

SENTENCIA DEL TRIBUNAL GENERAL (Sala Novena)

de 4 de febrero de 2016 (*)

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

En el asunto T-287/11,

Heitkamp BauHolding GmbH, con domicilio social en Herne (Alemania), representada inicialmente por el Sr. W. Niemann, la Sra. M. Kiera-Nöllen y el Sr. S. Geringhoff, y posteriormente por los Sres. Niemann, Geringhoff y P. Dodos, abogados,

parte demandante,

apoyada por

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

parte coadyuvante,

contra

Comisión Europea, representada inicialmente por los Sres. R. Lyal, T. Maxian Rusche y M. Adam, y posteriormente por los Sres. Lyal y Maxian Rusche y la Sra. C. Egerer, en calidad de agentes,

parte demandada,

que tiene por objeto un recurso de anulación dirigido contra la Decisión 2011/527/UE de la Comisión, de 26 de enero de 2011, relativa a la ayuda estatal de Alemania C 7/10 (ex CP 250/09 y NN 5/10) Régimen de ventajas fiscales mediante traspaso de pérdidas (Sanierungsklausel) (DO L 235, p. 26),

EL TRIBUNAL GENERAL (Sala Novena),

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

Secretario: Sra. K. Andová, administradora;

habiendo considerado los escritos obrantes en autos y celebrada la vista el 8 de julio de 2015;

dicta la siguiente

Sentencia

Marco jurídico nacional

Norma de traslado de pérdidas

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

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

Norma de cancelación de pérdidas

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

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

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

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

7 Al principio la norma nueva de cancelación de pérdidas no preveía excepciones. No obstante, en situaciones de adquisiciones lesivas de participación cuyo objeto fuera permitir el saneamiento de empresas en crisis, las autoridades tributarias podían otorgar exenciones basándose en consideraciones de equidad, en aplicación del Decreto de Saneamiento de 27 de

marzo de 2003 del Ministerio de Hacienda alemán (en lo sucesivo, «Decreto de Saneamiento»).

Cláusula que permite el saneamiento de empresas en crisis

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

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

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

- a) la adquisición de participación tiene como finalidad el saneamiento de la entidad;
- b) en el momento de la adquisición la empresa es insolvente o está excesivamente endeudada o está amenazada de insolvencia o excesivo endeudamiento;
- c) se conservan las estructuras esenciales de la empresa, lo que supone que:
 - la entidad cumple un acuerdo entre dirección de la empresa y comité de empresa (Betriebsvereinbarung) respecto a la conservación de los puestos de trabajo, o
 - se conserva el 80 % de los puestos de trabajo (calculados sobre la base de la suma de los salarios medios anuales) en el curso de los cinco primeros años siguientes a la adquisición de la participación, o
 - en los doce meses siguientes a la adquisición se efectúa una aportación sustancial de activos o se condonan deudas que todavía tienen valor económico; se supone que se ha producido una aportación sustancial de activos si representan como mínimo el 25 % de los activos del ejercicio económico precedente; las prestaciones efectuadas por la sociedad de capital en los tres años siguientes a la aportación de los nuevos activos reducen el valor del capital de explotación aportado;
- d) en los cinco años que siguen a la adquisición de la participación no se produce ningún cambio en el sector de actividad de la empresa;
- e) la empresa no había cesado sus actividades en el momento de la adquisición de la participación.

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

Cláusulas sobre plusvalías latentes y grupos de empresas

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

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

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

Antecedentes de hecho del litigio

15 La demandante, Heitkamp BauHolding GmbH, es una sociedad que, por encontrarse desde 2008 en situación de riesgo de insolvencia, necesitaba ser saneada.

16 El 20 de febrero de 2009 la sociedad Heitkamp KG, matriz de la demandante, amortizó acciones de ésta al objeto de proceder a la fusión entre ambas.

17 En el momento de la operación en cuestión la demandante cumplía los requisitos necesarios para acogerse a la cláusula que permite el saneamiento de empresas en crisis, según indica la respuesta dada el 11 de noviembre de 2009 por la oficina tributaria de Herne (Finanzamt Herne) a una consulta vinculante (en lo sucesivo, «respuesta vinculante»).

18 Además, el 29 de abril de 2010 la demandante recibió de la Administración tributaria una liquidación por pagos a cuenta del impuesto sobre sociedades del ejercicio 2009 en la que tomaban en consideración las pérdidas trasladadas al amparo de la cláusula que permite el saneamiento de empresas en crisis.

19 Después de que la Comisión decidiera incoar el procedimiento de investigación formal (véase el apartado 25 posterior), el Ministerio de Hacienda alemán dio orden a la Administración tributaria, mediante escrito de 30 de abril de 2010, de dejar de aplicar la cláusula que permite el saneamiento de empresas en crisis.

20 Por tanto, la liquidación de 29 de abril de 2010 por pagos a cuenta del impuesto sobre sociedades del ejercicio 2009 fue sustituida el 27 de diciembre de 2010 por otra en la que no se tomaba en consideración la cláusula que permite el saneamiento de empresas en crisis. En enero de 2011 la demandante recibió liquidaciones por pagos a cuenta del impuesto sobre sociedades de ejercicios posteriores o por otros impuestos y tributos, en las que también se hacía caso omiso de la cláusula que permite el saneamiento de empresas en crisis.

21 El 1 de abril de 2011 la demandante recibió la liquidación tributaria por el impuesto sobre sociedades del ejercicio 2009 y la notificación de su tarifa para el impuesto de actividades económicas también del ejercicio 2009. Dado que en dichos documentos no se le aplicaba la cláusula que permite el saneamiento de empresas en crisis, la demandante no pudo trasladar las pérdidas que tenía contabilizadas a 31 de diciembre de 2008.

22 El 19 de abril de 2011 la Administración tributaria anuló la respuesta vinculante.

23 De conformidad con lo previsto en la Decisión impugnada (véase el apartado 34 posterior), la República Federal de Alemania presentó el 22 de julio de 2011 a la Comisión la lista de las empresas que se habían acogido a la medida controvertida. La demandante figura en dicha lista como una de las empresas respecto de las que una respuesta vinculante en relación con la cláusula que permite el saneamiento de empresas en crisis inicialmente se había emitido y con posterioridad se había anulado.

