

II

(Actos cuya publicación no es una condición para su aplicabilidad)

COMISIÓN

DECISIÓN DE LA COMISIÓN

de 21 de enero de 1998

relativa a las desgravaciones fiscales concedidas en virtud del apartado 8 del artículo 52 de la Ley alemana del impuesto sobre la renta

[notificada con el número C(1998) 231]

(El texto en lengua alemana es el único auténtico)

(Texto pertinente a los fines del EEE)

(98/476/CE)

LA COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS,

Visto el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea y, en particular, el párrafo primero del apartado 2 del artículo 93,

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

Después de haber emplazado a los Estados miembros y terceros interesados para que presentaran sus observaciones de conformidad con lo dispuesto en el apartado 2 del artículo 93 del Tratado CE,

Considerando lo siguiente:

I

Por decisión de 26 de febrero de 1997, la Comisión incoó el procedimiento previsto en el apartado 2 del artículo 93 del Tratado CE en relación con la modificación, en virtud de la Ley alemana de 1996 sobre impuestos (*Jahressteuergesetz*)⁽¹⁾, de lo dispuesto en el apartado 8 del artículo 52 de la Ley alemana del impuesto sobre la renta (*Einkommensteuergesetz*) en lo relativo al régimen contemplado en el artículo 6b de esta última Ley. Esta decisión fue notificada a Alemania por carta de 25 de marzo de 1997⁽²⁾ y publicada en el *Diario Oficial de las Comunidades Europeas* el 6 de junio de 1997⁽³⁾. Alemania presentó sus observaciones sobre esta decisión por carta

de 13 de mayo de 1997. La Comisión no ha recibido observación alguna de los demás Estados miembros ni de terceros interesados.

El régimen en cuestión establece, para los ejercicios de 1996, 1997 y 1998, una desgravación fiscal especial a fin de fortalecer el mercado de participaciones en empresas de los nuevos Estados federados alemanes y de Berlín Oeste y aumentar de este modo el capital propio de dichas empresas. El régimen puede resumirse como figura a continuación.

Con arreglo al Derecho alemán en materia fiscal, los beneficios de las personas físicas residentes en Alemania (artículo 1 de la Ley del impuesto sobre la renta) y de las personas jurídicas establecidas en Alemania [artículo 1 de la Ley del impuesto sobre sociedades (*Körperschaftsteuergesetz*)] que sean resultado de la venta de determinados bienes económicos están sujetos al impuesto sobre la renta; en el caso de las personas jurídicas, la Ley del impuesto sobre sociedades remite a lo dispuesto en la Ley del impuesto sobre la renta (artículo 8 de la Ley del impuesto sobre sociedades).

Con arreglo al artículo 6b de la Ley del impuesto sobre la renta, las personas físicas o jurídicas que vendan determinados bienes muebles o inmuebles, así como participaciones en sociedades de capital, podrán deducir de los costes de adquisición y fabricación de determinados

⁽¹⁾ BGBl. 1995 I 1250; entrada en vigor el 1 de enero de 1996.

⁽²⁾ SG (97) D/2381.

⁽³⁾ DO C 172 de 6. 6. 1997, p. 2.

bienes económicos, en el ejercicio (*Wirtschaftsjahr*) en el cual tenga lugar la venta y en los cuatro siguientes⁽¹⁾, hasta un 50 %, o incluso, en algunos casos, hasta el 100 % del beneficio imponible de la venta. La desgravación del 100 % ya se autorizaba antes de la Ley de 1996 sobre impuestos con arreglo, en particular, al artículo 6b de la Ley del impuesto sobre la renta, respecto de los gastos de adquisición de participaciones en sociedades de capital por parte de una sociedad de cartera en el sentido de la Ley alemana sobre sociedades de cartera (*Gesetz über Unternehmensbeteiligungsgesellschaften*).

El presente examen desde la óptica de las normas sobre ayudas estatales no tiene por objeto estudiar la posibilidad de que esta medida favorezca a las sociedades de cartera; la presente Decisión no prejuzga la posición que la Comisión adopte posteriormente a este respecto.

El apartado 8 del artículo 52 de la Ley del impuesto sobre la renta, que entró en vigor el 1 de enero de 1996, prevé en los ejercicios de 1996, 1997 y 1998 una ampliación de la desgravación fiscal contemplada en el artículo 6b de dicha Ley. Hasta un 100 % del beneficio de las ventas puede deducirse de los costes de adquisición y fabricación en la medida en que dicho beneficio se utilice para adquirir participaciones en sociedades de capital, que esta adquisición esté vinculada a una ampliación de capital o a la creación de nuevas sociedades de capital, y que estas sociedades:

- tengan su sede y domicilio social (*Sitz und Geschäftsleitung*) en los nuevos Estados federados o en Berlín Oeste⁽²⁾ y cuenten con un máximo de doscientos cincuenta empleados con contrato de trabajo vigente en el momento de la adquisición de participaciones,
- constituyan sociedades de cartera cuyo ámbito de actividad exclusivo, conforme a los estatutos, sea la adquisición de participaciones temporalmente limitadas o la gestión y venta de dichas participaciones en empresas cuyos efectivos en el momento de la adquisición de participaciones no sean superiores a doscientos cincuenta empleados con contrato de trabajo en vigor y cuya sede y domicilio social se encuentren en los nuevos Estados federados o en Berlín Oeste.

