DECISIONES

DECISIÓN (UE) 2020/450 DE LA COMISIÓN

de 22 de enero de 2020

relativa a la ayuda estatal SA.29150 — 2010/C (ex 2010/NN) concedida por Alemania al traslado de pérdidas fiscales en el caso de saneamiento de empresas en crisis (cláusula de saneamiento)

[notificada con el número C(2020) 254]

(El texto en lengua alemana es el único auténtico)

(Texto pertinente a efectos del EEE)

LA COMISIÓN EUROPEA,

Visto el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, y en particular su artículo 108, apartado 2, párrafo primero,

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

Después de haber emplazado a los interesados para que presentaran sus observaciones, de conformidad con la disposición citada ([1]),

Considerando lo siguiente:

1. PROCEDIMIENTO

(1) Por cartas de 5 de agosto de 2009 y 30 de septiembre de 2009, la Comisión pidió información a Alemania sobre el artículo 8c de la Ley del Impuesto sobre Sociedades (*Körperschaftsteuergesetz*, en lo sucesivo, «la KStG»). El Gobierno Federal respondió mediante cartas de 20 de agosto de 2009 y 5 de noviembre de 2009. Mediante Decisión de 24 de febrero de 2010 (en lo sucesivo, «la Decisión de incoación»), la Comisión incoó el procedimiento de investigación formal contemplado en el artículo 108, apartado 2, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) respecto del artículo 8c, apartado 1a, de la KStG (cláusula de saneamiento).

(2) La Decisión de incoación se publicó en el *Diario Oficial de la Unión Europea* ([2]). La Comisión invitó a Alemania y a todos los interesados a que formularan sus observaciones.

(3) El Gobierno Federal respondió a dicha solicitud por carta de 9 de abril de 2010.

(4) Los días 9 de abril y 3 de junio de 2010 se celebraron en Bruselas sendas reuniones con representantes de Alemania. El 2 de julio de 2010, el Gobierno Federal transmitió información adicional. La Comisión no recibió observaciones de los interesados.

(5) El 26 de enero de 2011, la Comisión adoptó la Decisión 2011/527/UE ([3]) (en lo sucesivo, «la Decisión de 2011»), en la que consideraba que el artículo 8c, apartado 1a, de la KStG (cláusula de saneamiento) constituía un régimen de ayudas ejecutado ilegalmente por Alemania, que infringía el artículo 108, apartado 3, del TFUE. La Comisión también concluyó que las ayudas concedidas con arreglo al artículo 8c, apartado 1a, de la KStG son incompatibles con el mercado interior, especialmente porque no pueden ser consideradas compatibles sobre la base del artículo 107, apartado 3, letra b), del TFUE, en la interpretación del Marco temporal comunitario ([4]) ([5]), y ordenó su recuperación.

([1]) DO C 90 de 8.4.2010, p. 8.
([2]) DO C 90 de 8.4.2010, p. 8.
([3]) Decisión 2011/527/UE de la Comisión, de 26 de enero de 2011, relativa a la ayuda estatal de Alemania C 7/10 (ex CP 250/09 y NN 5/10) – Régimen de ventajas fiscales mediante traspaso de pérdidas (*Sanierungsklausel*) (DO L 235 de 10.9.2011, p. 26).
([4]) Comunicación de la Comisión — Marco temporal aplicable a las medidas de ayuda estatal para facilitar el acceso a la financiación en el actual contexto de crisis económica y financiera (DO C 83 de 7.4.2009, p. 1).
([5]) En virtud del Marco temporal, las ayudas se consideran compatibles con el mercado interior siempre y cuando el importe de la ayuda no supere los 500 000 EUR, el beneficiario sea una empresa que no estuviera en crisis a 1 de julio de 2008 y se cumplan todas las demás condiciones establecidas en el punto 4.2.2 del Marco temporal.

(6) La Decisión de 2011 fue impugnada por Alemania y por terceros tras su adopción ([6]). El 4 de febrero de 2016, el Tribunal General rechazó la alegación del demandante y confirmó la Decisión de 2011 ([7]).

(7) Alemania y dos beneficiarios potenciales de la ayuda (Heitkamp BauHolding GmbH y GFKL Financial Services AG) interpusieron recursos de apelación contra las sentencias del Tribunal General. El 28 de junio de 2018, el Tribunal de Justicia anuló las sentencias del Tribunal General y la Decisión de 2011 ([8]). El Tribunal de Justicia declaró que la Comisión, al evaluar la selectividad de la ayuda, incurrió en error al considerar como marco de referencia únicamente la norma que prohibía trasladar pérdidas en caso de un cambio en la estructura de las participaciones de la empresa (artículo 8c, apartado 1, de la KStG) y no la norma general para el traslado de pérdidas.

2. **DESCRIPCIÓN DETALLADA DE LA MEDIDA/AYUDA**

2.1. **Antecedentes**

(8) En Alemania, las empresas tributan principalmente con arreglo a la Ley del impuesto sobre la renta (*Einkommensteuergesetz*, en lo sucesivo, «la EStG») y la KStG. Según el artículo 10d, apartado 2, de la EStG, las pérdidas registradas en un ejercicio fiscal pueden trasladarse a cuenta nueva; esto significa que, según el principio de la capacidad contributiva, las rentas sujetas a tributación de los futuros ejercicios fiscales pueden verse reducidas al compensar pérdidas de hasta un importe total de 1 millón EUR anual. La posibilidad del traslado de pérdidas existe también, según el artículo 8, apartado 1, de la KStG, para las empresas sujetas al impuesto de sociedades.

