DECISIÓN (UE) 2025/906 DE LA COMISIÓN

de 22 de noviembre de 2024

relativa a la ayuda estatal SA.48580 (2017/C) aplicada por Alemania en favor de WestSpiel

[notificada con el número C(2024) 8105]

(El texto en lengua alemana es el único auténtico)

(Texto pertinente a efectos del EEE)

LA COMISIÓN EUROPEA,

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

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

Después de haber emplazado a los interesados para que presentaran sus observaciones ([1]) y teniendo en cuenta dichas observaciones,

Considerando lo siguiente:

1. PROCEDIMIENTO

(1) Mediante carta de 20 de junio de 2017, la Comisión recibió dos denuncias presentadas por la asociación de salas de juego Fachverband Spielhallen e.V. (en lo sucesivo, «FSH») y otro denunciante (en lo sucesivo, conjuntamente, «los denunciantes») relativas a la presunta ayuda estatal concedida a Westdeutsche Spielbanken GmbH & Co. KG (en lo sucesivo, «WestSpiel») por el Estado federado de Renania del Norte-Westfalia (*Nordrhein-Westfalen*, en lo sucesivo «NRW»).

(2) Las denuncias se registraron por separado con los códigos de asunto SA.48580 y SA.48842. El 16 de abril de 2018, la Comisión fusionó los dos expedientes en el asunto SA.48580.

(3) El 2 de agosto de 2018, la Comisión remitió a Alemania la versión no confidencial de las denuncias y le solicitó información adicional. Tras solicitar y obtener una prórroga del plazo de respuesta, Alemania presentó, mediante carta de 2 de octubre de 2018, su punto de vista sobre las denuncias y respondió a la solicitud de información.

(4) El 6 de febrero de 2019, la Comisión solicitó documentos adicionales a Alemania, que esta última facilitó el 22 de febrero de 2019. El 12 de junio de 2019, la Comisión remitió la versión no confidencial del escrito de Alemania de 2 de octubre de 2018 a los denunciantes y les invitó a expresar su opinión sobre los argumentos presentados por Alemania. El 8 de agosto de 2019, los denunciantes presentaron sus observaciones en respuesta a los argumentos de Alemania, manteniendo sus denuncias.

(5) El 8 de octubre de 2019, la Comisión solicitó información adicional a Alemania, que la proporcionó el 24 de octubre de 2019.

(6) Mediante carta de 9 de octubre de 2019, los denunciantes solicitaron formalmente a la Comisión que adoptara una decisión sobre el asunto, de conformidad con el artículo 265, apartado 2, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea («TFUE»).

(7) Mediante carta de 9 de diciembre de 2019, la Comisión notificó a Alemania que había decidido incoar el procedimiento de investigación formal previsto en el artículo 108, apartado 2, del TFUE (en lo sucesivo, «la Decisión de incoación»). Por correo electrónico de 15 de enero de 2020, Alemania confirmó que la Decisión de incoación no contenía información confidencial.

([1]) DO C 59 de 21.2.2020, p. 14.

(8) La Decisión de la Comisión de incoar el procedimiento se publicó en el *Diario Oficial de la Unión Europea* ([2]). La Comisión emplazó a los interesados para que presentaran sus observaciones sobre la ayuda/medida.

(9) El 27 de enero de 2020, la Comisión envió a Alemania el escrito de los denunciantes de 8 de agosto de 2019.

(10) El 2 de marzo de 2020, Alemania presentó observaciones sobre la Decisión de incoación y sobre la comunicación de los denunciantes de 8 de agosto de 2019. Tras una conferencia telefónica entre la Comisión y Alemania el 3 de junio de 2020, Alemania presentó otras observaciones por escrito, en las que justificaba su posición, el 17 de junio de 2020. No se presentaron observaciones de terceros en el plazo establecido en la Decisión de incoación.

(11) Los denunciantes presentaron observaciones el 6 de agosto de 2020, y Alemania formuló sus comentarios al respecto el 1 de octubre de 2020.

(12) El 18 de diciembre de 2020, Alemania presentó a la Comisión actualizaciones sobre la privatización de WestSpiel. Alemania facilitó actualizaciones adicionales sobre ese mismo proceso de privatización el 2 de febrero de 2021. El 10 de febrero de 2021, Alemania presentó a la Comisión un calendario indicativo que mostraba las medidas previstas para concluir el proceso de privatización de WestSpiel.

(13) El 11 de febrero de 2021, la Comisión envió una solicitud de información, a la que Alemania respondió los días 25 y 26 de febrero de 2021.

(14) El 16 de marzo de 2021, WestSpiel presentó observaciones sobre el asunto y actualizaciones sobre el proceso relativo a la venta de WestSpiel. El 24 de marzo de 2021, la Comisión mantuvo una conversación telefónica con Alemania.

(15) Alemania facilitó información adicional a la Comisión el 20 de julio y el 8 de septiembre de 2021.

(16) El 14 de marzo de 2022, la Comisión envió una solicitud de información adicional, a la que Alemania respondió el 4 de abril de 2022. La Comisión envió otra solicitud de información el 11 de julio de 2022, a la que Alemania respondió el 18 de julio de 2022.

(17) El 12 de mayo de 2023, la Comisión envió una solicitud de información adicional, a la que Alemania respondió el 14 de julio de 2023.

2. DESCRIPCIÓN DETALLADA DE LA AYUDA

2.1. Contexto jurídico en el momento en que se concedieron las supuestas medidas

(18) El objeto del presente asunto es la ayuda financiera que WestSpiel recibió del Estado en el período comprendido entre 2009 y 2015 a través de las medidas descritas a continuación en la sección 2.3.

(19) Cuando se concedieron las supuestas medidas, esto es, en el período comprendido entre 2009 y 2015 en el caso de la cobertura anual de pérdidas y en 2015 en el caso de la inyección de capital, el ordenamiento jurídico alemán distinguía entre dos tipos de juegos de azar.

(20) Por una parte, determinadas máquinas de juegos de azar podían ser explotadas libremente por salas de juego especializadas o por restaurantes, siempre que se respetaran las normas del Reglamento sobre juegos (*Spielverordnung*). De conformidad con la normativa regional sobre salas de juego (*Spielhallengesetze der Bundesländer*), era necesaria una licencia para explotar salas de juego comerciales (privadas) (*gewerbliche Spielhallen*).

([2]) Decisión de la Comisión, de 9 de diciembre de 2019, relativa a la ayuda estatal SA.48580 (2017/FC) — Presunta ayuda a WestSpiel (DO C 59 de 21.2.2020, p. 14).

(21) Por otra parte, los juegos en vivo o los juegos de casino (*blackjack*, ruleta, etc.) (denominados con el término alemán *großes Spiel*) y otros juegos de azar con máquinas se consideraban demasiado arriesgados; por lo tanto, su oferta estaba, en principio, prohibida. Como excepción a esta norma, los estados federados alemanes eran competentes para permitir que determinados operadores (principalmente públicos) (*Spielbankunternehmen*) ofrecieran tales juegos mediante licencias concedidas a nivel regional, sobre la base de las condiciones establecidas por las respectivas leyes de juegos de azar (*Spielbankgesetze*).

(22) Los objetivos de la SpielbG NRW ([3]) se establecieron en su artículo 1. En particular, el objetivo normativo era evitar la adicción a los juegos de azar y las apuestas, orientar el instinto natural de juego de la población hacia trayectorias ordenadas y vigiladas, garantizar la protección de los jugadores y los jóvenes y velar por el buen comportamiento de los operadores y el funcionamiento ordenado y transparente de los juegos de azar.

(23) De conformidad con el artículo 2, apartado 2, de la SpielbG NRW, en NRW podían autorizarse hasta cinco casinos públicos. A diferencia de lo que ocurría en otros estados federados, la SpielbG NRW no preveía la posibilidad de conceder licencias también a operadores privados antes de la venta de WestSpiel. A la luz de los requisitos establecidos en el artículo 2, apartado 1, y el artículo 3, apartado 1, de la SpielbG NRW, WestSpiel era *de facto* el único licenciatario de casinos en NRW, y, en 2019, explotaba cuatro casinos en Aquisgrán, Bad Oeynhausen, Dortmund (Hohensyburg) y Duisburgo. WestSpiel era titular de una «licencia marco» desde 1975.

2.2. **El beneficiario**

(24) WestSpiel era un operador de casinos con actividad en NRW. Hasta la fusión de WestSpiel con la sociedad de responsabilidad limitada Westdeutsche Spielbanken GmbH (en lo sucesivo, «WestSpiel GmbH») ([4]) el 13 de enero de 2021 (véase el considerando 29), el único socio comanditario de WestSpiel *(Kommanditistin)* era NRW.BANK, y WestSpiel GmbH era el socio con responsabilidad personal o el socio colectivo *(Komplementärin)* de WestSpiel.

(25) El 26 de noviembre de 2015, NRW y NRW.BANK celebraron un acuerdo fiduciario (en lo sucesivo, «el acuerdo fiduciario»), conforme al cual:

— NRW se comprometió, tras la celebración de un acuerdo de participación sin derecho a voto entre NRW.BANK y WestSpiel, a proporcionar un importe de 64,8 millones EUR a NRW.BANK, y

— NRW.BANK se comprometió a aceptar tales fondos fiduciarios, a utilizarlos exclusivamente para constituir, en nombre propio pero por cuenta de NRW, una participación sin derecho voto con WestSpiel con arreglo a los artículos 230 y siguientes del Código de Comercio alemán (*Handelsgesetzbuch, HGB*), de conformidad con el acuerdo de participación sin derecho a voto, y, en este contexto, a realizar una aportación de 64,8 millones EUR (en lo sucesivo, «la aportación sin derecho a voto») a WestSpiel.

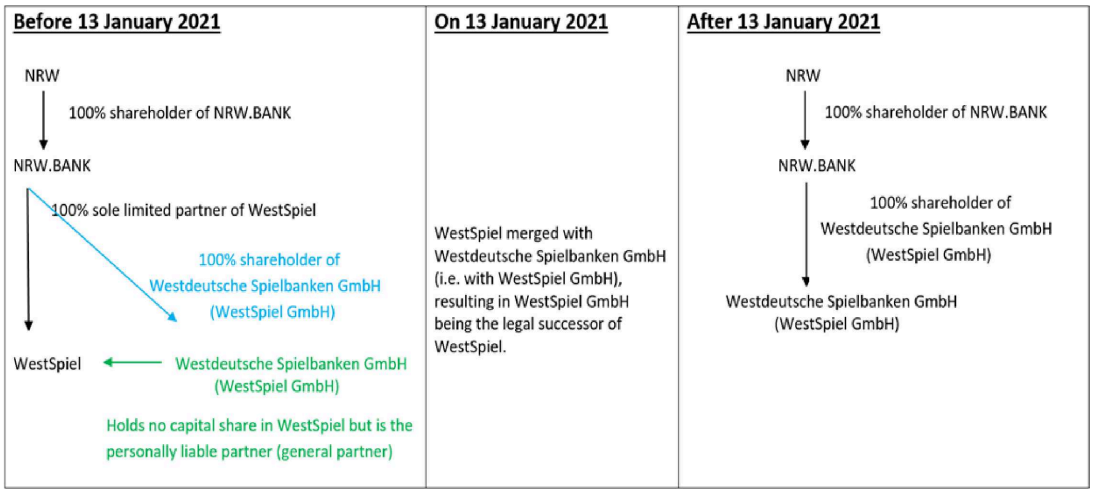
(26) El 1 de diciembre de 2015, se celebró un acuerdo de participación sin derecho a voto entre NRW.BANK y WestSpiel, en el que se establecía la obligación de que NRW.BANK pusiera a disposición de WestSpiel la aportación sin derecho a voto de 64,8 millones EUR tras el ingreso de los fondos a NRW.BANK como administrador fiduciario. Tras la celebración del acuerdo de participación sin derecho a voto entre NRW.BANK y WestSpiel y la recepción de los fondos por parte de NRW.BANK, NRW.BANK aportó fondos a WestSpiel por un importe de 64,8 millones EUR. Esta aportación sin derecho a voto de 64,8 millones EUR (que debía anotarse en una cuenta separada de aportaciones sin derecho a voto) figuraba en el capital social de WestSpiel además de la aportación de NRW.BANK como socio comanditario de WestSpiel.

([3]) En NRW, las actividades de juego que se ofrecen en los casinos están sujetas a la Ley de juegos de azar de NRW (*Gesetz über die Zulassung öffentlicher Spielbanken im Land Nordrhein-Westfalen, Spielbankgesetz NRW*, en lo sucesivo, la «SpielbG NRW»). Tras la concesión de las medidas, la SpielbG NRW fue modificada por el artículo 35, apartado 2, de la Ley de 29 de mayo de 2020; GV. NRW. *Ausgabe 2020 Nr. 19 vom 2.6.2020 Seite 357 bis 380* | RECHT.NRW.DE.

([4]) WestSpiel GmbH no realizó ninguna aportación al capital de WestSpiel y, por lo tanto, no poseía ninguna participación en el capital social. Como socio colectivo (sin aportación de capital), WestSpiel GmbH era responsable de la gestión empresarial de WestSpiel. Por otra parte, WestSpiel GmbH era socio colectivo de Casino Duisburg GmbH & Co. KG, antigua filial al 100 % de WestSpiel, sin ninguna participación en el capital, y, como tal, también era responsable de la gestión empresarial de Casino Duisburg GmbH & Co. KG. WestSpiel GmbH no ejercía ninguna actividad de explotación.

(27) El 4 de enero de 2021, NRW.BANK, WestSpiel y —habida cuenta de la fusión entre WestSpiel y WestSpiel GmbH — WestSpiel GmbH celebraron un acuerdo de disolución en virtud del cual la participación sin derecho a voto entre NRW.BANK y WestSpiel se disolvió con efecto a partir del 8 de enero de 2021 y posteriormente se liquidó. La aportación sin derecho a voto restante (tras la participación en las pérdidas) de aproximadamente 46,5 millones EUR (exactamente 46 516 909,42 EUR) se devolvió a NRW.

(28) WestSpiel conservó la forma jurídica de sociedad comanditaria (*Kommanditgesellschaft*) hasta el 13 de enero de 2021. El único socio comanditario de WestSpiel era NRW.BANK y el socio con responsabilidad personal o el socio colectivo era WestSpiel GmbH, como se ha descrito anteriormente. NRW.BANK, que es propiedad exclusiva de NRW, era también el único accionista de WestSpiel GmbH. Después del 13 de enero de 2021, con una participación en el capital de 35,5 millones EUR, que correspondía a la aportación responsable (*Hafteinlage*), NRW.BANK poseía el 100 % de las acciones de WestSpiel (artículo 3 de los estatutos de WestSpiel de 1 de diciembre de 2007, en su última versión).



(29) En el marco de una reorganización más amplia del grupo WestSpiel, que se llevó a cabo en particular para apoyar y facilitar la venta (prevista) del grupo, el 22 de diciembre de 2020, WestSpiel GmbH y WestSpiel celebraron un acuerdo notarial de fusión en virtud del cual, sobre la base de los estados financieros de WestSpiel a fecha de 31 de diciembre de 2019, WestSpiel transfirió todos sus activos a WestSpiel GmbH, con efectos a partir del 1 de enero de 2020, de conformidad con el Derecho de sociedades alemán. Tras la inscripción de dicha fusión en el registro mercantil competente el 13 de enero de 2021, la fusión adquirió efectos jurídicos, con lo que WestSpiel GmbH se convirtió en la sucesora legal de WestSpiel.

(30) En septiembre de 2021, tras un procedimiento de licitación ([5]), WestSpiel fue vendida al Grupo Gauselmann ([6]) ([7]). Según la información públicamente disponible ([8]), tras la venta, las actividades de WestSpiel en los cuatro casinos de Aquisgrán, Bad Oeynhausen, Dortmund (Hohensyburg) y Duisburgo se explotan ahora con la denominación de «Merkur Spielbanken NRW GmbH» ([9]).

([5]) https://igamingbusiness.com/nordrhein-westfalen-launches-westspiel-privatisation-tender/.
([6]) Según las observaciones de Alemania de 4 de abril de 2022, la venta de WestSpiel fue una cesión de acciones y no de activos. Las acciones de WestSpiel se vendieron al Grupo Gauselmann por un precio de 141,8 millones EUR. Alemania aclaró además que el acuerdo de compra de acciones prevé una posible reducción (futura) del precio de compra por el importe de toda ayuda estatal recuperada, hasta un máximo de 30 millones EUR, que deberá abonarse a WestSpiel en caso de recuperación jurídicamente vinculante de la ayuda estatal; estas condiciones se anunciaron con antelación y se ofrecieron por igual a todos los licitadores interesados en la compra de las acciones de WestSpiel.
([7]) El término «WestSpiel» tal como se define en el considerando 1 anterior se refiere también a la entidad fusionada y posteriormente vendida.
([8]) https://www.waz.de/wirtschaft/gauselmann-gruppe-uebernimmt-westspiel-casinos-in-nrw-id232845809.html.
([9]) Consúltense los datos de la entidad en el registro mercantil competente (Registerportal | Homepage).

(31) En su respuesta de 4 de abril de 2022, Alemania explicó que la personalidad jurídica de WestSpiel no cambió tras su venta: las actividades de la empresa continuarían por cuenta propia en la misma entidad jurídica. Solo cambió el nombre de la empresa a «Merkur Spielbanken NRW GmbH», manteniéndose sin cambios el número en el registro mercantil (Duisburg HRB 19356).

(32) El contexto de la situación fiscal y reglamentaria de WestSpiel, en el momento en que se concedieron las supuestas medidas, es especialmente pertinente para el presente asunto ([10]). WestSpiel estaba sujeta al régimen fiscal ordinario alemán (impuesto sobre sociedades, impuesto sobre actividades económicas) en relación con los ingresos generados por actividades no relacionadas con el juego (por ejemplo, los restaurantes). En cuanto a las actividades de juego, WestSpiel estaba sujeta a un régimen fiscal específico (artículos 12 y 13 de la SpielbG NRW, versión antigua) ([11]). Los impuestos se recaudaban principalmente sobre los ingresos brutos del juego («GGR», por sus siglas en inglés), no sobre los beneficios. WestSpiel estaba sujeta a un impuesto del 30 % sobre los GGR de sus casinos (incrementado en otros 10 puntos porcentuales en el caso de tener unos GGR anuales superiores a 15 millones EUR por casino), de conformidad con el artículo 12 de la SpielbG NRW (versión antigua). Asimismo, WestSpiel estaba sujeta a otro impuesto del 15 % sobre los GGR, denominado «servicios adicionales» (*Zusätzliche Leistungen*), de conformidad con el artículo 13 de la SpielbG NRW (versión antigua). Con arreglo al artículo 12 de la SpielbG NRW (versión antigua), el impuesto recaudado estaba destinado a financiar actividades de interés general.

(33) Además de estos impuestos sobre los GGR, el artículo 14 de la SpielbG NRW (versión antigua) obligaba a WestSpiel a transferir el 75 % (y, en algunos casos, más) de sus beneficios a NRW a través de un mecanismo de transferencia de beneficios. A diferencia de la imposición de los GGR con arreglo a los artículos 12 y 13 de la SpielbG NRW (versión antigua), el mecanismo de transferencia de beneficios se aplicaba al conjunto de las actividades de la empresa (es decir, no se limitaba a los beneficios generados por las actividades de juego). En particular, se aplicaba a la venta de las obras de arte en el año 2014.

2.3. **Las supuestas medidas**

(34) Según los denunciantes, WestSpiel habría recibido ayuda estatal ilegal e incompatible en virtud de las tres medidas siguientes:

a) supuesta cobertura anual de pérdidas por parte de su accionista NRW.BANK desde 2009;

b) supuesta concesión de una licencia para explotar un quinto casino en Colonia;

c) supuesta inyección de capital de 64,8 millones EUR en 2015.

(35) En la Decisión de incoación, la Comisión solo incoó el procedimiento formal sobre las medidas a) y c) anteriores. Adoptó una decisión de no plantear objeciones en relación con la medida b) por considerar que la supuesta concesión de una licencia a WestSpiel para explotar un quinto casino en Colonia no constituía una ayuda (véanse el considerando 97 y la conclusión de la Decisión de incoación). Como consecuencia de ello, esta medida queda fuera del ámbito de aplicación de la presente Decisión, que solo se referirá a las medidas a) y c) anteriores.

2.3.1. *Cobertura anual de pérdidas*

(36) Los denunciantes alegan que WestSpiel habría recibido una cobertura anual de pérdidas de su único socio comanditario, NRW.BANK, entre 2009 y 2015.