Según cálculos de las autoridades alemanas, esta medida provocará pérdidas temporales de ingresos fiscales por valor de unos 150 millones de marcos alemanes (en torno a 75 millones de ecus). El régimen podría beneficiar a varios miles de empresas de los nuevos Estados federados y de Berlín Oeste y no está limitado a sectores determinados. No se excluye la acumulación de esta medida con otras ayudas estatales.

II

Las autoridades alemanas notificaron esta disposición el 13 de octubre de 1995, con retraso, pues ya había entrado en vigor, y sólo previa solicitud expresa de la Comisión. La Ley de 1996 sobre impuestos entró en vigor el 1 de enero de 1996, antes de haber sido autorizada por la

Comisión. Por consiguiente, la Comisión registró el régimen como ayuda no notificada (con la referencia NN 9/96). El Ministerio federal de Hacienda, mediante Orden administrativa de 2 de enero de 1996⁽³⁾, suspendió la aplicación de este régimen hasta su autorización por la Comisión.

En la decisión de apertura del procedimiento, la Comisión consideró que el apartado 8 del artículo 52 de la Ley del impuesto sobre la renta constituía una ayuda estatal según lo dispuesto en el apartado 1 del artículo 92 del Tratado CE y el apartado 1 del artículo 61 del Acuerdo EEE. A este respecto, la Comisión considera que el régimen en cuestión contempla dos grupos de beneficiarios: por una parte, el de los contribuyentes con arreglo a la Ley del impuesto sobre la renta y, por otra, el de las empresas de los nuevos Estados federados y de Berlín Oeste con un máximo de doscientos cincuenta empleados.

La Comisión consideró, en primer lugar, que la desgravación fiscal en favor de los sujetos pasivos que vendieran determinados bienes económicos, los cuales podían deducir los beneficios resultantes de esta venta al adquirir otros bienes económicos, constituía una medida general y carente de elemento de ayuda alguno, ya que podían beneficiarse de la misma todos los sujetos pasivos que invirtieran beneficios de una determinada manera, con independencia de su tamaño, ámbito de actividad o domicilio social.

Por el contrario, la Comisión, en la decisión de apertura del procedimiento, consideró que la medida en favor de las sociedades de capital con sede y domicilio social en los nuevos Estados federados o en Berlín Oeste, en las que deben adquirirse participaciones para poder disfrutar de una desgravación, constituía una ayuda estatal con arreglo a lo dispuesto en el apartado 1 del artículo 92 del Tratado CE. La Comisión recordó que, según la jurisprudencia reiterada del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, al valorar una medida como ayuda estatal según lo dispuesto en el apartado 1 del artículo 92 del Tratado CE es preciso basarse en su efecto beneficioso. En este caso, el efecto del régimen sería una mayor rentabilidad de las participaciones en empresas con sede y domicilio social en los nuevos Estados federados o en Berlín Oeste con respecto a las participaciones en empresas con sede y domicilio social en la parte occidental de Alemania o fuera del territorio alemán. A la afirmación de las autoridades alemanas, en su carta del 13 de octubre de 1995, de que las ventajas económicas que ofrecía este régimen eran muy escasas y tendían a cero, la Comisión contestó remitiendo a la jurisprudencia reiterada del Tribunal de Justicia, según la cual la intensidad reducida de una ayuda no permite excluir que afecte al comercio entre los Estados miembros.

Por estos motivos, la Comisión manifestó sus dudas sobre la compatibilidad de este régimen con el mercado común. La Comisión consideró que, dado que el régimen en cuestión no estaba vinculado a inversiones, debía asimilarse a una ayuda de funcionamiento, que, según la prác-

⁽¹⁾ Creación de reservas con arreglo al apartado 3 del artículo 6b de la Ley del impuesto sobre la renta.

⁽²⁾ Apartado 2 del artículo 1 de la Ley sobre regiones asistidas (*Fördergebietsgesetz*).

⁽³⁾ *Bundessteuerblatt* 1996, parte I, nº 1, p. 2.

tica corriente de la Comisión, únicamente puede autorizarse en determinadas circunstancias y en las regiones asistidas con arreglo a la letra a) del apartado 3 del artículo 92 del Tratado CE. Sin embargo, el régimen también es aplicable en Berlín. Conforme a la decisión de la Comisión relativa al mapa de las regiones asistidas de 1997 a 1999 (N 613/96), Berlín Este puede considerarse región asistida en este período en virtud de la letra c) del apartado 3 del artículo 92; sin embargo, conforme a esta misma decisión, Berlín Este puede asimilarse en este período a las regiones periféricas asistidas en virtud de la letra a) del apartado 3 del artículo 92. En cambio, según esta decisión, Berlín Oeste es una región asistida con arreglo a la letra c) del apartado 3 del artículo 92, no se beneficia de ningún régimen transitorio equivalente, por lo que no cumple las mencionadas condiciones sobre compatibilidad de las ayudas de funcionamiento.

