

## **LAS AYUDAS DE ESTADO EN LA UNIÓN EUROPEA: CONCEPTO, REQUISITOS E IMPLICACIONES**

State Aid in the European Union: concept, requisites and implications

LEOPOLDO GARCÍA GUIJO

Doctorando, área de Derecho Financiero y Tributario

Universidad de Santiago de Compostela

[leopoldo.garcia@rai.usc.es](mailto:leopoldo.garcia@rai.usc.es)

### **Resumen**

La normativa europea en materia de Ayudas de Estado, recogida fundamentalmente en los artículos 107, 108 y 109 del TFUE es, junto al Principio de No Discriminación Fiscal, uno de los pilares fundamentales del mercado común y la fiscalidad europea, pues impide que los Estados miembros puedan conceder ayudas a las empresas, incluyéndose dentro de este término las medidas de carácter fiscal, que les permitan situarse en una situación ventajosa respecto a sus competidores.

Sin embargo, el régimen de Ayudas de Estado es complejo y, además, la jurisprudencia del TJUE ha ido matizando y aclarando las disposiciones contenidas en el Tratado.

Por estos motivos el presente trabajo ofrece una definición del concepto de Ayuda de Estado extensa y precisa para, a continuación, estudiar en detalle cada uno de los requisitos que una medida nacional debe cumplir para ser calificada como Ayuda de Estado. Además, también se analizan las implicaciones que tiene el hecho de que una disposición nacional sea considerada como tal.

Finalmente, se ofrece una breve reflexión sobre la relación del concepto de Ayuda de Estado y del Principio de No Discriminación Fiscal, fruto de la relativamente reciente Sentencia del Tribunal STJUE 17.11.2009, Presidente del *Consiglio dei Ministri*, Asunto C-169/08.

**Palabras clave:** Ayuda de Estado, Concepto de Ayuda de Estado, requisitos para que una medida sea calificada como Ayuda de Estado, consecuencias de que una medida sea calificada como Ayuda de Estado, Principio de No Discriminación Fiscal.

### **Abstract**

The EU rules on state aids, primarily contained in articles 107, 108 and 109 of the TFEU is, with the Principle of Non-Fiscal Discrimination, one of the fundamental pillars of the common market and the EU taxation, preventing States members to give aids to companies, including under this term the fiscal measures, that allow them to be placed at an advantage over its competitors.

However, the State aid regime is complex and, in addition, the jurisprudence of the ECJ has refined and clarified the provisions of the Treaty.

For these reasons, this paper provides a definition of the concept of State aid extensive and accurate for, later, study in detail each of the requirements that a national measure must meet to be qualified as State aid. In addition, it also discusses the implications of the fact that a national measure is considered as such.

Finally, a brief reflection is offered on the relationship between the concept of State aid and the Principle of Non-Fiscal Discrimination, as a result of the relatively recent CJEU 17.11.2009, *Presidente del Consiglio dei Ministri*, Case C-169/08.

**Keywords:** State aid, State aid concept, requirements to qualify a measure as State aid, implications of the qualification of a measure as State aid, Principle of Non-Fiscal Discrimination.

## SUMARIO

1. El concepto de Ayuda de Estado.- 2. Requisitos para que una medida sea calificada como Ayuda de Estado incompatible con el Derecho Europeo.- 2.1. Concesión de una ventaja a sus beneficiarios. -2.2. Debe favorecer a determinadas empresas o producciones (selectividad).- 2.3. Otorgada por un Estado miembro o con recursos públicos.- 2.4. Afectar a la competencia y/o a los intercambios entre Estados.- 3. La calificación de una medida como Ayuda de Estado: alternativas y consecuencias.- 3.1. Ayudas compatibles o susceptibles de compatibilidad con el Derecho Europeo.- 3.2. Consecuencias de la incompatibilidad de una Ayuda de Estado con el Tratado.- 4 Conclusiones.- 5. Bibliografía.

## 1. EL CONCEPTO DE AYUDA DE ESTADO

Al abordar el tema de las Ayudas de Estado (en adelante ADE) se debe comenzar por señalar que el TFUE no establece una definición clara y precisa del lo que es una ADE, esto es, no las define como concepto<sup>1</sup>, si no que solo ofrece una serie de características o requisitos (cuatro en total) que, si son cumplidos por una medida de un Estado miembro, dicha medida se considerará una ADE, con lo que esto implica (estar prohibida por el tratado o ser compatible si está incluida en alguna de las excepciones, obligación de recuperación, etc.).

Sin embargo, desde el punto de vista de la UE esta vaguedad a la hora de definir que es una ADE no representa un inconveniente, mas bien todo lo contrario, pues esto es lo que ha permitido que el artículo 107 del TFUE (que prohíbe las ADE) se aplique a multitud de medidas de los Estados miembros, incluyendo las de carácter fiscal<sup>2</sup>, toda vez que dichas medidas puedan suponer una reducción de las costes u otro beneficio para una empresa (y por tanto situarla en una situación ventajosa respecto a sus competidores).

---

<sup>1</sup>En el mismo sentido ver Martín Jiménez, A. (2012), pág. 45.

<sup>2</sup>En este sentido ver Martínez Caballero, R. Y Ruiz-Almendral, V. (2006), pág. 596; Crucelegui Gárate, J.L. (2006), págs.139 y 140 y Martín Jiménez, A., *op. cit.*, pág. 38.

De hecho, la propia jurisprudencia del TJUE ha dejado claro, de forma totalmente acertada, que casi cualquier medida puede ser constitutiva de ADE. Así, el Tribunal especifica que el concepto de ADE “comprende no solo las prestaciones positivas, como las propias subvenciones, sino también intervenciones que, bajo diversas formas, aligeran las cargas que normalmente pesan sobre los presupuestos de una empresa y que, por ello, sin ser subvenciones en el sentido estricto de la palabra, tienen la misma naturaleza e idénticos efectos”<sup>3</sup>. De esta forma, el TJUE avala la expansión del ámbito de aplicación del artículo 107 a cualquier disposición de un Estado miembro que pueda reducir las cargas que normalmente soporta una empresa.

Por tanto, como ya se ha adelantado, cabe pensar que una norma fiscal que reduzca la carga impositiva de una empresa (sean exenciones, deducciones, o cualquier otro incentivo fiscal) puede ser constitutivas de ADE, y hallarse por tanto dentro del campo de acción del artículo 107.

Y efectivamente así ocurre, ya que, según ha declarado el TJUE, “una medida mediante la cual las autoridades públicas conceden a determinadas empresas una exención tributaria que, aunque no implique una transferencia de fondos estatales, coloque a los beneficiarios en una situación financiera más favorable que a los restantes contribuyentes, constituye una ayuda de Estado”<sup>4</sup> en el sentido del artículo 107 del TFUE.

Aunque posteriormente se profundizará en que significa que la medida sea concedida por una autoridad pública, que no sea necesaria una transferencia de fondos estatales, etc., lo que aquí interesa es hacer que notar que, según el criterio del Tribunal, el artículo 107 es, como ya se ha expuesto, extensible a casi cualquier disposición de un Estado miembro, de forma que puede ser utilizado, y de hecho lo ha sido, como un vía de armonización negativa entre Estados<sup>5</sup>.

En definitiva, y a falta de que el TFUE de una definición clara de lo que es una ADE, ésta se puede intentar extraer de la jurisprudencia del TJUE, de forma que por ADE se debe entender toda medida, sea o no de carácter fiscal, que, siendo otorgada, de forma directa o indirecta, a través de recursos públicos, independientemente de la forma que éstos adopten, y/o por Entes públicos, reduce las cargas que habitualmente soportan sus beneficiarios, colocándolos por ello en una posición ventajosa respecto de sus competidores directos, sean nacionales y/o comunitarios<sup>6</sup>.

---

<sup>3</sup>STJUE, 23.02.1961, *De Gezamenlijke Steenkolenmijnen In Limburg / Alta Autoridad*, Asunto 51/69, página 19 (versión inglesa).

<sup>4</sup>STJUE, 15.03.1994, *Banco Exterior de España*, Asunto, C-387/92, párrafo 14.

<sup>5</sup>Ver Menéndez Moreno, A. (2011), pág. 120 y Martín Jiménez, A., *op. cit.*, pág. 35.

<sup>6</sup>Una definición similar ofrecen Martínez Caballero y Ruiz-Almendral, cuando dicen que “toda exención tributaria o beneficio de cualquier tipo, siempre que coloque a sus beneficiarios en una posición concurrencial más favorable que al resto de los contribuyentes (que no disfrutan de este beneficio fiscal), en tanto que operen en el mismo ramo, sector, ámbito (etc.), puede constituir una Ayuda de Estado incompatible con el mercado interior”. [Martínez Caballero, R. y Ruiz-Almendral, *op. cit.*, pág. 597].

## 2. REQUISITOS PARA QUE UNA MEDIDA SEA CALIFICADA COMO AYUDA DE ESTADO INCOMPATIBLE CON EL DERECHO EUROPEO

Una vez expuesta una posible definición de que es una ADE, el siguiente paso debe ser analizar qué requisitos específicos considera la UE que son necesarios para que una medida sea considerada como tal.

Así, el artículo 107.1 del TFUE<sup>7</sup> enuncia las condiciones que una medida debe cumplir para ser calificada como ADE, y por tanto ser incompatible con el Derecho europeo. Estos requisitos son 4<sup>8</sup>:

- Debe conceder una ventaja a sus beneficiarios.
- La cual debe favorecer a determinadas empresas o producciones. Es decir, debe ser selectiva respecto de los beneficiarios.
- Además, tiene que ser otorgada por un Estado miembro o con recursos públicos
- Y debe afectar a la competencia y/o a los intercambios entre Estados.

Como se observa, los requisitos que establece el Tratado, tal y como se viene reiterando, permiten que un gran número de medidas, pertenezcan o no al ámbito fiscal, puedan ser calificadas como una ADE.

A continuación se desarrollara cada uno de estos requisitos por separado, ahondando en su explicación e implicaciones, teniendo en cuenta que no existe un orden jerárquico entre ellos, es decir, una medida debe cumplir los cuatro requisitos simultáneamente para poder ser clasificada como ADE.

### 2.1. Concesión de una ventaja a sus beneficiarios.

En primer lugar, las ADE deben, como su nombre indica, representar una ayuda para las empresas, esto es, reducir las cargas que generalmente gravan su presupuesto<sup>9</sup>.

---

<sup>7</sup>Cuya redacción dice "salvo que los Tratados dispongan otra cosa, serán incompatibles con el mercado interior, en la medida en que afecten a los intercambios comerciales entre Estados miembros, las ayudas otorgadas por los Estados o mediante fondos estatales, bajo cualquier forma, que falseen o amenacen falsear la competencia, favoreciendo a determinadas empresas o producciones".

<sup>8</sup>Respecto de cuáles son estos cuatro requisitos, existen diferencias entre los autores en cuanto a la denominación de los mismos, si bien en lo referente al fondo la clasificación es unánime.