([10]) La cuestión de si el tratamiento fiscal diferenciado de WestSpiel implica en sí mismo ayuda estatal ilegal es objeto de la Decisión C(2019) 8819 final de la Comisión, de 9 de diciembre de 2019, relativa a la ayuda estatal SA.44944 (2019/C) (ex 2019/FC) y SA.53552 (2019/C) (ex 2019/FC) — Tratamiento fiscal de los operadores públicos de casinos en Alemania y supuesta garantía para los operadores públicos de casinos en Alemania (DO C 187 de 5.6.2020, p. 80). La Decisión fue recurrida en el asunto T-510/20; el Tribunal General desestimó el recurso en su auto de 22 de octubre de 2021, Fachverband Spielhallen y LM/Comisión, T-510/20, ECLI:EU:T:2021:745. El auto del Tribunal General fue recurrido en el asunto C-831/21 P.

([11]) Se trata de la versión de la SpielbG NRW de 13 de noviembre de 2012 [GV. NRW. S. 524, 530; *SpielbG NRW 2012,NW - Spielbankgesetz NRW - Gesetze des Bundes und der Länder* (lexsoft.de)] antes de su modificación mediante el artículo 35, apartado 2, de la Ley de 29 de mayo de 2020.

(37) Aunque WestSpiel aún pudo generar beneficios entre los años 2005 y 2008, la empresa no consiguió seguir haciéndolo en los años siguientes. En conjunto, en los años 2009 a 2015, WestSpiel generó unos GGR anuales de aproximadamente entre 79,6 millones EUR y 101,1 millones EUR. Como consecuencia de la tributación de los GGR en virtud de los artículos 12 y 13 de la SpielbG NRW (versión antigua), WestSpiel generó pérdidas totales de entre aproximadamente 3,5 y 9 millones EUR en los años 2009 a 2013 y en 2015 ([12]). En cambio, la venta de dos obras de arte por parte de WestSpiel dio lugar a unos ingresos extraordinarios de aproximadamente 114,4 millones EUR en 2014, razón por la cual WestSpiel generó un beneficio global de aproximadamente 86,4 millones EUR ese año.

(38) Los resultados anuales de WestSpiel (es decir, los beneficios restantes tras la aplicación del mecanismo de transferencia de beneficios en 2014 y las pérdidas en todos los demás años entre 2009 y 2015) se consignaron en el haber/debe de la cuenta de capital de NRW.BANK. Como consecuencia de ello, la cuenta de capital de NRW.BANK para su única sociedad comanditaria en WestSpiel se valoró en aproximadamente 27,6 millones EUR en 2009, pero solo en 12,5 millones EUR en 2015 ([13]).

(39) Los denunciantes consideran que, entre 2009 y 2015, WestSpiel habría recibido una cobertura de pérdidas por un importe aproximado de 63,6 millones EUR, como demuestran sus informes anuales.

(40) En su escrito de 8 de agosto de 2019, los denunciantes consideran que, debido a la estructura empresarial de WestSpiel, NRW.BANK (como único socio comanditario de WestSpiel) habría soportado aproximadamente 24,8 millones EUR de las pérdidas entre 2009 y 2017, mientras que NRW (en su calidad de fideicomitente de la participación sin derecho a voto de NRW.BANK en WestSpiel, tras el acuerdo fiduciario y el acuerdo de participación sin derecho a voto celebrados en 2015, como se detalla más adelante en la sección 2.3.2) habría soportado aproximadamente 9,1 millones EUR de las pérdidas durante el mismo período. En este contexto, los denunciantes indican que WestSpiel sería una empresa pública con arreglo a la Directiva 2006/111/CE de la Comisión ([14]) y que la utilización de los recursos puestos a su disposición (esto es, su capital) pero controlados permanentemente por el Estado se consideraría una utilización de recursos estatales.

(41) Además, los denunciantes consideran que, muy probablemente, WestSpiel no habría podido soportar sus propias pérdidas a lo largo de los últimos años sin la inyección de capital de 64,8 millones EUR, situación en la que un inversor privado prudente no habría seguido soportando las pérdidas anuales generadas por WestSpiel (como habrían hecho NRW y NRW.BANK). Por último, los denunciantes sostienen que la afirmación de Alemania de que los resultados negativos anuales de WestSpiel habrían sido atribuibles principalmente a su elevada carga fiscal sería incorrecta. En particular, los denunciantes estiman que la carga fiscal de WestSpiel disminuyó constantemente a lo largo de los años, mientras que las ratios de costes antes de impuestos aumentaron en el período considerado comprendido entre 2005 y 2015. Según los denunciantes, de ello se desprendería que las pérdidas de WestSpiel no se debieron ni se deben a la elevada carga fiscal, sino que son atribuibles a ratios de costes extremadamente elevadas. Por último, los importes cubiertos por la liquidación (parcial) del fondo de riesgo (véase la nota a pie de página 12) no pudieron deducirse de las pérdidas de WestSpiel (como alega Alemania), ya que no estaba claro qué riesgos se suponía que debía cubrir este fondo.

(42) Según los denunciantes, la cobertura anual de pérdidas por parte de NRW.BANK se financiaría con fondos estatales y sería imputable al Estado, dado que NRW.BANK sería propiedad exclusiva de NRW y que los miembros del Gobierno serían miembros de su consejo de administración y participarían en las decisiones sobre la concesión de la cobertura anual de pérdidas. Los denunciantes consideran que, según la jurisprudencia, no sería necesario acreditar en todos los casos la existencia de una transferencia de recursos estatales. Bastaría con poner recursos a disposición de una empresa pública para que la medida en cuestión entrara en el ámbito de aplicación del artículo 107, apartado 1, del TFUE.

([12]) Las cifras no tienen en cuenta las compensaciones de pérdidas logradas por la liquidación (parcial) de un fondo de riesgo para WestSpiel creado para cubrir riesgos generales y especiales de juego no asegurables. La creación del fondo se basa en la licencia marco del Ministerio del Interior y Asuntos Municipales de NRW para la explotación de casinos en NRW y en los estatutos de WestSpiel. En virtud de los estatutos, WestSpiel tenía que crear por sí misma el fondo de riesgo. En el balance, el fondo de riesgo es una partida especial en el lado del pasivo entre el capital propio y las reservas.

([13]) Las cifras tienen en cuenta las compensaciones de pérdidas logradas mediante la liquidación (parcial) del fondo de riesgo, así como el adeudo de las pérdidas en la participación sin derecho a voto de NRW.BANK en 2015.

([14]) Directiva 2006/111/CE de la Comisión, de 16 de noviembre de 2006, relativa a la transparencia de las relaciones financieras entre los Estados miembros y las empresas públicas, así como a la transparencia financiera de determinadas empresas (DO L 318 de 17.11.2006, p. 17, ELI: http://data.europa.eu/eli/dir/2006/111/oj).

(43) Dado que NRW.BANK solo cubrió las pérdidas de WestSpiel y no de otras empresas, los denunciantes consideran que la cobertura anual de pérdidas conferiría una ventaja selectiva a WestSpiel. Por lo que se refiere al año 2014, los denunciantes consideran que no deben tenerse en cuenta los ingresos extraordinarios generados por la venta de las obras de arte, ya que, sin la venta, WestSpiel habría generado una pérdida de explotación de aproximadamente 21 millones EUR ese año. En general, los denunciantes consideran que, habida cuenta de la ratio de costes antes de impuestos, la difícil situación financiera de WestSpiel no podía justificarse por una carga fiscal supuestamente elevada. En este contexto, la cobertura anual de pérdidas por parte de NRW.BANK no habría correspondido al comportamiento de un hipotético inversor privado en una economía de mercado. Además, los denunciantes consideran que, habida cuenta de la competencia entre casinos públicos y operadores privados de salas de juego, la medida también falsearía o amenazaría con falsear la competencia y afectaría al comercio entre los Estados miembros.

(44) Por último, según los denunciantes, la medida no sería compatible con el mercado interior. En particular, WestSpiel podría considerarse una empresa en crisis en el sentido de las Directrices de la Comisión sobre ayudas estatales de salvamento y de reestructuración de empresas no financieras en crisis (en lo sucesivo, «las Directrices de salvamento y de reestructuración») ([15]), mientras que la medida no se ajustaría a los requisitos de dichas Directrices.

2.3.2. *Supuesta inyección de capital en 2015*

(45) Los denunciantes también alegan que WestSpiel habría recibido una inyección de capital de 64,8 millones EUR de parte de NRW.BANK en 2015.

(46) Según los denunciantes, mientras que WestSpiel habría generado pérdidas en los años anteriores y posteriores a 2014, la empresa habría generado unos beneficios de aproximadamente 86,4 millones EUR en 2014. Sin embargo, estos beneficios no procederían de la actividad operativa de WestSpiel, sino de la venta de dos obras de arte. Como consecuencia de ello, el mecanismo de transferencia de beneficios del artículo 14 de la SpielbG NRW (versión antigua) habría dado lugar a un pago de beneficios por un importe aproximado de 82 millones EUR a NRW en 2014.

(47) En 2015, una parte de los beneficios transferidos, es decir, 64,8 millones EUR, se habría «reinyectado» en WestSpiel del siguiente modo: NRW y NRW.BANK celebraron un acuerdo fiduciario en virtud del cual NRW.BANK se convirtió en administrador fiduciario de una aportación sin derecho a voto de NRW al capital social de WestSpiel. Esta participación sin derecho a voto por un importe de 64,8 millones EUR se sumó al capital social aportado por NRW.BANK.

(48) El acuerdo fiduciario entre NRW y NRW.BANK se celebró el 26 de noviembre de 2015 y contenía la obligación de que NRW proporcionara a NRW.BANK un importe nominal de 64,8 millones EUR a más tardar diez (10) días hábiles bancarios después de la firma del acuerdo fiduciario, pero no antes de la firma de un acuerdo de participación sin derecho a voto entre NRW.BANK y WestSpiel. Alemania confirmó que NRW.BANK recibió el pago el 10 de diciembre de 2015.

(49) El acuerdo de participación sin derecho a voto entre NRW.BANK y WestSpiel se celebró el 1 de diciembre de 2015 y contenía la obligación de que NRW.BANK realizara la aportación de 64,8 millones EUR a más tardar cinco (5) días hábiles bancarios después del ingreso de la aportación a NRW.BANK como administrador fiduciario. Alemania confirmó que WestSpiel recibió el pago el 15 de diciembre de 2015.

([15]) Comunicación de la Comisión «Directrices sobre ayudas estatales de salvamento y de reestructuración de empresas no financieras en crisis» (DO C 249 de 31.7.2014, p. 1).

(50) Los denunciantes consideran que la inyección de capital realizada en 2015 constituiría una ayuda estatal en el sentido del artículo 107, apartado 1, del TFUE. En particular, los denunciantes sostienen que la inyección de 64,8 millones EUR habría dotado a WestSpiel de nuevo capital, algo que no habría hecho un inversor privado en una economía de mercado. Esto se desprende, en particular, del informe anual de WestSpiel de 2015, que hace referencia a una *Independent Business Review* («revisión empresarial independiente»), de 29 de abril de 2015, realizada por [una empresa de auditoría de renombre] (*) (en lo sucesivo, «el informe [IBR]»), que indica que el plan de negocio de WestSpiel no es que fuera «poco realista, sino difícil o ambicioso en algunas de sus partes», y que el supuesto de gestión no era «un escenario poco realista, sino, en términos generales, significativamente arriesgado» ([16]). Según los denunciantes, la inyección de capital se habría llevado a cabo sin realizar un análisis previo de si el rendimiento de esta inversión se ajustaría al rendimiento medio de los juegos de azar con máquinas de entre el 10 y el 39 %, una media del 24 %.

(51) Además, si bien el capital adicional inyectado habría estado destinado a utilizarse para la instalación del quinto casino en Colonia, los denunciantes alegan que NRW no habría llevado a cabo un análisis adecuado de los rendimientos previstos que generaría el quinto casino. Por estas razones, la inyección de capital habría sido manifiestamente contraria al principio del inversor que actúa en condiciones de mercado y habría conferido una ventaja selectiva a WestSpiel.

(52) Por lo que se refiere al «concepto global para garantizar el futuro de WestSpiel», alegado por Alemania, que comprende la venta de las obras de arte y la inyección de los beneficios generados por la venta pero transferidos de la empresa a través del mecanismo de transferencia de beneficios, los denunciantes consideran que la calificación que hace Alemania del mecanismo de transferencia de beneficios sobre la base del artículo 14 de la SpielbG NRW sería contraria a la posición de Alemania en el asunto SA.44944 ([17]). Mientras que, según los denunciantes, en el presente caso Alemania había presentado la transferencia de beneficios como un reparto normal de beneficios con arreglo a las disposiciones del HGB, en el asunto SA.44944, Alemania alegó que la transferencia de beneficios de conformidad con el artículo 14 de la SpielbG NRW constituía un impuesto en el sentido del artículo 3, apartado 1, del Código Fiscal alemán (*Abgabenordnung*).

(53) Según los denunciantes, en cualquier caso, ni desde una perspectiva a corto plazo ni a largo plazo, la inyección de capital de 2015 habría estado en consonancia con la prueba del principio del inversor que actúa en condiciones de mercado. Desde una perspectiva a corto plazo, los denunciantes alegan que Alemania no habría llevado a cabo ninguna evaluación *ex ante* de la rentabilidad de la inyección de capital, como exige la jurisprudencia aplicable. En particular, según los denunciantes, Alemania habría tenido que comparar la situación financiera prevista de WestSpiel con y sin la inyección de capital. Desde una perspectiva a largo plazo, al tener en cuenta los futuros ingresos fiscales del Estado generados a través de los impuestos recaudados con arreglo a los artículos 12, 13 y 14 de la SpielbG NRW (versión antigua), Alemania no habría distinguido la calidad de autoridad tributaria del Estado de su condición de operador económico (es decir, de socio en WestSpiel).

2.4. **Motivos para incoar el procedimiento**

(54) El 9 de diciembre de 2019, la Comisión decidió incoar el procedimiento de investigación formal en relación con la supuesta cobertura anual de pérdidas entre 2009 y 2015 y la supuesta inyección de capital en 2015.

2.4.1. *Supuesta cobertura anual de pérdidas*

(55) En los considerandos 62 y 63 de la Decisión de incoación, la Comisión declaró que no podía excluirse una ventaja, ya que no estaba claro si los accionistas de WestSpiel, NRW.BANK y NRW, realmente soportaron (parte de) las pérdidas de WestSpiel o decidieron si se ponía o no a disposición el capital necesario para cubrirlas, o ambas cosas.

(*) Información confidencial.
([16]) Véase la página 10 del informe [IBR].
([17]) Véase la Decisión C(2019) 8819 final, https://ec.europa.eu/competition/state_aid/cases1/202023/283549_2161703_113_2.pdf.

(56) Además, la Comisión indicó en el considerando 64 de la Decisión de incoación que el mero hecho de que NRW.BANK aceptara nuevas pérdidas de WestSpiel a pesar de las pérdidas reiteradas de los años anteriores sin llevar a cabo una evaluación *ex ante* sobre si mantener o no su participación en WestSpiel o liquidarla para mantener la parte del capital que todavía no se había perdido podría haber constituido una ventaja indebida en sí mismo, ya que cabía suponer que un inversor privado en circunstancias comparables no habría actuado de este modo.

(57) Ante tales circunstancias, la Comisión estimó en el considerando 65 de la Decisión de incoación que la estructura jurídica y empresarial de WestSpiel, así como los diferentes instrumentos jurídicos mediante los cuales los accionistas aportaban capital, debían aclararse con más detalle a fin de evaluar las implicaciones de estas operaciones en materia de ayuda estatal.

2.4.2. *Supuesta inyección de capital en 2015*

(58) En los considerandos 79 a 84 de la Decisión de incoación, la Comisión consideró que el mecanismo de transferencia de beneficios parecía ser un impuesto especial sobre los ingresos del operador público de casinos de NRW, es decir, WestSpiel.

(59) La Comisión señaló que Alemania no podía alegar en el asunto SA.44944 que los casinos públicos se habrían enfrentado (potencialmente) a un régimen fiscal desfavorable (por lo tanto, sin ninguna ventaja fiscal para WestSpiel) y, en el presente asunto SA.48580, sostener que el mecanismo de transferencia de beneficios habría constituido una distribución de beneficios a los accionistas (por lo tanto, sin impuestos) que simplemente inyectaba parte de los beneficios distribuidos a WestSpiel.

(60) La Comisión concluyó en el considerando 83 de la Decisión de incoación que, en este contexto, el mecanismo de transferencia de beneficios con arreglo al artículo 14 de la SpielbG NRW (versión antigua) no parecía ser una mera distribución automática de beneficios de WestSpiel a su accionista, a la que NRW.BANK pudiera renunciar. La inyección de capital de 2015 tenía una naturaleza distinta a la del mecanismo de transferencia de beneficios. Como medida independiente y basada en el principio del inversor que actúa en condiciones de mercado, parecía haber conferido una ventaja a WestSpiel.

3. OBSERVACIONES DE LAS PARTES INTERESADAS

(61) La Comisión no recibió ninguna observación de las partes interesadas en el plazo fijado en la Decisión de incoación.

4. OBSERVACIONES DE ALEMANIA

(62) Según Alemania, ninguna de las supuestas medidas de ayuda constituiría ayuda estatal a efectos del artículo 107, apartado 1, del TFUE.

4.1. Supuesta cobertura anual de pérdidas

(63) En cuanto a la supuesta cobertura anual de pérdidas, Alemania alega, en esencia, que WestSpiel nunca habría recibido una compensación directa o indirecta por sus pérdidas de parte de NRW.BANK, sino que simplemente habría consumido su propio capital social (aportado en 1978 y 2002) para compensar sus pérdidas acumuladas. Alemania sostiene que la presunta medida no habría supuesto ningún pago de NRW.BANK y que, por lo tanto, esta medida no habría supuesto ayuda estatal.

(64) Alemania explica que, de conformidad con el Derecho de sociedades alemán, los accionistas tendrían que mostrar una reducción del capital en el balance cuando la sociedad en la que poseen acciones incurra en pérdidas. En este sentido, las normas contables ordinarias del Derecho de sociedades alemán aplicables a las sociedades comanditarias ([18]) estipularían que, en el caso que nos ocupa, el capital se consumió automáticamente, es decir, el adeudo por el importe de las pérdidas se habría producido automáticamente en la cuenta de capital sin que el accionista tuviera que adoptar ninguna decisión.

([18]) Véase el artículo 167 del HGB leído en relación con su artículo 120 (versión del HGB previa a la modificación de 1 de enero de 2024 mediante el artículo 34, apartado 4, de la Ley de 22 de diciembre de 2023, BGBl. 2023 I n.º 411) («versión antigua»).

(65) Además, Alemania indica que NRW.BANK no podía «decidir si el capital necesario para cubrir las pérdidas se pone o no a disposición [de WestSpiel]» (considerando 62 de la Decisión de incoación). En este sentido, sobre la base de las disposiciones legales del Derecho alemán, Alemania explica que:

a) Como toda sociedad mercantil, WestSpiel debe elaborar cuentas anuales para el cierre de cada ejercicio (artículos 242 y siguientes del HGB). Las cuentas anuales constan de un balance y de una cuenta especial de pérdidas y ganancias (artículo 242, apartado 3, del HGB). En este sentido, la sociedad está obligada por ley. Si los importes correctos relativos a la situación financiera de la empresa, y en particular al consumo de fondos propios, no se indican en las cuentas anuales, las personas implicadas podrían ser objeto de acciones penales por contabilidad fraudulenta (artículo 331 del HGB).

b) Por lo tanto, contrariamente a lo que afirman los denunciantes, un socio (en relación con el capital ya aportado a la empresa) no podría «decidir [unilateralmente] si se pone o no a disposición el capital necesario para cubrir las pérdidas» ([19]). Los accionistas se verían privados de la facultad para tomar esta decisión, ya que la reducción de capital mediante la compensación con la participación en el capital del socio se basa en el artículo 161, apartado 2, del HGB, leído en relación con el artículo 120 del HGB (versión antigua). Esta última disposición establece:

— (Primera sección) «Al final de cada ejercicio, las pérdidas y ganancias del ejercicio se determinarán sobre la base del balance y se calculará la parte de dichas pérdidas y ganancias que corresponde a cada socio».