Además, dado que la concesión de las ayudas no está vinculada a medidas de inversión, existe un elevado riesgo de que la ayuda también tenga efectos económicos fuera de las regiones asistidas. Por otra parte, la Comisión señaló que el régimen infringía la prohibición de discriminación respecto de la libertad de establecimiento establecida en el artículo 52 del Tratado CE, ya que la reducción fiscal se supeditaba a la obligación de que las empresas en las cuales se adquirieran participaciones tuvieran su sede y domicilio social en los nuevos Estados federados o en Berlín Oeste. Por último, el régimen no establece el cumplimiento de las normas específicas relativas a determinados sectores sensibles.

III

Por carta del 13 de mayo de 1997, Alemania manifestó que la medida contemplada no contenía ayuda estatal alguna a efectos del apartado 1 del artículo 92 del Tratado CE. En resumen, Alemania adoptó la posición siguiente sobre la apertura del procedimiento.

En primer lugar, Alemania destaca la persistencia de graves déficits estructurales en la economía de los nuevos Estados federados y, en particular, la escasez de fondos propios de las empresas de esta región, situación que el régimen de ayudas pretende mejorar. Alemania parte de que es poco probable que el régimen favorezca a empresas de los denominados sectores sensibles, ya que las sociedades de cartera invierten su capital riesgo sobre todo en empresas que ejerzan sus principales actividades en mercados con perspectivas de futuro.

Según las autoridades alemanas, la desgravación fiscal consiste únicamente en el aplazamiento del impuesto; en cambio, no está prevista una exención fiscal, ya que, aun en caso de que el sujeto pasivo no vendiera en mucho tiempo la participación adquirida, su valor se conocería en el momento de liquidarse la sociedad, y los correspondientes beneficios se someterían a imposición.

La desgravación fiscal sólo se aplica, según las autoridades alemanas, a la entidad que vende la participación, y no a la que la adquiere. Esta última obtiene un capital suplementario cuyo coste es libremente negociable y se basa en

el mercado. Alemania no puede apreciar y menos aún calcular una relación directa entre la desgravación fiscal para la sociedad que recibe la participación y los costes de la participación. El mero hecho de que se conceda una desgravación fiscal a la adquisición de participaciones en empresas que tengan su sede en una determinada región no basta para concluir que existe un equivalente de ayuda. Únicamente puede concluirse que éste existe si el capital de participación aportado conforme a lo dispuesto en el apartado 8 del artículo 52 de la Ley del impuesto sobre la renta se abarata en beneficio de las empresas establecidas en los nuevos Estados federados y en Berlín con respecto a otros capitales de participación disponibles. Alemania no aprecia indicios que permitan suponer que éste es el caso; por su parte, en su decisión, la Comisión sólo consideraba que este abaratamiento era posible, pero sin aportar indicios claros. Por el contrario, existen, según las autoridades alemanas, motivos para suponer que las ventajas derivadas del aplazamiento del impuesto no se transmitirán a empresas con sede y domicilio social en los nuevos Estados federados o en Berlín Oeste, ya que se trata de ventajas escasas, que carecerían de todo atractivo al transmitirse.

Alemania considera, por lo tanto, que la desgravación fiscal constituye una medida general en favor tanto de la entidad que vende las participaciones como de la que las adquiere, máxime cuando la única ventaja para esta última se deriva de la desgravación fiscal concedida a la entidad vendedora, desgravación que constituye, a juicio también de la Comisión, una medida general.

En conclusión, las autoridades alemanas consideran que la Comisión no ha logrado ni identificar a los beneficiarios del presunto régimen de ayudas ni calcular el importe de la ayuda. Alemania afirma que la ventaja para las empresas de los nuevos Estados federados y de Berlín Oeste, si pudiera calcularse, sería muy reducida, de modo que se justifica aplicar la norma *de minimis* (!) en cuanto a las ayudas.

IV

La ampliación de la desgravación fiscal con arreglo al apartado 8 del artículo 52 de la Ley del impuesto sobre la renta constituye una ayuda estatal, a efectos del apartado 1 del artículo 92 del Tratado CE y del apartado 1 del artículo 61 del Acuerdo EEE, en favor de las sociedades de capital de no más de doscientos cincuenta empleados con sede y domicilio social en los nuevos Estados federados o en Berlín Oeste, en las cuales, para disfrutar de una desgravación fiscal sobre los beneficios derivados de la venta de determinados bienes económicos o participaciones en sociedades de capital, debe adquirirse (directa o indirectamente, por medio de una sociedad de cartera) una participación con vistas a una ampliación de capital o creación de una nueva empresa. Por el contrario, constituye una medida general sin elementos de ayuda en favor de los sujetos pasivos del impuesto sobre la renta que vendan determinados bienes económicos, los cuales pueden deducir el beneficio imponible al adquirir otros bienes económicos. A este respecto, la Comisión ha atendido a los aspectos que a continuación se exponen.

(!) DO C 68 de 6. 3. 1996, p. 9.