Así, para Martínez Caballero y Ruiz-Almendral estos requisitos son (i) que la norma confiera una ventaja a sus destinatarios, (ii) que sea atribuible a un Estado miembro, (iii) que falsee o amenace con falsear la competencia y (iv) que sea selectiva o específica por el hecho de favorecer a determinadas empresas y producciones [Martínez Caballero, R. y Ruiz-Almendral, V. *op. cit.*, pág. 596]. Sin embargo, Martín Jiménez los clasifica como (i) la norma debe constituir una ventaja, (ii) concedida a favor de sectores específicos, (iii) a través de recursos estatales, (iv) que afecte al comercio y a la competencia entre Estados [Martín Jiménez, A. *op. Cit.*, pág. 38].

Se observa de este modo como los tres autores coinciden en la esencia de cuáles son estos cuatro requisitos, a pesar que la denominación que les dan y orden en que los enumeran sea diferente. En este trabajo se ha optado por la denominación que ofrece el TFUE.

Ahora bien, cabe aquí preguntarse qué forma debe adoptar una medida para ser considerada ADE. Es decir ¿Sólo aquellas medidas que supongan una transferencia directa de recursos a una empresa (una subvención) serán catalogadas con ADE? O por el contrario, la concesión de beneficios fiscales, como una exención o una deducción ¿También son susceptibles de ser catalogadas como ADE? ¿Y otro tipo de medidas que no sean ni subvenciones ni beneficios fiscales?

La respuesta a estas preguntas es que, efectivamente, como ya se ha mencionado anteriormente, y como señala la jurisprudencia europea, cualquier disposición nacional que suponga una ayuda para una empresa o sector empresarial (en el sentido de reducir los costes a los que tiene que hacer frente) puede ser constitutiva de ADE, independientemente de la forma que ésta adopte<sup>10</sup>. En el ámbito fiscal, por ejemplo, pueden ser constitutivas de ADE las reducciones de la base imponible, del tipo impositivo, e incluso aspectos como el aplazamiento o anulación de la deuda fiscal.

Sin embargo, se hace necesario que este requisito vaya acompañado de más condiciones, ya de que, de lo contrario, se llegaría a absurdos como que una vez elaborada una ley tributaria, donde se fijen todos los aspectos de un impuesto, cualquier modificación de éste que lleve a que la carga impositiva de sus sujetos pasivos se reduzca podría ser considerada una ADE, de forma que no serían posibles modificaciones de las leyes tributarias, salvo para elevar la carga, y siempre de forma uniforme.

Precisamente por esto resulta de vital importancia, a la hora aplicar el artículo 107, el segundo requisito, el cual impide que se den situaciones como la anteriormente descrita.

## **2.2. Debe favorecer a determinadas empresas o producciones (selectividad)**

Este segundo requisito establece que la ayuda (recuérdese que es indiferente la forma que ésta adopte) debe favorecer a una empresa o conjunto de empresas, es decir, debe cumplir el llamado requisito de selectividad, el cual puede definirse como la discriminación, o trato diferenciado, de una empresa, grupo de empresas o incluso un sector económico, con respecto a otras que se encuentran en una situación comparable<sup>11</sup>.

---

<sup>9</sup>Comunicación de las Comisión relativa a la aplicación de las normas sobre ayudas de estatales a las medidas relacionadas con la fiscalidad directa de las empresas. Diario Oficial nº C 384 de 10/12/1998 p.0003-0009.

<sup>10</sup>En este sentido ver Nieto Montero, J. (2012), pág. 126.

<sup>11</sup>Ver Martín Jiménez, A. *op. cit.*, pág. 39. En el ámbito fiscal, que es el que atañe a este trabajo, la situación comparable viene dada por la existencia de un marco fiscal y jurídico común a todas las empresas.

Aparece de este modo un elemento fundamental: la medida debe beneficiar a un subconjunto de empresas, las cuales tienen que tener una situación jurídico-económica comparable a la del resto. Dicho de otra forma, aquellas medidas que afecten al total de empresas no serán constitutivas de ADE<sup>12</sup> (se impide así situaciones ilógicas como el ejemplo de la imposibilidad de modificar una ley tributaria excepto para incrementar uniformemente la carga que recae sobre los sujetos pasivos).

De este modo, se debe distinguir entre medidas generales y medidas selectivas<sup>13</sup>. Las medidas generales son aquellas que, de forma real y efectiva, son accesibles a todos los agentes económicos que operan en el territorio de un Estado<sup>14</sup>, mientras que las medidas selectivas se definen como aquellas cuyo impacto se limita a un determinado territorio o sector empresarial<sup>15</sup>. En definitiva, como recuerda Martín Jiménez, una medida general nunca será calificada como ADE, y solo podrán serlo las selectivas<sup>16</sup>.

Ahora bien, definir una medida selectiva como aquella que beneficia a determinadas empresas sobre las restantes o a un sector productivo en concreto es demasiado impreciso, por lo que se hace necesario ahondar más en los requisitos que se deben cumplir para calificar una medida de selectiva.

Así, primero la Comisión<sup>17</sup> y posteriormente el TJUE<sup>18</sup>, han tratado de aclarar cómo debe procederse para observar la existencia de selectividad o no en una medida, siendo la nota distintiva que ésta debe establecer una excepción respecto del sistema fiscal general aplicable (ya que es la única forma de medir cuando dos empresas se encuentran en una situación comparable). Además, es necesario que la excepción no encuentre justificación en la naturaleza o economía del sistema tributario<sup>19</sup> (es decir, que se derive de los principios sobre los que se ha construido el sistema fiscal nacional).

---

<sup>12</sup>Existe un matiz a este respecto, y es el caso de la selectividad territorial.

<sup>13</sup>Que a su vez se dividen en selectivas materialmente y territorialmente, como se explicará posteriormente.

<sup>14</sup>Comunicación de la Comisión relativa a la aplicación de las normas sobre ayudas de estatales a las medidas relacionadas con la fiscalidad directa de las empresas. Diario Oficial nº C 384 de 10/12/1998 párrafo 13.

<sup>15</sup>Comunicación de la Comisión relativa a la aplicación de las normas sobre ayudas de estatales a las medidas relacionadas con la fiscalidad directa de las empresas. Diario Oficial nº C 384 de 10/12/1998 párrafo 17.

<sup>16</sup>En este sentido ver Martín Jiménez. A. *op. cit.* pág. 39.

<sup>17</sup>Comunicación de la Comisión relativa a la aplicación de las normas sobre ayudas de estatales a las medidas relacionadas con la fiscalidad directa de las empresas. Diario Oficial nº C 384 de 10/12/1998 párrafo 16.

<sup>18</sup>Por ejemplo, STJUE, 08.11.2001, *Adria-Wien Pipeline*, Asunto C-143/99 y STJUE, 29.04.2004, *GIL Insurance Ltd. Et al/Commissioners of Customs&Excise*, Asunto C.308/01, párrafo 68.

<sup>19</sup>Ver Martín Jiménez A. *op. cit.*, pág. 40.

En cuanto al requisito de no establecer una diferencia respecto del régimen general aplicable, el primer paso consiste, necesariamente, en establecer cual es dicho régimen. Hay que recordar que lo que aquí importa es si la medida resulta una excepción al régimen general o no, independientemente de la forma que ésta adopte.

Sin embargo, la determinación del marco general que debe tenerse en cuenta no siempre es sencilla, ya que éste no es necesariamente el territorio nacional (es decir, la legislación común que se aplica en todo el Estado), como tradicionalmente venía defendiendo la Comisión Europea<sup>20</sup>, sino que a partir de la STJUE 06.09.2006, *Portugal/Comisión*, Asunto C-88/03, párrafos 56 a 58 (en adelante Sentencia Azores), el marco de referencia puede ser un territorio inferior al nacional (es decir, la legislación que se aplica solo en una parte del territorio nacional).

Esto es tiene una importancia capital, ya que permite que medidas desarrolladas por Gobiernos regionales para su territorio puedan, bajo determinadas circunstancias (que el territorio que se considera como referencia sea el de dicha región, que dentro de dicha región la medida sea accesible a todas las empresas, etc.), no ser consideradas como ADE.

En definitiva, lo que hace el TJUE es reconocer que los Gobiernos subcentrales pueden llegar a ser lo suficientemente independientes del Gobierno central como para que el territorio que deba considerarse como referencia sea el de la propia región.

Poco importa aquí al TJUE si esto puede representar un perjuicio para las empresas radicadas en otras regiones (en tanto si se tomase como referencia el territorio nacional, la medida podría ser calificada como ADE), ya que, por otro lado, parece entender que si el sistema de organización político adoptado en el Estado permite que un Gobierno regional tenga un determinado nivel de autonomía (es decir, cumpla una serie de requisitos) respecto del nivel central, entonces el territorio (y por tanto la legislación) de dicha región es el que debe ser tomado como referencia.

De este modo, aparece aquí un primer tipo de selectividad, la regional, que por su complicación requeriría de un trabajo propio para tratarla. Basta señalar aquí que las ayudas regionalmente selectivas son aquellas que buscan favorecer a determinadas empresas o producciones en base a su localización geográfica.

Los otros dos tipos de selectividad existentes, que se pueden englobar bajo el rótulo de selectividad material, son la selectividad sectorial y la selectividad horizontal.

Respecto a la primera decir que, como su nombre indica, es aquella que se refiere a un sector económico en concreto, es decir, se refiere a medidas que pretenden beneficiar a ciertas empresas que conforman un sector de actividad económica.

---

<sup>20</sup>Véanse por ejemplo las Conclusiones del Abogado General, STJUE 06.09.2006, *Portugal/Comisión*, Asunto C-88/03, párrafo 16.

En lo referente a la selectividad horizontal, ésta se da cuando una medida representa una ventaja para ciertas empresas que cumplen unos determinados requisitos, independientemente del sector al que pertenezcan<sup>21</sup>. Por ejemplo, ayudas a la formación que solo afectan a empresas con determinado número de trabajadores o ayudas solo destinadas a las PYMEs, pueden ser constitutivas de ADE, en tanto que, aunque no afectan a empresas solo de una región o de un sector, limitan sus beneficios a un grupo horizontal de empresas que comparten una serie de características.

En todo caso, en estos dos subtipos de selectividad material, el marco de comparación puede ser tanto estatal como regional, ya que nada impide que se tome como referencia el territorio de una región (evitando así su calificación como selectiva respecto del resto del Estado – selectividad regional-) para, a continuación, constatar que dentro de ese territorio una medida es selectiva sectorial u horizontalmente.

Ahora bien, una medida respecto de la cual se determina que concede una ventaja selectiva a un grupo de empresas, ¿Es automáticamente calificada como ADE? La respuesta a esta pregunta, como se adelantó anteriormente, es negativa, ya que aún cuando una medida sea considerada como una ventaja selectiva, ésta puede ser justificada por la naturaleza o economía del sistema tributario, de forma que no sería calificada como ADE<sup>22</sup>.

En realidad, la excepción requiere algo más de precisión, como señala Martín Jiménez<sup>23</sup>, ya que la jurisprudencia del TJUE matiza la justificación anterior ligándola a la lógica global del sistema fiscal existente<sup>24</sup> y a aspectos inherentes al propio sistema fiscal y necesarios para la consecución de los objetivos de dicho sistema, los cuales le son externos<sup>25</sup>.

Ahora bien, cabe preguntarse si existe algún listado de de objetivos de un sistema fiscal, ya que el motivo de justificación que se permite es, cuando menos, vago e impreciso.