— (Segunda sección) «Las ganancias debidas a un socio se añadirán a su participación en el capital; las pérdidas asignadas a un socio, así como los fondos retirados de la participación en el capital durante el ejercicio, se deducirán de dicha participación».

c) Si se produce un consumo de capital, esto no significaría que el socio comanditario aporta nuevos fondos (o toma una decisión sobre la utilización de los fondos ya aportados). Solo significaría que, debido a las pérdidas y al consumo de capital social, se reduce el valor de la participación del socio. Por lo tanto, sería cuestión de, en la cuenta de pérdidas y ganancias del grupo, «imputar las pérdidas netas del ejercicio [...] a la cuenta de capital de NRW.BANK (socio comanditario)». No obstante, se trataría de un procedimiento contable puramente técnico, es decir, el adeudo de una partida del balance (la cuenta de capital). No se trataría de un «procedimiento de adeudo [...] para transferir fondos de una cuenta de NRW.BANK a WestSpiel» ([20]), sino del hecho de que el capital concedido a la empresa en años anteriores se habría reducido, lo que se registraría de conformidad con las normas contables.

d) Esta norma, que, en principio, podría encontrarse en todas las sociedades mercantiles de la Unión y gran parte de la cual se habría armonizado y concretado en el Derecho derivado de la Unión, serviría para proteger a los acreedores. Por lo tanto, toda pérdida sufrida sería necesariamente absorbida por el capital social.

e) Un socio no podría eludir este mecanismo. Por lo tanto, los socios no tendrían libertad para decidir si se consume el capital. En este contexto, la interpretación de la ley expresada por los denunciantes ([21]) sería, según Alemania, errónea y no mostrar el consumo de capital social en las cuentas anuales constituiría un delito.

(66) Por lo que se refiere a los estatutos de WestSpiel de 2007, correspondientes al período anterior a la participación sin derecho a voto (esto es, 2009-2014), Alemania confirma que dichos estatutos no contenían ninguna cláusula contractual que llevara a un mecanismo distinto del consumo automático de capital social descrito en el considerando 63 de la Decisión de incoación. Estos estatutos de 2007 habrían sido una mera aclaración que se limitaba a reflejar la legislación alemana aplicable ([22]).

([19]) Véase el considerando 62 de la Decisión de incoación.
([20]) Véase el considerando 63 de la Decisión de incoación.
([21]) Véase el considerando 62 de la Decisión de incoación.
([22]) Los estatutos de WestSpiel (de 2007) se volvieron a redactar y entraron en vigor el 26 de enero de 2016. Alemania aporta elementos adicionales que confirman que ni en los años anteriores a la modificación de los estatutos en 2016 ni posteriormente se produjo ninguna transferencia de recursos financieros o liquidez por parte del socio comanditario cuando se asignaron las pérdidas. En cuanto a los pasos que debían seguirse para asignar las pérdidas anuales, no había ninguna diferencia entre los estatutos de 2007 y los de 2016. Se asignaron en proporción a la participación en el capital (detentado por NRW a través de la participación sin derecho a voto y por NRW.BANK). Además, el acuerdo de participación sin derecho a voto preveía que no podía ser disuelto unilateralmente por una de las partes. En cualquier caso, como se explica en el considerando 66 de la Decisión de incoación, la Comisión concluye que las mismas consideraciones se aplican a las pérdidas generadas en los años siguientes (es decir, después de 2015, con arreglo a los estatutos de 2016) y (presumiblemente) imputadas a las cuentas de capital de NRW.BANK y NRW (en su calidad de fideicomitente de la participación sin derecho a voto de NRW.BANK en WestSpiel).

(67) Alemania confirma asimismo que NRW.BANK y NRW no contrajeron contractualmente obligaciones adicionales en favor de WestSpiel (garantías, compromisos, etc.).

(68) En el considerando 64 de la Decisión de incoación, la Comisión también planteó dudas sobre la supuesta medida, dado que no podía excluir que se confiriera una ventaja a WestSpiel por el hecho de que NRW.BANK mantuviera su participación en WestSpiel a pesar de sus continuas pérdidas, «ya que no puede suponerse que un inversor privado en circunstancias comparables hubiera actuado de este modo». Alemania considera que esta duda no estaría justificada. Para explicar que un inversor privado habría actuado efectivamente de la misma manera, Alemania describe dos hipótesis distintas de actuación por parte de NRW.BANK (la liquidación y la venta de WestSpiel).

— *Primera hipótesis: la liquidación de WestSpiel*

(69) Según Alemania, durante el período en cuestión (2009 a 2015), NRW.BANK no habría podido mantener la aportación de capital inicial de 35,5 millones EUR mediante la liquidación de WestSpiel. Por razones relacionadas con la protección de los acreedores, la liquidación de WestSpiel o la retirada de un socio estarían sujetas a límites muy estrictos con arreglo al Derecho de sociedades alemán. Si bien Alemania admite que la disolución es posible mediante resolución de los socios (artículo 131 del HGB [versión antigua]) ([23]), añade que, tras la disolución, la liquidación ha de iniciarse conforme a las disposiciones establecidas en los artículos 145 y siguientes del HGB (versión antigua) ([24]) y los artículos 730 y siguientes del Código Civil alemán (*Bürgerliches Gesetzbuch, BGB*). Alemania explica que esta liquidación sería un proceso complejo y largo, durante el cual los liquidadores tienen que liquidar la actividad en curso de la empresa, cobrar los títulos de crédito, convertir los activos restantes en efectivo y satisfacer las obligaciones con los acreedores (artículo 149, apartado 1, del HGB) ([25]). Los liquidadores deben asimismo distribuir el resto de los activos de la sociedad entre los socios proporcionalmente a sus respectivas participaciones en el capital (artículo 155, apartado 1, del HGB) ([26]).

(70) Además, Alemania alega que, en el marco de este proceso de liquidación, tal como se describe en el considerando 69, NRW.BANK habría tenido que hacer frente a un gran número de pasivos respecto a terceros, incluidos importantes pasivos por pensión. Asimismo, habría habido que tener en cuenta los costes de rescisión de contratos (por ejemplo, contratos de trabajo y de alquiler). Por otro lado, probablemente se habrían producido reducciones significativas de los valores contables como consecuencia de la liquidación de activos fijos y circulantes. La contribución de NRW.BANK como único socio comanditario de WestSpiel también se habría visto necesariamente afectada en el sentido de que solo se habría mantenido un valor de contribución para NRW.BANK en caso de existir un saldo positivo (véase el artículo 171, apartado 1, del HGB, leído en relación con el artículo 167, apartado 3 ([27]), el artículo 149, primera frase, y el artículo 161, apartado 2, del HGB). Por lo tanto, ya sobre la base de estimaciones aproximadas, el valor de liquidación de WestSpiel habría sido claramente negativo.

(71) A partir de ello, Alemania concluye que un proceso de liquidación no habría permitido a NRW.BANK, durante el período en cuestión, mantener la aportación de capital original mediante la disolución de WestSpiel. A este respecto, Alemania alega también que debe tenerse en cuenta que, en ese momento, NRW.BANK ya habría invertido una cantidad considerable de capital (35,5 millones EUR de aportación inicial) en WestSpiel. Según Alemania, un inversor privado que ya haya invertido en una empresa también ponderaría el riesgo de una inversión adicional de manera distinta a un inversor sin una participación existente. En este contexto, se reconoce que, en el caso de una participación mayoritaria, consideraciones estratégicas a largo plazo pueden justificar un rendimiento inferior al rendimiento medio del mercado (el denominado «efecto propietario»).

— *Segunda hipótesis: la venta de WestSpiel*

(72) Por consiguiente, al quedar excluida la primera hipótesis, Alemania alega que NRW.BANK solo habría podido evitar la carga causada por las pérdidas de WestSpiel mediante una venta. Sin embargo, desde el punto de vista económico, durante el período de que se trata (2009 a 2015), WestSpiel se habría encontrado en una situación bastante poco atractiva para un comprador, por lo que es muy probable que no se hubiera podido obtener un precio de compra satisfactorio.

([23]) El artículo 131 del HGB es ahora el artículo 140 del HGB tras la modificación de 1 de enero de 2024.
([24]) El artículo 145 del HGB es ahora el artículo 143 del HGB tras la modificación de 1 de enero de 2024.
([25]) El artículo 149, primera frase, del HGB corresponde ahora al artículo 148, apartado 2, y al artículo 148, apartado 5, primera frase, del HGB tras la modificación de 1 de enero de 2024.
([26]) El artículo 155, apartado 1, del HGB es ahora el artículo 148, apartado 8, del HGB tras la modificación de 1 de enero de 2024.
([27]) El artículo 167, apartado 3, del HGB se limita ahora al artículo 167 del HGB tras la modificación de 1 de enero de 2024.

(73) Según Alemania, NRW encargó el informe [IBR] (2015), que incluía una multiplicidad de indicadores y sería, por tanto, más completo que un criterio ordinario de inversor privado.

(74) Alemania menciona, en particular, la página 101, en la que el informe afirma que la balanza de pagos de WestSpiel, incluso con la inyección de capital en forma de participación sin derecho a voto prevista en aquel momento, no sería positiva hasta los años 2021 a 2023. Esto también se refleja en la penúltima línea del gráfico siguiente, extraído del informe [IBR].

[…]

4.2. **Supuesta inyección de capital en 2015**

(75) En el considerando 77 de la Decisión de incoación, la Comisión identificó dos razonamientos por parte de Alemania en relación con la inyección de capital de 2015. En primer lugar, la inyección habría constituido una mera «reinyección» (parcial) de los beneficios transferidos de WestSpiel. En segundo lugar, la inyección habría estado, en cualquier caso, en consonancia con el principio del inversor que actúa en condiciones de mercado, dado que, al inyectar capital mediante su aportación sin derecho a voto, NRW habría actuado como un inversor privado en circunstancias comparables. En sus observaciones sobre la Decisión de incoación, Alemania aborda estos dos razonamientos y presenta una serie de argumentos alternativos.

(76) En primer lugar, en lo que respecta a la «reinyección» (parcial), Alemania alega, en esencia, que las dos operaciones (la transferencia de beneficios y la inyección de capital) deberían considerarse una única operación (un concepto global, al que Alemania se refiere como «una única intervención» o «una medida compleja») y no podían considerarse por separado.

(77) Según Alemania, la «reinyección» (parcial) no podía considerarse de forma aislada respecto de la venta de las dos obras de arte y, en particular, respecto de la transferencia de beneficios en favor de NRW, dado que: a) las dos medidas se adoptaron en estrecha sucesión cronológica, y b) la venta de las obras de arte estaba supeditada a la garantía por parte de las autoridades implicadas de que los beneficios transferidos de la venta se reembolsaran (parcialmente) en forma de inyección de capital. La «reinyección» (parcial) de los fondos formaba parte de un concepto global que se había determinado antes de la venta de las obras de arte. Esto se aclararía en documentos internos y públicos ([28]). Por lo tanto, en el marco de esta «evaluación global», la inyección de capital no debe considerarse de forma aislada, sino como una submedida de una medida global consistente en aplicar el marco fiscal a WestSpiel [en particular, el artículo 14 de la SpielbG NRW (versión antigua), es decir, la transferencia de beneficios que se aplicó a los beneficios procedentes de la venta de las obras de arte] ([29]).

(78) En segundo lugar, por lo que se refiere al principio del inversor que actúa en condiciones de mercado, como se explica en los considerandos 85 a 89 de la Decisión de incoación, Alemania considera que la inyección de capital de 2015 realizada por NRW habría correspondido al comportamiento de un inversor privado en circunstancias comparables. Alemania basa su razonamiento tanto en una «visión a corto plazo» como en una «visión a largo plazo». Según la «visión a corto plazo», la inyección de capital de 64,8 millones EUR a WestSpiel en 2015 se habría llevado a cabo en consonancia con las condiciones de mercado como una medida independiente ([30]). En cuanto a la «visión a largo plazo», Alemania se basa en la jurisprudencia del asunto EDF ([31]) para sostener que, en la evaluación, podría tener en cuenta unos futuros ingresos fiscales más elevados. Además, Alemania alega que la

([28]) Por ejemplo, en la reunión del Consejo de Garantes de NRW.BANK de 13 de marzo de 2014, se formuló una reserva explícita en el sentido de que la venta de las obras de arte solo se acuerda si WestSpiel puede utilizar los fondos necesarios, es decir, si estos están a su disposición de forma permanente.

([29]) Pero también potencialmente los artículos 12 y 13 de la SpielbG NRW (versión antigua), es decir, los impuestos sobre los ingresos brutos del juego de WestSpiel, si se aplicara una «perspectiva más amplia» (considerando el marco fiscal general).

([30]) Alemania explica que, junto con la transferencia de beneficios, la inyección de capital dio lugar a un beneficio global de 17,2 millones EUR para el Estado, que es superior al beneficio de 0 EUR de la hipótesis contrafactual, a saber, en ausencia de una inyección de capital. En otras palabras, al recibir 82 millones EUR de WestSpiel en 2014 [con arreglo al artículo 14 de la SpielbG NRW (versión antigua)] e inyectar en la empresa solo 64,8 millones EUR en 2015, el Estado retuvo 17,2 millones EUR en total, lo que es superior a los 0 EUR de la hipótesis contrafactual. Según Alemania, las consideraciones de la Comisión, recogidas en los apartados 78 y siguientes y 88 y siguientes de la Decisión de incoación, según las cuales este «cálculo neto» era inadmisible, puesto que la transferencia de beneficios con arreglo al artículo 14 de la SpielbG NRW (versión antigua) «formaba parte integrante del régimen fiscal y reglamentario específico de la SpielbG NRW que el Estado aplicaba exclusivamente a WestSpiel» no se ajustaban a la jurisprudencia. Alemania explica también que el mero hecho de que una obligación de pago sea «parte de un régimen fiscal y reglamentario específico» no puede llevar a considerar esta obligación de pago de forma aislada del conjunto económico de «la venta de obras de arte, la transferencia de beneficios y la reinyección». Este punto de vista fue corroborado por la sentencia del Tribunal General de 26 de febrero de 2019, T-865/16, ECLI:EU:T:2019:113.

([31]) Sentencia del Tribunal de Justicia de 5 de junio de 2012, Comisión/EDF, C-124/10 P, ECLI:EU:C:2012:318.

inyección de capital habría sido necesaria para restablecer la rentabilidad de WestSpiel y, por tanto, para mantener el capital ya invertido en la empresa. En particular, Alemania explica que no habría habido ninguna opción alternativa al modelo consistente en la venta de las obras de arte/la transferencia de beneficios/la inyección de capital. La única alternativa posible habría sido no aplicar las medidas y, por lo tanto, perder el valor total de la participación en WestSpiel, así como la perspectiva de futuros ingresos. Según Alemania, en particular, la liquidación de la empresa no habría sido una «solución económicamente imaginable». Para explicar las razones que llevaron a Alemania a adoptar este punto de vista, el país reitera los mismos argumentos que ya había presentado para describir su posición sobre las hipótesis contrafactuales en cuanto a la cobertura anual de pérdidas, relativos al esfuerzo, el coste y el tiempo que conlleva el proceso de liquidación, así como a los diversos pasivos que habrían dado lugar a un valor de liquidación negativo de WestSpiel (véanse los considerandos 69 a 71).

(79) En tercer lugar, Alemania explica que la inyección de capital no habría conferido ninguna ventaja a WestSpiel, dada la desventaja estructural de esta última (en particular, debido a la transferencia de beneficios que se aplicó a los beneficios de la venta de las obras de arte). La desventaja estructural de WestSpiel habría consistido en su obligación de soportar una carga fiscal significativamente más elevada en virtud de los artículos 12 a 14 de la SpielbG NRW (versión antigua). Según Alemania, de conformidad con la jurisprudencia, no existiría ninguna ventaja en el sentido del artículo 107, apartado 1, del TFUE si la compensación se concediera simplemente por una desventaja estructural ([32]). Alemania añade que de la jurisprudencia se desprende que la compensación por cargas adicionales derivadas de un régimen excepcional que no se aplica a los competidores no constituye ayuda estatal si existe un vínculo indisociable entre la medida compensatoria en cuestión y su finalidad de compensar los costes adicionales derivados de los problemas estructurales concretos ([33]). Esto sería una consecuencia del principio de que la ayuda estatal solo constituye una ventaja económica en el sentido del artículo 107, apartado 1, del TFUE si la empresa está exenta de sufragar costes que «normalmente» deben soportar las empresas ([34]). Solo la exención de tales costes podría llevar a situar a la empresa beneficiaria en una posición competitiva más favorable que sus competidores. En el caso de WestSpiel, la intervención estatal habría tenido por objeto mantener los costes de WestSpiel al nivel de los de sus competidores. Como tal, el único objetivo de la inyección de capital realizada a través de la participación sin derecho a voto (tal como se describe en el considerando 47) habría sido compensar la desventaja estructural de WestSpiel.

(80) En cuarto lugar, Alemania también alega que, en realidad, podría haberse logrado el mismo resultado derivado de la inyección de capital simplemente modificando la legislación nacional, es decir, las disposiciones fiscales aplicables. En el caso que nos ocupa, el legislador habría podido incluir una aclaración en el artículo 14 de la SpielbG NRW (versión antigua), según la cual esta disposición solo se aplicara a los beneficios derivados de las operaciones normales de juego del operador del casino, es decir, WestSpiel, pero no a ningún ingreso extraordinario. A tal fin, habría bastado, por ejemplo, con añadir un nuevo apartado 4 que estableciera que «[l]a transferencia de beneficios con arreglo a esta disposición solo se producirá en la medida en que los beneficios netos anuales indicados sean atribuibles a operaciones de casino reales. Otros beneficios estarán sujetos a la imposición normal». En este caso, no habría sido necesaria una «reinyección» (parcial) puesto que el producto de la venta de las obras de arte no habría estado sujeto al mecanismo de transferencia de beneficios.

([32]) Sentencia del Tribunal General de 14 de julio de 2016, Alemania/Comisión, asunto T-143/12, ECLI:EU:T:2016:406, apartados 143 y siguientes; sentencia del Tribunal General de 16 de marzo de 2004, Danske Busvognmænd/Comisión, asunto T-157/01, ECLI:EU:T:2004:76, apartado 57; sentencia del Tribunal de Justicia de 23 de marzo de 2006, Enirisorse/Sotacarbo, asunto C-237/04, ECLI:EU:C:2006:197, apartados 42 a 48.

([33]) Sentencia del Tribunal de Justicia de 8 de diciembre de 2011, France Télécom/Comisión, asunto C-81/10 P, ECLI:EU:C:2011:811, apartados 42 y siguientes; sentencia del Tribunal General de 30 de noviembre de 2009, France Télécom y otros/Comisión, asuntos acumulados T-427/04 y T-17/05, ECLI:EU:T:2009:474, apartados 207 y siguientes; sentencia del Tribunal General de 28 de noviembre de 2008, Hotel Cipriani y otros/Comisión, asuntos acumulados T-254/00, T-270/00 y T-277/00, ECLI:EU:T:2008:537, apartados 185, 187 y 189; y sentencia del Tribunal de Justicia de 9 de junio de 2011, Hotel Cipriani y otros/Comisión, asuntos acumulados C-71/09 P, C-73/09 P y C-76/09 P, ECLI:EU:C:2011:368, apartados 89, 97 y 100.

([34]) Sentencia del Tribunal de Justicia de 23 de febrero de 1961, De Gezamenlijke Steenkolenmijnen in Limburg/Alta Autoridad, asunto 30/59, ECLI:EU:C:1961:2, apartados 3 y 43; sentencia del Tribunal de Justicia de 15 de marzo de 1994, Banco Exterior de España/Ayuntamiento de Valencia, asunto C-387/92, ECLI:EU:C:1994:100, apartados 12 y 13; sentencia del Tribunal de Justicia de 1 de diciembre de 1998, Ecotrade/Altiforni e Fernere di Servóla, asunto C-200/97, ECLI:EU:C:1998:579, apartado 34; sentencia del Tribunal de Justicia de 8 de noviembre de 2001, Adria-Wien Pipeline/Finanzlandesdirektion für Kärnten, C-143/99, ECLI:EU:C:2001:598, apartado 3; sentencia del Tribunal de Justicia de 3 de marzo de 2005, Wolfgang Heiser/Finanzamt Innsbruck, asunto C-172/03, ECLI:EU:C:2005:130, apartado 36; sentencia del Tribunal de Justicia de 30 de junio de 2016, Bélgica/Comisión, asunto C-270/15, ECLI:EU:C:2016:489, apartados 34 a 36.

(81) En quinto lugar, Alemania también explica que NRW y, seguidamente, el Consejo de Garantes de NRW.BANK decidieron el 8 de mayo de 2018 ceder la totalidad de la participación del 100 % de NRW.BANK en WestSpiel. Tras la venta, la participación sin derecho a voto de NRW.BANK, quien la mantenía en fideicomiso para NRW, tuvo que ser devuelta y, por tanto, terminada; en otras palabras, tras la venta, el valor contable de la participación sin derecho a voto de NRW tenía que reembolsarse a NRW ([35]). En opinión de Alemania, la devolución de la participación sin derecho a voto de WestSpiel habría equivalido a un amplio reembolso de la (presunta) ayuda estatal. En este sentido, la venta de WestSpiel habría demostrado que la inyección de capital de 2015 correspondía al comportamiento de un inversor privado y (también por este motivo) no constituía ayuda estatal. La decisión favorable a la inyección de capital en 2015 habría tenido sentido desde el punto de vista económico, ya que NRW no solo habría esperado recuperar el valor contable de su participación sin derecho a voto a través de la venta de WestSpiel, sino también obtener un beneficio de la cesión de la participación de NRW.BANK en WestSpiel. En este contexto, mediante carta de 8 de septiembre de 2021, Alemania informó a la Comisión de que el segundo y último reembolso parcial de la participación sin derecho a voto por valor de 11 516 909 EUR (véase el considerando 90 sobre el primer reembolso parcial) fue efectuado por WestSpiel (con cargo a sus propios fondos líquidos) el 26 de julio de 2021 ([36]).

