

REGÍMENES FISCALES Y AYUDAS ESTATALES: LOS LÍMITES DE LA COMPETENCIA DE LOS ESTADOS MIEMBROS. SELECTIVIDAD FRENTE A DISTORSIÓN DE LA COMPETENCIA

José Luís DA CRUZ VILAÇA *

1. INTRODUCCIÓN

Recientemente, varias sentencias de los Tribunales europeos han subrayado la importancia de las nociones de selectividad y distorsión de la competencia en la evaluación de los regímenes fiscales en virtud de las normas del Tratado CE sobre ayudas estatales. Tales cuestiones aluden directamente a la noción de ayuda estatal y, además, a la delimitación de la jurisdicción de los Estados miembros sobre las medidas fiscales.

En un período de confusión financiera y recesión económica mundial, el hecho de que se reconozca a los Estados miembros un mayor o menor margen de maniobra para organizar sus sistemas fiscales puede condicionar su forma de actuar ante la crisis.

De ahí que, tanto el Tribunal de Justicia como el Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas, se hayan esforzado en

* Profesor de las Facultades de Derecho de la Universidad Nova y la Universidad Católica de Lisboa, socio de PLMJ, A. M. Pereira & Associados (Lisboa); antiguo Presidente del Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas y antiguo Abogado General del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.

ofrecer directrices con respecto a la definición e identificación de las medidas de ayuda estatal. Sin embargo, no creo que exista todavía una línea coherente y consistente de jurisprudencia que permita reconocer sin ambigüedad, en cada caso concreto, qué medidas se deberían considerar ayuda estatal. El margen de actuación de los Estados miembros sobre asuntos fiscales y financieros dependerá de la respuesta a esta cuestión.

En este sentido, los conceptos clave son «selectividad» (ya sea *materia*l o *geográfica*) y «distorsión de la competencia». La forma en que estos conceptos interactúan en el marco de las normas del Tratado sobre ayudas estatales es fundamental para definir los poderes de los Estados miembros en materia de medidas fiscales.

En lo que respecta a la denominada «selectividad material», las últimas sentencias del Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas (13 de septiembre de 2009) y del Tribunal de Justicia (22 de diciembre de 2008), así como la Opinión del Abogado General Mengozzi (17 de julio de 2008) en los asuntos *British Aggregates (BAA)*¹ ilustran las dificultades de esta cuestión, en particular en su relación con la noción de «distorsión de la competencia». No obstante, en este punto las raíces del problema profundizan aún más en la jurisprudencia.

En lo que respecta a la noción de «selectividad regional» o «geográfica», la cuestión fue objeto de progresos importantes, aunque contradictorios, en los casos *Azores*², *País Vasco*³ y *Gibraltar*⁴.

¹ Asunto T-210/02, *British Aggregates Association (BAA) contra Comisión Europea* [2006], Rec. II-2789; Asunto C-487/06 P, *Comisión Europea contra BAA* [2008], todavía no publicados.

² Asunto C-88/03, *Portugal contra Comisión (Azores)* [2006], Rec. I-7115.

³ Asuntos acumulados C-428/06 a C-434/06, *Unión General de Trabajadores de La Rioja (UGT—Rioja)* (C-428/06), *Comunidad Autónoma de la Rioja* (C-429/06) *contra Juntas Generales del Territorio Histórico de Vizcaya, Diputación Foral de Vizcaya, Cámara de Comercio, Industria y Navegación de Bilbao, Confederación Empresarial Vasca (Confebask) y Comunidad Autónoma de la Rioja* (C-430/06), *Comunidad Autónoma de Castilla y León* (C-433/06) *contra Diputación Foral de Álava, Juntas Generales de Álava, Confederación Empresarial Vasca (Confebask) y Comunidad Autónoma de la Rioja* (C-431/06), *Comunidad Autónoma de Castilla y León* (C-432/06) *contra Diputación Foral de Guipúzcoa, Juntas Generales de Guipúzcoa, Confederación Empresarial Vasca (Confebask) y Comunidad Autónoma de Castilla y León* (C-434/06) *contra Diputación Foral de Vizcaya, Juntas Generales del Territorio Histórico de Vizcaya, Cámara de Comercio, Industria y Navegación de Bilbao, Confederación Empresarial Vasca (Confebask)* [2008], todavía no publicados.

⁴ Asuntos T-211/04, *Gobierno de Gibraltar contra Comisión* y T-215/04 *Reino Unido contra Comisión* [2008], todavía no publicados. La Sentencia ha sido recurrida ante el TJCE (Asuntos C-106/09, *Comisión contra Gobierno de Gibraltar y Reino Unido* y C-107/09 P *España contra Gobierno de Gibraltar y Reino Unido*).

2. SELECTIVIDAD MATERIAL

A) La jurisprudencia actual

El art. 87 CE, apartado 1, se aplica a las ayudas «que falseen o puedan falsear la competencia, favoreciendo a determinadas empresas o producciones».

En su jurisprudencia, es este último aspecto el que los tribunales europeos enfatizan. Conforme a lo estipulado por el Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas en *BAA*⁵, a fin de constituir ayuda estatal a efectos del art. 87 CE, apartado 1, una medida debe, en particular, ser capaz de conferir una ventaja selectiva⁶ para el beneficio exclusivo de determinadas empresas o determinados sectores de actividad.

De hecho, los tribunales europeos suelen efectuar su análisis sobre la caracterización de una medida como ayuda de Estado basándose únicamente en el requisito de selectividad, sin tener en cuenta, en esa fase de razonamiento, la cuestión de la distorsión de la competencia.

