

EL TGUE VALIDA LA COMPATIBILIDAD COMUNITARIA DEL NUEVO *TAX LEASE*

Análisis de la STGUE de 9 de diciembre de 2014, Asunto T-140/13

Pilar Álvarez Barbeito

*Profesora Titular de Derecho Financiero y Tributario.
Universidad de A Coruña*

1. SUPUESTO DE HECHO

La sentencia del Tribunal General de la Unión Europea (TGUE) que comentamos avanza un paso más en la resolución de una problemática que comenzó a ponerse de relieve en nuestro país en 2006. Fue ese año cuando la Comisión Europea recibió las primeras denuncias sobre el denominado SEAF (sistema español de arrendamiento financiero para la adquisición de buques), que venía aplicándose en España desde 2002 sin que las autoridades españolas hubiesen notificado previamente a la Comisión Europea la existencia de dicha ayuda fiscal (art. 108 TFUE). Posteriormente, en 2010, asociaciones de construcción naval de siete países europeos firmaron una petición contra el citado régimen, a consecuencia de lo cual la Comisión Europea decidió abrir una investigación en junio de 2011. La incertidumbre e inseguridad jurídica creada a partir de ese momento entre los agentes implicados en las operaciones del SEAF ha llegado a poner en tela de juicio la propia supervivencia del sector naval español. En ello incidió no solo el hecho de la denuncia, sino el retraso que sufrió la Decisión de la Comisión Europea que, finalmente, se adoptó el 17 de julio de 2013, confirmando lo que ya se había ido avanzando por parte de la Dirección General de la Competencia de la UE, esto es, que el citado sistema constituía una ayuda de Estado contraria al Tratado.

Pues bien, con anterioridad a que se produjese la Decisión final sobre esta cuestión por parte de la Comisión, y ante la eventualidad de que esta se pronunciase en el sentido en el que finalmente lo hizo, se introdujeron modificaciones relevantes sobre algunos de los preceptos normativos que, combinados, generaban diferentes beneficios a los participantes de las operaciones del SEAF. Así, en particular, la Ley 16/2012, de 27 de diciembre, por la que se adoptan diversas medidas tributarias dirigidas a la consolidación de las finanzas públicas y al impulso de la actividad económica, introdujo una modificación importante relativa a la fiscalidad de los contratos de arrendamiento financiero, mediante la amortización anticipada de determinados activos, lo que se conoce como *tax lease*. En concreto, se dio nueva redacción al artículo 115, apartado 11, del Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades (TRLIS) de 2004 extremo que, combinado con la pre-

via derogación de los artículos 49 y 50.3 del Reglamento del Impuesto sobre Sociedades (RIS), salvaría los problemas de compatibilidad del SEAF con las directrices del TFUE.

Este nuevo régimen de amortización anticipada de activos sí fue notificado por España a la Comisión el 29 de mayo de 2012, emitiendo esta su Decisión el 20 de noviembre de 2012 en la que se consideró que el nuevo *tax lease* no constituye ayuda de Estado en el sentido del artículo 107, párrafo 1, del TFUE.

Pues bien, el 8 de marzo de 2013 una asociación de astilleros holandeses –Netherlands Maritime Technology Association– interpuso recurso contra la citada Decisión de la Comisión, solicitando la anulación de la misma, pretensión que finalmente ha rechazado el TGUE, competente para resolver los recursos contra las Decisiones de la Comisión Europea en materia de ayudas de Estado.

2. DOCTRINA DEL TRIBUNAL

En apoyo de su recurso, la demandante invocó un único motivo basado en el hecho de que el examen por parte de la Comisión de la medida notificada, que a su juicio planteaba serias dificultades, debería haber requerido la iniciación del procedimiento de investigación formal previsto en el artículo 4, apartado 4 del Reglamento (CE) 659/1999 del Consejo de 22 de marzo de 1999, por el que se establecen normas detalladas para la aplicación del artículo 108 del TFUE.