(82) Por último, en lo que respecta a la presencia de recursos estatales, Alemania aduce que la inyección de capital no habría conllevado ningún recurso estatal, ya que los fondos procedían de la venta de obras de arte propiedad de WestSpiel. Alemania explica que ningún operador económico habría realizado nunca tal venta si no pudiera ni se le permitiera asumir que el producto de la venta o, en cualquier caso, una gran parte de este se le devolvería. En este contexto, la consideración puramente formal, según la cual los fondos procedentes de la venta de las obras de arte se consideran recursos estatales únicamente porque se devengaron al Estado durante un «instante jurídico», parece artificial e inadecuada. Según Alemania, los fondos para la «reinyección» (parcial) de capital en forma de participación sin derecho a voto habrían procedido más bien del producto de la venta de dos obras de arte propiedad de WestSpiel y no habrían estado disponibles si WestSpiel hubiera decidido no vender las dos obras de arte. Al mismo tiempo, WestSpiel solo habría decidido vender las dos obras de arte porque contaba con la garantía por parte de las autoridades implicadas de que los beneficios transferidos de la venta le serían (parcialmente) «reinyectados».

4.3. **Argumentos complementarios**

(83) En lo que respecta tanto a la cobertura anual de pérdidas como a la inyección de capital, Alemania considera que estas medidas no habrían podido falsear la competencia y afectar al comercio entre Estados miembros, habida cuenta de la posición de monopolio de WestSpiel en NRW. Más concretamente, Alemania considera que el mercado de los casinos se habría cerrado a la competencia con arreglo a los artículos 1 y 3 de la SpielbG NRW (versión antigua) en el período pertinente (2009 a 2015). En opinión de Alemania, a pesar de las declaraciones

([35]) Como se explica en el considerando 30, WestSpiel se vendió entretanto, en septiembre de 2021.

([36]) En su respuesta de 4 de abril de 2022, Alemania explicó cómo se había determinado el importe de cada uno de estos dos reembolsos. Explicó lo siguiente:
- La participación sin derecho a voto se disolvió el 8 de enero de 2021 con la firma del acuerdo de disolución el 4 de enero de 2021.
- De conformidad con los artículos 12.1 a 12.3 del acuerdo de participación sin derecho a voto, el socio sin derecho a voto tenía derecho a un pago compensatorio como consecuencia de la disolución mutua de la participación sin derecho a voto o como consecuencia de la resolución de la participación sin derecho a voto por parte del socio sin derecho a voto.
- Con arreglo al artículo 12.2, frases primera y segunda, y al artículo 12.3, primera frase, del acuerdo de participación sin derecho a voto, el importe total de esta compensación económica correspondía al valor contable de la participación sin derecho a voto a 31 de diciembre de 2020. De conformidad con el acuerdo, el valor contable a 31 de diciembre de 2020 se calculó como el saldo de la cuenta de aportaciones, la cuenta de préstamos y la cuenta de pérdidas de la participación sin derecho a voto, tal como figuran en los estados financieros anuales auditados y certificados de la empresa a 31 de diciembre de 2020. En consecuencia, la participación sin derecho a voto siguió formando parte del resultado anual de 2020.
- Dado que los estados financieros anuales auditados correspondientes al ejercicio 2020 aún no estaban disponibles en el momento en que se firmó el acuerdo de disolución en enero de 2021 y, por lo tanto, aún no era posible determinar de forma segura, definitiva y vinculante el importe de la compensación, ambas partes acordaron en el acuerdo de disolución un reembolso en dos tramos.
- El primer tramo se fijó en un importe de 35 millones EUR, de modo que, sobre la base de la estimación preliminar del resultado anual para el ejercicio 2020, que, según Alemania, seguía siendo incierta, se evitara un pago excesivo con una probabilidad que rayara la certeza.
- El segundo y último tramo se fijó en el importe de la diferencia entre el valor contable de la participación sin derecho a voto según los estados financieros anuales a 31 de diciembre de 2020, que se auditaron finalmente el 20 de abril de 2021, y el importe del primer tramo de 35 millones EUR. El valor contable de la participación sin derecho a voto en los estados financieros auditados a 31 de diciembre de 2020 ascendió finalmente a 46 516 909 EUR. Por consiguiente, el segundo tramo fue de 11 516 909 EUR.

del informe anual de 2014 de WestSpiel (considerando 57 de la Decisión de incoación) ([37]), no podía argumentarse que WestSpiel operara en el mismo mercado en el sentido del Derecho de la Unión en materia de competencia que los proveedores de servicios en línea que, hasta la fecha, han estado operando ilegalmente en Alemania. En cualquier caso, Alemania explica que, desde el punto de vista del procedimiento, podría dejarse abierta la cuestión de si las medidas implican o no ayuda estatal, sobre la base de la práctica decisoria de la Comisión ([38]).

(84) Una primera posible base de compatibilidad sería el artículo 107, apartado 3, letra c), del TFUE, habida cuenta de la liberalización del mercado del juego. Alemania explica que la Comisión habría considerado que las privatizaciones son un objetivo de interés común ([39]) y que el artículo 107, apartado 3, letra c), del TFUE se cumple en los casos en que las medidas eran necesarias para la privatización de la empresa estatal y las medidas cubrían únicamente la desventaja competitiva de la empresa estatal en comparación con sus competidores ([40]). En opinión de Alemania, en el caso que nos ocupa, se cumplirían los requisitos establecidos por la práctica decisoria de la Comisión. En este sentido, a) el objetivo de interés común sería la apertura del mercado en el sector ([41]), b) las medidas serían necesarias para alcanzar dicho objetivo ([42]) y c) las medidas serían también proporcionadas ([43]).

(85) Como alternativa, Alemania considera que las Directrices de salvamento y de reestructuración podrían constituir una base de compatibilidad pertinente. En este sentido, Alemania afirma que, si bien WestSpiel no era una empresa en crisis en el momento en que se concedieron las supuestas medidas, sí adquiriría esta condición en caso de que la Comisión ordenara la recuperación de la ayuda y cumpliría entonces los requisitos para recibir ayudas de salvamento y reestructuración ([44]).

5. OBSERVACIONES DE WESTSPIEL Y DE LOS DENUNCIANTES

(86) Una vez expirado el plazo para presentar observaciones sobre la Decisión de incoación, la Comisión recibió observaciones de WestSpiel y de los denunciantes. En aras de la exhaustividad, estas observaciones se resumen a continuación.

([37]) «[...] Como han señalado los denunciantes, de las declaraciones contenidas en el informe anual de WestSpiel de 2014 se desprende que la propia WestSpiel consideró que la competencia con los operadores comerciales de juegos de azar y los juegos de azar en línea era la razón principal de las pérdidas generadas por WestSpiel en ese año [...]».

([38]) Véanse, por ejemplo, los considerandos 487 y 583 y el artículo 2, apartado 2, de la Decisión C(2014) 6849 final de la Comisión, de 1 de octubre de 2014, en el asunto SA.14093 — Medidas ejecutadas por Bélgica en favor de Brussels South Charleroi Airport y Ryanair (DO L 325 de 30.11.2016, p. 63); los considerandos 190, 191 y 257 y el artículo 2, apartado 2, de la Decisión C(2014) 5084 final de la Comisión, de 23 de julio de 2014, en los asuntos SA.19880 y SA.32576 — Flughafen Weeze/Niederrhein und Flughafen Niederrhein GmbH (DO L 269 de 15.10.2015, p. 1); el considerando 120 de la Decisión 2009/613/CE de la Comisión, de 8 de abril de 2009, relativa a las medidas aplicadas por el Reino Unido en beneficio de Royal Mail (DO L 210 de 14.8.2009, p. 16); el considerando 139 y el artículo 1 de la Decisión C(2019) 6836 final de la Comisión, de 20 de septiembre de 2019, en el asunto SA.34402, relativa a la medida aplicada por Alemania en beneficio de Hochschul-Informations-System GmbH (DO L 74 de 11.3.2020, p. 22); y, en particular, en cuanto a casos de privatización, el considerando 102 de la Decisión 2008/722/CE de la Comisión, de 10 de mayo de 2007, relativa a la ayuda estatal que Grecia tiene previsto ejecutar en favor del régimen de jubilación anticipada voluntaria de OTE (DO L 243 de 11.9.2008, p. 7).

([39]) Véase el considerando 307 de la Decisión 2008/765/CE de la Comisión, de 11 de diciembre de 2007, relativa a la ayuda C 7/06 (ex NN 83/05) concedida por Finlandia en favor de Tieliikelaitos/Destia (DO L 270 de 10.10.2008, p. 1).

([40]) Véase el considerando 157 de la Decisión C(2012) 1834 final de la Comisión, de 21 de marzo de 2012, sobre la medida SA.31479 (2011/C) (ex 2011/N) que el Reino Unido tiene previsto ejecutar para Royal Mail Group (DO L 279 de 12.10.2012, p. 40).

([41]) Las medidas contribuyen a la consecución de un objetivo de interés común, a saber, la privatización y, por ende, la apertura del mercado del sector de los casinos en NRW.

([42]) Las medidas adoptadas en el presente asunto, es decir, la inyección de capital para compensar la desventaja estructural, constituyen fases importantes para adaptar la empresa a la liberalización progresiva del sector de los casinos en Renania del Norte-Westfalia. Gracias a las medidas, los inversores privados estarán dispuestos a adquirir WestSpiel, lo que conducirá a su privatización. Por lo tanto, las medidas son necesarias para lograr la privatización de WestSpiel y para la apertura del mercado en el sector de los casinos.

([43]) Las medidas tienen únicamente por objeto compensar la desventaja competitiva de la empresa pública con respecto a sus competidores. Alemania explicó que la carga fiscal de WestSpiel difiere considerablemente del marco fiscal para las empresas privadas que operan en el sector de los juegos de azar en general, y que las medidas en cuestión no dieron lugar a ninguna «sobrecompensación». La comparación de la carga fiscal muestra que, en el período pertinente desde 2006, la carga fiscal de WestSpiel fue, en 13 de los 14 años, notablemente superior a la que habría sido con arreglo al impuesto de sociedades normal. Solo en el período comprendido entre 2009 y 2013, Renania del Norte-Westfalia pudo recaudar un total de 253,2 millones EUR de impuestos con arreglo a los artículos 12 a 14 de la SpielbG NRW (versión antigua). A falta de intervención estatal, la empresa no podría competir por méritos propios con sus competidores.

([44]) Alemania explica que la Comisión autorizó ayudas en casos similares, por ejemplo, en el caso de la Decisión 2005/345/CE de la Comisión, de 24 de febrero de 2004, relativa a una ayuda de reestructuración concedida por Alemania a Bankgesellschaft Berlin AG (DO L 116 de 4.5.2005, p. 1).

5.1. **Observaciones de WestSpiel**

5.1.1. *Supuesta cobertura anual de pérdidas*

(87) Por lo que se refiere a la supuesta cobertura anual de pérdidas, WestSpiel explica que la supuesta compensación por pérdidas abonada por NRW.BANK a WestSpiel no sería más que la parte normal de las pérdidas soportadas por un socio comanditario en una sociedad comanditaria que opera con pérdidas. En particular, no se produciría ninguna inyección asociada de nuevo capital. Tampoco habría ninguna medida imputable al Estado, ya que el consumo de capital sería automático en caso de pérdidas por parte de la sociedad comanditaria, es decir, independiente de cualquier decisión del socio comanditario.

5.1.2. *Supuesta inyección de capital en 2015*

(88) En lo que respecta a la inyección de capital de 2015, WestSpiel alega que no habría recibido nuevo capital de su accionista. Más bien, de acuerdo con su accionista, lo que hizo fue vender algunos de sus propios activos (es decir, dos cuadros de Andy Warhol) a fin de garantizar la liquidez suficiente para la necesaria reestructuración.

(89) WestSpiel sostiene que, si bien sería cierto que, como consecuencia de la transferencia del 75 % de los beneficios prevista en el artículo 14, apartado 1, de la SpielbG NRW (versión antigua), el producto de la venta de las dos obras de arte debía transferirse inicialmente a NRW, esta no habría sido una medida aislada. De hecho, esta transferencia habría constituido un mero paso intermedio en una operación de varias fases, cuyo diseño y finalidad habrían sido desde un principio utilizar el producto de la venta para reembolsar a WestSpiel. Estos fondos se habrían necesitado para la reestructuración de WestSpiel mediante una participación sin derecho a voto de NRW.BANK en su capital social. Sin la certeza de que los ingresos se «reinyectarían» (parcialmente) en WestSpiel, la dirección de WestSpiel nunca habría aceptado la venta de los cuadros, ya que dicha venta habría resultado ser extremadamente perjudicial para la empresa.

(90) WestSpiel también explica que, en el contexto de la reestructuración intragrupo de 13 de enero de 2021 (véase el considerando 29), se disolvió la participación sin derecho a voto en WestSpiel. WestSpiel reembolsó un primer tramo de 35 millones EUR (con cargo a sus propios fondos líquidos) el 19 de enero de 2021. El importe restante se reembolsó en el segundo trimestre de 2021 tras la aprobación de las cuentas anuales de WestSpiel que contenían el segundo y último tramo (véase el considerando 81, sexta frase).

5.2. **Observaciones de los denunciantes**

5.2.1. *Supuesta cobertura anual de pérdidas*

(91) Por lo que se refiere a la supuesta cobertura anual de pérdidas, los denunciantes no formulan observaciones, sino que se limitan a solicitar que se obligue a Alemania a garantizar que WestSpiel reembolse a NRW la cobertura anual de pérdidas supuestamente concedida desde 2009.

5.2.2. *Supuesta inyección de capital en 2015*

(92) Por lo que respecta a la supuesta inyección de capital en 2015, los denunciantes mantienen y desarrollan más su posición, también alegada en los asuntos SA.44944 y SA.53552, según la cual la transferencia de beneficios prevista en el artículo 14 de la SpielbG NRW (versión antigua) no sería técnicamente un impuesto, sino una distribución de beneficios a NRW en su calidad de fideicomitente de la participación sin derecho a voto de NRW.BANK en WestSpiel.

(93) Los denunciantes explican que, contrariamente a las conclusiones de la Comisión en los considerandos 83 y 84 de la Decisión de incoación, solo el Derecho del Estado miembro en cuestión sería determinante en todos los casos para calificar un gravamen como impuesto en relación con la aplicación del Derecho de la Unión en materia de ayudas estatales. En otras palabras, según los denunciantes, una medida investigada con arreglo al Derecho de la Unión en materia de ayudas estatales solo constituiría un impuesto si la legislación nacional la clasificara como tal. Sin embargo, los denunciantes añaden que no sería en modo alguno necesario calificar el mecanismo de transferencia de beneficios previsto en el artículo 14 de la SpielbG NRW (versión antigua) como un impuesto para llegar a la conclusión de que la inyección de capital objeto de la presente denuncia constituye una ayuda estatal ilegal. Esto se debe a que, incluso si la transferencia de beneficios no se considerara un impuesto, sino una distribución de beneficios al socio (indirecto), la naturaleza de ayuda estatal de la inyección de capital se derivaría del incumplimiento de los requisitos indispensables de la prueba del principio del inversor que actúa en condiciones de mercado, por las razones expuestas por la Comisión en los considerandos 90 a 93 de la Decisión de incoación.

6. EVALUACIÓN

6.1. Existencia de ayuda estatal

(94) Con arreglo al artículo 107, apartado 1, del TFUE, son incompatibles con el mercado interior, en la medida en que afecten a los intercambios comerciales entre los Estados miembros, las ayudas otorgadas por los Estados o mediante fondos estatales, bajo cualquier forma, que falseen o amenacen con falsear la competencia, favoreciendo a determinadas empresas o producciones.

(95) Una medida puede considerarse ayuda estatal si se cumplen las siguientes condiciones acumulativas: a) la medida es imputable al Estado miembro y se concede mediante fondos estatales, b) confiere una ventaja económica selectiva a determinadas empresas o producciones, c) la ventaja falsea o amenaza con falsear la competencia, y d) la medida afecta al comercio en el interior de la Unión.

(96) En las secciones siguientes, la Comisión evaluará los criterios de definición de ayuda estatal del artículo 107, apartado 1, del TFUE para cada una de las dos medidas denunciadas.

6.1.1. *Supuesta cobertura anual de pérdidas de 2009 a 2015*

(97) Por lo que respecta a la medida de la cobertura anual de pérdidas, la cuestión fundamental es si la medida confirió una ventaja a WestSpiel. La Comisión considera que la cobertura anual de pérdidas no conferiría una ventaja a WestSpiel y que, por lo tanto, debido al carácter acumulativo de los criterios establecidos en el artículo 107, apartado 1, del TFUE, puede excluirse la existencia de ayuda estatal sin que sea necesario evaluar los demás criterios.

(98) Una ventaja, en el sentido del artículo 107, apartado 1, del TFUE, es toda ventaja económica que una empresa no habría obtenido en condiciones normales de mercado, es decir, sin la intervención del Estado ([45]). Solo es relevante el efecto de la medida en la empresa, y no la causa ni el objetivo de la intervención estatal ([46]). Siempre que la situación financiera de la empresa mejore como resultado de la intervención estatal ([47]), en condiciones diferentes de las condiciones normales de mercado, existe una ventaja. Para evaluar este factor, debe compararse la situación financiera de la empresa a raíz de la medida con su situación financiera si no se hubiera adoptado la medida ([48]). Puesto que solo cuenta el efecto de la medida en la empresa, es irrelevante si la ventaja es obligatoria para la empresa, por no poder esta evitarla ni rechazarla ([49]).

(99) La Comisión considera que la cobertura anual de pérdidas no confiere una ventaja a WestSpiel debido a dos razonamientos: en primer lugar, dado que WestSpiel se limitó a consumir su propio capital en cumplimiento de sus obligaciones en virtud del Derecho de sociedades alemán (véase la sección 6.1.1.1) y, en segundo lugar, dado que un inversor privado comparable habría actuado de la misma manera y, por tanto, la medida se concedió en condiciones normales de mercado (véase la sección 6.1.1.2).

6.1.1.1. Consumo automático del capital

(100) En primer lugar, en el considerando 62 de la Decisión de incoación, la Comisión no pudo llegar a una conclusión y pronunciarse de forma definitiva sobre si NRW.BANK y NRW realmente soportaron (parte de) las pérdidas de WestSpiel o decidieron si se ponía o no a disposición el capital necesario para cubrirlas, o ambas cosas. En esa fase preliminar (véanse los considerandos 63 a 65 de la Decisión de incoación), la Comisión consideró que las pérdidas de WestSpiel se habrían adeudado en la cuenta de capital de NRW.BANK, de modo que los fondos se habrían transferido de una cuenta de NRW.BANK a WestSpiel, y que la medida implicaba, *prima facie*, una ventaja en el sentido del artículo 107, apartado 1, del TFUE. No obstante, invitó a Alemania a aportar más aclaraciones para evaluar las implicaciones de la operación en materia de ayuda estatal.

([45]) Sentencia del Tribunal de Justicia de 11 de julio de 1996, SFEI y otros, asunto C-39/94, ECLI:EU:C:1996:285, apartado 60; sentencia del Tribunal de Justicia de 29 de abril de 1999, España/Comisión, asunto C-342/96, ECLI:EU:C:1999:210, apartado 41.

([46]) Sentencia del Tribunal de Justicia de 2 de julio de 1974, Italia/Comisión, asunto C-173/73, ECLI:EU:C:1974:71, apartado 13.

([47]) El término «intervenciones estatales» no hace referencia únicamente a acciones positivas por parte del Estado, sino que incluye también el hecho de que las autoridades no adopten medidas en determinadas circunstancias, por ejemplo, para ejecutar las deudas. Véase, por ejemplo, la sentencia del Tribunal de Justicia de 12 de octubre de 2000, España/Comisión, C-480/98, ECLI:EU:C:2000:559, apartados 19 y 20.

([48]) Sentencia del Tribunal de Justicia de 2 de julio de 1974, Italia/Comisión, asunto C-173/73, ECLI:EU:C:1974:71, apartado 13.