En este aspecto, podemos encontrar una manifestación especialmente clara en las sentencias del TJCE en Italia contra Comisión⁷ y del Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas en Gibraltar⁸, donde los tribunales europeos sostienen que el art. 87, apartado 1, «prohíbe las ayudas estatales “que [favorecen] a determinadas empresas o producciones”, lo que significa que la ayuda es selectiva»⁹.

⁵ Apartado 105.

⁶ Tal ventaja selectiva puede ser la consecuencia intrínseca de la propia medida como se pretendió desde un principio, o incluso el resultado de su aplicación en las circunstancias complejas de cada caso. Tal como aclaró el Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas en el Asunto T-55/99 *Confederación Española de Transporte de Mercancías (CETM) contra Comisión* [2000] Rec. II-3207, apartado 40: «Procede desestimar, desde un principio, la alegación basada en la falta de identificación previa, en el PRI, de los destinatarios individuales de la medida que éste contiene. En efecto, el hecho de que la ayuda no se refiera a uno o varios beneficiarios particulares previamente definidos, sino que esté sujeta a una serie de criterios objetivos con arreglo a los cuales podrá concederse, dentro de los límites de una dotación presupuestaria global predeterminada, a un número indefinido de beneficiarios, no individualizados desde un principio, no puede bastar para desechar el carácter selectivo de la medida y, por tanto, su calificación de ayuda de Estado en el sentido del art. [87], apartado 1, del Tratado. Este hecho sólo significa que la medida considerada no es una ayuda individual. No excluye, por el contrario, que esta intervención pública deba considerarse un régimen de ayuda constitutivo de una medida selectiva y, por tanto, específica, si, como consecuencia de sus criterios de aplicación, proporciona una ventaja a determinadas empresas o producciones, con exclusión de otras».

⁷ Asunto C-172/03 *Italia contra Comisión* [2005] Rec. I-10901, apartado 94.

⁸ Anteriormente citado, apartado 77.

⁹ *Vid.* también los Asuntos C-143/99 *Adria-Wien Pipeline* [2001] Rec. I-8395, apartado 41, C-409/00 *España contra Comisión* [2003] Rec. I-1487, apartado 47, y T-67/94 *Ladbroke Racing contra Comisión* [1998] Rec. II-1, apartado 52.

En resumen, los tribunales europeos parecen compartir, en general, la opinión de que, cuando la «selectividad» está presente, se produce, como consecuencia, la distorsión de la competencia, a pesar de la aplicación del art. 87 CE, apartado 1.

Siguiendo esta línea de jurisprudencia, la selectividad debe considerarse un requisito independiente, cuya presencia no sólo es *necesaria* sino también *suficiente* para determinar la existencia de una ayuda estatal.

De hecho, la jurisprudencia y, en general, la práctica de la Comisión han prestado poca atención a las otras dos condiciones necesarias para que una ayuda concedida por un Estado miembro entre en el ámbito de aplicación del art. 87 CE, apartado 1: «distorsión de la competencia» y «efecto en los intercambios intracomunitarios».

Tradicionalmente, en sus decisiones sobre ayudas estatales, la Comisión se contentaba con emitir indicaciones aproximadas sobre las condiciones en que afectan a los intercambios comerciales entre Estados miembros y distorsionan la competencia¹⁰. Sin embargo, cabe mencionar que el Tribunal no siempre ha defendido este enfoque.

Es más, en *Leeuwarder contra Comisión*¹¹, el Tribunal de Justicia criticó a la Comisión por no incluir en su decisión una fundamentación en relación con la evaluación del requisito de que la ayuda en cuestión afectase a los intercambios comerciales entre Estados miembros y falsease o intentase falsear la competencia, favoreciendo a determinadas empresas o producciones¹².

Por otra parte, como apuntó el Abogado General Capotorti en sus conclusiones del caso *Philip Morris*¹³, respecto al impacto en la competencia del art. 87 CE, apartado 1, puede interpretarse que establece un sencillo criterio según el cual la condición de la distorsión de la competencia únicamente no se cumpliría cuando no existiera en el mercado ningún producto similar o que sustituya a los manufacturados por el beneficiario de la ayuda. Como esto rara vez sucede, la doctrina jurídica¹⁴ sostuvo que

¹⁰ Vid. e.g. la Decisión de la Comisión 2002/142/CE, de 18 de julio, relativa a una ayuda concedida por los Países Bajos a Valmont Nederland BV, OJ L 48, de 20 de febrero de 2002, p. 20, apartados 19-22.

¹¹ Asuntos adjuntos 293-318 *Leeuwarder contra Comisión* [1985] Rec. p. 809, apartados 22-24.

¹² En este sentido, el Tribunal destacó la importancia de considerar la situación del mercado relevante, la posición de las empresas que reciben la ayuda en ese mercado, el patrón de los intercambios comerciales entre los Estados miembros en los productos en cuestión y las exportaciones de las empresas.

¹³ Asunto 730/79 *Philip Morris Holand* [1980] Rec. p. 2671; Conclusiones del Abogado General, p. 2698.

¹⁴ Vid. J.-F. BELLIS, «Les critères de la distorsion de concurrence et de l'effet sur le commerce interétatique», en *Aides d'État*, M. DONY y C. SMITS (eds.), Bruxelles, IEE-ULB, 2005, pp. 97-106, en particular, p. 99.

siempre se reúne la condición de distorsión de la competencia y, por tanto, en principio, puede presumirse que se cumple¹⁵.

La condición de «que afecte a los intercambios comerciales entre Estados miembros» también ha sido objeto de interpretaciones varias. En el caso *Philip Morris*¹⁶, el Tribunal admitió que «cuando una ayuda financiera concedida por un Estado refuerza la posición de una empresa en relación con otras empresas competidoras en los intercambios intracomunitarios, debe considerarse que la ayuda afecta a la competencia»¹⁷. A partir de esta declaración, el Abogado General Jacobs, en sus conclusiones de 1994 en los Asuntos acumulados de *España contra Comisión*¹⁸, concluyó que «de la jurisprudencia del Tribunal, quedaba claro que el requisito de un efecto en los intercambios comerciales entre Estados miembros se podía satisfacer sin dificultad».