En primer lugar, debe tenerse en cuenta que se trata de «ayudas otorgadas por los Estados o mediante fondos estatales, bajo cualquier forma» a efectos del apartado 1 del artículo 92 del Tratado CE. Para apreciar si una medida estatal constituye una ayuda, es preciso, conforme a la sentencia del Tribunal de Justicia de 11 de julio de 1996 en el asunto C-39/94; SFEI contra La Poste ⁽¹⁾, determinar si la empresa beneficiaria obtiene una ventaja económica que, sin esta medida estatal, no habría obtenido en condiciones normales de mercado.

Además, con arreglo al apartado 8 del artículo 52 de la Ley del impuesto sobre la renta, la persona física o jurídica (en adelante denominada «el comprador de participaciones») que realice un beneficio por la venta de un bien económico obtiene una desgravación fiscal, ya que puede, cuando adquiera participaciones en determinadas condiciones y en determinadas empresas, deducir de sus gastos de adquisición hasta el 100 % de los beneficios de la venta y, en consecuencia, paga menos impuestos. Por lo tanto, el régimen favorece a estas sociedades en relación con las disposiciones fiscales generales, que permiten una deducción de los beneficios imposables de aproximadamente un 50 % si se reinvierten en el conjunto de Alemania. Sin embargo, la deducción fiscal del 100 % únicamente es posible si el sujeto pasivo adquiere participaciones en determinadas sociedades de capital y si esta adquisición guarda relación con un aumento de capital o con la creación de una nueva sociedad de capitales. Este régimen incita a los sujetos pasivos a adquirir participaciones en determinadas sociedades de capital con vistas a un aumento de capital o a la creación de una nueva sociedad; la medida fiscal tiene, pues, por resultado -y por objetivo explícito- fomentar la demanda de adquisiciones de participaciones en determinadas sociedades de capital y, por consiguiente, aumentar la cuota de fondos propios de estas empresas (o su constitución).

El aumento, gracias a esta medida estatal, de la demanda de participaciones en empresas con sede y domicilio social en los nuevos Estados federados o en Berlín Oeste (en adelante denominadas «los vendedores de participaciones») influirá, sin que varíen las demás circunstancias, en el comportamiento inversor de todos los compradores de participaciones, dado que éstos adquirirán participaciones que, de no existir desgravación, o no habrían adquirido o habrían adquirido en condiciones más desfavorables para el vendedor; en cambio, de esta manera las adquirirán en condiciones más ventajosas para el vendedor que las que serían posibles de no haberse introducido el apartado 8 del artículo 52 de la Ley del impuesto sobre la renta. Bien es cierto, como indican las autoridades alemanas, que el vendedor de participaciones recibe un capital cuyo coste es libremente negociable y basado en el mercado; sin embargo, la medida supone una modificación de este mercado que tiene por consecuencia un mayor atractivo del capital de participación disponible conforme al apartado 8 del artículo 52 frente a los demás capitales de participación disponibles en empresas con sede y domicilio social fuera de los nuevos Estados federados y de Berlín.

El legislador alemán se proponía explícitamente modificar el comportamiento de los inversores y aumentar los fondos propios de las empresas interesadas; sin embargo, las autoridades alemanas señalan en sus observaciones que el régimen no tiene incidencias apreciables en las empresas de los nuevos Estados federados y de Berlín, en las cuales deben adquirirse las participaciones.

El régimen fiscal favorece directamente a determinadas personas físicas y jurídicas (beneficiarios directos) a fin de que éstas adquieran a determinadas empresas (beneficiarios indirectos) una serie de bienes económicos. La ventaja económica reside en el aumento de la demanda de participaciones en las empresas indirectamente beneficiarias del régimen con respecto a la situación jurídica que imperaba antes de entrar en vigor el apartado 8 del artículo 52 de la Ley del impuesto sobre la renta; así, los inversores (beneficiarios directos) estarán dispuestos a adquirir participaciones en empresas de los nuevos Estados federados y de Berlín en condiciones para éstas más ventajosas que si no existiera la medida en cuestión. De este modo, aumentará el volumen de las participaciones en las empresas en cuestión o serán más favorables para estas empresas las condiciones contractuales de adquisición de participaciones (precio de la participación con respecto a su valor nominal, duración y remuneración de la participación, etc.).

Por lo tanto, la medida puede ofrecer gratuitamente a las empresas indirectamente beneficiarias del régimen establecido por el apartado 8 del artículo 52 de la Ley del impuesto sobre la renta con sede y domicilio social en los nuevos Estados federados o en Berlín Oeste una ventaja económica que sin esta medida pública no habrían obtenido.

Las autoridades alemanas señalaron en sus observaciones que la medida constituía un aplazamiento del impuesto, pero en ningún caso una exención. A este respecto, cabe en primer lugar señalar que, según el artículo 222 del Código fiscal alemán (*Abgabenordnung*), únicamente puede hablarse de aplazamiento fiscal en caso de prórroga del vencimiento de una deuda fiscal ya existente, mientras que, en el presente caso, el régimen da lugar a la extinción de una deuda fiscal con arreglo al artículo 6b de la Ley del impuesto sobre la renta, así como a la posible creación de una nueva deuda fiscal en caso de reventa. Además, en este caso, es irrelevante que la desgravación prevista tan sólo equivalga económicamente a un aplazamiento del impuesto; aun en caso de aplazamiento, cabría presumir la existencia de una ventaja económica indirecta para el vendedor de participaciones [Decisión 93/349/CEE de la Comisión ⁽²⁾].

