SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA (Sala Segunda)
de 10 de enero de 2006 *

En el asunto C-222/04,

que tiene por objeto una petición de decisión prejudicial, con arreglo al artículo 234 CE, planteada por la Corte suprema di cassazione (Italia), mediante resolución de 23 de marzo de 2004, recibida en el Tribunal de Justicia el 28 de mayo de 2004, en el procedimiento entre

Ministero dell'Economia e delle Finanze

y

Cassa di Risparmio di Firenze SpA,

Fondazione Cassa di Risparmio di San Miniato,

Cassa di Risparmio di San Miniato SpA,

* Lengua de procedimiento: italiano.

EL TRIBUNAL DE JUSTICIA (Sala Segunda),

integrado por el Sr. C.W.A. Timmermans, Presidente de Sala, y los Sres. C. Gulmann (Ponente) y R. Schintgen, la Sra. R. Silva de Lapuerta y el Sr. G. Arestis, Jueces;

Abogado General: Sr. F.G. Jacobs;

Secretaria: Sra. M. Ferreira, administradora principal;

habiendo considerado los escritos obrantes en autos y celebrada la vista el 7 de julio de 2005;

consideradas las observaciones escritas presentadas:

- en nombre de Cassa di Risparmio di Firenze SpA, por los Sres. P. Russo y G. Morbidelli, avvocati;

- en nombre de Fondazione Cassa di Risparmio di San Miniato y Cassa di Risparmio di San Miniato SpA, por los Sres. A. Rossi y G. Roberti, avvocati;

- en nombre del Gobierno italiano, por el Sr. I.M. Braguglia, en calidad de agente, asistido por el Sr. P. Gentili, avvocato dello Stato;

— en nombre de la Comisión de las Comunidades Europeas, por los Sres. R. Lyal y V. Di Bucci, en calidad de agentes;

oídas las conclusiones del Abogado General, presentadas en audiencia pública el 27 de octubre de 2005;

dicta la siguiente

Sentencia

- 1 La petición de decisión prejudicial tiene por objeto la interpretación de los artículos 12 CE, 43 CE y siguientes, 56 CE y siguientes, 87 CE y 88 CE, así como la validez de la Decisión 2003/146/CE de la Comisión, de 22 de agosto de 2002, sobre las medidas fiscales para las fundaciones bancarias ejecutadas por Italia (DO 2003, L 55, p. 56).

- 2 Dicha petición se planteó en el marco de un litigio entre Cassa di Risparmio di Firenze SpA (en lo sucesivo, «Cassa di Risparmio di Firenze»), Fondazione Cassa di Risparmio di San Miniato y Cassa di Risparmio di San Miniato SpA (en lo sucesivo, «Cassa di Risparmio di San Miniato»), todas ellas con domicilio social en Italia, y el Ministero dell'Economia e delle Finanze (Ministerio de Economía y Hacienda italiano), relativo a una solicitud de Fondazione Cassa di Risparmio di San Miniato de reconocimiento de una exención de retención fiscal sobre los dividendos del ejercicio 1998.

I. Marco jurídico nacional

- 3 En Italia, los dividendos distribuidos por las sociedades por acciones están sujetos a una retención a cuenta, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 1 de la Ley nº 1745, de 29 de diciembre de 1962, por la que se establecen retenciones a cuenta o liberatorias sobre los dividendos distribuidos por las sociedades y se modifica la normativa relativa al carácter nominativo obligatorio de las acciones (GURI nº 5, de 7 de enero de 1963, p. 61), en su versión modificada por el Decreto-ley nº 22, de 21 de febrero de 1967, sobre nuevas disposiciones en materia de retenciones a cuenta o liberatorias sobre los dividendos distribuidos por las sociedades (GURI nº 47, de 22 de febrero de 1967, p. 1012), convalidado, con modificaciones, mediante la Ley nº 209, de 21 de abril de 1967 (GURI nº 101, de 22 de abril de 1967, p. 2099) (en lo sucesivo, «Ley nº 1745/62»).
- 4 El artículo 10 de la Ley nº 1745/62 prevé que los dividendos percibidos por agrupaciones de personas o comunidades de bienes no sujetas al impuesto sobre sociedades, debido a que no se incluyen en su ámbito de aplicación, y por los sujetos pasivos obligados a presentar declaración pero exentos de dicho impuesto, serán objeto de una retención liberatoria del 30% en lugar de la retención a cuenta prevista en el artículo 1 de dicha Ley.
- 5 El artículo 10 *bis* de la Ley nº 1745/62 exonera de la retención prevista en el artículo 10 a los dividendos percibidos por personas jurídicas de Derecho público o fundaciones exentas del impuesto sobre sociedades que persigan exclusivamente objetivos de beneficencia, educación, enseñanza, estudio e investigación científica.
- 6 El artículo 6 del Decreto del Presidente de la República nº 601, de 29 de septiembre de 1973, sobre beneficios fiscales (suplemento ordinario a la GURI nº 268, de 16 de octubre de 1973, p. 3; en lo sucesivo, «Decreto nº 601/73»), prevé una reducción del

50 % en la cuota del impuesto sobre la renta de las personas jurídicas a favor de las entidades y establecimientos de asistencia social; mutualidades; centros hospitalarios; entidades asistenciales y benéficas; establecimientos de enseñanza, estudio e investigación de interés general y sin ánimo de lucro; asociaciones científicas; academias; fundaciones y asociaciones históricas, literarias, científicas, de experimentación y de investigación que persigan exclusivamente objetivos culturales, y entidades con fines legalmente asimilados a los de beneficencia o enseñanza.

- 7 La Ley nº 218, de 30 de julio de 1990, que establece disposiciones en materia de reestructuración y fortalecimiento patrimonial de las entidades de crédito de Derecho público (GURI nº 182, de 6 de agosto de 1990, p. 8; en lo sucesivo, «Ley nº 218/90») y el Decreto legislativo nº 356, de 20 de noviembre de 1990, sobre reestructuración y regulación del grupo crediticio (suplemento ordinario a la GURI nº 282, de 3 de diciembre de 1990, p. 5; en lo sucesivo, «Decreto nº 356/90»), iniciaron un proceso de privatización del sistema bancario público italiano.

- 8 El artículo 1 del Decreto nº 356/90 estableció, en particular, la posibilidad de que las entidades de crédito públicas, incluidas las cajas de ahorro, aportasen el negocio bancario a una sociedad anónima constituida por ellas mismas. El organismo aportante, denominado en la práctica «fundación bancaria» (en lo sucesivo, «fundación bancaria»), se convertía en el accionista único de dicha sociedad (en lo sucesivo, «sociedad bancaria»), cuyo objeto consistía en desarrollar la actividad bancaria anteriormente ejercida por la entidad de crédito pública.

- 9 El artículo 11 del mismo Decreto señalaba que las fundaciones bancarias se regirían por lo dispuesto en dicho Decreto y por sus estatutos, estarían dotadas de plena capacidad jurídica de Derecho público y privado y continuarían sujetas a las disposiciones legales relativas al nombramiento de sus órganos de administración y control.

- 10 El artículo 12 precisaba que, dado que la dotación de las fundaciones bancarias no era de carácter societario, éstas debían perseguir objetivos de interés público y de utilidad social, principalmente en los sectores de la investigación científica, la educación, el arte y la sanidad, pudiendo también conservar los fines iniciales de asistencia y de tutela de categorías sociales desfavorecidas.
- 11 El mismo artículo añadía, en particular, lo siguiente:
- Las fundaciones bancarias podían realizar todas las operaciones financieras, comerciales, inmobiliarias y mobiliarias necesarias u oportunas para la consecución de dichos objetivos.
 - Las citadas fundaciones administraban su participación accionarial en la sociedad bancaria mientras continuasen siendo titulares de la misma.
 - No obstante, se les prohibía el ejercicio directo de cualquier actividad bancaria y la tenencia de participaciones de control en entidades de crédito o financieras distintas de la sociedad bancaria.
 - En cambio, estaban facultadas para adquirir y enajenar participaciones minoritarias en otras entidades de crédito o financieras.
 - Con carácter transitorio, a fin de garantizar la continuidad operativa entre la fundación bancaria y la sociedad bancaria, se disponía que los miembros del

comité de dirección u órgano equivalente y los del órgano de control de la primera debían ser nombrados, respectivamente, miembros del consejo de administración y del comité de vigilancia de la segunda.

- Las fundaciones bancarias debían destinar un porcentaje determinado de los ingresos procedentes de sus participaciones en las sociedades bancarias a dotar una reserva destinada a la suscripción de ampliaciones de capital de estas sociedades.

- Dicha reserva podía invertirse en valores de las sociedades participadas por las fundaciones bancarias o en valores emitidos o garantizados por el Estado.

- Las fundaciones bancarias podían contraer deudas frente a las sociedades bancarias o recibir garantías de las mismas dentro de unos límites preestablecidos.