Me gustaría poner de manifiesto que es posible que este análisis no siempre sea adecuado o suficiente.

B) Perfeccionamiento del enfoque

A pesar de que, en la mayoría de los casos, es probable que la mera existencia de la selectividad efectivamente falsee o pueda falsear la competencia, considero que la redacción, el objetivo y el contexto del art. 87 CE, apartado 1, requieren, en cierto modo, un enfoque más complejo, apropiado para aplicarse en las circunstancias complejas que caracterizan, en general, las medidas de ayuda selectiva.

Como se recordó anteriormente, para la aplicación del apartado 1 del art. 87 CE, una medida de ayuda estatal se define como cualquier ayuda concedida por un Estado miembro «que falsee o pueda falsear la competencia, favoreciendo a determinadas empresas o producciones». Esta disposición debería interpretarse entendiéndose que la selectividad es un elemento constituyente de la noción de distorsión de la competencia, in-

¹⁵ El Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas parece adoptar una visión similar en el Asunto T-214/95 *Vlaams Gewest* [1998] Rec. II-717, apartado 46, cuando evalúa el impacto de los pequeños importes de ayuda en la aplicación del art. 87. En esa Sentencia, el Tribunal declaró que «Desde el momento en que un organismo público favorece a una empresa que opera en un sector caracterizado por una fuerte competencia otorgándole una ventaja, existe una distorsión de la competencia o un riesgo de que se produzca. Si la ventaja es pequeña, la competencia resulta falseada en escasa medida, pero resulta falseada de todos modos. Ahora bien, la prohibición que establece el apartado 1 del art. 87 CE se aplica a toda ayuda que falsee o pueda falsear la competencia, sea cual fuere su importe, en la medida en que afecte a los intercambios comerciales entre Estados miembros».

¹⁶ Apartado 11.

¹⁷ *Vid.* también el Asunto C-148/04 *Unicredito Italiano* [2005] Rec. I-11137, apartado 56.

¹⁸ Conclusiones presentadas el 23 de marzo de 1994 en los Asuntos acumulados C-278-280/92 *España contra Comisión* [1994] Rec. I-4103, apartado 33.

herente a la propia noción de ayuda estatal definida en el apartado 1 del art. 87 CE.

Si es así, no parece posible inferir simplemente del hecho de que una medida sea selectiva que tenga que clasificarse como ayuda para la aplicación del apartado 1 del art. 87 CE, cuando no es probable que la medida en cuestión, en sí misma y dentro del contexto legal y económico en el que se aplica, falsee o pueda falsear la competencia. Es precisamente por falsear o poder falsear la competencia por lo que las medidas selectivas deberían juzgarse «incompatibles con el mercado común».

Es cierto que ciertas distinguidas personalidades¹⁹ consideran que el art. 87 CE implica una política de competencia «justa» o «leal» y, por consiguiente, se inscribe en un contexto diferente al del art. 81 CE.

Con todo mi respeto, propongo un enfoque diferente. En primer lugar, en el Tratado, las normas sobre competencia que se aplican bien a las empresas bien a los Estados miembros deberían interpretarse siguiendo el mismo patrón. En segundo lugar, el hecho de favorecer a una empresa o producción debería ser irrelevante cuando no haya competidores que puedan verse perjudicados y la competencia en el mercado no pueda verse afectada. En mi opinión, esto no debe presumirse, sino que debería determinarse en cada caso mediante un análisis fáctico, legal y económico.

Considero que este enfoque es acorde no sólo con la redacción del art. 87 CE, apartado 1, sino también con su posición en el sistema del Tratado bajo el título «normas sobre la competencia», que se aplican a los Estados miembros.

Por tanto, puede que una medida favorezca a determinadas empresas o producciones sin que sea considerada ayuda estatal cuando no afecte a la posición competitiva de otras empresas o producciones o a la estructura de la competencia en el mercado²⁰.

En *BAA*, el Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas y el Abogado General en la posterior apelación ante el TJCE señalaron²¹ que el propósito del impuesto en cuestión en ese caso era desplazar una parte de la demanda de áridos vírgenes hacia otros productos sustitu-

¹⁹ Vid. por ejemplo J.-F. BELLIS, *cit.*, p. 98.

²⁰ En cambio, incluso una medida general, que no está limitada ni a un sector en particular ni a un territorio en particular y que no se aplica a una categoría restringida de empresas, «puede incluirse en la prohibición prevista en el art. 87 CE, apartado 1, si su ejecución, en lo que respecta en particular a la selección de destinatarios, el importe y las condiciones de la intervención financiera, se deja a la discrecionalidad de las autoridades» (MENGOZZI, apartado 81). Esto es debido a que tal medida general puede amenazar con falsear la competencia entre empresas.

²¹ Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas, apartados 55-56; Conclusiones del AG, apartado 65.

tivos, a fin de fomentar el uso de tales productos y reducir la extracción de áridos vírgenes, por lo que se trataba de una medida que pretendía tener un efecto directo en la estructura del mercado y, por ende, en la posición competitiva de las empresas activas en el mercado.

El Asunto C-409/00, *España contra Comisión* es un buen ejemplo para elucidar esta cuestión. En efecto, cuando un determinado régimen de ayudas cubre diferentes categorías de vehículos —grandes tractores y camiones, pequeños camiones y furgones, autobuses y autocares, remolques y semi-remolques— es evidente que la competencia no se ve afectada de igual forma con respecto a todas estas categorías. Así pues, es fundamental definir los mercados relevantes en los que la medida de ayuda puede tener un impacto y examinar las características del mercado como una condición previa para aplicar el art. 87 CE, apartado 1.

