

La Comisión Europea publica una comunicación relativa al concepto de ‘ayuda de Estado’

Oficina de Bruselas de Gómez-Acebo & Pombo

1. Introducción

En el marco de la Iniciativa sobre Modernización de las Ayudas de Estado, el pasado 19 de mayo la Comisión Europea publicó una comunicación con nuevas directrices sobre el concepto de ‘ayuda de Estado’¹ dirigidas a asistir a autoridades públicas y empresas para identificar cuándo se puede implementar una medida pública sin necesidad de que la Comisión analice su compatibilidad con la normativa sobre dicho concepto.

Se espera que esta comunicación impulse la inversión pública en la Unión Europea por medio de la creación de esquemas de financiación pública que no distorsionen la competencia. El instrumento surge, en particular, de las recientes decisiones sobre ayudas de Estado en materia de *tax ruling*.

Además de proporcionar aclaraciones sobre aspectos particularmente importantes para la inversión pública, la comunicación aporta orientaciones sobre la definición de ‘ayuda de Estado’ mediante resúmenes de la jurisprudencia comunitaria reciente del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y la práctica decisoria de la Comisión en la materia.

2. Aspectos clave abordados en la comunicación

Las aclaraciones más importantes se resumen a continuación:

2.1. Inversión pública

La jurisprudencia de los tribunales de la Unión Europea ha desarrollado el principio de «inversor en una economía de mercado» para identificar la presencia de ayuda de Estado en casos de inversión pública: para determinar si una inversión pública constituye ayuda de Estado, es necesario analizar si, en circunstancias similares, un inversor privado de tamaño comparable que operase en condiciones normales de economía de mercado habría estado dispuesto a llevar a cabo tal inversión.

Sobre la base de este principio, la comunicación aborda diferentes escenarios en los que la inversión pública podría constituir ayuda de Estado:

- Construcción o reforma de infraestructuras

La inversión pública en una infraestructura no se calificará de ayuda de Estado mientras no compita con otra infraestructura del mismo tipo o con otra de diferente tipo que ofrezca servicios con un grado de sustituibilidad significativo. Éste es el caso generalmente de carreteras, vías navegables, ferrocarril o redes hídricas y de aguas

¹ El texto de la comunicación es accesible en inglés en el siguiente enlace (su publicación en español se prevé para mediados de junio): http://ec.europa.eu/competition/state_aid/modernisation/notice_aid_en.html.

N. de la C.: En las citas literales se ha rectificado en lo posible —sin afectar al sentido— la grafía de ciertos elementos (acentos, mayúsculas, símbolos, abreviaturas, cursivas...) para adecuarlos a las normas tipográficas utilizadas en el resto del texto.

residuales: aunque el funcionamiento de esta infraestructura puede ser, o no, una actividad económica (*i. e.*, carreteras de peaje frente a carreteras públicas), su construcción se caracteriza predominantemente por: a) el hecho de que la infraestructura no se enfrenta a la competencia directa; b) la inversión privada es insignificante en el sector en dicho Estado miembro, y c) la infraestructura no está diseñada para favorecer selectivamente a una empresa específica o a un sector, sino que beneficia a la sociedad en general.

Por el contrario, hay otros tipos de infraestructuras que compiten con otras en el mercado. En consecuencia, la inversión pública en este tipo de infraestructuras puede implicar distorsiones de competencia y, por lo tanto, no le es aplicable la presunción de ausencia de ayuda de Estado. Como ejemplo, la comunicación menciona los siguientes sectores:

- La *infraestructura energética* (que incluye infraestructuras para transmisión, distribución y almacenamiento de electricidad, gas y carburante) se utiliza para el suministro de energía a cambio de una retribución, siendo así una actividad económica. En gran medida es construida por actores del mercado y se financia por medio de tarifas impuestas a los usuarios. La financiación pública en infraestructura energética por lo tanto favorece a una actividad económica y es probable que afecte al comercio entre Estados miembros, razón por la cual está sujeta a la normativa sobre ayudas de Estado.
- *Banda ancha*: la financiación pública de la infraestructura de banda ancha para el suministro de conectividad a usuarios finales está sujeta a las normas sobre ayudas de Estado, tal y como se señala en las Directrices para la aplicación de las normas sobre ayudas estatales

para el despliegue rápido de redes de banda ancha. Por el contrario, la conexión entre autoridades públicas es una actividad no económica, por lo que la financiación pública de «redes cerradas» no constituye ayuda de Estado.

- *Aeropuertos*: la mayoría de las infraestructuras de los aeropuertos están destinadas al suministro de servicios a las aerolíneas a cambio de una retribución, lo que se califica como actividad económica; además, los aeropuertos con frecuencia compiten unos con otros, por lo tanto la financiación a infraestructuras de aeropuertos puede afectar al comercio entre Estados miembros.
- *Equipamiento de investigación*: actividades como el alquiler de equipamiento o laboratorios a empresas, el suministro de servicios a empresas o ejecutar contratos de investigación son actividades económicas y la intervención de financiación pública en este sentido puede constituir ayuda de Estado.
- *Puertos*: el análisis es muy similar al del sector de los aeropuertos.

