Recopilación de la Jurisprudencia

SENTENCIA DEL TRIBUNAL GENERAL (Sala Novena)

de 4 de febrero de 2016 *

«Ayudas de Estado — Legislación fiscal alemana relativa al traslado de pérdidas a ejercicios fiscales posteriores (Sanierungsklausel) — Decisión por la que se declara la ayuda incompatible con el mercado interior — Recurso de anulación — Afectación individual — Admisibilidad — Concepto de ayuda de Estado — Carácter selectivo — Naturaleza y estructura del sistema fiscal — Fondos públicos — Obligación de motivación — Confianza legítima»

En el asunto T-620/11,

GFKL Financial Services AG, con domicilio social en Essen (Alemania), representada inicialmente por los Sres. M. Schweda, S. Schultes-Schnitzlein, J. Eggers y M. Knebelsberger, y posteriormente por los Sres. Schweda, Eggers, Knebelsberger y F. Loose, abogados,

parte demandante,

apoyada por

República Federal de Alemania, representada por el Sr. T. Henze y la Sra. K. Petersen, en calidad de agentes,

parte coadyuvante,

contra

Comisión Europea, representada inicialmente por los Sres. T. Maxian Rusche, M. Adam y R. Lyal, y posteriormente por los Sres. Maxian Rusche, Lyal y M. Noll-Ehlers, en calidad de agentes,

parte demandada,

que tiene por objeto un recurso de anulación dirigido contra la 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, p. 26),

EL TRIBUNAL GENERAL (Sala Novena),

integrado por el Sr. G. Berardis, Presidente, y los Sres. O. Czúcz y A. Popescu (Ponente), Jueces;

Secretaria: Sra. K. Andová, administradora;

habiendo considerado los escritos obrantes en autos y celebrada la vista el 9 de julio de 2015;

dicta la siguiente

* Lengua de procedimiento: alemán.

Sentencia

Marco jurídico nacional

Norma de traslado de pérdidas

1 En Alemania, según el artículo 10d, apartado 2, de la Ley del impuesto sobre la renta (Einkommensteuergesetz), las pérdidas registradas en un ejercicio fiscal pueden trasladarse a los ejercicios fiscales futuros, es decir, que las pérdidas en cuestión pueden compensarse con las rentas sujetas a tributación de los años siguientes (en lo sucesivo, «norma de traslado de pérdidas»).

2 Según el artículo 8, apartado 1, de la Ley del impuesto sobre sociedades (Körperschaftsteuergesetz; en lo sucesivo, «KStG»), la norma de traslado de pérdidas existe también para las empresas sujetas al impuesto sobre sociedades.

Norma de cancelación de pérdidas

3 La posibilidad del traslado de pérdidas conducía, con el fin exclusivo de reducir cuotas tributarias, a que se adquirieran sociedades instrumentales que hacía tiempo que habían suspendido toda actividad comercial pero que todavía disponían de pérdidas trasladables (las denominadas adquisiciones instrumentales o de «Mantelkauf»).

4 En 1997, para evitar dichas adquisiciones instrumentales, el legislador alemán introdujo el artículo 8, apartado 4, de la KStG (en lo sucesivo, «norma anterior de cancelación de pérdidas»). Esta norma limitaba la posibilidad de trasladar las pérdidas a empresas jurídica y económicamente idénticas a la empresa que había sufrido las pérdidas. Según la disposición, las sociedades no eran económicamente idénticas si se transferían más de la mitad del capital de una sociedad y ésta proseguía su actividad económica o la retomaba principalmente con nuevos activos.

5 No obstante, la norma anterior de cancelación de pérdidas establecía en la tercera frase del artículo 8, apartado 4, de la KStG una excepción: las sociedades eran económicamente idénticas (y, por tanto, no se aplicaba la cancelación de pérdidas) en el caso de que la operación permitiera el «saneamiento» de la empresa adquirida. Sucedía en dos supuestos: por una parte, si la aportación de nuevos activos servía exclusivamente para el saneamiento de la actividad mercantil que había originado la deducción de pérdidas restantes y la empresa proseguía dicha actividad en una escala similar, en el marco general de las relaciones económicas, durante los siguientes cinco años; por otra, si el comprador, en vez de aportar activos, compensaba las pérdidas producidas en la empresa que las había sufrido.

6 En 2008, la Ley de reforma de la fiscalidad empresarial (Unternehmensteuerreformgesetz) derogó la norma anterior de cancelación de pérdidas e introdujo el artículo 8c, apartado 1, de la KStG (en lo sucesivo, «norma de cancelación de pérdidas»). Dicha disposición limita la posibilidad de trasladar pérdidas en caso de adquisición del 25 % o más del capital social (en lo sucesivo, «adquisición lesiva de participación»). Más exactamente, la disposición nueva establece que, en primer lugar, si en el plazo de cinco años se transfiere entre un 25 % y un 50 %, del capital suscrito, de los derechos corporativos, de los de participación o de los de voto en una entidad, las pérdidas no utilizadas se extinguen proporcionalmente según el porcentaje de cambio en el capital, y que, en segundo lugar, las pérdidas no utilizadas ya no se podrán deducir si se transfieren 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.

7 Al principio la norma nueva de cancelación de pérdidas no preveía excepciones. No obstante, en situaciones de adquisiciones lesivas de participación cuyo objeto fuera permitir el saneamiento de empresas en crisis, las autoridades tributarias podían otorgar exenciones basándose en consideraciones de equidad, aplicando para ello el Decreto de Saneamiento, de 27 de marzo de 2003, del Ministerio de Hacienda alemán (en lo sucesivo, «Decreto de Saneamiento»).

Cláusula que permite el saneamiento de empresas en crisis

8 En septiembre de 2007 el Gobierno alemán presentó ante la cámara baja del Parlamento (Bundestag) un proyecto de ley denominado «Ley MoRaKG», sobre modernización de las condiciones marco de las participaciones en el capital, que, en particular, preveía una excepción a la norma de cancelación de pérdidas.

9 Tras la notificación de dicho proyecto de Ley con arreglo al artículo 108 TFUE, apartado 3, la Comisión Europea prohibió la excepción normativa prevista, al considerarla una ayuda de Estado incompatible con el mercado interior, mediante la Decisión 2010/13/CE, de 30 de septiembre de 2009, relativa al régimen de ayudas C 2/09 (ex N 221/08 y N 413/08) que Alemania tiene previsto conceder para la modernización de las condiciones marco de las participaciones en el capital (DO 2010, L 6, p. 32; en lo sucesivo, «Decisión relativa a la Ley MoRaKG»).

10 En junio de 2009, la Ley sobre el seguro de enfermedad relativa a la exención fiscal a favor de los ciudadanos (Bürgerentlastungsgesetz Krankenversicherung) introdujo la disposición 8c, apartado 1a, de la KStG (en lo sucesivo, «cláusula que permite el saneamiento de empresas en crisis» o «medida controvertida»), en virtud de la cual todavía se pueden trasladar pérdidas si la adquisición de una empresa en crisis se hace con fines de saneamiento. En virtud de dicha cláusula, las entidades puede también proceder a un traslado de pérdidas en el caso de adquisiciones lesivas de participación, si es que se cumplen las condiciones siguientes:

a) la adquisición de participación tiene como finalidad el saneamiento de la entidad;

b) en el momento de la adquisición la empresa es insolvente o está excesivamente endeudada o está amenazada de insolvencia o excesivo endeudamiento;

c) se conservan las estructuras esenciales de la empresa, lo que supone que:

— la entidad cumple un acuerdo 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 suma de los salarios medios anuales) en el curso de los cinco primeros años siguientes a la adquisición de la participación, 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 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 del capital de explotación aportado;

d) en los cinco años que siguen a la adquisición de la participación no se produce ningún cambio en el sector de actividad de la empresa;

e) la empresa no había cesado sus actividades en el momento de la adquisición de la participación.

11 La cláusula que permite el saneamiento de empresas en crisis entró en vigor el 10 de julio de 2009, pero con efecto retroactivo a partir del 1 de enero de 2008, esto es, la fecha de la entrada en vigor de la norma de cancelación de pérdidas.

Cláusulas sobre plusvalías latentes y grupos de empresas

12 En diciembre de 2009 la Ley para la aceleración del crecimiento económico (Wachstumsbeschleunigungsgesetz) introdujo, con efecto diferido al 1 de enero de 2010, otras dos excepciones más a la norma de cancelación de pérdidas: por una parte, el artículo 8c, apartado 1, quinta frase, de la KStG (en lo sucesivo, «cláusula sobre grupos de empresas») y, por otra, el artículo 8c, apartado 1, sexta frase, de la KStG (en lo sucesivo, «cláusula sobre plusvalías latentes»).

13 La cláusula sobre grupos de empresas establece que el traslado de las pérdidas se mantendrá para las reestructuraciones realizadas dentro de grupos de empresas encabezadas por una única persona o sociedad que sean titulares del 100 % de las acciones.

14 La cláusula sobre plusvalías latentes establece que el traslado de las pérdidas se mantendrá cuando, en la adquisición lesiva de participación, dichas pérdidas correspondan a plusvalías latentes del capital de explotación de la sociedad, entendiendo por «plusvalías latentes» el importe de la diferencia entre, por una parte, los recursos propios que resulten en conjunto del cálculo fiscal de los beneficios y, por otra, el valor de las acciones de la sociedad que equivalgan a dichos recursos propios.

Antecedentes de hecho del litigio

15 La demandante, GFKL Financial Services AG, es una sociedad de servicios financieros que, por encontrarse en 2009 en situación de riesgo de insolvencia, necesitaba ser saneada.

16 El 14 de diciembre de 2009 un inversor compró aproximadamente el 80 % de las acciones de la demandante, procediendo el 4 de diciembre de 2010, como accionista mayoritario, a inyectar más de 50 millones de euros mediante una ampliación de capital, lo cual permitió evitar la insolvencia.

17 En el momento de la cesión de las acciones la demandante cumplía los requisitos necesarios para acogerse a la cláusula que permite el saneamiento de empresas en crisis, según indica la respuesta dada el 3 de septiembre de 2009 por la oficina tributaria de Essen-NordOst (Finanzamt Essen-NordOst) a una consulta vinculante (en lo sucesivo, «respuesta vinculante»).

18 Después de que la Comisión decidiera incoar el procedimiento de investigación formal (véase el apartado 21 posterior), el Ministerio de Hacienda alemán dio orden a la Administración tributaria, mediante escrito de 30 de abril de 2010, de dejar de aplicar la cláusula que permite el saneamiento de empresas en crisis.

19 Por tanto, la Administración tributaria anuló la respuesta vinculante y, sin aplicar la cláusula que permite el saneamiento de empresas en crisis, giró a la demandante una liquidación tributaria por el impuesto sobre sociedades del ejercicio 2009.

20 De conformidad con lo previsto en la Decisión impugnada (véase el apartado 31 posterior), la República Federal de Alemania presentó el 22 de julio de 2011 a la Comisión la lista de las empresas que se habían acogido a la medida controvertida. La demandante figura en dicha lista como una de las empresas respecto de las que una respuesta vinculante en relación con la cláusula que permite el saneamiento de empresas en crisis se había emitido inicialmente y con posterioridad se había anulado.

Procedimiento administrativo

21 Por cartas de 5 de agosto de 2009 y 30 de septiembre de 2009, la Comisión pidió información a la República Federal de Alemania sobre el artículo 8c de la KStG. Las autoridades alemanas contestaron mediante cartas de 20 de agosto de 2009 y 5 de noviembre de 2009. Mediante Decisión de 24 de febrero de 2010 (DO C 90, p. 8; en lo sucesivo, «decisión de incoación»), la Comisión incoó respecto de la ayuda de Estado C 7/10 (ex NN 5/10) el procedimiento de investigación formal contemplado en el artículo 108 TFUE, apartado 2.

22 Tras la publicación de la decisión de incoación el 8 de abril de 2010 en el *Diario Oficial de la Unión Europea*, se invitó a los interesados a que presentaran sus observaciones. En respuesta, las autoridades alemanas remitieron una carta el 9 de abril de 2010.

23 Los días 9 de abril y 3 de junio de 2010 se celebraron dos reuniones entre los servicios de la Comisión y los representantes de la República Federal de Alemania. Ésta remitió información adicional el 2 de julio de 2010. La Comisión no recibió observaciones de más partes interesadas.