Debido a esto, cuando una norma de un país es puesta en cuestión y tras identificar que ésta representa una excepción respecto del régimen general aplicable (es decir, una vez se ha calificado como material o regionalmente selectiva), lo que es trabajo de la Comisión, el Estado al

---

<sup>21</sup>Por tanto es indiferente si el fin de la medida es, efectivamente, beneficiar a un grupo de empresas o no, siendo lo único importante que, en la práctica, la medida tenga como efecto beneficiar a un grupo de empresas.

En definitiva, lo que prima es el efecto de la medida, no el fin que perseguía originariamente la misma. Esto permite que el concepto de ADE sea aplicable a multitud de medidas que, no siendo configuradas como tales en un principio, en la práctica se revelan ventajosas para un determinado grupo de empresas en concreto, lo que puede hacer que sean calificadas como ADE.

<sup>22</sup> STJUE 08.11.2001, *Adria-Wien Pipeline y Wietersdorfer & Peggauer Zementwerke*, Asunto C-143/99, párrafo 42.

<sup>23</sup>Martín Jiménez, A. (2012), pág. 40.

<sup>24</sup>STJUE 15/07/2004, *España/Comisión*, Asunto C-501/00, párrafo 124.

<sup>25</sup>STJUE 06.09.2006, *Portugal/Comisión*, Asunto C-88/03, párrafo 81.



cual pertenece la medida controvertida puede tratar de justificarla alegando que responde a la naturaleza y economía del sistema, que deben, necesariamente, haber sido previamente identificados por la Comisión.

Así pues debe ser la Comisión quien defina cuál es el régimen general aplicable al caso y cuáles son sus objetivos o principios rectores, como paso previo para que el Estado al que pertenece la medida trate de justificarla en base a dichos principios.

Esto puede parecer que limita la libertad de dicho Estado, en tanto puede que para él, el marco de comparación elegido pudiera ser otro y/o los principios rectores diferentes, pero si no se hiciese así, es decir, si no se obligase a la Comisión a identificar un régimen general ya existente respecto del cual la medida denunciada constituye una excepción y cuáles son los principios rectores de dicho régimen, ésta podría extralimitarse en sus competencias, tratando de definir por sí misma (sin tener en cuenta la realidad existente) cual es el sistema tributario de un Estado miembro y sus principios inspiradores, en vez de verse obligada a elegir uno ya existente y asumido como general por dicho Estado<sup>26</sup>.

Además, el Estado cuya medida es discutida siempre puede alegar ante la Comisión y/o el TJUE que ésta ha identificado de forma incorrecta cuál es el marco general que debe tenerse en cuenta, o cuáles son los principios rectores del mismo, por lo que el hecho de que la Comisión tenga que definir estos dos elementos previamente no obsta para que un Estado miembro pueda discrepar de dicha elección.

Un último punto que debe tenerse en cuenta en relación con la posible justificación de una medida selectiva es la proporcionalidad de la misma.

Así, si una medida no es proporcionada al objetivo que dice perseguir y en base al cual se pretende justificar, dicha medida no podrá acogerse a la excepción para evitar su calificación como ADE.

En definitiva, la selectividad es probablemente el elemento fundamental, junto a la necesidad de que la medida aligere las cargas de las empresas, para que una medida sea calificada como ADE.

Así mismo, este requisito es el más problemático de todos, y el más difícil de establecer, especialmente en lo referente a la selectividad regional, aunque desde la aparición de la Sentencia Azores, se han establecido una serie de criterios (más o menos ambiguos) que facilitan la detección de cuál es el marco general de comparación que se debe tener en cuenta.

En todo caso, aun restas dos requisitos que una medida debe cumplir para ser calificada como ADE.

### **2.3. Otorgada por un Estado miembro o con recursos públicos**

---

<sup>26</sup>En este sentido, ver Martín Jiménez, A. *op. cit.*, pág. 40.

Por definición, una ADE debe ser otorgada de alguna forma por un Estado y/o con recursos públicos, puesto que son los únicos recursos de que éstos disponen.

A *priori*, la diferenciación entre otorgada por un Estado miembro y otorgada con recursos públicos parece innecesaria, puesto que es evidente que cuando un Estado otorga una ayuda a través de una transferencia directa a una empresa, lo hace con cargo a fondos públicos.

Ahora bien, ¿Qué ocurre si el Estado no otorga la ayuda de forma directa mediante una transferencia, si no que lo hace a través de una deducción u otro incentivo fiscal similar? ¿Y si la ayuda no es otorgada por un Estado (entendido como nivel de Gobierno), si no por un Ente público dependiente de éste? Y aun cuando la ayuda es otorgada por un nivel de Gobierno de un Estado ¿Qué ocurre si dicho nivel de Gobierno no es el central, si no uno regional?

Ya se ha mencionado con anterioridad que lo que prima en las ADE es su efecto, no su forma (exención, deducción, subvención, etc.), y que además, éstas pueden ser otorgadas por niveles de Gobierno subcentrales (recuérdese que esta es una de las causas que dan lugar a la aparición de posible selectividad regional), por lo que se puede adelantar ya la respuesta a los interrogantes anteriores: en todos esos casos la medida sigue pudiendo ser calificada como ADE, ya que se entiende que es o bien concedida por un Estado miembro o con cargo a fondos públicos.

En realidad, como señala Martín Jiménez<sup>27</sup>, aunque el art. 107 del TFUE enuncia este requisito como alternativo (o por un Estado o con cargo a fondos estatales), la jurisprudencia europea requiere que la medida cumpla ambos requisitos de forma simultánea para calificarla de ADE<sup>28</sup>. De hecho, de ambos requisitos, el fundamental es que la ayuda sea otorgada mediante fondos públicos, ya que "sólo las ventajas concedidas directa o indirectamente a través de fondos estatales se consideran ayudas a los efectos del artículo 92, apartado 1 [actual 107.1], del Tratado"<sup>29</sup>.

Por tanto, una ventaja otorgada por un Estado miembro, pero que se entienda que no supone una transferencia de recursos públicos, no será calificada como ADE<sup>30</sup>.

No pueden pasarse por alto los términos que emplea el Tribunal de directa o indirectamente a través de fondos estatales, ya que en ellos se encuentra la clave para que aquellas medidas como las deducciones y exenciones, que en ningún caso son transferencias directas de recursos, puedan ser calificadas como ADE.

Así, para el TJUE y la Comisión, se considera que una ayuda se otorga con cargo a fondos públicos tanto si éstos se transfieren de forma activa

---

<sup>27</sup>Martín Jiménez, *op. cit.*, pág. 44.

<sup>28</sup>STJUE 13.03.2001, *PreussenElektra*, Asunto C-379/98, párrafos 58, 59 y 60.

<sup>29</sup>STJUE 13.03.2001, *PreussenElektra*, Asunto c-379/98, párrafos 58.

<sup>30</sup>STJUE 05.03.2009, *UTECA*, Asunto C-222/07, párrafo 43.

al beneficiario como si lo que ocurre es que el Estado deja de recaudar ingresos debido a dicha medida.<sup>31</sup>

Lo que hacen la Comisión y el Tribunal es interpretar que el hecho dejar de percibir ingresos como consecuencia de una ayuda equivale a concederla de forma indirecta con cargo a los fondos públicos, interpretación que puede, a primera vista, parecer algo forzada, aunque tras un breve reflexión se demuestra totalmente correcta.

En primer lugar porque cabe dentro de la redacción del artículo 107, puesto que éste especifica "ayudas otorgadas [...] mediante fondos estatales, bajo cualquier forma", por lo que no es ningún problema encajar bajo este marco bien a una transferencia directa o bien a una exención o bonificación (ya que siguen disminuyendo las cargas que soportan una empresa)

En segundo lugar porque es cierto que, en ausencia de la exención o bonificación, la empresa estaría gravada por un cierto impuesto  $T$ , que a su vez influye en que los ingresos del Estado serán  $X+T$ . Sin embargo, si dicho Estado concede una ayuda ( $A$ ) en forma de bonificación o exención, la carga que soporta el beneficiario se reduce a  $T-A$ , lo que a su vez implica que la recaudación del Estado disminuye a  $X+(T-A)$ , que es menor que la inicial ( $X+T$ )

Por tanto sí que existe una reducción de los fondos públicos, la cual puede interpretarse sin demasiado esfuerzo como equivalente a la ayuda de la que se beneficia la empresa destinataria de la bonificación o exención. Es más, puede afirmarse que dicha ayuda es una transferencia indirecta de recursos, que el Estado deja de recaudar, pues deja de hacerlo porque decide conceder la ayuda, pero que en una situación sin ayuda, si los recaudaría.

En tercer lugar es una cuestión de lógica, puesto que resultaría absurdo que sólo las transferencias directas de recursos públicos pudieran ser consideradas ADE, ya que esto dejaría fuera a gran multitud de medidas tributarias que suponen una transferencia indirecta de recursos y que, al final, tienen el mismo efecto que una transferencia directa: reducen las cargas que gravan el presupuesto general de una empresa y por tanto pueden afectar a la competencia y/o intercambios entre Estados. Si además son selectivas, ya se cumplen todos los requisitos para que puedan ser calificadas como ADE.

En definitiva, si bien en un primer momento pudiera parecer un poco forzado argumentar que la reducción de la recaudación estatal debido a la concesión de ayudas fiscales (u de otro tipo) equivale a una transferencia indirecta de recursos públicos, la argumentación necesaria para sostener

---

<sup>31</sup>Recuérdese que el TJUE ha reconocido que la noción de de ayuda incluye tanto a las subvenciones y a las exenciones, aún cuando éstas últimas no suponen una transferencia directa de recursos desde el Estado (algo que el propio Tribunal también reconoce) hacia el beneficiario, pues lo que hacen es disminuir la carga tributaria que soporta el destinatario, y por tanto, disminuye los ingresos que percibe el Estado.

dicha afirmación se revela sencilla y lógica, llegando a la conclusión de que una reducción de los ingresos públicos como consecuencia de, por ejemplo, una bonificación o exención, equivale a una transferencia indirecta de recursos públicos.

En realidad quizás sea más oportuno para el caso de que se habla el empleo del término transferencia pasiva, puesto que el término transferencia indirecta puede llevar a pensar que los fondos se otorgan a través de, por ejemplo, un Ente dependiente del Estado, pero no del propio Estado (es decir, no a través de una medida aprobada por el Gobierno), mientras que el término pasivo refleja mejor el hecho de que los recursos estatales se transfieren mediante el mecanismo de no recaudarlos.

Por tanto, debería diferenciarse entre transferencia directa y activa (cuando existe un desplazamiento de recursos públicos en sentido estricto hacia el beneficiario, como el caso de una subvención pública estatal), transferencia indirecta activa (una transferencia de recursos públicos, pero de forma indirecta a través de un Ente dependiente del Estado) y transferencia pasiva (transferencia de recursos no en sentido estricto, si no como consecuencia de no llegar a recaudarse por el Estado).

Tras esta breve reflexión, hay que señalar que esto tiene una consecuencia importante: si una medida tributaria es selectiva, por ejemplo, desde punto de vista sectorial, esto quiere decir que un determinado sector de actividad económica disfruta de unos beneficios fiscales que reducen su carga tributaria, que a su vez es equivalente a decir que el Estado les concede una ayuda consistente en una transferencia activa o pasiva de recursos públicos.