En el asunto anteriormente mencionado, el Tribunal llevó a cabo un examen somero de los «mercados relevantes» en cuestión y distinguió entre «la ayuda concedida a empresas de transporte no profesionales» y «la ayuda concedida a empresas de transporte profesionales». Se llegó a la conclusión²² de que «esas dos categorías de beneficiarios [...] no pertenecían al mismo sector y no operaban en el mismo mercado».

Asimismo, el Tribunal reconoció²³ que la decisión apelada contenía una evaluación del efecto de la ayuda en cuestión sobre el sector del transporte, en especial consideró que era probable que ésta ayudara a los beneficiarios a competir con grandes empresas establecidas en España. También se recordó²⁴ que, cuando un sector como el del transporte, en condiciones de exceso de capacidad, se caracteriza por una fuerte competencia, las ayudas de una importancia relativamente pequeña pueden afectar a la competencia y a los intercambios comerciales entre Estados miembros.

Sin embargo, el Tribunal no consideró la distorsión de la competencia como parte integrante de la noción de ayuda para la aplicación del art. 87 CE, apartado 1. Al contrario, consideró necesario establecer, en primer lugar, que la ayuda en cuestión se incluyera en el ámbito de aplicación del art. 87 CE, apartado 1, y, en segundo lugar, que falsease o pudiera falsear la competencia, como dos etapas diferente del análisis²⁵.

Cuando la Comisión o el Tribunal llegan a la conclusión de que la medida en cuestión no es selectiva, en el sentido de *Adria-Wien*²⁶, no

²² Vid. apartado 67.

²³ Apartado 75.

²⁴ Vid. apartados 76 y 77.

²⁵ Apartado 77.

²⁶ Apartado 47: «[...] Procede examinar únicamente si, en el marco de un régimen jurídico concreto, una medida estatal puede favorecer a determinadas empresas o producciones en el sentido del

es necesario considerar la cuestión de la «distorsión de la competencia»²⁷.

A la inversa, cuando una medida es juzgada selectiva, puede que siga siendo necesario evaluar, como una parte integrante de la noción de ayuda, si falsea la competencia, incluyendo los efectos sobre la competencia tanto en el mismo mercado como en el mercado ascendente, descendente y en otros mercados relacionados²⁸.

En resumen, propongo un enfoque que refleja lo estipulado en el art. 81 CE. Por otra parte, el art. 81 CE, apartado 1, prohíbe acuerdos, decisiones por parte de asociaciones de empresas y prácticas concertadas que tengan como objeto o efecto impedir, restringir o falsear (significativamente) la competencia, mientras que el art. 87 CE, apartado 1, prohíbe la ayuda estatal que, al ser selectiva, (significativamente) falsea o puede falsear la competencia.

Asimismo, si el apartado 3 del art. 81 CE ofrece una «excepción legal» a la prohibición del apartado 1 del art. 81 CE respecto a acuerdos o prácticas que satisfagan determinadas condiciones, el apartado 3 del art. 87 CE representa de igual modo una excepción a la prohibición dispuesta en el apartado 1 del art. 87 CE.

Considerar que una ayuda estatal se incluye en el ámbito de aplicación del art. 87 CE, apartado 1, por la sencilla razón de que es «selectiva» equivaldría a considerar que un acuerdo entra dentro del alcance del art. 81 CE, apartado 1, simplemente porque obliga a una «conducta» o restringe la «libertad económica» de las partes del acuerdo.

Precisamente por esta razón comparto las directrices establecidas en su Plan de Acción de Ayudas Estatales de 2005, favoreciendo un mayor «enfoque económico reajustado» a la hora de repartir las ayudas estatales. Según el Plan de Acción, «el control de las ayudas estatales es fruto de la necesidad de mantener una igualdad de condiciones para todas las empresas activas en el mercado único europeo» y de ocuparse «de aquellas

apartado 1 del art. [87] CE en relación con otras empresas que se encuentren en una situación fáctica y jurídica comparable habida cuenta del objetivo perseguido por la medida en cuestión».

²⁷ Cuando una medida no es selectiva y no constituye una ayuda estatal, las distorsiones de la competencia en el mercado común pueden ser combatidas con otros instrumentos: art. 94 CE, arts. 96 y 97 CE (*vid.* las conclusiones del Abogado General Geelhoed en el asunto *Azores*, apartado 46).

²⁸ Por otra parte, para que el hecho de que una medida fiscal tenga o pueda tener el efecto de falsear la competencia en el mercado común basta con que cumpla el criterio de selectividad. El Abogado General Geelhoed básicamente destacó la misma idea respecto a las medidas regionales, en sus conclusiones en el Asunto *Azores*, apartado 58. No obstante, ante la ausencia de la selectividad regional, al dotar de los poderes económicos suficientes a una autoridad regional en concreto, la cuestión de la selectividad (material) y la distorsión de la competencia debe evaluarse dentro de los límites de la región.

medidas de ayuda estatal que confieren a ciertas empresas unas ventajas selectivas injustificadas, impidiendo o retrasando que las fuerzas del mercado recompensen a las empresas más competitivas, disminuyendo así la competitividad europea en general».

Por tanto, estoy a favor de un enfoque que sitúe a la competencia, y no sólo a la selectividad, así como al consumidor, y no sólo a los competidores, en el corazón de la política de ayudas estatales²⁹.

Como ha sido subrayado por AHLBORN y BERG³⁰, la política actual sobre la concesión de ayudas estatales y el enfoque que aún prevalece en el control jurisdiccional comparte similitudes con el primer período de formalismo legal en la aplicación del art. 81 CE.

