

La saga del *tax lease* español o los contornos de la selectividad

Miguel Troncoso Ferrer

Socio director de Gómez-Acebo & Pombo, Bruselas

1. Introducción

La fiscalidad directa y el derecho europeo no siempre han sido buenos amigos. No sólo porque la Unión Europea carece de competencias directas en la materia —ya que se trata de una parcela de soberanía que, desde que se creó la Comunidad Económica Europea hasta ahora, los Estados son reticentes a abandonar—, también y sobre todo porque, a pesar de ello, la teórica libertad de los Estados miembros a la hora de establecer su política fiscal se ve limitada por efecto de la actuación de la Comisión Europea (la «Comisión») y de los Tribunales de Luxemburgo en aplicación de otros instrumentos del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE).

Entre estos instrumentos, quizá el más eficaz, pero también el más polémico por el número de litigios que genera, es el artículo 107 del mencionado tratado. Esta norma —parte de la política de competencia de la Unión— prohíbe las ayudas otorgadas por los Estados directamente o mediante fondos estatales bajo cualquier forma en que afecten al comercio entre Estados miembros y en que falseen o amenacen falsear la competencia, favoreciendo a determinadas empresas o producciones.

En aplicación de esta disposición del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, se ha considerado tradicionalmente que el uso de fondos estatales no sólo comprende las prestaciones positivas que implican una transferencia de

recursos públicos, como las subvenciones, sino también aquellas que aligeran las cargas que normalmente recaen sobre la empresa y hacen en paralelo que el Estado se prive de recursos de los que debería disponer. Tal puede ser el caso de determinadas exenciones fiscales, y bajo este prisma se examinó el sistema de arrendamiento fiscal español (SEAF o *tax lease*), penúltimo capítulo de esta tensión entre el margen de actuación de los Estados miembros en su política fiscal y la política europea de competencia.

2. La turbulenta historia del *tax lease* español

El sistema de arrendamiento fiscal español resulta de la combinación de una serie de normas del impuesto de sociedades español que, aplicadas en su conjunto, permitía que los buques fabricados en España pudieran ser adquiridos a un precio inferior al de mercado. El mencionado sistema reúne, para la construcción de un buque, a cinco participantes: 1) una empresa naviera, 2) un astillero, 3) un banco, 4) una sociedad de arrendamiento financiero (*leasing*) y 5) una agrupación de interés económico (AIE) constituida por el banco y, por extensión, por diversos inversores, pertenecientes a todos los sectores económicos, que adquieren participaciones en dicha agrupación.

El sistema de arrendamiento fiscal español permite a la naviera disponer de un buque nuevo con un descuento respecto al precio que cobra

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.

el astillero. Para obtener el descuento, el buque se adquiere no directamente del astillero, sino de la agrupación de interés económico, que a su vez arrienda el buque al armador con opción de compra desde que comienza su construcción. Las medidas fiscales que hacen este sistema atractivo y que fueron examinadas por la Comisión son las siguientes:

- La amortización acelerada prevista en el artículo 115.6 de la Ley del Impuesto de Sociedades (LIS).
- La amortización anticipada que prevé el artículo 115.11 de la Ley del Impuesto de Sociedades obtenida por su beneficiario tras la preceptiva autorización de las autoridades fiscales.
- La exención de plusvalía establecida en el artículo 125.2 de la Ley del Impuesto de Sociedades en el régimen de las entidades navieras en función del tonelaje.

A efectos prácticos, la amortización acelerada en el caso de la agrupación de interés económico genera una serie de bases imponibles negativas cuantiosas. La agrupación reparte estas bases imponibles negativas entre sus miembros y éstos las integran en su impuesto de sociedades.

El sistema de arrendamiento fiscal español fue denunciado por Holanda ante la Comisión, con lo que dio comienzo una lenta y completa investigación con no pocos altibajos y sorpresas. Como consecuencia de la denuncia y de la investigación de la Comisión (la «Decisión»), fuentes del sector señalan que existió un trasvase de pedidos de los astilleros españoles a los holandeses. Así, entre el 2010 y el 2013, la cartera de trabajo en Holanda creció un 80 %¹.