Decisión impugnada

24 El 26 de enero de 2011 la Comisión adoptó la Decisión 2011/527/UE, 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, p. 26; en lo sucesivo, «Decisión impugnada»).

25 En primer lugar, la Comisión consideraba en la Decisión impugnada que la cláusula que permite el saneamiento de empresas en crisis es una ayuda de Estado.

26 La Comisión señalaba que, al permitir el Gobierno alemán reducir a determinadas empresas sus cargas fiscales empresariales mediante el traslado de pérdidas, la República Federal de Alemania perdía ingresos, de modo que se concedía a partir de recursos estatales, añadiendo que se concedía sobre la base de una Ley, por lo que era imputable al Estado.

27 La Comisión estimaba a continuación que la cláusula que permite el saneamiento de empresas en crisis establecía una excepción a la regla general de cancelación de pérdidas no utilizadas de sociedades cuyo accionariado se hubiera modificado. Por lo tanto, dicha cláusula podía otorgar una ventaja selectiva a las empresas que cumplieran las condiciones necesarias para acogerse a la misma, ventaja que no estaba justificada por la naturaleza o estructura generales del sistema: para la Comisión, la cláusula que permite el saneamiento de empresas en crisis tenía por fin hacer frente a los problemas causados por la crisis económica y financiera, objetivo que se situaba fuera del sistema fiscal.

28 La Comisión consideraba por otra parte que la cláusula que permite el saneamiento de empresas en crisis se aplicaba a todos los sectores de la economía alemana y que casi todos ellos actuaban en mercados abiertos a la competencia y al comercio entre Estados miembros. Por ello la medida podía afectar a los intercambios comerciales entre Estados miembros y podía falsearse la competencia o existir el peligro de que se viera falseada. Además, dado que los posibles beneficiarios de la medida eran empresas en crisis con arreglo a las Directrices comunitarias sobre ayudas estatales de salvamento y de reestructuración de empresas en crisis (DO 2004, C 244, p. 2), ninguno de ellos era objeto del Reglamento (CE) nº 1998/2006 de la Comisión, de 15 de diciembre de 2006, relativo a la aplicación de los artículos 87 y 88 del Tratado a las ayudas *de minimis* (DO L 379, p. 5).

29 En segundo lugar, la Comisión examinaba si la medida podía declararse compatible con el mercado interior, llegando a la conclusión de que podían autorizarse ciertas ayudas para determinados beneficiarios si eran por un importe de ayuda limitado compatible con el mercado interior, siempre que cumplieran todas las condiciones de un régimen de ayuda alemán que la Comisión hubiera aprobado a efectos del Marco temporal comunitario aplicable a las medidas de ayuda estatal para facilitar el acceso a la financiación en el actual contexto de crisis económica y financiera (DO 2009, C 83, p. 1). En cambio, la Comisión excluía la posibilidad de que la cláusula que permite el saneamiento de empresas en crisis fuera compatible con el mercado interior gracias a las Directrices comunitarias sobre ayudas estatales de salvamento y de reestructuración de empresas en crisis, a las Directrices sobre las ayudas de Estado de finalidad regional para el período 2007-2013 (DO 2006, C 54, p. 13) o a las Directrices comunitarias sobre ayudas estatales en favor del medio ambiente (DO 2008, C 82, p. 1) o a la luz del artículo 107 TFUE, apartado 3.

30 En tercer lugar, la Comisión instaba a la República Federal de Alemania a adoptar todas las medidas necesarias para recuperar de los beneficiarios la ayuda concedida ilegalmente. Además, la República Federal de Alemania debía elaborar una lista de las empresas que se habían beneficiado de la medida desde el 1 de enero de 2008. La Comisión precisaba asimismo que el vencimiento anual del impuesto sobre sociedades era la fecha pertinente para determinar el momento en que la ayuda se había puesto a disposición del beneficiario y que la ayuda estatal que debía recuperarse se debía calcular sobre la base de las declaraciones de impuestos de las empresas en cuestión. Según la Comisión, el importe de la ayuda se calcularía como la diferencia entre el importe del impuesto que hubiera debido pagarse sin aplicar la cláusula que permite el saneamiento de empresas en crisis y el importe que se había pagado efectivamente tras la aplicación de la misma.

31 La parte dispositiva de la Decisión impugnada tenía la redacción siguiente:

«Artículo 1

La ayuda estatal concedida por Alemania sobre la base del [artículo 8c, apartado 1a, de la KStG] contraviniendo lo dispuesto en el artículo 108, apartado 3, del TFUE no es compatible con el mercado interior.

Artículo 2

Las ayudas individuales concedidas dentro del régimen citado en el artículo 1 son compatibles con el mercado interior con arreglo al artículo 107, apartado 3, letra b), del TFUE, tal como lo interpreta el Marco temporal comunitario, si el importe de la ayuda no supera los 500 000 EUR, el beneficiario no era una empresa en crisis a 1 de julio de 2008 y se cumplen las demás condiciones contempladas en el punto 4.2.2 del Marco temporal comunitario y de la Decisión por la que se autoriza el régimen de ayuda[s] alemán.

Artículo 3

Las ayudas individuales concedidas en el marco del régimen citado en el artículo 1 que en el momento de su concesión cumplan las condiciones de un régimen de ayuda[s] autorizado por la Comisión sobre una base jurídica distinta al [Reglamento (CE) nº 800/2008 de la Comisión, de 6 de agosto de 2008, por el que se declaran determinadas categorías de ayuda compatibles con el mercado común en aplicación de los artículos 87 [CE] y 88 [CE] (Reglamento general de exención por categorías) (DO L 214, p. 3)], las Directrices sobre ayudas de finalidad regional o el Marco comunitario sobre ayudas estatales de investigación y desarrollo e innovación [(DO 2006, C 323, p. 1)] y que no excluya a las empresas en crisis como beneficiario potencial de la ayuda, son compatibles con el mercado interior hasta el nivel de intensidad de la ayuda aplicable a este tipo de ayuda.

Artículo 4

1. Alemania deberá suspender el régimen de ayuda citado en el artículo 1.

2. Alemania recuperará de los beneficiarios las ayudas incompatibles concedidas en el marco del régimen citado en el artículo 1.

[...]

Artículo 6

1. En el plazo de dos meses a partir de la notificación de la presente Decisión, Alemania deberá presentar a la Comisión la siguiente información:

a) lista de beneficiarios de la ayuda en virtud del régimen citado en el artículo 1 e importe total de la ayuda obtenida por cada uno de ellos con arreglo a dicho régimen;

[...]»

Procedimiento y pretensiones de las partes

32 Mediante demanda presentada en la Secretaría del Tribunal el 2 de diciembre de 2011 la demandante interpuso el presente recurso.

33 Mediante escrito separado presentado en la Secretaría del Tribunal el 16 de marzo de 2012 la Comisión propuso una excepción de inadmisibilidad con arreglo al artículo 114 del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de 2 de mayo de 1991. La demandante presentó sus observaciones sobre dicha excepción el 2 de mayo de 2012.

34 Mediante escrito presentado en la Secretaría del Tribunal el 29 de febrero de 2012 la República Federal de Alemania solicitó intervenir en el presente procedimiento en apoyo de las pretensiones de la demandante. Mediante auto de 2 de mayo de 2012 el Presidente de la Sala Octava del Tribunal admitió dicha intervención. La República Federal de Alemania presentó el escrito de formalización de su intervención, limitado a la cuestión de la admisibilidad del recurso, y las demás partes presentaron sus observaciones al mismo en los plazos señalados.

35 Al haberse modificado la composición de las Salas del Tribunal, el Juez Ponente fue adscrito a la Sala Novena, a la que se atribuyó, en consecuencia, el presente asunto.

36 Mediante auto del Tribunal (Sala Novena) de 17 de julio de 2014 la excepción de inadmisibilidad se unió al examen del fondo, de conformidad con el artículo 114, apartado 4, del Reglamento de Procedimiento de 2 de mayo de 1991.

37 El 2 de septiembre de 2014 la Comisión presentó el escrito de contestación. La demandante presentó la réplica el 27 de octubre de 2014 y la Comisión presentó la dúplica el 16 de enero de 2015.

38 El 27 de octubre de 2014 la República Federal de Alemania presentó el escrito de formalización de su intervención y las demás partes presentaron sus observaciones al mismo en los plazos señalados.

39 En el marco de las diligencias de ordenación del procedimiento previstas en el artículo 64 de su Reglamento de Procedimiento de 2 de mayo de 1991, el Tribunal (Sala Novena) formuló el 19 de mayo de 2015 determinadas preguntas escritas a las partes, que respondieron a ellas en el plazo señalado.

40 En la vista de 9 de julio de 2015 se oyeron los informes orales de las partes y sus respuestas a las preguntas formuladas por el Tribunal.

41 La demandante, apoyada por la República Federal de Alemania, solicita al Tribunal que:

— Desestime la excepción de inadmisibilidad propuesta por la Comisión.

— Anule la Decisión impugnada.

— Condene en costas a la Comisión.

42 La Comisión solicita al Tribunal que:

— Declare la inadmisibilidad del recurso o, con carácter subsidiario, lo desestime por infundado.

— Condene en costas a la demandante.

Fundamentos de Derecho

Admisibilidad del recurso

43 En apoyo de su excepción de inadmisibilidad, la Comisión alega que el presente recurso es inadmisible porque la demandante no ha probado que concurran los requisitos del artículo 263 TFUE, párrafo cuarto, ni su interés en el ejercicio de la acción.

Legitimación activa a efectos del artículo 263 TFUE, párrafo cuarto

44 En primer lugar, la Comisión refuta que la demandante esté legitimada activamente, por entender que la Decisión impugnada no la afecta individualmente.

45 La Comisión alega que la demandante no es beneficiaria efectiva de las ayudas individuales concedidas en virtud de la cláusula que permite el saneamiento de empresas en crisis cuya recuperación ha ordenado la propia Comisión, ya que entiende que, de conformidad con el artículo 155, apartado 1, del Código Tributario alemán, sólo la liquidación fija la cuota tributaria de un modo que jurídicamente sea vinculante.

46 Para la Comisión, en el presente asunto la mera realización del cambio en el accionariado, esto es, la operación que da lugar a la aplicación de la cláusula que permite el saneamiento de empresas en crisis, no conllevaba la concesión de la ayuda de un modo que jurídicamente fuera vinculante, de tal manera que en el momento de la adquisición de participación no resultaba aún acreditado si la demandante volvería a contabilizar beneficios y cuándo ello se produciría, siendo éste el elemento que supondría que el traslado de pérdidas daría lugar efectivamente a la reducción de la cuota tributaria. La Comisión añade que la demandante tampoco puede basarse en la respuesta vinculante para afirmar que estaba afectaba individualmente, ya que, por sí sola, dicha respuesta no le concedía el derecho a una ventaja fiscal, y perdió además su efecto vinculante antes de que se girara la liquidación tributaria que se habría basado en la cláusula que permite el saneamiento de empresas en crisis.

47 Según la Comisión, así las cosas, la Decisión impugnada no ordena la devolución de una ayuda ya concedida a la demandante, sino que deja en manos de la Administración nacional la tarea de deducir, mediante el giro de las liquidaciones tributarias correspondientes, las conclusiones derivadas de la incompatibilidad del régimen de ayudas con el mercado interior.

48 En segundo lugar, la Comisión destaca que el recurso tampoco es admisible al amparo del tercer supuesto del artículo 263 TFUE, párrafo cuarto, puesto que la Decisión impugnada sí incluye medidas de ejecución, que son el giro de liquidaciones tributarias.

49 La demandante, apoyada por la República Federal de Alemania, alega que el recurso es admisible.

50 A tenor del artículo 263 TFUE, párrafo cuarto, «toda persona física o jurídica podrá interponer recurso [...] contra los actos de los que sea destinataria o que la afecten directa e individualmente y contra los actos reglamentarios que la afecten directamente y que no incluyan medidas de ejecución».

51 Con carácter previo se ha de recordar que la demandante no es destinataria de la Decisión impugnada y que la destinataria única de ésta es la República Federal de Alemania.