(9) Según Alemania, al hacer posible este traslado de pérdidas se crea también un incentivo para adquirir las denominadas «sociedades instrumentales», es decir, empresas que habían suspendido toda actividad comercial desde hacía tiempo pero que todavía disponían de pérdidas trasladadas.

(10) Como reacción a dichas adquisiciones instrumentales, en 1997 el Parlamento Federal (*Bundestag*) limitó la posibilidad de trasladar pérdidas introduciendo en el artículo 8, apartado 4, de la KStG la denominada norma de la adquisición instrumental (*Mantelkaufregelung*). Esta norma limitaba la posibilidad de trasladar las pérdidas a empresas jurídica y económicamente idénticas a la empresa que había registrado dichas pérdidas. La norma no daba una definición de «económicamente idéntica», pero citaba un ejemplo negativo y dos positivos:

— una sociedad no era económicamente idéntica si más de la mitad de sus acciones se transferían a una empresa y esta proseguía su actividad económica o la retomaba principalmente con nuevos activos;

— no obstante, una sociedad era económicamente idéntica si la aportación de nuevos activos servía exclusivamente para el saneamiento de la actividad mercantil que originó la deducción de pérdidas restantes y proseguía dicha actividad en una escala similar, en el marco general de las relaciones económicas, durante los siguientes cinco años;

— una sociedad era económicamente idéntica si el comprador, en vez de aportar activos, compensaba las pérdidas producidas en la sociedad que las había registrado.

(11) Estos dos últimos ejemplos se denominan habitualmente *Sanierungsklausel* (cláusula de saneamiento, es decir, que permite el saneamiento de empresas en crisis).

(12) El artículo 8, apartado 4, de la KStG fue derogado con efectos a partir del 1 de enero de 2008 por la Ley de reforma de la fiscalidad empresarial de 2008 (*Unternehmensteuerreformgesetz*) ([9]).

([6]) Se interpusieron dieciséis recursos de anulación, uno de Alemania (T-205/11) y quince de potenciales beneficiarios de la ayuda. Se declaró la inadmisibilidad de todos los recursos, excepto los asuntos T-287/11 y T-620/11.

([7]) Sentencia del Tribunal General de 4 de febrero de 2016, Heitkamp BauHolding/Comisión, T-287/11, ECLI:EU:T:2016:60; sentencia del Tribunal General de 4 de febrero de 2016, GFKL Financial Services/Comisión, T-620/11, ECLI:EU:T:2016:59.

([8]) Sentencia del Tribunal de Justicia (Segunda Sala) de 28 de junio de 2018, Andres (faillite Heitkamp BauHolding)/Comisión, C-203/16 P, ECLI:EU:T:2018:505; sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Segunda) de 28 de junio de 2018, Alemania/Comisión, C-208/16 P, ECLI:EU:C:2018:506; sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Segunda) de 28 de junio de 2018, Alemania/Comisión, C-209/16 P, ECLI:EU:C:2018:507; sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Segunda) de 28 de junio de 2018, Lowell Financial Services/Comisión, C-219/16 P, ECLI:EU:C:2018:508.

([9]) Unternehmensteuerreformgesetz 2008, de 14 de agosto de 2007, BGBl. 2007, Parte I, n.º 40, p. 1912.

(13) Esta Ley de 2008 introdujo además el nuevo artículo 8c, apartado 1, de la KStG, que limitaba mucho más que el anterior artículo 8, apartado 4, de la KStG la posibilidad de trasladar pérdidas en caso de un cambio en la estructura de las participaciones de la empresa. La nueva norma prevé lo siguiente:

— las pérdidas no utilizadas ya no se podrán deducir totalmente si se transfiere a un comprador más del 50 % del capital suscrito, de los derechos corporativos, de los de participación o de los de voto en una entidad;

— las pérdidas no utilizadas ya no se podrán deducir parcialmente si en el plazo de cinco años se transfiere más del 25 %, hasta un máximo del 50 %, del capital suscrito, de los derechos corporativos, de los de participación o de los de voto.

(14) En un principio, la nueva norma no preveía excepciones para las empresas que al mismo tiempo estuvieran sujetas a un cambio esencial de su estructura de propiedad y en proceso de saneamiento.

(15) Según la exposición de motivos aprobada por el Parlamento Federal junto con la Ley de reforma de la fiscalidad empresarial de 2008, el artículo 8, apartado 4, de la KStG fue sustituido por el nuevo artículo 8c, apartado 1, de la KStG, para simplificar la normativa (la exposición de motivos señala que la aplicación práctica del artículo 8, apartado 4, de la KStG había planteado numerosas y complejas cuestiones jurídicas) y para poder hacer frente a los abusos de forma más selectiva ([10]). El Parlamento Federal era consciente de que, a raíz de la reforma, ya no sería posible trasladar las pérdidas en caso de saneamiento de una empresa en crisis que implicase un cambio de su estructura de propiedad. Esa situación, sin embargo, se consideró aceptable ya que en tales casos las autoridades fiscales podían renunciar a recaudar deudas fiscales por razones de equidad sin necesidad de una disposición explícita en la KStG ([11]).