A esos efectos, la demandante consideró como indicios de su pretensión, por un lado, la *duración del procedimiento preliminar*, que en este caso se alargó seis meses, extremo que bajo su punto de vista revela las dificultades encontradas por la Comisión durante el mismo. El Tribunal, aun aludiendo al artículo 4, apartado 5 del reglamento citado, en el que se recoge el periodo de dos meses a contar desde la notificación completa por parte del Estado miembro como plazo para emitir las decisiones de la Comisión, señala que ese plazo puede extenderse por acuerdo mutuo entre la Comisión y el Estado miembro de que se trate, extremo con el que –como señala– tratan de protegerse los intereses de los Estados notificantes, y no los de terceros Estados.

En la misma línea la demandante considera también un indicio de existencia de graves dificultades en el examen de la medida notificada, el hecho de que existiesen otras propuestas de notificaciones previas a la planteada en mayo de 2012 así como diversas reuniones mantenidas entre miembros de la Comisión y representantes del Gobierno español con carácter previo a aquella. En este caso el Tribunal estima que el tiempo que la Comisión pudo emplear para analizar proyectos anteriores a la notificación definitiva, y con un contenido diferente al de esta, no puede estimarse como tiempo empleado en el análisis del texto finalmente notificado, ya que los contenidos de anteriores propuestas eran diferentes. Por ello, concluye el Tribunal, no puede entenderse ese hecho como indicativo de que la Comisión trató de extender la duración de la fase previa a la notificación para evitar la apertura del procedimiento de investigación formal, como alegó la demandante (párrs. 69 y 70).

Por otra parte, y aunque la demanda se sustentó sobre una cuestión procesal, lo cierto es que la demandante introdujo en sus argumentos valoraciones materiales relevantes sobre la operativa del nuevo sistema de *tax lease* español.

En ese sentido, se alega que la Comisión efectuó una valoración de la medida notificada de forma aislada y sin analizarla en el contexto del resto de las medidas fiscales relacionadas con ella, tal y como sí había hecho con el antiguo *tax lease* que, finalmente, se declaró Ayuda de Estado incompatible con el TFUE. El Tribunal sostiene la opinión contraria, citando expresamente aquellos párrafos (16 a 23 de la Decisión de 20 de noviembre de 2012) en los que la Comisión analiza la medida notificada teniendo en cuenta los efectos que ahora se derivan de la supresión de aquellos preceptos del TRLIS o del RIS que, analizados e interpretados de forma conjunta, llevaron en su día a considerar al antiguo *tax lease* como ayuda de Estado incompatible con el TFUE.

Por otra parte, la demandante estima que la Comisión no ha valorado suficientemente si la medida notificada confiere una ventaja selectiva, ya que no determina quiénes serán los posibles beneficiarios del nuevo *tax lease* español. De nuevo el Tribunal manifiesta su desacuerdo con dicha alegación remitiéndose a los párrafos 26 a 36 de la Decisión cuya anulación se pretendía, en la que la Comisión concluyó que la medida notificada es una medida general que no confiere ventaja selectiva alguna. Obviamente, y tal y como ha señalado reiteradamente la jurisprudencia, y así lo recuerda el Tribunal, los beneficios económicos que puedan resultar de una medida general aplicable sin distinción a todos los operadores económicos no constituye una ayuda de Estado en el sentido del artículo 107, párrafo 1, del TFUE. Además, continúa el Tribunal, una carga fiscal diferente resultante de la aplicación de un sistema fiscal «general» no es suficiente, en sí mismo, para demostrar la selectividad a efectos de dicho precepto.

No obstante lo anterior, la demandante insiste considerando que, aunque la medida no se aplica a sectores específicos de activos, solo puede aplicarse a un número limitado de los mismos, toda vez que su periodo de construcción debe superar el año, extremo que en su opinión implica selectividad, opinión que el Tribunal no comparte al considerar que la excepción que el apartado 11 del artículo 115 de la LIS introduce respecto de la redacción del apartado 6 del mismo precepto, relativo a la amortización acelerada desde la fecha en que el activo esté disponible y se ponga en funcionamiento, viene motivada por el hecho de que los bienes a los que se refiere el apartado 11 son bienes singulares objeto de encargo y respecto de los cuales la mayor parte del pago ya se ha satisfecho, a través de las cuotas de arrendamiento financiero, antes de que finalice la construcción del activo (párr. 108).