Contrariamente, la adopción de un claro «enfoque basado en los efectos» en la aplicación de la normativa sobre ayudas de Estado, dirigida a salvaguardar el proceso competitivo en el mercado interno (y no simplemente a proteger a los competidores), es coherente con el mismo enfoque adoptado en la aplicación del art. 81 CE según DELIMITIS y el art. 82 CE, propuesto en el Documento de Consulta de la Comisión y su Comunicación en *Orientaciones sobre las prioridades de control de la Comisión en su aplicación del art. 82*³¹.

²⁹ Por esa misma razón, en un caso como el que concierne a Ryanair y el aeropuerto de Charleroi, defendería a DG COMP y su preocupación por los intereses del consumidor contra DG TREN y su sensibilidad hacia las demandas de los competidores.

³⁰ C. AHLBORN y C. BERG, «Can State aid Control Learn from Antitrust? The Need for a Greater Role for Competition Analysis under the State aid Rules», en BIONDI, ECKOUT y FLYNN (eds.), *The Law of State aid in the EU*, Oxford, 2004.

³¹ El propio Tribunal de Justicia señaló en varias ocasiones que el art. 87, apartado 1, no establece una distinción según las causas o los objetivos de las intervenciones estatales —ya sean medioambientales, económicos, sociales o de otra naturaleza—, sino que las define en función de sus efectos [Asunto C-75/97, *Bélgica contra Comisión. Maribel bis/ter* (1999), apartado 25; Asunto C-409/00 *España contra Comisión* (2003) Rec. I-1487, apartado 46]. Por tanto, en *Maribel* (apartado 51), el Tribunal adoptó el enfoque apropiado cuando estableció que la operación de la Seguridad Social belga para los trabajadores por cuenta ajena de que se trata, era una operación de ayuda sectorial que mejoraba la situación competitiva de las empresas afectadas, tanto en el mercado belga como en la exportación, con respecto a las empresas establecidas en otros Estados miembros, liberándolas de una parte de sus costes sociales y, en consecuencia, podía afectar a los intercambios entre Estados miembros y falsear o amenazar con falsear la competencia. Cabe mencionar también la Sentencia del TJCE en el Asunto BAA, anteriormente citado, apartados 84-92, en los que el Tribunal apoyó la crítica efectuada por el Abogado General Mengozzi (Conclusiones, apartados 98 y 102) a la resolución de primera instancia, en especial en lo que respecta a que el Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas afirmó que «en la ponderación de los diversos intereses contrapuestos, los Estados miembros pueden definir sus prioridades en materia de protección del medio ambiente y determinar, en consecuencia, los bienes o servicios que deciden someter a un impuesto ecológico» (apartado 115). Sin embargo, en este artículo no voy a entrar en el complicado debate sobre la relevancia, por un lado, de los objetivos específicos (medioambientales o de otra índole) de la medida estatal o la naturaleza y la operación general del sistema fiscal en cuestión y, por otro lado, de la noción de selectividad; ni la articulación entre ellos. Junto con la discusión sobre el alcance de la jurisdicción de los Estados miembros en materia fiscal y la interacción entre los apartados 1 y 3 del art. 87 CE, estas cuestiones son cruciales en los casos BAA, pero no están abarcadas en mi reflexión,

Y no debería implicar ningún tipo de enfoque «duplicado», ya que el tipo de análisis competitivo apropiado para todos estos campos no es necesariamente el mismo³². Sin embargo, no comparto la opinión de que, en este contexto, no debería tenerse en cuenta el interés de los consumidores. De hecho, el impacto de la medida en los consumidores sí debería tenerse en consideración, por más compleja que sea la tarea, especialmente equilibrando los beneficios para los consumidores en un determinado mercado geográfico y las pérdidas en otros mercados³³.

No obstante, ha de reconocerse que un enfoque más económico, basado principalmente en un análisis eficiente, hace que la aplicación de la ley sobre ayudas estatales y el papel del juez resulten más complejos. Como apuntó KAUPA³⁴, «no existe una “única” verdad económica, sino varias escuelas económicas, que discrepan fundamentalmente en numerosos asuntos» y, por tanto, suelen facilitar «recomendaciones de políticas opuestas para la legislación de las ayudas estatales».

El juez, en particular, no puede elegir entre dos teorías económicas diferentes e igualmente creíbles para evaluar si un determinado régimen fiscal o cualquier otra medida estatal es una ayuda de Estado o no. En tales condiciones, el juez tendrá que aplicar estándares legales estrictos.

Asimismo, merece una detenida consideración la aplicación de normas sobre la carga de prueba. De hecho, el enfoque que propongo como el más consistente tanto con el Tratado como con la realidad económica exige que la Comisión demuestre que una determinada medida falsea o puede falsear la competitividad a fin de que sea considerada ayuda estatal en el sentido del art. 87 CE, apartado 1.

De lo contrario, bien i) la distorsión de la competencia sería inmaterial en lo que atañe al art. 87 CE o ii) el examen de la distorsión de la competencia se efectuaría como parte de la evaluación que debe llevarse a cabo en virtud del apartado 3 del art. 87 CE, con el cual la carga de la prueba competiría al Estado miembro afectado.

Ambas vertientes de esta alternativa me parecen inconsistentes con el momento actual de la legislación comunitaria sobre ayudas estatales.

que concierne la relación, con respecto a la noción de las ayudas estatales, entre la selectividad y la distorsión de la competencia.

³² En este sentido, *vid.* AHLBORN y BERG, *cit.*, pp. 48-50.

³³ Sin embargo, cabe considerar, en este sentido, la crítica al «cambio de paradigma» defendido por la Comisión, de un enfoque «ordoliberal» a un enfoque «neoclásico», manifestada por C. KAUPA, «The More Economic Approach, a Reform based on Ideology?», en *ESTAL Quarterly*, 3/2009, p. 311 *et seq.*

³⁴ *Op. cit.*, p. 318.