Por tanto, automáticamente se cumplen ambos requisitos (selectividad y concesión de ayuda por un Estado o por recursos públicos) en el momento en que una medida tributaria es calificada como selectiva, por lo que al TJUE y a la Comisión le bastaría con identificar que una medida fiscal es selectiva para, de forma implícita, afirmar que es otorgada con cargo a fondos públicos por un Estado<sup>32</sup>.

En cuanto al requisito de que la ayuda debe ser concedida por un Estado, si bien no ofrece muchas dudas ni complicaciones a la hora de interpretarlo, sí cabe hacer una pequeña matización respecto al mismo, ya que este requisito se cumple tanto si la ayuda proviene de un nivel de Gobierno central, como de uno regional (o local)<sup>33</sup>. Además, este requisito también se cumple si la ayuda se otorga a través de un Ente público dependiente del Estado<sup>34</sup>.

En definitiva, mientras la medida sea atribuible a un Estado miembro, bien de forma directa o bien de forma indirecta, se cumplirá este requisito.

---

<sup>32</sup>En este mismo sentido ver Martín Jiménez, A. *op.cit.*, pág. 45.

<sup>33</sup>STJUE 14.10.1987, *República Federal de Alemania/Comisión*, Asunto C-248/84, párrafo 17.

<sup>34</sup>STJUE 05.03.2009, *UTECA*, Asunto C-222/07, párrafo 44.

Al igual que ocurría con el requisito de que la ayuda supusiese un traspaso de recursos públicos hacia el beneficiario, que era lógica su extensión a aquellas medidas que no supusiesen una transferencia directa de recursos, en este caso también es coherente y necesario que el concepto de Estado abarque tanto al nivel central de Gobierno como a los subcentrales, así como a los Entes públicos que de ellos dependen, pues de lo contrario, si alguno de estos elementos fuese excluido de dicho concepto, se generaría una situación donde un Estado no tendría más que articular la forma de conceder ayudas a través de uno de esos elementos excluidos, para escapar así de la aplicación del artículo 107.

Finalmente solo queda por analizar un último requisito, que si bien es necesario, tiene una importancia residual respecto al resto.

#### **2.4. Afectar a la competencia y/o a los intercambios entre Estados**

Dado que la finalidad del artículo 107 es evitar la concesión de ADE, con el objetivo de salvaguardar el mercado único, no es sorprendente que, a efectos de la UE, para que una medida deba ser calificada como ADE ésta tiene que afectar a la competencia y/o intercambios entre Estados miembros.

En realidad que se dé este requisito no es muy complicado, ya que aunque *a priori* se pueda pensar que solo las empresas de mayor tamaño o las ayudas de cierta cuantía tienen un impacto sobre la competencia y/o intercambios entre Estados, la Comisión y el TJUE opinan que la cuantía de la ayuda es irrelevante, siempre y cuando ésta supere los 200.000 euros en tres años, es decir, las denominadas ayudas de *minimis*<sup>35</sup>.

En relación a éstas, el Reglamento (CE) n° 1998/2006, cuando habla de las ayudas de *minimis*, dice textualmente que “se considera que estas ayudas no reúnen todos los requisitos del 107.1”. Sin embargo, no especifica cuál o cuáles son los requisitos que no cumplen.

Ahora bien, dado que la única razón que se da para excluir a dichas ayudas del régimen del 107 es que su cuantía es inferior a 200.000 euros en tres años, cabe pensar que el requisito que no se cumple es precisamente el de que afectan a la competencia y/o intercambios entre Estados, ya que como ayudas en sentido amplio, sí que cumplen el resto de requisitos, pues reducen las cargas que gravan el presupuesto de una empresa, se dirigen a un determinado grupo de empresas (por lo que son selectivas) y, evidentemente, son otorgadas por un Estado con cargo a fondos públicos.

En definitiva, una vez superada la cuantía de las ayudas de *minimis*, la Comisión y el TJUE consideran que sea cual sea la cuantía de la ayuda,

---

<sup>35</sup>Artículo 2 del Reglamento (CE) n° 1998/2006 de la Comisión, de 15 de diciembre de 2006, relativo a la aplicación de los artículos 87 y 88 del Tratado a las ayudas de *minimis*. La cuantía es de 100.00 euros en el caso del sector del transporte.

ésta va a tener un efecto pernicioso sobre la competencia y/o los intercambios entre Estados.

En cuanto al tamaño de la empresa, el requisito tratado en este apartado (afectar a la competencia y/o a los intercambios entre Estados) no solo se va a cumplir en el caso de grandes empresas internacionales, si no que sea cual sea el tamaño de las empresas beneficiarias, éste se cumplirá<sup>36</sup>.

El razonamiento detrás de esta afirmación es sencillo: si bien no todas las empresas de un país miembro A tienen capacidad económica para operar a nivel intraeuropeo, esto no obsta para que haya empresas de otro Estado miembro B que intenten expandir sus operaciones al mercado del país A.

Por tanto, si un grupo de empresas de A es beneficiaria de una ayuda, aún cuando solo opere a nivel interno de un Estado miembro, esto puede suponer una barrera de entrada a las empresas del Estado B, lo que obviamente, afecta a la competencia e intercambios entre Estados.

Ahora bien, ¿Es necesario que coincidan en el tiempo la concesión de la ayuda y la expansión hacia mercados europeos (o la entrada de competidores europeos en el Estado)? La respuesta necesariamente tiene que ser negativa, ya que la concesión en el momento t de una ayuda puede favorecer que en el momento t+n la empresa esté en condiciones de expandirse hacia un nuevo mercado europeo, desplazando a las empresas ya existentes. Esto en sí mismo no es un problema, ya que en una economía capitalista las empresas más eficientes son las que más probabilidades de éxito, y por tanto de sobrevivir, tienen. El problema es que lejos de ser eficiente, esa empresa, en un momento t, tuvo ayuda del Estado, alterando de forma artificial y negativa el mercado común.

Esta misma argumentación es aplicable al caso de que una empresa foránea trate de entrar en el mercado de otro Estado miembro y no pueda (o no en las mismas condiciones) debido a las ayudas que las empresas de dicho Estado recibieron en un momento anterior.

En definitiva, tras estas breves explicaciones, no cabe si no darle la razón al TJUE y a la Comisión cuando aducen, como ya se ha adelantado, que el tamaño de la empresa y cuantía de la ayuda son irrelevantes, que el efecto sobre la competencia y/o intercambios pueden ser presentes o futuros<sup>37</sup> y que el beneficiario no tiene porqué tener actividad fuera de las fronteras de su Estado.<sup>38</sup>

---

<sup>36</sup>En este sentido ver Merino Jara, I. (2007), pág. 27 y 28.

<sup>37</sup>STJUE 06.07.1995, *Heraclès*, Asuntos T-447/93, T-448/93 y T-449/93, párrafos 139, 140 y 141.

De estos párrafos se desprende que la Comisión tiene que someter a análisis "los efectos previsibles sobre la competencia y sobre el comercio intracomunitario en el momento del pago de la ayuda".

Por tanto, es obligación de la Comisión analizar el impacto actual de la ayuda y el previsible en el futuro a la hora de evaluar si ésta puede afectar a la competencia y/o intercambios entre Estados.

En realidad, la Comisión no necesita demostrar mediante extensos estudios económicos que este requisito se cumple<sup>39</sup>, simplemente le basta con justificar de forma sencilla que lo hace, sin entrar en complicados cálculos, para que se acepte como cierto que la medida objeto de controversia afecta o puede afectar en un futuro a la competencia y/o intercambios entre Estados<sup>40</sup>.

Si bien es cierto que puede parecer que esto otorga una posición ventajosa a la Comisión, en tanto en unos cuantos párrafos y con argumentos que no tienen porqué estar respaldados por un estudio económico exhaustivo, puede justificar que una medida puede distorsionar la competencia y/o comercio intracomunitario, tampoco es menos cierto que, en la mayoría de las ocasiones, las conclusiones a las que llegue la Comisión serán correctas (realmente, no es muy complicado argumentar lógicamente y con corrección, sin recurrir a un costoso informe económico, que determinado incentivo fiscal puede suponer una ventaja para un grupo de empresas, lo que las sitúa en una situación ventajosa respecto de sus competidores), y solo en aquellos casos que presenten una mayor complicación será necesario algún tipo de estudio económico (que, si la Comisión es diligente en sus tareas, posiblemente habrá encargado en todo caso).

Además, no debe olvidarse que el Estado miembro denunciado siempre puede argumentar una posición contraria a la de la Comisión y que, en todo caso, la última palabra la tiene el TJUE.

En definitiva, el requisito de distorsión de la competencia y/o intercambios entre Estados tiene una importancia relativa inferior a los otros tres, no porque a la UE le preocupe poco velar por la protección del comercio y la competencia entre Estados (nada más lejos de los objetivos del mercado común), sino porque se entiende que éste se va a cumplir prácticamente siempre y de forma automática (por ejemplo, en los casos de selectividad territorial), por lo que no suele ser un aspecto donde ninguna de las partes pierda mucho tiempo tratando de justificar si se cumple.

Hasta este punto se ha tratado de ofrecer una idea de que cual es el concepto de ADE y que requisitos deben cumplirse para que una medida, independientemente de su forma y fin, pueda ser calificada como tal.

Por tanto, a continuación se estudiará qué ocurre una vez que esto sucede, es decir, ¿Qué implica la calificación de una medida como ADE?,

---

Siendo esto así, se deriva que una medida que cumpla los restantes tres requisitos será calificada como ADE aun cuando actualmente no tenga un efecto claro sobre los intercambios y/o competencia entre Estados miembros, siempre y cuando se prevea que lo pueda tener en un futuro.

<sup>38</sup>STJUE 15/12/2005, *Italia/Comisión*, Asunto C-66/02, párrafo 117.

<sup>39</sup>En este sentido, Merino Jara, I. *op. cit.*, página 27.

<sup>40</sup>STJUE 11.07.2002, *HAMSA*, Asunto T-152/99, párrafo 225 y STJUE 17.05.2011, *BuczekAutomotive/Comisión*, Asunto T1/08, párrafo 102.

¿Se convierte automáticamente en incompatible con el Tratado?, ¿Qué implicaciones tiene?

### **3. LA CALIFICACIÓN DE UNA MEDIDA COMO AYUDA DE ESTADO: ALTERNATIVAS Y CONSECUENCIAS**

El artículo 107.1 del TFUE dice claramente que las ayuda que cumplen los cuatro requisitos explicados anteriormente son incompatibles con el mercado interior (es decir, están prohibidas por el Derecho Europeo), salvo que otra cosa se disponga en los Tratados.

En consecuencia, antes de analizar qué ocurre cuando una ayuda es declarada incompatible, hay que hacer mención a los apartados 2º y 3º del artículo 107, donde se recogen una serie de medida que suponen o pueden suponer una excepción a dicho régimen (es decir, ser compatibles con el Derecho Europeo).