([49]) Véanse el considerando 69 de la Decisión 2004/339/CE de la Comisión, de 15 de octubre de 2003, relativa a las medidas aplicadas por Italia a favor de RAI SpA (DO L 119 de 23.4.2004, p. 1) y las conclusiones del Abogado General Fennelly de 26 de noviembre de 1998 en el asunto C-251/97, Francia/Comisión, ECLI:EU:C:1998:572, apartado 26.

(101) Como se describe en los considerandos 63 a 67, en sus observaciones sobre la Decisión de incoación, Alemania explica que, en realidad, WestSpiel nunca habría recibido una compensación directa por sus pérdidas de parte de NRW.BANK, como su único socio comanditario, sino que en realidad se limitó a consumir su capital propio (aportado en 1978 y 2002) al objeto de compensar sus pérdidas acumuladas; es decir, no hubo pagos directos de NRW.BANK. En cambio, a lo que se refiere Alemania es a un mecanismo de compensación de pérdidas mediante la deducción automática de la cuenta de capital de la sociedad con arreglo al Derecho de sociedades alemán.

(102) Sobre la base de estas posiciones y por las razones que se exponen a continuación, la Comisión considera que la cobertura anual de pérdidas no confería una ventaja a WestSpiel, ya que no conllevaba ninguna transferencia de fondos desde fuera de la empresa y constituía un mero automatismo jurídico para compensar las pérdidas de WestSpiel en sus propias cuentas con arreglo a una obligación en virtud del Derecho de sociedades alemán.

(103) En efecto, la cobertura anual de pérdidas solo era consecuencia de la obligación establecida en el artículo 161, apartado 2, del HGB, en relación con el artículo 120 del HGB (versión antigua), según la cual, en caso de que se registren pérdidas anuales en el balance de una sociedad comanditaria, las pérdidas asignadas a un socio se deducen automáticamente de la participación en el capital social. Por lo tanto, la parte de las pérdidas anuales de NRW.BANK como único socio comanditario de WestSpiel se dedujo del capital social ya existente de la empresa y no requería ninguna aportación de nuevo capital de fuera de la empresa. Debido a este mero automatismo jurídico, el Estado tampoco participó en absoluto en el proceso y no se tomó una decisión activa sobre la concesión de la cobertura anual de pérdidas.

(104) Por lo tanto, contrariamente a las conclusiones de la Comisión en el considerando 63 de la Decisión de incoación, no se produjo ninguna transferencia de fondos de una cuenta de capital de NRW.BANK a WestSpiel; de hecho, según el mecanismo de compensación previsto en el HGB, las pérdidas de WestSpiel se compensaban de inmediato al final de cada año recurriendo al capital social de la empresa (que fue aportado en su momento por NRW.BANK como único socio comanditario de WestSpiel) y, por lo tanto, el mecanismo se aplicaba únicamente en el marco de las propias cuentas de WestSpiel. Por consiguiente, WestSpiel no recibió ningún pago desde fuera de la empresa y, por ende, su situación económica no mejoró como consecuencia del mecanismo de cobertura de pérdidas.

6.1.1.2. Comportamiento de un inversor privado comparable

(105) En segundo lugar, la Comisión revisa su posición presentada en el considerando 64 de la Decisión de incoación, según la cual el mero hecho de que NRW.BANK aceptara nuevas pérdidas de WestSpiel a pesar de las pérdidas reiteradas de los años anteriores sin llevar a cabo una evaluación *ex ante* sobre si mantener o no su participación en WestSpiel o liquidarla para mantener la parte del capital que todavía no se había perdido podría haber constituido una ventaja indebida en sí mismo, ya que no cabía suponer que un inversor privado en circunstancias comparables hubiera actuado de este modo. Como se explica en el considerando 68, Alemania considera que esta duda no estaría justificada. Para explicar que un inversor privado habría actuado efectivamente de la misma manera, Alemania describe dos hipótesis distintas de actuación por parte de NRW.BANK (la liquidación y la venta de WestSpiel).

(106) Sobre la base de la información adicional facilitada por Alemania y a la vista de la siguiente evaluación, la Comisión considera que un inversor privado en circunstancias comparables no habría elegido una de las hipótesis alternativas, la liquidación o la venta de WestSpiel (hipótesis contrafactual), en lugar de la concesión de la cobertura anual de pérdidas (hipótesis factual), puesto que esta última constituye la hipótesis más racional. WestSpiel habría obtenido el mismo beneficio económico en condiciones normales de mercado y (además de las razones expuestas en la sección 6.1.1.1) la cobertura anual de pérdidas no confería una ventaja a WestSpiel.

— *Evaluación de las hipótesis contrafactuales (liquidación y venta)*

— *Hipótesis 1: liquidación de WestSpiel*

(107) En sus observaciones sobre la Decisión de incoación, Alemania explica que, durante el período en cuestión comprendido entre 2009 y 2015, NRW.BANK no habría podido mantener su aportación de capital inicial a WestSpiel mediante una liquidación de la empresa (véanse los considerandos 69 a 71), ya que el valor de liquidación de WestSpiel habría sido claramente negativo tras el proceso de disolución/liquidación con arreglo a los artículos 143 y siguientes del HGB y los artículos 730 y siguientes del BGB.

(108) La Comisión está de acuerdo con Alemania en su explicación de que una liquidación de WestSpiel no habría sido una alternativa económicamente razonable a la cobertura anual de pérdidas, ya que las siguientes consideraciones muestran efectivamente que el valor de liquidación de WestSpiel habría sido negativo.

— *Valor de liquidación según la descripción del proceso por parte de Alemania*

(109) Al describir el sistema teórico y el proceso de liquidación de WestSpiel, Alemania explica de manera detallada y comprensible por qué el capital necesario para satisfacer las obligaciones con los acreedores de conformidad con el artículo 148, apartado 5, primera frase, del HGB habría superado el capital disponible de WestSpiel. La Comisión entiende de esta descripción que la compensación de un gran número de pasivos respecto a terceros, incluidos importantes pasivos por pensión, los costes de rescisión de contratos (por ejemplo, contratos de trabajo y de alquiler) y la liquidación de activos fijos y circulantes, habría debido tenerse en cuenta y habría dado lugar a considerables reducciones de los valores contables de WestSpiel.

(110) Asimismo, la Comisión confirma el argumento aducido por Alemania de que la contribución de NRW.BANK también se habría visto necesariamente afectada en el sentido de que solo se habría mantenido un valor de contribución para NRW.BANK en caso de existir un saldo positivo (véase el artículo 171, apartado 1, del HGB, leído en relación con el artículo 167, apartado 3, el artículo 149, primera frase, y el artículo 161, apartado 2, del HGB) (véase el considerando 70). La Comisión aclara que el artículo 171, apartado 1, del HGB, leído en relación con el artículo 167, apartado 3, del HGB (versión antigua), establece que el socio comanditario es directamente responsable frente a los acreedores de la sociedad, pero que esta responsabilidad se limita a la inversión de capital/aportación de capital restante («Haftsumme») del socio. En este contexto, la Comisión señala que esta responsabilidad limitada también se aplica al proceso de liquidación. La parte restante de la aportación de capital del socio comanditario, que asciende a los 35,5 millones EUR aportados inicialmente por NRW.BANK (véase el considerando 28), formaría parte de este capital utilizado para compensar los pasivos de la empresa.

(111) La Comisión observa que Alemania ha facilitado un análisis detallado de la hipótesis de liquidación de WestSpiel, pero sin aportar ninguna prueba fundamentada de la alegación de que el valor de liquidación era negativo, por ejemplo, justificando los pasivos individuales de WestSpiel frente a terceros con cifras concretas. Alemania solo menciona vagamente los «cálculos estimados», que no están en absoluto fundamentados.

— *Valor de liquidación según las cuentas anuales de WestSpiel*

(112) El argumento aducido por Alemania («el valor de liquidación de WestSpiel habría sido negativo») para rechazar la hipótesis de liquidación queda confirmado en cualquier caso por las constataciones de las cuentas anuales y de las cuentas anuales consolidadas/los informes de gestión de grupo de WestSpiel elaborados por [otra empresa de auditoría de renombre] (en lo sucesivo, los «informes [XY]»).

(113) En particular, la relación entre el pasivo y el capital durante el período comprendido entre 2009 y 2015 que reflejan estos documentos habría dado lugar a un valor de liquidación negativo de WestSpiel: Según las cuentas anuales del ejercicio económico 2009, el importe total del pasivo de WestSpiel era de 25,3 millones EUR y el capital de la empresa ascendía a 27,9 millones EUR. A continuación, a partir del ejercicio 2010, el importe del pasivo (22,7 millones EUR) superó el capital de WestSpiel (22,1 millones EUR) y la situación se mantuvo sin cambios en los años anteriores a 2015. Por lo tanto, en ese momento, tras haber satisfecho las obligaciones con sus acreedores sobre la base del artículo 148, apartado 5, primera frase, del HGB mediante la compensación de los pasivos con capital, WestSpiel habría registrado efectivamente un valor de liquidación negativo, tal como alega Alemania.

(114) A partir de la evaluación anterior y sobre la base de la situación descrita por Alemania, tal como se demuestra en los considerandos 69 a 71, la Comisión considera que, en el momento en que se concedió la cobertura anual de pérdidas, una liquidación de WestSpiel no habría sido una alternativa económicamente razonable a la cobertura anual de pérdidas.

— *Hipótesis 2: venta de WestSpiel*

(115) En sus observaciones sobre la Decisión de incoación, Alemania explica que la única manera en que NRW.BANK podría haber evitado la carga provocada por las pérdidas de WestSpiel habría sido mediante una venta (véanse los considerandos 72 a 74). Según Alemania, si se hubiera realizado una venta antes de 2015, Alemania no habría obtenido un precio satisfactorio y, por lo tanto, habría sufrido pérdidas acumuladas. Alemania aporta pruebas en forma de referencia a la página 101 del informe [IBR], en la que se afirma que la balanza de pagos de WestSpiel, incluso con la inyección de capital prevista en aquel momento en forma de participación sin derecho a voto, no sería positiva hasta los años 2021 a 2023. De hecho, como se explica en el considerando 30, WestSpiel se vendió finalmente al Grupo Gauselmann en septiembre de 2021 por un precio de compra de 141,8 millones EUR.

(116) Por las razones que se exponen a continuación, la Comisión considera que un inversor privado comparable tampoco se hubiera planteado una venta de WestSpiel durante el período en que NRW.BANK decidió seguir cubriendo las pérdidas de WestSpiel.

— *Evaluación de la situación financiera general de WestSpiel de 2009 a 2015*

(117) Al igual que en el caso de la primera hipótesis (véanse los considerandos 112 a 114), la Comisión volvió a examinar las pruebas aportadas por Alemania sobre la base de las cuentas anuales de WestSpiel y de los informes [XY] para los años 2009 a 2015 y señala que las cifras de negocio que figuran en ellos confirman que una venta de WestSpiel durante este período carecía de racionalidad.

(118) En cuanto a la primera hipótesis (la liquidación), la Comisión limitó su evaluación de las cuentas anuales y los informes [XY] a la relación entre el capital de WestSpiel y sus pasivos registrados frente a terceros. Por lo que se refiere a la segunda hipótesis (la venta), la Comisión considera necesario, a fin de evaluar la racionalidad de la venta, examinar también la situación económica general de WestSpiel en los distintos años y la estimación realizada por los consultores de [XY] sobre la evolución futura de la rentabilidad de WestSpiel.

(119) La Comisión entiende lo siguiente en relación con la situación de WestSpiel en los años 2009 a 2015 a partir de las cuentas anuales de que se dispone y de los informes [XY]:

— Según los informes [XY], en 2009, WestSpiel ya registró un descenso en sus GGR que podría deberse a los cambios en la legislación nacional en relación con la política antitabaco de NRW vigentes desde 2007 y a unos controles de acceso más estrictos en los casinos, así como al desarrollo de juegos comerciales/juegos ilegales en línea y al nuevo sistema fiscal para los casinos vigente en NRW desde el 1 de enero de 2008. En 2009, WestSpiel registró pérdidas netas definitivas por valor de 7,9 millones EUR. En ese momento, WestSpiel aún estaba sujeta a un impuesto del 50 % sobre los GGR de sus casinos ([50]). El informe [XY] muestra que la dirección de WestSpiel y, por lo tanto, también de NRW.BANK, como único socio comanditario, era consciente de esta situación y de los riesgos que ponían en peligro la continuidad de la empresa. Por lo tanto, la dirección de WestSpiel adoptó varias medidas preventivas, como iniciar un proceso de reestructuración y solicitar una reducción del impuesto sobre los casinos para determinados casinos.

— En 2010, la situación evolucionó de forma similar a la del año 2009 y se adoptaron medidas adicionales para la reducción de costes, como la adaptación de productos y ofertas. Se previeron pérdidas netas definitivas de 12 millones EUR para 2012 (casi el doble del importe de las pérdidas netas definitivas de 5,8 millones EUR en 2010).

([50]) Véase el artículo 12 de la SpielbG NRW, introducido por la ley denominada *Gesetz des Landes Nordrhein-Westfalen zum Staatsvertrag zum Glücksspielwesen in Deutschland* de 30 de octubre de 2007; GV. NRW. *Ausgabe 2007 Nr. 24 vom 14.11.2007 Seite 441 bis 460* | RECHT.NRW.DE.

— En 2011, el informe [XY] evalúa una ligera mejora de la situación de WestSpiel, con pérdidas netas más bajas (3,5 millones EUR).

— Las pérdidas netas en 2012 aumentaron hasta los 10,3 millones EUR y los GGR de WestSpiel disminuyeron constantemente. Sin embargo, el informe [XY] muestra unas cuentas prácticamente equilibradas para ese año gracias a los resultados anuales positivos del casino ubicado en Duisburgo. No obstante, la dirección esperaba una enorme carga para la liquidez de WestSpiel en 2013.

— A partir de 2012 entró en vigor el nuevo modelo de impuesto sobre los casinos con unos GGR inferiores del 30 %, tal como se describe en los considerandos 31 y 33 ([51]). WestSpiel siguió registrando pérdidas netas por valor de 8,96 millones EUR en 2013, lo que llevó a la dirección a desarrollar una nueva reestructuración a fin de garantizar la liquidez hasta 2022, lo que conllevó la venta de las obras de arte y la inyección de capital tras la transferencia de beneficios, tal como se describe en los considerandos 46 y 47. El informe [XY] preveía un beneficio neto definitivo de 4,4 millones EUR para el año 2014 a raíz de la reestructuración.

— Según el informe [XY] para el año 2014, como consecuencia de la aplicación de las medidas de reestructuración, WestSpiel obtuvo un resultado positivo en forma de un beneficio neto de 3,3 millones EUR, seguido de pérdidas netas inferiores a 1 millón EUR en 2015.

(120) Por lo tanto, los documentos de que dispone la Comisión confirman la alegación de Alemania de que en ningún momento a lo largo de los años 2009 a 2015 WestSpiel habría sido una inversión atractiva para un comprador teórico, debido a sus continuas pérdidas netas y a las dificultades que planteaban en ese momento los retos legislativos a nivel nacional.

(121) En la medida en que Alemania se refiere a las previsiones de liquidez de WestSpiel en la página 101 del informe [IBR] (sobre la base de las cuentas anuales/los informes [XY] de 2013 y 2014), la Comisión señala que, contrariamente a lo que describe Alemania, el análisis no contempla la situación con la inyección de capital como parte de la reestructuración, sino la evolución de la liquidez de WestSpiel sin la inyección de capital prevista (tras la venta de las obras de arte y la transferencia de beneficios). Sin embargo, esta interpretación incorrecta del informe [IBR] por parte de Alemania no modifica la opinión de la Comisión, y la reconfirma, ya que el gráfico del considerando 74 muestra que, sin la inyección de capital, la balanza de pagos de WestSpiel habría seguido siendo negativa hasta 2021. Por lo tanto, en opinión de la Comisión, no es realista que NRW.BANK pudiera haber compensado las pérdidas sufridas en el capital aportado a WestSpiel con el precio de compra obtenido de una venta en ese momento.

(122) Además, la venta de una empresa, al igual que la liquidación, conlleva un proceso jurídico largo y complejo. Además de las normas generales establecidas por el derecho mercantil y el derecho de sociedades, también existen requisitos en virtud del derecho laboral relativos, por ejemplo, a la transferencia de personal con arreglo al artículo 613a del BGB y al diseño de planes sociales en el sentido del artículo 112 de la Ley de Constitución de Obras alemana (*Betriebsverfassungsgesetz, BetrVG*), así como en virtud del derecho tributario (como la obligación de pagar el impuesto sobre la renta, el impuesto sobre actividades económicas y de sociedades y el impuesto sobre el valor añadido), y en virtud del derecho de la competencia (en relación con una posible fusión sujeta a las normas de control de concentraciones de la UE).

(123) De lo anterior se desprende que la Comisión considera que la venta de WestSpiel no habría sido una opción razonable para Alemania en el momento en que se concedió la cobertura anual de pérdidas.

— *Evaluación de la hipótesis factual (cobertura anual de pérdidas)*

([51]) Véase el artículo 12 de la SpielbG NRW, en su versión modificada por el artículo 3 de la Ley denominada *Gesetz zum Ersten Staatsvertrag zur Änderung des Staatsvertrages zum Glücksspielwesen in Deutschland* (*Erster Glücksspieländerungsstaatsvertrag - Erster GlüÄndStV*); GV. NRW. *Ausgabe 2012 Nr. 29 vom 22.11.2012 Seite 523 bis 546* | RECHT.NRW.DE.

(124) La Comisión considera que la hipótesis factual elegida por NRW.BANK es el planteamiento más razonable que puede aplicar un accionista.

(125) En general, la cobertura anual de pérdidas por parte de los accionistas es también una práctica habitual en las empresas, a menudo sobre la base de acuerdos de transferencia de pérdidas y ganancias dentro de las estructuras empresariales celebrados entre la sociedad matriz y sus filiales ([52]). Además, esta cobertura anual de pérdidas puede considerarse más bien un comportamiento pasivo de un inversor, ya que los accionistas están obligados a compensar las pérdidas en las cuentas anuales de una empresa con su participación en el capital con arreglo al Derecho de sociedades alemán, como se explica en los considerandos 103 y 104, por lo que la cobertura anual de pérdidas resulta ser un mecanismo meramente automático que no requiere una decisión separada de un accionista.

(126) Por lo tanto, la Comisión considera que, incluso sin un informe pericial u otros documentos justificativos, entre las tres hipótesis (venta inmediata/liquidación/«inacción»), un inversor privado habría optado por la tercera.

(127) En este sentido, ni la venta de una empresa inmediatamente después de convertirse en deficitaria ni la inversión de nuevo capital para mantener a flote una empresa (deficitaria) pueden considerarse siempre conformes con el principio del inversor que actúa en condiciones de mercado. Por el contrario, cualquier decisión (ya sea la cesión, el mantenimiento del *statu quo* o la adición de nuevo capital) debe evaluarse individualmente, caso por caso, y valorarse en función del comportamiento de un inversor prudente en una economía de mercado.

— *Conclusión sobre la ventaja*

(128) Por lo tanto, en vista de lo anterior, la Comisión concluye que la supuesta cobertura anual de pérdidas no confirió una ventaja económica a WestSpiel, ya que dichos pagos se limitaban a consumir capital propio de WestSpiel (véanse los considerandos 100 a 104), y dado que NRW.BANK actuó de una manera económicamente racional a la hora de decidir mantener su aportación de capital en WestSpiel, en el sentido de que tenía lógica económica no vender con pérdidas, sino más bien esperar a que llegaran momentos mejores en los que poder compensar este consumo de capital vendiendo WestSpiel con beneficios (incluso si esto pudiera haber supuesto que, posiblemente, siguiera registrando pérdidas, es decir, que el capital de WestSpiel se redujera incluso en mayor medida).

6.1.2. *Supuesta inyección de capital en 2015*

6.1.2.1. Relación entre el mecanismo de transferencia de beneficios y la inyección de capital

(129) Para decidir si la supuesta inyección de capital debe calificarse de ayuda estatal, la Comisión tiene que evaluar en primer lugar si la transferencia de beneficios en 2014 ([53]) y la inyección de capital por valor de 64,8 millones EUR realizada por NRW a WestSpiel en 2015 deben considerarse dos medidas diferentes o una única operación.