12 Con arreglo al artículo 13 del Decreto n° 356/90:

- La venta al público de las acciones de las sociedades bancarias tenía que realizarse mediante oferta pública de venta.

- Podían venderse libremente en Bolsa acciones cotizadas hasta un límite global del 1 % del capital de la sociedad bancaria.

- La venta a través de cualquier otro procedimiento estaba sujeta a la autorización del Ministerio de Hacienda.

 - Era necesario contar con la aprobación, mediante decreto, del Ministerio de Hacienda para realizar una enajenación o cualquier otra operación, a resultas de la cual la fundación bancaria perdiera, aunque fuera temporalmente, el control de la mayoría de las acciones con derecho de voto en la junta general ordinaria de la sociedad bancaria.

 - La fundación bancaria que hubiera enajenado la participación de control podía adquirir otra participación de control en una sociedad bancaria con autorización previa, mediante decreto, del Ministerio de Hacienda.
- 13 El artículo 14 del Decreto nº 356/90 sometía a las fundaciones bancarias a la supervisión del Ministerio de Hacienda, al que debían enviar sus previsiones presupuestarias y sus cuentas anuales.
- 14 Con arreglo a dicho precepto:
- Las fundaciones bancarias tenían también que comunicar al Ministerio de Hacienda y al Banco de Italia toda la información, incluso de carácter periódico, que se les requiriese.

 - El Ministerio de Hacienda podía llevar a cabo inspecciones.

- 15 El artículo 1, apartado 7 *bis*, del Decreto-ley nº 332, de 31 de mayo de 1994, relativo a la aceleración de los procedimientos de venta de las participaciones del Estado y de los organismos públicos en las sociedades por acciones (GURI nº 126, de 1de junio de 1994, p. 38), convalidado, con modificaciones, por la Ley nº 474, de 30 de julio de 1994 (GURI nº 177, de 30 de julio de 1994, p. 5), derogó las disposiciones del artículo 13 del Decreto nº 356/90, mencionadas en el apartado 12 de la presente sentencia, que requerían la aprobación del Ministerio de Hacienda para, por una parte, cualquier operación que provocase la pérdida por parte de la fundación bancaria del control de la sociedad bancaria y, por otra, la adquisición de otra participación de control en una sociedad bancaria.
- 16 El régimen establecido por la Ley nº 218/90 y el Decreto nº 356/90 fue reformado por la Ley nº 461, de 23 de diciembre de 1998, por la que se habilita al Gobierno para proceder a la reordenación de la normativa civil y fiscal de los organismos aportantes mencionados en el artículo 11, apartado 1, del Decreto Legislativo nº 356, de 20 de noviembre de 1990, así como del régimen fiscal de las operaciones de reestructuración bancaria (GURI nº 4, de 7 de enero de 1999, p. 4; en lo sucesivo, «Ley nº 461/98»), y por el Decreto Legislativo nº 153, de 17 de mayo de 1999, por el que se establece, de conformidad con el artículo 1 de la Ley nº 461, de 23 de diciembre de 1998, la normativa civil y fiscal de los organismos aportantes mencionados en el artículo 11, apartado 1, del Decreto Legislativo nº 356, de 20 de noviembre de 1990, y el régimen fiscal de las operaciones de reestructuración bancaria (GURI nº 125, de 31 de mayo de 1999, p. 4; en lo sucesivo, «Decreto nº 153/99»).
- 17 El artículo 30 del Decreto nº 153/99 derogó, en particular, los artículos 11, 12, 13 y 14 del Decreto nº 356/90.
- 18 El artículo 1 del Decreto nº 153/99, que adopta la denominación usada en la práctica, señala que debe entenderse por «fundación» el organismo que haya efectuado la aportación del negocio bancario en el sentido del Decreto nº 356/90.

19 El artículo 2, apartado 1, del Decreto nº 153/99 dispone:

- Las fundaciones bancarias son personas jurídicas de Derecho privado sin fines lucrativos, dotadas de plena autonomía estatutaria y de gestión.

- Dichas entidades persiguen exclusivamente objetivos de utilidad social y de promoción del desarrollo económico, de conformidad con lo dispuesto en sus respectivos estatutos.

20 El artículo 3 añade:

- Las fundaciones bancarias persiguen sus objetivos específicos a través de cualesquiera medios compatibles con su naturaleza jurídica, tal como ésta se define en el artículo 2.

- Las citadas fundaciones operan con arreglo a criterios de gestión rentable.

- Sólo pueden administrar empresas instrumentales que contribuyan directamente a la consecución de sus objetivos estatutarios y que operen exclusivamente en los sectores relevantes.

- No están autorizadas para ejercer actividades bancarias.

— Se les prohíbe financiar o subvencionar, directa o indirectamente, a entidades con fines lucrativos o a empresas de cualquier tipo, con excepción de las empresas instrumentales y las cooperativas sociales.

- 21 Los «sectores relevantes» por los que se podía optar, conforme al artículo 1 del Decreto n° 153/99 en su versión original, eran los siguientes: investigación científica, educación, arte, conservación y fomento de bienes y actividades culturales y de los recursos medioambientales, sanidad y asistencia a categorías sociales desfavorecidas.
- 22 Tras la modificación de esta disposición por el artículo 11 de la Ley n° 448, de 28 de diciembre de 2001, relativa al presupuesto anual y plurianual del Estado (Ley de presupuestos de 2002) (suplemento ordinario a la GURI n° 301, de 29 de diciembre de 2001, p. 1; en lo sucesivo, «Ley n° 448/01»), los sectores relevantes que pueden seleccionarse actualmente son los siguientes: familia y valores afines; educación y formación de jóvenes; educación, enseñanza y formación, incluida la adquisición de productos editoriales para la escuela; voluntariado, filantropía y beneficencia; religión y desarrollo espiritual; asistencia a las personas mayores; derechos sociales; prevención de la delincuencia y seguridad pública; seguridad alimentaria y agricultura de calidad; desarrollo local y promoción de viviendas de protección oficial a escala local; protección de los consumidores; protección civil; sanidad; medicina preventiva y curativa; actividades deportivas; prevención y tratamiento de toxicomanías; patologías y alteraciones psíquicas y mentales; investigación científica y tecnológica; protección y calidad del medioambiente; arte, actividades y bienes culturales.
- 23 Conforme al tenor original del artículo 4, apartado 3, del Decreto n° 153/99, se prohibía que los miembros del órgano de administración de la fundación formasen parte del consejo de administración de la sociedad bancaria.

24 En su versión modificada por la Ley nº 350, de 24 de diciembre de 2003, 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, p. 1), ese mismo precepto señala:

- Las personas que ejerzan funciones de administración, dirección o control en la fundación bancaria no podrán asumir funciones análogas en la sociedad bancaria o en las sociedades controladas o participadas por ésta.

- Las personas que ejerzan funciones de asesoramiento en la fundación bancaria no podrán asumir funciones de administración, dirección o control en la sociedad bancaria.

25 La redacción original del artículo 5, apartado 1, del Decreto nº 153/99 establecía que el patrimonio de la fundación bancaria estaba totalmente vinculado a la consecución de sus objetivos estatutarios y que, a la hora de administrarlo, las fundaciones bancarias debían aplicar criterios prudenciales de riesgo con el fin de conservar su valor y de obtener una rentabilidad satisfactoria. El artículo 11 de la Ley nº 448/01 añadió posteriormente a lo anterior que dicho patrimonio ha de ser gestionado de forma coherente con la naturaleza de la fundaciones bancarias en tanto que entidades sin fines lucrativos, que operan ateniéndose a principios de transparencia y honestidad.

26 El artículo 6, apartado 1, del Decreto nº 153/99 dispone que las fundaciones bancarias únicamente pueden poseer participaciones de control en entidades y sociedades cuyo objeto exclusivo sea la gestión de empresas instrumentales.

27 Por lo que respecta a su participación en las sociedades bancarias, la redacción original del artículo 25, apartados 1 y 2, establecía lo siguiente:

- Las participaciones de control en esas sociedades podían conservarse, con vistas a su enajenación, durante un plazo de cuatro años a partir de la fecha de entrada en vigor del Decreto.

- En caso de no haberse enajenado dentro de dicho plazo, las participaciones podían conservarse durante un período adicional no superior a dos años.

- Las participaciones de control en sociedades no bancarias, salvo las mantenidas por las fundaciones bancarias en empresas instrumentales, debían enajenarse dentro del plazo que, teniendo en cuenta la necesidad de salvaguardar el valor del patrimonio, señalara la autoridad de vigilancia y, en cualquier caso, al término del plazo de cuatro años establecido.

