

Sentencia del TGUE (Sala Novena) de 4 de febrero de 2016

Asunto: T-287/11

Partes: *Heitkamp BauHolding GmbH, República Federal de Alemania, y Comisión Europea*

Síntesis:

Ayudas de Estado - Legislación fiscal alemana relativa al traslado de pérdidas a ejercicios fiscales posteriores (*Sanierungsklausel*) en relación con “empresas en crisis” (excepción específica)- 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 vs Medida General - Justificación basada en la naturaleza y estructura del sistema fiscal (cláusulas con fin antiabuso, tributación con arreglo a la capacidad económica, y objetivo real de la excepción).

1. Antecedentes y cuestión planteada en el recurso

Esta sentencia del Tribunal General de la Unión Europea (en adelante, TGUE) analiza si la legislación fiscal alemana relativa al traslado de pérdidas a ejercicios posteriores (*Sanierungsklausel*) puede constituir una ayuda de Estado que resulte incompatible con el mercado interior en los términos establecidos en el TFUE.

El caso se refiere, por tanto a la regulación fiscal alemana que establece -artículo 10d, apartado 2, de la Ley del Impuesto sobre la Renta (*Einkommensteuergesetz*), y artículo 8, apartado 1, de la Ley del Impuesto sobre Sociedades (*Körperschaftsteuergesetz* o “KStG”) - que las pérdidas registradas en un ejercicio fiscal pueden trasladarse a los ejercicios fiscales futuros, es decir, se admite la compensación de dichas pérdidas con las rentas sujetas a tributación de los años siguientes en una serie de supuestos que pueden tener efectos más allá de lo necesario para lograr los efectos de tal sistema de “carryforward” de tal crédito fiscal.

Así, en el año 2008, y al objeto de evitar la práctica consistente en adquirir sociedades instrumentales sin actividad comercial pero que todavía disponían de pérdidas trasladables con el fin exclusivo de beneficiarse de la norma de traslado de pérdidas y reducir las cuotas tributarias, el legislador alemán introdujo a través del artículo 8c, apartado 1 de la KStG una nueva “norma de cancelación de pérdidas” -que sustituía a otra de 1997- en virtud de la cual se limitaba la posibilidad de trasladar pérdidas en caso de adquisición del 25 % o más del capital social (en adelante, “adquisición lesiva de participación”). De este modo, si en el plazo de cinco años se transfería entre un 25 % y un 50 %, del capital suscrito, de los derechos corporativos, de los derechos de participación o de los derechos de voto en una entidad, las pérdidas no utilizadas se extinguían proporcionalmente al porcentaje de cambio en el capital. Ahora bien, si se transferían a un comprador más del 50 % del capital suscrito, de los derechos corporativos, de los derechos de participación o de los derechos de voto en una entidad, la norma cierra la puerta a la posibilidad de deducirse o compensarse en el futuro las pérdidas no utilizadas.

En el año 2009, la Ley sobre el seguro de enfermedad relativa a la exención fiscal a favor de los ciudadanos (*Bürgerentlastungsgesetz Krankenversicherung*) introdujo, como excepción a la norma de cancelación de pérdidas anteriormente referida, una cláusula en virtud de la cual se permitía el traslado de pérdidas si la adquisición de

una empresa en crisis se hace con fines de saneamiento, incluso en aquellos casos de “adquisiciones lesivas de participación” siempre que se cumplieran una serie de condiciones, a saber: a) la adquisición de participación tiene como finalidad el saneamiento de la entidad; b) en el momento de la adquisición la empresa es insolvente, está excesivamente endeudada, o está amenazada de insolvencia o excesivo endeudamiento; c) se conservan las estructuras esenciales de la empresa, 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; y e) la empresa no había cesado sus actividades en el momento de la adquisición de la participación.