En la misma línea, se adujo también por la demandante que la Comisión no explicó en la Decisión por qué la ventaja de amortización anticipada solo se aplica a activos financiados por contratos de arrendamiento financiero y no a los activos financiados a través de otros medios. A ello responde con lógica el Tribunal señalando que si el artículo 115 de la LIS se refiere a los contratos de arrendamiento, la decisión sobre la medida notificada solo puede referirse a ellos y no a otras formas de financiación.

A mayor abundamiento, la demandante termina aduciendo que la Comisión debería haber analizado la compatibilidad de la medida notificada con las normas de mercado interior, extremo

sobre el que el Tribunal señala que teniendo en cuenta que la Comisión concluyó que la nueva redacción del artículo 115, apartado 11, no era constitutivo de ayuda de Estado, no es necesario llevar a cabo dicho análisis de compatibilidad (párr. 114).

El análisis de todas las cuestiones apuntadas condujo al Tribunal a desestimar el recurso interpuesto por la demandante.

3. COMENTARIO CRÍTICO

Sin duda, la resolución del TGUE desestimando el recurso de anulación interpuesto por una asociación de astilleros holandeses contra la Decisión de la Comisión Europea de 20 de noviembre de 2012, en la que se calificaba el nuevo sistema de *tax lease* español como una medida general no constitutiva de ayuda de Estado de acuerdo con el TFUE, aportará una dosis de tranquilidad al sector naval español que, desde que en 2006, año en el que la Comisión comenzó a recibir las primeras denuncias sobre el *tax lease* español, ha visto como se resentía hasta el punto de poner en tela de juicio la propia supervivencia de un sector económico muy relevante en nuestro país.

Los efectos positivos que a ese respecto tendrá el reciente pronunciamiento del TGUE no se entienden sin recordar, si quiera sea brevemente, los avatares sufridos por el sistema de *tax lease* español desde sus inicios hasta el momento actual.

Así, recordemos de forma muy sintética el esquema de las operaciones del SEAF en nuestro país, estructuras cuyo funcionamiento precisa de varios partícipes y que parten del encargo de la construcción de un buque por parte de una empresa naviera a un astillero. A continuación, una entidad financiera que preste servicios de *leasing* comprará el buque en construcción con lo que se producirá una novación de deudor en el contrato que inicialmente unía al armador y al astillero y que, a partir de entonces, vinculará a este con la citada entidad financiera. El tercer paso de la operación estaría representado por una operación de arrendamiento financiero con opción de compra concertada entre la entidad de *leasing* y una Agrupación de Interés Económico (AIE). Una vez finalizada la construcción del buque, la AIE concertará una operación de fletamento de buque vacío con opción de compra con la empresa naviera que, tras la venta efectiva, habrá adquirido de la AIE una nave por un precio inferior al que hubiera pagado si la compra se hubiese hecho directamente al astillero.

Pues bien, después de analizar la dinámica de tales operaciones, así como las ventajas fiscales y económicas que al amparo del antiguo sistema de *tax lease* se obtenían por parte de los diferentes intervinientes en las mismas, la Comisión concluyó, como hemos señalado, que el sistema de *tax lease* constituía una ayuda de Estado contraria al Tratado, declarando beneficiarios de las ayudas únicamente a los inversores de la AIE implicadas en tales operaciones. A este respecto, se concluyó que los beneficios fiscales obtenidos por los mismos se producían en dos fases. En primer lugar, al aplicarse una amortización anticipada (anterior a la puesta en funcionamiento del buque) y acelerada (propia del *leasing*) del buque arrendado, extremo que generaba cuantiosas pérdidas

a la AIE que podían deducirse sus inversores en virtud de la transparencia fiscal de tales agrupaciones. En segundo lugar, este ahorro fiscal debería compensarse después con la transmisión del buque a la naviera, compensación que no se producía porque la AIE pasaba al régimen de TT (tributación por tonelaje) notificado y aprobado en 2002 por la Comisión como ayuda estatal compatible en virtud de las Directrices comunitarias sobre ayudas de Estado al transporte marítimo, y porque los beneficios generados por la venta del barco terminaban por no someterse a gravamen, al considerarse que el buque tiene la condición de usado y, por tanto, no se trata de un activo nuevo.