#### **3.1. Ayudas compatibles o susceptibles de compatibilidad con el Derecho Europeo**

En primer lugar, hay que diferenciar entre aquellas ayudas que automáticamente son compatibles con el Derecho Europeo (las contenidas en el apartado 2º del artículo 107) y las que pueden llegar a serlo (apartado 3º). Lo que es común a ambos tipos de excepciones es que siempre deben ser notificadas<sup>41</sup> a la Comisión de forma previa a su entrada en vigor.

Respecto a las primeras (las automáticamente compatibles), contenidas en el 107.2 ( [i]ayudas de carácter social concedidas a los consumidores individuales, siempre que se otorguen sin discriminaciones basadas en el origen de los productos, [ii] ayudas destinadas a reparar los perjuicios causados por desastres naturales o por otros acontecimientos de carácter excepcional y [iii] ayudas concedidas con objeto de favorecer la economía de determinadas regiones de la República Federal de Alemania, afectadas por la división de Alemania, en la medida en que sean necesarias para compensar las desventajas económicas que resultan de tal división<sup>42</sup>), la Comisión solo se limita a, una vez recibida la notificación, comprobar que se cumplen los requisitos de la excepción en la cual se amparan para aceptar que son compatibles con el Tratado.

Sin embargo, una vez verificado que cumple los requisitos, existe la posibilidad de que la Comisión no acepte la compatibilidad automática si considera que la medida no es proporcional al fin perseguido, algo que por otro lado siempre supone un límite a la compatibilidad con el Derecho Europeo de las actuación de los estados miembro en materia de libertades circulación y ADE.

---

<sup>41</sup>Sobre el deber de notificación se profundizará posteriormente.

<sup>42</sup>Como señala Crucelégui Gárate, esta excepción está totalmente desfasada hoy en día, y lo único que la mantiene en el TFUE es la firme oposición de Alemania a su eliminación [Crucelegui Gárate, J.L. *op. cit.*, pág 143].



Respecto a la segundas, tal y como señala el apartado 3º del artículo 107, pueden ser consideradas como compatibles, pero a diferencia de las anteriores, no se les otorga la compatibilidad de forma automática si cumplen los requisitos y son proporcionales.

En su lugar, una vez se recibe notificación de que un país va a implantar algún tipo de ayuda que podría acogerse a alguna de las excepciones del 107.3 ( [i] ayudas destinadas a favorecer el desarrollo económico de regiones en las que el nivel de vida sea anormalmente bajo o en las que exista una grave situación de subempleo, así como el de las regiones contempladas en el artículo 349, habida cuenta de su situación estructural, económica y social, [ii] ayudas para fomentar la realización de un proyecto importante de interés común europeo o destinadas a poner remedio a una grave perturbación en la economía de un Estado miembro, [iii] ayudas destinadas a facilitar el desarrollo de determinadas actividades o de determinadas regiones económicas, siempre que no alteren las condiciones de los intercambios en forma contraria al interés común, [iv] ayudas destinadas a promover la cultura y la conservación del patrimonio, cuando no alteren las condiciones de los intercambios y de la competencia en la Unión en contra del interés común y (v) ayudas destinadas a promover la cultura y la conservación del patrimonio, cuando no alteren las condiciones de los intercambios y de la competencia en la Unión en contra del interés común), la Comisión hace un análisis sobre la necesidad, además de sobre la proporcionalidad, de la medida.

Por tanto, la medida debe ser considerada necesaria para lograr el fin perseguido, así como resultar indispensable para lograrlo. Una vez se comprueba que la ayuda cumple estos dos aspectos, de nuevo se debe certificar que además resulta proporcional a dicho fin.

En definitiva, y dejando al margen el contenido de las excepciones, la principal diferencia entre las automáticamente compatibles y las susceptibles de ser compatibles es que en las primeras la Comisión solo ejerce un control negativo *ex-post*, ya que su único trabajo es verificar, tras la notificación, que dichas ayudas se adaptan a la excepción y son proporcionales al fin. Es decir, serán automáticamente compatibles salvo dictamen en contra de la Comisión.

Por el contrario, en las segundas, el control de la Comisión es positivo y *ex-ante*, puesto que una vez recibida la notificación, debe realizar un análisis sobre la necesidad, adecuación y proporcionalidad de la medida, y solo entonces dará su aprobación a que la ayuda se considere compatible con el Derecho Europeo (por tanto, la medida no se considera compatible salvo pronunciamiento favorable de la Comisión).

En cuanto a la pertinencia de las excepciones que recoge el Tratado, existe una clara diferencia entre las automáticas y las no automáticas.

Así, las primeras (y exceptuando el anacronismo referente a las dos Alemanias) están relacionadas con la protección de grupos de consumidores y con la reparación de daños causados por desastres naturales o similares.

Posiblemente, la razón de que se considere que estas excepciones deben ser compatibles de forma automática con el Derecho Europeo se halle en que, por un lado, la protección de los consumidores es uno de los objetivos del Tratado, entendiéndose que está por encima de la libre competencia comunitaria.

Por otro lado, la reparación de daños causados por desastres naturales parece un fin lo suficientemente importante como para merecer una excepción, además del hecho de que este tipo de situaciones suelen necesitar respuestas rápidas que no pueden depender de un lento proceso burocrático en Bruselas.

En definitiva, en ambas excepciones parece pesar más lo social que lo económico.

Sin embargo, en el caso de las no automáticas la situación se invierte, de modo que el elemento que más peso tiene es el económico frente al social, pues todas las excepciones<sup>43</sup> giran en torno a conceptos como el desarrollo económico, realización de proyectos, desarrollo de determinadas actividades y promoción y conservación de la cultura y del patrimonio.

Así pues, todas estas excepciones que persiguen objetivos eminentemente económicos parecen presentar una menor importancia, mayor riesgo de distorsión del comercio y la competencia y una menor necesidad de presteza en su aplicación, por lo que deben ser examinadas y aprobadas por la Comisión antes de llevarse a cabo (en realidad, el punto fundamental es el elevado riesgo de que se altere la competencia y/o comercio amparándose en una de las excepciones del 107.3).

Una vez comentadas las dos excepciones que se contienen en el artículo 107, solo resta estudiar qué ocurre cuando una medida es considerada ADE y, además, no puede ampararse en ninguna de las excepciones mencionadas.

### **3.2. Consecuencias de la incompatibilidad de una Ayuda de Estado con el Tratado**

El artículo 108 del TFUE contiene las disposiciones referidas al control de las ADE, es decir, qué sucede cuando éstas son declaradas incompatibles con el Tratado.

Sin embargo, antes de avanzar en esa dirección, se debe hacer referencia al apartado 3º de dicho artículo, el cual dispone que "la Comisión será informada de los proyectos dirigidos a conceder o modificar

---

<sup>43</sup>Una mención aparte merece la excepción de las "ayudas destinadas a promover la cultura y la conservación del patrimonio, cuando no alteren las condiciones de los intercambios y de la competencia en la Unión en contra del interés común" (art.107.3.d)", pues debido al fin principalmente social que persigue parece encuadrarse mejor en el apartado 2º, junto a las medidas automáticamente compatibles con el Tratado.

Sin embargo es cierto que hay un cierto riesgo de que, tras el envoltorio de la promoción de la cultura, se beneficie a determinados sectores económicos nacionales frente a sus competidores europeos, lo que puede explicar porque se ha dejado en el apartado 3º.

ayudas con la suficiente antelación para poder presentar sus observaciones. Si considerare que un proyecto no es compatible con el mercado interior con arreglo al artículo 107, la Comisión iniciará sin demora el procedimiento previsto en el apartado anterior. El Estado miembro interesado no podrá ejecutar las medidas proyectadas antes que en dicho procedimiento haya recaído decisión definitiva”.

Básicamente este apartado supone que los estados miembro de la UE están obligados a avisar (deber de notificación) a la Comisión sobre la intención de otorgar cualquier tipo de ayuda, o sobre la intención de modificar un régimen de ayudas ya existentes. Una vez hecho esto, la Comisión comprueba que las ayudas son compatibles con el Derecho Europeo antes de dar su aprobación al Estado interesado para que conceda o modifique la ayuda. En ningún caso un Estado puede realizar una de estas dos acciones (otorgar una ayuda nueva o modificar una existente) sin la aprobación de la Comisión (con la excepción de las ayudas automáticamente compatibles con el TFUE, recogidas en el 107.2).

Así pues, del deber de notificación<sup>44</sup> previo a la concesión o modificación de las ayudas por parte de un Estado miembro, se deriva una clasificación<sup>45</sup> de las ayudas en función de si han sido o no notificadas y de si son previas o posteriores a la entrada en vigor del Tratado

De este modo, se diferencia entre ayudas notificadas (cualquier tipo de ayuda, o modificación de una ya existente, que ha sido notificada a la Comisión), ayudas no notificadas o ilegales (cualquier ayuda, o modificación de una ya existente, que no ha sido notificada a la Comisión y que, por tanto, se considera ilegal por contravenir la normativa Comunitaria –independientemente de que posteriormente además pueda ser incompatible también con el artículo 107–) y ayudas existentes (toda ayuda que existiese antes de la entrada en vigor del Tratado en el Estado miembro respectivo, es decir, los regímenes de ayuda que fueran aplicables y las ayudas individuales que se hayan llevado a efecto con anterioridad a la entrada en vigor del Tratado y que sigan siendo aplicables con posterioridad a la misma<sup>46</sup>).

Esta clasificación de las ayudas, que en realidad se limita a simplemente aclarar si han sido notificadas o no (en cuyo caso son ilegales, salvo que la no notificación se deba a que era una ayuda ya existente, y siempre que no se quiera modificar la misma) es especialmente útil a la hora de abordar las consecuencias de que una ayuda sea declarada incompatible con el TFUE.

---

<sup>44</sup>Este deber se recoge explícitamente en el Reglamento (CE) 659/1999 del Consejo, artículo 2.

<sup>45</sup>Se sigue aquí de forma muy aproximada la clasificación ofrecida por Crucelegui Gárate [Crucelegui Gárate, J.L. *op. cit.*, pág 160], que no es más que un reordenamiento de los tipos de ayudas que se contemplan en el artículo 1 del Reglamento (CE) 659/1999 del Consejo.

<sup>46</sup>Artículo 1.b).i del Reglamento (CE) 659/1999 del Consejo.

Así, el apartado 2º del artículo 108 establece que si la Comisión comprueba “que una ayuda otorgada por un Estado o mediante fondos estatales no es compatible con el mercado interior en virtud del artículo 107, o que dicha ayuda se aplica de manera abusiva<sup>47</sup>, decidirá que el Estado interesado la suprima o modifique en el plazo que ella misma determine [...]”.

Si se aplica esta disposición a la clasificación de ayudas antes ofrecida (obviando las ya existentes), aparecen dos escenarios posibles.

En el primero de ellos, caso de las ayudas notificadas, si tras recibir constancia de la intención de un Estado miembro de otorgar o modificar una ayuda, y después de analizar la misma, la Comisión decide que ésta contraviene el artículo 107, obligará al Estado interesado a suprimirla, o bien le instará a modificarla para hacerla compatible.

Así pues, no existe aquí mayor problema que el de que el Estado miembro o bien no pueda finalmente otorgar dicha ayuda, o bien que debe realizar alguna variación normativa antes de otorgarla para que sea compatible con el artículo 107, puesto que la ayuda no ha llegado a ser efectiva<sup>48</sup>.