28 A raíz de la modificación de estas disposiciones por el artículo 11 de la Ley nº 448/01 y posteriormente por el artículo 4 del Decreto-ley nº 143, de 24 de junio de 2003 (GURI nº 144, de 24 de junio de 2003), convalidado, con modificaciones, mediante la Ley nº 212, de 1 de agosto de 2003 (suplemento ordinario a la GURI nº 185, de 11 de agosto de 2003) (en lo sucesivo, «Decreto-ley nº 143/03»), se dispuso lo siguiente:

- El plazo máximo de cuatro años para la enajenación de las participaciones de control se sustituye por la fecha límite de 31 de diciembre de 2005.

- Se introduce la posibilidad de depositar las participaciones en sociedades de gestión del ahorro, seleccionadas mediante procedimientos de licitación, que se encarguen de administrar en su propio nombre estas participaciones con arreglo a criterios de profesionalidad e independencia, conservando las fundaciones bancarias en ciertos casos la facultad de dar instrucciones sobre su representación en juntas generales extraordinarias. En este supuesto, la enajenación de las participaciones debe producirse, a más tardar, al final del tercer año siguiente al 31 de diciembre de 2005.

 - El Ministerio de Economía y Hacienda y el Banco de Italia ejercerán las facultades que les confieren las disposiciones aplicables en materia bancaria y crediticia.

 - Las participaciones de control en sociedades no bancarias, salvo las mantenidas por las fundaciones bancarias en empresas instrumentales, deben enajenarse dentro del plazo que, teniendo en cuenta la necesidad de salvaguardar el valor del patrimonio, señale la autoridad de vigilancia y, en cualquier caso, no más tarde del 31 de diciembre de 2005.
- 29 Con arreglo al artículo 25, apartado 3, del Decreto n° 153/99, que no fue modificado por la Ley n° 448/01, si las fundaciones bancarias continúan manteniendo participaciones de control una vez transcurridos los plazos señalados al efecto, la autoridad de vigilancia procederá a su enajenación en la medida necesaria para poner fin a la situación de control.
- 30 En materia tributaria, el artículo 12, apartado 1, del Decreto n° 153/99 establece que las fundaciones bancarias que hayan adaptado sus estatutos a lo dispuesto en el Decreto serán consideradas entidades no comerciales, aunque persigan sus objetivos estatutarios a través de empresas instrumentales.

31 En su versión vigente cuando se dictó la resolución de remisión, el artículo 12, apartado 2, disponía lo siguiente:

- El régimen previsto en el artículo 6 del Decreto nº 601/73 era aplicable a las fundaciones bancarias que hubiesen adaptado sus estatutos a lo dispuesto en el Decreto nº 153/99 y operasen en los sectores relevantes.

- Dicho régimen también se aplicaría, hasta que se produjera la adaptación de sus estatutos al Decreto nº 153/99, a las fundaciones bancarias que no tuviesen carácter comercial y persiguiesen principalmente objetivos de interés público y de utilidad social en los sectores señalados en el artículo 12 del Decreto nº 356/90 y en sus posteriores modificaciones.

32 El artículo 12, apartado 3, del Decreto nº 153/99, en su versión modificada por el Decreto-ley nº 143/03, prevé que las fundaciones bancarias perderán su carácter de entidades no comerciales y dejarán de disfrutar de los beneficios fiscales anteriores en caso de continuar manteniendo una participación de control en las sociedades bancarias con posterioridad al 31 de diciembre de 2005.

II. Litigio principal y cuestiones prejudiciales

33 Fondazione Cassa di Risparmio di San Miniato solicitó a la administración tributaria italiana, al amparo del artículo 10 *bis* de la Ley nº 1745/62, el reconocimiento de la exención de retención sobre los dividendos percibidos durante el ejercicio 1998 por sus participaciones en Cassa di Risparmio di San Miniato y en la sociedad Casse Toscane SpA, de la que es sucesora Cassa di Risparmio di Firenze.

- 34 Esta solicitud fue denegada por considerarse que la gestión por parte de una fundación bancaria de sus participaciones en sociedades bancarias era una actividad comercial incompatible con la exención prevista en el artículo 10 *bis* de la Ley nº 1745/62.
- 35 Fondazione Cassa di Risparmio di San Miniato, junto con Cassa di Risparmio di Firenze y Cassa di Risparmio di San Miniato impugnaron la resolución denegatoria ante la Commissione tributaria provinciale di Firenze.
- 36 Su recurso fue desestimado.
- 37 Las tres recurrentes impugnaron la resolución de la Commissione tributaria provinciale di Firenze ante la Commissione tributaria regionale di Firenze, que estimó su recurso.
- 38 Según el órgano jurisdiccional remitente, la Commissione tributaria regionale di Firenze estimó que Fondazione Cassa di Risparmio di San Miniato tenía derecho a disfrutar de la reducción del 50 % en la cuota del impuesto sobre la renta de las personas jurídicas, en virtud del artículo 6 del Decreto nº 601/73, así como de la exención de retención con arreglo al artículo 10 *bis* de la Ley nº 1745/62, debido a sus objetivos de interés público o de utilidad social en determinados sectores, y ello con independencia del hecho de que una fundación bancaria pueda ejercer, con carácter accesorio, una actividad económica empresarial.
- 39 El órgano jurisdiccional remitente también señala que la Commissione tributaria regionale di Firenze se remitió, a este respecto, al nuevo régimen derivado de la Ley nº 461/98 y del Decreto nº 153/99, que prevé expresamente la aplicación a las fundaciones bancarias del beneficio fiscal en cuestión.

- 40 El citado órgano jurisdiccional concluye que la Commissione tributaria regionale di Firenze consideró que, en el caso que se le planteaba, no se había acreditado que las actividades económicas empresariales prevalecieran sobre los objetivos de utilidad social.
- 41 El Ministero dell'Economia e delle Finanze interpuso recurso de casación contra dicha resolución.
- 42 El citado Ministerio alega, en particular, una infracción de los artículos 10 *bis* de la Ley nº 1745/62 y 6 del Decreto nº 601/73, así como del artículo 14 de las disposiciones preliminares del Código Civil italiano, con arreglo al cual las leyes excepcionales no se aplican a supuestos ni en momentos distintos de los comprendidos expresamente en ellas.
- 43 En su resolución de remisión, la Corte suprema di cassazione observa que para dirimir el litigio principal con arreglo al Derecho nacional hay que tener en cuenta la cuestión de la compatibilidad del régimen fiscal de las fundaciones bancarias con el Derecho comunitario, en particular con los artículos 12 CE, 43 CE y siguientes, 56 CE y siguientes, 87 CE y 88 CE. El citado órgano jurisdiccional destaca que, según jurisprudencia reiterada del Tribunal de Justicia, las autoridades nacionales tienen la obligación de aplicar, incluso de oficio, las normas de Derecho comunitario, absteniéndose de aplicar, en su caso, cualquier disposición nacional contraria a éstas.
- 44 Por lo que respecta a los artículos 87 CE y 88 CE, el tribunal remitente señala que, si se considerase que las medidas fiscales controvertidas en el litigio principal constituyen ayudas de Estado que favorecen a determinadas empresas o producciones, no podrían ser ejecutadas sin una decisión previa de la Comisión sobre su compatibilidad. Añade que, en tal supuesto, los órganos jurisdiccionales nacionales deberían negarse a aplicar las citadas medidas hasta la adopción de dicha decisión, en virtud del efecto directo del artículo 88 CE, apartado 3.

- 45 A este respecto, el citado tribunal manifiesta que la Decisión 2003/146 examinó las medidas fiscales previstas por el artículo 12, apartado 2, del Decreto nº 153/99 a la luz de los artículos 87 CE y 88 CE.
- 46 El tribunal remitente advierte que, con arreglo a esta Decisión, las medidas examinadas, otorgadas a fundaciones bancarias que no ejercen directamente actividades en los sectores enumerados en el artículo 1 de dicho Decreto, modificado por la Ley nº 448/01, no constituyen ayudas de Estado en el sentido del artículo 87 CE, apartado 1, dado que no se destinan a «empresas» en el sentido de esta última disposición.
- 47 El órgano jurisdiccional remitente indica que existen discrepancias a la hora de analizar si las fundaciones bancarias tienen o no carácter comercial.
- 48 La administración tributaria italiana ha mantenido reiteradamente que las fundaciones bancarias tienen carácter comercial, y por consiguiente están sujetas al régimen fiscal ordinario.
- 49 El Gobierno italiano, en el marco del procedimiento que condujo a la adopción de la Decisión 2003/146, alegó por su parte que las fundaciones bancarias no podían considerarse «empresas» a efectos de las normas sobre la competencia.
- 50 Incluso la propia jurisprudencia del tribunal remitente revela discrepancias a este respecto. En algunas resoluciones dicho tribunal ha reconocido el carácter no comercial de las fundaciones bancarias, debido a que la gestión de sus participaciones en sociedades bancarias, así como en empresas no bancarias, constituye únicamente un instrumento destinado a obtener los recursos financieros necesarios para alcanzar los objetivos sociales y culturales encomendados a la

entidad. En otras resoluciones el citado tribunal se ha pronunciado en sentido contrario, basándose en que los objetivos sociales y culturales carecen de pertinencia a efectos de la aplicación de las ventajas fiscales, desde el momento en que tales entidades pueden actuar en el mercado bancario y en otros mercados en competencia con las demás empresas.