24 Tanto ante la Administración tributaria como ante los órganos jurisdiccionales competentes en materia fiscal, la demandante interpuso sendos recursos contra las liquidaciones por pagos a cuenta y definitivas que se han mencionado. Mediante auto de 1 de agosto de 2011 el Finanzgericht Münster (tribunal de lo tributario de Münster) concedió la suspensión de la ejecución de dichos actos.

Procedimiento administrativo

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

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

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

Decisión impugnada

28 El 26 de enero de 2011 la Comisión adoptó la Decisión 2011/527/UE, relativa a la ayuda estatal de Alemania C 7/10 (ex CP 250/09 y NN 5/10) Régimen de ventajas fiscales mediante traspaso de pérdidas (Sanierungsklausel) (DO L 235, p. 26; en lo sucesivo, «Decisión impugnada»).

29 En la Decisión impugnada, en primer lugar, la Comisión consideraba que la cláusula que

permite el saneamiento de empresas en crisis es una ayuda de Estado.

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

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

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

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

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

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

«Artículo 1

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

Artículo 2

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

Artículo 3

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

Artículo 4

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

[...]

Artículo 6

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

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

[...]»

Procedimiento y pretensiones de las partes

36 Mediante demanda presentada en la Secretaría del Tribunal el 6 de junio de 2011 la demandante interpuso el presente recurso.

37 Mediante escrito separado, presentado en la Secretaría del Tribunal el 16 de septiembre de 2011, la Comisión propuso una excepción de inadmisibilidad con arreglo al artículo 114 del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de 2 de mayo de 1991. La demandante presentó sus observaciones a dicha excepción el 20 de octubre de 2011.

38 Mediante escrito presentado en la Secretaría del Tribunal el 29 de agosto de 2011 la República Federal de Alemania solicitó intervenir en el presente procedimiento en apoyo de las pretensiones de la demandante. Mediante auto de 5 de octubre de 2011 el Presidente de la Sala Segunda del Tribunal admitió dicha intervención. La República Federal de Alemania presentó el escrito de formalización de su intervención, limitado a la cuestión de la admisibilidad del recurso, y las demás partes presentaron sus observaciones al mismo en los plazos señalados.

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

40 Mediante auto de 30 de enero de 2012 y a petición de la demandante el Presidente de la Sala Octava ordenó la suspensión del procedimiento hasta el 4 de septiembre de 2012.

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

42 Mediante auto del Tribunal (Sala Novena) de 21 de mayo de 2014 la excepción de inadmisibilidad se unió al examen del fondo, de conformidad con el artículo 114, apartado 4, del Reglamento de Procedimiento de 2 de mayo de 1991.

43 El 3 de julio de 2014 la Comisión presentó el escrito de contestación. La demandante presentó la réplica el 15 de agosto de 2014 y la Comisión presentó la dúplica el 13 de diciembre de 2014.

44 El 21 de agosto de 2014 la República Federal de Alemania presentó el escrito de formalización de su intervención y las demás partes presentaron sus observaciones al mismo en los plazos señalados.

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

46 En la vista, de 8 de julio de 2015, se oyeron los informes orales de las partes y sus respuestas a las preguntas formuladas por el Tribunal.

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

- Desestime la excepción de inadmisibilidad propuesta por la Comisión.
- Anule la Decisión impugnada.
- Condene en costas a la Comisión.

48 La Comisión solicita al Tribunal que:

- Declare la inadmisibilidad del recurso o, con carácter subsidiario, lo desestime por infundado.
- Condene en costas a la demandante.

Fundamentos de Derecho

Admisibilidad del recurso

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

Legitimación activa a efectos del artículo 263 TFUE, párrafo cuarto

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

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

52 Para la Comisión, al no existir una liquidación tributaria que aplicara la medida controvertida al calcular la cuota tributaria adeudada, la demandante no puede basarse en liquidaciones por pagos a cuenta ni en respuestas a consultas vinculantes para afirmar que estaba afectada individualmente, y tampoco puede invocar la condición de parte interesada a efectos del artículo 108 TFUE, apartado 2. La Comisión distingue a este respecto entre el devengo y el vencimiento del impuesto, y alega que sólo el giro de una liquidación tributaria habría reducido la cuota tributaria de la demandante de un modo que jurídicamente fuera vinculante y habría permitido afirmar que ésta estaba afectada individualmente.

53 Según la Comisión, así las cosas, la Decisión impugnada no ordena la devolución de una ayuda ya concedida a la demandante, sino que deja en manos de la Administración nacional la tarea de deducir, mediante el giro de las liquidaciones tributarias correspondientes, las conclusiones derivadas de la incompatibilidad del régimen de ayudas con el mercado interior. La Comisión entiende que dichas liquidaciones pueden ser impugnadas ante el juez nacional, tal como se ha producido en el presente asunto, en el que el Finanzgericht suspendió la ejecución de los actos en cuestión.

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

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

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

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

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

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

60 Constituye jurisprudencia reiterada que las personas que no sean destinatarias de una decisión sólo pueden sostener que esa decisión las afecta individualmente cuando les atañe en razón de ciertas cualidades que les son propias o de una situación de hecho que las caracteriza frente a cualquier otra persona y, por ello, las individualiza de una manera análoga a la del destinatario (sentencias de 15 de julio de 1963 Plaumann/Comisión, 25/62, Rec, EU:C:1963:17, p. 414; de 9 de junio de 2011 Comitato «Venezia vuole vivere» y otros/Comisión, C-71/09 P, C-73/09 P y C-76/09 P, Rec, EU:C:2011:368, apartado 52, y de 19 de diciembre de 2013, Telefónica/Comisión, C-274/12 P, Rec, EU:C:2013:852, apartado 46).