52 Se ha de recordar asimismo que, en la medida en que el artículo 4 de la Decisión impugnada obliga a la República Federal de Alemania a anular y recuperar de los beneficiarios la ayuda señalada en el artículo 1 de la misma Decisión, deberá considerarse que esta Decisión afecta a la demandante directamente. Y es que en el presente asunto se cumplen los dos criterios resultantes de la jurisprudencia para poder considerar que una persona ha resultado afectada directamente, a saber, por un lado, el hecho de que el acto impugnado produzca efectos directamente en la situación jurídica de la demandante y, por otro lado, el hecho de que el acto no otorgue ninguna facultad de apreciación a los destinatarios del acto que están encargados de su aplicación (véase en ese sentido la sentencia de 17 de septiembre de 2009, Comisión/Koninklijke FrieslandCampina, C-519/07 P, Rec, EU:C:2009:556, apartado 48 y la jurisprudencia en él citada). Por lo demás, la Comisión no objeta nada al respecto.

53 Una vez que se ha acreditado que la demandante resultó afectada directamente por la Decisión impugnada, es preciso comprobar si también está afectada individualmente por la misma, sin que, en caso de que así sea, sea necesario comprobar si dicha Decisión es un acto reglamentario que no incluya medidas de ejecución.

54 Constituye jurisprudencia reiterada que las personas que no sean destinatarias de una decisión sólo pueden sostener que esa decisión las afecta individualmente cuando les atañe en razón de ciertas cualidades que les son propias o de una situación de hecho que las caracteriza frente a cualquier otra persona y, por ello, las individualiza de una manera análoga a la del destinatario (sentencias de 15 de julio de 1963, Plaumann/Comisión, 25/62, Rec, EU:C:1963:17, p. 223; de 9 de junio de 2011, Comitato «Venezia vuole vivere» y otros/Comisión, C-71/09 P, C-73/09 P y C-76/09 P, Rec, EU:C:2011:368, apartado 52, y de 19 de diciembre de 2013, Telefónica/Comisión, C-274/12 P, Rec, EU:C:2013:852, apartado 46).

55 No obstante, en principio, no es admisible el recurso de anulación interpuesto por una empresa contra una decisión de la Comisión por la que se prohíbe un régimen de ayudas sectorial si sólo se ve afectada por esta decisión debido a su pertenencia al sector de que se trata y a su condición de beneficiario potencial de dicho régimen: tal decisión se presenta, respecto a dicha empresa, como una medida de alcance general que se aplica a situaciones determinadas objetivamente e implica efectos jurídicos en relación con una categoría de personas consideradas de manera general y abstracta (véanse las sentencias de 29 de abril de 2004, Italia/Comisión, C-298/00 P, Rec, EU:C:2004:240, apartado 37 y jurisprudencia citada; y de 11 de junio de 2009, Acegas/Comisión, T-309/02, Rec, EU:T:2009:192, apartado 47 y jurisprudencia citada). A ese respecto, la posibilidad de determinar, con mayor o menor precisión, el número e incluso la identidad de los sujetos de Derecho a los que se aplica una medida no implica en absoluto que se deba considerar a estos sujetos individualmente afectados por dicha medida, cuando esta aplicación se efectúa en virtud de una situación objetiva de Derecho o de hecho definida por el acto de que se trate (sentencia Telefónica/Comisión, citada en el apartado 54 anterior, EU:C:2013:852, apartado 47).

56 En cambio, cuando una decisión afecta a un grupo de personas identificadas o identificables en el momento de la adopción de dicho acto y en función de criterios que caracterizan a los miembros de dicho grupo, éstos pueden considerarse individualmente afectados por dicho acto, en la medida en que forman parte de un círculo restringido de operadores económicos (sentencias de 17 de enero de 1985, Piraiki-Patraiki y otros/Comisión, 11/82, Rec, EU:C:1985:18, apartado 31; de 22 de junio de 2006, Bélgica y Forum 187/Comisión, C-182/03 y C-217/03, Rec, EU:C:2006:416, apartado 60, y Comisión/Koninklijke FrieslandCampina, citada en el apartado 52 anterior, EU:C:2009:556, apartados 54 a 57).

57 Es a la luz de esta jurisprudencia como debe comprobarse si, habida cuenta de su situación de hecho y de Derecho, debe considerarse que la Decisión impugnada afecta a la demandante individualmente.

58 Con carácter previo, y en contra de lo alegado por la demandante, procede descartar que la condición de persona «interesada» a efectos del artículo 108 TFUE, apartado 2, permita que la propia demandante disfrute de una situación particular que pueda caracterizar su afectación individual, tanto más cuanto que no ha ejercitado los derechos procedimentales que la amparan en ese sentido, y en especial el de presentar observaciones en el procedimiento de investigación formal (véase en ese sentido la sentencia de 13 de diciembre de 2005, Comisión/Aktionsgemeinschaft Recht und Eigentum, C-78/03 P, Rec, EU:C:2005:761, apartado 37).

59 Por lo que se refiere a la afectación individual a los efectos de la sentencia Plaumann/Comisión, citada en el apartado 54 anterior (EU:C:1963:17), es preciso señalar que la situación de hecho y de Derecho en que la demandante se encuentra se ve caracterizada por los aspectos que se exponen en los apartados siguientes.

60 En primer lugar, al cierre del ejercicio fiscal 2009 y, por tanto, antes de la incoación del procedimiento de la Comisión, la demandante disponía del derecho a trasladar sus pérdidas en virtud de la normativa alemana, dado que concurrían los requisitos establecidos por la cláusula que permite el saneamiento de empresas en crisis. Además, la demandante había asentado en su contabilidad como activos por impuestos diferidos las pérdidas existentes a 31 de diciembre de 2009.

61 En segundo lugar, durante 2009 la demandante había tenido beneficios sujetos a tributación, de los que al parecer dedujo las pérdidas trasladadas al amparo de la cláusula que permite el saneamiento de empresas en crisis.

62 Dichas circunstancias habían sido certificadas por la Administración tributaria alemana mediante la respuesta vinculante, en la que se tenían en cuenta las pérdidas trasladadas al amparo de la cláusula que permite el saneamiento de empresas en crisis (véase el apartado 17 anterior). Además, el hecho de haber recibido dicha respuesta vinculante conllevó la inclusión de la demandante en la lista presentada por las autoridades alemanas a la Comisión en virtud del artículo 6, apartado 1, letra b), de la Decisión impugnada.

63 Por lo tanto, y en aplicación de la normativa alemana, había quedado acreditado que al cierre del ejercicio fiscal 2009 la demandante habría logrado un ahorro tributario que, por otra parte, podía cuantificar con precisión: dado que las autoridades alemanas no disponían de discrecionalidad alguna respecto de la aplicación de la medida controvertida, dicho ahorro tributario, obtenido mediante el abono de una cuota reducida, era, en virtud de las modalidades de aplicación del sistema tributario, sólo cuestión de tiempo. Así pues, la demandante había adquirido un derecho, certificado por las autoridades alemanas antes de la adopción de la decisión de incoación y, luego, de la Decisión impugnada, a que se le aplicara ese ahorro tributario, el cual, si no hubieran entrado en juego dichas Decisiones, se habría concretado mediante el giro de una liquidación tributaria que autorizara el traslado de las pérdidas y la consiguiente contabilización de dicho traslado en su balance. Por ello, ese ahorro resultaba fácilmente identificable para las autoridades tributarias alemanas y para la Comisión.

64 Por consiguiente, no cabe considerar que la empresa demandante se vea afectada por la Decisión impugnada exclusivamente debido a su pertenencia al sector de que se trate y a su condición de beneficiaria potencial, sino que debe considerarse que forma parte de un círculo restringido de operadores económicos que estaban identificados o al menos eran fácilmente identificables en el momento de la adopción de la Decisión impugnada a efectos de la sentencia Plaumann/Comisión, citada en el apartado 54 anterior (EU:C:1963:17) (véanse asimismo por analogía las sentencias Bélgica y Forum 187/Comisión, citada en el apartado 56 anterior, EU:C:2006:416, apartado 63; Comisión/Koninklijke FrieslandCampina, citada en el apartado 52 anterior, EU:C:2009:556, apartado 57; Comitato «Venezia vuole vivere» y otros/Comisión, citada en el apartado 54 anterior, EU:C:2011:368, apartado 56; de 27 de febrero de 2014, Stichting Woonpunt y otros/Comisión, C-132/12 P, Rec, EU:C:2014:100, apartados 59 a 61, y Stichting Woonlinie y otros/Comisión, C-133/12 P, Rec, EU:C:2014:105, apartados 46 a 48).

65 Dicha conclusión no queda desvirtuada por la circunstancia de que tras la adopción de la decisión de incoación y, luego, de la Decisión impugnada las autoridades alemanas adoptaran medidas para que no se aplicara la cláusula que permite el saneamiento de empresas en crisis, entre las que están la anulación de la respuesta vinculante y el giro de una liquidación tributaria por el impuesto sobre sociedades del ejercicio 2009 que ya no tenía en cuenta las pérdidas trasladadas al amparo de dicha cláusula (véase el apartado 19 anterior).

66 Así pues, justamente para dar cumplimiento a la decisión de incoación y a la Decisión impugnada, las autoridades alemanas decidieron suspender la aplicación de la cláusula que permite el saneamiento de empresas en crisis (pero no derogarla) y girar una liquidación tributaria que no aplicaba dicha cláusula. Por tanto, al analizar si es admisible un recurso dirigido contra la Decisión impugnada, en la que la Comisión llegaba a la conclusión de que la medida controvertida constituía una ayuda de Estado y la declaraba incompatible con el mercado interior, no puede obrar en beneficio de esa institución la circunstancia de que las autoridades alemanas tomaran de inmediato todas las medidas necesarias para asegurarse del cumplimiento de dicha Decisión mientras esperaban el resultado de la posible interposición de un recurso contra la misma.

67 Tal conclusión tampoco puede verse desvirtuada por la jurisprudencia invocada por la Comisión en sus escritos procesales y en la vista, concretamente las sentencias Telefónica/Comisión, citada en el apartado 54 anterior (EU:C:2013:852); de 11 de junio de 2009, AMGA/Comisión (T-300/02, Rec, EU:T:2009:190); Acegas/Comisión, citada en el apartado 55 anterior (EU:T:2009:192), y de 8 de marzo de 2012 Iberdrola/Comisión (T-221/10, Rec, EU:T:2012:112).

68 Y es que las circunstancias de hecho de dichos asuntos no son comparables con las controvertidas en el presente asunto, en el que ha quedado acreditado que gracias a las peculiaridades de la legislación fiscal alemana la demandante había adquirido el derecho a un ahorro tributario que había sido certificado por las autoridades tributarias alemanas (véase el apartado 63 anterior), extremo que la distinguía de otros operadores que sólo resultan afectados por el acto por el hecho de ser beneficiarios potenciales de la medida controvertida (véase en ese sentido la sentencia Comisión/Koninklijke FrieslandCampina, citada en el apartado 52 anterior, EU:C:2009:556, apartado 55).

69 La conclusión a la que se ha llegado en el apartado 64 anterior tampoco se ve desvirtuada por la alegación de la Comisión de que la demandante sólo habría resultado afectada individualmente si se le hubiera concedido una ventaja mediante recursos estatales y de que ésta no habría representado una carga financiera para el Estado hasta que se hubiera declarado el ahorro tributario mediante la liquidación correspondiente.

70 Ello es así porque se ha de recordar que los aspectos en los que la jurisprudencia basa una afectación individual a efectos del artículo 263 TFUE, párrafo cuarto (véanse los apartados 54 a 56 anteriores), no tienen por qué coincidir con los que constituyen ayuda de Estado a efectos del artículo 107 TFUE,

apartado 1 (véase por analogía la sentencia Comitato «Venezia vuole vivere» y otros/Comisión, citada en el apartado 54 anterior, EU:C:2011:368, apartados 56, 63 y 64). A efectos de la sentencia Plaumann/Comisión, citada en el apartado 54 anterior (EU:C:1963:17, p. 414), quienes no sean destinatarios de una decisión sólo se ven afectados individualmente cuando dicha decisión les atañe debido a ciertas cualidades que les son propias o a una situación de hecho que los caracteriza en relación con cualesquiera otras personas y, por ello, forman parte de un círculo restringido de operadores económicos.

71 Pues bien, en el presente asunto se ha de recordar que en aplicación de la normativa nacional la demandante disponía antes de la decisión de incoación y, luego, de la Decisión impugnada de un derecho, adquirido y certificado por las autoridades tributarias alemanas, a lograr un ahorro tributario en el ejercicio 2009. Por lo demás, la propia Comisión había precisado en el considerando 50 de la Decisión impugnada que el mero hecho de que el Gobierno alemán permitiera a determinadas empresas reducir sus cargas fiscales empresariales mediante el traslado de pérdidas hacía que la República Federal de Alemania perdiera ingresos, lo cual constituía ayuda de Estado.

