

**LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN
EUROPEA DE 25 DE JULIO DE 2018. DE NUEVO SOBRE EL TAX
LEASE NAVAL ***

César García Novoa¹

RESUMEN: La sentencia de la Gran Sala del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 25 de julio de 2016 sobre el *tax lease* naval anula la sentencia del Tribunal General de 2015. La Gran Sala argumenta falta de motivación. Además cuestiona que se considere beneficiarios de las ayudas de Estado exclusivamente a los inversores y no a las Agrupaciones de Interés Económicos ni a las empresas navieras.

PALABRAS CLAVE: *tax lease*, ayudas de Estado, régimen de tonelaje, Derecho de Unión Europea, Tribunal de Justicia de la Unión Europea, contrato de fletamiento a casco desnudo

Sumario

1. Introducción 2. Las ayudas de Estado y la doctrina de la Comisión europea 3. El llamado *tax lease* 4. Contenido de la decisión que declara parcialmente como ayuda de Estado al régimen del *tax lease* 5. La resolución del recurso de anulación de 17 de diciembre de 2015 por el Tribunal General de la Unión 6. El contenido de la sentencia de la Gran Sala de 25 de julio de 2018 (As. C-128/16P) 7. Consecuencias de la sentencia de la Gran Sala de 25 de julio de 2018

1. Introducción.

* Come citare questo articolo: C. G. NOVOA, *La sentencia del tribunal de justicia de la Unión Europea de 25 de julio de 2018. de nuevo sobre el tax lease naval*, in *Studi Tributari Europei*, n. 1/2017 (ste.unibo.it), pp 300-336, DOI: 10.6092/issn.2036-3583/8781.

¹César García Novoa, Professore ordinario di Diritto finanziario e tributario presso l'Università di Santiago di Compostela, Spagna.

El día 25 de julio de 2018, la Gran Sala del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante, TJUE) publicaba la sentencia C-128/16 P Comisión / España, relativa al llamado *tax lease* naval. La sentencia resolvía el recurso de casación interpuesto por la Comisión Europea contra la previa sentencia del Tribunal General de 17 de diciembre de 2015, anulando la decisión de la Comisión sobre las ayudas al sector naval. Se trataba de la decisión de 17 de julio de 2013 dictada, previa audiencia a las partes, por el Colegio de Comisarios de la Comisión europea y relativa a la ayuda estatal SA.21233 C/2011 (ex NN/2011, ex CP 137/2006). La decisión ponía fin a un procedimiento iniciado como consecuencia de una denuncia formulada ante la Comisión Europea por parte de una asociación de astilleros holandeses y otra de astilleros daneses. Dicha Decisión se publicó en el Diario Oficial de la Unión Europea el 16 de abril de 2014.

A la hora de resolver la citada denuncia, la Comisión entendió que debía llevar a cabo un análisis individualizado, lo que le llevó a profundizar en las distintas ventajas que integraban el citado régimen del *tax lease*. Consecuencia de ello, la Comisión procedió a declarar parcialmente incompatible con las normas de la Unión Europea sobre ayudas de Estado el régimen de arrendamiento fiscal, distinguiendo lo que consideró ayudas ilegales de aquellas otras que reputó compatibles. Aunque veremos con detenimiento en que consiste esta figura del *tax lease* y como la misma se formaliza a través de una Agrupación de Interés Económico (AIE), adelantemos que esta estructura incluía cinco medidas tributarias ventajosas: la amortización anticipada antes de que el activo (el buque) entre en servicio, la amortización acelerada una vez que el activo entró en servicio, el no gravamen de la plusvalía en la transmisión del buque en el momento de su venta a una compañía naviera (que neutralizaba la reversión de la amortización), el régimen especial de tributación por tonelaje y la transparencia fiscal de las AIE, en tanto suponía una transferencia de ventajas a las navieras y a los inversores².

2.- CALVO, R.-PASTORIZA VÁZQUEZ, S.-"Últimos expedientes españoles en materia de ayudas de Estado fiscales. El *tax lease* y el fondo de comercio financiero en adquisición de holdings", *Actualidad Jurídica Aranzadi*, nº 869, 2013, pag. 8.

De entre estas medidas anteriores y, como veremos, la Comisión consideró ayudas de Estado la amortización anticipada, el no gravamen de la plusvalía y la aplicación del régimen de tonelaje. La ilegalidad de las mismas se fundaría en la infracción al art. 108.3 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea al no haber notificado España a la Comisión Europea dicho régimen para obtener su autorización.

Recurrida esta decisión ante el Tribunal General, la misma fue anulada por concurrir el criterio de selectividad, desde el punto de vista subjetivo, y adolecer la resolución de motivación insuficiente. A este respecto, el Tribunal General recuerda que, debido a la transparencia fiscal de las AIE, las medidas fiscales aplicadas a estas últimas únicamente podían beneficiar a sus miembros, es decir, a los inversores, entendiéndose que la ventaja económica de la que se beneficiaron no era selectiva, desde el momento en que, cualquier empresa de cualquier sector, podía invertir en las mencionadas AIE. Por eso, la sentencia del Tribunal General, al anular la decisión de la Comisión, ponía en entredicho esta calificación como ayuda de Estado.