61 No obstante, en principio, no es admisible el recurso de anulación interpuesto por una empresa contra una decisión de la Comisión por la que se prohíbe un régimen de ayudas sectorial

si sólo se ve afectada por esta decisión debido a su pertenencia al sector de que se trata y a su condición de beneficiaria potencial de dicho régimen: tal decisión se presenta, respecto a dicha empresa, como una medida de alcance general que se aplica a situaciones determinadas objetivamente e implica efectos jurídicos en relación con una categoría de personas consideradas de manera general y abstracta (véanse las sentencias de 29 de abril de 2004 Italia/Comisión, C-298/00 P, Rec, EU:C:2004:240, apartado 37 y jurisprudencia citada, y de 11 de junio de 2009 Acegas/Comisión, T-309/02, Rec, EU:T:2009:192, apartado 47 y jurisprudencia citada). A ese respecto, la posibilidad de determinar, con mayor o menor precisión, el número e incluso la identidad de los sujetos de Derecho a los que se aplica una medida no implica en absoluto que se deba considerar a estos sujetos individualmente afectados por dicha medida, cuando esta aplicación se efectúa en virtud de una situación objetiva de Derecho o de hecho definida por el acto de que se trate (sentencia Telefónica/Comisión, citada en el apartado 60 anterior, EU:C:2013:852, apartado 47).

62 En cambio, cuando una decisión afecta a un grupo de personas identificadas o identificables en el momento de la adopción de dicho acto y en función de criterios que caracterizan a los miembros de dicho grupo, éstos pueden considerarse individualmente afectados por dicho acto, en la medida en que forman parte de un círculo restringido de operadores económicos (sentencias de 17 de enero de 1985 Piraiki-Patraiki y otros/Comisión, 11/82, Rec, EU:C:1985:18, apartado 31; de 22 de junio de 2006 Bélgica y Forum 187/Comisión, C-182/03 y C-217/03, Rec, EU:C:2006:416, apartado 60, y Comisión/Koninklijke FrieslandCampina, citada en el apartado 58 anterior, EU:C:2009:556, apartado 54).

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

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

65 Por lo que se refiere a si está afectada individualmente a los efectos de la sentencia Plaumann/Comisión, citada en el apartado 60 anterior (EU:C:1963:17), ha de señalarse que la situación de hecho y de Derecho en que la demandante se encuentra se ve caracterizada por los aspectos que se exponen en los apartados siguientes.

66 En primer lugar, al cierre del ejercicio fiscal 2009 y, por tanto, antes de la incoación del procedimiento de la Comisión, la demandante disponía del derecho a trasladar sus pérdidas en virtud de la normativa alemana, dado que concurrían los requisitos establecidos por la cláusula que permite el saneamiento de empresas en crisis.

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

68 Dichas circunstancias habían sido certificadas por la Administración tributaria alemana mediante la respuesta vinculante y la liquidación por pagos a cuenta del impuesto sobre sociedades del ejercicio 2009, en las que se tomaban en consideración las pérdidas trasladadas

al amparo de la cláusula que permite el saneamiento de empresas en crisis (véanse los apartados 17 y 18 anteriores). Además, el hecho de haber recibido la respuesta vinculante conllevó la inclusión posterior de la demandante en la lista presentada por las autoridades alemanas a la Comisión en virtud del artículo 6, apartado 1, letra b), de la Decisión impugnada.

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

70 Por consiguiente, no cabe considerar que la empresa demandante se vea afectada por la Decisión impugnada exclusivamente debido a su pertenencia al sector de que se trata y a su condición de beneficiaria potencial, sino que debe considerarse que forma parte de un círculo restringido de operadores económicos que estaban identificados o al menos eran fácilmente identificables en el momento de la adopción de la Decisión impugnada a efectos de la sentencia Plaumann/Comisión, citada en el apartado 60 anterior (EU:C:1963:17) (véanse asimismo por analogía las sentencias Bélgica y Forum 187/Comisión, citada en el apartado 62 anterior, EU:C:2006:416, apartado 63; Comisión/Koninklijke FrieslandCampina, citada en el apartado 58 anterior, EU:C:2009:556, apartado 57; Comitato «Venezia vuole vivere» y otros/Comisión, citada en el apartado 60 anterior, EU:C:2011:368, apartado 56; de 27 de febrero de 2014 Stichting Woonpunt y otros/Comisión, C-132/12 P, Rec, EU:C:2014:100, apartados 59 a 61, y Stichting Woonlinie y otros/Comisión, C-133/12 P, Rec, EU:C:2014:105, apartados 46 a 48).

71 Dicha conclusión no queda desvirtuada por la circunstancia de que tras la adopción de la Decisión de incoación y, luego, de la Decisión impugnada las autoridades alemanas adoptaran medidas para que no se aplicara la cláusula que permite el saneamiento de empresas en crisis, entre las que están la anulación de la respuesta vinculante y el giro de una liquidación tributaria por el impuesto sobre sociedades del ejercicio 2009 en la que ya no se tenían en cuenta las pérdidas trasladadas al amparo de dicha cláusula (véase el apartado 21 anterior).

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

73 Tal conclusión tampoco puede verse desvirtuada por la jurisprudencia invocada por la Comisión en sus escritos procesales y en la vista, especialmente las sentencias Telefónica/Comisión, citada en el apartado 60 anterior (EU:C:2013:852); de 11 de junio de 2009 AMGA/Comisión (T-300/02, Rec, EU:T:2009:190); Acegas/Comisión, citada en el apartado 61

anterior (EU:T:2009:192), y de 8 de marzo de 2012 Iberdrola/Comisión (T-221/10, Rec, EU:T:2012:112).

74 Y es que las circunstancias de hecho de dichos asuntos no son comparables con las controvertidas en el presente asunto, en el que ha quedado acreditado que gracias a las peculiaridades de la legislación fiscal alemana la demandante había adquirido el derecho a un ahorro tributario que había sido certificado por las autoridades tributarias alemanas (véase el apartado 68 anterior), extremo que la distinguía de otros operadores que sólo resultan afectados por el acto por el hecho de ser beneficiarios potenciales de la medida controvertida (véase en ese sentido la sentencia Comisión/Koninklijke FrieslandCampina, citada en el apartado 58 anterior, EU:C:2009:556, apartado 55).