72 Habida cuenta de todo lo anterior, procede llegar a la conclusión de que en las circunstancias del presente asunto la demandante resulta afectada por la Decisión impugnada directa e individualmente.

73 Por lo tanto, la demandante posee legitimación activa a efectos del artículo 263 TFUE, párrafo cuarto.

Interés en el ejercicio de la acción

74 La Comisión alega que la demandante no es beneficiaria de ninguna ayuda, por lo que no puede sacar provecho de la posible anulación de la Decisión impugnada por parte del Tribunal. Según la Comisión, la adopción de la Decisión impugnada no obliga a la República Federal de Alemania a recuperar de la demandante la ayuda y, con independencia de que se pueda anular dicha Decisión, en cualquier momento las autoridades alemanas pueden decidir derogar íntegramente la medida controvertida.

75 Apoyada por la República Federal de Alemania, la demandante refuta dicha argumentación.

76 Es jurisprudencia reiterada que un recurso de anulación promovido por una persona física o jurídica únicamente es admisible en la medida en que ésta tenga interés en obtener la anulación del acto impugnado. Un interés de este tipo presupone que la anulación de ese acto pueda tener, de por sí, consecuencias jurídicas y que el recurso pueda procurar, por su resultado, un beneficio a la parte que lo haya interpuesto (sentencias Comisión/Koninklijke FrieslandCampina, citada en el apartado 52 anterior, EU:C:2009:556, apartado 63; Stichting Woonpunt y otros/Comisión, citada en el apartado 64 anterior, EU:C:2014:100, apartados 50 a 54, y Stichting Woonlinie y otros/Comisión, citada en el apartado 64 anterior, EU:C:2014:105, apartado 54).

77 Los requisitos para la admisibilidad del recurso se aprecian, sin perjuicio de la cuestión distinta relativa a la pérdida del interés para ejercitar la acción, en el momento de la interposición del recurso (véase la sentencia de 21 de marzo de 2002, Shaw y Falla/Comisión, T-131/99, Rec, EU:T:2002:83, apartado 29 y jurisprudencia citada).

78 En el presente asunto, y tal como se ha indicado en los apartados 59 a 61 anteriores, la demandante cumplía los requisitos para acogerse a la cláusula que permite el saneamiento de empresas en crisis y había adquirido una ventaja dimanante de dicha cláusula.

79 Si bien a raíz de la adopción de la Decisión impugnada se suspendió la aplicación de la cláusula que permite el saneamiento de empresas en crisis, en caso de anulación de dicha Decisión la cláusula volvería a ser de aplicación, en virtud del artículo 34, apartado 6, de la KStG, y con efectos retroactivos, a todas las empresas cuyas liquidaciones tributarias no sean aún firmes, incluida la

demandante, de tal modo que la anulación de la Decisión impugnada supondría para ella un provecho, porque le permitiría solicitar la aplicación de la cláusula, cuando menos, para la tributación de las rentas de 2009.

80 Por consiguiente, la demandante posee interés para ejercitar una acción contra la Decisión impugnada.

81 Procede, por tanto, declarar la admisibilidad del recurso.

Sobre el fondo

82 En apoyo del recurso, la demandante invoca cuatro motivos, basados, respectivamente: el primero, en que la medida controvertida no es de carácter selectivo; el segundo, en que no se han utilizado recursos estatales; el tercero, en la falta de motivación y, el cuarto, en la violación del principio de protección de la confianza legítima.

83 El Tribunal estima oportuno tratar antes de nada el tercer motivo, basado en la falta de motivación y, después, en el orden de invocación, el resto.

Tercer motivo, basado en la falta de motivación

84 Mediante su tercer motivo la demandante alega en esencia que la Comisión no motivó con razones adecuadas o suficientes su apreciación de que la norma de cancelación de pérdidas constituya el sistema de referencia y la cláusula que permite el saneamiento de empresas en crisis la excepción a ese sistema. Concretamente, la demandante entiende que en el considerando 67 de la Decisión impugnada la Comisión se limitó a remitir a las razones ya invocadas en la Decisión relativa a la Ley MoRaKG.

85 Además, para la demandante, la Comisión erró al considerar que existía un tope de un millón de euros para la compensación de las pérdidas trasladadas y pasó asimismo por alto varios hechos. Se trata concretamente de las circunstancias siguientes: que hasta el final del año 2012 la cláusula anterior de cancelación se aplica en paralelo con la norma de cancelación de pérdidas; que las pérdidas no utilizadas únicamente se suprimen cuando la adquisición la realiza una persona o grupo de personas entre las que existe un vínculo en el curso de un período de cinco años; que la cláusula que permite el saneamiento de empresas en crisis se aplica igualmente al traslado de intereses y prevé tres tipos de situaciones distintas; que la introducción retroactiva de la cláusula que permite el saneamiento de empresas en crisis está destinada simplemente a corregir el error en que incurrió el legislador al considerar equivocadamente que el Decreto de Saneamiento podía compensar adecuadamente por la cancelación del traslado de pérdidas.

86 Es necesario recordar que, según jurisprudencia reiterada, el alcance de la obligación de motivación depende de la naturaleza del acto de que se trate y del contexto en que haya sido adoptado. La motivación debe mostrar de manera clara e inequívoca el razonamiento de la institución de que emane el acto, de manera que, por una parte, permita al juez de la Unión Europea ejercer su control de legalidad y, por otra, permita a los interesados conocer las razones que justifican la medida adoptada, para que puedan defender sus derechos y comprobar si la decisión es fundada o no. No se exige que la motivación especifique todos los elementos de hecho y de Derecho pertinentes, en la medida en que la cuestión de si la motivación de un acto responde a las exigencias del artículo 296 TFUE debe apreciarse en relación no sólo con su tenor literal, sino también con su contexto, así como con el conjunto de normas jurídicas que regulan la materia de que se trate (véanse las sentencias de 2 de abril de 1998, Comisión/Sytraval y Brink's France, C-367/95 P, Rec, EU:C:1998:154, apartado 63 y jurisprudencia citada, y de 6 de marzo de 2003, Westdeutsche Landesbank Girozentrale y Land Nordrhein-Westfalen/Comisión, T-228/99 y T-233/99, Rec, EU:T:2003:57, apartados 278 y 279 y jurisprudencia citada). En particular, la Comisión no está obligada a pronunciarse sobre todas las alegaciones que los interesados aduzcan. Le basta con exponer

los hechos y las consideraciones jurídicas que revistan una importancia esencial en el sistema de la decisión (véase la sentencia Westdeutsche Landesbank Girozentrale y Land Nordrhein-Westfalen/Comisión, citada anteriormente, EU:T:2003:57, apartado 280 y jurisprudencia citada).

87 Por lo que se refiere más concretamente a la calificación de una medida de ayuda de Estado, la obligación de motivación exige que se indiquen las razones por las cuales la Comisión considera que la medida de que se trate está comprendida en el ámbito de aplicación del artículo 107 TFUE, apartado 1 (sentencia de 13 de junio de 2000, EPAC/Comisión, T-204/97 y T-270/97, Rec, EU:T:2000:148, apartado 36).

88 Procede recordar que la obligación de motivación establecida en el artículo 296 TFUE constituye una formalidad sustancial que debe distinguirse de la cuestión del fundamento de la motivación, pues ésta pertenece al ámbito de la legalidad del acto controvertido en cuanto al fondo (véase la sentencia de 18 de junio de 2015, Ipatau/Consejo, C-535/14 P, Rec, EU:C:2015:407, apartado 37 y jurisprudencia citada).

89 En la Decisión impugnada la Comisión recuerda antes de nada el contexto legislativo pertinente. Concretamente, el considerando 5 menciona el principio de traslado de pérdidas y los considerandos 10 y 14 recogen el contenido de la norma de cancelación de pérdidas y el de la cláusula que permite el saneamiento de empresas en crisis.

90 A continuación, la Comisión dedica los considerandos 64 a 102 de la Decisión impugnada a apreciar si la medida controvertida es de carácter selectivo. Más en concreto, los considerandos 66 y 67 de la misma aportan una definición del sistema de referencia.

91 En el considerando 66 de la Decisión impugnada la Comisión explica que «el sistema de referencia es el sistema del impuesto de sociedades alemán en su versión actual, en particular las disposiciones del [artículo 8c, apartado 1,] de la KStG». Más adelante, recuerda el contenido de dicha disposición, para concluir de ahí que «la caducidad de las deudas es la norma general, es decir, el sistema de referencia, en caso de cambio en la propiedad de la empresa».

92 En el considerando 67 de la Decisión impugnada la Comisión añade que en el asunto que fue objeto de la Decisión relativa a la Ley MoRaKG había tomado el artículo 8c, apartado 1, de la KStG como sistema de referencia aplicable, declarando incompatible con el mercado interior una excepción a dicho artículo que autorizaba a las empresas adquiridas por compañías de capital riesgo a trasladar pérdidas a pesar del cambio de propiedad accionarial. La Comisión precisa que «los motivos de dicha Decisión sirven también para el presente caso».

93 Procede observar que en los considerandos citados de la Decisión impugnada la Comisión definió con claridad, de conformidad con su obligación de motivación, el sistema de referencia que considera aplicable al apreciar si existe ventaja selectiva.

94 Concretamente, tuvo en cuenta el principio general de traslado de pérdidas y el marco legislativo pertinente y explicó que estimaba que la cancelación de pérdidas constituía el sistema legislativo de referencia del asunto.

95 En este contexto es obligado observar que la referencia que hace el considerando 67 de la Decisión impugnada a la decisión relativa a la Ley MoRaKG es una explicación añadida que no era imprescindible realizar al definir el sistema de referencia.

96 Además, los errores en los que presuntamente incurriera la Comisión al analizar el régimen pertinente (véase el apartado 85 anterior) no impidieron que la motivación fuera suficiente. Tales alegaciones podrían corresponder en su caso a la apreciación del fundamento de la Decisión impugnada y se analizarán junto con dicho motivo (véase el apartado 125 posterior).

97 Por consiguiente, procede desestimar el tercer motivo.

Primer motivo, basado en que la medida controvertida no es de carácter selectivo *prima facie*

98 El primer motivo tiene por objeto en esencia las consideraciones realizadas por la Comisión sobre el carácter selectivo de la medida controvertida.

99 En ese contexto, procede recordar con carácter previo que el artículo 107 TFUE, apartado 1, prohíbe las ayudas que favorezcan «a determinadas empresas o producciones», es decir, las ayudas selectivas.

100 Es de jurisprudencia reiterada que la calificación de una medida fiscal nacional como «selectiva» supone, en un primer momento, la identificación y el examen previos del régimen fiscal común o «normal» aplicable en el Estado miembro de que se trate. Precisamente a la luz de este régimen fiscal común o «normal» debe, en un segundo momento, apreciarse y determinarse el eventual carácter selectivo de la ventaja otorgada por la medida fiscal de que se trate, demostrando que dicha medida supone una excepción al referido régimen común en la medida en que establece diferenciaciones entre operadores económicos que, con respecto al objetivo asignado al citado régimen, se encuentren en una situación fáctica y jurídica comparable (véanse en ese sentido las sentencias de 8 de septiembre de 2011, Paint Graphos y otros, C-78/08 a C-80/08, Rec, EU:C:2011:550, apartados 50 y 54, y de 15 de noviembre de 2011, Comisión y España/Government of Gibraltar y Reino Unido, C-106/09 P y C-107/09 P, Rec, EU:C:2011:732, apartado 75). Tras las dos primeras etapas del análisis, puede ser que una medida sea calificada de selectiva *prima facie*.

101 No obstante, una medida que encuentre justificación en la naturaleza o en la estructura general del sistema en el que se inscribe no reúne el requisito de selectividad, aunque constituya una ventaja para su beneficiario (véanse en ese sentido las sentencias de 8 de noviembre de 2001, Adria-Wien Pipeline y Wietersdorfer & Peggauer Zementwerke, C-143/99, Rec, EU:C:2001:598, apartado 42, y Paint Graphos y otros, citada en el apartado 100 anterior, EU:C:2011:550, apartado 64). Tras concluirse, en su caso, dicha tercera etapa de análisis, las medidas se califican de selectivas.