C) Ayuda estatal y la crisis económica

El enfoque que propongo tiene como consecuencia la ampliación del campo de acción de los Estados miembros en lo que respecta a la organización de sus sistemas fiscales. Es más, éstos únicamente se incluirían dentro del ámbito de aplicación del art. 87 CE, apartado 1, si falsean o pueden falsear la competencia y no cuando «meramente» sean selectivos, por ejemplo, cuando favorecen a determinadas empresas o producciones.

Por consiguiente, coincido con los que argumentan que, puesto que el «propósito de las normas del Tratado sobre el control de las ayudas es impedir las distorsiones de la competencia en el mercado común», «es evidente que no persiguen criticar los fines del Estado miembro al conceder la ayuda y, del mismo modo, nunca han sido designadas para impedir que los Estados miembros despilfarran dinero»³⁵.

Un enfoque que interpreta las normas del Tratado sobre ayudas estatales proporcionando a la Comisión un mandato legal que abogue por «menos ayudas» no es, por tanto, coherente con el derecho primario y corre el riesgo de ir contra las legítimas elecciones políticas de los Estados miembros en la medida en que no afectan negativamente a la competencia ni a los intercambios intracomunitarios³⁶.

En cambio, el objetivo de reducir los importes totales de ayuda pública y proteger los intereses financieros de los Estados miembros debería cumplirse, a nivel comunitario, recurriendo a las disposiciones relativas a la política económica y monetaria y a las normas sobre contratación pública.

Asimismo, es objeto de crítica la afirmación de que una medida a través de la cual las autoridades públicas conceden a determinadas empresas una excepción fiscal constituye una ayuda estatal en el sentido del art. 87, apartado 1, cuando «coloca a las personas a las que les aplica la excepción en una situación financiera más favorable que la de otros contribuyentes» [Asunto C-6/97, *Italia contra la Comisión* (1999), apartado 16].

De hecho, en ausencia de un armonización fiscal directa, la protección de los contribuyentes queda bajo el amparo de la jurisdicción de los Estados miembros. Estos últimos disfrutan de un amplio margen de apreciación para organizar sus sistemas fiscales y tienen derecho a ejercer las

³⁵ Vid. A. BARTOSH, «The more Refined Economic Approach-Still some Room for Fine-tuning?», en *EStAL Quarterly*, 4/2007, p. 587.

³⁶ Vid. KAUPA, *op. cit.*, pp. 319-320.

políticas económicas y sociales que estimen más apropiadas, dentro de los límites que la legislación comunitaria interpreta como adecuados (incluyendo, evidentemente, la normativa sobre ayudas estatales y otras normas necesarias para el funcionamiento adecuado del mercado común).

Las disposiciones del Tratado en materia de ayudas estatales no deberían utilizarse para fomentar la armonización fiscal contra la voluntad de los Estados miembros. De igual modo, éstas no están en condiciones de servir de instrumento legal contra medidas fiscales internas discriminatorias o proteccionistas (éste es el papel del art. 90 CE) o de eliminar las distorsiones de la competencia que resulten de las diferencias entre las disposiciones legales o administrativas establecidas por los Estados miembros (ya que ésta es la función del art. 96 CE).

Cabe reconocerse que, en vista de esta interpretación, la labor de la Comisión de cuestionar la validez de las medidas de ayuda adoptadas por los Estados miembros para compensar a las empresas por los dolorosos efectos de la crisis económica y financiera resulta más difícil.

3. SELECTIVIDAD REGIONAL O GEOGRÁFICA

En cuanto a la «selectividad geográfica (o regional)», tras años de indecisión y cuestionamiento, desde hace unos tres o cuatro años se ha iniciado una nueva etapa en la jurisprudencia. El desencadenante del cambio fue la sentencia del TJCE en el Asunto *Azores*³⁷, que dio el pistoletazo de salida para abandonar el camino tradicional.

En primer lugar, en respuesta a la propuesta de la Comisión, señaló que el marco de referencia no debe necesariamente coincidir con el territorio del Estado miembro considerado, de tal modo que una medida que conceda una ventaja en sólo una parte del territorio nacional no pasa, por este simple hecho, a ser selectiva en el sentido del art. 87 CE, apartado 1 (*Azores*, apartado 57). Cuando una entidad infraestatal desempeñe un papel fundamental en la definición del medio político y económico en el que operan las empresas, es el territorio en el que la entidad infraestatal que ha adoptado la medida ejerce su competencia, y no el territorio nacional en su conjunto, el que debe considerarse pertinente para determinar si una medida adoptada por dicha entidad favorece a ciertas empresas, en comparación con otras que se encuentren en una situación fáctica y jurídica comparable (apartado 58).

³⁷ Sentencia de 6 de septiembre de 2006, citada precedentemente, nota 2. Vid. J. L. DA CRUZ VILAÇA, «Regional Selectivity and State aid: the Azores Case», en *New Developments in European State aid Law 2006, European State Aid Law Quarterly*, ESTALI, p. 15.

En segundo lugar, a diferencia del Abogado General³⁸, el Tribunal no adoptó postura alguna respecto a la cuestión de si tal conclusión seguiría siendo válida en caso de una devolución de poderes asimétrica en materia fiscal a los organismos locales o regionales en un Estado miembro³⁹.

Por último, el Tribunal estableció un conjunto de criterios que permitirían examinar si una determinada medida fue adoptada por una entidad infraestatal en el ejercicio de poderes *suficientemente autónomos*⁴⁰ en relación con el poder central.