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

76 Ello es así porque ha de recordarse que los aspectos en los que la jurisprudencia se basa para reconocer que una persona esté afectada individualmente a efectos del artículo 263 TFUE, párrafo cuarto (véanse los apartados 60 a 62 anteriores), no tienen por qué coincidir con los que constituyen ayuda de Estado a efectos del artículo 107 TFUE, apartado 1 (véase por analogía la sentencia Comitato «Venezia vuole vivere» y otros/Comisión, citada en el apartado 60 anterior, EU:C:2011:368, apartados 56, 63 y 64). A efectos de la sentencia Plaumann/Comisión, citada en el apartado 60 anterior (EU:C:1963:17, p. 414), quienes no sean destinatarios de una decisión sólo se ven afectados individualmente cuando dicha decisión les atañe debido a ciertas cualidades que les son propias o a una situación de hecho que los caracteriza en relación con cualesquiera otras personas y, por ello, forman parte de un círculo restringido de operadores económicos.

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

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

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

Interés en el ejercicio de la acción

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

íntegramente la medida controvertida.

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

82 Es jurisprudencia reiterada que un recurso de anulación promovido por una persona física o jurídica únicamente es admisible en la medida en que ésta tenga interés en obtener la anulación del acto impugnado. Un interés de este tipo presupone que la anulación de ese acto pueda tener, de por sí, consecuencias jurídicas y que el recurso pueda procurar, por su resultado, un beneficio a la parte que lo haya interpuesto (véanse en ese sentido las sentencias Comisión/Koninklijke FrieslandCampina, citada en el apartado 58 anterior, EU:C:2009:556, apartado 63; Stichting Woonpunt y otros/Comisión, citada en el apartado 70 anterior, EU:C:2014:100, apartados 50 a 54, y Stichting Woonlinie y otros/Comisión, citada en el apartado 70 anterior, EU:C:2014:105, apartado 54).

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

84 En el presente asunto, y tal como se ha indicado en los apartados 66 a 69 anteriores, la demandante cumplía los requisitos para acogerse a la cláusula que permite el saneamiento de empresas en crisis y había adquirido una ventaja dimanante de dicha cláusula.

85 Si bien a raíz de la adopción de la Decisión impugnada se suspendió la aplicación de la cláusula que permite el saneamiento de empresas en crisis, en caso de anulación de dicha Decisión la cláusula volvería a ser de aplicación, en virtud del artículo 34, apartado 6, de la KStG, y con efectos retroactivos, a todas las empresas cuyas liquidaciones tributarias no fueran aún firmes, incluida la demandante, de tal modo que la anulación de la Decisión impugnada supondría para ella un provecho.

86 Además, aun admitiendo que, como alega la Comisión, la demandante ya no pueda volver a tener beneficios por haber sido declarada en estado de liquidación, no deja por ello de ser cierto que, al haber tenido beneficios antes de la adopción de la Decisión impugnada, en caso de anulación de ésta la demandante tendrá derecho a solicitar la aplicación de la cláusula que permite el saneamiento de empresas en crisis, cuando menos, a la tributación de las rentas de 2009.

87 Por consiguiente, la demandante sí posee interés en ejercitar una acción contra la Decisión impugnada.

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

Sobre el fondo

89 En apoyo del recurso, la demandante invoca dos motivos, relacionados con que la medida controvertida no es de carácter selectivo.

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

91 Es de jurisprudencia reiterada que, en un primer momento, la calificación de una medida fiscal nacional como «selectiva» supone la identificación y el análisis previos del régimen fiscal común o «normal» aplicable en el Estado miembro de que se trate. En un segundo momento, y a la

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

92 No obstante, una medida que encuentre justificación en la naturaleza o estructura general del sistema en el que se inscribe no reúne el requisito de selectividad, aunque constituya una ventaja para su beneficiario (véanse en ese sentido las sentencias de 8 de noviembre de 2001 *Adria-Wien Pipeline* y *Wietersdorfer & Peggauer Zementwerke*, C-143/99, Rec, EU:C:2001:598, apartado 42, y *Paint Graphos* y otros, citada en el apartado 91 anterior, EU:C:2011:550, apartado 64). Tras concluirse, en su caso, dicha tercera etapa de análisis, las medidas se califican de selectivas.

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

94 Es a la luz de este análisis en tres etapas deducido de la jurisprudencia como se han de analizar los dos motivos de la demandante, que se basan, respectivamente, el primero, en esencia, en que la medida controvertida no es selectiva *prima facie* y, el segundo, en que dicha medida encuentra justificación en la naturaleza y estructura del sistema fiscal.

Primer motivo, basado en que la medida controvertida no es selectiva *prima facie*

95 El primer motivo tiene tres partes. La primera se basa en que se incurrió en error al definir el sistema de referencia. La segunda se basa en que se incurrió en error al apreciar la situación jurídica y de hecho de las empresas en crisis que requerían un saneamiento y en la negativa de la Comisión a dar a la cláusula que permite el saneamiento de empresas en crisis la consideración de medida general, mientras que la tercera se basa en la violación del principio de protección de la confianza legítima.

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

96 En la Decisión impugnada, al apreciar si la medida controvertida es de carácter selectivo, la Comisión tuvo en cuenta, en primer lugar, la existencia de la norma de aplicación general del traslado de pérdidas, en segundo lugar, la norma de cancelación de pérdidas (como excepción a la anterior en casos de adquisición lesiva de participación) y, en tercer lugar, la cláusula que permite el saneamiento de empresas en crisis (la cual posibilita que en determinadas situaciones concretas se hagan excepciones a la segunda norma y se aplique la primera).

97 Basándose en esos datos, en el considerando 66 de la Decisión impugnada la Comisión llegó a la conclusión de que en el contexto del sistema fiscal alemán del impuesto sobre

sociedades la cancelación de pérdidas era el sistema de referencia, es decir, la regla general de aplicación a todos los supuestos de modificación del accionariado, y de que la cláusula que permite el saneamiento de empresas en crisis constituía una excepción a dicha regla general.

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

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

100 Con carácter previo, la Comisión objeta la inadmisibilidad de la primera parte del primer motivo, por entender que se basa en hechos nuevos que no habían sido invocados en el procedimiento administrativo, y recuerda que tanto en la decisión de incoación como en la Decisión 2010/13, relativa a la Ley MoRaKG, había considerado que la norma de cancelación de pérdidas era la disposición de referencia, sin que en el procedimiento administrativo la demandante, la República Federal de Alemania ni otros terceros interesados refutaran dicha consideración. La Comisión precisa asimismo que, desde el punto de vista del Derecho de la Unión Europea, el Derecho tributario nacional es un aspecto fáctico del que no tenía pleno conocimiento al adoptar la Decisión impugnada y sobre el que no estaba obligada a investigar de oficio.