2.2. **La medida**

(16) En junio de 2009 se introdujo en el artículo 8c de la KStG una nueva disposición (artículo 8c, apartado 1a, de la KStG), según la cual todavía se pueden trasladar pérdidas en caso de adquisición de una empresa en crisis con el fin de sanearla. Esta modificación formaba parte integrante de la Ley sobre el seguro de enfermedad relativa a la exención fiscal a favor de los ciudadanos (*Bürgerentlastungsgesetz Krankenversicherung*) ([12]). La nueva disposición se denomina en general también «cláusula de saneamiento» o (para distinguirla de la disposición anterior del artículo 8, apartado 4, de la KStG), «*nueva* cláusula de saneamiento».

(17) En virtud del artículo 8c, apartado 1a, de la KStG, las entidades pueden también proceder a un traslado de pérdidas en el caso de una adquisición de participaciones con arreglo al artículo 8c, apartado 1, de la KStG, en las siguientes condiciones:

— que la adquisición de participaciones tenga como finalidad el saneamiento ([13]) de la entidad;

— que, en el momento de la adquisición, la entidad sea insolvente o esté excesivamente endeudada o en riesgo de insolvencia o de endeudamiento excesivo ([14]);

— que se conserven las estructuras esenciales de la empresa, lo que supone que:

  — la entidad cumple un convenio entre dirección de la empresa y comité de empresa (*Betriebsvereinbarung*) respecto a la conservación de los puestos de trabajo, o

  — se conserva el 80 % de los puestos de trabajo (calculados sobre la base de la masa salarial) en los cinco años siguientes a la adquisición de las participaciones, o

  — en los doce meses siguientes a la adquisición, se efectúa una aportación sustancial de activos o se condonan deudas que todavía tienen valor económico; se supone que se ha producido una aportación sustancial de activos si los nuevos activos representan como mínimo el 25 % de los activos del ejercicio económico precedente; las prestaciones efectuadas por la sociedad de capital en los tres años siguientes a la aportación de los nuevos activos reducen el valor de la aportación realizada;

([10]) Doc. del Parlamento Federal n.º 16/4841, p. 74.

([11]) Doc. del Parlamento Federal n.º 16/4841, p. 76, con referencia a una circular del Ministerio Federal de Hacienda de 27 de marzo de 2003; BStBl 2003, Parte I, p. 240.

([12]) *Gesetz zur verbesserten steuerlichen Berücksichtigung von Vorsorgeaufwendungen* (Ley para una mejor consideración fiscal de las cargas de previsión [*Bürgerentlastungsgesetz Krankenversicherung*]), de 16 de junio de 2009, BGBl. 2009, Parte I, n.º 43, p. 1959.

([13]) El objetivo del saneamiento es reorganizar una entidad. Es una medida destinada a impedir o eliminar la insolvencia o el endeudamiento excesivo. Por consiguiente, solo se tienen en cuenta las entidades que en el momento de la adquisición de las participaciones eran insolventes o estaban excesivamente endeudadas, o que estaban en riesgo de insolvencia o de endeudamiento excesivo.

([14]) Los conceptos de «insolvencia», «riesgo de insolvencia» y «endeudamiento excesivo» se definen en el Código de insolvencia (*Insolvenzordnung*, en adelante «InsO»), de 5 de octubre de 1994, BGBl. 1994, Parte I, n.º 70, p. 2866. «Insolvencia» (artículo 17 del InsO): El deudor es insolvente cuando no está en condiciones de cumplir sus obligaciones de pago y cuando suspende pagos. «Riesgo de insolvencia» (art. 18 InsO): El deudor está en riesgo de insolvencia cuando es probable que no esté en condiciones de cumplir sus obligaciones de pago en el momento de su vencimiento. «Endeudamiento excesivo» (artículo 19 del InsO): Existe un endeudamiento excesivo cuando los activos de la empresa deudora no cubren las deudas existentes, salvo que sea muy probable que, dadas las circunstancias, la empresa deudora siga existiendo.

— que, en los cinco años siguientes a la adquisición de la participación, no se produzca ningún cambio en el sector de actividad de la empresa;

— que la empresa no haya cesado sus actividades en el momento de la adquisición de la participación.

(18) El artículo 8c, apartado 1a, de la KStG entró en vigor el 10 de julio de 2009 con efecto retroactivo a partir del 1 de enero de 2008.

(19) El artículo 8c, apartado 1a, de la KStG se introdujo en principio como una medida temporal que debía estar vigente hasta el 31 de diciembre de 2009. Sin embargo, el 22 de diciembre de 2009, el Parlamento Federal alemán adoptó, en el marco de la Ley para la aceleración del crecimiento económico (*Wachstumsbeschleunigungsgesetz*) de 22 de diciembre de 2009, una norma que suprimía la cláusula de expiración de la KStG ([15]).

(20) En este contexto, se subrayó que las pérdidas trasladadas solo podían deducirse de los beneficios de la empresa que iba a sanearse. El comprador no podía deducir estas pérdidas de sus propios beneficios. Esto se aplica incluso en el caso de que el comprador consolide sus deudas fiscales a nivel de un grupo, ya que el artículo 15, primera frase, n.º 1, de la KStG prohíbe el traslado de pérdidas si una sociedad vinculada forma parte de un grupo de empresas (*Organschaft*) ([16]). Sin embargo, según el derecho alemán en materia de fiscalidad de sociedades, estas pérdidas no se cancelan; solamente se «congelan» a nivel del grupo y pueden volver a utilizarse cuando la empresa ya no esté consolidada. Para el traslado de estas pérdidas «congeladas» no hay plazo.