102 Se ha de recordar que, para demostrar que la medida de que se trata se aplica de manera selectiva a determinadas empresas o producciones, incumbe a la Comisión acreditar que tal medida establece diferenciaciones entre empresas que se hallan, a la luz del objetivo de la medida de que se trata, en una situación fáctica y jurídica comparable, mientras que corresponde al Estado miembro que ha establecido tal diferenciación entre empresas en materia de cargas demostrar que está efectivamente justificada por la naturaleza y la estructura del sistema de que se trate (véase en ese sentido la sentencia de 8 de septiembre de 2011, Comisión/Países Bajos, C-279/08 P, Rec, EU:C:2011:551, apartado 62 y jurisprudencia citada).

103 Es a la luz de este análisis en tres etapas deducido de la jurisprudencia como es preciso analizar el primer motivo de la demandante.

– Primera parte, basada en que se incurrió en error al definir el sistema de referencia

104 En la Decisión impugnada, al apreciar si la medida controvertida es de carácter selectivo, la Comisión tuvo en cuenta en primer lugar la existencia de la norma de aplicación general del traslado de pérdidas, en segundo lugar la norma de cancelación de pérdidas (como excepción a la anterior en casos de

adquisición lesiva de participación), y en tercer lugar la cláusula que permite el saneamiento de empresas en crisis (la cual posibilita en determinadas situaciones concretas que se hagan excepciones a la segunda norma y se aplique la primera).

105 Basándose en esos datos, en el considerando 66 de la Decisión impugnada la Comisión llegó a la conclusión de que en el contexto del sistema fiscal alemán del impuesto sobre sociedades la cancelación de pérdidas era el sistema de referencia, es decir, la regla general de aplicación a todos los supuestos de modificación del accionariado, y de que la cláusula que permite el saneamiento de empresas en crisis constituía una excepción a dicha regla general.

106 Apoyada por la República Federal de Alemania, la demandante alega que la Comisión incurrió en error al determinar el sistema de referencia para apreciar si la medida controvertida es de carácter selectivo y que erró al considerar que la norma de cancelación de pérdidas era la regla general y la cláusula que permite el saneamiento de empresas en crisis una excepción a la misma.

107 Según la demandante, el sistema de referencia está formado por la norma de traslado de pérdidas, que es consecuencia lógica del principio constitucional de tributación en función de la capacidad contributiva. Afirma que la norma de cancelación de pérdidas es una excepción a dicho principio y que no puede considerarse que sea el sistema de referencia, mientras que la cláusula que permite el saneamiento de empresas en crisis, al crear una excepción a dicha excepción, se está limitando a recuperar la regla general, que es la del traslado de pérdidas, al igual que sucede con otras excepciones como la cláusula sobre grupos de empresas y la cláusula sobre plusvalías latentes.

108 Con carácter previo, la Comisión objeta la inadmisibilidad de la primera parte del primer motivo, por entender que se basa en hechos nuevos que no habían sido invocados en el procedimiento administrativo, y recuerda que tanto en la decisión de incoación como en la decisión relativa a la Ley MoRaKG había considerado que la norma de cancelación de pérdidas era la disposición de referencia, sin que en el procedimiento administrativo la demandante, la República Federal de Alemania ni otros terceros interesados refutaran dicha consideración. La Comisión precisa asimismo que, desde el punto de vista del Derecho de la Unión, el Derecho tributario nacional es un aspecto fáctico del que no tenía pleno conocimiento al adoptar la Decisión impugnada y sobre el que no estaba obligada a investigar de oficio.

109 En cuanto al fondo de la cuestión, la Comisión rechaza las alegaciones de la demandante.

110 Con carácter previo, procede desestimar la excepción de inadmisibilidad propuesta por la Comisión, ya que de la propia jurisprudencia invocada por la Comisión en apoyo de su alegación se deduce que la legalidad o no de una decisión en función de la información de que podía disponer la Comisión en el momento en que la adoptó es una cuestión que se refiere en realidad al fundamento, y no a la admisibilidad, del motivo en cuestión (véanse en ese sentido las sentencias de 26 de septiembre de 1996, Francia/Comisión, C-241/94, Rec, EU:C:1996:353, apartado 33; de 24 de septiembre de 2002, Falck y Acciaierie di Bolzano/Comisión, C-74/00 P y C-75/00 P, Rec, EU:C:2002:524, apartado 168; de 14 de enero de 2004, Fleuren Compost/Comisión, T-109/01, Rec, EU:T:2004:4, apartado 49; de 6 de abril de 2006. Schmitz-Gotha Fahrzeugwerke/Comisión, T-17/03, Rec, EU:T:2006:109, apartado 54, y de 7 de diciembre de 2010, Frucona Košice/Comisión, T-11/07, Rec, EU:T:2010:498, apartado 49).

111 Por lo que se refiere a la fundamentación de las alegaciones de la demandante, se ha de recordar que en la Decisión impugnada la Comisión había considerado en esencia que la norma de cancelación de pérdidas era la regla general a la luz de la que se había de analizar si se estaba diferenciando entre empresas que se encuentran en una situación fáctica y jurídica comparable, mientras que la demandante se refiere a la norma más general del traslado de pérdidas, que es de aplicación a cualquier tributación.

112 A este respecto se ha de recordar, por una parte, que la norma de traslado de pérdidas es una facultad de la que disfrutan todas las sociedades en la práctica del impuesto sobre sociedades y, por otra parte, que la norma de cancelación de pérdidas limita dicha facultad en supuestos de adquisición de participaciones de al menos el 25 % del capital y la elimina en supuestos de adquisición de participaciones de más del 50 % del capital. Por consiguiente, esta última norma se aplica de forma sistemática a todas las situaciones en que la modificación del accionariado alcanza o supera el 25 % del capital, sin que se distinga en función de la naturaleza o características de las empresas de que se trate.

113 Además, la cláusula que permite el saneamiento de empresas en crisis está redactada como excepción a la norma de cancelación de pérdidas y se aplica únicamente a situaciones bien acotadas que quedan sometidas a ésta última.

114 Por lo tanto, es obligado observar que la norma de cancelación de pérdidas, al igual que la de traslado de pérdidas, forma parte del marco legislativo al que pertenece la medida controvertida. Dicho de otro modo, el sistema legislativo pertinente del presente asunto está formado por la norma general del traslado de pérdidas, limitada por la norma de cancelación de pérdidas, y es justamente en ese marco en el que se ha de comprobar si la medida controvertida establece diferenciaciones entre operadores que, a efectos de la jurisprudencia citada en el apartado 100 anterior, se hallen en una situación fáctica y jurídica comparable. Dicha cuestión se expone en la segunda parte del primer motivo.

115 Por tanto, procede llegar a la conclusión de que la Comisión no incurrió en error alguno cuando, sin pasar por alto la existencia de la norma más general del traslado de pérdidas, acreditó que a la hora de apreciar si la medida controvertida es de carácter selectivo el sistema legislativo de referencia lo constituía la norma de cancelación de pérdidas.

116 Las alegaciones concretas formuladas por la demandante no desvirtúan esta conclusión.

117 En primer lugar, si la demandante invoca la falta de motivación consistente en que, en su opinión, la Comisión, al fundamentar su postura, se limitara a mencionar la decisión relativa a la Ley MoRaKG, es obligado observar que dicha imputación ya ha sido desestimada al tratar el tercer motivo, basado en la falta de motivación (véanse los apartados 84 a 97 anteriores). Por otra parte, resulta inoperante en el presente asunto si durante el procedimiento administrativo que dio lugar a la decisión relativa a la Ley MoRaKG las autoridades alemanas admitieron o no que la medida controvertida fuera de carácter selectivo, pues ello no afecta a lo que se ha apreciado en los apartados anteriores sobre el sistema legislativo de referencia que definió la Comisión.

118 En segundo lugar, también resulta inoperante que el principio de traslado de pérdidas pertenezca a los principios fundamentales del Derecho tributario alemán. Aun admitiendo que la norma de traslado de pérdidas pertenezca a dichos principios fundamentales y que la cancelación de pérdidas sea una excepción a la misma, esta última norma sigue formando parte del sistema legislativo de referencia al que pertenece la medida controvertida y a la luz del que se ha de apreciar si ésta es de carácter selectivo.

119 En tercer lugar, por lo que se refiere a la alegación, por una parte, de que el derecho de trasladar pérdidas, por ser una concreción de principios fundamentales, únicamente pueda ser restringido por el legislador si existen razones graves para ello y, por otra parte, de que los cambios de accionariado no afecten de ningún modo a la tributación de las sociedades por ser la esfera de los accionistas algo claramente diferenciado de la esfera de la sociedad, ello carece de incidencia al definir el marco de referencia para apreciar si la medida controvertida es de carácter selectivo. Lo que importa es que existe una disposición que establece una excepción al principio de traslado de pérdidas y que, del mismo modo que el propio principio, dicha disposición forma parte del marco de referencia al que pertenece la medida controvertida.

120 En cuarto lugar, resulta también inoperante la alegación de que la norma de cancelación de pérdidas no supone un cambio del sistema y de que su objeto, al igual que el de la norma anterior, es evitar un uso abusivo del traslado de pérdidas: el objetivo de la lucha contra los abusos se sitúa en el mismo orden de cosas que la cuestión de si la medida controvertida establece diferenciaciones entre operadores que se hallen en una situación fáctica y jurídica comparable, que es el asunto sobre el que versa la segunda parte del presente motivo. Por otra parte, carece de pertinencia al apreciar la cláusula nueva que permite el saneamiento de empresas en crisis si la Comisión puso o no en tela de juicio en su día la legalidad de la cláusula anterior que la precedió.

121 En quinto lugar, resulta obligado observar que la existencia de más excepciones a la norma de cancelación de pérdidas no basta por sí misma para probar que la misma no forme parte del marco de referencia que es el pertinente a la hora de apreciar si la medida controvertida es de carácter selectivo.

122 En sexto lugar, lo mismo se puede predicar de la alegación basada en las dudas que alberguen los tribunales nacionales sobre la constitucionalidad de la norma de cancelación de pérdidas: pese a tales dudas, mientras dicha norma esté en vigor, seguirá formando parte del sistema de referencia.

123 En séptimo lugar, la conclusión que se ha mencionado en el apartado 115 anterior tampoco se ve desvirtuada por dos alegaciones formuladas por la demandante en la réplica y mediante las que pretende probar el carácter excepcional de la norma de cancelación de pérdidas: que la citada norma se caracterice por un gran número de elementos constitutivos que restringen su ámbito de aplicación y por consecuencias jurídicas matizadas que requieren interpretación, y que dicho carácter excepcional se vea además confirmado por el contexto legislativo y la técnica legislativa.

124 Esas alegaciones resultan inoperantes, porque la calificación de una norma de excepción a otra norma jurídica superior no impide que forme parte del sistema de referencia al que pertenece la medida controvertida.

125 Por último, la afirmación incorrecta que se hace en el considerando 5 de la Decisión impugnada en el sentido de que el traslado de pérdidas se limitaba a un importe total de un millón de euros no influyó en la apreciación del carácter selectivo de la medida controvertida. Lo mismo se puede predicar del error en que incurrió la Comisión al considerar que la cláusula anterior de cancelación de pérdidas se había derogado a 1 de enero de 2008, cuando en realidad se aplicó al menos hasta 2012.

126 En conclusión, procede declarar que la Comisión no incurrió en error alguno al definir el sistema de referencia.

127 Por consiguiente, procede desestimar la primera parte del primer motivo.

– Segunda parte, basada en que se incurrió en error al apreciar la situación jurídica y de hecho de las empresas en crisis que requerían un saneamiento y basada en que la cláusula que permite el saneamiento de empresas en crisis debe tener la consideración de medida general

128 En la Decisión impugnada la Comisión entendía que la norma de cancelación de pérdidas tenía un ámbito de aplicación más amplio que la norma anterior (considerando 10); que la norma no preveía al principio excepciones (considerando 11); y que, tal como indica la exposición de motivos de la Ley de reforma de la fiscalidad empresarial de 2008 (véase el apartado 6 anterior), la norma tenía un objetivo doble: por una parte, simplificar la normativa y, por otra, hacer frente a los abusos de forma más selectiva (considerando 12). La Comisión destacaba asimismo que la falta de una excepción expresa que permitiera trasladar pérdidas en caso de saneamiento se veía compensada por la posibilidad que el Decreto de Saneamiento daba a las autoridades tributarias de renunciar a deudas fiscales basándose en consideraciones de equidad (considerando 12; véase el apartado 7 anterior).