- 51 El órgano jurisdiccional remitente subraya que el artículo 12, apartado 2, del Decreto nº 153/99 extendió de forma expresa el régimen previsto en el artículo 6 del Decreto nº 601/73, hasta que adaptasen sus estatutos a lo establecido en el Decreto nº 153/99, a las fundaciones bancarias que no fueran entidades comerciales y persiguieran principalmente objetivos de interés público y de utilidad social.
- 52 Añade que, según determinada jurisprudencia nacional, se considera que el artículo 12, apartado 2, del Decreto nº 153/99 es una disposición interpretativa, por lo que el régimen fiscal en cuestión también se aplica a los ejercicios fiscales anteriores a la entrada en vigor del Decreto nº 153/99.
- 53 El tribunal remitente considera que es necesario, por tanto, apreciar la validez de la Decisión 2003/146. A este respecto, sostiene que, si se estimase que las fundaciones bancarias son de naturaleza empresarial, dicha Decisión sería inválida.
- 54 Pues bien, según dicho tribunal, la atribución simultánea, en virtud de una obligación legal, a personas jurídicas especialmente constituidas para ello, del control de un elevado número de entidades bancarias y el mantenimiento de esta situación durante largo tiempo, así como la utilización de los ingresos procedentes de la transmisión de dichas participaciones para la adquisición y administración de participaciones significativas en otras empresas con diversos objetivos, entre los cuales figura la promoción del desarrollo económico del sistema, da lugar a una actividad económica destinada a la consecución de un beneficio, aunque éste no se distribuya y deba utilizarse prioritariamente para fines no lucrativos.

- 55 El órgano jurisdiccional remitente señala que, al cierre del ejercicio 1995-1996, las fundaciones bancarias poseían un patrimonio de 50 billones de ITL y que, a 31 de diciembre de 2002, sus activos contables ascendían a 37.000 millones de euros, sin contar las plusvalías correspondientes a sus participaciones, habitualmente contabilizadas a precio de adquisición.
- 56 El citado órgano jurisdiccional destaca que el ejercicio por parte de las fundaciones bancarias de actividades sin ánimo de lucro no permite obviar la característica esencial del sistema, a saber, que estas fundaciones tienen por objeto, tanto desde el punto de vista orgánico como funcional, asumir la propiedad y la administración de un número importante de entidades bancarias, ejerciendo facultades de control sobre éstas, entre la cuales se encuentra la designación y revocación de los administradores.
- 57 Según el tribunal remitente, esta función no puede considerarse excluida del ámbito de aplicación de las normas sobre la competencia, pues constituye un aspecto esencial del sistema bancario público y, según los principios del Derecho comunitario, implica en todos los casos el ejercicio de una actividad económica. El citado tribunal añade que dicha función supone indiscutiblemente un posible elemento de distorsión del mercado y de los intercambios intracomunitarios, sobre todo si se tiene en cuenta la posibilidad de que las fundaciones bancarias adquieran también participaciones en otras empresas, incluso bancarias.
- 58 Dicho tribunal concluye que las fundaciones bancarias viven en una situación de simbiosis jurídica y económica con el sistema bancario público, por lo que no son ajenas a dicho sistema ni al mercado de que se trata.
- 59 El órgano jurisdiccional remitente se pregunta, por otra parte, si el régimen fiscal controvertido en el litigio principal puede incurrir en una vulneración del principio de no discriminación recogido en el artículo 12 CE y, al mismo tiempo, en una vulneración de los principios de libertad de establecimiento y de libre circulación de capitales que establecen, respectivamente, los artículos 43 CE y 56 CE.

60 En estas circunstancias, la Corte suprema di cassazione decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia las cuestiones prejudiciales siguientes:

- «1) ¿Debe considerarse sujeta a las normas comunitarias sobre la competencia una categoría de entidades (las fundaciones bancarias), creadas con arreglo a la [Ley nº 218/90] y al [Decreto nº 356/90], con sus modificaciones posteriores, para ser titulares de participaciones de control en sociedades que ejercen actividades bancarias, para administrar dichas participaciones, referidas a un número considerable de las entidades que operan en el mercado, y para percibir los beneficios de las empresas controladas, incluso cuando tengan encomendadas tareas de utilidad social? En relación con las normas introducidas por el [Decreto nº 153/99], ¿constituye asimismo una actividad empresarial, a los efectos de la aplicación del Derecho comunitario sobre la competencia, la facultad atribuida a las citadas entidades de utilizar el producto de la enajenación de las participaciones para adquirir y administrar participaciones significativas en otras empresas –en particular bancos– y también participaciones de control en empresas no bancarias, con finalidades diversas entre las que se encuentra la de promoción del desarrollo económico del sistema?

- 2) En consecuencia, ¿están dichas entidades, con arreglo a su regulación contenida en la [Ley nº 218/90] y el [Decreto nº 356/90], con sus modificaciones posteriores, así como a lo dispuesto en la reforma operada por la [Ley nº 461/98] y el [Decreto nº 153/99], sujetas a las normas comunitarias sobre ayudas estatales (artículos 87 CE y 88 CE) en relación con el trato fiscal privilegiado que se les aplica?

- 3) En caso de respuesta afirmativa a la cuestión anterior; ¿constituye el régimen de exención de imposición directa sobre los dividendos percibidos, controvertido en el presente asunto, una ayuda estatal en el sentido del artículo 87 CE?

- 4) También en caso de respuesta afirmativa a la cuestión formulada [en el punto 2], ¿es válida, desde el punto de vista de su licitud y de la ausencia o insuficiencia de motivación [...], la [Decisión 2003/146] que declara inaplicables a las fundaciones bancarias las normas sobre ayudas estatales?

- 5) Con independencia de la aplicabilidad de la normativa sobre ayudas estatales, ¿supone la concesión de un trato fiscal más favorable al reparto de los beneficios de las empresas bancarias cesionarias, exclusivamente nacionales, que controlan las fundaciones o al de los beneficios de empresas en las que dichas entidades han adquirido participaciones con el producto de la enajenación de las que poseían en las sociedades bancarias cesionarias, una discriminación a favor de las empresas participadas en comparación con las demás empresas que operan en el mercado y, simultáneamente, una violación de los principios de libertad de establecimiento y de libre circulación de capitales en relación con los artículos 12 CE, 43 CE y siguientes y 56 CE y siguientes?»

III. Sobre las cuestiones prejudiciales

A. Sobre la admisibilidad de las cuestiones

1. Sobre la admisibilidad de las cuestiones primera, segunda y tercera

a) Observaciones formuladas ante el Tribunal de Justicia

61 Las partes recurridas en el litigio principal consideran inadmisibles las tres primeras cuestiones por los siguientes motivos:

— En contra de lo afirmado por el órgano jurisdiccional remitente, la exención prevista en el artículo 10 *bis* de la Ley nº 1745/62 se refiere a una retención a cuenta y no a una retención liberatoria.

— Las cuestiones planteadas sólo tienen interés a escala nacional, ya que se trata simplemente de determinar si, con arreglo a las reglas generales contenidas en el artículo 10 *bis* de la Ley nº 1745/62, las fundaciones bancarias tienen derecho a disfrutar de la exención prevista en dicho precepto.

62 El Gobierno italiano y la Comisión no se oponen a la admisibilidad de las tres primeras cuestiones planteadas.

b) Apreciación del Tribunal de Justicia

63 Según jurisprudencia reiterada, el Tribunal de Justicia no es competente, en el marco del artículo 234 CE, para pronunciarse con carácter prejudicial sobre la interpretación de normas de Derecho interno (sentencias de 19 de marzo de 1964, Unger, 75/63, Rec. pp. 347 y ss., especialmente p. 365, y de 26 de septiembre de 1996, Allain, C-341/94, Rec. p. I-4631, apartado 11). La competencia del Tribunal de Justicia se limita exclusivamente al examen de las disposiciones del Derecho comunitario (auto de 21 de diciembre de 1995, Max Mara, C-307/95, Rec. p. I-5083, apartado 5). Corresponde al juez nacional valorar el alcance de las disposiciones nacionales así como el modo en que deben ser aplicadas (sentencia de 7 de diciembre de 1995, Cámara de Comercio, Industria y Navegación de Ceuta, C-45/94, Rec. p. I-4385, apartado 26).