Además, la financiación de una infraestructura que no será explotada económicamente está en principio excluida de la aplicación de la normativa sobre ayudas de Estado. Ejemplos de estos proyectos son las instalaciones militares, la protección contra inundaciones, policía, aduanas, etcétera. Si la infraestructura se utiliza tanto para actividades económicas como no económicas, la financiación pública de la construcción deberá estar sujeta a las normas sobre ayudas de Estado en la proporción de los costes relacionados con las actividades económicas.

La comunicación también distingue entre desarrolladores o propietarios, operadores y usuarios finales de la infraestructura. En este sentido, incluso

en el escenario en el que la infraestructura utilice ayuda de Estado para ser construida, las autoridades públicas deberán asegurarse de que dicha ayuda no se traslade a los operadores o a los usuarios de dicha infraestructura.

Éste sería el caso si los operadores o usuarios —que sean empresas— pagaran un precio de mercado por utilizarla. La ventaja en estos casos quedaría excluida si las tarifas de uso de dicha infraestructura se hubieran seleccionado en un concurso competitivo, transparente, no discriminatorio e incondicional.

Un ejemplo de esta situación podría ser la construcción de un aeropuerto: en primer lugar está el propietario o desarrollador, que no tiene por qué coincidir con la empresa que de hecho opera o explota el aeropuerto, y en última instancia están las empresas usuarias finales, como las compañías aéreas, que tienen acuerdos comerciales con el operador. Los operadores hacen uso de la infraestructura que ha recibido la ayuda para suministrar servicios a los usuarios finales y reciben una ventaja si el uso de la infraestructura les proporciona un beneficio económico que no habrían recibido en condiciones normales de mercado. Esto normalmente ocurre cuando el pago por el derecho a explotar la infraestructura es menor que el que habrían pagado por infraestructura comparable en condiciones normales de mercado.

En cuanto a los usuarios finales, si el operador ha recibido ayuda de Estado, está en posición de otorgar una ventaja a los usuarios, a no ser que los términos de uso cumplan con el

principio del inversor en una economía de mercado. La comunicación ofrece tres métodos o escenarios para analizar esta situación y excluir una ventaja otorgada a los usuarios: a) las tarifas se han establecido por medio de un concurso que cumple las condiciones mencionadas arriba; b) un análisis o evaluación comparativa de los términos y condiciones aplicados a operadores privados comparables en situaciones comparables, o c) en financiación pública de infraestructuras abiertas no dedicadas a usuarios específicos, los usuarios contribuyen *ex ante* a la rentabilidad del proyecto/operador. Tomando como ejemplo el mencionado arriba sobre los aeropuertos, la Comisión considera que los acuerdos concluidos entre las aerolíneas y los aeropuertos cumplen el principio del inversor en una economía de mercado cuando contribuyen gradualmente, desde un punto de vista *ex ante*, a la rentabilidad del aeropuerto.

- Inversión pública sin efectos transfronterizos

La financiación a una infraestructura local o a servicios con un efecto muy marginal en la inversión transfronteriza y que normalmente no atrae a clientes de otros países será considerada libre de ayuda de Estado.

La comunicación expone algunos ejemplos indicativos, tales como instalaciones deportivas o de ocio que sirven predominantemente a una audiencia local, o productos culturales o de comunicación de noticias que, por razones lingüísticas o geográficas, tienen una audiencia local restringida.

² Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de febrero del 2014, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE; Directiva 2014/25/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero del 2014, relativa a la contratación por entidades que operan en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales y por la que se deroga la Directiva 2004/17/CE.

- Contratación pública

Existe la presunción de que aquellos activos, bienes o servicios adquiridos por las autoridades públicas por medio de un concurso que cumpla la legislación de la Unión Europea sobre contratación pública² están libres de ayuda de Estado, ya que se considera que estas transacciones están en línea con las condiciones de mercado. En este escenario, en ausencia de los procedimientos debidos de contratación pública, la ayuda podría estar en el precio pagado al operador privado por los activos, bienes o servicios proporcionados a la autoridad pública.

- Actividades culturales

La financiación pública otorgada a ciertas actividades a las que se accede de forma gratuita o mediante una tarifa mínima no estará sujeta a la normativa de ayudas de Estado; por ejemplo, billetes reducidos para museos, teatros o salas de ópera.

2.2. Medidas fiscales

- *Tax rulings*

Según la comunicación, las decisiones o pactos fiscales anticipados —conocidos como *tax rulings*— confieren una ventaja selectiva, en particular cuando:

a) aplican incorrectamente la legislación fiscal nacional, lo que deriva

en una menor cantidad de impuestos;

b) no están disponibles para todas las empresas en situaciones de hecho y de derecho comparables;

c) las autoridades fiscales aplican un tratamiento fiscal más favorable en comparación con otras empresas en situaciones similares.

- Acuerdos transaccionales en materia fiscal

En cuanto a los acuerdos transaccionales, la comisión ha advertido de que pueden implicar ayuda de Estado, en particular si la cantidad debida de impuestos se ha visto reducida sin una justificación clara (como optimizar la recuperación de la deuda) o de forma desproporcionada en beneficio de la compañía. La comunicación indica dos escenarios en los que puede implicar especialmente una ventaja selectiva:

a) si la Administración aplica un tratamiento fiscal más favorable de forma discrecional en comparación con otras empresas en situación de hecho y de derecho comparables que resulten en concesiones desproporcionadas;

b) si el acuerdo infringe la normativa fiscal aplicable y se traduce en una cantidad menor de impuesto de la que resultaría razonable.