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

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

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

104 A este respecto ha de recordarse, por una parte, que la norma de traslado de pérdidas es una facultad de la que disfrutaban todas las sociedades en la gestión del impuesto sobre sociedades y, por otra parte, que la norma de cancelación de pérdidas limita dicha facultad en supuestos de adquisición de participaciones de al menos el 25 % del capital y la elimina en supuestos de adquisición de participaciones de más del 50 % del capital. Por consiguiente, esta última norma

se aplica de forma sistemática a todas las situaciones en que la modificación del accionariado alcanza o supera el 25 % del capital, sin que se distinga en función de la naturaleza o características de las empresas de que se trate.

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

106 Por lo tanto, es obligado observar que la norma de cancelación de pérdidas, al igual que la de traslado de pérdidas, forma parte del marco legislativo al que pertenece la medida controvertida. Dicho de otro modo, el sistema legislativo pertinente del presente asunto está formado por la norma general del traslado de pérdidas, limitada por la norma de cancelación de pérdidas, y es justamente en ese marco en el que ha de comprobarse si la medida controvertida establece diferenciaciones entre operadores que, a efectos de la jurisprudencia citada en el apartado 91 anterior, se hallen en una situación fáctica y jurídica comparable. Dicha cuestión se expone en la segunda parte del primer motivo.

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

108 Esta conclusión no se ve desvirtuada por las alegaciones de la demandante que se basan en las dudas que albergan los tribunales nacionales sobre la constitucionalidad de la norma de cancelación de pérdidas y en la necesidad de que a dicha norma se le dé una interpretación restrictiva que tome como referencia los principios constitucionales: pese a tales alegaciones, mientras dicha norma esté en vigor, seguirá formando parte del Derecho nacional, y la cláusula que permite el saneamiento de empresas en crisis se aplicará únicamente en función de la aplicación de dicha norma. Por lo tanto, la Comisión no podía hacer caso omiso de dicha norma al definir el sistema de referencia, aun si hubiera querido interpretarla, en su caso, de forma restrictiva.

109 Tampoco son pertinentes las alegaciones con las que se pretende probar el carácter excepcional que tiene la norma de cancelación de pérdidas con respecto a los principios constitucionales, ya que, aunque sea una excepción a una norma jurídica superior, como lo es el principio de tributación según la capacidad contributiva, la de cancelación de pérdidas sigue formando parte del sistema legislativo de referencia al que pertenece la medida controvertida y a la luz del que ha de apreciarse si ésta es de carácter selectivo.

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

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

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

de renunciar a deudas fiscales basándose en consideraciones de equidad (considerando 12; véase el apartado 7 anterior).

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

113 En primer lugar, la demandante alega que, con respecto al objetivo perseguido por la normativa, que es prevenir los abusos, las empresas comprendidas en el ámbito de aplicación de la cláusula que permite el saneamiento de empresas en crisis no se hallan en una situación fáctica y jurídica comparable con la de las demás empresas sujetas a la norma de cancelación de pérdidas y que, así pues, dicha norma no se aplica a los saneamientos de empresa, que no suponen un riesgo de comportamientos abusivos.

114 En segundo lugar, apoyada por la República Federal de Alemania, la demandante alega que la cláusula que permite el saneamiento de empresas en crisis es una medida general, puesto que, con independencia del tamaño, sector o importancia de su actividad económica, beneficia a cualquier empresa que pase por dificultades económicas.

115 Con carácter previo, la Comisión responde que las alegaciones basadas en la situación jurídica y de hecho de las empresas que requieren saneamiento y en la consideración de medida general de la cláusula que permite el saneamiento de empresas en crisis fueron realizadas en el momento de la réplica, por lo que son motivos nuevos y, por consiguiente, inadmisibles.

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

117 Por lo que se refiere a la admisibilidad de las alegaciones de la demandante, procede recordar que, con arreglo al artículo 48, apartado 2, del Reglamento de Procedimiento de 2 de mayo de 1991, en el curso del proceso no podrán invocarse motivos nuevos, a menos que se funden en razones de hecho y de Derecho que hayan aparecido durante el procedimiento. No obstante, se debe declarar la admisibilidad de un motivo que constituya una ampliación de un motivo invocado anteriormente, directa o implícitamente, y que presente un estrecho vínculo con éste (sentencia de 11 de julio de 2013 Ziegler/Comisión, C-439/11 P, Rec, EU:C:2013:513, apartado 46). Debe optarse por una solución análoga respecto de una imputación formulada en apoyo de un motivo (sentencia de 21 de marzo de 2002 Joynson/Comisión, T-231/99, Rec, EU:T:2002:84, apartado 156, confirmada por el auto de 10 de diciembre de 2003 Joynson/Comisión, C-204/02 P, Rec, EU:C:2003:660).

118 Por tanto, ha de comprobarse a la luz de la jurisprudencia antes citada si las alegaciones basadas en la situación jurídica y de hecho de las empresas que requieren saneamiento y en la consideración de medida general de la cláusula que permite el saneamiento de empresas en crisis que la demandante desarrolló en la réplica son motivos nuevos o, por el contrario, constituyen la ampliación de la primera parte del primer motivo.

119 Procede recordar que mediante la primera parte del primer motivo, que se basa en que se incurrió en error al definir el sistema de referencia, la imputación de la demandante es que, a efectos del artículo 107 TFUE, apartado 1, no se da uno de los elementos constitutivos de las ayudas de Estado, concretamente el requisito de selectividad. Pues bien, las imputaciones basadas, por una parte, en que no se pueda comparar con la situación jurídica y de hecho de las empresas que requieren saneamiento y, por otra, en la consideración de medida general de la cláusula que permite el saneamiento de empresas en crisis tienen asimismo por objeto refutar, desde distintos ángulos, la concurrencia del requisito de selectividad.