(21) El comprador se ve beneficiado indirectamente por el artículo 8c, apartado 1a, de la KStG, ya que esta disposición reduce la carga fiscal de la sociedad saneada una vez se ha efectuado con éxito el saneamiento. Además, el comprador puede transferir todas sus actividades, o parte de ellas, a la sociedad adquirida y de esta forma utilizar las pérdidas trasladadas.

3. **LA DECISIÓN DE INCOACIÓN**

(22) Por carta de 24 de febrero de 2010, la Comisión comunicó a Alemania su decisión de incoar el procedimiento establecido en el artículo 108, apartado 2, del TFUE con respecto a la medida antes descrita (artículo 8c, apartado 1a, de la KStG).

(23) En su Decisión de incoación, la Comisión consideró que el artículo 8c, apartado 1a, de la KStG establecía una diferencia entre empresas financieramente sanas que registran pérdidas y empresas (eventualmente) insolventes o excesivamente endeudadas, puesto que solo favorecía a las últimas. Según la opinión preliminar de la Comisión, la medida era selectiva e implicaba ayuda estatal, puesto que parecían cumplirse también las demás condiciones del artículo 107, apartado 1, del TFUE. Por último, la Comisión señaló que tenía dudas sobre la compatibilidad de la medida con el artículo 107, apartado 3, letra b), del TFUE, en la interpretación del Marco temporal comunitario, y con el artículo 107, apartado 3, letra c), del TFUE, en la interpretación de las Directrices de salvamento y reestructuración (de aplicación en aquel momento) ([17]) y de las Directrices sobre ayudas de finalidad regional (de aplicación en aquel momento) ([18]).

(24) Después de que se incoara el procedimiento de investigación formal, el Ministerio Federal de Hacienda ordenó a las autoridades responsables de la recaudación de impuestos que dejaran de aplicar el artículo 8c, apartado 1a, de la KStG hasta que la Comisión adoptara una decisión definitiva al respecto y que informaran a las empresas afectadas de que, en caso de que la decisión de la Comisión fuera negativa, deberían devolver las ayudas estatales ([19]).

4. **OBSERVACIONES DE ALEMANIA**

(25) Alemania considera que el artículo 8c, apartado 1a, de la KStG no constituye ayuda estatal por las tres razones siguientes:

— la medida es compatible con el principio del acreedor privado (véase el punto 4.1);

— no es selectiva (véase el punto 4.2);

— está justificada por la naturaleza y la estructura interna del sistema fiscal alemán (véase el punto 4.3).

([15]) Artículo 2, punto 3, letra b), de la Ley para la aceleración del crecimiento económico (*Wachstumsbeschleunigungsgesetz*) de 22 de diciembre de 2009, BGBl. 2009, Parte I, n.º 81, p. 3950.

([16]) Denominadas «pérdidas anteriores a la integración fiscal» (*vororganschaftliche Verluste*).

([17]) Comunicación de la Comisión-Directrices comunitarias sobre ayudas estatales de salvamento y de reestructuración de empresas en crisis (DO C 244 de 1.10.2004, p. 2).

([18]) Directrices sobre las ayudas estatales de finalidad regional para el período 2007-2013 (DO C 54 de 4.3.2006, p. 13).

([19]) Circular del Ministerio Federal de Hacienda de 30 de abril de 2010 a las autoridades fiscales (responsables de la recaudación de impuestos) de los Estados federados (BMF de 30.4.2010-IV C 2-S 2745-a/08/10005:002), BStBl. 2010, Parte I, p. 488.

(26) Alemania arguye, además, que la nueva cláusula de saneamiento del artículo 8c, apartado 1a, de la KStG corresponde esencialmente a la cláusula de saneamiento anterior del artículo 8, apartado 4, de dicha Ley, respecto a la cual la Comisión nunca planteó objeciones (véase el punto 4.4), y que, además, existen disposiciones fiscales similares en varios Estados miembros (véase el punto 4.5).

4.1. **Compatibilidad con el principio del acreedor privado**

(27) En su escrito de 2 de julio de 2010, las autoridades alemanas alegan que el principio del acreedor privado se puede invocar también en el ámbito de la recaudación de deudas fiscales o parafiscales ([20]). Además, la relación entre el Estado alemán y sus contribuyentes sería comparable a una relación contractual a largo plazo entre un acreedor privado y un deudor, basada, por ejemplo, en un contrato de alquiler o de trabajo. En opinión de Alemania, un acreedor privado en una relación contractual a largo plazo renunciaría también a una parte de sus deudas futuras si ello permitiera a otra empresa absorber a su deudor, garantizando así la continuación del contrato a largo plazo.

4.2. **Ausencia de selectividad**

(28) En opinión de Alemania, el artículo 8c, apartado 1a, de la KStG es una medida general, puesto que no se limita a un sector económico, a empresas de determinado tamaño o a una región. Todas las empresas pueden sufrir dificultades financieras por causas ajenas a su voluntad y, por tanto, pueden aspirar a hacer uso de la medida.

(29) Alemania señala, además, que la Comisión misma, en su Comunicación sobre fiscalidad directa de las empresas de 1998, ha considerado que las medidas de pura técnica fiscal, por ejemplo, las disposiciones sobre el traslado de pérdidas, no son selectivas, «(s)iempre que se apliquen de la misma manera a todas las empresas y a todas las producciones» y que «(e)l hecho de que determinadas empresas o sectores se beneficien más que otros de algunas de estas medidas fiscales no significa necesariamente que dichas medidas entren en el ámbito de aplicación de las normas de competencia en materia de ayudas estatales» ([21]).