(130) De la información facilitada por Alemania sobre el sistema de la inyección de capital (véanse los considerandos 48 y 49), se deduce que la obligación de NRW.BANK de aportar capital social adicional a WestSpiel pasó a ser jurídicamente vinculante el 1 de diciembre de 2015, de conformidad con el acuerdo fiduciario y cuando se cumplió la condición de pago pendiente («... no antes de la firma del acuerdo de participación sin derecho a voto...», como se explica en el considerando 26). Por lo tanto, la Comisión considera que la fecha real de

([52]) Véanse, por ejemplo, la Decisión C(2011) 632 final de la Comisión, de 23 de febrero de 2011, relativa a la ayuda estatal SA.20255 C 58/06 (ex NN 98/05) concedida por Alemania a las empresas Bahnen der Stadt Monheim (BSM) y Rheinische Bahngesellschaft (RBG) reunidas en Verkehrsverbund Rhein-Ruhr (DO L 210 de 17.8.2011, p. 1); la Decisión C(2011) 3899 de la Comisión, de 15 de junio de 2011, relativa a la ayuda estatal SA.31296 (N 322/2010) — Alemania — Kommunale Wasserwerke Leipzig GmbH (DO C 1 de 4.1.2013, p. 2); la Decisión C(2024) 2781 final de la Comisión, de 13 de junio de 2024, relativa a la ayuda estatal SA.55744 (2024/C) (ex 2019/FC) — Presunta ayuda a WestVerkehr (DO C, C/2024/4762, 30.7.2024, p. 1); y la Decisión C(2022) 639 final de la Comisión, de 31 de enero de 2022, relativa a la ayuda estatal SA.50952 (2022/C) (ex 2018/FC) — Presuntas medidas de ayuda estatal en favor de DB Cargo (DO C 316 de 18.8.2022, p. 20). Esta práctica también está respaldada por el artículo 302, apartado 1, de la AktG (Ley alemana de Sociedades Anónimas), que prevé explícitamente la posibilidad de una cobertura de las pérdidas anuales por la otra parte en un acuerdo de control o de transferencia de beneficios.

([53]) Sobre la base del artículo 14 de la SpielbG NRW (versión antigua) (véase el considerando 32), que obligaba a WestSpiel a transferir a NRW el 75 % de sus beneficios anuales globales, es decir, un importe de aproximadamente 82 millones EUR tras la venta de dos obras de arte.

concesión de la medida fue el 1 de diciembre de 2015. La posición de la Comisión tampoco se ve modificada por el hecho de que los fondos de contribución no se transfirieron de NRW a NRW.BANK, en su calidad de administrador fiduciario, hasta el 10 de diciembre de 2015 y de que la transferencia final de estos fondos de NRW.BANK a WestSpiel tuvo lugar el 15 de diciembre de 2015, puesto que esto constituía una mera finalización del proceso.

(131) Alemania estima que el mecanismo de transferencia de beneficios y la inyección de capital tendrían que considerarse una única operación, y que NRW también podría haber modificado el artículo 14 de la SpielbG NRW (versión antigua) en lugar de inyectar capital en WestSpiel.

(132) Según Alemania, al evaluarse en su conjunto, la transferencia de beneficios de 2014 por un importe aproximado de 82 millones EUR, combinada con la «reinyección» de 64,8 millones EUR a WestSpiel en 2015, habría dado lugar a un flujo financiero neto de aproximadamente 17,2 millones EUR de WestSpiel al Estado. Sobre la base de este punto de vista, Alemania alega que, en todo caso, la medida habría supuesto una desventaja más que una ventaja para WestSpiel. Sin embargo, la Comisión no está de acuerdo con esta argumentación. De hecho, la transferencia de beneficios y la inyección de capital no son submedidas de una medida más compleja. Se trata de dos medidas distintas, que siguen su propia lógica. En el caso que nos ocupa, la inyección de capital no puede considerarse una submedida de una medida global. El dinero pagado por WestSpiel en la primera fase, en el marco del mecanismo de transferencia de beneficios basado en el artículo 14 de la SpielbG NRW (versión antigua), se adeudaba como impuesto y fue percibido por el Estado en su calidad de autoridad estatal.

(133) La inyección de capital es una medida independiente, tal como se desprende claramente de su naturaleza y objeto, de su contexto, del objetivo perseguido y de las normas a las que está sujeta: A diferencia del mecanismo de transferencia de beneficios, la inyección de capital no es una medida fiscal, ya que no es adoptada por el Estado en su calidad de autoridad fiscal, sino que se deriva de una decisión del Estado en su calidad de accionista y, por tanto, de inversor. Además, las medidas no se han adoptado con arreglo a las mismas normas ni con las mismas modalidades de funcionamiento. De hecho, el régimen de transferencia de beneficios ya se adoptó en 2008, mientras que la inyección de capital se concedió el 1 de diciembre de 2015, como se explica en el considerando 130. El «enfoque en dos fases» (es decir, la transferencia de beneficios de 2014 y la «reinyección» de capital de 2015) a que se refirió Alemania se produjo en ese orden simplemente como consecuencia del régimen fiscal, que se creó siete años antes y se mantuvo después de la inyección de capital. Tampoco puede alegarse que esta inyección de capital fuera previsible en el momento en que se creó el régimen de transferencia de beneficios.

(134) Además, el hecho de que NRW no hubiera modificado la SpielbG NRW para compensar la «desventaja estructural» causada por el mecanismo de transferencia de beneficios demuestra que NRW consideró dicho mecanismo como un factor ajeno y no como parte de sus acuerdos accionariales con WestSpiel. Por lo tanto, el mecanismo de transferencia de beneficios y la inyección de capital no pueden considerarse una única operación, sino que deben considerarse dos medidas distintas.

— *Conclusión sobre la relación entre el mecanismo de transferencia de beneficios y la inyección de capital*

(135) Sobre la base de lo anterior, la Comisión concluye que el razonamiento de Alemania sobre la existencia de una única operación no puede utilizarse para excluir la existencia de una ventaja, ya que la transferencia de beneficios y la inyección de capital deben considerarse dos medidas independientes.

6.1.2.2. Evaluación de la inyección de capital

(136) Dado que la transferencia de beneficios y la inyección de capital son medidas independientes (véase la sección 6.1.2.1), ambas deben evaluarse por separado. El mecanismo de transferencia de beneficios previsto en el artículo 14 de la SpielbG NRW (versión antigua) no constituye ayuda estatal en el sentido del artículo 107, apartado 1, del TFUE. De la naturaleza del mecanismo de transferencia de beneficios ya se desprende que no existe transferencia de recursos estatales que pudiera mejorar la situación económica de una empresa, ya que el flujo de fondos va del casino público al Estado y no en el sentido contrario. Por lo tanto, la siguiente evaluación se centrará únicamente en la inyección de capital.

6.1.2.2.1. Empresa

(137) Las normas sobre ayudas estatales solo se aplican cuando el beneficiario de la medida es una empresa. Según reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia, una empresa es una entidad que ejerce una actividad económica, con independencia de su estatuto jurídico y de su modo de financiación ([54]). Por lo tanto, la clasificación de una entidad concreta depende por completo de la naturaleza de sus actividades ([55]).

(138) WestSpiel, como casino público, ofrece servicios (especialmente servicios de juegos de azar, pero también servicios de restauración) a cambio de una remuneración (entradas, una fracción de las apuestas, precios de otros servicios) en un mercado. Por lo tanto, WestSpiel lleva a cabo actividades económicas con fines de ayuda estatal y, por ende, puede considerarse una empresa en el sentido del artículo 107, apartado 1, del TFUE.

6.1.2.2.2. Recursos estatales e imputabilidad

(139) A tenor del artículo 107, apartado 1, del TFUE ([56]), únicamente las ventajas otorgadas directa o indirectamente mediante fondos estatales constituyen ayuda estatal. Los recursos estatales incluyen todos los recursos del sector público ([57]), incluidos los recursos de entidades intraestatales (descentralizadas, federadas, regionales o de otro tipo) ([58]) y, en determinadas circunstancias, los recursos de organismos privados. Es irrelevante que una institución dentro del sector público sea autónoma o no ([59]).

(140) Los recursos de las empresas públicas también constituyen fondos estatales a tenor del artículo 107, apartado 1, del TFUE porque el Estado puede orientar la utilización de los mismos ([60]). A efectos de la legislación sobre ayudas estatales, las transferencias dentro de un grupo de empresas públicas pueden también constituir ayuda estatal si, por ejemplo, los recursos se transfieren de la matriz a su filial (aun cuando constituyan una única empresa desde el punto de vista económico) ([61]). Lo decisivo para que los recursos financieros puedan calificarse como fondos estatales no es que haya una transferencia real de los recursos, sino el hecho de que estos fondos permanezcan bajo control público y estén a disposición de las autoridades estatales ([62]).

(141) En los casos en que una autoridad pública concede una ventaja a un beneficiario, la medida es, por definición, imputable al Estado. La imputabilidad es menos evidente, sin embargo, si la ventaja se concede a través de empresas públicas. En tales casos, también es necesario determinar si procede considerar que las autoridades públicas intervinieron de algún modo en la adopción de la medida ([63]). El mero hecho de que una medida haya sido adoptada por una empresa pública no es por sí solo suficiente para considerarla imputable al Estado ([64]). Por tanto, la imputabilidad al Estado de una medida adoptada por una empresa pública puede deducirse de un conjunto de indicios derivados de las circunstancias del asunto y del contexto en el que se adoptó ([65]).

([54]) Sentencia del Tribunal de Justicia de 12 de septiembre de 2000, Pavlov y otros, asuntos acumulados C-180/98 a C-184/98, ECLI:EU:C:2000:428, apartado 74; sentencia del Tribunal de Justicia de 10 de enero de 2006, Cassa di Risparmio di Firenze y otros, asunto C-222/04, ECLI:EU: C:2006:8, apartado 107.

([55]) Véanse los considerandos 6 y 7 de la Comunicación de la Comisión relativa al concepto de ayuda estatal conforme a lo dispuesto en el artículo 107, apartado 1, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (DO C 262 de 19.7.2016, p. 1).

([56]) Sentencia del Tribunal de Justicia de 24 de enero de 1978, Van Tiggele, asunto C-82/77, ECLI:EU:C:1978:10, apartados 25 y 26; sentencia del Tribunal General de 12 de diciembre de 1996, Air France/Comisión, asunto T-358/94, ECLI:EU:T:1996:194, apartado 63.

([57]) Sentencia del Tribunal General de 12 de diciembre de 1996, Air France/Comisión, asunto T-358/94, ECLI:EU:T:1996:194, apartado 56.

([58]) Sentencia del Tribunal de Justicia de 14 de octubre de 1987, Alemania/Comisión, asunto C-248/84, ECLI:EU:C:1987:437, apartado 17; sentencia del Tribunal General de 6 de marzo de 2002, Territorio Histórico de Álava y otros/Comisión, asuntos acumulados T-92/00 y 103/00, ECLI:EU:T:2002:61, apartado 57.

([59]) Sentencia del Tribunal General de 12 de diciembre de 1996, Air France/Comisión, asunto T-358/94, ECLI:EU:T:1996:194, apartados 58 a 62.

([60]) Sentencia del Tribunal de Justicia de 16 de mayo de 2002, Francia/Comisión (Stardust), asunto C-482/99, ECLI:EU:C:2002:294, apartado 38; sentencia del Tribunal de Justicia de 29 de abril de 2004, Grecia/Comisión, asunto C-278/00, ECLI:EU:C:2004:239, apartados 53 y 54; sentencia del Tribunal de Justicia de 8 de mayo de 2003, Italia y SIM 2 Multimedia/Comisión, asuntos acumulados C-328/99 y C-399/00, ECLI:EU:C:2003: 252, apartados 33 y 34.

([61]) Sentencia del Tribunal de Justicia de 11 de julio de 1996, SFEI y otros, asunto C-39/94, ECLI:EU:C:1996:285, apartado 62.

([62]) Sentencia del Tribunal de Justicia de 16 de mayo de 2002, Francia/Comisión (Stardust), asunto C-482/99, ECLI:EU:C:2002:294, apartados 36 y 37.

([63]) Sentencia del Tribunal de Justicia de 16 de mayo de 2002, Francia/Comisión (Stardust), asunto C-482/99, ECLI:EU:C:2002:294, apartado 52.

([64]) Sentencia del Tribunal de Justicia de 16 de mayo de 2002, Francia/Comisión (Stardust), asunto C-482/99, ECLI:EU:C:2002:294; sentencia del Tribunal General de 26 de junio de 2008, SIC/Comisión, asunto T-442/03, ECLI:EU:T:2008:228, apartados 93 a 100.

([65]) Sentencia del Tribunal de Justicia de 16 de mayo de 2002, Francia/Comisión (Stardust), asunto C-482/99, ECLI:EU:C:2002:294, apartado 55.

(142) Por lo que se refiere a la conclusión de la Comisión en el considerando 94 de la Decisión de incoación de que la inyección de capital se concede con cargo a fondos estatales, Alemania aduce (véase el considerando 82) que la inyección de capital no implicaría recursos estatales, ya que el capital inyectado habría procedido realmente de la venta de dos obras de arte de WestSpiel y, por lo tanto, del precio de 114,4 millones EUR que el comprador pagó por dichas obras de arte.

(143) En cuanto al criterio relativo a los recursos estatales, la Comisión no está de acuerdo con el argumento de Alemania, puesto que la transferencia de beneficios de aproximadamente 82 millones EUR fue un paso que tuvo lugar entre la venta de las obras de arte y la inyección de capital. Este importe se transfirió, a través del mecanismo de transferencia de beneficios, de WestSpiel al Estado y, a partir de ese momento, no puede considerarse que estos recursos fueran privados, ya que el Estado ejercía el control sobre ellos.

(144) Por lo que se refiere a la imputabilidad de la medida, la Comisión observa que fue NRW quien tomó la decisión de inyectar capital tal como se describe en los considerandos 47 a 49 y que las consideraciones sobre la cobertura de pérdidas recogidas en el considerando 70 de la Decisión de incoación se aplican *mutatis mutandis* (véase el considerando 95 de la Decisión de incoación). Como se explica en el mismo, la Comisión señala que: i) NRW.BANK es el banco de fomento de NRW, cuya misión es respaldar a su propietario, NRW, en el cumplimiento de sus funciones en materia de política estructural y económica, ii) NRW es el garante de NRW.BANK, y iii) los órganos de gobierno, en particular el Consejo de Garantes y el órgano de control, están compuestos en su mayor parte por personas que ejercen cargos públicos.

(145) La Comisión también declaró en el considerando 70 de la Decisión de incoación que estas consideraciones estarían sujetas a aclaraciones adicionales, en particular en lo que se refiere a la estructura de NRW.BANK, sus procesos decisorios y la participación del Estado en las (posibles) decisiones. A este respecto, la Comisión observa lo siguiente:

— Según el Informe sobre Gobernanza Pública incluido en el informe financiero de NRW.BANK correspondiente al año 2015 ([66]), NRW es el garante y accionista único de NRW.BANK. En este contexto, NRW ha equipado a NRW.BANK con instrumentos de responsabilidad específicos, a saber, las figuras de la responsabilidad institucional y la responsabilidad de garante, y NRW ha proporcionado una garantía explícita de refinanciación.

— NRW.BANK cuenta con un Consejo de Garantes en el que NRW ejerce sus derechos en el marco de su habilitación jurídica y como propietario de NRW.BANK, y ejerce asimismo sus derechos de voto a través de dos representantes. Otros miembros del Consejo de Garantes son el ministro de Economía de NRW, el ministro de Hacienda de NRW y el ministro de Vivienda de NRW, así como miembros de oficio.

— Por lo que se refiere al Consejo de Administración de NRW.BANK, el Informe sobre Gobernanza Pública explica que, en su calidad de órgano de control de NRW.BANK, le corresponde supervisar la gestión llevada a cabo por la Junta Ejecutiva y nombrar y destituir a los miembros de dicha Junta. En 2015, el Consejo de Administración se componía de un total de quince miembros, siete de los cuales, y por tanto la mayoría, fueron delegados por NRW como garante de NRW.BANK.

— Asimismo, NRW.BANK está también supervisada por el Estado, más concretamente por el Ministerio del Interior de NRW y por el Ministerio de Vivienda de NRW (en cuanto a asuntos de vivienda).

(146) A la luz de los indicadores presentados anteriormente, la Comisión toma nota de que, en su calidad de garante único de NRW.BANK, mediante el ejercicio de sus derechos de voto a través de sus ministros en el Consejo de Garantes y habiendo delegado a la mayoría de los miembros del órgano de control, que controla las acciones de la Junta Ejecutiva de NRW.BANK, NRW y, por ende, el Estado ejercían una influencia decisiva sobre NRW.BANK y sobre las decisiones adoptadas en sus órganos corporativos en el momento en que se inyectó el capital en WestSpiel en 2015. Por lo tanto, la Comisión señala que la inyección de capital también puede considerarse imputable al Estado.

(147) Por consiguiente, la Comisión considera que, en lo que respecta a la inyección de capital de 2015, las acciones de NRW.BANK implican una transferencia de recursos estatales y son imputables al Estado.

([66]) Véase el informe financiero de NRW.BANK de 2015, páginas 7-23.

6.1.2.2.3. Ventaja

(148) Tal como se ha descrito anteriormente, una ventaja, a tenor del artículo 107, apartado 1, del TFUE, es toda ventaja económica que una empresa no habría podido obtener en condiciones normales de mercado, es decir, sin la intervención del Estado. De acuerdo con la jurisprudencia de los órganos jurisdiccionales de la Unión, para determinar si existe una ventaja, debe compararse la situación financiera de la empresa a raíz de la medida con la situación financiera en la que se encontraría si no se hubiera adoptado la medida ([67]).

(149) La Comisión consideró en el considerando 76 de la Decisión de incoación que la inyección de nuevo capital por parte de NRW en 2015, por valor de 64,8 millones EUR, confería, considerada de forma aislada, una ventaja a WestSpiel. A este respecto, la Comisión señaló que la transferencia de beneficios, como reconoce Alemania, constituye un impuesto en el sentido del Código Fiscal alemán, mientras que la inyección de capital de 2015 tenía una naturaleza diferente.

(150) En sus observaciones sobre la Decisión de incoación, Alemania sostiene que la inyección de capital en el presente caso no habría conferido una ventaja a WestSpiel, aduciendo cinco argumentos. En primer lugar, la inyección de capital habría constituido una mera «reinyección» parcial de los beneficios transferidos de WestSpiel. En segundo lugar, la inyección habría estado en consonancia con el principio del inversor que actúa en condiciones de mercado, dado que, al inyectar el capital, NRW había actuado como un inversor privado en circunstancias comparables. En tercer lugar, Alemania explica que la inyección de capital no habría constituido ayuda estatal, dado que solo compensó a WestSpiel por su desventaja estructural (consistente en una elevada carga fiscal). En cuarto lugar, Alemania alega que, en cualquier caso, podría haberse obtenido el mismo resultado económico mediante una modificación legislativa (consistente en aliviar la carga fiscal de WestSpiel). En quinto lugar, según Alemania, cualquier ayuda teórica habría sido ampliamente devuelta obteniendo un precio más elevado de la venta de WestSpiel (véase la sección 4.2).

6.1.2.2.3.1. Evaluación del argumento de Alemania de que la inyección de capital estaría en consonancia con la prueba del principio del inversor que actúa en condiciones de mercado

(151) Como se explica en el considerando 78, Alemania opina que la inyección de capital de 2015 realizada por NRW.BANK correspondía al comportamiento de un inversor privado en circunstancias comparables y, por lo tanto, estaría en consonancia con la prueba del principio del inversor que actúa en condiciones de mercado. Alemania alega que la inyección de capital era necesaria para restablecer la rentabilidad de WestSpiel y, por ende, para mantener el capital ya invertido en la empresa. Alemania basa su razonamiento en cuanto al principio del inversor que actúa en condiciones de mercado tanto en una «visión a corto plazo» ([68]) como en una «visión a largo plazo» ([69]).

— *Aplicabilidad de la prueba del principio del inversor que actúa en condiciones de mercado*

(152) La Comisión señala que, para poder basarse en la prueba del principio del inversor que actúa en condiciones de mercado, dicha prueba debe ser, en cualquier caso y en primer lugar, aplicable. Es decir, debe ser posible comparar el comportamiento del Estado con el de un inversor privado, que no goza de las prerrogativas y los ingresos de una autoridad tributaria en su relación con una empresa. A fin de satisfacer la prueba del principio del inversor que actúa en condiciones de mercado, los Estados miembros tienen que demostrar inequívocamente y basándose en factores objetivos y verificables que la medida ejecutada corresponde a su calidad de inversor. Estos elementos deben demostrar claramente que, antes o al mismo tiempo de conceder la ventaja económica, el Estado miembro en cuestión adoptó una decisión basada en evaluaciones económicas comparables a las que, en estas circunstancias, un inversor privado racional habría llevado a cabo, antes de realizar la inversión, para determinar su rentabilidad futura.

(153) La Comisión considera que Alemania no ha aportado pruebas que cumplan estos criterios y que, por lo tanto, la prueba del principio del inversor que actúa en condiciones de mercado no es aplicable a la inyección de capital, como se explica a continuación.

([67]) Sentencia del Tribunal de Justicia de 2 de julio de 1974, Italia/Comisión, asunto C-173/73, ECLI:EU:C:1974:71, apartado 13.