64 De esta forma, corresponde al órgano jurisdiccional remitente determinar, en el procedimiento principal, si la exención prevista en el artículo 10 *bis* de la Ley nº 1745/62 se refiere a una retención a cuenta o a una retención liberatoria.

- 65 Corresponde también a dicho tribunal evaluar si la fundación bancaria que es parte recurrida en el litigio principal tiene derecho a dicha exención en relación con el ejercicio de que se trata, en virtud de la aplicación conjunta del artículo 10 *bis* de la Ley nº 1745/62 y del artículo 6 del Decreto nº 601/73, así como, en su caso, de la aplicación retroactiva del artículo 12, apartado 2, del Decreto nº 153/99.
- 66 En caso afirmativo, el órgano jurisdiccional remitente deberá decidir si el beneficio fiscal correspondiente constituye una ayuda de Estado en el sentido del artículo 87 CE, apartado 1. De ser así, este beneficio fiscal no podrá ejecutarse sin haber sido previamente notificado a la Comisión, conforme a lo dispuesto en el artículo 88 CE, apartado 3.
- 67 Por tanto, el tribunal nacional tendrá que pronunciarse, en su caso, sobre una materia perteneciente al ámbito del Derecho comunitario.
- 68 En tales circunstancias, deben considerarse admisibles las tres primeras cuestiones prejudiciales planteadas, en la medida en que todas ellas se refieren a dicha materia.

2. Sobre la admisibilidad de la cuarta cuestión

a) Observaciones formuladas ante el Tribunal de Justicia

- 69 Las partes recurridas en el litigio principal sostienen que la cuarta cuestión planteada, relativa a la validez de la Decisión 2003/146, es inadmisibile, puesto que dicha Decisión ha adquirido firmeza en relación con la República Italiana, que pudo interponer recurso de anulación con arreglo al artículo 230 CE y no lo hizo (sentencia de 9 de marzo de 1994, TWD Textilwerke Deggendorf, C-188/92, Rec. p. I-833).

- 70 El Gobierno italiano estima que la cuarta cuestión no es pertinente, dado que la Decisión 2003/146 se adoptó sobre la base del régimen de las fundaciones bancarias modificado mediante el Decreto nº 153/99.
- 71 La Comisión considera también inadmisibles estas cuestiones debido a que el litigio principal se refiere a la situación existente en 1998, mientras que la Decisión 2003/146 analiza determinados beneficios fiscales otorgados a las fundaciones bancarias por el Decreto nº 153/99, que además no se corresponden con la exención prevista en el artículo 10 *bis* de la Ley nº 1745/62.

b) Apreciación del Tribunal de Justicia

- 72 La cuestión relativa a la apreciación de la validez de la Decisión 2003/146 no se plantea a instancias de una parte que tuvo la posibilidad de interponer recurso de anulación contra esta Decisión y no lo hizo dentro del plazo establecido en el artículo 230 CE.
- 73 Ha sido planteada de oficio por el órgano jurisdiccional remitente.
- 74 Por consiguiente, no puede ser declarada inadmisibles en virtud de la jurisprudencia resultante de la sentencia TWD Textilwerke Deggendorf, antes citada.
- 75 No obstante, procede recordar que, según jurisprudencia reiterada, el Tribunal de Justicia puede decidir no pronunciarse sobre una cuestión prejudicial que tenga por objeto la apreciación de la validez de un acto comunitario cuando resulta evidente

que dicha apreciación, solicitada por el órgano jurisdiccional nacional, no tiene relación alguna con la realidad o con el objeto del litigio principal (sentencia de 21 de marzo de 2002, Cura Anlagen, C-451/99, Rec. p. I-3193, apartado 16).

- 76 La Decisión 2003/146 analiza en particular, a la luz de los artículos 87 CE y siguientes, el artículo 12, apartado 2, del Decreto nº 153/99, relativo a la aplicación de la reducción del 50 % en la cuota del impuesto prevista en el artículo 6 del Decreto nº 601/73.
- 77 Esta reducción es un beneficio fiscal distinto de la exención de retención otorgada por el artículo 10 *bis* de la Ley nº 1745/62.
- 78 En el considerando 61 y en el artículo 1 de la Decisión 2003/146, la Comisión concluye que la medida establecida en el artículo 12, apartado 2, del Decreto nº 153/99, destinada a las fundaciones bancarias que no ejercen directamente actividades en los sectores enumerados en el artículo 1 de dicho Decreto, modificado por la Ley nº 448/01, no constituye una ayuda de Estado (véase el apartado 22 de la presente sentencia).
- 79 Corresponderá al órgano jurisdiccional remitente determinar si el artículo 12, apartado 2, del Decreto nº 153/99 tiene o no incidencia, en Derecho interno, sobre la aplicación del artículo 10 *bis* de la Ley nº 1745/62 en el litigio principal, referido al ejercicio 1998 (véase el apartado 65 de la presente sentencia).
- 80 En caso afirmativo, dicho tribunal tendrá que apreciar si el beneficio fiscal controvertido constituye una ayuda de Estado en el sentido del artículo 87 CE, apartado 1.

- 81 En caso negativo, deberá también realizar dicha apreciación en el supuesto de que estime, en virtud únicamente de la aplicación conjunta de dicho precepto y del artículo 6 del Decreto n° 601/73, que la parte recurrida en el litigio principal puede acogerse al artículo 10 *bis* de la Ley n° 1745/62.
- 82 No obstante, en cualquiera de los casos, la Decisión 2003/146 no puede tener incidencia alguna en su apreciación.
- 83 En efecto, la afirmación de la Comisión según la cual la medida prevista en el artículo 12, apartado 2, del Decreto n° 153/99 no constituye una ayuda de Estado está basada en la premisa de que las fundaciones bancarias no son empresas en el sentido del artículo 87 CE, apartado 1.
- 84 Ahora bien, dicha premisa se deriva del análisis efectuado por la Comisión del nuevo régimen de las fundaciones bancarias derivado de la Ley n° 461/98, del Decreto n° 153/99 y de la Ley n° 448/01, que entró en vigor con posterioridad al ejercicio 1998, al que se refiere el litigio principal.
- 85 Como se desprende de la descripción del marco jurídico nacional que figura en los apartados 7 a 32 de la presente sentencia, este nuevo régimen presenta diferencias importantes en relación con el anterior, sin que se haya alegado que sus disposiciones, salvo las contenidas en el artículo 12, apartado 2, del Decreto n° 153/99, tengan carácter retroactivo.
- 86 Por tanto, desde un punto de vista jurídico, y a efectos de la eventual calificación de las fundaciones bancarias como empresas, la apreciación de la Comisión se refiere a un régimen distinto del vigente durante el ejercicio fiscal contemplado en el litigio principal.

- 87 A este respecto, en el considerando 43 de la Decisión 2003/146, la Comisión destacó los siguientes aspectos:
- El Decreto n° 153/99 introdujo «salvaguardias específicas», analizadas en los considerandos 36 a 39 de la Decisión, en lo que se refiere al control de empresas comerciales por las fundaciones bancarias.
 - La Ley n° 448/01 reforzó la separación entre fundaciones bancarias y entidades financieras, contribuyendo, con ello, a disipar las dudas expresadas al respecto en la decisión de incoar el procedimiento.
- 88 Por otra parte, en cuanto a los antecedentes de hecho, la Comisión tuvo en cuenta, en relación con la posibilidad de que las fundaciones bancarias ejercieran directamente actividades en los sectores previstos en las disposiciones aplicables, el escrito de las autoridades italianas de 16 de enero de 2001, que describía la situación de hecho existente en un momento posterior al ejercicio fiscal de 1998.
- 89 En el considerando 51 de su Decisión, dicha institución observa que, en dicho escrito, las autoridades italianas declararon que, «hasta la fecha», ninguna de las fundaciones bancarias había puesto en práctica la posibilidad prevista por la ley de ejercer directamente una actividad en los citados sectores y, en el considerando 54 de la Decisión, subraya que esta información la induce «a revisar su posición inicial, manifiesta en la decisión de incoar el procedimiento, en cuanto a la designación de las fundaciones como empresas».
- 90 En este contexto, la apreciación por parte de la Comisión de la naturaleza de las fundaciones bancarias en el marco de su nuevo régimen no puede determinar su calificación con arreglo al régimen anterior y a la luz, en su caso, de una situación de hecho distinta.

91 En consecuencia, resulta evidente que la cuestión del órgano jurisdiccional remitente relativa a la validez de la Decisión 2003/146 no tiene relación alguna con el objeto del litigio principal, por lo que no es pertinente para resolver sobre este litigio.