Tal como señalan las autoridades alemanas en sus observaciones, resulta tan difícil demostrar en cada caso concreto un trato preferente como cuantificar el elemento de ayuda. No obstante, como se explica anteriormente, puede considerarse que de hecho, en general, se está ofreciendo una ventaja económica. Ahora bien, no es posible determinar con exactitud dicha ventaja mediante un examen *ex ante* de cada adquisición de participaciones, ya que la medida se basa en el comportamiento económico de un inversor financiero privado que toma

⁽¹⁾ Rec. 1996, p. I-3547, apartado 60.

⁽²⁾ DO L 143 de 15. 6. 1993, p. 7.

sus decisiones en condiciones que han sido deliberadamente alteradas por la intervención pública. No es posible demostrar en abstracto que, debido a la medida pública, exista un cambio de comportamiento de cada comprador de participaciones. Por otra parte, en un examen *ex ante* no es posible cuantificar con exactitud la ventaja, que tampoco puede calcularse *ex post* en todos los casos.

A este respecto, hay que señalar que la Comisión no está obligada a examinar cada caso particular para determinar el carácter de ayuda estatal de un régimen. Según la sentencia del Tribunal de Justicia de 14 de octubre de 1987 en el asunto 248/84: República Federal de Alemania contra Comisión ⁽¹⁾, la Comisión, en el caso de un programa de ayudas, puede limitarse a estudiar las características del programa y evaluar si, por su naturaleza, le es aplicable lo dispuesto en el apartado 1 del artículo 92 del Tratado CE. Así, para concluir que no existe ayuda estatal, la Comisión debería poder excluir en cada caso concreto que se haya concedido una ventaja económica y, por consiguiente, una ayuda estatal. En consecuencia, en este caso, debe concluirse que el régimen, por su naturaleza, tiene por efecto conceder una ventaja económica a una categoría determinable de sociedades de capital (empresas de un máximo de doscientos cincuenta empleados y con sede y domicilio social en los nuevos Estados federados o en Berlín Oeste).

El cálculo de la ventaja económica debería efectuarse comparando en cada caso concreto, y sin que varíen las demás circunstancias, las condiciones en las cuales una empresa de los nuevos Estados federados o de Berlín y de un máximo de doscientos cincuenta empleados podría adquirir una participación con o sin desgravación fiscal.

Esta medida supone la concesión de una ventaja económica por medio de fondos estatales. De hecho, la medida da lugar, en primer lugar, a una pérdida de ingresos fiscales, dada la exención fiscal sin límites temporales de los beneficios derivados de la venta del bien económico. Esta ventaja fiscal concedida mediante fondos estatales se transmite en parte al beneficiario de la ayuda por medio de una disposición legal que supone influir en el comportamiento de los inversores privados.

Tal como ha establecido el Tribunal de Justicia, por ejemplo, en su sentencia de 2 de febrero de 1988 en los asuntos acumulados 67/85, 68/85 y 70/85 Van der Kooy contra Comisión ⁽²⁾, la transmisión de la desgravación fiscal por el comprador de participaciones a determinadas empresas es imputable al Estado por medio de la correspondiente disposición legal. Por tanto, la medida tiene el mismo efecto que las contribuciones parafiscales financiadas por algunos sectores económicos y cuyo producto se destina a la financiación de proyectos de determinadas empresas por medio de un organismo que administra estos fondos. Según la jurisprudencia reiterada del Tribunal de Justicia, y, en particular, la sentencia de 11 de marzo de 1992 en los asuntos acumulados C-78/90 y C-83/90: Compagnie commerciale contra Receveur principale des douanes de la Pallice Port ⁽³⁾, estas contribu-

ciones parafiscales pueden constituir, en función de la utilización de su producto, una ayuda estatal, ya que la ventaja otorgada a determinadas empresas puede imputarse al Estado debido a la introducción obligatoria de la contribución parafiscal, aun cuando la medida no se financie directamente mediante fondos estatales.

En el presente caso, la ventaja económica no se transmite a través de un organismo público o privado que gestiona estos recursos y creado a tal fin, sino merced a la orientación, por parte del Estado, del comportamiento de los inversores privados. Dada la capacidad de influencia del Estado, los efectos económicos de dicha orientación son semejantes. Por consiguiente, el Estado determina, en virtud de las disposiciones legales correspondientes, la transmisión de la ventaja a determinadas empresas.

La medida favorece también a determinadas empresas debido, por una parte, a que está limitada regionalmente a las empresas con sede y domicilio social en los nuevos Estados federados o en Berlín Oeste y, por otra, a que únicamente se aplica a empresas de cierto tamaño, a saber, las de un máximo de doscientos cincuenta empleados. Si bien no es posible determinar *ex ante* de qué empresas se trata, sí cabe distinguir una categoría de empresas beneficiarias de manera suficientemente precisa para considerarlas destinatarias de esta ventaja económica. Por consiguiente, este régimen es de carácter suficientemente específico para distinguirlo de las medidas generales en favor de toda la economía de un Estado miembro y, por tanto, no incluidas en el campo de aplicación del apartado 1 del artículo 92 del Tratado.