(30) Alemania estima que estas reflexiones son especialmente importantes para un trato fiscal ventajoso de la investigación y el desarrollo, pero también en el ámbito de la protección medioambiental, la formación o el empleo. Las medidas fiscales a favor de empresas que dedican un esfuerzo particular a estos ámbitos, según Alemania, no son selectivas, dado que todas las empresas pueden acogerse a ellas, aunque de hecho sean las empresas que desarrollan sus actividades en determinados sectores concretos las que las aprovechan en mayor medida. Según Alemania, esto debería aplicarse también a los instrumentos fiscales de los que se benefician las empresas en crisis que se adquieren para ser saneadas.

(31) Alemania arguye que el Tribunal de Justicia y el Tribunal General han admitido que una medida que beneficia exclusivamente a las empresas en crisis puede, en principio, ser una medida general sin carácter selectivo. Alemania, a este respecto, cita en primer lugar la sentencia en el asunto DM Transport ([22]), en el que, respecto a un instrumento de pago belga para empresas en crisis, el Tribunal de Justicia estableció lo siguiente:

> «El Gobierno francés señala que las facilidades de pago de cotizaciones a la Seguridad Social no constituyen una ayuda de Estado cuando se conceden, en idénticas condiciones, a toda empresa que se enfrente a dificultades de tesorería. Según parece, este es el caso del régimen establecido por la legislación belga. Por el contrario, la Comisión alega que el ONSS ostenta una facultad discrecional en cuanto a la concesión de facilidades de pago.
>
> Del tenor del apartado 1 del artículo 92 del Tratado se desprende que las medidas de carácter general que no favorecen únicamente a determinadas empresas o producciones no están comprendidas dentro del ámbito de aplicación de dicha disposición. En cambio, cuando el organismo que concede las ventajas económicas ostenta una facultad discrecional que le permite determinar los beneficiarios o las condiciones de la medida concedida, no puede considerarse que esta tenga un carácter general [véase, en este sentido, la sentencia de 26 de septiembre de 1996, Francia/Comisión, C-241/94 (Rec. 1996, p. I-4551), apartados 23 y 24].
>
> Corresponde al órgano jurisdiccional nacional, en el asunto principal, determinar si la facultad del ONSS para conceder facilidades de pago es discrecional o no y, si no fuera así, comprobar si las facilidades de pago concedidas por el ONSS tienen un carácter general o si favorecen a determinadas empresas».

([20]) Alemania remite a la sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Segunda) de 14 de septiembre de 2004, España/Comisión, C-276/02, ECLI:EU:C:2004:521, apartados 15 y 26, así como a la sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Sexta) de 29 de junio de 1999, DM Transport, C-256/97, ECLI:EU:C:1999:332, apartados 22 y 25.

([21]) Comunicación de la Comisión relativa a la aplicación de las normas sobre ayudas estatales a las medidas relacionadas con la fiscalidad directa de las empresas (DO C 384 de 10.12.1998, p. 3), puntos 13 y 14.

([22]) Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Sexta) de 29 de junio de 1999, DM Transport, C-256/97, ECLI:EU:C:1999:332, apartados 26 a 28.

(32) Por otra parte, Alemania cita la sentencia del asunto HAMSA ([23]), en el que las autoridades españolas sostenían que una medida que se aplica a todas las empresas en crisis no es selectiva. A este respecto, el Tribunal de Primera Instancia dictaminó lo siguiente;

> «En el presente caso, debe desestimarse la alegación que la demandante y el Reino de España basan en el hecho de que la Ley de Suspensión de Pagos, de 26 de julio de 1922, establezca un procedimiento de carácter general, aplicable a cualquier empresa en crisis. Si bien es cierto que esta Ley no se aplica de modo selectivo en favor de determinadas categorías de empresas o de sectores de actividad, procede declarar que las condonaciones impugnadas por la Comisión no se desprenden automáticamente de la aplicación de dicha Ley, sino de la facultad discrecional de los organismos públicos de que se trata. Conforme a reiterada jurisprudencia, cuando el organismo que concede las ventajas económicas ostenta una facultad discrecional que le permite determinar los beneficiarios o las condiciones de la medida concedida, no puede considerarse que esta tenga un carácter general (sentencia del Tribunal de Justicia de 29 de junio de 1999, DM Transport, C-256/97, Rec. p. I-3913, apartado 27)».

(33) Alemania señala que el artículo 8c, apartado 1a, de la KStG, a diferencia de lo que ocurre con las medidas a las que se referían los asuntos DM Transport y HAMSA, no prevé ninguna facultad discrecional de los organismos públicos; la aplicación de la medida se desprende automáticamente de la Ley. De ello Alemania deduce, *a sensu contrario*, que el artículo 8c, apartado 1a, de la KStG no es selectivo.

(34) Alemania considera, además, que el artículo 8c, apartado 1a, de la KStG forma parte de las normas de la legislación alemana en materia de insolvencia. La elegibilidad de las empresas se basa especialmente en los conceptos de «insolvencia», de «riesgo de insolvencia» y de «endeudamiento excesivo», que se definen en el Código de insolvencia y que constituyen motivos para la declaración de insolvencia.