([68]) Alemania explica que la inyección de capital se ajustó al principio del inversor que actúa en condiciones de mercado como medida independiente.

([69]) Alemania sostiene que, sobre la base de la jurisprudencia del asunto EDF, podría tener en cuenta, en la evaluación, unos futuros ingresos fiscales más elevados. Además, Alemania alega que la inyección de capital habría sido necesaria para restablecer la rentabilidad de WestSpiel y, por tanto, para mantener el capital ya invertido en la empresa.

(154) Alemania alega que se habría llevado a cabo una evaluación *ex ante* con el informe [IBR]. Sin embargo, ni el informe [IBR] ni ningún otro documento facilitado por Alemania cumplen los criterios descritos en el considerando 152. Alemania no llevó a cabo ninguna evaluación *ex ante* de la rentabilidad de la inyección de capital, contrariamente a lo que habría hecho un inversor que actúa en condiciones de mercado. La prueba del principio del inversor que actúa en condiciones de mercado no es aplicable a la mera «reinyección» de una parte de un pago de impuestos en una empresa sin ningún análisis *ex ante* de la rentabilidad (véanse, por analogía, la sentencia del Tribunal General en el asunto T-747/15, EDF/Comisión, y el auto del Tribunal en el asunto C-221/18 P, EDF/Comisión). En particular, el informe [IBR] no evalúa si la inyección de capital de 2015 era una inversión razonable, ni tampoco las hipótesis contrafactuales (liquidación, venta o «inacción», en lugar de una inyección de capital).

(155) Como se explica en el considerando 91 de la Decisión de incoación, la Comisión considera que Alemania no disponía de elementos que pudieran demostrar que, a través de la inyección de capital, NRW habría generado, desde una perspectiva *ex ante*, un rendimiento adicional del capital que no habría generado de no haberse realizado la inyección.

(156) El informe [IBR] no contiene tal análisis de las hipótesis contrafactuales (la situación de WestSpiel sin la inyección de capital) en comparación con la hipótesis factual (la situación de WestSpiel con la inyección de capital). Por lo que respecta a la referencia de Alemania a la página 101 del informe [IBR] (véase el considerando 74), tal como se explica en el considerando 121, esta previsión de liquidez de WestSpiel para los años 2015 a 2023 solo describe la evolución de la empresa sin la inyección de capital prevista (tras la venta de las obras de arte y la transferencia de beneficios) y no contempla la situación con la inyección de capital.

(157) La página 106 del informe [IBR] ofrece una previsión de la evolución de la liquidez en los años 2014 a 2023 para la hipótesis con la inyección de capital. No obstante, el análisis de esta hipótesis sigue limitándose a las afirmaciones de que «a través de la inyección de capital, WestSpiel KG dispone de recursos financieros positivos durante todo el período de planificación» y de que la liquidez no se situaría por debajo de la «liquidez mínima de 5 millones EUR» y «superaría ligeramente la liquidez mínima en el segundo trimestre de 2020». Aparte de estas estimaciones, no existe ningún otro análisis, en particular ninguna explicación sobre cómo la inyección de capital influiría de manera concreta (y positiva) en los futuros resultados financieros de WestSpiel ([70]).

(158) Además, también en lo que respecta a una posible liquidación o venta de WestSpiel como hipótesis contrafactual a la inyección de capital, el informe [IBR] no contiene ninguna descripción o análisis de la hipotética aplicación de ninguna de estas dos hipótesis.

(159) Por lo tanto, Alemania no ha facilitado ni un plan de negocio detallado ni ningún otro análisis (con estimaciones exactas y completas de la rentabilidad futura y análisis detallados de costes y beneficios) que compare el marco hipotético general sin la inyección de capital, en particular las hipótesis contrafactuales específicas de «inacción» y de liquidación o venta, con la hipótesis factual de la inyección de capital.

— *Conclusión sobre la aplicabilidad de la prueba del principio del inversor que actúa en condiciones de mercado*

(160) Por estos motivos, la Comisión considera que la prueba del principio del inversor que actúa en condiciones de mercado no es aplicable a la inyección de capital.

— *Aplicación de la prueba del principio del inversor que actúa en condiciones de mercado*

(161) Sin perjuicio de la evaluación anterior, en la que la Comisión concluye que la prueba del principio del inversor que actúa en condiciones de mercado no es aplicable, la Comisión considera, adoptando una línea de razonamiento complementaria, que, incluso si lo fuera, no se superaría la prueba del principio del inversor que actúa en condiciones de mercado.

(162) La Comisión tratará a continuación los dos argumentos (visión «a corto plazo» y visión «a largo plazo») presentados por Alemania, tal como se explica en el considerando 78.

— *La «visión a corto plazo» de Alemania*

([70]) En particular, no se menciona la evolución de los GGR anuales.

(163) En primer lugar, en cuanto a la visión «a corto plazo» de Alemania, como se explica en el considerando 78, al considerar la conformidad de la inyección de capital de 2015 con el principio del inversor que actúa en condiciones de mercado como una medida independiente (es decir, sin tener en cuenta los ingresos fiscales de la transferencia de beneficios), la Comisión no está de acuerdo en que, para un inversor privado, no habría existido ninguna opción alternativa al modelo de las tres fases (venta de las obras de arte/transferencia de beneficios/inyección de capital) y que la única opción alternativa posible habría sido no aplicar las medidas y, por tanto, perder el valor total de la participación de NRW.BANK en WestSpiel, así como la perspectiva de futuros ingresos.

(164) La Comisión considera que, contrariamente a su posición con respecto a las hipótesis contrafactuales sobre la cobertura anual de pérdidas, la liquidación o la venta de WestSpiel habrían sido opciones económicamente más razonables que la inyección de capital realizada por NRW.BANK en 2015. Dicha inyección de capital, realizada para mantener la empresa a flote, solo satisface la prueba del principio del inversor que actúa en condiciones de mercado cuando cabe esperar (sobre la base de consideraciones *ex ante*) que conduzca a un resultado mejor que las otras dos opciones. En cualquier caso, dicha prueba debe realizarse *ex ante*.

(165) La Comisión evaluó las hipótesis contrafactuales (la liquidación o venta de WestSpiel o la «inacción») en comparación con la hipótesis factual (la inyección de capital) elegida por NRW.BANK para determinar si un inversor privado en circunstancias comparables habría actuado de la misma manera.

(166) La evaluación se basa principalmente en las cuentas anuales de WestSpiel y en los informes [XY] correspondientes a los años 2013 y 2014, ya que estos documentos representan el período inmediatamente anterior a que NRW.BANK tomara la decisión de conceder la inyección de capital en diciembre de 2015 y, por lo tanto, resultan más adecuados para mostrar la situación de WestSpiel en el momento de la inyección de capital ([71]). La Comisión también examinó las previsiones y planificaciones de pérdidas y ganancias, el saldo y el flujo de caja de WestSpiel para los años 2015 a 2023, tal como se indica en el informe [IBR].

— *Evaluación de las hipótesis contrafactuales: liquidación y venta*

(167) Según las cuentas anuales de WestSpiel y los informes [XY], como se indica en el considerando 113, el importe de los pasivos superó el capital de WestSpiel en los años 2010 a 2015, y, por tanto, también en 2013 y 2014. Más concretamente, las cuentas de WestSpiel muestran un pasivo de 17,5 millones EUR y un capital de 9,6 millones EUR en 2013, y un pasivo de 17,6 millones EUR y un capital de aproximadamente 14 millones EUR en 2014. Por lo tanto, la Comisión considera que, en esa misma línea, durante el período anterior a la inyección de capital en diciembre de 2015, la liquidación de WestSpiel solo habría sido posible con un valor negativo, es decir, los pasivos habrían sido superiores al capital de WestSpiel (véase el considerando 109). También en lo que respecta a una posible venta, la empresa no habría resultado muy atractiva en ese momento.

(168) No obstante, a pesar de la alta probabilidad de que NRW.BANK no hubiera podido mantener su participación en WestSpiel con una liquidación o una venta en 2013 o 2014, la liquidación o la venta de la empresa o la posibilidad de no tomar ninguna medida habrían sido preferibles a la inyección de capital. En particular, las cuentas anuales de WestSpiel deben evaluarse desde una perspectiva diferente en lo que respecta a la inyección de capital y a la cobertura anual de pérdidas, ya que las situaciones no son comparables:

— En primer lugar, un inversor privado razonable no habría inyectado capital adicional para reforzar a una empresa si ya se habían realizado inversiones considerables en el pasado (la cobertura anual de pérdidas desde 2009) que no habían ofrecido resultados positivos para la situación financiera de la empresa. Como se describe en el considerando 119, la situación de WestSpiel no mejoró como consecuencia de la cobertura anual de pérdidas; por el contrario, los GGR anuales siguieron disminuyendo y las pérdidas netas anuales siguieron siendo elevadas hasta que se vendieron las obras de arte en 2014. En 2014, WestSpiel obtuvo beneficios netos bajos. En el momento en que se adoptó la decisión sobre la inyección de capital en 2014, un inversor privado habría estado en condiciones de evaluar los efectos de la cobertura anual de pérdidas concedida a WestSpiel durante los últimos cinco años y de llegar a la conclusión de que la situación de la empresa seguía en declive. Por lo tanto, un inversor razonable no habría aportado capital adicional asumiendo el riesgo de sufrir pérdidas financieras aún mayores, sino que habría procedido inmediatamente a la liquidación o a la venta de la empresa.

([71]) El informe [IBR] también se basa en la información comercial de WestSpiel de los años 2013 y 2014, véase la página 114 de dicho informe.

— En segundo lugar, la cobertura anual de pérdidas constituía un comportamiento puramente pasivo de un accionista que no requería ninguna acción específica o decisión activa, ya que el proceso por el cual los accionistas de una sociedad comanditaria compensan las pérdidas a partir de capital propio se deriva de una obligación en virtud del Derecho de sociedades alemán (véanse los considerandos 103 y 104). Por el contrario, la decisión de inyectar nuevo capital es una decisión activa y no responde a un mero automatismo jurídico. Por lo tanto, el umbral para un inversor es mucho más elevado antes de tomar la decisión de conceder una inyección de capital y, por lo tanto, esta medida debe examinarse más estrictamente que la situación de «inacción» de la cobertura anual de pérdidas.

— En tercer lugar, aunque la Comisión argumenta que la cobertura de pérdidas puede ser comprensible para un accionista que ha realizado una inversión considerable (la aportación de capital inicial) y ha aceptado pérdidas en una empresa durante un largo período de tiempo para abstenerse de liquidar o vender la empresa (véanse los considerandos 107 a 125), esto no se aplica a la inyección de capital. La Comisión considera que este argumento no puede aplicarse durante un período ilimitado y a un importe ilimitado de pérdidas sufridas por una empresa, ya que ello daría lugar a la posibilidad de que un inversor realizara una inversión inicial en una empresa y, a continuación, aceptara pérdidas o realizara pagos adicionales sin estar obligado a volver a evaluar en otro momento la rentabilidad y la racionalidad de la continua inversión.

— En cuarto lugar, la Comisión toma nota de las previsiones bastante positivas en cuanto a la situación financiera de WestSpiel para el período 2021-2023, cuando se esperaba un cambio de una balanza de pagos negativa a positiva (véanse los considerandos 74 y 121). Sin embargo, no habría sido aceptable que un inversor privado comparable se hubiera abstenido de realizar una liquidación o venta en 2015 (cuando tuvo lugar la inyección de capital) y hubiera esperado a la mejora prevista de la situación financiera de la empresa. El intervalo temporal entre 2015 y 2021 sigue siendo muy largo y no sería razonable pedir a un accionista que aplazara una decisión urgente y necesaria durante seis años más. En particular, deben tenerse en cuenta las pérdidas adicionales que probablemente habría sufrido el accionista durante estos años, así como la incertidumbre económica y financiera, dado que las previsiones todavía apuntaban a una balanza de pagos negativa de WestSpiel hasta el último punto de inflexión en 2021. En cualquier caso, la alternativa razonable a una venta o liquidación en 2015 no habría sido la inyección de capital, por las razones expuestas anteriormente, sino la mera posibilidad de que un accionista no actuara en absoluto y aceptara una cobertura adicional de pérdidas anuales en virtud del automatismo previsto en el HGB, como ya se hizo en años anteriores.

— *Conclusión sobre la evaluación de las hipótesis contrafactuales*

(169) Por consiguiente, sobre la base de los argumentos presentados en la evaluación de las hipótesis contrafactuales específicas, la Comisión concluye que un inversor privado comparable habría optado por liquidar o vender la empresa o no actuar en absoluto en lugar de realizar otra inversión que conllevara incluso inyectar capital adicional en una empresa globalmente deficitaria, con lo que correría el riesgo de perder, además del capital restante en cuestión, los importes recién inyectados.

— *La* visión a largo plazo *de Alemania*

(170) Por lo que respecta a la visión «a largo plazo» de Alemania, tal como se explica en el considerando 78, la Comisión considera que, a la luz de la jurisprudencia del asunto EDF ([72]), deben distinguirse, por una parte, la actuación del Estado en su calidad de inversor (en virtud de la cual llevó a cabo la inyección de capital) y, por otra, su actuación en calidad de autoridad pública (en virtud de la cual recibió la transferencia de beneficios).

([72]) Sentencia del Tribunal de Justicia de 5 de junio de 2012, Comisión/EDF, asunto C-124/10 P, ECLI:EU:C:2012:318.

(171) Como ha señalado el Tribunal de Justicia, para apreciar si la misma medida se habría adoptado en condiciones normales de mercado por un operador privado que se encontrara en una situación lo más similar posible a la del Estado, solo se deben tener en cuenta los beneficios y las obligaciones ligados a la situación de este último en calidad de operador privado, con exclusión de los que le correspondan como poder público ([73]).

(172) Por lo que se refiere al argumento de Alemania de que los impuestos adicionales ([74]) de WestSpiel deben incluirse en los ingresos al evaluar la conformidad de la inyección de capital con el principio del inversor que actúa en condiciones de mercado, la Comisión señala que tal consideración no figura entre los elementos que tendría en cuenta un inversor en una economía de mercado.

(173) La jurisprudencia no permite concluir que una ventaja en forma de inversión de capital en una empresa pueda neutralizarse mediante el pago de impuestos sobre los beneficios de dicha empresa. En este sentido, aunque la inyección de capital fuera necesaria para mantener la empresa a flote y evitar un procedimiento de insolvencia, como se explica en los considerandos 152 a 159, no había pruebas *ex ante* suficientes de que cupiera esperar que la inversión generara beneficios o evitara pérdidas adicionales (en comparación con las hipótesis contrafactuales, a saber, la liquidación o la venta de WestSpiel).

— *Conclusión sobre la aplicación de la prueba del principio del inversor que actúa en condiciones de mercado*

(174) A la luz de la evaluación de las hipótesis contrafactuales sobre la base de la información de que disponía la Comisión sobre la situación financiera de WestSpiel en el momento de tomar la decisión sobre la inyección de capital en 2015 (véase el considerando 167) y de la conclusión de la Comisión de que el pago de impuestos no puede neutralizar una ventaja (véase el considerando 173), la Comisión considera que la medida no es conforme con la prueba del principio del inversor que actúa en condiciones de mercado.

(175) La Comisión parte de la base de que, dado que WestSpiel era deficitaria, un inversor privado racional no decidiría inyectarle capital adicional sin realizar evaluaciones, aunque fueran de carácter general, que demostraran que existen probabilidades razonables de obtener beneficios futuros y que incluyeran, en su caso, la posible venta o liquidación de la empresa ([75]).

6.1.2.2.3.2. Supuesta compensación por una desventaja estructural

(176) Alemania argumenta (véase el considerando 79) que la inyección de capital de 2015 no habría supuesto una ventaja para WestSpiel y, por lo tanto, no habría constituido ayuda estatal, ya que habría compensado a esta última por su desventaja estructural de estar sujeta a mayores impuestos que sus competidores privados (de conformidad con la jurisprudencia del asunto Combus ([76])). En particular, el artículo 14 de la SpielbG NRW (versión antigua) habría impedido a WestSpiel utilizar el producto de los activos que había vendido (es decir, los ingresos extraordinarios que obtuvo de la venta de las obras de arte).

(177) Sin embargo, la Comisión no comparte el parecer de Alemania. En la sentencia Orange ([77]) más reciente, el Tribunal de Justicia aclaró que, si bien la compensación de una desventaja estructural puede ser compatible con el mercado interior, en determinadas circunstancias sigue constituyendo ayuda estatal. Más concretamente, el Tribunal aclaró en el apartado 44 de la sentencia que, salvo en los casos de servicios de interés económico general que se ajusten a los criterios establecidos por la sentencia Altmark ([78]), una ventaja económica concedida mediante fondos estatales debe considerarse ayuda estatal si se cumplen todas las demás condiciones de existencia de la ayuda.

([73]) Sentencia del Tribunal de Justicia de 6 de marzo de 2018, Comisión/FIH Holding y FIH Erhvervsbank, asunto C-579/16 P, ECLI:EU:C:2018:159, apartado 55; sentencia del Tribunal de Justicia de 5 de junio de 2012, Comisión/EDF, asunto C-124/10 P, ECLI:EU:C:2012:318, apartado 79, y la jurisprudencia en ella citada; sentencia del Tribunal de Justicia de 24 de octubre de 2013, Land Burgenland y otros/Comisión, asuntos acumulados C-214/12 P, C-215/12 P y C-223/12 P, ECLI:EU:C:2013:682, apartado 52.

([74]) Impuestos generados por la inyección de capital con cargo al presupuesto estatal de NRW.

([75]) Sentencia del Tribunal General de 25 de junio de 2015, SACE y SACE BT/Comisión, asunto T-305/13, ECLI:EU:T:2015:435, apartados 178 a 180.

([76]) Sentencia del Tribunal General de 16 de marzo de 2004, Danske Busvognmænd/Comisión, asunto T-157/01, ECLI:EU:T:2004:76, apartado 57.

([77]) Sentencia del Tribunal de Justicia de 26 de octubre de 2016, Orange/Comisión, asunto C-211/15, ECLI:EU:C:2016:798, apartados 22 a 34.

([78]) Sentencia del Tribunal de Justicia de 24 de julio de 2003, Altmark Trans y Regierungspräsidium Magdeburg, asunto C-280/00, ECLI:EU:C:2003:415.

(178) Además, la Comisión observa que ambas sentencias Combus y Orange se referían a medidas compensatorias destinadas a cubrir costes anormales en comparación con los de los competidores privados. Sin embargo, en el caso que nos ocupa, la medida no aborda una desventaja «estructural», sino más bien una cesión puntual de activos, que permite a una empresa seguir operando a pesar de tener un modelo de negocio no rentable.

(179) En vista de lo anterior, la Comisión concluye que no puede considerarse que la inyección de capital de 2015 no implique ayuda estatal por representar una compensación de la desventaja estructural de WestSpiel.

6.1.2.2.3.3. Supuesta ausencia de ventaja, ya que podría haberse logrado el mismo resultado económico mediante modificaciones legislativas

(180) Alemania también explica (véase el considerando 80) que podría haberse logrado el mismo resultado económico de la inyección de capital a través de enmiendas legislativas, es decir, modificando el régimen fiscal aplicable a WestSpiel.

(181) La Comisión considera que este argumento no es pertinente para determinar si la inyección de capital de NRW.Bank en 2015 confirió una ventaja a WestSpiel. La Comisión señala que este argumento es meramente hipotético y no se materializó en la práctica. De hecho, a pesar de la posibilidad teórica, el Estado no ha hecho uso *de facto* de esta vía, sino que optó por mantener el régimen fiscal aplicable a WestSpiel y recurrió a realizar una inyección de capital. A tal fin, la Comisión no puede seguir evaluando si habría existido una ventaja para WestSpiel en el supuesto teórico de haberse realizado enmiendas legislativas, por la sencilla razón de que estas modificaciones legislativas no tuvieron realmente lugar en la práctica.

6.1.2.2.3.4. El supuesto reembolso del valor contable de la participación sin derecho a voto de NRW equivaldría a una amplia devolución de la (presunta) ayuda estatal

(182) Alemania también alega (véase el considerando 81) que el reembolso por parte de WestSpiel a NRW del valor contable de la participación sin derecho a voto de NRW habría sido equivalente a una devolución de la (presunta) ayuda estatal, en caso de que tal ayuda existiera. En este sentido, según Alemania, el precio (más elevado) que pagaría el adjudicatario en el proceso de licitación (en ese momento) en curso reflejaría el valor más elevado que tenía la empresa, ya que había recibido ayuda estatal.