129 Partiendo de esos datos, en los considerandos 68 a 79 de la Decisión impugnada la Comisión afirmaba para empezar que la finalidad del sistema del impuesto sobre sociedades era generar ingresos destinados al presupuesto y que la finalidad de la norma de cancelación de pérdidas era impedir que las empresas que hubieran cambiado de propietarios trasladaran sus pérdidas, para considerar a continuación que, respecto de dicha finalidad, todas las empresas cuyos propietarios habían cambiado en al menos un 25 % del capital se encontraban en una situación real y jurídica comparable, y terminar por declarar que, dentro de dicha categoría, la cláusula que permite el saneamiento de empresas en crisis hacía una diferencia entre, por una parte, las empresas que sufrían pérdidas pero que por lo demás estaban saneadas y, por otra, las que, según los requisitos establecidos por esa cláusula, eran insolventes o estaban excesivamente endeudadas, o estaban amenazadas de insolvencia o de un excesivo endeudamiento.

130 En primer lugar, la demandante alega que la cláusula que permite el saneamiento de empresas en crisis no establece distinciones entre operadores económicos que se hallen en una situación real y jurídica comparable, sino que es una medida general de política fiscal que pertenece al ámbito de la soberanía tributaria de los Estados miembros, que se aplica en las mismas condiciones a todas las sociedades para las que exista un riesgo inminente de suspensión de pagos o endeudamiento excesivo, y que tampoco se enmarca en la discrecionalidad de las autoridades administrativas.

131 La demandante precisa que las empresas que requieren saneamiento y las saneadas no se hallan en una misma situación real y jurídica y que la norma de cancelación de pérdidas impide el traslado de las mismas cuando los nuevos accionistas están en condiciones de ejercer una influencia decisiva sobre el futuro de la sociedad, por lo que en principio tienen la última palabra sobre la utilización de las pérdidas, mientras que, por sus requisitos exigentes, la cláusula que permite el saneamiento de empresas en crisis se aplica en una situación en la que los nuevos accionistas no tienen la posibilidad de controlar qué ocurre con las pérdidas.

132 En segundo lugar, la demandante alega un defecto de motivación, por entender que la Comisión no comprobó si la cláusula que permite el saneamiento de empresas en crisis era una medida de carácter general.

133 Dado que se llegó a la conclusión de que el sistema de referencia lo constituía la norma de cancelación de pérdidas, se ha de comprobar en primer lugar si, respecto del objetivo perseguido por el sistema tributario pertinente, las empresas que se acogen a la cláusula que permite el saneamiento de empresas en crisis se hallan en una situación real y jurídica comparable a la de las demás empresas sometidas a la norma de cancelación de pérdidas, extremo que, según la jurisprudencia citada en el apartado 102 anterior, incumbe acreditar a la Comisión.

134 En esencia, según la Comisión, dado que en el presente asunto el objetivo del sistema tributario pertinente era impedir que las empresas que hubieran cambiado de propietarios trasladaran sus pérdidas, todas las empresas cuyo accionariado ha experimentado una modificación se hallan en una situación real y jurídica comparable, se acojan o no a la cláusula que permite el saneamiento de empresas en crisis. Por tanto, para la Comisión, la medida controvertida es selectiva *prima facie*, puesto que únicamente beneficia a las empresas que cumplen los requisitos de la cláusula.

135 En cambio, según la demandante, dado que el objetivo del sistema en cuestión era evitar el abuso en el traslado de pérdidas, sólo las empresas que cumplen los requisitos de la mencionada cláusula se hallan en una situación real y jurídica comparable, porque no tienen la posibilidad de hacer un uso abusivo del traslado de pérdidas.

136 Tal como indica el apartado 114 anterior, el sistema legislativo pertinente del presente asunto está formado por la norma general del traslado de pérdidas, limitada por la norma de cancelación de pérdidas. Por tanto, se ha de considerar, como afirma el considerando 71 de la Decisión impugnada, que la finalidad pertinente del sistema fiscal de referencia es impedir que las empresas que hayan

cambiado de propietarios trasladen sus pérdidas. Dicho de otro modo, la posibilidad de trasladar pérdidas se restringe o elimina en los supuestos en que, tras una adquisición de participación de al menos el 25 % del capital, la empresa que ha acumulado pérdidas modifica su accionariado de forma sustancial.

137 De ello se deduce que todas las empresas cuyo capital ha experimentado una modificación tan importante se hallan en una situación real y jurídica comparable, con independencia de si, a efectos de la cláusula que permite el saneamiento de empresas en crisis, se hallan o no en crisis.

138 En cambio, la medida controvertida no se dirige a todas las empresas cuyo accionariado se haya modificado de forma sustancial, sino que se aplica a una categoría muy determinada de empresa: la que, según la redacción de la cláusula que permite el saneamiento de empresas en crisis, en el momento de la adquisición o bien es «insolvente o está excesivamente endeudada o está amenazada de insolvencia o excesivo endeudamiento» (en lo sucesivo, «empresa en crisis»).

139 Resulta obligado observar que dicha categoría no incluye a todas las empresas que se hallan en una situación real y jurídica comparable respecto del objetivo del sistema fiscal en cuestión.

140 Aun admitiendo que, como alega la demandante, el objetivo pertinente del sistema fiscal sea prevenir los abusos en el traslado de pérdidas, evitando la compra de sociedades instrumentales, la medida controvertida se aplica únicamente a las empresas que cumplen determinados requisitos, y que son concretamente empresas en crisis.

141 Incluso si se supone que, de conformidad con el objetivo considerado, en las situaciones que son objeto de la medida controvertida no existe riesgo de abuso, resulta obligado observar que la medida no permite el traslado de pérdidas cuando se produce una modificación importante del accionariado de la sociedad de que se trate pero dicha modificación no atañe a empresas en crisis, aun cuando la modificación no tenga relación con la compra de sociedades instrumentales y, por tanto, no genere un riesgo de abuso. El traslado de pérdidas se prohíbe aun cuando concurren los demás requisitos de la cláusula que permite el saneamiento de empresas en crisis, que se refieren en concreto al mantenimiento de las estructuras esenciales de la sociedad y figuran en las letras c) a e) de la cláusula. Dicho de otro modo, los requisitos de las letras a) y b) de la cláusula no están vinculados con el objetivo de prevenir los abusos. Por lo tanto, su efecto es favorecer a las empresas en crisis.

142 Por lo tanto, procede llegar a la conclusión de que la Comisión no incurrió en error alguno cuando estimó que la medida controvertida establecía diferenciaciones entre operadores que, con respecto al objetivo asignado al citado régimen, se encuentran en una situación fáctica y jurídica comparable a los efectos de la jurisprudencia citada en el apartado 100 anterior.

143 En segundo lugar, tampoco puede acogerse la alegación de la demandante y la coadyuvante de que la medida controvertida sea una medida de carácter general por el hecho de que beneficie a cualquier empresa en crisis.

144 Por una parte, que en el contexto del análisis de la selectividad de una medida fiscal dicha medida goce o no de carácter general es algo que depende de si, a la luz del régimen fiscal común o normal, establece diferenciaciones entre operadores que, con respecto al objetivo asignado al citado régimen, se encuentren en una situación fáctica y jurídica comparable. Pues bien, tal como queda expresado en los apartados anteriores, en la Decisión impugnada la Comisión considera acertadamente que la medida controvertida establece una distinción entre, por una parte, las empresas que cumplen los requisitos planteados por la medida en cuestión y, por otra, las demás empresas que se encuentran en una situación fáctica y jurídica comparable con respecto al objetivo asignado a ese régimen. Aun admitiendo que, como alega la demandante, dicho objetivo sea prevenir los abusos en el traslado de

pérdidas, resulta obligado observar que la medida controvertida, por sí misma o junto con las otras dos excepciones que se han mencionado, no afecta a todas las empresas que son objeto de adquisiciones lesivas de participación que no generen ese riesgo de abuso.

145 Por otro lado, procede observar que, a diferencia de lo alegado por la demandante, la medida controvertida no es de carácter general, para lo cual tendría que ser potencialmente accesible para todas las empresas, en el sentido en que usa esta expresión la sentencia de 7 de noviembre de 2014, Autogrill España/Comisión, (T-219/10, Rec, recurrida en casación, EU:T:2014:939, apartados 44 y 45), puesto que la medida define *ratione personae* su ámbito de aplicación. Afecta únicamente a una categoría de empresas que se encuentran en una situación concreta: las empresas en crisis. Por ello, es selectiva *prima facie*.

146 Además, las diferencias que según la demandante existen entre las empresas que requieran saneamiento y las empresas saneadas por lo que se refiere al acceso al capital y a la disponibilidad de plusvalías latentes no resultan pertinentes con respecto al objetivo asignado al sistema fiscal, incluso si se tiene en cuenta el objetivo de prevenir los abusos en el traslado de pérdidas. Dichas diferencias únicamente resultan pertinentes con respecto al objetivo de favorecer el saneamiento de las empresas que se acojan a la medida controvertida. No obstante, en el presente asunto dicho objetivo no resulta pertinente y, por lo demás, la demandante tampoco alega que lo sea.

147 Por último, por lo que se refiere a la alegación de que la cláusula que permite el saneamiento de empresas en crisis sea un mecanismo de aplicación automática y de que los objetivos que persigue la legislación del impuesto sobre sociedades no sean sólo de carácter fiscal sino también político, baste señalar que resulta inoperante porque, aun admitiendo que tuviera fundamento, no tocaría al carácter selectivo de la medida controvertida.

148 Por consiguiente, procede desestimar la segunda parte del primer motivo.

– Tercera parte, basada en que la medida controvertida encuentra justificación en la naturaleza y la estructura del sistema fiscal alemán

149 En primer lugar, la demandante aduce que la cláusula que permite el saneamiento de empresas en crisis contribuye, considerada junto con la cláusula sobre grupos de empresas y la cláusula sobre plusvalías latentes, a la aplicación de principios fundamentales inherentes al sistema alemán del impuesto sobre sociedades, y en particular del principio de compensación de pérdidas a lo largo de varios ejercicios, que se deriva de los principios rectores del patrimonio neto objetivo y de la tributación en función de la capacidad contributiva, y del principio de separación, que dicta que, en el contexto del sistema de referencia que es de aplicación al Derecho alemán en materia de impuesto sobre sociedades, la tributación de las sociedades no depende de sus accionistas.

150 En segundo lugar, la demandante señala que limitar la aplicación de la cláusula que permite el saneamiento de empresas en crisis a las empresas que requieren saneamiento también encuentra justificación con respecto al interés tributario, es decir, con respecto al objetivo inherente al Derecho fiscal de recaudar ingresos destinados a financiar los gastos del Estado. Y es que, según la demandante, al no oponer ningún obstáculo tributario al saneamiento, el legislador alemán permite que las empresas que lo requieran enderecen su situación económica, lo cual eleva los ingresos tributarios futuros.

151 En tercer lugar, la demandante sostiene que la limitación del mecanismo a las empresas que requieren saneamiento se basa también en las diferencias objetivas que existen entre las empresas saneadas que contabilizan pérdidas de forma pasajera y están en condiciones de captar capital en el mercado sin depender de una modificación del accionariado y las que requieren saneamiento, porque éstas últimas a menudo ya no están en condiciones de recurrir a esa posibilidad. La República Federal de Alemania

añade, por una parte, que en el caso de una adquisición de participación realizada al objeto de sanear la empresa el adquirente no tiene el control sobre lo que ocurre con las pérdidas y, por otra parte, que las empresas que requieren saneamiento y no disponen de plusvalías latentes no pueden acogerse a la cláusula sobre plusvalías latentes.

152 Conviene recordar que, según la jurisprudencia citada en el apartado 101 anterior, una medida que encuentre justificación en la naturaleza o en la estructura general del sistema en el que se inscribe no reúne el requisito de selectividad aunque establezca diferenciaciones entre operadores que se hallen, a la luz del objetivo perseguido por el sistema fiscal pertinente, en una situación fáctica y jurídica comparable.