92 Dicha cuestión debe, por tanto, declararse inadmisibile.

3. Sobre la admisibilidad de la quinta cuestión

a) Observaciones formuladas ante el Tribunal de Justicia

93 Las partes recurridas en el litigio principal sostienen que la quinta cuestión, relativa a la existencia de discriminación y de restricciones a la libertad de establecimiento y a la libre circulación de capitales, es inadmisibile por su falta de precisión. Consideran que el órgano jurisdiccional remitente no especifica qué aspectos de la normativa podrían constituir un obstáculo al ejercicio de las libertades garantizadas por el Tratado CE. Añaden que dicho órgano tampoco indica claramente cuáles son las fundaciones o sociedades bancarias beneficiarias de la supuesta discriminación.

94 El Gobierno italiano y la Comisión no se oponen a la admisibilidad de la quinta cuestión.

b) Apreciación del Tribunal de Justicia

95 En contra de lo alegado por las partes recurridas en el litigio principal, el órgano jurisdiccional remitente indica expresamente en su quinta cuestión:

- que es el beneficio fiscal enjuiciado en el litigio principal lo que podría originar una discriminación y una restricción de la libertad de establecimiento o de la libre circulación de capitales, y

- que la discriminación y la restricción beneficiarían a las empresas, sean o no bancarias, en las que participan las fundaciones bancarias.

96 La quinta cuestión es, por tanto, admisible.

B. Sobre la interpretación de las disposiciones pertinentes de Derecho comunitario

97 Mediante sus dos primeras cuestiones, que deben examinarse de forma conjunta y a la luz de las consideraciones expuestas en los apartados 84 a 90 de la presente sentencia sobre la falta de pertinencia del nuevo régimen de las fundaciones bancarias derivado de la Ley nº 461/98, del Decreto nº 153/99 y de la Ley nº 448/01, el órgano jurisdiccional remitente pregunta, en esencia, si puede considerarse, con arreglo al régimen vigente durante el período de referencia, que una persona jurídica como la del asunto principal era una «empresa» en el sentido del artículo 87 CE, apartado 1, y si, como tal, estaba sujeta durante dicho período a las normas comunitarias sobre ayudas de Estado.

- 98 Mediante su tercera cuestión, destinada a determinar si la medida estatal, aplicada sin recurrir al procedimiento de examen previo señalado en el artículo 88 CE, apartado 3, debería o no haber sido objeto de dicho procedimiento, el citado órgano jurisdiccional pregunta, en esencia, si puede considerarse que una exención de retención sobre los dividendos como la del litigio principal constituye una ayuda de Estado en el sentido del artículo 87 CE, apartado 1.
- 99 Por lo que respecta a la quinta cuestión, es preciso recordar que el artículo 12 CE, que postula el principio general que prohíbe cualquier discriminación por razón de la nacionalidad, está destinado a aplicarse de manera independiente sólo en situaciones regidas por el Derecho comunitario para las cuales el Tratado no prevea normas específicas contra la discriminación (véase, en particular, la sentencia de 8 de marzo de 2001, Metallgesellschaft y otros, asuntos acumulados C-397/98 y C-410/98, Rec. p. I-1727, apartado 38). Pues bien, el principio de no discriminación ha sido aplicado, en los ámbitos del derecho de establecimiento y de la libre circulación de mercancías, por los artículos 43 CE y 56 CE, respectivamente. Por tanto, debe interpretarse que la quinta cuestión se refiere únicamente a estas dos últimas disposiciones.
- 100 Mediante esta cuestión, el órgano jurisdiccional remitente pregunta, en esencia, si un beneficio fiscal como el del litigio principal constituye una restricción a la libertad de establecimiento o a la libre circulación de capitales establecidas en los artículos 43 CE y 56 CE, que favorece a las empresas, sean o no bancarias, participadas por las fundaciones bancarias, en comparación con las demás empresas presentes en el mercado de que se trate en las que no participen dichas fundaciones.

1. Sobre las cuestiones primera y segunda, relativas al concepto de «empresa» en el sentido del artículo 87 CE, apartado 1

a) Observaciones formuladas ante el Tribunal de Justicia

- 101 Las partes recurridas en el litigio principal sostienen que las fundaciones bancarias no son «empresas» a efectos del Derecho comunitario de la competencia. Por

consiguiente, no están sujetas a la normas sobre ayudas de Estado. Según dichas partes, las fundaciones bancarias se limitan a percibir los dividendos derivados de sus participaciones, del mismo modo en que el propietario de un inmueble cobra la renta que se le adeuda con arreglo a un contrato de arrendamiento.

- 102 El Gobierno italiano estima que, durante el período al que se refiere el litigio principal, ha de considerarse que las fundaciones eran empresas a efectos del Derecho de la competencia. A este respecto, sus participaciones de control en las sociedades bancarias constituían un indicio suficiente del carácter comercial de las fundaciones bancarias y el régimen entonces aplicable a dichas fundaciones revelaba la existencia de un vínculo orgánico y funcional entre éstas y el sistema bancario italiano. En consecuencia, el citado Gobierno afirma que las fundaciones bancarias estaban sujetas a las reglas del Tratado en materia de ayudas de Estado.
- 103 La Comisión alega que la actividad de mantenimiento y administración del patrimonio ejercida por las fundaciones bancarias no implicaba la prestación de servicios en el mercado. A la vista de la jurisprudencia, el simple inversor que percibe los dividendos o los intereses de su capital no ofrece bienes o servicios en el mercado. Por consiguiente, las fundaciones bancarias no ejercían una actividad económica. Por ello, según dicha institución, no podían ser consideradas empresas mientras no intervinieran en la actividad de la sociedad bancaria controlada.
- 104 Por lo que respecta a las actividades desarrolladas por las fundaciones consistentes en aportar fondos a entidades sin fines lucrativos pertenecientes a sectores de utilidad social, la Comisión sostiene que dichas actividades no son propias de una empresa.
- 105 En cuanto a las actividades financieras, comerciales, inmobiliarias y mobiliarias necesarias o útiles para la consecución de los objetivos de interés público o de utilidad social de las fundaciones bancarias, que éstas podían llevar a cabo en virtud de lo dispuesto en el artículo 12 del Decreto nº 356/90, la Comisión estima, en cambio, que dichas actividades sí podrían presentar los rasgos de la actividad de una empresa en la medida en que incluyesen la oferta directa de bienes y servicios en el mercado.

106 La Comisión concluye que no puede considerarse que unas entidades como las fundaciones bancarias fueran empresas en el sentido del artículo 87 CE, a menos que ofreciesen directamente bienes o servicios en el mercado en el marco de operaciones necesarias o útiles para lograr sus objetivos de interés público y de utilidad social.

b) Respuesta del Tribunal de Justicia

107 Según jurisprudencia reiterada, en el contexto del Derecho de la competencia, el concepto de «empresa» comprende cualquier entidad que ejerza una actividad económica, con independencia del estatuto jurídico de dicha entidad y de su modo de financiación (véanse, en particular, las sentencias de 23 de abril de 1991, Höfner y Elser, C-41/90, Rec. p. I-1979, apartado 21, y de 16 de marzo de 2004, AOK Bundesverband y otros, asuntos acumulados C-264/01, C-306/01, C-354/01 y C-355/01, Rec. p. I-2493, apartado 46).

108 Constituye una actividad económica cualquier actividad consistente en ofrecer bienes o servicios en un determinado mercado (véanse, en particular, las sentencias de 18 de junio de 1998, Comisión/Italia, C-35/96, Rec. p. I-3851, apartado 36, y de 12 de septiembre de 2000, Pavlov y otros, asuntos acumulados C-180/98 a C-184/98, Rec. p. I-6451, apartado 75).

109 Habitualmente, la actividad económica se ejerce de forma directa en el mercado.

110 No obstante, no cabe excluir que pueda ser ejercida de modo conjunto por un operador en contacto directo con el mercado e, indirectamente, por otra entidad que controla a dicho operador formando con él una unidad económica.

- 111 A este respecto, es necesario subrayar que la mera tenencia de participaciones, aunque sean de control, no basta para caracterizar una actividad económica de la entidad que las posee cuando dicha circunstancia sólo implique el ejercicio de los derechos vinculados a la condición de accionista o socio, así como, en su caso, la percepción de dividendos, que no son más que los frutos que produce la propiedad de un bien.
- 112 En cambio, debe estimarse que una entidad que posee el control de una sociedad y ejerce efectivamente dicho control interviniendo directa o indirectamente en la gestión de esta última, participa en la actividad económica desarrollada por la empresa controlada.
- 113 Por consiguiente, en este último caso la citada entidad debe considerarse, en sí misma, una empresa en el sentido del artículo 87 CE, apartado 1.
- 114 De lo contrario, la simple escisión de una empresa en dos entidades distintas, la primera encargada de desarrollar directamente la actividad económica anterior y la segunda de controlar a la primera interviniendo en su gestión, bastaría para privar de su efecto útil a las normas comunitarias sobre ayudas de Estado. Dicha operación permitiría a la segunda entidad disfrutar de subvenciones u otras ventajas otorgadas por el Estado o con cargo a los recursos públicos y utilizarlas total o parcialmente en beneficio de la segunda, para favorecer también a la unidad económica formada por ambas entidades.
- 115 Cabe señalar que un régimen como el que se desprende, para el período de referencia, de la Ley nº 218/90 y del Decreto nº 356/90, puede permitir que una entidad como la fundación bancaria que es parte en el litigio principal intervenga en la gestión de una sociedad bancaria.