Ciertamente, y pese a las críticas que en nuestra opinión pueden suscitar tanto el hecho de focalizar la atención en los inversores de las AIE, declarados como únicos beneficiarios de la operación, como la demora de la Comisión en emitir una Decisión al respecto, lo cierto es que desde el ejecutivo español comenzaron a tomarse medidas con carácter previo a la misma. Esa solución, que pasó por la entrada en vigor el 1 de enero de 2013 del nuevo sistema de *tax lease*, previamente notificado a la Comisión recibiendo el visto bueno de esta.

Son varias las diferencias entre los dos sistemas de *tax lease* referidos. Así, la modificación del controvertido apartado 11 del artículo 115 del TRLIS, además de la suerte que corrieron otros preceptos claves para entender el antiguo *tax lease*, conllevó la eliminación del sistema de autorización de la administración fiscal para determinar cuándo puede comenzar la depreciación del activo (en su lugar, el arrendatario podrá –vía notificación a la administración– deducir fiscalmente el coste de determinados activos adquiridos mediante arrendamiento financiero desde el comienzo de su construcción). Lo anterior será aplicable ahora a cualquier bien (y no solo a buques como de hecho venía sucediendo durante la vigencia del antiguo *tax lease*), independientemente de si los mismos se fabrican o no en España, siempre que su periodo de construcción exceda de 12 meses y no se produzcan en serie. Por otra parte, se procedió a la derogación de los artículos 49 y 50.3 del RIS. Este último fue objeto de especial atención por parte de la Comisión para emitir su Decisión de 17 de julio de 2013, pues era un precepto clave al permitir que las ventajas en que se traducía la amortización acelerada y anticipada, pensadas en principio como temporales, terminasen por convertirse en beneficios permanentes debido a la exención de las plusvalías que se aplicó a los buques adquiridos a través de un arrendamiento financiero, ya que dicho precepto los consideraba usados, catalogación que conllevaba dicho beneficio fiscal.

Con estas novedades y el visto bueno de la Comisión, parecía que la tranquilidad había llegado al sector, pero con la demanda interpuesta por la asociación de astilleros holandeses ante el TGUE, y aun cuando la solicitud de anulación de la Decisión de la Comisión favorable al nuevo *tax lease* español se centró en una cuestión meramente procesal, no es menos cierto que el fondo de la demanda no fue otro que el de poner en duda, de nuevo, la legalidad del nuevo sistema de *tax lease*, con las reservas que ello generó, otra vez, en el sector.

Así, la demandante pretende anular una Decisión de la Comisión alegando la no apertura de un procedimiento formal de investigación porque, a su juicio, no se analizan suficientemente muchos de los temas que sí abordó la Comisión para adoptar la Decisión contraria a los intereses españoles, de 17 de julio de 2013, petición que parte de una premisa errónea estimando que el nuevo sistema de *tax lease* comparte muchas características con el antiguo (p. 52) y que, a dife-

rencia del examen realizado en su día sobre aquel, en esta ocasión la medida notificada es analizada individualmente y no «en su contexto».

Ignora así la demandante que, pese a ser cierto que el nuevo sistema arranca de las modificaciones sobre el antiguo, el «contexto» ha variado radicalmente, toda vez que, como recuerda el Tribunal, en la medida en que las antiguas disposiciones del régimen de amortización anticipada así como la necesidad de aprobación previa de las autoridades fiscales españolas han desaparecido, es evidente que la cuestión de los efectos combinados que producía la antigua normativa no pueden volver a plantearse, simplemente porque ya no existen muchas de esas normas.