Por último, el régimen de ayudas puede falsear la competencia por favorecer a las empresas con sede y domicilio social en esta región con respecto a las de otras regiones de Alemania y de otros Estados miembros. El argumento de las autoridades alemanas según el cual la intensidad de ayuda de la medida es muy escasa y tiende a cero no cambia nada a este respecto; según la sentencia del Tribunal de Justicia de 21 de marzo de 1990 en el asunto C-142/87: Bélgica contra Comisión ⁽⁴⁾, la escasez de una ayuda no permite excluir que afecte a los intercambios entre los Estados miembros. Por otra parte, las autoridades alemanas no se han comprometido a aplicar la norma *de minimis*.

Por todas estas consideraciones, la Comisión ha llegado a la conclusión de que la ampliación de la desgravación fiscal con arreglo al apartado 8 del artículo 52 de la Ley del impuesto sobre la renta en favor de las sociedades de capital con sede y domicilio social en los nuevos Estados federados o en Berlín Oeste, en las cuales debe adquirirse (directa o indirectamente, a través de una sociedad de cartera) una participación relacionada con un aumento de capital o con la creación de una nueva sociedad de capitales para poder disfrutar de la desgravación fiscal sobre los beneficios obtenidos por la venta de determinados bienes económicos o participaciones en sociedades de

⁽¹⁾ Rec. 1987, p. 4013, apartado 18.

⁽²⁾ Rec. 1988, p. 219.

⁽³⁾ Rec. 1992, p. I-1847, apartado 35.

⁽⁴⁾ Rec. 1990, p. I-959.

capital, constituye una ayuda estatal a efectos del apartado 1 del artículo 92 del Tratado CE y del apartado 1 del artículo 61 del Acuerdo EEE.

V

El régimen de ayudas examinado tiene por efecto favorecer la adquisición de participaciones en relación con un aumento de capital o con la creación de una nueva sociedad de capitales en empresas con un máximo de doscientos cincuenta empleados y con sede y domicilio social en los nuevos Estados federados o en Berlín Oeste a un precio más ventajoso o en condiciones contractuales más favorables para el comprador que las que existirían de no haberse introducido la correspondiente disposición. De este modo, el régimen favorece el aumento del capital propio de las empresas en cuestión.

Este régimen de ayudas no está relacionado con una inversión inicial en el sentido de la Comunicación de la Comisión sobre los regímenes de ayudas de finalidad regional⁽¹⁾, sino que tiene carácter continuo a fin de subsanar determinadas deficiencias estructurales específicas; así lo confirmaron expresamente las autoridades alemanas en sus observaciones. Por lo tanto, este régimen de ayudas debe considerarse ayuda de funcionamiento conforme a la sentencia del Tribunal de Justicia de 15 de mayo de 1997 en el asunto C-278/95: Siemens SA contra Comisión⁽²⁾.

Según la práctica corriente de la Comisión, las ayudas de funcionamiento únicamente pueden concederse, en casos excepcionales y bajo determinadas condiciones, en regiones asistidas con arreglo al artículo 92 del Tratado CE, es decir, en regiones en las cuales el nivel de vida sea anormalmente bajo o exista una grave situación de subempleo [véase el punto 6 de la Comunicación de la Comisión de 1988 sobre el método de aplicación de las letras a) y c) del apartado 3 del artículo 92 a las ayudas regionales⁽³⁾].

Por lo que respecta a la aplicación del régimen de ayudas en los cinco nuevos Estados federados (Brandemburgo, Mecklemburgo-Pomerania Occidental, Sajonia, Sajonia-Anhalt y Turingia), el 18 de diciembre de 1996 la Comisión decidió atribuir a estas regiones el carácter de regiones asistidas con arreglo a la letra a) del apartado 3 del artículo 92 del Tratado CE hasta finales de 1999 [N 464/93⁽⁴⁾ hasta 1996 y N 613/96⁽⁵⁾ para el período comprendido entre 1997 y 1999]. Por lo que respecta a la aplicación del régimen de ayudas a empresas con sede y domicilio social en Berlín Este, la Comisión había reconocido a esta región hasta finales de 1996 el carácter de región asistida con arreglo a la letra a) del apartado 3 del artículo 92 del Tratado CE (N 464/93); para el período comprendido entre 1997 y 1999, la Comisión decidió conceder a Berlín Este, dada su especial situación geográ-

fica y el carácter de región asistida del que, con arreglo a la letra a) del apartado 3 del artículo 92, ya había disfrutado —de 1994 a 1996—, así como por motivos históricos, un estatuto transitorio hasta finales de 1999 que la equipara a las regiones asistidas con arreglo a la letra a) del apartado 3 del artículo 92 del Tratado CE y que, por consiguiente, la pone en igualdad de condiciones con los cinco nuevos Estados federados (Brandemburgo, Mecklemburgo-Pomerania Occidental, Sajonia, Sajonia-Anhalt y Turingia) (N 613/96).

