas en aquellos terceros países en los que existen "obstáculos jurídicos" explícitos a las combinaciones transfronterizas de empresas y en las que la empresa española en cuestión había adquirido una "mayoría del accionariado"».

Las demandantes consideraban que esa fecha debería haberse aplicado a todas las operaciones realizadas en países terceros, pues, a su entender, la confianza legítima generada no se limitaba únicamente a los supuestos que la Comisión seleccionó finalmente en la Decisión impugnada.

Este motivo también fue rechazado por el TGUE al entender que, como en la Decisión de 28 de octubre de 2009 la Comisión no había concluido, por lo que se refiere a las operaciones transfronterizas, que no existiera una ayuda incompatible con el mercado interior, sino que se había limitado a decidir continuar el procedimiento de investigación formal, persistían los efectos de la Decisión de incoación, que habían puesto fin a la confianza legítima que hubiera podido nacer con anterioridad al 21 de diciembre de 2007.

Al hilo de esta cuestión, el TGUE ha resuelto, en su Sentencia de 15 de noviembre de 2018, *Deutsche Telekom AG contra Comisión Europea* (asunto T-207/10 –NFJ071878–), el recurso presentado por Deutsche Telekom AG el 6 de mayo de 2010 donde se invocaba un único motivo de recurso en el que se alegaba la errónea aplicación del principio de protección de la confianza legítima en este ámbito.

La demandante sostenía que la Comisión estimó erróneamente que debía aplicar este principio de confianza legítima a determinados beneficiarios del régimen controvertido, pese a que no concurrían los requisitos para su aplicación, entendiendo que se hubiera debido ordenar la recuperación de las ayudas otorgadas en virtud de este régimen, sin permitir que el mismo siguiera aplicándose para las adquisiciones de participaciones anteriores a la publicación de la Decisión de incoar el procedimiento de investigación formal en el DOUE (21 de diciembre de 2007).

En cuanto al derecho a invocar la confianza legítima, el TGUE recuerda que, atendiendo a lo dispuesto en la jurisprudencia del TJUE, deben darse tres requisitos acumulativos: a) la Administración debe haber ofrecido al interesado garantías precisas, incondicionales y concordantes, procedentes de fuentes autorizadas y fiables; b) estas deben ser de tal naturaleza que puedan suscitar una esperanza legítima en el ánimo de la persona a la que se dirigen; y c) deben ser conformes con las normas aplicables. Además, en algunas ocasiones, se ha aplicado por la jurisprudencia un requisito negativo, el interés público imperativo, de forma que es preciso que el mismo no exista para poder reconocer una confianza legítima. A este respecto, la demandante niega que se cumplan los dos primeros requisitos.

Por lo que respecta al primero de ellos (existencia de garantías precisas, incondicionales y concordantes), la demandante considera que las presuntas garantías ofrecidas por la Comisión deberían haber ido dirigidas a los beneficiarios del régimen controvertido (el Estado español), sin que sea este el caso de la respuesta de la Comisión a unas preguntas parlamentarias (que forman parte de una discusión jurídica entre instituciones, en particular, entre el Parlamento y la Comisión).

No obstante, y así lo entiende el TGUE, no se deduce de la jurisprudencia del TJUE que únicamente los actos de las instituciones específicamente dirigidos o destinados a unos operadores económicos determinados puedan suscitar en ellos una confianza legítima. Siendo así, y teniendo en cuenta que las respuestas de la Comisión se hicieron públicas, en contra de lo sostenido por la demandante, el Tribunal General afirma que «la naturaleza y el modo de publicación de las respuestas de la Comisión no permiten excluir que dichas respuestas pudieran ofrecer, por su propia naturaleza, garantías precisas a los beneficiarios del régimen controvertido. Por el contrario, tales respuestas podían reafirmar la confianza de los beneficiarios en la legalidad de dicho régimen».

Además, en lo atinente al segundo requisito, el TGUE considera, en contra de lo alegado por la demandante, que las respuestas de la Comisión en enero y febrero de 2006 a las preguntas parlamentarias a las que venimos haciendo referencia dieron a los beneficiarios del régimen controvertido garantías precisas de que dicho régimen no entraba en el ámbito de aplicación de las normas sobre ayudas de Estado y estaba constituido por reglas de amortización generales, aplicables a todas las empresas de España, por lo que la Comisión actuó legítimamente al afirmar en la Decisión impugnada que concurría este requisito para la aplicación del principio de protección de la confianza legítima.