La sentencia de la Gran Sala que vamos a comentar, de 25 de julio de 2018, anula esta mencionada resolución del Tribunal General que había cuestionado la decisión de la Comisión.

Antes de afrontar el contenido de la sentencia, conviene recordar brevemente la postura de la Comisión Europea en materia de ayudas de Estado ilegales, para después hacer una somera descripción de la estructura fiscal cuestionada, denominada *tax lease*. En tercer lugar, se procederá a resumir el *iter* procedimental que desembocó en el recurso de casación ahora resuelto por el TJUE. Finalmente mencionaremos el contenido y la doctrina que sienta el Tribunal de Luxemburgo respecto a las ayudas de Estado en relación con el tema tratado en esta resolución.

2. Las ayudas de Estado y la doctrina de la Comisión europea.

Recordemos brevemente que el concepto de ayuda de Estado en el ámbito europeo se recoge en el artículo 107 apartado 1 del Tratado de

Funcionamiento de la Unión Europea (antiguo art. 87 del Tratado de la Constitución Europea), que las define como "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". Estas ayudas estarán prohibidas "en la medida que afecten a los intercambios comerciales entre Estados miembros"³.

Son, por lo tanto, cuatro las características fundamentales para que una medida tenga la condición de ayuda de Estado. En primer lugar, que se confiera al destinatario una ventaja que le libere de una carga fiscal que en condiciones normales debería soportar⁴. Como en su momento señaló la clásica sentencia del TJCE, *De Gezamenlijke Steenkolenmijnen in Limburg/ Haute Autorité de la CECA*, de 23 de febrero de 1961 – As. 30/59-⁵, es ayuda de Estado "toda intervención que, bajo las más diversas formas, trata de aliviar las cargas que normalmente gravan el balance de una empresa".

En segundo lugar, la ayuda debe afectar a la competencia. Se entiende que una ayuda tiene o puede tener incidencia en la competencia y los intercambios comerciales entre los Estados miembros si el beneficiario de la misma desarrolla cualquier tipo de actividad económica y opera en un mercado en el que existen intercambios comerciales entre los Estados miembros, con independencia de la naturaleza jurídica de dicho

3.- Este precepto ampara lo que se ha dado en llamar una concepción amplia de las ayudas de Estado que ha acuñado la jurisprudencia del Tribunal de Justicia desde resoluciones clásicas como la sentencia *Banco Exterior de España*, de 15 de marzo de 1994 (C-387/92), en la que se decía que una ayuda no es sólo una "prestación positiva", como las subvenciones, sino cualquier intervención que "alivie las cargas" de una empresa, incluyendo los beneficios fiscales.

4.- Es frecuente encontrar en la doctrina un tratamiento simétrico de la ventaja fiscal y de la selectividad; véase MORENO GONZÁLEZ, S., "Tendencias recientes de la jurisprudencia comunitaria en materia de ayudas de Estado de naturaleza tributaria", *Civitas, REDF*, nº 132, 2006, pag. 832. Cuando hacemos referencia a *liberar de la carga fiscal*, de lo que estamos tratando es de que se reconozcan exenciones, diferimientos, moratorias, tipos de gravámenes diferenciados, reducción de cotizaciones a la Seguridad Social, créditos fiscales y supuestos de no sujeción; vid. PÉREZ BERNABEU, B., *Ayudas de Estado en la jurisprudencia comunitaria. Concepto y tratamiento*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2008, pag.146.

⁵ .-POCAR, F., *Comentario Breve ai Trattati dell Comunita e dell'Unione Europea*, Cedam, Padova, 2001, pag. 457.

beneficiario⁶. Debe también incidir en las relaciones comerciales intra-comunitarias y, por tanto, el beneficiario debe ser una empresa⁷.

En tercer lugar, y es la nota distinta más destacada, la medida debe ser selectiva. Esto es, debe ser una ventaja específica para determinados sectores o actividades y suponer una excepción, *de iure* o *de facto*, en la aplicación del esquema general de tributación. La selectividad es, sin duda, la característica más importante de las ayudas de Estado. Eso quiere decir que las medidas calificadas como ayudas de Estado lo son porque no tienen carácter general, es decir, no se aplican a la generalidad de las empresas sino a un grupo de las mismas que cumplen con una serie de requisitos establecidos por el Estado en cuestión (p. e., selectividad en función del sector o del área geográfica). Por el contrario, no son selectivas aquellas medidas a las cuales, potencialmente pueden acceder todas las empresas en condición de igualdad. Así lo ha recordado el Tribunal de la Unión Europea en la Asuntos *Autogrill España* (T-219/10) y *Banco Santander y Santusa Holding* (T-399/11) -7 de noviembre de 2014-, donde se dice que *la selectividad no puede derivarse únicamente de la constatación de que se ha establecido una excepción a un régimen general o "normal" de tributación*" (apartados 45 y 49)⁸. Una medida es considerada de carácter general si se garantiza una igualdad de acceso de todos los interesados que no se ve reducida por la discrecionalidad de la Administración aplicadora de la misma, ni por otros factores. De este modo no constituyen ayudas de Estado, si se aplican por igual a todas empresas y sectores de producción: (a) medidas de pura técnica fiscal, como la fijación de tipos de gravamen,