116 En efecto, con arreglo a este régimen:

- Una fundación bancaria que controla el capital de una entidad bancaria no puede ejercer directamente la actividad bancaria, pero debe garantizar la «continuidad operativa» entre ella misma y el banco controlado.

- Para ello, se prevé que los miembros del comité de dirección u órgano equivalente y del órgano de control de la fundación bancaria sean nombrados, respectivamente, miembros del consejo de administración y del comité de vigilancia de la sociedad bancaria.

- La fundación bancaria debe destinar un porcentaje determinado de los ingresos procedentes de su participación en la sociedad bancaria a dotar una reserva destinada a la suscripción de ampliaciones de capital de dicha sociedad.

- Puede invertir dicha reserva, en particular, en valores de la sociedad bancaria controlada.

117 Tales reglas ponen de manifiesto que la misión de las fundaciones bancarias va más allá de la simple colocación de capitales por parte de un inversor. Hacen posible que estas entidades no sólo desempeñen funciones de control, sino también de promoción y financiación. Revelan la existencia de vínculos orgánicos y funcionales entre las fundaciones bancarias y las sociedades bancarias, confirmados por el hecho de que se mantenga la supervisión del Ministerio de Hacienda, con arreglo a lo dispuesto, en particular, en el artículo 14 del Decreto nº 356/90.

- 118 A efectos de la posible calificación como «empresa» de la fundación bancaria que es parte recurrida en el litigio principal, corresponde al juez nacional apreciar si ésta, además de poseer participaciones de control en una sociedad bancaria, ejercía efectivamente dicho control interviniendo directa o indirectamente en la gestión de esta última.
- 119 Por otra parte, en lo que se refiere a la misión encomendada por el legislador nacional a las fundaciones bancarias en sectores de interés público y de utilidad social, es preciso distinguir entre la mera aportación de fondos a entidades sin fines lucrativos y la actividad ejercida de forma directa en dichos sectores.
- 120 No procede calificar a la fundación bancaria como «empresa» como consecuencia de una actividad que se limite a la aportación de fondos a entidades sin fines lucrativos.
- 121 En efecto, como señala la Comisión, esta actividad de carácter exclusivamente social no se ejerce en el mercado en competencia con otros operadores. Al ejercer dicha actividad, una fundación bancaria actúa como una entidad de beneficencia o una organización caritativa y no como una empresa.
- 122 En cambio, cuando una fundación bancaria actúa por sí misma en los sectores de interés público y de utilidad social y hace uso de la facultad que le otorgó el legislador nacional de realizar las operaciones financieras, comerciales, inmobiliarias y mobiliarias necesarias u oportunas para la consecución de sus objetivos, puede ofrecer bienes o servicios en el mercado en competencia con otros operadores, en sectores como los de la investigación científica, la educación, el arte o la sanidad, por ejemplo.

- 123 En este último supuesto, cuya existencia deberá ser apreciada por el juez nacional, debe considerarse que la fundación bancaria es una empresa dado que ejerce una actividad económica, y ello a pesar de que la oferta de bienes o servicios se realice sin ánimo de lucro, ya que dicha oferta compite con la de operadores que sí lo tienen.
- 124 Si se considera que una fundación bancaria como la del asunto principal es una empresa, ya sea debido al control que ejerce sobre una sociedad bancaria y a la intervención en su gestión o debido a la actividad que desarrolle en un sector social, científico o cultural, entre otros, dicha fundación estará sujeta a la aplicación de las normas comunitarias sobre ayudas de Estado.
- 125 Por consiguiente, procede responder a las dos primeras preguntas que el análisis del régimen vigente durante el período de referencia que debe realizar el juez nacional puede llevarle a considerar que una persona jurídica como la fundación bancaria del asunto principal era una «empresa» en el sentido del artículo 87 CE, apartado 1, y que, como tal, estaba sujeta durante dicho período a las normas comunitarias sobre ayudas de Estado.

2. Sobre la tercera cuestión, relativa al concepto de «ayuda de Estado» en el sentido del artículo 87 CE, apartado 1

a) Observaciones formuladas ante el Tribunal de Justicia

- 126 Las partes recurridas en el asunto principal consideran que una medida como la prevista en el artículo 10 *bis* de la Ley nº 1745/62 no es una ayuda de Estado en el sentido del artículo 87 CE, apartado 1. Alegan que dicha medida no tiene carácter

selectivo. En realidad, podían beneficiarse de ella todas las entidades no comerciales, sin distinción, que presentasen las características descritas en el artículo 10 *bis* de la Ley nº 1745/62. Constituía una medida de carácter general. No suponía una excepción al régimen fiscal ordinario. Las citadas partes concluyen que las características específicas de las entidades no comerciales justificaban, por razones vinculadas a la coherencia interna de los distintos regímenes fiscales, la introducción de normas sectoriales específicas para este tipo de entidades.

- 127 Según el Gobierno italiano, si el órgano jurisdiccional remitente estimase que la fundación bancaria que es parte recurrida en el litigio principal tiene derecho a acogerse a la exención de retención prevista en el artículo 10 *bis* de la Ley nº 1745/62 y a la reducción del 50 % en la cuota del impuesto sobre la renta de las personas jurídicas establecida en el artículo 6 del Decreto nº 601/73, habría que considerar que las disposiciones fiscales en cuestión constituyen una ayuda de Estado. En efecto, la empresa disfrutaría de una posición privilegiada frente al resto de las empresas competidoras en el mercado de que se trate. El Gobierno italiano añade que una reducción del 50 % en la cuota del impuesto permitiría a las fundaciones bancarias disponer de un crédito tributario frente al Estado, dado que el accionista de una sociedad tiene derecho a deducir el impuesto previamente soportado por ésta, cuyo importe será mayor que el adeudado por la fundación tras la aplicación de la reducción.
- 128 La Comisión estima que puede considerarse que una exención como la prevista en el artículo 10 *bis* de la Ley nº 1745/62 es una ayuda de Estado. Dicha ventaja es financiada por el Estado. Es selectiva, ya que se otorga en función de la forma jurídica de la empresa y de su actividad en determinados sectores y, al estar destinada a favorecer a entidades consideradas socialmente útiles, no está justificada por la naturaleza o la estructura general del sistema al que pertenece. En cuanto a la existencia de un perjuicio para los intercambios comerciales y un falseamiento de la competencia, la Comisión estima que ambos factores tienen que ser apreciados en cada caso concreto por el juez nacional.

b) Respuesta del Tribunal de Justicia

- 129 Para responder a la tercera cuestión planteada, procede proporcionar al órgano jurisdiccional remitente criterios de interpretación de los requisitos exigidos por el

artículo 87 CE, apartado 1, para calificar una medida nacional como ayuda de Estado, que son los siguientes: i) la financiación de dicha medida por el Estado o mediante fondos estatales; ii) el carácter selectivo de la medida, y iii) el perjuicio para los intercambios comerciales entre Estados miembros y el consiguiente falseamiento de la competencia.

i) Sobre el requisito de la financiación de la medida por el Estado o mediante fondos estatales

130 El artículo 87 CE, apartado 1, se aplica a «las ayudas otorgadas por los Estados o mediante fondos estatales, bajo cualquier forma».

131 Según jurisprudencia reiterada, el concepto de ayuda es más general que el de subvención, ya que comprende no sólo las prestaciones positivas, como las propias subvenciones, sino también las intervenciones que, bajo formas diversas, alivian las cargas que normalmente recaen sobre el presupuesto de una empresa y que, por ello, sin ser subvenciones en el sentido estricto del término, son de la misma naturaleza y tienen efectos idénticos (véanse, en particular, las sentencias de 8 de noviembre de 2001, *Adria-Wien Pipeline y Wietersdorfer & Peggauer Zementwerke*, C-143/99, Rec. p. I-8365, apartado 38; de 15 de julio de 2004, *España/Comisión*, C-501/00, Rec. p. I-6717, apartado 90, y la jurisprudencia que allí se cita, y de 15 de diciembre de 2005, *Italia/Comisión*, C-66/02, Rec. p. I-10901, apartado 77).

132 De ello se deduce que una medida mediante la cual las autoridades públicas conceden a determinadas empresas una exención tributaria que, aunque no implique una transferencia de fondos estatales coloque a los beneficiarios en una situación financiera más favorable que a los restantes contribuyentes, constituye una ayuda de Estado en el sentido del artículo 87 CE, apartado 1. Igualmente, una medida que otorgue a determinadas empresas una reducción impositiva o un aplazamiento del pago del impuesto normalmente debido puede constituir una ayuda de Estado (sentencia *Italia/Comisión*, antes citada, apartado 78).