En este sentido, el Tribunal, siguiendo a su Abogado General, consideró que una medida tal debe cumplir las siguientes condiciones: «i) ser obra de una autoridad regional o local con estatuto político y administrativo distinto del Gobierno central (“autonomía institucional”); ii) haber sido adoptada sin que el Gobierno central haya podido intervenir directamente en la determinación de su contenido (“autonomía procesal”); iii) las consecuencias financieras de la medida (en ese caso, una reducción del tipo impositivo nacional aplicable a las empresas localizadas en la región) no deben verse compensadas por ayudas o subvenciones procedentes de otras regiones o del Gobierno central (“autonomía económica”)⁴¹».

Aplicando estos criterios al caso recurrido, el Tribunal estimó que el grado de autonomía de la región de las Azores no podía considerarse suficiente puesto que la reducción de los ingresos fiscales para la región se veía compensada por la existencia de transferencias financieras efectuadas por el Gobierno central, en ejecución de los principios de solidaridad nacional y corrección de desigualdades.

En este punto, el Tribunal no tuvo en cuenta el hecho de que tales transferencias financieras a las regiones constitucionalmente autónomas de Azores y Madeira se efectuaron según una fórmula preestablecida propuesta en la ley orgánica sobre las finanzas de las regiones autónomas. Asimismo, tampoco consideró los argumentos presentados por la República Portuguesa extraídos de la jurisprudencia de *Pape, Van Calster y Pearle*⁴², así como del hecho de que no existe vínculo alguno ni ningún

³⁸ El Abogado General Geelhoed fue claro sosteniendo que, cuando una autoridad local toma su decisión con «verdadera autonomía», «no existe ningún fundamento lógico o dogmático que permita distinguir entre traspaso “simétrico” [...] y “asimétrico” de los poderes fiscales», ya que la elección es «una política constitucional altamente dependiente de las circunstancias históricas y económicas únicas de la región».

³⁹ Conclusiones, apartado 60.

⁴⁰ O «verdaderamente autónomos», como prefiere denominarlo el Abogado General Geelhoed.

⁴¹ *Vid.* apartado 67 de la Sentencia. Las expresiones entre paréntesis fueron utilizadas por el Abogado General Geelhoed en sus Conclusiones.

⁴² En esta línea de jurisprudencia, refiérase a mi artículo «How far should National Courts go in Drawing all the Necessary Inferences from the last Sentence of Article 88(3) EC?», en *New Developments in European State aid Law 2005*, European State aid Law Quarterly, ESTALI, p. 45.

tipo de correlación entre tales transferencias e inversiones infraestructurales, por un lado, y las reducciones fiscales en la región, por otro lado, ya que las anteriores correspondían a las políticas económicas, financieras y presupuestarias del Estado.

Al contrario, el Tribunal estimó⁴³ que «los dos aspectos de la política fiscal del Gobierno regional —por una parte, la decisión de aligerar la presión fiscal regional [...] y, por otra, el cumplimiento de su misión de corrección de las desigualdades derivadas de la insularidad— son indisolubles y dependen, desde el punto de vista financiero, de las transferencias financieras gestionadas por el Gobierno central».

Las ambigüedades presentes en la sentencia *Azores* quedaron de manifiesto dos años más tarde en la sentencia del Tribunal en los asuntos *vascos*⁴⁴.

En primer lugar, los conceptos empleados para valorar la naturaleza como ayuda estatal de una determinada medida fiscal regional eran lo suficientemente ambiguos como para suscitar interpretaciones tan contradictorias como las expresadas en los asuntos vascos por la UGT-Rioja, por un lado, y Confebask, por otro. Mientras que el primero sostenía que no existía «la menor duda de que las medidas fiscales controvertidas en el procedimiento principal constituyen ayudas de Estado», Confebask, por su parte, alegaba que «por cuanto la sentencia *Portugal contra Comisión* [...] aporta criterios perfectamente claros, no hay duda de que las medidas fiscales controvertidas en el procedimiento principal no constituyen ayudas de Estado»⁴⁵.

En segundo lugar, el Tribunal aclaró (al igual que ya había hecho la Abogada General Kokott en sus conclusiones) que, al contrario de la opinión de la Comisión, la evaluación de si un organismo regional ha desempeñado un papel fundamental en la definición del entorno económico y político en el que operan las empresas no constituye una condición previa para la operación de los tres criterios establecidos en el apartado 67 de la Sentencia *Azores*.

En tercer lugar, respecto a la autonomía procesal, el Tribunal⁴⁶, divergiendo de forma implícita de las conclusiones del Abogado General Geelhoed en el caso *Azores*, estimó que «la obligación de que una entidad infraestatal tome en consideración el interés del Estado al objeto de respetar los límites de las competencias atribuidas a dicha entidad no constitu-

⁴³ Apartado 76 de la Sentencia.

⁴⁴ Anteriormente citado, nota 3.

⁴⁵ *Vid.* apartados 37 y 38 de la Sentencia.

⁴⁶ Apartado 108 de la Sentencia.

ye, en principio, un elemento que menoscabe la autonomía en materia de procedimiento de ésta cuando adopte una decisión dentro de los límites de esas competencias».

Por último, en cuanto a la autonomía económica y financiera, el Tribunal, en la Sentencia *Vasca*⁴⁷ y aparentemente contradiciendo sus conclusiones en el caso *Azores*, sostuvo que «el mero hecho de que se deduzca de una apreciación global de las relaciones financieras entre el Estado central y sus entidades infraestatales que existen transferencias financieras de dicho Estado hacia estas últimas no basta, en cuanto tal, para demostrar que dichas entidades no asumen las consecuencias financieras de las medidas fiscales que adoptan y, por tanto, que no gozan de autonomía financiera, ya que tales transferencias pueden explicarse por motivos que no tengan relación alguna con las referidas medidas fiscales».