También en el año 2009, aunque con efecto diferido al 1 de enero de 2010, la Ley para la aceleración del crecimiento económico (*Wachstumsbeschleunigungsgesetz*) introdujo dos excepciones más a la norma de cancelación de pérdidas: por una parte, la denominada “cláusula sobre grupos de empresas” que establece que el traslado de las pérdidas se mantendría para las reestructuraciones realizadas dentro de grupos de empresas encabezados por una única persona o sociedad que sean titulares del 100% de las acciones; y, por otra parte, la denominada “cláusula sobre plusvalías latentes” que establece que el traslado de las pérdidas se mantendría cuando, en la adquisición lesiva de participación, dichas pérdidas correspondan a plusvalías latentes del capital de explotación de la sociedad, entendiéndose por “plusvalías latentes” el importe de la diferencia entre los recursos propios que resulten en conjunto del cálculo fiscal de los beneficios y el valor de las acciones de la sociedad que equivalgan a dichos recursos propios.

El litigio que dio lugar a la sentencia comentada tiene su origen precisamente en la aplicación por parte de las autoridades alemanas de una de las excepciones a la norma de cancelación de pérdidas, en concreto, la cláusula para el saneamiento de empresas en crisis.

La demandante era la sociedad alemana *Heitkamp BauHolding GmbH*, la cual, por encontrarse desde 2008 en situación de riesgo de insolvencia, necesitaba ser saneada. A estos efectos, el 20 de febrero de 2009, la sociedad *Heitkamp KG*, matriz de la demandante, procedió a amortizar las acciones de ésta con el fin de proceder a la fusión entre ambas. En este sentido, es importante tener presente que, tal y como se indicaba en la respuesta dada el 11 de noviembre de 2009 por las autoridades tributarias alemanas a una consulta vinculante, en el momento de la operación en cuestión la sociedad demandante cumplía los requisitos necesarios para acogerse a la cláusula que permite el saneamiento de empresas en crisis. 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.

No obstante, después de que la Comisión Europea decidiera incoar -mediante decisión de 24 de febrero de 2010- el procedimiento de investigación formal en materia de ayudas de Estado contemplado en el artículo 108.2 del TFUE, 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 permitía el saneamiento de empresas en crisis. 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 dicha cláusula, recibiendo la demandante, en enero de 2011, varias 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.

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), cuyo contenido podría sintetizarse en tres partes diferenciadas: a) en primer lugar, la Comisión consideraba que la cláusula que permitía el saneamiento de empresas en crisis constituía una ayuda de Estado que, por una parte, 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 fiscal, y, por otra parte, podía afectar a los intercambios comerciales entre Estados miembros y falsear la competencia; b) en segundo lugar, la Comisión entendía que dicha cláusula no resultaba 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 y las Directrices comunitarias sobre ayudas estatales en favor del medio ambiente, ni a la luz del artículo 107.3 del TFUE; y c) en tercer lugar, la Comisión instaba a Alemania, por una parte, a adoptar todas las medidas necesarias para recuperar de los beneficiarios la ayuda concedida ilegalmente, y, por otra parte, a elaborar una lista de las empresas que se habían beneficiado de la medida desde el 1 de enero de 2008.

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. Asimismo, el 19 de abril de 2011 la Administración tributaria alemana procedió a anular la respuesta vinculante emitida el 11 de noviembre de 2009.

A la vista de estos hechos, la demandante interpuso, ante la Administración tributaria y ante los órganos jurisdiccionales competentes en materia fiscal, sendos recursos contra las liquidaciones anteriormente mencionadas. Mediante auto de 1 de agosto de 2011 el "Tribunal Tributario de Münster" (*Finanzgericht Münster*) concedió la suspensión de la ejecución de dichos actos.

Por otra parte, el 6 de junio de 2011, la demandante también interpuso recurso ante el TGUE frente a la decisión de la Comisión Europea, de 26 de enero de 2011, anteriormente mencionada. Una vez tramitado el procedimiento, las pretensiones de las partes quedaron fijadas del siguiente modo: la demandante (apoyada por Alemania), solicitaba al Tribunal que desestimase la excepción de inadmisibilidad propuesta por la Comisión, anulase la Decisión impugnada, y condenase en costas a la Comisión; por su parte, la Comisión solicitaba al Tribunal que declarase la inadmisibilidad del recurso o, con carácter subsidiario, lo desestimase por infundado, y que condenase en costas a la demandante.