Finalmente, el 17 de julio del 2013, la Comisión decidió que el sistema de arrendamiento fiscal español a) constituía una ayuda estatal a

las agrupaciones de interés económico y a sus inversores ejecutada ilegalmente por España desde el 1 de enero del 2002 en violación del artículo 108, apartado 3, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea y b) era incompatible con el mercado interior, salvo en la medida en que la ayuda correspondiera a una remuneración conforme con el mercado financiero y se canalizara hacia empresas que pudieran acogerse a las directrices marítimas².

La Decisión fue objeto de varias decenas de recursos en anulación, habiendo fallado el Tribunal General de la Unión Europea el primero de ellos el pasado 17 de diciembre del 2015³. Estaba en tela de juicio ante el Tribunal General, sobre todo, el carácter selectivo de la ventaja. Y es que, para que una medida sea contraria al artículo 107 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, debe ser selectiva, en el sentido de que debe favorecer únicamente a determinadas empresas y no a la economía en general o, incluso, a un determinado sector.

Pues bien, a pesar de que podían invertir en las agrupaciones de interés económico empresas de cualquier sector, la Comisión consideró en la Decisión que el hecho de que se utilizara el sistema de arrendamiento fiscal español para financiar la adquisición, el fletamento a casco desnudo y la reventa de buques de navegación marítima era un indicio claro de que la medida era selectiva desde una perspectiva sectorial. Este indicio no convenció sin embargo al Tribunal General, que examinó en su sentencia si la ventaja obtenida por los inversores que participaron en operaciones del sistema de arrendamiento fiscal español era selectiva porque sólo disfrutaban de ella empresas que realizaban este tipo particular de inversión. El Tribunal General constató que cualquier empresa sujeta al impuesto de sociedades en España disponía de esta posibilidad en idénticas condiciones, sin que la ley exigiera que el importe de la participación sobrepasara una cantidad mínima. Para el Tribunal

¹ Pregunta parlamentaria de la diputada europea Izaskun Bilbao a la Comisión de 17 de diciembre del 2015.

² Decisión de la Comisión Europea C(2013) 4426, de fecha 17 de julio del 2013, relativa a la ayuda estatal SA.21233 C/11 - Sistema español de arrendamiento fiscal, publicada en el *DOUE* L 114 de 16 de abril del 2014, pp. 1-47.

³ Sentencia del Tribunal General de la Unión Europea de 17 de diciembre del 2015, asuntos acumulados T-515/13 y T-719/13.

General, el hecho de que las ventajas se concedan por invertir en un bien específico no hace que se conviertan en selectivas en lo que respecta a los inversores, en la medida en que cualquier empresa tiene la posibilidad de efectuar esa operación. El Tribunal General anuló así la Decisión.

3. Conclusión: el delicado test de la selectividad

Existía ya un precedente judicial reciente, también relacionado con España, que ponía en tela de juicio los criterios seguidos por la Comisión Europea a la hora de apreciar la selectividad de una medida fiscal. Se trataba de la

fiscalización por parte de la Comisión de las normas del impuesto de sociedades que permitían a empresas españolas amortizar el fondo de comercio resultante de adquisiciones de participaciones en empresas extranjeras, fiscalización juzgada selectiva por la Comisión y cuya selectividad fue también declarada inexistente por el Tribunal General⁴.

Estos dos precedentes demuestran que la tensión entre la fiscalidad directa y el control de las ayudas de Estado está lejos de resolverse. El terreno entre el carácter general y el selectivo de una medida fiscal ha sido y es resbaladizo⁵, y no parece que vaya a dejar de serlo.

⁴ Sentencias del Tribunal General de la Unión Europea de 7 de noviembre del 2014 en los asuntos T-399/11, Banco Santander/Comisión y T-219/10, Autogrill.

⁵ Véase también la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 11 de septiembre del 2008, asuntos C-428/06 a C-434/06 sobre las vacaciones fiscales vascas y el efecto selectivo de determinadas medidas de carácter territorial.