120 Y es que, según la jurisprudencia reiterada citada en el apartado 91 anterior, la calificación de una medida fiscal nacional como selectiva *prima facie* supone, en un primer momento, la identificación y el análisis previos del régimen fiscal común o «normal» aplicable en el Estado miembro de que se trate y, en un segundo momento, la demostración de que la medida fiscal en cuestión establece diferenciaciones entre operadores que, con respecto al objetivo asignado por el citado régimen, se encuentren en una situación fáctica y jurídica comparable.

121 En el presente asunto procede observar que mediante su primer motivo la demandante refutó en esencia la apreciación realizada por la Comisión de que la medida controvertida es selectiva *prima facie*, y más concretamente la definición del sistema de referencia.

122 Ha de señalarse asimismo que las alegaciones más específicas que se basaban en la situación jurídica y de hecho de las empresas que requieren saneamiento y en la consideración de medida general de la cláusula que permite el saneamiento de empresas en crisis se desarrollaron como respuesta a la argumentación que presentó la Comisión en su escrito de contestación cuando especificó que el sistema de referencia no podía definirse por referencia al sistema fiscal en general sino por referencia a las empresas que, a juicio de esa institución, se encontraban en una situación fáctica y jurídica comparable con la de las empresas que se hubieran acogido a la citada cláusula. Pues bien, las partes discrepan sobre si la identificación de las empresas que se hallan en una situación fáctica y jurídica comparable debe tratarse en el contexto de la primera o de la segunda etapa del análisis que se ha mencionado.

123 Por tanto, procede llegar a la conclusión de que, a diferencia de lo alegado por la Comisión, la imputación en cuestión constituye una ampliación de la primera parte del primer motivo y no un motivo nuevo.

124 Procede, por tanto, declarar la admisibilidad de la segunda parte del primer motivo.

125 Por lo que se refiere a la fundamentación de las alegaciones de la demandante, dado que se llegó a la conclusión de que el sistema de referencia lo constituía la norma de cancelación de pérdidas, en primer lugar, ha de comprobarse si, respecto del objetivo perseguido por el sistema tributario pertinente, las empresas que se acogen a la cláusula que permite el saneamiento de empresas en crisis se hallan en una situación fáctica y jurídica comparable con la de las demás empresas sometidas a la norma de cancelación de pérdidas, extremo que, según la jurisprudencia citada en el apartado 93 anterior, incumbe acreditar a la Comisión.

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

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

128 Tal como se indica en el apartado 106 anterior, el sistema legislativo pertinente del presente asunto está formado por la norma general del traslado de pérdidas, limitada por la norma de cancelación de pérdidas. Por tanto, ha de considerarse, como afirma el considerando 71 de la Decisión impugnada, que la finalidad pertinente del sistema fiscal de referencia es impedir que las empresas que hayan cambiado de propietarios trasladen sus pérdidas. Dicho de otro modo, la posibilidad de trasladar pérdidas se restringe o elimina en los supuestos en que, tras una adquisición de participación de al menos el 25 % del capital, la empresa que haya acumulado pérdidas modifica su accionariado de forma sustancial.

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

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

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

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

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

134 Por lo tanto, procede llegar a la conclusión de que la Comisión no incurrió en error alguno cuando estimó que la medida controvertida establecía diferenciaciones entre operadores que, con respecto al objetivo asignado al régimen fiscal, se encuentran en una situación fáctica y jurídica comparable a los efectos de la jurisprudencia citada en el apartado 91 anterior.

135 Dicha conclusión no queda desvirtuada por el hecho de que, según invoca la demandante, otras excepciones (como la cláusula sobre grupos de empresas y la cláusula sobre plusvalías latentes) incluyan situaciones en las que no existe riesgo de abuso.

136 Aun admitiendo que, al igual que la cláusula que permite el saneamiento de empresas en crisis, dichas excepciones encuentren justificación en la circunstancia de que se refieren a situaciones en que las empresas afectadas no tienen la posibilidad de hacer un uso abusivo del traslado de pérdidas, el sistema legislativo en cuestión trata de hecho de forma distinta a operadores que, con respecto al objetivo del régimen tributario pertinente, se encuentran en una situación fáctica y jurídica comparable.

137 Ello es así porque, al margen de las excepciones que se han mencionado, las empresas no pueden evitar la cancelación de las pérdidas incluso cuando no existe riesgo alguno de abuso. Por otra parte, el Tribunal de Justicia tiene declarado que la existencia de una ventaja selectiva para las empresas beneficiarias de una exención a la tributación ordinaria no podía cuestionarse porque existieran exenciones de esta misma tributación que beneficiaran a otras empresas (véanse en ese sentido las sentencias Bélgica y Forum 187/Comisión, citada en el apartado 62 anterior, EU:C:2006:416, apartado 120, y de 1 de julio de 2010 BNP Paribas y BNL/Comisión, T?335/08, Rec, EU:T:2010:271, apartado 162).

138 En cualquiera de los casos, tal como se explica en el apartado 133 anterior, es la propia cláusula que permite el saneamiento de empresas en crisis la que, a efectos de su aplicación, establece una diferencia entre las empresas que sólo cumplen los requisitos que figuran en las letras c) a e) de dicha cláusula y las que cumplen asimismo los requisitos que figuran en las letras a) y b) de la misma, esto es, las empresas en crisis, y lo hace sin que tal diferencia esté basada en el objetivo pertinente del sistema fiscal que se ha definido en el apartado 106 anterior.

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

140 Por una parte, que en el contexto del análisis de la selectividad de una medida fiscal dicha medida goce o no de carácter general es algo que depende de si, a la luz del régimen fiscal común o normal, establece diferenciaciones entre operadores que, con respecto al objetivo asignado al citado régimen, se encuentran en una situación fáctica y jurídica comparable. Pues

bien, tal como se ha indicado en los apartados anteriores, en la Decisión impugnada la Comisión considera acertadamente que la medida controvertida establece una distinción entre, por una parte, las empresas que cumplen los requisitos planteados por la medida en cuestión y, por otra, las demás empresas que se encuentran en una situación fáctica y jurídica comparable con respecto al objetivo asignado a ese régimen. Aun admitiendo que, como alega la demandante, dicho objetivo sea prevenir los abusos en el traslado de pérdidas, resulta obligado observar que la medida controvertida, por sí misma o junto con las otras dos excepciones que se han mencionado, no afecta a todas las empresas que sean objeto de adquisiciones lesivas de participación que no generan ese riesgo de abuso.