(183) La Comisión señala que la posibilidad teórica (contemplada antes de la venta de WestSpiel en septiembre de 2021) de obtener un precio más elevado en un procedimiento de licitación no basta para descartar la existencia de una ventaja derivada de la inyección de capital de 2015 ni para impedir que el beneficiario continúe obteniendo el beneficio real de la ventaja derivada de ella ([79]). Esto es así porque la ventaja debe evaluarse en el momento en que se concede la ayuda, de modo que la hipótesis teórica de un aumento del valor de la empresa en el futuro podría ser pertinente, pero no el hecho de que la participación sin derecho a voto se haya devuelto posteriormente.

(184) En cualquier caso, la Comisión concluye que este argumento no se refiere a la existencia de una ayuda estatal en sí misma, sino más bien al importe restante de la ayuda que debía recuperarse tras la conclusión de la venta de WestSpiel y el pago del precio de venta.

— *Conclusión sobre la ventaja*

(185) Por consiguiente, la Comisión concluye que la inyección de capital confiere una ventaja a tenor del artículo 107, apartado 1, del TFUE.

([79]) Sentencia del Tribunal de Justicia de 1 de octubre de 2015, Electrabel y Dunamenti Erőmű/Comisión, asunto C-357/14 P, ECLI:EU:C:2015:642, apartado 116.

6.1.2.2.4. Selectividad

(186) En cuanto al criterio de selectividad, existe la presunción de que las medidas evaluadas son selectivas, ya que el único beneficiario era WestSpiel. Dado que, en el presente asunto, no existe ningún elemento que pueda refutar esta presunción, la Comisión concluye que las medidas evaluadas son selectivas. Alemania tampoco negó este extremo.

6.1.2.2.5. Falseamiento de la competencia y efecto sobre el comercio

(187) En relación con el criterio del falseamiento de la competencia, la Comisión recuerda que se considera que una medida concedida por el Estado falsea o amenaza con falsear la competencia cuando puede mejorar la posición competitiva del beneficiario con respecto a otras empresas con las que compite. Generalmente y a efectos prácticos, se considera que existe un falseamiento de la competencia, en el sentido del artículo 107, apartado 1, del TFUE, cuando un Estado concede una ventaja económica a una empresa en un sector liberalizado en el que hay, o podría haber, competencia ([80]). Por lo que respecta al criterio de las repercusiones para el comercio dentro de la Unión, es notorio que no es necesario acreditar la incidencia real de la ayuda en los intercambios comerciales entre los Estados miembros, sino únicamente si la ayuda puede afectar a dichos intercambios. En particular, el Tribunal de Justicia ha dictaminado que «cuando una ayuda económica otorgada por el Estado refuerza la posición de una empresa frente a otras que compiten con ella en los intercambios comerciales [dentro de la Unión], procede considerar que la ayuda influye sobre dichos intercambios» ([81]).

(188) Como se explica en el considerando 57 de la Decisión de incoación, la Comisión no comparte la opinión de Alemania de que las medidas evaluadas no podrían haber falseado la competencia ni haber afectado al comercio entre Estados miembros, habida cuenta de la supuesta posición de monopolio legal de WestSpiel en NRW. Aunque Alemania alega que el mercado de los casinos se habría cerrado a la competencia con arreglo a los artículos 1 y 3 de la SpielbG NRW (versión antigua) en el período pertinente (2009-2015), parece que WestSpiel competía con salas de juego de operadores privados (especialmente de miembros de la FSH), en particular en lo que respecta a las actividades de juegos de azar con máquinas. Además, nada indica que en NRW existiera un monopolio legal que excluyera la competencia en el mercado y para el mercado. Por último, a pesar de las observaciones de Alemania sobre la supuesta actividad ilegal de los proveedores en línea, y como también se indica en el considerando 57 de la Decisión de incoación, las actividades no relacionadas con los juegos de azar de WestSpiel (como, por ejemplo, la explotación de bares y restaurantes en los casinos) no estaban sujetas, en cualquier caso, a un posible monopolio legal y se ejercían en competencia con otras empresas.

(189) Por lo tanto, la Comisión concluye que es probable que la inyección de capital de 2015 afectara al comercio dentro de la Unión y falseara o amenazara con falsear la competencia.

— *Conclusión sobre la inyección de capital*

(190) Por consiguiente, por lo que se refiere a la inyección de capital a WestSpiel, la Comisión concluye de la evaluación anterior que se cumplen los criterios acumulativos para la existencia de ayuda estatal en el sentido del artículo 107, apartado 1, del TFUE y que la medida constituye ayuda estatal.

([80]) Sentencia del Tribunal de Justicia de 15 de junio de 2000, Alzetta y otros/Comisión, asuntos acumulados T-298/97, T-312/97, T-313/97, T-315/97, T-600/97 a 607/97, T-1/98, T-3/98 a T-6/98 y T-23/98, ECLI:EU:T:2000:151, apartados 141 a 147; sentencia del Tribunal de Justicia de 24 de julio de 2003, Altmark Trans y Regierungspräsidium Magdeburg, asunto C-280/00, ECLI:EU:C:2003:415.

([81]) Sentencia del Tribunal de Justicia de 14 de enero de 2015, Eventech, asunto C-518/13, ECLI:EU:C:2015:9, apartado 66; sentencia del Tribunal de Justicia de 8 de mayo de 2013, Libert y otros, asuntos acumulados C-197/11 y C-203/11, ECLI:EU:C:2013:288, apartado 77; sentencia del Tribunal General de 4 de abril de 2001, Regione autonoma Friuli-Venezia Giulia/Comisión, asunto T-288/97, ECLI:EU:T:2001:115, apartado 41.

6.1.3. *Conclusión sobre la existencia de la ayuda*

(191) Por lo que respecta a la cobertura anual de pérdidas, la Comisión concluye que no constituye ayuda estatal en el sentido del artículo 107, apartado 1, del TFUE, ya que los criterios acumulativos de dicho artículo no están ya presentes por las razones expuestas en la sección 6.1.1 (ausencia de ventaja, de recursos estatales y de imputabilidad), lo que hace superfluo el análisis de los demás criterios del artículo 107, apartado 1, del TFUE.

(192) Por lo que se refiere a la supuesta inyección de capital de 2015, la Comisión concluye que constituye ayuda estatal en el sentido del artículo 107, apartado 1, del TFUE, ya que se cumplen los criterios acumulativos de dicho artículo por las razones expuestas en la sección 6.1.2.

6.2. **Legalidad de la ayuda**

(193) La inyección de capital de 2015 constituye ayuda estatal en el sentido del artículo 107, apartado 1, del TFUE y, dado que se ha desembolsado infringiendo el artículo 108, apartado 3, del TFUE, constituye ayuda estatal ilegal.

6.3. **Compatibilidad**

(194) Dado que la inyección de capital de 2015 constituye ayuda estatal, es necesario examinar si esta medida de ayuda podría considerarse compatible con el mercado interior. Las medidas de ayuda estatal pueden considerarse compatibles con el mercado interior sobre la base de las excepciones enumeradas en el artículo 107, apartados 2 y 3, del TFUE.

(195) Alemania presentó dos posibles bases de compatibilidad, a saber, a) el artículo 107, apartado 3, letra c), del TFUE: ayudas para la liberalización del mercado (véase el considerando 84), y b) las Directrices de salvamento y de reestructuración (véase el considerando 85).

(196) Por lo que respecta al artículo 107, apartado 3, letra c), del TFUE, el razonamiento relativo a una compensación para la liberalización del mercado presentado por Alemania no puede ser aceptado por la Comisión. De hecho, en primer lugar, la Comisión no tiene indicios de que la (supuesta) apertura del mercado fuera el motivo de la inyección de capital. En segundo lugar, la Comisión concluye que, en cualquier caso, el mercado no se ha liberalizado; de hecho, el marco jurídico consistente en un operador titular de una licencia monopolística para casinos (antes pública, pero ahora privada tras la compra de WestSpiel), por una parte, y operadores privados de máquinas tragaperras, por otra, sigue siendo el mismo.

(197) Por lo que se refiere a la compatibilidad con arreglo a las normas sobre ayudas estatales aplicables a las ayudas de salvamento y reestructuración, a pesar de la alegación de Alemania de que una posible recuperación de la ayuda convertiría a WestSpiel en una empresa en crisis, Alemania no facilitó ninguna información que demostrara que, en el momento en que se concedieron las medidas, la empresa podía considerarse una empresa en crisis y que se cumplían los requisitos de las Directrices de salvamento y de reestructuración. No se han disipado las dudas expresadas por la Comisión en el considerando 104 de la Decisión de incoación sobre si se cumplieron estos requisitos; de hecho, la Comisión no recibió información que demostrara que la inyección de capital se concedió de forma no permanente, sobre la base de un plan de reestructuración previamente aprobado, y con una contribución propia adecuada a los costes de la reestructuración con cargo a los recursos propios del beneficiario de la ayuda.

(198) En vista de lo anterior, la Comisión concluye que la ayuda estatal ilegal concedida por Alemania en forma de la inyección de capital de 2015 no es compatible con el mercado interior.

7. RECUPERACIÓN

(199) Con arreglo al TFUE y a la jurisprudencia reiterada de los órganos jurisdiccionales de la Unión, cuando la Comisión considera que una ayuda es incompatible con el mercado interior, está facultada para decidir que el Estado miembro de que se trate debe suprimirla o modificarla ([82]). Los órganos jurisdiccionales de la Unión también han declarado en varias ocasiones que la obligación de los Estados miembros de suprimir una ayuda que la Comisión ha declarado incompatible con el mercado interior tiene por objeto restablecer la situación anterior ([83]).

(200) En este contexto, los órganos jurisdiccionales de la Unión han determinado que este objetivo se logra cuando el beneficiario ha devuelto los importes concedidos a través de una ayuda ilegal, eliminándose de tal modo la ventaja de que había disfrutado en comparación con sus competidores en el mercado interior, y se ha restablecido la situación existente antes de que se abonara la ayuda ([84]).

(201) En consonancia con la jurisprudencia, el artículo 16, apartado 1, primera frase, del Reglamento (UE) 2015/1589 del Consejo ([85]) establece que «[c]uando se adopten decisiones negativas en casos de ayuda ilegal, la Comisión decidirá que el Estado miembro interesado tome todas las medidas necesarias para obtener del beneficiario la recuperación de la ayuda».

(202) Así pues, dado que la inyección de capital de 2015 en cuestión se ejecutó en contravención del artículo 108, apartado 3, del TFUE y debe considerarse una ayuda ilegal e incompatible, deberá recuperarse con el fin de restablecer la situación existente en el mercado interior antes de que se concediera.

(203) El importe nominal de recuperación corresponde al importe de la inyección de capital (es decir, 64,8 millones EUR). Los importes ya devueltos por WestSpiel en dos tramos tras la disolución del acuerdo de participación sin derecho a voto el 8 de enero de 2021 (véase la nota a pie de página 36), es decir, a) el primer tramo de 35 millones EUR (reembolsado el 19 de enero de 2021, véase el considerando 90), y b) el segundo tramo de 11 516 909 EUR (reembolsado el 26 de julio de 2021, véase el considerando 81), que suman un total de 46 516 909 EUR, no pueden calificarse de recuperación parcial, contrariamente a lo que argumenta Alemania (véase el considerando 83). Esto es así porque, incluso con la devolución de este importe, WestSpiel no ha perdido de hecho la ventaja realmente obtenida sobre sus competidores gracias a la inyección de capital.

(204) La Comisión observa que la disolución de la participación sin derecho a voto en el caso que nos ocupa no puede calificarse de recuperación y no tiene ningún efecto sobre el importe de la ayuda que debe recuperarse, ya que, en principio, este importe no depende de acontecimientos que se produzcan después de la concesión de la ayuda.

(205) La ventaja se deriva de una inyección de capital que no se produciría en condiciones normales de mercado. La totalidad de la inyección de capital constituye el importe de la ventaja. Si posteriormente resulta que, gracias a la evolución de la situación, la inversión fue finalmente rentable, esto no modifica la existencia de la ventaja ni su importe. Por ejemplo, cuando un Estado miembro realiza esa inversión comprando acciones de una empresa (que no sería comprada por un inversor privado) y posteriormente las vende (aunque su precio haya aumentado en el ínterin), esta venta no constituye un reembolso de la ayuda. Del mismo modo, la distribución de dividendos tampoco constituye una recuperación. El mismo análisis seguiría siendo válido para el reembolso de una participación.

(206) En otras palabras, las evoluciones concretas que se producen en relación con el capital o la «participación» son fenómenos separados que no afectan a la recuperación de la ayuda concedida ilegalmente. Por ende, la Comisión concluye que la devolución no ha restablecido (ni siquiera parcialmente) la situación que existía en el mercado interior antes del pago de la ayuda.

([82]) Sentencia del Tribunal de Justicia de 12 de julio de 1973, Comisión/Alemania, asunto C-70/72, ECLI:EU:C:1973:87, apartado 13.
([83]) Sentencia del Tribunal de Justicia de 21 de marzo de 1990, Bélgica/Comisión, asunto C-142/87, ECLI:EU:C:1990:125, apartado 66.
([84]) Sentencia del Tribunal de Justicia de 17 de junio de 1999, Bélgica/Comisión, asunto C-75/97, ECLI:EU:C:1999:311, apartados 64 y 65.
([85]) Reglamento (UE) 2015/1589 del Consejo, de 13 de julio de 2015, por el que se establecen normas detalladas para la aplicación del artículo 108 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (DO L 248 de 24.9.2015, p. 9, ELI: http://data.europa.eu/eli/reg/2015/1589/oj).

(207) Como se menciona en el considerando 29, debido a la reorganización del grupo WestSpiel, WestSpiel se fusionó con WestSpiel GmbH. Tras la venta al Grupo Gauselmann, WestSpiel cambió de denominación y opera ahora con el nombre de «Merkur Spielbanken GmbH» (véase el considerando 30). En caso de fusión u otra forma de reorganización empresarial, debe identificarse al sucesor legal del beneficiario original de la ayuda y el Estado miembro debe recuperar la ayuda de la entidad superviviente ([86]). WestSpiel GmbH es la sucesora legal de WestSpiel, que ahora se denomina «Merkur Spielbanken GmbH». El término «WestSpiel» se refiere a esta entidad fusionada y posteriormente vendida (véase la nota a pie de página 7), de la que debe recuperarse la ayuda.

(208) La recuperación debe abarcar el período comprendido entre la fecha en que la ayuda se puso a disposición del beneficiario, esto es, el 15 de diciembre de 2015 (véase el considerando 130), y su recuperación efectiva. El importe que debe recuperarse devengará intereses hasta la fecha de la recuperación efectiva.

8. CLÁUSULA DE INDEMNIZACIÓN

(209) La Comisión observa que el acuerdo de compraventa de WestSpiel contiene disposiciones que constituyen una cláusula de indemnización frente a las órdenes de recuperación de ayudas estatales, cuyo límite máximo es de 30 millones EUR (véanse el punto D del preámbulo y los artículos 7, 17.2, 19, 24, 28.3 a 28.5 y 29 del acuerdo de compraventa de WestSpiel). La Comisión recuerda que la jurisprudencia reiterada establece que dichas cláusulas pueden considerarse medidas de ayuda estatal independientes en sí mismas, y que el empleo de estas cláusulas puede considerarse una elusión de la recuperación de ayudas estatales ilegales e incompatibles. La Comisión destaca que el beneficiario de la cláusula es también el beneficiario de la ayuda.

(210) Según reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia, la obligación impuesta a un Estado miembro de suprimir una ayuda, que la Comisión haya considerado incompatible con el mercado interior, tiene por objeto restablecer la situación preexistente. Este objetivo se alcanza una vez que la ayuda en cuestión, incrementada, en su caso, con intereses de demora, ha sido devuelta por el beneficiario. A través de esta devolución, el beneficiario de la ayuda pierde, en efecto, la ventaja de que hubiera disfrutado en el mercado respecto a sus competidores y queda restablecida la situación anterior a la concesión de la ayuda. Admitir que un Estado miembro pueda conceder una ayuda por un importe equivalente al de la ayuda ilegal, destinada a neutralizar el impacto de las devoluciones a que están obligados los beneficiarios, equivaldría evidentemente a hacer fracasar la eficacia de las decisiones adoptadas por la Comisión ([87]).

(211) La cláusula de indemnización, en caso de aplicarse, tendrá como resultado compensar a WestSpiel por la ayuda ilegal e incompatible que recibió. Más concretamente, WestSpiel estará obligada, en virtud de la presente Decisión, a devolver al Estado la ayuda incompatible. Esta circunstancia activará, una vez que la presente Decisión sea definitiva, la cláusula de indemnización, que obliga al Estado a pagar a WestSpiel el mismo importe que ha recuperado, con un límite máximo de 30 millones EUR. La aplicación de dicha cláusula constituiría una elusión de la recuperación de ayudas estatales ilegales e incompatibles, tal como se constata en la presente Decisión, ya que no dará lugar a una recuperación efectiva en forma de un restablecimiento de la situación que existía en el mercado antes del pago de la ayuda, lo cual es contrario a su finalidad ([88]).

9. CONCLUSIÓN

(212) La Comisión concluye que Alemania ha aplicado ilegalmente la ayuda en contravención del artículo 108, apartado 3, del TFUE.

(213) La Comisión concluye que la ayuda es incompatible con el mercado interior y debe recuperarse de WestSpiel, más intereses.

([86]) A tal efecto, véase la sentencia del Tribunal de Justicia de 7 de marzo de 2018, SNCF Mobilités/Comisión, C-127/16 P, ECLI:EU:C:2018:165.

([87]) Sentencia del Tribunal de Justicia, de 29 de junio de 2004, Comisión/Consejo, asunto C-110/02, ECLI:EU:C:2004:395, apartados 42 y 43 y jurisprudencia citada.

([88]) Sentencia del Tribunal de Justicia de 11 de diciembre de 2012, Comisión/España, asunto C-610/10, ECLI:EU:C:2012:781, apartado 105.

HA ADOPTADO LA PRESENTE DECISIÓN:

Artículo 1

La supuesta medida relativa a la cobertura anual de pérdidas, que Alemania ha aplicado, no constituye ayuda en el sentido del artículo 107, apartado 1, del TFUE.

Artículo 2

La inyección de capital de 2015 por valor de 64,8 millones EUR, ilegalmente ejecutada por Alemania infringiendo el artículo 108, apartado 3, del TFUE, es incompatible con el mercado interior.

Artículo 3

1. Alemania recuperará la ayuda incompatible a que se refiere el artículo 2 de WestSpiel, que se fusionó con WestSpiel GmbH y ahora se denomina «Merkur Spielbanken NRW GmbH».

2. Las cantidades objeto de recuperación devengarán intereses desde la fecha en que se pusieron a disposición de WestSpiel hasta la de su recuperación efectiva.

3. Alemania velará por que WestSpiel no reciba compensación alguna por los importes objeto de la presente Decisión. En particular, WestSpiel no recibirá, ni directa ni indirectamente, de Alemania ningún importe derivado de la aplicación de la cláusula de indemnización del acuerdo de compraventa de WestSpiel.

4. Los intereses se calcularán según el método de interés compuesto contemplado en el capítulo V del Reglamento (CE) n.º 794/2004 de la Comisión ([89]).

Artículo 4

1. La recuperación de la ayuda mencionada en el artículo 2 será inmediata y efectiva.

2. Alemania garantizará el cumplimiento de la presente Decisión en el plazo de cuatro meses a partir de la fecha de su notificación.

Artículo 5

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

a) el importe total (principal e intereses) que debe recuperarse de WestSpiel;

b) una descripción detallada de las medidas ya adoptadas y previstas para el cumplimiento de la presente Decisión;

c) los documentos que demuestren que se ha ordenado a WestSpiel que reembolse la ayuda mencionada en el artículo 2.

2. Alemania mantendrá informada a la Comisión del avance de las medidas que adopte para el cumplimiento de la presente Decisión hasta que se haya completado la recuperación de la ayuda mencionada en el artículo 2. Alemania presentará inmediatamente, a petición de la Comisión, información sobre las medidas ya adoptadas y previstas para el cumplimiento de la presente Decisión. También proporcionará información detallada sobre los importes de la ayuda y los intereses ya recuperados de WestSpiel. Alemania informará asimismo a la Comisión sobre si se ha aplicado, y de qué manera, la cláusula de indemnización mencionada en el considerando 209.

([89]) Reglamento (CE) n.º 794/2004 de la Comisión, de 21 de abril de 2004, por el que se establecen disposiciones de aplicación del Reglamento (UE) 2015/1589, por el que se establecen disposiciones de aplicación del artículo 108 del Tratado de Funcionamiento de la Unión europea (DO L 140 de 30.4.2004, p. 1, ELI: http://data.europa.eu/eli/reg/2004/794/oj).

Artículo 6

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

Hecho en Bruselas, el 22 de noviembre de 2024.

Por la Comisión
Margrethe VESTAGER
Vicepresidenta Ejecutiva