2. Comentario

En primer lugar, cabe destacar la posición del TGUE admitiendo la legitimación de la entidad alemana para interponer el recurso frente a la Decisión de la Comisión referida a la normativa alemana de compensación de pérdidas de empresas en crisis. El TGUE flexibilizó su posición sobre el requisito de la apreciación directa e individual del art.263.4 TFUE, atendiendo a las circunstancias presentes en el caso: la empresa había sufrido con la misma pérdida un ahorro fiscal que la Administración tributaria alemana le había reconocido expresamente a través de varias resoluciones, superando así el umbral de beneficiario/perjudicado potencial de la medida afectada por la Decisión de la Comisión.

Por lo que respecta al fondo del asunto, y tras declarar que el recurso de anulación debía admitirse al quedar acreditado que la demandante poseía la legitimación activa exigida por el artículo 263, párrafo cuarto del TFUE (al resultar afectada de manera directa e individual por la Decisión de la Comisión impugnada), así como un interés legítimo en el ejercicio de la acción, el Tribunal centró su análisis en determinar, por una parte, si la medida controvertida presentaba un carácter selectivo *prima facie*, y, por otra parte, si dicha medida podría encontrar justificación en la naturaleza y estructura del sistema fiscal.

A este respecto, el TGUE recordó que, de acuerdo con jurisprudencia reiterada (*vid.* SSTJUE, de 8 de septiembre de 2011, asuntos C78/08 a C80/08, *Paint Graphos y otros*, aps.50 y 54; y de 15 de noviembre de 2011, asuntos C106/09 P y C107/09 P, *Comisión y España/Government of Gibraltar y Reino Unido*, ap.75), para que una medida fiscal nacional pueda ser calificada como “selectiva” es necesario demostrar que dicha medida supone una excepción al régimen fiscal común o “normal” aplicable en el Estado miembro de que se trate por establecer diferenciaciones entre operadores económicos que, con respecto al objetivo asignado al citado régimen, se encuentren en una situación fáctica y jurídica comparable. Ahora bien, también es jurisprudencia reiterada que una medida que encuentre justificación en la naturaleza o estructura general del sistema en el que se inscribe no reunirá el requisito de selectividad, aunque constituya una ventaja para su beneficiario (*vid.* SSTJUE de 8 de noviembre de 2001, asunto C-43/99, *AdriaWien Pipeline y Wietersdorfer & Peggauer Zementwerke*, ap.42; y de 8 de septiembre de 2011, asuntos C78/08 a C80/08, *Paint Graphos y otros*, ap.64). En este sentido, será la Comisión la que tenga que acreditar que la medida en cuestión establece diferenciaciones entre empresas que se hallen, a la luz del objetivo de la medida en cuestión, en una situación fáctica y jurídica comparable, mientras que el Estado miembro que ha establecido tal diferenciación será el encargado de demostrar que la medida está efectivamente justificada por la naturaleza y estructura del sistema fiscal de que se trate (*vid.*, en ese sentido, la STJUE de 8 de septiembre de 2011, asunto C279/08 P, *Comisión/Países Bajos*, ap.62 y la jurisprudencia aquí citada).

En relación con el primer motivo esgrimido por la demandante (y apoyado por Alemania) basado en que la medida controvertida no es selectiva *prima facie*, cabría apuntar cómo está integrado por tres partes diferenciadas: 1) la primera se basa en que la Comisión incurrió en error al determinar el sistema de referencia para apreciar si la medida controvertida era 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; 2) la segunda se basa en la existencia de un 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; y 3) la tercera se basa en la violación del principio de protección de la confianza legítima.

Por lo que respecta a la primera parte del primer motivo, el Tribunal comenzó recordando, por una parte, que la norma de traslado de pérdidas prevista en la legislación alemana es una facultad de la que disfrutaban todas las sociedades sujetas al 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. 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.

De este modo, entiende el Tribunal que el sistema legislativo pertinente en el caso concreto está formado por la norma general del traslado de pérdidas, así como por la limitación introducida por la norma de cancelación de pérdidas, y es justamente en ese marco en el que debía comprobarse si la medida controvertida establece diferenciaciones entre operadores que se hallen en una situación fáctica y jurídica comparable. La conclusión que de esto se deriva es 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. Por tanto, el Tribunal procedió a desestimar la primera parte del primer motivo.