Sin embargo, la situación es sustancialmente diferente en el segundo escenario, cuando lo que ocurre es que la ayuda declarada incompatible es una ayuda no notificada.

En primer lugar, que una ayuda sea no notificada supone que un Estado miembro la ha otorgado sin informar a la Comisión (bien conscientemente o bien inconscientemente, la razón es irrelevante), por lo que ya existe un beneficiario o beneficiarios de la misma que ha recibido una determinada cantidad de fondos estatales (bien de forma directa activa, indirecta activa o pasiva).

Por tanto que la Comisión, tras enterarse de que la ayuda no notificada ha sido otorgada, analice si ésta es compatible o no, y en caso de no serlo obligue a su suspensión o modificación no resuelve la situación, ya que solo limita el daño que se realizaría con posterioridad a la intervención de la Comisión, pero no soluciona el problema que supone para la competencia e intercambios entre estados (que son el objeto de protección del artículo 107) la ayuda que han recibido un cierto número de beneficiarios con anterioridad a la intervención de la Comisión.

Por este motivo, los artículos 11 y 14 del Reglamento (CE) 659/1999 recogen los procedimientos a seguir en este caso, que básicamente consisten en la recuperación, bien de forma provisional<sup>49</sup> (hasta que se

---

<sup>47</sup>Artículo 1 del Reglamento (CE) 659/1999 del Consejo: se entiende por ayuda abusiva aquella “ayuda utilizada por el beneficiario contraviniendo una decisión adoptada en virtud del apartado 3 del artículo 4 o de los apartados 3º o 4º del artículo 7 del presente Reglamento”.

<sup>48</sup>Recuérdese que un Estado no puede otorgar o modificar una ayuda sin la aprobación de la Comisión (con la excepción de las contenidas en el artículo 107.2).

<sup>49</sup>Esto solo puede hacerse cuanto concurren las siguientes razones: (i) que de acuerdo con una práctica establecida no existan dudas sobre el carácter de ayuda de la medida de

analice la compatibilidad de la ayuda con el TFUE) o bien de forma definitiva (si se declara incompatible) de la ayuda concedida.

Lo más relevante del método de recuperación es que ésta debe recuperarse del beneficiario, se le deben sumar unos intereses (que dependen de la Comisión) y debe recuperarse con arreglo a los procedimientos nacionales<sup>50</sup>.

Ahora bien, a pesar de la aparente claridad con que se describe la recuperación de las ayudas, la realidad puede llegar a ser bastante más conflictiva, y por varios motivos además.

En primer lugar, que la ayuda se deba recuperar del beneficiario, si bien es coherente con el objetivo de no distorsionar el comercio e intercambios comunitarios, puede causar un grave perjuicio a éstos, ya que la suma a devolver puede ser muy elevada y, si fue concedida en años anteriores<sup>51</sup>, pueden no disponer de liquidez suficiente (aun recurriendo al crédito) como para afrontar la devolución.

Puede pensarse que en realidad el perjuicio a los receptores de la ayuda no es tal, primero porque la misma concesión de la ayuda causa un perjuicio al resto de competidores comunitarios, y porque además el efecto es neutro, en tanto se devuelve una cantidad X que se recibió anteriormente.

Sin embargo esta argumentación es, en cierto modo, errónea, ya que el que otorga la ayuda es el Estado, y no necesariamente a petición del beneficiario. Es más, aunque así fuera, corresponde al Estado otorgarla de forma compatible con el Derecho Europeo, por lo que el responsable primero y último de la concesión de una ayuda es el Estado otorgante.

Por tanto, que por negligencia del Estado, los beneficiarios de una ayuda tengan que devolverla de su propio capital no parece justo<sup>52</sup> si se tiene en cuenta que dicha devolución puede llegar a provocar grandes problemas financieros a esos mismos beneficiarios. Tampoco es válido argumentar que los receptores de la ayuda se beneficiaron de la misma, pues aún en el caso de que supieran que era contraria al Derecho Europeo, sigue siendo responsabilidad última de un Estado miembro que los instrumentos que pone a disposición de sus agentes económicos sean jurídicamente compatibles con las disposiciones europeas.

---

que se trate, (ii) que sea urgente actuar y (iii) que exista un grave riesgo de causar un perjuicio considerable e irreparable a un competidor.

Los tres requisitos son en realidad muy vagos, dependiendo claramente de la voluntad de la Comisión el recuperar una ayuda de forma provisional o no.

<sup>50</sup>Artículo 14 del Reglamento (CE) 659/1999 del Consejo.

<sup>51</sup>Según el artículo 15 del Reglamento (CE) 659/1999 el plazo de prescripción es de 10 años.

<sup>52</sup>Como siempre que se habla del término justicia, no puede recurrirse a una definición objetiva. En este caso debe entenderse en el sentido de que se hace responsable del uso de un instrumento defectuoso al usuario, cuando la responsabilidad es del que ha creado dicho instrumento.

En definitiva, dado que toda la responsabilidad es del Estado otorgante, incluyendo ya el hecho de no haber notificado la ayuda, no debería reclamarse su recuperación a los beneficiarios.

Es cierto que esto supondría que el perjuicio causado al comercio e intercambios comunitarios con anterioridad a la intervención de la Comisión persista, pero no menos cierto es que el arreglo de estos perjuicios no debería trastocar gravemente las finanzas de una empresa (pudiendo llevarla al cierre). Además, no está claro que se puedan solucionar a través de la devolución de una ayuda unas distorsiones que pueden remontarse a 10 años atrás.

Lo que se debería es buscar un equilibrio entre protección del comercio e intercambio entre Estados, castigo al Estado otorgante por incumplir el Derecho Europeo y salvaguarda de los beneficiarios de las ayudas, que no son responsables de la negligencia con la que actúa el Estado al que pertenecen.

Así, en pos de este equilibrio, debería bastar con obligar a que el Estado recupere la ayuda, pero reclamándosela al beneficiario de forma fraccionada en sucesivos períodos (cuando éste no pueda devolverla en uno solo), consiguiéndose así que el hecho de tener que efectuar la devolución no suponga un desequilibrio financiero grave para el beneficiario.

Hasta ahora se ha considerado que el Estado actúa siempre como un todo, sin tener en cuenta la posibilidad de que en aquellos estados con un modelo federal, los niveles subcentrales de Gobierno tengan suficientes competencias como para conceder ayudas sin que sea necesaria la intervención del Gobierno central.

En estos casos, corresponde al Gobierno central, único responsable ante la UE, la obligación de actuar coordinadamente con sus niveles subcentrales de Gobierno, asegurándose de que éstos no conceden ninguna ayuda que pueda vulnerar el Derecho Europeo.

La única excepción a esto podría encontrarse en determinados casos de selectividad territorial, cuando se considera que, debido a una serie de motivos, el Gobierno regional es suficientemente autónomo e independiente del central como para que el territorio (y por tanto legislación) considerado como marco de referencia sea el regional.

Un último problema que surge en torno al procedimiento de recuperación de las ayudas es el hecho mismo de que se basa en una colaboración entre los Estados miembros y la UE, de forma que si éstos ponen trabas a dicha recuperación (retrasando la recuperación de la ayudas, etc.) se pierde gran parte de la eficacia de este método.

Esto es algo que preocupa a la Comisión, como señala, Crucelegui Gárate<sup>53</sup> cuando recuerda que en el Plan de Acción de Ayudas Estatales 2005-2009<sup>54</sup> la Comisión dice que "la eficacia y credibilidad del control de

---

<sup>53</sup>Crucelegui Gárate, J.L. *op. cit.*, pág 162.

<sup>54</sup>Plan De Acción De Ayudas Estatales. Menos ayudas estatales con unos objetivos mejor definidos: programa de trabajo para la reforma de las ayudas estatales 2005 – 2009

las ayudas estatales presupone una aplicación correcta de las decisiones de la Comisión, especialmente por lo que se refiere a la recuperación de las ayudas estatales ilegales e incompatibles. La experiencia reciente demuestra que la aplicación de las decisiones por las que se ordena a los Estados miembros la recuperación de la ayuda no es satisfactoria y, por otra parte, que a veces los Estados miembros no aplican correctamente las decisiones condicionadas o positivas [...]”<sup>55</sup>.

A lo largo de este trabajo se ha desarrollado el concepto de ADE, viendo cuáles son los requisitos que una medida debe cumplir para ser calificada como tal y cuáles son las consecuencias de dicha calificación.

Además, desde un primer momento se ha dejado claro que el concepto de ADE es lo suficientemente amplio como para abarcar prácticamente cualquier actuación de un Estado miembro, lo que de hecho, abre la puerta a que la Comisión y el TJUE actúen sobre determinadas áreas que, de otra manera, no les sería posible.

En este sentido, y como reflexión final sobre hasta dónde es posible ampliar el concepto de ADE, es interesante analizar la relación entre el régimen de ADE y las libertades fundamentales, ya que mientras que en el caso de las segundas es necesario que exista una problemática entre dos Estados miembros para que intervenga la Comisión y/o el TJUE, pues de lo contrario se considera un asunto meramente interno, en el caso de las ADE no es necesario que exista este conflicto entre dos Estados miembros<sup>56</sup>, si no que basta con que una medida nacional sea calificada como ADE para que se entienda que afecta a toda la UE, y por tanto, permita la entrada en escena de la Comisión y el TJUE.

Avanzando en esta línea, cabe preguntarse si una medida calificada como ADE puede a la vez ser contraria a las libertades de circulación, y viceversa. Para responder a esta pregunta, se debe recurrir a la STJUE 17.11.2009, *Presidente del Consiglio dei Ministri*, Asunto C-169/08, donde el Tribunal llega a la conclusión de que “el artículo 87 CE [actual 107], apartado 1, debe interpretarse en el sentido de que una norma fiscal de una autoridad regional por la que se establece un impuesto sobre las escalas, como el controvertido en el litigio principal que únicamente se exige a las personas físicas y jurídicas que tienen su domicilio fiscal fuera del territorio regional, constituye una ayuda de Estado a las empresas que tienen su domicilio fiscal en ese mismo territorio”.

A primera vista, tras leer el dictamen del TJUE, se puede llegar a la conclusión de que hay una errata en la redacción del artículo, y que donde

---

<sup>55</sup>Plan De Acción De Ayudas Estatales. Menos ayudas estatales con unos objetivos mejor definidos: programa de trabajo para la reforma de las ayudas estatales 2005-2009. COM (2005) 107 final, párrafo 53.

<sup>56</sup>En realidad, este conflicto siempre existe, ya que en el momento en que una medida se califica como ADE, se cumple el requisito de que afecta al comercio y/o intercambios entre Estados, por lo que ya surge el conflicto comunitario que propicia la intervención de la Comisión y/o el TJUE.

dice artículo 87 debería referirse a alguno de los artículos relacionados con las libertades de circulación.

Sin embargo, no existe tal errata, si no que lo que hace el Tribunal el dar el salto desde las libertades fundamentales (es decir, desde la existencia de una discriminación o restricción<sup>57</sup> entre residentes y no residentes) hasta las ADE, concluyendo que el artículo 87 (actual 107) es válido para analizar aquellas situaciones donde pueda existir una discriminación y/o restricción, ya que éste se opone a aquellas.