En consecuencia, el TGUE ha confirmado la disposición de la Decisión de 2009 que permitía que esta medida fiscal española siguiera aplicándose durante todo el periodo de amortización a las adquisiciones (o a los compromisos de adquisición irrevocable) de participaciones realizadas antes del 21 de diciembre de 2007 (fecha de publicación en el DOUE de la Decisión de abrir el procedimiento de investigación formal) que, a causa de las respuestas dadas en ese sentido por la Comisión en 2006 a las preguntas parlamentarias antes señaladas, podían pensar legítimamente que dicha medida no constituía una ayuda de Estado.

3. Comentario crítico

Tras un largo periplo por las diferentes instituciones de la Unión Europea (en la Comisión desde 2007 –o incluso antes–, cuando decidió incoar el procedimiento de investigación formal recogido en el art. 108.2 TFUE –lo que culminó en la publicación de tres decisiones–, en el TGUE en 2014, cuando declaró que la Comisión había empleado un concepto equivocado de selectividad, y en el TJUE en 2016, cuando anuló estas sentencias del TGUE –al que

volvió a devolverle el asunto—), finalmente, en las Sentencias dictadas el 15 de noviembre de 2018 (asuntos T-227/10, T-239/11, T-405/11, T-406/11, T-219/10 RENV y T-399/11 RENV), el TGUE ha confirmado las dos decisiones de la Comisión en las que se declaraba que el régimen del fondo de comercio financiero contenido en nuestro antiguo artículo 12.5 del TRLIS era contrario al régimen de ayudas de Estado regulado en el artículo 107.1 del TFUE.

Así, tras estos pronunciamientos, el TGUE ha interpretado (restrictivamente) el concepto de ayuda de Estado, entendiendo que una medida fiscal puede ser selectiva incluso en el caso de que cualquier empresa pueda optar libremente por llevar a cabo la operación de la que depende la obtención de la ventaja ofrecida por esa medida. Este (nuevo) concepto de selectividad no atiende únicamente a la distinción entre empresas en función de sus características propias, sino que va más allá, extendiéndose a la diferenciación entre las empresas que optan por realizar ciertas operaciones y aquellas otras que optan por no efectuarlas.

A tenor de lo dispuesto en el artículo 56 del Estatuto del TJUE, «contra las resoluciones del Tribunal General que pongan fin al proceso, así como contra las que resuelvan parcialmente la cuestión de fondo o pongan fin a un incidente procesal relativo a una excepción de incompetencia o de inadmisibilidad, podrá interponerse recurso de casación ante el Tribunal de Justicia en un plazo de dos meses a partir de la notificación de la resolución impugnada».

Siendo así, en el momento de redactar estas páginas, consideramos posible, al menos desde un punto de vista teórico, que las sentencias analizadas sean recurridas ante el TJUE. No obstante, entendemos que, en la práctica, el recorrido de este posible recurso de casación ante el TJUE será limitado, pues el razonamiento seguido por el TGUE en las sentencias analizadas deriva, precisamente, de un pronunciamiento anterior del TJUE, que le ha hecho modificar su Decisión de 2014.

De ser así, aunque, como acabamos de señalar, es de esperar que el TJUE mantenga el razonamiento ya seguido en su Sentencia de 21 de diciembre de 2016 (en el que confirmaban las decisiones de la Comisión), quizás se profundice en la idea ya apuntada por el TGUE en virtud de la cual la medida controvertida podría estar justificada por el normal funcionamiento del sistema fiscal en el que la misma se inserta (y, en particular, para garantizar la neutralidad fiscal del mismo), debiendo determinarse entonces si la misma resulta o no proporcionada para la consecución del fin que se propone.

Además, junto con esta posibilidad de nueva interpretación por parte del TJUE de las dos primeras decisiones de la Comisión en segunda instancia, el TGUE deberá continuar con la tramitación de los recursos que están pendientes en relación con la Tercera Decisión, relativa a las adquisiciones de sociedades *holding* extranjeras, que en el momento de escribir estas páginas se encuentran pendientes de resolver.