Por lo que respecta a la segunda parte del primer motivo, ya hemos apuntado cómo la demandante esgrimía fundamentalmente dos argumentos: en primer lugar, se alegaba que, con respecto al objetivo perseguido por la normativa (evitar el abuso en el traslado de pérdidas), sólo las empresas que cumplen los requisitos de la cláusula que permite el saneamiento de empresas en crisis se hallan en una situación fáctica y jurídica comparable, ya que no tienen la posibilidad de hacer un uso abusivo del traslado de pérdidas; y, en segundo lugar, se alegaba 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.

En relación con la primera de las alegaciones, la Comisión defendía que, dado que el objetivo del sistema legislativo pertinente en el asunto en cuestión ("norma general del traslado de pérdidas" y "norma de cancelación de pérdidas") 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, con independencia de que se acojan o no a la cláusula que permite el saneamiento de empresas en crisis. De este modo, a juicio de la Comisión, la medida controvertida resultaba selectiva *prima facie*, puesto que únicamente beneficia a las empresas que cumplen los requisitos de la cláusula.

Por su parte, el TGUE entiende que, aun admitiendo que el objetivo del sistema fiscal pertinente en el caso concreto sea prevenir los abusos en el traslado de pérdidas, evitando así la compra de sociedades instrumentales, la medida controvertida no se dirige a todas las empresas cuyo accionariado haya experimentado una modificación, sino que se aplica a una categoría muy determinada de empresas: las 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 adelante, "empresa en crisis"). En este sentido, resulta evidente 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.

Profundizando en esta línea argumentativa, afirma el Tribunal que 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. De hecho, el traslado de pérdidas se prohíbe aun cuando concurren los demás requisitos de la cláusula que permite el saneamiento de empresas en crisis (referidos, en concreto, al mantenimiento de las estructuras esenciales de la sociedad). En síntesis, a juicio del Tribunal, parece claro que el efecto de la cláusula es favorecer a las empresas en crisis.

De este modo, el TGUE llegó 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.

En relación con la segunda de las alegaciones de la demandante, el Tribunal dejó claro que la medida controvertida no es de carácter general, sino selectiva *prima facie*, puesto que 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. Para que la medida en cuestión presentase efectivamente un carácter general tendría que ser potencialmente accesible para todas las empresas en el sentido en que usa esta expresión en la STGUE de 7 de noviembre de 2014, asunto T219/10, *Autogrill España/Comisión*, aps.44 y 45.

Por tanto, y sobre la base de las anteriores consideraciones, el Tribunal procedió a desestimar la segunda parte del primer motivo.

Por lo que respecta a la tercera parte del primer motivo, ya hemos avanzado cómo la demandante alegaba esencialmente 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 llevaron a la demandante a confiar legítimamente en que la Comisión no consideraría que la cláusula que permite el saneamiento de empresas en crisis es una medida selectiva. No obstante, el hecho de que este argumento basado en la violación del principio de la confianza legítima no se mencionase explícita ni implícitamente en la demanda ni supusiese una ampliación de un motivo presente en la misma, determinó su inadmisión por parte del Tribunal en aplicación del artículo 48, apartado 2, del Reglamento de Procedimiento de 2 de mayo de 1991 y de conformidad con la jurisprudencia establecida en la STJUE de 11 de julio de 2013, asunto C-439/11 P, *Ziegler/Comisión*, ap.46, o en la STGUE de 21 de marzo de 2002, asunto T-231/99, *Joynson/Comisión*, ap.156, confirmada por el auto del TJUE de 10 de diciembre de 2003, asunto C-204/02 P, *Joynson/Comisión*. Por consiguiente, el Tribunal desestimó el primer motivo en su totalidad.

En relación con el segundo motivo esgrimido por la demandante, ya hemos apuntado cómo se basaba en que la cláusula que permite el saneamiento de empresas en crisis no sólo encuentra justificación en la naturaleza y estructura del sistema fiscal al posibilitar la aplicación del principio de tributación en función de la capacidad contributiva (objetivo inherente al sistema fiscal), sino que resulta proporcionada al objetivo perseguido.