Por tanto, la respuesta a la pregunta inicial es afirmativa: una medida que vulnera las libertades fundamentales puede a su vez ser considerada una ADE, en opinión del TJUE, y viceversa, lo que habilita que dichas medidas se puedan analizar desde la perspectiva del artículo 107, el cual permite un nivel de intrusión de la Comisión y el TJUE en la política nacional mucho mayor.

Evidentemente se puede estar en desacuerdo con este salto que da el Tribunal, tal como manifiesta Martín Jiménez, quien considera que se ha ampliado “de forma poco justificada el concepto de ayudas de Estado hasta comprender la distinción entre residentes y no residentes”<sup>58</sup>. De hecho, este mismo autor plantea una serie de preguntas totalmente acertadas en relación a la superposición del artículo 107 con los referentes a las libertades fundamentales, de forma que se plantea si la ayuda debe recuperarse de aquellos sujetos pasivos exentos de la aplicación del tributo, o si por el contrario deben devolverse los ingresos indebidos a aquellos que sufrieron el impuesto contrario a las libertades fundamentales.

En definitiva, se plantea si el procedimiento a aplicar una vez determinada la incompatibilidad con el TFUE de un tributo que ha sido analizado desde la perspectiva de las libertades fundamentales y de las ADE debe ser el que se aplica en caso de ADE o en caso de vulneración de las libertades fundamentales.

Respecto de si la ampliación del concepto de ADE hasta abarcar la diferencia entre residentes y no residentes, si que está justificada, como se tratará de mostrar a continuación

En primer lugar, las dos cuestiones prejudiciales que se le plantean al TJUE se refieren básicamente a (i) si el impuesto controvertido es contrario a la libertad de prestación de servicios y si (ii) además puede constituir una ADE.

Así, respecto de la controversia en torno a la libertad de circulación, el TJUE argumenta, correctamente, que efectivamente el impuesto de Cerdeña es contrario a dicha libertad, concretamente por tratarse de una restricción<sup>59</sup>. Además, unos párrafos antes, el Tribunal da el primer paso

<sup>57</sup>Si es que realmente existe una verdadera diferencia entre estos dos términos.

<sup>58</sup>Martín Jiménez, *A op. cit.*, pág.41.

<sup>59</sup>STJUE 17.11.2009, *Presidente del Consiglio dei Ministri*, Asunto C-169/08, párrafo 39: “por lo tanto, la normativa fiscal de que se trata en el litigio principal constituye una restricción de la libre prestación de servicios en la medida en que se exige únicamente a los operadores que explotan aeronaves destinadas al transporte privado de personas y



hacia la relación entre la vulneración de la libertad de prestación de servicios que supone el impuesto en litigio y las ADE, cuando dice que "la aplicación de dicha normativa fiscal (el impuesto de Cerdeña) tiene la consecuencia de encarecer los servicios de que se trata de todos los sujetos pasivos del impuesto que tienen su domicilio fiscal fuera del territorio regional y que están domiciliados en otros Estados miembros, en comparación con los prestados por los operadores establecidos en dicho territorio. En efecto, tal legislación introduce un coste adicional para las operaciones de escala de aeronaves y embarcaciones a cargo de los operadores que tienen su domicilio fiscal fuera del territorio regional y que están domiciliados en otros Estados miembros y crea de este modo una ventaja para determinadas categorías de empresas establecidas en él"<sup>60</sup>.

En estos dos párrafos el TJUE ha dado los primeros pasos para encadenar libertades fundamentales y ADE, pues adelanta que el impuesto supone una ventaja para un determinado grupo de empresas, lo que equivale a dejar entrever que cumple el requisito de selectividad y, además, afecta a la competencia entre Estados, pues la ventaja se limita a los residentes en Cerdeña.

De hecho, esta argumentación del Tribunal es correcta, ya que además de restringir una de las libertades fundamentales, el impuesto hace que prestar los servicios sea más costoso para los no residentes, obligados al pago del impuesto, que para los nos residente, los cuales disfrutaban de una exención.

Por tanto, se otorga una ventaja a las empresas residentes en Cerdeña frente a sus competidores que operan en la región, lo que distorsiona la competencia e intercambios entre Estados. Es decir, ya se están cumpliendo dos de los requisitos necesarios para que una medida nacional sea calificada como ADE.

Y precisamente así lo entiende el TJUE, cuando, al analizar la segunda cuestión prejudicial (relativa a si el impuesto controvertido puede suponer una ADE) afirma que "el impuesto [...] cumple los requisitos segundo y cuarto [del artículo 107], dado que afecta a los servicios prestados en relación con la escala de aeronaves y de embarcaciones de recreo, se refiere al comercio intracomunitario y, al conferir una ventaja económica a los operadores establecidos en Cerdeña, como se ha señalado en el apartado 32 de la presente sentencia, puede falsear la competencia"<sup>61</sup>.

Una vez afirmado esto, solo le queda comprobar si la ayuda se concede mediante recursos públicos y, si en contra de la posición de Cerdeña, el impuesto tiene carácter selectivo.

Respecto de si se ponen o no en juego recursos estatales, la conclusión es sencilla, pues es jurisprudencia reiterada que las ADE no

---

embarcaciones de recreo y que tienen su domicilio fiscal fuera del territorio regional, sin someter a los operadores establecidos en dicho territorio al mismo impuesto".

<sup>60</sup>STJUE 17.11.2009, *Presidente del Consiglio dei Ministri*, Asunto C-169/08, párrafos 31 y 32.

<sup>61</sup>STJUE 17.11.2009, *Presidente del Consiglio dei Ministri*, Asunto C-169/08, párrafo 53.

solo hace referencia a las ayudas concedidas de forma directa y activa, como el caso de una subvención, si que no las que se conceden de forma pasiva, a través de una exención, como en este caso, también se entiende que son ayudas otorgadas mediante fondos públicos.

Así, el Tribunal llega rápidamente a la conclusión de que la ayuda sí se otorga con fondos públicos, señalando que “el hecho de que la normativa fiscal controvertida en el litigio principal no prevea la atribución de una subvención sino la exención del impuesto regional sobre las escalas en favor de los explotadores de aeronaves destinadas al transporte privado de personas y de embarcaciones de recreo que tengan su domicilio fiscal en el territorio de la región permite considerar que la referida exención puede constituir una ayuda de Estado”<sup>62</sup>, ya que se otorga con fondos públicos, puesto que “una normativa tributaria [...] por la que se exime a determinadas empresas del impuesto controvertido, constituye una ayuda de Estado, aunque no suponga una transferencia de recursos públicos, ya que el Estado miembro renuncia a los ingresos fiscales que normalmente habría recaudado”<sup>63</sup>.

Ya solo resta entonces averiguar si se cumple el requisito de selectividad, en cuyo caso el impuesto puede ser considerado una ADE.

A este respecto, ya se ha expuesto como el Tribunal ha dejado entrever que el impuesto supone una ventaja para un determinado grupo de empresas residentes en Cerdeña, lo que casi automáticamente supondría que se cumple el requisito de selectividad, si no fuera porque, como hace notar la Región de Cerdeña, se trata de un impuesto creado por un Gobierno regional autónomo en base a una serie de potestades que le otorga el ordenamiento jurídico italiano, y que por tanto, debe tomarse como marco de referencia el territorio y legislación Sardinia.

La intención detrás de este alegato es tratar de señalar que no existe selectividad territorial, de forma que no se cumpliría el último requisito necesario para calificar el impuesto como ADE.

Ahora bien, aún dando por bueno que se cumplen todos los requisitos<sup>64</sup> necesarios para que el marco de referencia sea el territorio de Cerdeña, sigue existiendo un hecho fundamental: la exención, esto es, la ayuda, sigue estando limitada a una serie de empresas residentes en Cerdeña, y no aquellas otras que se encuentran en una situación jurídica comparable<sup>65</sup>, por lo que aún tomando como marco de referencia el

---

<sup>62</sup>STJUE 17.11.2009, *Presidente del ConsigliodeiMinistri*, Asunto C-169/08, párrafo 58.

<sup>63</sup>STJUE 17.11.2009, *Presidente del Consiglio dei Ministri*, Asunto C-169/08, párrafo 57.

<sup>64</sup>Estos requisitos no han sido analizados, pues no son el objeto de este trabajo. En todo caso, su conocimiento no es necesario para la resolución del actual problema, como se demuestro posteriormente.

<sup>65</sup>El Tribunal ya dejó claro reiteradas veces a lo largo de la sentencia que “independientemente del lugar de residencia o establecimiento, todas las personas físicas y jurídicas que hacen uso de los servicios de que se trata se encuentran [...] en una situación objetivamente comparable a efectos del referido impuesto por lo que respecta a las consecuencias para el medio ambiente”. STJUE 17.11.2009, *Presidente del ConsigliodeiMinistri*, Asunto C-169/08, párrafo 37.

territorio de Cerdeña, sigue cumpliéndose el requisito de selectividad, al limitar la ayuda a un determinado grupo de empresas.

De hecho esta es la conclusión a la que llega el TJUE, cuando argumenta que “todas las personas físicas y jurídicas que se benefician de servicios de escala en Cerdeña se encuentran [...] en una situación objetivamente comparable independientemente del lugar en que residen o están establecidas. Por consiguiente, la medida no puede considerarse general, ya que no se aplica a todos los operadores de aeronaves y embarcaciones de recreo que hacen escala en Cerdeña”<sup>66</sup>.

En definitiva, el impuesto controvertido cumple todos los requisitos necesarios para que sea considerado una ADE, independientemente de que además, sea restrictivo respecto de la libertad de prestación de servicios.

Por tanto, es perfectamente válido enfocar el caso desde la perspectiva de las libertades fundamentales o desde el régimen de ADE y, contrariamente a la opinión de Martín Jiménez, de forma justificada, y no solo porque la argumentación del TJUE sea correcta, si no porque además, objetivamente, este impuesto puede ser analizado desde cualquiera de los dos ámbitos, pues es contrario a ambos, como se ha demostrado.

Sin embargo, nótese que analizar una medida desde estas dos perspectivas de forma simultánea plantea un problema, que se refleja perfectamente en las preguntas que planteaba Martín Jiménez<sup>67</sup>, pues, una vez concluido que una medida es contraria tanto a las libertades de circulación como al régimen de ADE, ¿qué procedimiento debe seguirse para solventar dicha problemática?

Esto es algo que el TJUE parece no saber, o no querer, resolver, pues zanja el problema con un escueto “corresponde al órgano jurisdiccional remitente deducir las consecuencias adecuadas de dicha declaración”<sup>68</sup>, lo que equivale a lanzar balones fuera y no querer asumir la responsabilidad de crear un precedente al respecto.

Así las cosas, solo cabe elucubrar sobre cuál podría ser una solución lógica al problema, pues o bien se aplica el procedimiento para ADE (esto es, proceder a la recuperación de la ayuda) o bien se les reintegra a los sujetos pasivos el importe del impuesto que se les cobró indebidamente.