Sin embargo, por los motivos siguientes, el régimen de ayudas en las citadas regiones no puede declararse compatible con el mercado común con arreglo a la letra a) del apartado 3 del artículo 92 del Tratado CE:

— conforme a la citada Comunicación de 1988, las ayudas de funcionamiento concedidas en regiones asistidas conforme a la letra a) del apartado 3 del artículo 92 del Tratado CE únicamente pueden autorizarse en casos excepcionales, cuando la ayuda pueda contribuir a un desarrollo económico sostenible y equilibrado. Además, según la práctica corriente de la Comisión, la ayuda debe ser decreciente y limitada en el tiempo.

En cambio, este régimen de ayudas tiene por consecuencia aumentar el capital propio de las empresas beneficiarias; el régimen no garantiza que los fondos puestos a disposición de las empresas beneficiarias se empleen para el desarrollo económico de las mismas en las regiones asistidas con arreglo a la letra a) del apartado 3 del artículo 92 del Tratado CE, y que, en realidad, no beneficien a empresas que ejerzan sus actividades económicas fuera de una región asistida. No puede por ello excluirse que, gracias a este régimen de ayudas, se beneficien de la ayuda empresas que, desde un punto de vista económico, pertenezcan a grandes empresas o sean empresas independientes instaladas fuera de regiones asistidas, de modo que la ayuda no contribuya realmente al desarrollo económico de las empresas de la región asistida y, por consiguiente, de la propia región⁽⁶⁾. El régimen de ayudas no puede, pues, acogerse a las excepciones sobre ayudas regionales contempladas en el apartado 3 del artículo 92 del Tratado CE. Por último, el régimen no contempla una estructuración decreciente de las ayudas;

— no puede excluirse que el régimen de ayudas se aplique a empresas de sectores sensibles, para los cuales existen disposiciones específicas sobre ayudas estatales (actualmente aplicables a los sectores de fibras sintéticas, industria del automóvil, construcción naval, transportes, agricultura, pesca, sectores contemplados en el Tratado CECA y sectores siderúrgicos no contemplados en el Tratado CECA). Sin embargo, la mencionada Comunicación de la Comisión de 1988 establece que las ayudas de funcionamiento no deben dar lugar a excesos de capacidad sectoriales, como ocurre generalmente en dichos sectores sensibles;

⁽¹⁾ DO C 31 de 3. 2. 1979, p. 9.

⁽²⁾ Rec. 1997, p. I-2507, apartado 55.

⁽³⁾ DO C 212 de 12. 8. 1998, p. 2.

⁽⁴⁾ DO C 373 de 29. 12. 1994, p. 3.

⁽⁵⁾ DO C 288 de 23. 9. 1997, p. 5.

⁽⁶⁾ Véase la Decisión 98/194/CE de la Comisión, de 1 de octubre de 1997, relativa a la prórroga de la prima fiscal a la inversión, del 8 %, en beneficio de las inversiones en los antiguos Estados federados alemanes mediante la *Jahressteuergesetz* (Ley tributaria) correspondiente a 1996 (DO L 73 de 12. 3. 1998, p. 38).

— por último, no puede excluirse que el régimen de ayudas se aplique a empresas en crisis en el sentido de las Directrices comunitarias sobre ayudas estatales de salvamento de y reestructuración de empresas en crisis⁽¹⁾, aun cuando, tal como está concebido el régimen, parezca poco probable que las ayudas se concedan a empresas en tal situación. En todo caso, el régimen no es compatible con las condiciones establecidas en las citadas Directrices para la concesión de ayudas a empresas en crisis.

En relación con la aplicación del régimen de ayudas a empresas con sede y domicilio social en Berlín Oeste, cabe señalar que, en virtud de las ya citadas decisiones de la Comisión, Berlín Oeste se consideraba región asistida con arreglo a la letra c) del apartado 3 del artículo 92 del Tratado CE sólo en parte hasta 1996, y se considera íntegramente como tal en el período 1997-1999. En consecuencia, el régimen de ayudas también es aplicable a empresas instaladas fuera de regiones asistidas conforme a la letra a) del apartado 3 del artículo 92, esto es, en regiones no asistidas y en regiones asistidas con arreglo a la letra c) del apartado 3 del artículo 92 del Tratado CE. No obstante, de acuerdo con la práctica corriente de la Comisión, ya mencionada, las ayudas de funcionamiento concedidas fuera de regiones asistidas en virtud de la letra a) del apartado 3 del artículo 92 no pueden declararse compatibles con el mercado común, con independencia de que se concedan a empresas de sectores sensibles o a empresas en crisis.

Por lo tanto, el régimen de ayudas no puede considerarse compatible con el mercado común en virtud de las excepciones contempladas en las letras a) y c) del apartado 3 del artículo 92 del Tratado CE. Por otra parte, el régimen no se destina ni a fomentar la realización de un proyecto importante de interés común europeo o poner remedio a una grave perturbación en la economía de un Estado miembro, ni a promover la cultura y la conservación del patrimonio conforme al apartado 3 del artículo 92 del Tratado CE. Por último, el régimen de ayudas no es compatible con el mercado común con arreglo al apartado 2 del artículo 92; y, sobre todo, las informaciones de que dispone la Comisión no permiten concluir que el régimen en cuestión sea necesario para compensar las desventajas económicas que resultan de la división de Alemania con arreglo a la letra c) del apartado 2 del artículo 92.