A este respecto, el Tribunal comenzó haciendo hincapié en la necesidad de distinguir 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 (*vid.*, entre otras, la STJUE de 8 de septiembre de 2011, asuntos C78/08 a C80/08, *Paint Graphos y otros*, ap.65; y la STGUE de 7 de marzo de 2012, asunto T210/02, *British Aggregates/Comisión*, ap.84). 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, apartado 1 del TFUE (*vid.* STJUE de 8 de septiembre de 2011, asuntos C78/08 a C80/08, *Paint Graphos y otros*, ap.70).

Asimismo, el Tribunal recordó 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 (*vid.* STJUE de 8 de septiembre de 2011, asuntos C78/08 a C80/08, *Paint Graphos y otros*, aps.73-75).

Por lo que respecta específicamente a la medida controvertida en el asunto en cuestión, a juicio del Tribunal resulta claro que su objetivo, o cuando menos su objetivo principal, es favorecer el saneamiento de las empresas en crisis. Si no fuera así, no se entendería por qué entre los requisitos de aplicación de la misma contemplados en el artículo 8c, apartado 1a, letras a) y b) de la *KStG*, se exige, por una parte, que la adquisición de participación tenga como finalidad el saneamiento de la entidad y, por otra parte, que en el momento de la adquisición la empresa sea insolvente o esté excesivamente endeudada o esté amenazada de insolvencia o excesivo endeudamiento. En opinión del Tribunal, dicho objetivo no se deriva de los principios fundadores o rectores del sistema fiscal y, por tanto, se sitúa fuera de dicho sistema (*vid.*, por analogía, las SSTJUE de 6 de septiembre de 2006, asunto C88/03, *Portugal/Comisión*, ap.82, y de 18 de julio de 2013, asunto C6/12, *P Oy*, ap.30), sin que resulte necesario comprobar si la medida controvertida es proporcionada al objetivo que se persigue.

Asimismo, el Tribunal rechazó una eventual justificación de la cláusula de saneamiento de empresas en crisis en virtud del principio de tributación según la capacidad contributiva, o sobre la base de las diferencias que existen entre las adquisiciones lesivas de participación y las adquisiciones de participación realizadas al objeto de sanear la empresa, así como las diferencias objetivas que existen entre los contribuyentes.

Por lo que respecta al primer motivo de justificación, la demandante y el gobierno alemán alegaban esencialmente que 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, limitándose a restaurar la aplicación del principio general de traslado de pérdidas como expresión del principio de tributación según la capacidad contributiva. Sin embargo, para el Tribunal, la medida controvertida no resulta coherente con el objetivo perseguido ya que se aplica únicamente a empresas en crisis. De este modo, el Tribunal no 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.

Por lo que respecta al segundo motivo de justificación, la demandante y el gobierno alemán alegaban esencialmente, por una parte, que 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 y, por otra parte, que, 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, ni de conservar sus pérdidas en virtud de la cláusula sobre plusvalías latentes. No obstante, a juicio del Tribunal, la alegación de la falta de control sobre la utilización de las pérdidas no resulta coherente en el medida en que 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. De igual modo, el Tribunal rechazó el segundo argumento esgrimido por la demandante al entender, en línea con la Comisión, que el posible objetivo de favorecer el acceso de las sociedades en crisis al capital no resulta inherente al sistema fiscal.

En definitiva, el Tribunal llegó a la conclusión de que la cláusula de saneamiento de empresas en crisis no podía encontrar justificación en la naturaleza y estructura del sistema fiscal en el que se inscribía, y, por ende, procedió a desestimar las alegaciones de la demandante también en este punto.

Nótese que en relación con la misma regulación alemana, el TGUE dictó una segunda sentencia (sentencia de 4 de febrero de 2016, *GFKL Financial Services AG*, T-620/11), donde se adopta una posición muy similar. Ambas sentencias han sido recurridas en casación ante el TJUE. De confirmar el Tribunal de Justicia la doctrina establecida en estas sentencias del TGUE sobre la Decisión de la Comisión, cabría plantear su potencial aplicación a España en relación con lo establecido en el art.26 LIS en conexión con la Disposición Transitoria trigésima cuarta, letra g. (respecto del ejercicio 2015) de la LIS (Ley 27/2014).

3. Fallo

Finalmente, y sobre la base de lo anteriormente expuesto, el Tribunal adoptó las siguientes decisiones:

- "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; y**
- 4) La República Federal de Alemania cargará con sus propias costas".**