Realmente, y aun cuando no haya base material ni procesal para sustentar la demanda de los astilleros holandeses, lo cierto es que la propia interposición de la misma era susceptible de generar beneficios para la demandante. No podemos olvidar así el beneficio que los propios astilleros holandeses o noruegos (países denunciadores del anterior sistema de *tax lease* español) obtuvieron ya con la primera denuncia y sin necesidad de esperar a la resolución de esa cuestión por parte de la Comisión. España perdió la oportunidad de construir un buen número de buques, contrataciones que en su mayoría se cerraron con dichos países. Afortunadamente las consecuencias de la demanda interpuesta por la asociación de astilleros holandeses ahora desestimada no han sido las mismas, pero sí pone de manifiesto el campo de batalla en el que se ha convertido la cuestión de las ayudas de Estado en el ámbito de la Unión Europea. En el caso concreto que nos ocupa sería conveniente no perder de vista aspectos como la libre competencia comercial, que desde un buen número de países trata de distorsionarse sistemáticamente, o el contexto de pérdida de competitividad que los pabellones comunitarios han venido experimentando como consecuencia de la competencia ejercida, en el sector que nos ocupa, desde terceros países como Corea del Sur, China o Japón.

A esta situación no es ajena Bruselas. Así, desde la Comisión Europea se recuerda la capacidad de los Estados miembros de ayudar a sus respectivos sectores navales a seguir siendo competitivos a nivel internacional a través de ayudas a navieras, de acuerdo con las Directrices sobre ayudas de Estado al transporte marítimo; a empresas de transporte marítimo, con ayudas a la inversión, a la formación o a la reestructuración; o a los astilleros, concediendo ayudas en las condiciones establecidas en el Marco sobre ayudas estatales a la construcción naval, ventajas que pueden traducirse en ayudas regionales, créditos a la exportación o ayudas a favor de la investigación y el desarrollo. Ahora bien, todas esas ayudas deberán ser notificadas y aprobadas por la Comisión antes de concederse a sus beneficiarios, como ha hecho España con el nuevo sistema de *tax lease*.

En la misma línea Bruselas ha dado carta blanca a varias medidas adoptadas en diferentes países de la UE que, haciendo gala de un evidente intervencionismo de las Administraciones públicas en un sector clave para su actividad económica, no hacen sino tratar de favorecer a sus respectivas industrias navales. No puede perderse de vista que el *tax lease*, con variantes, existe en países como Francia, Noruega, Finlandia o Países Bajos, país este último en el que, paradójicamente, existen importantes ventajas para sus astilleros traducidas en elevadas rebajas económicas en el precio de los buques, extremo que ha provocado también, hace más de dos años, la denuncia de su *tax lease* por parte de astilleros gallegos y vascos.

Toda esta situación, que no hace sino poner de manifiesto el contexto de rivalidad entre países de la UE en torno al naval, no debe desviar la atención sobre el verdadero problema del sector, esto es, la competencia que ejercen terceros países que no harán sino continuar obteniendo beneficios derivados de los litigios internos entre los países de la Unión.

Sin duda, la injustificada demanda de la asociación de astilleros holandeses constituye buena muestra de ello y el hecho de que el Tribunal de la UE la haya desestimado contribuirá a la necesaria implementación del nuevo *tax lease* español como instrumento para dotar de competitividad a nuestro sector naval a nivel internacional. Despejadas así las dudas sobre su legalidad solo cabe esperar que el sistema represente finalmente un incentivo para que los inversores participen en él, extremo para el que será clave su estabilidad procurando mantenerlo al margen de la continua litigiosidad que ha venido protagonizando desde su implantación. Para ello será importante que, de cara a cualquier modificación que sobre el sistema pretenda hacerse en el futuro, se cumpla rigurosamente con las exigencias que sí se han respetado en el nuevo sistema de *tax lease* español, esto es, notificación a la Comisión de cualquier modificación que afecte al sistema y aprobación de la misma por parte de dicha institución antes de que las ventajas en las que dichos cambios puedan traducirse se trasladen a sus potenciales beneficiarios.

Sin perjuicio de lo anterior, bajo nuestro punto de vista, el nuevo régimen de *tax lease* ha alcanzado el mayor nivel de desarrollo permitido en el actual contexto comunitario, de manera que las medidas de apoyo al sector naval deben evolucionar si se pretende que este siga constituyendo un sector estratégico y competitivo a nivel internacional.