Por otra parte, el régimen de ayudas establece como condición previa para la desgravación fiscal que las empresas en las cuales se adquirieran las participaciones tengan su sede y domicilio social en los nuevos Estados federados o en Berlín Oeste. Esta disposición es contraria a la prohibición de discriminación establecida en el artículo 52 del Tratado CE (libertad de establecimiento).

Los artículos 52 y siguientes del Tratado CE contemplan la eliminación de las restricciones a la libertad de establecimiento. Además, los artículos 52 y 58 establecen el derecho a ejercer una actividad económica a través de una sucursal o una filial. Con arreglo al artículo 58, la nacionalidad de una sociedad se determina en función de la legislación del Estado miembro con arreglo a la cual se

haya constituido, así como en función de su sede y su administración central, tal como estableció el Tribunal de Justicia en su sentencia de 28 de enero de 1986 en el asunto 270/83: Comisión contra República Francesa⁽²⁾. La prohibición de discriminación no sólo se refiere a la discriminación directa, sino también a las medidas de efectos equivalentes. Conforme a la letra h) del apartado 3 del artículo 54 del Tratado CE, la Comisión se asegurará de que las condiciones para el establecimiento no resulten falseadas mediante ayudas otorgadas por los Estados miembros. En aplicación de esta disposición y en el ámbito de su Programa general para la supresión de las restricciones a la libertad de establecimiento⁽³⁾, el Consejo estableció que deberán suprimirse las disposiciones y prácticas relativas únicamente a los extranjeros que excluyan, limiten o supediten a determinadas condiciones su facultad de ejercer los derechos generalmente relacionados con una actividad por cuenta propia. Entre dichas disposiciones o prácticas también figuran las ayudas estatales directas o indirectas.

Mediante esta prohibición de la restricción de la libertad de establecimiento, los artículos 52 y siguientes contemplan, entre otras cosas, que las empresas en cuestión reciban el mismo trato que las empresas con sede en el país de acogida. Por el contrario, el régimen de ayudas en cuestión beneficia únicamente a las empresas con sede y domicilio social en los nuevos Estados federados o en Berlín Oeste. Para poder beneficiarse de la ayuda, las empresas cuya sede y domicilio social no se encuentren en los nuevos Estados federados o en Berlín Oeste se verían obligadas a trasladar sus sedes y domicilios sociales a estas regiones. De este modo, el régimen de ayudas favorece a las empresas de los nuevos Estados federados y de Berlín frente a las empresas sin sede en Alemania y constituye una infracción a la prohibición de discriminación establecida en los artículos 52 y siguientes.

Toda vez que la aplicación del régimen de ayudas quedó suspendida en virtud de la Orden administrativa del Ministerio federal de Hacienda de 2 de enero de 1996, Alemania alega que el régimen de ayudas aún no se aplica y que, por consiguiente, no se ha abonado hasta el momento ayuda alguna. En caso de que ya se hubiera aplicado el régimen de ayudas, Alemania debería adoptar las medidas necesarias para exigir la devolución de las ayudas ya abonadas,

HA ADOPTADO LA PRESENTE DECISIÓN:

Artículo 1

1. La desgravación fiscal establecida en el apartado 8 del artículo 52 de la Ley alemana del impuesto sobre la renta en favor de las empresas de un máximo de doscientos cincuenta empleados y con sede y domicilio social en los nuevos Estados federados o en Berlín Oeste constituye una ayuda estatal incompatible con el mercado común con arreglo al apartado 1 del artículo 92 del Tratado CE y al apartado 1 del artículo 61 del Acuerdo EEE.

⁽²⁾ Rec. 1986, p. 273.

⁽³⁾ DO 2 de 15. 1. 1962, p. 36/62.

⁽¹⁾ DO C 368 de 23. 12. 1994, p. 12.

2. Se insta a Alemania a derogar el apartado 8 del artículo 52 de la Ley del impuesto sobre la renta.

Artículo 2

1. Las ayudas en su caso ya abonadas conforme al régimen de ayudas mencionado en el apartado 1 del artículo 1 son ilegales por haber sido concedidas antes de la decisión de la Comisión.

2. Alemania garantizará que se devuelvan las ayudas abonadas ilegalmente.

Se ordenará la devolución de las ayudas con arreglo a los procedimientos y disposiciones de la legislación nacional, incluidos los intereses desde la fecha de concesión de la ayuda ilegal al tipo de interés que sirviese como tipo de referencia para el cálculo del equivalente de ayuda de las ayudas regionales en esa misma fecha.

Artículo 3

Alemania informará a la Comisión, en el plazo de dos meses a partir de la notificación de la presente Decisión, de las medidas que haya adoptado en cumplimiento de la misma.

Artículo 4

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

Hecho en Bruselas, el 21 de enero de 1998.

Por la Comisión

Karel VAN MIERT

Miembro de la Comisión