153 A ese respecto debe distinguirse entre, por un lado, los objetivos de un régimen fiscal particular que le sean externos y, por otro, los mecanismos inherentes al propio sistema fiscal y necesarios para la consecución de estos objetivos, dado que esos objetivos y mecanismos, como principios fundadores o rectores del sistema fiscal considerado, pueden sustentar tal justificación, lo que incumbe demostrar al Estado miembro (véanse las sentencias Paint Graphos y otros, citada en el apartado 100 anterior, EU:C:2011:550, apartado 65 y jurisprudencia citada, y de 7 de marzo de 2012, British Aggregates/Comisión, T-210/02 RENV, Rec, EU:T:2012:110, apartado 84 y jurisprudencia citada). Por consiguiente, las exenciones fiscales resultantes de un objetivo ajeno al sistema de imposición en el que se inscriben no podrán eludir las exigencias derivadas del artículo 107 TFUE, apartado 1 (sentencia Paint Graphos y otros, citada en el apartado 100 anterior, EU:C:2011:550, apartado 70).

154 Se ha de recordar asimismo que una medida nacional únicamente puede encontrar justificación en la naturaleza o estructura general del sistema fiscal de que se trate si, por una parte, es coherente no sólo con las características inherentes de ese sistema fiscal sino también con la aplicación del mismo y, por otra parte, es conforme al principio de proporcionalidad y no excede los límites de lo necesario, en el sentido de que el objetivo legítimo perseguido no podría lograrse mediante medidas de menor alcance (véase en ese sentido la sentencia Paint Graphos y otros, citada en el apartado 100 anterior, EU:C:2011:550, apartados 73 a 75).

155 En la Decisión impugnada la Comisión realizó una distinción entre el objetivo de la norma de cancelación de pérdidas y el objetivo de la cláusula que permite el saneamiento de empresas en crisis.

156 Por lo que se refiere al objetivo de la norma de cancelación de pérdidas, si bien durante el procedimiento administrativo las autoridades alemanas habían invocado el objetivo de «excluir comportamientos abusivos en la utilización de los traslados de deudas [...] en forma de adquisiciones instrumentales» (considerando 85 de la Decisión impugnado), la Comisión consideró, tal como se desprende de las modificaciones realizadas por la norma nueva en la norma anterior de cancelación de pérdidas, que el objetivo era «financiar la reducción del tipo de impuesto de sociedades del 25 % al 15 %» (considerando 86 de la Decisión impugnada).

157 En cambio, según la Comisión, el objetivo de la cláusula que permite el saneamiento de empresas en crisis era hacer frente a los problemas causados por la crisis económica y financiera y ayudar a las empresas en dificultades durante dicha crisis (considerandos 87 y 88 de la Decisión impugnada), por lo que llegó a la conclusión de que el objetivo de dicha cláusula se situaba fuera del sistema fiscal (considerando 89 de la Decisión impugnada).

158 Debe observarse que la redacción de la medida controvertida indica con claridad que su objetivo es favorecer el saneamiento de las empresas que estén en crisis. Si no fuera así, no se entendería por qué entre los requisitos de aplicación de la misma el artículo 8c, apartado 1a, de la KStG, en sus letras a) y b) (véase el apartado 10 anterior), exige respectivamente que la adquisición de participación tenga como finalidad el saneamiento de la entidad y que en el momento de la adquisición la empresa sea insolvente o esté excesivamente endeudada o esté amenazada de insolvencia o excesivo

endeudamiento. Por otra parte, la propia demandante reconoce que mediante la medida controvertida el legislador pretende también permitir que se saneen las sociedades azotadas por la crisis que se hallan en situación de insolvencia.

159 Por tanto, resulta evidente que el objetivo de la medida controvertida, o cuando menos su objetivo principal, es facilitar el saneamiento de empresas en crisis.

160 A ese respecto procede observar que el objetivo citado no se deriva de los principios fundadores o rectores del sistema fiscal, por lo que no es interno sino externo a dicho sistema (véanse en ese sentido por analogía las sentencias de 6 de septiembre de 2006, Portugal/Comisión, C-88/03, Rec, EU:C:2006:511, apartado 82; y de 18 de julio de 2013, P, C-6/12, Rec, EU:C:2013:525, apartado 30), sin que resulte necesario comprobar si la medida controvertida es proporcionada al objetivo que se persigue.

161 En cualquiera de los casos, la medida controvertida tampoco encuentra justificación a la luz de las alegaciones formuladas por la demandante y la coadyuvante.

162 Para empezar, la medida no puede verse justificada en virtud del principio de tributación según la capacidad contributiva.

163 Con independencia de que no se encuentre dicha justificación en la exposición de motivos de la Ley en cuestión, ésta sí parece vincularse con el objetivo de hacer frente a los abusos en cuestión de traslado de pérdidas, que es un objetivo propio de la norma de cancelación de pérdidas. En esencia, según dicha alegación, dado que la norma de cancelación de pérdidas tiene por objeto prevenir los abusos y que en los supuestos de saneamiento no existe abuso, la aplicación de la cláusula que permite el saneamiento de empresas en crisis encuentra justificación en la misma lógica que subyace a la aplicación de la norma de cancelación de pérdidas, y se limita a restaurar la aplicación del principio general de traslado de pérdidas como expresión del principio de tributación según la capacidad contributiva.

164 No obstante, aun admitiendo que dicha interpretación sea correcta, es obligado observar que la medida controvertida no resulta coherente con el objetivo perseguido: tal como se ha explicado respeto del primer motivo, la medida se aplica únicamente a empresas en crisis. Así las cosas, no se alcanza a comprender por qué el principio de tributación según la capacidad contributiva requeriría que las empresas en crisis se pudieran acoger al traslado de pérdidas, mientras que se deniega dicho traslado a las empresas saneadas que han sufrido pérdidas y cumplen los demás requisitos establecidos en la cláusula que permite el saneamiento de empresas en crisis.

165 Por otra parte, la medida controvertida tampoco encuentra justificación ni en las diferencias que existen entre las adquisiciones lesivas de participación y las adquisiciones de participación realizadas al objeto de sanear la empresa ni en las diferencias objetivas que existen entre los contribuyentes. Según la demandante, apoyada por la República Federal de Alemania, en el caso de adquisiciones de participación realizadas al objeto de sanear la empresa el nuevo accionista no tiene la última palabra sobre la utilización de las pérdidas. Para estas partes, además, a diferencia de las empresas saneadas, las empresas que requieren saneamiento no tienen la posibilidad de financiarse en el mercado de capital o buscar un comprador, y tampoco tienen la posibilidad de conservar sus pérdidas en virtud de la cláusula sobre plusvalías latentes.

166 A ese respecto es obligado observar que no es coherente la alegación de la falta de control sobre la utilización de las pérdidas: otras empresas que no cumplan los requisitos de la cláusula que permite el saneamiento de empresas en crisis también pueden tener dificultades económicas y no tener control sobre la utilización de las pérdidas, y no por ello dejarán de estar excluidas de la aplicación de dicha cláusula. Por otra parte, en el presente asunto carece de pertinencia la diferencia que existe por lo que atañe al acceso al capital y la disponibilidad de plusvalías latentes entre la situación de las empresas

que requieren un saneamiento y la de las empresas saneadas. Tal como señaló acertadamente la Comisión en el considerando 91 de la Decisión impugnada, el posible objetivo de favorecer el acceso de las sociedades en crisis al capital no es inherente al sistema fiscal.

167 Lo mismo se puede decir de la alegación de la demandante de que interese a la Administración tributaria alemana permitir que enderecen su situación económica las empresas que puedan sanearse, al objeto de limitar el riesgo de que caigan en la insolvencia y de elevar la probabilidad de que las autoridades tributarias puedan obtener o incluso elevar los ingresos tributarios.

168 Dicha alegación enlaza con la que formuló la República Federal de Alemania durante el procedimiento administrativo, y que fue desestimada por la Comisión en los considerandos 57 a 63 de la Decisión impugnada, en el sentido de que la cláusula que permite el saneamiento de empresas en crisis es compatible con el llamado «principio del acreedor privado en una economía de mercado», puesto que corresponde al comportamiento de un acreedor informado con el cual el deudor mantiene una relación contractual a largo plazo.

169 No obstante, resulta obligado observar que la ventaja en cuestión se concede automáticamente y sin análisis alguno que determine en concreto, a diferencia de lo haría un acreedor privado, cuál es el riesgo de que el beneficiario deje de estar en condiciones de continuar con sus actividades económicas y deba por ello suspender los pagos a sus acreedores y qué posibilidad existe de que tras la reducción de su cuota tributaria el beneficiario sea capaz de ejercer sus actividades de modo rentable y pueda así enfrentarse a sus obligaciones futuras. Tal como destaca acertadamente la Comisión en el considerando 60 de la Decisión impugnada, la renuncia a los créditos tributarios sin realizar una apreciación sobre las perspectivas futuras del deudor y la importancia estratégica de éste no responde a la definición de comportamiento informado.

170 Por lo tanto, procede llegar a la conclusión de que ni la demandante ni la República Federal de Alemania han aportado datos que permitan justificar la medida controvertida de conformidad con la jurisprudencia que se ha citado en los apartados 152 a 154 anteriores.

171 En conclusión, procede desestimar la tercera parte y con ello el primer motivo en su totalidad.

Segundo motivo, basado en que no se han utilizado recursos estatales

172 Mediante su segundo motivo la demandante alega que la cláusula que permite el saneamiento de empresas en crisis no consiste en conceder ventajas financieras a empresas sino simplemente en no privar a las mismas de una situación financiera preexistente. Según la demandante, dado que mantener el traslado de pérdidas encaja con un principio consagrado en el Derecho constitucional alemán, como es el de traslado ilimitado de pérdidas, el traslado de pérdidas constituye en principio un activo que es propiedad de las empresas sujetas al impuesto.

173 Por consiguiente, para la demandante, la República Federal de Alemania no ha realizado ningún acto de disposición de ingresos tributarios procedentes de rentas correspondientes a pérdidas equivalentes que procedan del mismo período de imposición o períodos de imposición anteriores.

174 Se ha de recordar que en el considerando 50 de la Decisión impugnada la Comisión llegó a la conclusión de que el hecho de que el Gobierno alemán permitiera a determinadas empresas reducir sus cargas fiscales empresariales mediante el traslado de pérdidas hacía que la República Federal de Alemania perdiera ingresos, lo que constituía ayuda de Estado.

175 Según jurisprudencia reiterada, el concepto de ayuda es más general que el de subvención, ya que comprende no sólo prestaciones positivas como las propias subvenciones sino también intervenciones estatales que, bajo formas diversas, alivian las cargas que recaen normalmente 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 (sentencia Adria-Wien Pipeline y Wietersdorfer & Peggauer Zementwerke, citada en el apartado 101 anterior, EU:C:2001:598, apartado 38; véase asimismo la sentencia Paint Graphos y otros, citada en el apartado 100 anterior, EU:C:2011:550, apartado 45 y jurisprudencia citada).

176 De ello se deduce que una medida mediante la cual las autoridades públicas conceden a determinadas empresas un trato fiscal ventajoso que, aunque no implique una transferencia de fondos estatales, coloque a las beneficiarias en una situación financiera más favorable que a los restantes contribuyentes constituye una ayuda de Estado en el sentido del artículo 107 TFUE, apartado 1. En cambio, las ventajas resultantes de una medida general aplicable sin distinción a todos los operadores económicos no constituyen ayudas de Estado en el sentido del artículo 107 TFUE (véase la sentencia Comisión y España/Government of Gibraltar y Reino Unido, citada en el apartado 100 anterior, EU:C:2011:732, apartados 72 y 73 y jurisprudencia citada).

177 En el caso de autos procede declarar que la ventaja concedida a las empresas afectadas por la cláusula que permite el saneamiento de empresas en crisis se debe a la renuncia por el Estado miembro a ingresos fiscales que normalmente habría recaudado, en la medida en que esta renuncia da a los beneficiarios la posibilidad de tomar en dichas empresas participaciones perjudiciales en unas condiciones fiscalmente más ventajosas (véase en ese sentido la sentencia de 19 de septiembre de 2000, Alemania/Comisión, C-156/98, Rec, EU:C:2000:467, apartado 26).

178 Procede asimismo desestimar la alegación realizada por la demandante en esencia en el sentido de que, dado que mantener el traslado de pérdidas encaja con el principio constitucional de traslado ilimitado de pérdidas, los ingresos no recaudados a causa de la aplicación de la norma de traslado de pérdidas constituyan activos que nunca fueron propiedad del Estado.