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

142 Por último, ha de desestimarse aquella alegación de la demandante que en esencia consiste en afirmar que, si la Comisión admite que la inaplicación de la norma de cancelación de pérdidas en caso de modificaciones del accionariado que afectan a menos del 25 % del capital no es ayuda de Estado porque dicha modificación no permite influir en la política de la empresa, lo mismo se podrá decir de las modificaciones del accionariado cuyo fin sea el saneamiento de la empresa y que tampoco den la posibilidad de ejercer influencia decisiva en la política de la empresa. Según la demandante, en caso contrario el razonamiento de la Comisión llevaría a considerar asimismo ayuda de Estado el mantenimiento del traslado de pérdidas en casos de adquisición de participaciones inferiores al 25 %.

143 Resulta obligado observar a este respecto que la aplicación de la norma de cancelación de pérdidas depende de criterios generales aplicables a todas las empresas. Concretamente, como destaca acertadamente la Comisión, el 25 % resulta ser un umbral razonable, más allá del que cabe presumir que existe influencia en la empresa adquirida y, por tanto, posibilidad de que el adquirente se beneficie de las pérdidas trasladadas por aquélla. En cambio, la cláusula que permite el saneamiento de empresas en crisis se refiere únicamente a una categoría concreta de empresas, que son las empresas en crisis.

144 En cualquiera de los casos, la alegación resulta inoperante, porque, en lugar de desmentir la selectividad de la cláusula que permite el saneamiento de empresas en crisis, tiene por objeto esencial probar que hay más situaciones (las de las adquisiciones de participaciones inferiores al umbral del 25 %) que, al no estar sometidas a la norma de cancelación de pérdidas, pueden dar lugar, a efectos del artículo 107 TFUE, apartado 1, a una ventaja selectiva. A ese respecto resulta obligado observar que para probar que la medida controvertida no es ayuda de Estado la demandante no puede invocar la existencia de otras medidas que podrían en su caso considerarse ayudas de Estado.

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

– Tercera parte, basada en la violación del principio de protección de la confianza legítima

146 La demandante alega en la réplica que tanto la práctica de la Comisión como la Comunicación de ésta relativa a la aplicación de las normas sobre ayudas estatales a las medidas relacionadas con la fiscalidad directa de las empresas (DO 1998, C 384, p. 3) han dado pie a que se confiara legítimamente en que la Comisión no consideraría que la cláusula que permite el

saneamiento de empresas en crisis es una medida selectiva.

147 La Comisión responde que dicha imputación basada en la violación del principio de protección de la confianza legítima es nueva, porque se realizó en el momento de la réplica, por lo que es inadmisibile, sosteniendo asimismo que en cualquiera de los casos ha de desestimarse.

148 En el presente asunto resulta obligado observar que la imputación basada en la violación del principio de la confianza legítima no se mencionó explícita ni implícitamente en la demanda. Tampoco es ampliación de un motivo que se mencionara en la demanda.

149 Por lo tanto, la alegación en cuestión es una imputación nueva que se invocó por primera vez en la réplica y que no se funda en razones de hecho o de Derecho que hayan aparecido durante el procedimiento. Así pues, en aplicación del artículo 48, apartado 2, del Reglamento de Procedimiento de 2 de mayo de 1991 y de conformidad con la jurisprudencia citada en el apartado 117 anterior, es una imputación inadmisibile.

150 Por consiguiente, procede desestimar la tercera parte y con ello el primer motivo en su totalidad.

Segundo motivo, basado en que la medida controvertida encuentra justificación en la naturaleza y estructura del sistema fiscal

151 La demandante alega que la cláusula que permite el saneamiento de empresas en crisis posibilita en esencia la aplicación del principio de tributación en función de la capacidad contributiva, que es un objetivo inherente al sistema fiscal, por lo que es una medida que está justificada por la naturaleza o estructura interna del sistema fiscal.

152 Para la demandante, la cláusula que permite el saneamiento de empresas en crisis es además proporcionada al objetivo que se persigue, habida cuenta de que, por una parte, el sistema anterior, que se basaba en el Decreto de Saneamiento, había resultado insuficiente ante la crisis financiera mundial y, por otra parte, el sistema nuevo no otorga a la Administración tributaria facultad de apreciación alguna en la aplicación de dicha cláusula.

153 Para empezar, la Comisión objeta la inadmisibilidat del segundo motivo, que entiende que se basa en hechos nuevos (concretamente argumentos de Derecho constitucional y Derecho tributario alemán) que no se invocaron en el procedimiento administrativo.

154 Además, la Comisión aduce que el segundo motivo es incomprensible y, en particular, que la demandante no ha explicado ni por qué motivo el principio de tributación en función de la capacidad contributiva es una justificación relativa a la naturaleza y estructura del sistema fiscal y no una justificación basada en un objetivo general de equidad tributaria que se sitúa fuera del sistema fiscal, ni de qué forma mediante la adopción de la norma de cancelación de pérdidas el legislador excedió la amplia discrecionalidad de que gozaba en la aplicación de dicho principio y dio lugar a que fuera necesaria la adopción de la cláusula que permite el saneamiento de empresas en crisis.

155 Por último, la Comisión refuta la fundamentación de las alegaciones de la demandante.

156 Al igual que ya sucedió en el apartado 102 anterior, con carácter previo procede desestimar la excepción propuesta por la Comisión por inadmisibilidad del motivo, ya que de la jurisprudencia invocada por la Comisión y citada en dicho apartado se deduce que la legalidad o no de una decisión en función de la información de que podía disponer la Comisión en el momento en que la adoptó es una cuestión que se refiere en realidad al fundamento y no a la admisibilidad.

157 Por lo que se refiere, por otra parte, a si el motivo es o no comprensible, resulta obligado observar, tal como señala la demandante, que la Comisión tuvo la posibilidad de analizar las alegaciones de la demandante sobre el fondo del asunto, y en especial la alegación basada en el principio de tributación en función de la capacidad contributiva, que, como se ha indicado, se mencionaba en la Decisión impugnada.