(35) Por lo que respecta a la selectividad de la medida, Alemania concluye que la posición de la Comisión tiene como consecuencia que todas las reducciones fiscales constituyen ayudas estatales, aunque sean de aplicación general, y que esa posición sería contraria al TFUE.

4.3. **Justificación por la naturaleza o la estructura interna del sistema fiscal**

(36) Alemania considera que la excepción establecida por el artículo 8c, apartado 1a, de la KStG está justificada por la naturaleza y la estructura interna del sistema alemán de fiscalidad de las empresas. En su opinión existe una diferencia objetiva entre empresas en crisis, que deben sanearse, y las demás empresas; esta diferencia justifica un trato diferente de las primeras cuando se adquieren para su saneamiento. Alemania basa este argumento en tres razones.

(37) En primer lugar, mientras que las empresas saneadas financieramente pueden escoger entre una financiación obtenida en el mercado de capitales y la búsqueda de un comprador, las empresas en crisis solo tienen la posibilidad de buscar un comprador, dado que no pueden dotarse de capital externo en el mercado de capitales ni obtener un crédito bancario. Por consiguiente, se niega sistemáticamente a las empresas en crisis la posibilidad de trasladar pérdidas, mientras que las empresas saneadas siempre podrían elegir entre obtener capital externo y buscar un comprador.

(38) En segundo lugar, Alemania argumenta que el sentido y la finalidad del artículo 8c, apartado 1, de la KStG, evitar las adquisiciones instrumentales, no excluye en modo alguno la posibilidad de trasladar pérdidas en el caso de que la compra se efectúe para un saneamiento y no esté puramente motivada por un objetivo de optimización fiscal. Sin la limitación impuesta por el artículo 8c, apartado 1a, de la KStG a las adquisiciones de empresas en crisis financiera con el fin de sanearlas, es decir, si se incluyeran también otros casos de adquisición, no se podría alcanzar la finalidad de la norma.

(39) En tercer lugar, argumenta Alemania, el artículo 8c, apartado 1, de la KStG garantiza que el precio de compra de las participaciones en la empresa se basa solo en el valor económico de la misma y evita que influya en dicho precio el valor de las pérdidas acumuladas con fines de una optimización fiscal. En el caso de la adquisición de una empresa en crisis para su saneamiento, el posible valor de las pérdidas acumuladas no juega ningún papel especial. Como prueba de ello, Alemania recuerda que los auditores no conceden valor alguno a las pérdidas eventualmente trasladadas de una empresa en mala situación económica que se hayan registrado en la contabilidad de una empresa consolidada fiscalmente.

(40) Basándose en la combinación de estas tres razones, Alemania afirma que el artículo 8c, apartado 1a, de la KStG, aunque fuera *a priori* selectivo, estaría justificado en todos los casos por la naturaleza y la estructura interna del sistema fiscal alemán.

([23]) Sentencia del Tribunal de Primera Instancia (Sala Quinta ampliada) de 11 de julio de 2002, HAMSA/Comisión, T-152/99, ECLI:EU:T:2002:188, apartado 157.

4.4. **Relación entre la cláusula de saneamiento nueva y la antigua**

(41) Alemania observa que, a partir del 1 de enero de 2008, el artículo 8c de la KStG sustituyó a una norma similar, el artículo 8, apartado 4, de la KStG. Ambas normas persiguen el mismo objetivo, a saber, impedir las adquisiciones instrumentales.

(42) Alemania señala que la Comisión nunca ha planteado posibles problemas con respecto al artículo 8, apartado 4, de la KStG y que, por lo tanto, esa disposición no constituía ayuda estatal.

(43) Por esta razón, Alemania considera que la posición de la Comisión con respecto a la nueva disposición es incoherente.

4.5. **Normas similares en otros sistemas fiscales**

(44) Según Alemania existen normas similares a las del artículo 8c, apartado 1a, de la KStG en numerosos Estados miembros. Se citan como ejemplo Austria, Bélgica, Finlandia, Italia, Luxemburgo y los Países Bajos. A pesar de las grandes similitudes entre los sistemas, la Comisión no ha tomado, respecto a estos Estados miembros, ninguna de las medidas a su alcance dentro de sus competencias en el ámbito de las ayudas estatales.

(45) Como reacción al considerando 34 de la Decisión de incoación, en el que se exponen las medidas de la Comisión en relación con el sistema fiscal francés, Alemania pone de manifiesto que el sistema alemán se diferencia del aplicado por Francia en que este se limita a determinados sectores económicos y prevé una exención total del impuesto de sociedades.

5. **CAMBIOS OCURRIDOS DESDE LA ADOPCIÓN Y ANULACIÓN DE LA DECISIÓN DE 2011**

(46) Después de que fuera adoptada la Decisión de 2011, Alemania interrumpió la aplicación de la medida a la espera de una sentencia firme del Tribunal General o del Tribunal de Justicia ([24]).

(47) El 29 de marzo de 2017, el Tribunal Constitucional alemán declaró inconstitucional la cancelación parcial de las pérdidas en caso de transferencia del 25 % al 50 % del capital suscrito, de los derechos corporativos, de los de participación o de los de voto con arreglo al artículo 8c, apartado 1, de la KStG y exigió al Parlamento Federal que modificara la norma para el 31 de diciembre de 2018 ([25]). El Parlamento Federal anuló (con efecto retroactivo desde el 21 de diciembre de 2007) la cancelación parcial de las pérdidas en caso de transferencia del 25 % al 50 % del capital suscrito, de los derechos corporativos, de los de participación o de los de voto y mantuvo únicamente la cancelación total de las pérdidas en el caso de que se transfiriera a otra empresa más del 50 % de ese capital o de esos derechos ([26]).