En este sentido, cabe mencionar que en el caso de los territorios autónomos vascos, las transferencias financieras también están previstas desde las regiones en los Presupuestos Generales del Estado o en otros territorios autónomos a través de un fondo de compensación, conforme al principio de solidaridad nacional. Sería extraño pensar que este factor desempeñaría un papel a la hora de decidir la existencia de «suficiente autonomía», puesto que el criterio para su evaluación no puede depender de que la región en cuestión sea más o menos rica que la media del país.

Las diferencias en el tipo de objeto judicial buscado en cada caso puede explicar el aparente doble patrón en el control judicial de las medidas fiscales que permanecen bajo la competencia de las entidades autónomas regionales. En efecto, mientras que el caso *Azores* estaba relacionado con una acción directa por la anulación de una decisión de la Comisión, el caso *vasco* concernía a una cuestión prejudicial que se originó en un tribunal nacional. En el último caso, el Tribunal terminó por considerar que competía al tribunal nacional determinar si se cumplía el criterio de autonomía establecido en el apartado 67 de la sentencia *Azores*.

Sin embargo, no parece apropiado responder a estas cuestiones fundamentales en función de la forma del proceso que se siguió en cada circunstancia. Es más, como resulta evidente de la sentencia *Vasca*, los tribunales nacionales gozarán inevitablemente de un margen de apreciación tan amplio que pueden ir en contra de los principios de igualdad y seguridad jurídica.

Tres meses después de la resolución vasca, el Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas pronunció su sentencia en los casos

⁴⁷ Apartado 135.

*Gibraltar*⁴⁸. La sentencia, relativa a una reforma de los impuestos de sociedades adoptada por el Gobierno de Gibraltar, es de gran importancia en varios sentidos.

En primer lugar, el Tribunal de Primera Instancia sostuvo que «la determinación del marco de referencia reviste especial importancia en el caso de las medidas fiscales, puesto que la propia existencia de una ventaja sólo puede apreciarse en relación con una imposición considerada “normal”, siendo el tipo impositivo normal el vigente en la zona geográfica que constituye el marco de referencia»⁴⁹.

Al haber concluido que el marco de referencia correspondía, en ese caso, exclusivamente a los límites geográficos del territorio de Gibraltar, el Tribunal de Primera Instancia afirmó que «no se puede comparar el régimen fiscal aplicable a las empresas establecidas en Gibraltar y el aplicable a las empresas establecidas en el Reino Unido a la hora de determinar una ventaja selectiva que favorezca al primero»⁵⁰.

De este juicio se deriva que no existe selectividad cuando la medida en cuestión se aplica sin distinción a todas las empresas en circunstancias similares de la región.

En segundo lugar, en cuanto a la condición de «autonomía financiera», el Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas, «interpretando» el uso del verbo «compensar» en la Sentencia *Azores*, consideró que significaba que «debe existir un vínculo causal entre la medida fiscal controvertida por la entidad infraestatal y el apoyo financiero por parte de otras regiones del Gobierno central del Estado miembro afectado». Con acierto, el Tribunal señaló que la «interpretación propuesta por la Comisión»⁵¹ convertiría a la tercera condición estipulada en la sentencia sobre el régimen fiscal en las Azores en letra muerta, puesto que sería muy difícil concebir una entidad infraestatal que no reciba ningún apoyo financiero, de la forma que fuere, del Gobierno central⁵².

En tercer lugar, respecto a la condición anteriormente mencionada, el Tribunal de Primera Instancia dejó claro que, a su modo de ver y como había defendido la República Portuguesa en el caso *Azores*, la responsabilidad de demostrar el vínculo causal recae en la Comisión⁵³.

⁴⁸ Sentencia de 18 de diciembre de 2008, anteriormente citada, nota 4.

⁴⁹ Apartado 80.

⁵⁰ Apartado 115.

⁵¹ Según lo cual, la condición de «autonomía financiera» implica que la entidad infraestatal no dispone de asistencia alguna, ni tan siquiera potencialmente, para compensar los efectos de sus decisiones sobre medidas fiscales (*Gibraltar*, apartado 102).

⁵² *Gibraltar* apartado 106.

⁵³ Apartados 112-113: «... en ausencia de evidencia que demuestre lo contrario a lo alegado por la Comisión, cabe constatar que ninguna de las financiaciones anteriormente mencionadas han

Por último, nótese que el Tribunal de Primera Instancia consideró necesario destacar⁵⁴ que, en lo que respecta a la determinación del sistema fiscal, «tal y como se erige actualmente el Derecho comunitario, la imposición directa compete a los Estados miembros. Por tanto, son únicamente estos últimos, así como las entidades infraestatales que gozan de autonomía suficiente [...] en relación con el Gobierno central, los que tienen la competencia para concebir los sistemas de imposición a las sociedades que consideren más apropiados para las necesidades de sus economías. Asimismo, [...] la aplicación de la normativa comunitaria sobre ayudas estatales que consideren más adecuada y, en particular, la distribución de las cargas fiscales como estimen oportuno ante los diferentes factores de producción y sectores económicos», se realiza sin perjuicio del poder de los Estados miembros para decidir sobre su política económica y, por tanto, sobre su sistema fiscal y el régimen «normal» o común que éste implica.

Desde mi punto de vista, este enfoque encuentra un equilibrio apropiado entre los requisitos de la normativa sobre ayuda estatal y los poderes de los Estados miembros.

servido para compensar las eventuales consecuencias financieras que la reforma fiscal supondría para Gibraltar». «Por consiguiente, no existe elemento alguno que pueda poner en duda las afirmaciones de los demandantes según las cuales Gibraltar no recibe ningún apoyo financiero del Reino Unido que compense las consecuencias financieras de la reforma fiscal».

⁵⁴ Apartado 146.