158 Por lo que se refiere a la fundamentación de las alegaciones de la demandante, conviene recordar que, según la jurisprudencia citada en el apartado 92 anterior, una medida que encuentre justificación en la naturaleza o estructura general del sistema en el que se inscribe no reúne el requisito de selectividad aunque establezca diferenciaciones entre operadores que se hallen, a la luz del objetivo perseguido por el sistema fiscal pertinente, en una situación fáctica y jurídica comparable.

159 A ese respecto debe distinguirse entre, por un lado, los objetivos de un régimen fiscal particular que le sean externos y, por otro, los mecanismos inherentes al propio sistema fiscal y necesarios para la consecución de estos objetivos, dado que esos objetivos y mecanismos, como principios fundadores o rectores del sistema fiscal considerado, pueden sustentar tal justificación, lo que incumbe demostrar al Estado miembro (véanse las sentencias *Paint Graphos* y otros, citada en el apartado 91 anterior, EU:C:2011:550, apartado 65 y jurisprudencia citada; y de 7 de marzo de 2012 *British Aggregates/Comisión*, T-210/02 RENV, Rec, EU:T:2012:110, apartado 84 y jurisprudencia citada). Por consiguiente, las exenciones fiscales resultantes de un objetivo ajeno al sistema de imposición en el que se inscriben no podrán eludir las exigencias derivadas del artículo 107 TFUE, apartado 1 (sentencia *Paint Graphos* y otros, citada en el apartado 91 anterior, EU:C:2011:550, apartado 70).

160 Ha de recordarse asimismo que una medida nacional únicamente puede encontrar justificación en la naturaleza o estructura general del sistema fiscal de que se trate si, por una parte, es coherente no sólo con las características inherentes de ese sistema fiscal sino también con la aplicación del mismo y, por otra parte, es conforme al principio de proporcionalidad y no excede los límites de lo necesario, en el sentido de que el objetivo legítimo perseguido no podría lograrse mediante medidas de menor alcance (véase en ese sentido la sentencia *Paint Graphos* y otros, citada en el apartado 91 anterior, EU:C:2011:550, apartados 73 a 75).

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

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

163 En cambio, según la Comisión, el objetivo de la cláusula que permite el saneamiento de

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

164 Debe observarse que la redacción de la medida controvertida indica con claridad que su objetivo es favorecer el saneamiento de las empresas que estén en crisis. Si no fuera así, no se entendería por qué entre los requisitos de aplicación de la misma el artículo 8c, apartado 1a, de la KStG exige en sus letras a) y b) (véase el apartado 10 anterior), respectivamente, que la adquisición de participación tenga como finalidad el saneamiento de la entidad y que en el momento de la adquisición la empresa sea insolvente o esté excesivamente endeudada o esté amenazada de insolvencia o excesivo endeudamiento. Por otra parte, la propia demandante reconoce que mediante la medida controvertida el legislador pretende también permitir que se saneen las sociedades azotadas por la crisis que se hallen en situación de insolvencia.

165 Por tanto, está claro que el objetivo de la medida controvertida, o cuando menos su objetivo principal, es facilitar el saneamiento de empresas en crisis.

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

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

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

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

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

171 Por otra parte, la medida controvertida tampoco encuentra justificación ni en las diferencias que existen entre las adquisiciones lesivas de participación y las adquisiciones de participación realizadas al objeto de sanear la empresa ni en las diferencias objetivas que existen entre los

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

172 A ese respecto es obligado observar, por una parte, que la alegación de la falta de control sobre la utilización de las pérdidas no es coherente: otras empresas que no cumplan los requisitos de la cláusula que permite el saneamiento de empresas en crisis también pueden tener dificultades económicas y no tener control sobre la utilización de las pérdidas, y no por ello dejarán de estar excluidas de la aplicación de dicha cláusula. Por otra parte, en el presente asunto carece de pertinencia la diferencia que existe por lo que atañe al acceso al capital y la disponibilidad de plusvalías latentes entre la situación de las empresas que requieren un saneamiento y la de las empresas saneadas. Tal como señaló acertadamente la Comisión en el considerando 91 de la Decisión impugnada, el posible objetivo de favorecer el acceso de las sociedades en crisis al capital no es inherente al sistema fiscal.

173 Por lo tanto, procede llegar a la conclusión de que ni la demandante ni la República Federal de Alemania han aportado datos que permitan justificar la medida controvertida de conformidad con la jurisprudencia que se ha citado en los apartados 158 a 160 anteriores.

174 En conclusión, procede desestimar el segundo motivo y, por tanto, el recurso en su conjunto.

Costas

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

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

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

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

En virtud de todo lo expuesto,

EL TRIBUNAL GENERAL (Sala Novena)

decide:

- 1) **Desestimar la excepción de inadmisibilidad.**
- 2) **Desestimar, por infundado, el recurso.**
- 3) **Heitkamp BauHolding GmbH cargará con sus propias costas y con dos tercios de las causadas por la Comisión Europea. La Comisión cargará con un tercio de sus propias costas.**
- 4) **La República Federal de Alemania cargará con sus propias costas.**

Berardis

Czúcz

Popescu

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

Firmas

Índice

Marco jurídico nacional

Norma de traslado de pérdidas

Norma de cancelación de pérdidas

Cláusula que permite el saneamiento de empresas en crisis

Cláusulas sobre plusvalías latentes y grupos de empresas

Antecedentes de hecho del litigio

Procedimiento administrativo

Decisión impugnada

Procedimiento y pretensiones de las partes

Fundamentos de Derecho

Admisibilidad del recurso

Legitimación activa a efectos del artículo 263 TFUE, párrafo cuarto

Interés en el ejercicio de la acción

Sobre el fondo

Primer motivo, basado en que la medida controvertida no es selectiva prima facie

- Primera parte, basada en que se incurrió en error al definir el sistema de referencia
- Segunda parte, basada en que se incurrió en error al apreciar la situación jurídica y de hecho de las empresas en crisis que requerían un saneamiento y basada en que la cláusula que permite el saneamiento de empresas en crisis debe tener la consideración de medida general
- Tercera parte, basada en la violación del principio de protección de la confianza legítima

Segundo motivo, basado en que la medida controvertida encuentra justificación en la naturaleza y estructura del sistema fiscal

Costas

* Lengua de procedimiento: alemán.