(48) Tras la anulación de la Decisión de 2011 por el Tribunal de Justicia, Alemania volvió a introducir la cláusula de saneamiento (artículo 8c, apartado 1a, de la KStG) el 11 de diciembre de 2018 (con efecto retroactivo desde 2008) ([27]).

6. **EVALUACIÓN DE LA MEDIDA**

(49) El artículo 107, apartado 1, del TFUE dispone que «serán incompatibles con el mercado interior, en la medida en que afecten a los intercambios 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».

(50) La calificación de una medida como ayuda a tenor de dicha disposición requiere que se cumplan las siguientes condiciones: i) la medida debe ser imputable al Estado y financiarse mediante fondos estatales, ii) debe conferir una ventaja a una empresa, iii) tal ventaja debe ser selectiva, y iv) la medida debe falsear o amenazar con falsear la competencia y poder afectar a los intercambios comerciales entre los Estados miembros.

(51) La clasificación de una medida como ayuda estatal a tenor del artículo 107, apartado 1, del TFUE exige que se cumplan las cuatro condiciones de manera acumulativa. En primer lugar, la Comisión examina si se ha concedido una ventaja selectiva.

([24]) Artículo 4, punto 2, letra a) (modificación del artículo 34, apartado 7c, de la KStG) de la Ley para la transposición de la Directiva sobre cobro de créditos y sobre la modificación de otras disposiciones fiscales (*Gesetz zur Umsetzung der Beitreibungsrichtlinie sowie zur Änderung steuerlicher Vorschriften*), 7 de diciembre de 2011, BGBl. 2011, Parte I, n.º 64, p. 2592.

([25]) Decisión del Tribunal Constitucional Federal de 29 de marzo de 2017 – 2 BvL 6/11 – https://www.bundesverfassungsgericht.de/e/ls20170329_2bvl000611.html.

([26]) Artículo 6, punto 2 (modificación del artículo 8c, apartado 1, de la KStG) de la Ley para evitar pérdidas del impuesto sobre el volumen de ventas de mercancías por internet y sobre la modificación de otras disposiciones fiscales (*Gesetz zur Vermeidung von Umsatzsteuerausfällen beim Handel mit Waren im Internet sowie zur Änderung steuerlicher Vorschriften*), de 11 de diciembre de 2018, BGBl. 2018, Parte I, n.º 45, p. 2338.

([27]) Artículo 6, punto 6, letra b) (modificación del artículo 34, apartado 6, de la KStG) de la Ley para evitar pérdidas del impuesto sobre el volumen de ventas de mercancías por internet y sobre la modificación de otras disposiciones fiscales (*Gesetz zur Vermeidung von Umsatzsteuerausfällen beim Handel mit Waren im Internet sowie zur Änderung steuerlicher Vorschriften*).

(52) Para determinar si existe una ventaja, debe compararse en principio la situación financiera de la empresa a raíz de la medida con la situación financiera en la que se encontraría si no se hubiera adoptado la medida ([28]).

(53) En el caso de las medidas fiscales, para probar una posible ventaja fiscal debe demostrarse especialmente si el trato fiscal de una empresa confiere a esta una ventaja con respecto al régimen tributario común o «normal» ([29]). Por consiguiente, la demostración de una ventaja guarda estrecha relación con la demostración de la selectividad (en la que se prueba, a su vez, la existencia de un trato fiscal especial en relación con las disposiciones fiscales generales).

(54) Según reiterada jurisprudencia ([30]), la demostración de la selectividad material de una medida fiscal consta de tres pasos. En primer lugar, debe identificarse y analizarse el régimen fiscal común o «normal» (el «sistema de referencia») aplicable en el Estado miembro de que se trate. En segundo lugar, a la luz de este régimen fiscal común o «normal», debe determinarse el eventual carácter selectivo de la ventaja otorgada por la medida fiscal de que se trate. Para ello debe demostrarse que la medida supone una excepción al referido régimen común en cuanto que establece diferencias entre operadores económicos que, con respecto al objetivo que persigue el citado régimen, se encuentren en una situación fáctica y jurídica comparable. En tercer lugar, cuando exista esta excepción se debe probar si se desprende de la naturaleza o de la estructura interna del sistema fiscal al que pertenece y, por consiguiente, puede estar justificada por dicha naturaleza o dicha estructura interna. En este contexto, corresponde al Estado miembro demostrar que el trato fiscal diferenciado se deriva directamente de los principios fundamentales o rectores de dicho sistema.

(55) En el presente asunto, de las sentencias del Tribunal de Justicia ([31]) se desprende que el régimen del impuesto sobre sociedades vigente para todas las empresas es el sistema de referencia en Alemania y que comprende la norma general para el traslado de pérdidas (artículo 8, apartado 1, de la KStG). El objetivo de este régimen es generar ingresos destinados al presupuesto a través de la tributación de los beneficios de las empresas de conformidad con el principio de tributación en función de la capacidad contributiva.