133 Procede por tanto declarar que, cualquiera que sea la respuesta del órgano jurisdiccional remitente a la cuestión, aún no resuelta, de si la exención prevista en el artículo 10 *bis* de la Ley nº 1745/62 se refiere a una retención a cuenta o a una retención liberatoria, una medida nacional como la que, eventualmente, podría aplicarse en este caso cumple el requisito de financiación por el Estado.

ii) Sobre el requisito del carácter selectivo de la medida

134 El artículo 87 CE, apartado 1, prohíbe las ayudas que se otorguen «favoreciendo a determinadas empresas o producciones», es decir, las ayudas selectivas.

135 Puesto que una medida como la enjuiciada en el litigio principal no se aplica a todos los operadores económicos, no puede ser considerada como una medida general de política fiscal o económica (sentencias Italia/Comisión, antes citada, apartado 99, y de 15 de diciembre de 2005, Unicredito Italiano, C-148/04, Rec. p. I-11137, apartado 49).

136 Como alega acertadamente la Comisión, el beneficio fiscal en cuestión se otorga en función de la forma jurídica de la empresa, que ha de ser una persona jurídica de Derecho público o una fundación, y de los sectores en los que ésta ejerce su actividad.

137 Dicho beneficio supone una excepción al régimen fiscal ordinario que no está justificada por la naturaleza ni por la estructura del sistema fiscal al que pertenece. La excepción no está basada en la lógica de la medida ni en la técnica impositiva, sino que se deriva del objetivo del legislador nacional de favorecer financieramente a entidades consideradas socialmente útiles.

138 Tal ventaja es, por tanto, selectiva.

iii) Sobre los requisitos del perjuicio para los intercambios entre Estados miembros y el falseamiento de la competencia

139 El artículo 87 CE, apartado 1, prohíbe las ayudas que afecten a los intercambios comerciales entre Estados miembros y falseen o amenacen falsear la competencia.

140 A efectos de la calificación como ayuda de Estado de una medida nacional, no es necesario acreditar la incidencia real de la ayuda sobre los intercambios comerciales entre los Estados miembros y el falseamiento efectivo de la competencia, sino únicamente examinar si tal ayuda puede afectar a dichos intercambios y falsear la competencia (sentencias de 29 de abril de 2004, Italia/Comisión, C-372/97, Rec. p. I-3679, apartado 44, y sentencias antes citadas de 15 de diciembre de 2005, Italia/Comisión, apartado 111, y Unicredito Italiano, apartado 54).

141 En particular, cuando una ayuda otorgada por un Estado miembro sirve para reforzar la posición de una empresa frente a otras empresas que compiten con ésta en los intercambios intracomunitarios, dichos intercambios deben considerarse afectados por la ayuda (véanse, en particular, las sentencias antes citadas de 15 de diciembre de 2005, Italia/Comisión, apartado 115, y Unicredito Italiano, apartado 56, y la jurisprudencia que allí se cita).

142 A este respecto, el hecho de que un sector económico haya sido objeto de una liberalización a nivel comunitario puede caracterizar una repercusión real o potencial de las ayudas sobre la competencia, así como su efecto sobre los intercambios entre Estados miembros (véase la sentencia de 13 de febrero de 2003, España/Comisión, C-409/00, Rec. p. I-1487, apartado 75, y las sentencias antes citadas de 15 de diciembre de 2005, Italia/Comisión, apartado 116, y Unicredito Italiano, apartado 57).

143 Por otra parte, no es necesario que la empresa beneficiaria participe en los intercambios intracomunitarios. En efecto, cuando un Estado miembro concede una ayuda a una empresa, la actividad interior puede mantenerse o aumentar, con la consecuencia de que disminuyen con ello las posibilidades de las empresas establecidas en otros Estados miembros de penetrar en el mercado del Estado miembro en cuestión. Además, el fortalecimiento de una empresa que, hasta entonces, no participaba en los intercambios intracomunitarios puede colocarla en una situación que le permita penetrar en el mercado de otro Estado miembro (sentencias antes citadas de 15 de diciembre de 2005, Italia/Comisión, apartado 117, y Unicredito Italiano, apartado 58).

144 En el litigio principal, corresponderá al juez nacional apreciar, a la luz de los criterios de interpretación anteriores, si efectivamente se cumplen los dos requisitos citados.

145 Sin perjuicio de esta apreciación, debe señalarse lo siguiente:

— El sector de los servicios financieros fue objeto de un importante proceso de liberalización a escala comunitaria, que intensificó la competencia que podía resultar ya de la libre circulación de capitales ya prevista en el Tratado (sentencias antes citadas de 15 de diciembre de 2005, Italia/Comisión, apartado 119, y Unicredito Italiano, apartado 60).

— Una ventaja fiscal como la enjuiciada en el asunto principal puede fortalecer, en términos de recursos financieros y de tesorería, la posición de la unidad económica, activa en el sector bancario, constituida por la fundación bancaria y la sociedad bancaria.

- Dicha ventaja puede también reforzar la posición de la fundación bancaria en la actividad que ésta ejerza en un ámbito social, científico o cultural, entro otros.

146 En virtud del conjunto de consideraciones anteriores, procede responder a la tercera cuestión planteada que el análisis que debe realizar el juez nacional puede llevarle a considerar que una exención de retención sobre los dividendos como la del litigio principal constituye una ayuda de Estado en el sentido del artículo 87 CE, apartado 1.

3. Sobre la quinta cuestión, relativa a los conceptos de «restricción a la libertad de establecimiento» y de «restricción a la libre circulación de capitales» en el sentido de los artículos 43 CE y 56 CE

a) Observaciones formuladas ante el Tribunal de Justicia

147 Las partes recurridas en el asunto principal cuestionan la existencia de un obstáculo a la libertad de establecimiento o a la libre circulación de capitales que beneficie a las sociedades bancarias, al que hace referencia la quinta cuestión. Según ellas, una exención como la contemplada en el artículo 10 *bis* de la Ley nº 1745/62 no favorece a estas sociedades, que simplemente se limitan a recaudar el impuesto adeudado por las empresas que perciben la remuneración. La exención de retención sobre los beneficios distribuidos, concluyen, no otorga ventaja alguna a dichas sociedades.

- 148 El Gobierno italiano alega que la ventaja fiscal enjuiciada en el litigio principal puede permitir a la sociedad en la que una fundación bancaria participa disfrutar de inversiones más elevadas por parte de esta última, lo que supondría una vulneración de la libertad de establecimiento o de la libre circulación de capitales potencialmente generadora de distorsiones en el mercado afectado.
- 149 La Comisión considera que la ventaja fiscal no beneficia a la sociedad bancaria sino a la fundación bancaria.

b) Respuesta del Tribunal de Justicia

- 150 Habida cuenta de las respuestas dadas a las tres primeras cuestiones en función de los aspectos jurídicos y fácticos del litigio principal, hay que señalar que, cualquiera que sea la decisión que adopte el órgano jurisdiccional remitente en cuanto a la calificación de la ventaja fiscal en cuestión a la luz de las normas comunitarias sobre ayudas de Estado, no procede analizar la quinta cuestión.
- 151 En efecto, si dicho órgano jurisdiccional considera que la ventaja fiscal es una ayuda de Estado, dicha ventaja tendrá que ser suprimida, de forma que no se mantendrá ninguna diferencia de trato que pueda ser objeto de análisis con arreglo a los artículos 43 CE y 56 CE.
- 152 Si, por el contrario, el citado tribunal descarta calificarla como ayuda de Estado, no se planteará tampoco la cuestión de la existencia de una restricción a la libertad de establecimiento o a la libre circulación de capitales.

IV. Costas

153 Dado que el procedimiento tiene, para las partes del litigio principal, el carácter de un incidente promovido ante el órgano jurisdiccional nacional, corresponde a éste resolver sobre las costas. Los gastos efectuados por quienes, no siendo partes del litigio principal, han presentado observaciones ante el Tribunal de Justicia no pueden ser objeto de reembolso.

En virtud de todo lo expuesto, el Tribunal de Justicia (Sala Segunda) declara:

- 1) **El análisis del régimen vigente durante el período de referencia que debe realizar el juez nacional puede llevarle a considerar que una persona jurídica como la del asunto principal era una «empresa» en el sentido del artículo 87 CE, apartado 1, y que, como tal, estaba sujeta durante dicho período a las normas comunitarias sobre ayudas de Estado.**

- 2) **El análisis que debe realizar el juez nacional puede llevarle a considerar que una exención de retención sobre los dividendos como la del litigio principal constituye una ayuda de Estado en el sentido del artículo 87 CE, apartado 1.**

Firmas