En todo caso, aunque ambas soluciones serían perfectamente válidas, no debe dejarse de señalar que las implicaciones, no sólo para los beneficiarios de la ayuda, si no para el propio Estado, son bien diferentes, pues en el caso de recuperar la ayuda (si el problema se enfoca desde la perspectiva de las ADE), éste vera sus ingresos aumentados, mientras que si debe hacer frente al pago del impuesto indebidamente cobrado

---

<sup>66</sup>STJUE 17.11.2009, *Presidente del Consiglio dei Ministri*, Asunto C-169/08, párrafo 63.

<sup>67</sup>Aunque el espíritu de dichas preguntas aparece reflejado con anterioridad en el texto, pueden consultarse en Martín Jiménez, A. (2012), pág.41.

<sup>68</sup>STJUE 17.11.2009, *Presidente del Consiglio dei Ministri*, Asunto C-169/08, párrafo 65.

(caso de enfocarse el problema desde la libertades de circulación), esto supondrá un gasto imprevisto para él.

En definitiva, que el régimen de ADE pueda extenderse a determinadas situaciones que habitualmente se enfocarían desde el punto de vista de las libertades comunitarias no solo no es incorrecto, si no que puede ser muy útil para que las autoridades europeas puedan intervenir en determinadas situaciones donde, si solo se enfocasen desde la perspectiva de las libertades comunitarias, no sería posible, lo que además permite un mayor grado de armonización (que al fin y al cabo es responsabilidad de los propios Estados miembros, que muchas veces no parecen estar todos lo interesados que debieran no ya en concluir, si no en continuar y profundizar en el proceso de armonización europeo), aunque sea por la vía negativa.

Ahora bien, como se ha mostrado, la superposición del enfoque ADE y del enfoque libertades comunitarias no está exento de problemas, como cuál debe ser el régimen aplicable una vez se detecta la incompatibilidad desde el punto de vista de las libertades comunitarias y las ADE, y que el TJUE tendrá que resolver con algo más preciso que un "corresponde al órgano jurisdiccional remitente deducir las consecuencias adecuadas de dicha declaración".

#### **4. CONCLUSIONES**

Aunque el concepto de ADE no aparece definido en la normativa europea, éste puede extraerse de la jurisprudencia del TJUE, de modo que por ADE se puede entender toda medida, sea o no de carácter fiscal que, siendo otorgada, de forma directa activa, indirecta activa o pasiva, a través de recursos públicos, independientemente de la forma que éstos adopten, y/o por Entes públicos, reduce las cargas que soportan sus beneficiarios, colocándolos por ello en una posición ventajosa respecto de sus competidores.

Debido a la amplitud del concepto, se ha podido utilizar el artículo 107 del TFUE como una vía de armonización negativa entre Estados, al poder aplicarse a casi cualquier medida de un Estado miembro.

En cuanto a los requisitos que deben cumplirse para que una medida sea considerada como ADE, éstos son cuatro: (i) debe tratarse de la concesión de una ventaja a sus beneficiarios, (ii) la cual debe favorecer a determinadas empresas o producciones, es decir, debe ser selectiva respecto de los beneficiarios de las mismas. Además, (iii) tiene que ser otorgada por un Estado miembro o con recursos públicos (iv) y debe afectar a la competencia y/o a los intercambios entre Estados

El primero estos requisitos estipula que la medida susceptible de ser calificada como ADE debe suponer una ayuda para sus beneficiarios, reduciendo las cargas que éstos habitualmente tienen que soportar.

Además, la forma que adopta la medida es irrelevante a efectos de su calificación como ADE, pues lo único que se tiene en cuenta es el efecto final de la misma (que reduzca las cargas de sus beneficiarios).

El segundo requisito requiere que la medida sea selectiva (regional, sectorial u horizontalmente) respecto del grupo de receptores, es decir, ésta debe afectar a un subconjunto del total de empresarios que se hallan dentro de un marco jurídico comparable, pues de lo contrario se considera una medida general, que nunca podrá ser calificada como ADE

Para saber si una medida es selectiva es necesario determinar el citado marco general respecto del cual ésta supone una excepción, el cual además no tiene necesariamente que coincidir con el territorio total del Estado.

Por el contrario, es posible que se tome como marco de referencia el territorio de un Ente subcentral, siempre que éste reúna una serie de requisitos que lo hagan lo suficientemente autónoma del Gobierno central (es decir, posea autonomía plena).

El tercer requisito que debe cumplir una medida para ser calificada como ADE es que debe ser otorgada mediante fondos públicos y/o recursos estatales.

En realidad, se trata de un doble requisito, pues deben darse simultáneamente ambos elementos para darle cumplimiento. Además, de ambos subrequisitos, el que más peso tiene es el hecho de que la medida sea otorgada con cargo a fondos públicos, sea de forma directa activa, indirecta activa o pasiva, puesto que el segundo subrequisito se cumplirá casi siempre, al considerarse que la ayuda la otorga el Estado, independientemente de si es a través del Gobierno central, regional o de un Ente público.

Es importante hacer notar que, cuando una medida sea selectiva, esto quiere decir que un determinado sector de actividad económica disfruta de unos beneficios fiscales que reducen su carga tributaria, lo que a su vez equivale a decir que el Estado les concede una ayuda. En consecuencia, automáticamente se cumplen ambos subrequisitos, de modo que basta con calificar una medida de selectiva para, de forma implícita, afirmar que es otorgada con cargo a fondos públicos por un Estado.

La última de las condiciones necesarias para que una medida sea calificada de ADE es que la ayuda debe afectar a la competencia y/o los intercambios entre Estados.

Este requisito tiene una importancia residual respecto de los tres anteriores, dado que si éstos se cumplen, casi automáticamente se va a cumplir este último.

Esto se ve reforzado por el hecho de que se considera que, con excepción de las ayudas de minimis, la cuantía de la ayuda y el tamaño de la empresa receptora, así como el hecho de que si dicha empresa tiene o no actividad intraeuropea, son irrelevantes para considerar que se cumple el requisito de afectar a la competencia y/o intercambios entre Estados.

Una vez que una medida cumple los cuatro requisitos para ser considerada ADE ésta será incompatible con el Derecho Europeo (salvo que encuentre amparo en alguna de las excepciones contempladas),

variando las consecuencias de esta incompatibilidad en función de si el país otorgante ha cumplido o no con el deber de notificación.

En caso de haberlo hecho, la Comisión prohibirá su implementación y/u obligará al Estado otorgante a modificarla, mientras que en caso de no haber dado cumplimiento a este deber, la ayuda se considera ilegal y de contraria al Tratado, por lo que la Comisión instará a su recuperación provisional y/o definitiva.

La recuperación de la ayuda lleva aparejados una serie de problemas, como la necesidad de colaboración del Estado otorgante para lograr una efectiva recuperación de la misma, o como quién debe ser el Ente que debe proceder a tal recuperación, pues en los casos de de Gobiernos subcentrales con autonomía plena parece coherente pensar que debieran ser dichos Gobiernos, y no el Gobierno central, quienes deben recuperar la ayuda que han otorgado en base a su autonomía total.

También plantea algunos problemas cómo debe ser repercutida la recuperación de la ayuda a sus beneficiarios, siendo una solución posible, en aras de lograr un equilibrio entre la necesidad de eliminar la distorsión de la competencia europea y proteger a los beneficiarios de las ayudas (en tanto éstos no son responsables de que el Estado les otorgase un instrumento contrario al Derecho Europeo), que ésta sea recuperada de los beneficiarios de forma fraccionada en el tiempo, evitando así que le hecho de tener que efectuar la devolución suponga un desequilibrio financiero grave que pueda llegar a suponer la desaparición de las empresas receptoras.

Finalmente, la reciente postura del TJUE según la cual se puede expandir, en determinados casos, la normativa sobre ADE hasta abarcar el campo de las libertades de circulación (es decir, discriminaciones/restricciones entre residente y no residentes) parece correcta, toda vez que efectivamente hay conflictos con normas de un Estado miembro que pueden ser abordados tanto desde la perspectiva de las ADE como desde la de las libertades de circulación.

El problema radica en cómo deben resolverse dichos casos, ya que según cual de ambos enfoque prime, si es que lo hace alguno, se podrá optar por solucionarlo como si de una ADE o de un vulneración de las libertades se tratase, con las consiguientes diferencias en las consecuencias (por ejemplo, la recuperación de la ayuda, o la devolución de ingresos indebidos, lo que a su vez tiene implicaciones sobre el presupuesto del Estado).

## 5. BIBLIOGRAFÍA

CRUCELEGUI GÁRATE, J.L. (2006): "El control de las ayudas públicas en la Unión Europea" en *Ekonomiaz: Revista vasca de economía*, nº61, pp.136-165

- MARTÍN JIMÉNEZ, A. (2012): "El concepto de ayuda de Estado y las normas tributarias en materia de imposición directa: estado de la cuestión" en *Noticias de la Unión Europea*, nº 324, pp. 35-50
- MARTÍNEZ CABALLERO, R. Y RUIZ-ALEMNDRAL, V. (2006): "Ayudas de Estado selectivas y poder tributario de las Comunidades Autónomas" en *Revista española de derecho europeo*, nº 20, pp. 593-640
- MENÉNDEZ MORENO, A. (2011): "Las ayudas de Estado y las Haciendas Forales. (Comentario a la STJCE de 11 de septiembre de 2008)" en *Noticias de la Unión Europea*, nº 314, pp. 119-123
- MERINO JARA, I. (2007): "A vueltas con las ayudas de estado de carácter fiscal" en *Fórum fiscal Álava*, mes 10-11, pp. 25-42
- NIETO MONTERO, J. (2012): "*Las Haciendas Territoriales en el marco del Derecho de la Unión Europea*" en *El poder normativo de Bizkaia en un contexto multinivel y transnacional. Retos y desafíos*, Universidad de Deusto, Bilbao. pp. 121-135.

### **ANEXO JURISPRUDENCIAL**

- STJUE, 23.02.1961, *De Gezamenlijke Steenkolenmijnen In Limburg/ Alta Autoridad*, Asunto 51/69
- STJUE 14.10.1987, *República Federal de Alemania/Comisión*, Asunto C-248/84
- STJUE, 15.03.1994, *Banco Exterior de España*, Asunto, C-387/92
- STJUE 06.07.1995, *Heracles*, Asuntos T-447/93, T-448/93 y T-449/93
- STJUE 13.03.2001, *PreussenElektra*, Asunto C-379/98
- STJUE, 08.11.2001, *Adria-Wien Pipeline*, Asunto C-143/99
- STJUE 11.07.2002, *HAMSA*, Asunto T-152/99, párrafo 225 y STJUE 17.05.2011, *BuczekAutomotive/Comisión*, Asunto T1/08
- STJUE 15/07/2004, *España/Comisión*, Asunto C-501/00
- STJUE, 29.04.2004, *GIL Insurance Ltd. Et al/Comissioners of Customs & Excise*, Asunto C-308/01
- STJUE 15/12/2005, *Italia/Comisión*, Asunto C-66/02
- STJUE 06.09.2006, *Portugal/Comisión*, Asunto C-88/03
- STJUE 13.03.2001, *PreussenElektra*, Asunto C-379/98
- STJUE 05.03.2009, *UTECA*, Asunto C-222/07
- STJUE 17.11.2009, *Presidente del Consiglio dei Ministri*, Asunto C-169/08
- STJUE 17.05.2011, *BuczekAutomotive/Comisión*, Asunto T1/08