(56) El artículo 8, apartado 1, de la KStG (leído en relación con el artículo 10d de la EStG) dispone que las empresas sujetas al impuesto de sociedades pueden trasladar con fines fiscales las pérdidas registradas en un ejercicio fiscal (hasta un límite máximo de 1 millón EUR) a futuros ejercicios fiscales.

(57) En el apartado 102 de la sentencia Andres ([32]), el Tribunal de Justicia dictaminó que la norma de cancelación de pérdidas representa en sí misma una excepción de la norma de traslado de pérdidas y que el análisis global del contenido de dichas disposiciones debiera haber llevado a observar que, como efecto de la cláusula que permite el saneamiento de empresas en crisis, se daba una situación que estaba comprendida en el ámbito de aplicación de la norma general del traslado de pérdidas.

(58) Por tanto, entre las condiciones especiales del presente asunto no procede determinar si las disposiciones para evitar el abuso forman parte del sistema de referencia, puesto que, según el análisis del Tribunal de Justicia, en cualquier caso parece descartado que la cláusula de saneamiento sea contraria al objetivo de dicho régimen ([33]) y constituya una excepción al mismo ([34]).

(59) Para determinar si la cláusula de saneamiento (artículo 8c, apartado 1a, de la KStG) supone una ventaja selectiva, la Comisión debe examinar si la medida fiscal controvertida supone una excepción al referido régimen común en la medida en que establece diferencias entre operadores económicos que, con respecto al objetivo que persigue el citado régimen, se encuentren en una situación fáctica y jurídica comparable.

([28]) Véase la sentencia del Tribunal de Justicia de 2 de julio de 1974, Italia/Comisión, 173/73, ECLI:EU:C:1974:71, apartado 17.

([29]) Véanse, por ejemplo, la sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Segunda) de 15 de diciembre de 2005, Unicredito Italiano, C-148/04, ECLI:EU:C:2005:774, apartados 50 a 52, y la sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Tercera) de 8 de diciembre de 2011, France Télécom/Comisión, C-81/10 P, ECLI:EU:C:2011:811, apartado 24.

([30]) Véanse, por ejemplo, la sentencia del Tribunal de Justicia (Primera Sala) de 8 de septiembre de 2011, Paint Graphos y otros, C-78/08 a C-80/08, ECLI:EU:C:2011:550, apartados 49 y 71; y la sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 21 de diciembre de 2016, Comisión/World Duty Free Group, y Comisión/Banco Santander y Santusa C-20/15 P y C-21/15, ECLI:EU:C:2016:981, apartados 57 y 58.

([31]) Sentencia del Tribunal de Justicia (Segunda Sala) de 28 de junio de 2018, Andres (faillite Heitkamp BauHolding)/Comisión, C-203/16 P, ECLI:EU:T:2018:505; sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Segunda) de 28 de junio de 2018, Alemania/Comisión, C-208/16 P, ECLI:EU:C:2018:506; sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Segunda) de 28 de junio de 2018, Alemania/Comisión, C-209/16 P, ECLI:EU:C:2018:507; sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Segunda) de 28 de junio de 2018, Lowell Financial Services/Comisión, C-219/16 P, ECLI:EU:C:2018:508.

([32]) Sentencia del Tribunal de Justicia (Segunda Sala) de 28 de junio de 2018, Andres (faillite Heitkamp BauHolding)/Comisión, C-203/16 P, ECLI:EU:T:2018:505.

([33]) Que consistiría en evitar que las empresas reduzcan excesivamente su base impositiva utilizando los traslados de pérdidas realizados por las sociedades instrumentales.

([34]) Además, se puede argumentar que el abuso queda descartado por el requisito establecido en la cláusula de saneamiento de conservar las estructuras esenciales de la empresa y mantener la actividad mercantil de la empresa.

(60) Dado que el artículo 8c, apartado 1a, de la KStG permite el traslado de pérdidas en empresas que sean insolventes o estén excesivamente endeudadas (o estén en riesgo de insolvencia o de endeudamiento excesivo) y sean saneadas, la medida no representa una excepción de la norma general para el traslado de pérdidas (artículo 8, apartado 1, de la KStG).

(61) Por consiguiente, la Comisión concluye que el artículo 8c, apartado 1a, de la KStG no concede ninguna ventaja selectiva a las empresas a las que se aplica.

(62) Habida cuenta de la constatación anterior, no es necesario examinar otros argumentos de Alemania en apoyo de la ausencia de una ventaja selectiva. Tampoco es necesario examinar las demás condiciones para que una medida pueda calificarse de ayuda estatal puesto que, para ello, las cuatro condiciones establecidas en el artículo 107, apartado 1, del TFUE deben cumplirse de forma acumulativa.

7. **CONCLUSIÓN**

(63) A la vista de lo expuesto, la Comisión llega a la conclusión de que el artículo 8c, apartado 1a, de la KStG (cláusula de saneamiento) no constituye ayuda estatal con arreglo al artículo 107, apartado 1, del TFUE.

HA ADOPTADO LA PRESENTE DECISIÓN:

Artículo 1

La norma para el traslado de pérdidas fiscales en el caso de saneamiento de empresas en crisis con arreglo al artículo 8c, apartado 1a, de la KStG (cláusula de saneamiento) no constituye ayuda estatal a tenor del artículo 107, apartado 1, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

Artículo 2

El destinatario de la presente Decisión es la República Federal de Alemania.

Hecho en Bruselas, el 22 de enero de 2020.

Por la Comisión
Margrethe VESTAGER
Vicepresidenta ejecutiva