179 A este respecto, en primer lugar es preciso recordar la jurisprudencia reiterada según la cual el artículo 107 TFUE, apartado 1, no distingue según las causas o los objetivos de las intervenciones estatales, sino que las define en función de sus efectos (véase en ese sentido la sentencia Comisión y España/Government of Gibraltar y Reino Unido, citada en el apartado 100 anterior, EU:C:2011:732, apartado 87 y jurisprudencia citada).

180 Y es que, como se ha señalado al apreciar si la medida controvertida es de carácter selectivo, la Comisión ha acreditado acertadamente que la norma de cancelación de pérdidas formaba parte del sistema de referencia y es parte integral de la legislación de la República Federal de Alemania, por lo que goza de una presunción de legalidad. En virtud de dicha norma, los recursos tributarios recaudados al no aplicar la norma de traslado de pérdidas son fondos que estaban destinados en principio al presupuesto del Estado.

181 Por lo demás, en el momento de su introducción la norma de cancelación de pérdidas no preveía excepciones. Al igual que las demás excepciones a la norma de cancelación de pérdidas, la cláusula que permite el saneamiento de empresas en crisis se introdujo con posterioridad a la norma de cancelación de pérdidas, aun cuando la cláusula que permite el saneamiento de empresas en crisis se aplique retroactivamente con efectos a la fecha de entrada en vigor de la norma de cancelación de pérdidas. Ello prueba que para el legislador alemán la legalidad constitucional de la introducción de la norma de cancelación de pérdidas no estaba supeditada a la existencia de excepción alguna.

182 En cualquiera de los casos, aun cuando se pusiera en tela de juicio la legalidad de la norma de cancelación de pérdidas, la mera circunstancia de que se haya aplicado durante un período determinado bastaría para acreditar que la aplicación de la cláusula que permite el saneamiento de empresas en crisis durante ese mismo período dio lugar al uso de recursos estatales: el concepto de ayuda de Estado es de carácter objetivo y debe analizarse respecto de los efectos contrarios a la competencia de la medida de ayuda en cuestión, no respecto de aspectos como la legalidad de la

medida mediante la que la ayuda se concede (véanse en ese sentido las sentencias de 22 de diciembre de 2008, British Aggregates/ComisiónX, C-487/06 P, Rec, EU:C:2008:757, apartado 85 y jurisprudencia citada, y de 7 de octubre de 2010, DHL Aviation y DHL Hub Leipzig/Comisión, T-452/08, EU:T:2010:427, apartado 40).

183 Por lo tanto, se ha de llegar a la conclusión de que, al declarar en la Decisión impugnada que, por poder conllevar una disminución de los ingresos tributarios, la medida controvertida se concedía por medio de recursos estatales, la Comisión no incurrió en error de Derecho alguno.

184 Por consiguiente, procede desestimar el segundo motivo.

Cuarto motivo, basado en la violación del principio de protección de la confianza legítima

185 Mediante su cuarto motivo la demandante invoca el factor de la confianza legítima y se basa para ello en esencia en dos argumentos: la respuesta vinculante recibida de la Administración tributaria nacional y la dificultad o incluso imposibilidad de que en las circunstancias del presente asunto se percibiera la cláusula que permite el saneamiento de empresas en crisis como ayuda de Estado y de que se comprobara si se había observado o debiera haberse seguido el procedimiento contemplado en el artículo 108 TFUE, dificultad agravada por la existencia en otros Estados miembros de disposiciones semejantes que no se habían notificado o no habían sido puestas en cuestión por lo que atañe al artículo 107 TFUE, apartado 1.

186 Con arreglo al artículo 14, apartado 1, segunda frase, del Reglamento (CE) nº 659/1999 del Consejo, de 22 de marzo de 1999, por el que se establecen disposiciones de aplicación del artículo 93 [CE] (DO L 83, p. 1), la Comisión no exigirá la recuperación de la ayuda si ello es contrario a un principio general del Derecho de la Unión.

187 Con arreglo a jurisprudencia reiterada, todo justiciable al que una institución de la Unión, al darle seguridades concretas, le haya hecho concebir esperanzas fundadas tendrá derecho a invocar el principio de protección de la confianza legítima. Constituye una seguridad de ese tipo, con independencia de la forma en que se comunique, la información concreta, incondicional y concordante (véase la sentencia de 16 de diciembre de 2010, Kahla Thüringen Porzellan/Comisión, C-537/08 P, Rec, EU:C:2010:769, apartado 63 y jurisprudencia citada).

188 Se ha de recordar asimismo que es jurisprudencia reiterada que las empresas beneficiarias de una ayuda sólo pueden, en principio, depositar una confianza legítima en la validez de la ayuda cuando ésta se conceda con observancia del procedimiento que prevé el Tratado FUE ya que, en circunstancias normales, todo agente económico diligente debe poder comprobar si ha sido observado dicho procedimiento (véase la sentencia de 20 de marzo de 1997, Alcan Deutschland, C-24/95, Rec, EU:C:1997:163, apartado 25 y jurisprudencia citada).

189 En el presente asunto resulta obligado observar antes de nada que, dado que la medida no fue notificada a la Comisión a los efectos del artículo 108 TFUE, apartado 3, las dudas o dificultades de interpretación sobre el carácter de ayuda de Estado que tiene la medida controvertida no pueden por sí solas justificar que la demandante albergue esa confianza legítima.

190 Además, en la medida en que la demandante basa su confianza legítima en la respuesta vinculante, se ha de recordar que es cierto que no puede excluirse la posibilidad de que el beneficiario de una ayuda ilegal invoque circunstancias excepcionales que hayan podido legítimamente fundamentar su confianza en la legalidad de dicha ayuda, y de que se oponga, por consiguiente, a su devolución. Sin embargo, corresponderá a dicho beneficiario alegar dichas circunstancias ante las autoridades nacionales o el juez nacional al impugnar la resolución nacional de recuperación mediante la que tales autoridades pongan en práctica la decisión de la Comisión. En ese contexto, corresponderá al juez nacional que

conozca del asunto valorar las referidas circunstancias, en su caso después de haber planteado al Tribunal de Justicia cuestiones prejudiciales de interpretación (véanse en ese sentido las sentencias de 7 de marzo de 2002, Italia/Comisión, C-310/99, Rec, EU:C:2002:143, apartado 103; de 27 de enero de 1998, Ladbroke Racing/Comisión, T-67/94, Rec, EU:T:1998:7, apartados 182 y 183, y Fleuren Compost/Comisión, citada en el apartado 110 anterior, EU:T:2004:4, apartados 136 y 137). Por tanto, como consecuencia de dicha jurisprudencia, la demandante no puede invocar la existencia de la respuesta vinculante al aducir que la Decisión impugnada sea contraria al principio de protección de la confianza legítima (véase en ese sentido la sentencia de 16 de julio de 2014, Zweckverband Tierkörperbeseitigung/Comisión, T-309/12, EU:T:2014:676, apartado 237).

191 Se ha de recordar asimismo que el comportamiento de una autoridad nacional encargada de aplicar el Derecho de la Unión que está en contradicción con este último no puede infundir, en un operador económico, la confianza legítima en que se podrá beneficiar de un trato contrario al Derecho de la Unión (véase la sentencia de 4 de octubre de 2007, Comisión/Italia, C-217/06, EU:C:2007:580, apartado 23 y la jurisprudencia en él citada), porque la obligación del beneficiario de asegurarse de que se ha observado el procedimiento contemplado en el artículo 108 TFUE, apartado 3, no puede depender del comportamiento de la autoridad estatal, aun cuando esta última sea hasta tal punto responsable de la ilegalidad del acto que su anulación resulte contraria al principio de buena fe (véase en ese sentido la sentencia Alcan Deutschland, citada en el apartado 188 anterior, EU:C:1997:163, apartado 41).

192 Por último, la demandante no puede basarse en que en otros Estados miembros existan medidas presuntamente semejantes. Resulta obligado observar, antes de nada, que se tratará de medidas encuadradas en marcos legislativos distintos; que nada de lo que obra en autos permite afirmar que la Comisión hubiera otorgado seguridades sobre la legalidad de las medidas a efectos del artículo 107 TFUE, apartado 1, y, por último, que la demandante no puede invocar ese hecho puesto que, en cualquiera de los casos, el principio de igualdad de trato debe conciliarse con el principio de legalidad, según el cual nadie puede invocar en su provecho una ilegalidad cometida en favor de otro (sentencias de 14 de mayo de 1998, SCA Holding/Comisión, T-327/94, Rec, EU:T:1998:96, apartado 160; Mayr-Melnhof/Comisión, T-347/94, Rec, EU:T:1998:101, apartado 334; y de 20 de marzo de 2002, LR AF 1998/Comisión, T-23/99, Rec, EU:T:2002:75, apartado 367).

193 Lo mismo se puede decir de la referencia a la norma anterior de cancelación de pérdidas, que era un régimen distinto y que no se sometió nunca al control de la Comisión por lo que atañe a la observancia de las normas del Tratado relativas a las ayudas de Estado.

194 Por consiguiente, procede desestimar el cuarto motivo y, por tanto, el recurso en su conjunto.

Costas

195 A tenor del artículo 134, apartado 1, del Reglamento de Procedimiento del Tribunal, la parte que haya visto desestimadas sus pretensiones será condenada en costas, si así lo hubiera solicitado la otra parte. No obstante, a tenor del artículo 134, apartado 3, de dicho Reglamento, cuando se estimen parcialmente las pretensiones de una y otra parte y si se estimase que las circunstancias del caso lo justifican, el Tribunal podrá decidir que una de las partes cargue, además de con sus propias costas, con una porción de las costas de la otra parte.

196 En el presente asunto procede observar que ha procedido desestimar, por una parte, la excepción de inadmisibilidad propuesta por la Comisión con arreglo al artículo 114 del Reglamento de Procedimiento de 2 de mayo de 1991 y, por otra, el recurso en su conjunto por infundado.

197 Habida cuenta de lo anterior, procede condenar a la demandante a cargar, además de con sus propias costas, con dos tercios de las costas de la Comisión, y condenar a ésta a cargar con un tercio de sus propias costas.

198 Con arreglo al artículo 138, apartado 1, del Reglamento de Procedimiento, los Estados miembros que intervengan como coadyuvantes en un litigio cargarán con sus propias costas. En consecuencia, la República Federal de Alemania cargará con sus propias costas.

En virtud de todo lo expuesto,

EL TRIBUNAL GENERAL (Sala Novena)

decide:

1) Desestimar la excepción de inadmisibilidad.

2) Desestimar, por infundado, el recurso.

3) GFKL Financial Services AG cargará con sus propias costas y con dos tercios de las causadas por la Comisión Europea. La Comisión cargará con un tercio de sus propias costas.

4) La República Federal de Alemania cargará con sus propias costas.

Berardis Czúcz Popescu

Pronunciada en audiencia pública en Luxemburgo, a 4 de febrero de 2016.

Firmas

Índice

Marco jurídico nacional 2

Norma de traslado de pérdidas 2

Norma de cancelación de pérdidas 2

Cláusula que permite el saneamiento de empresas en crisis 3

Cláusulas sobre plusvalías latentes y grupos de empresas 4

Antecedentes de hecho del litigio 4

Procedimiento administrativo 5

Decisión impugnada 5

Procedimiento y pretensiones de las partes 7

Fundamentos de Derecho 8

Admisibilidad del recurso 8

Legitimación activa a efectos del artículo 263 TFUE, párrafo cuarto 8

Interés en el ejercicio de la acción 12

Sobre el fondo 13

Tercer motivo, basado en la falta de motivación 13

Primer motivo, basado en que la medida controvertida no es de carácter selectivo prima facie 15

– Primera parte, basada en que se incurrió en error al definir el sistema de referencia 15

– Segunda parte, basada en que se incurrió en error al apreciar la situación jurídica y de hecho de las empresas en crisis que requerían un saneamiento y basada en que la cláusula que permite el saneamiento de empresas en crisis debe tener la consideración de medida general 18

– Tercera parte, basada en que la medida controvertida encuentra justificación en la naturaleza y la estructura del sistema fiscal alemán 21

Segundo motivo, basado en que no se han utilizado recursos estatales 24

Cuarto motivo, basado en la violación del principio de protección de la confianza legítima 26

Costas 27