6.- RODRÍGUEZ CURIEL, J.W., "Compatibilidad con el mercado común de las Ayudas de Estado a empresas públicas (artículo 92,3 del Tratado de la CEE)", *Revista de Administraciones Públicas*, nº 122, mayo-agosto, 1990, pag. 423.

7.- Para el Tribunal de Justicia de la Unión Europea no son empresas, entre otras, los sistemas de Seguridad Social basados en la solidaridad o la educación pública organizada.

8.- Sobre la selectividad de la ayuda; MARTÍN LÓPEZ, J., *Competencia Fiscal perjudicial y ayudas de Estado en la Unión Europea*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2006, pag. 339; VILLAR EZCURRA, M., "El control de ayudas de Estado y la competencia fiscal desleal", *Manual de Fiscalidad Internacional*, Vol. II, Instituto de Estudios Fiscales, 2007, pag. 2099; DE JUAN CASADEVALL, J., *Ayudas de Estado e Imposición Directa en la Unión Europea*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2011, pag. 140.

normas de depreciación, amortización, aplazamiento de pérdidas, normas para evitar la doble imposición o la evasión fiscal, y (b) medidas destinadas a conseguir objetivos de política económica general mediante la reducción de la carga fiscal vinculada a determinados costes de producción, como la investigación y el desarrollo, el medio ambiente, la formación y el empleo. Como dice el Estudio del Instituto de Estudios Fiscales sobre adaptación de la regulación del ordenamiento tributario al Derecho Comunitario "...el que unas empresas se beneficien de hecho más que otras de determinadas medidas fiscales no implica necesariamente que estas medidas constituyan ayudas de Estado. Es lógico que medidas destinadas a inversiones medioambientales, por ej, favorezcan sólo a las empresas que llevan a cabo tales inversiones..."⁹.

Por último, debe tratarse de una medida imputable al Estado, esto es, con afectación de recursos públicos. Estas ayudas pueden proceder de cualquier autoridad del Estado en cuestión, sea nacional, regional o local, directamente o a través de una institución pública. Pueden ser concedidas directamente por un organismo público o a través de un intermediario de carácter público o incluso privado¹⁰. La transferencia de recursos puede revestir gran variedad de formas: subvenciones, reducción de tipos de interés, garantías de crédito, beneficios fiscales...No obstante, el propio Tribunal de Justicia de la Unión Europea admite que la Comisión puede investigar un régimen de ayudas aunque los fondos para financiarlo no procedan del erario público. Por ejemplo, en la sentencia *Georgsmarienhütte GmbH*, de 25 de julio de 2018, relativa a las ayudas a las energías renovables en Alemania, se entiende que puede haber una

9.- COMISIÓN DE ESTUDIOS PARA LA ADAPTACIÓN DEL DERECHO TRIBUTARIO AL COMUNITARIO, *La adaptación de la regulación del Derecho Tributario general al ordenamiento comunitario*, Secretaría de Estado de Hacienda, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, septiembre, 2011, pag. 236.

10.- DE JUAN CASADEVALL, J., *Ayudas de Estado e Imposición Directa en la Unión Europea*, op. cit., pag. 241.

ayuda de Estado, aunque tales ayudas se financien por los clientes de las compañías eléctricas (As. C-135/16)¹¹.

Y, con carácter general, las ayudas de Estado son "incompatibles con el mercado interior" (art. 107.1 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea). No obstante, este mismo precepto establece dos categorías de ayudas compatibles con dicho mercado interior. Por un lado, existen medidas que, pese a falsear la competencia y afectar a los intercambios comerciales, se declaran compatibles con el mercado comunitario (medidas simples compatibles). Entre éstas se incluyen las ayudas de carácter social concedidas a los consumidores individuales, siempre que se otorguen sin discriminaciones basadas en el origen de los productos, las ayudas destinadas a reparar los perjuicios causados por desastres naturales o por otros acontecimientos de carácter excepcional y las ayudas concedidas con objeto de favorecer la economía de determinadas regiones.

En segundo lugar, son compatibles con el mercado interior aquellas ayudas exentas de la obligación de notificación y autorización impuesta por el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. En concreto, las contempladas en el Reglamento (UE) N.º1407/2013, de la Comisión, de 18 de diciembre de 2013, relativo a la aplicación de los artículos 107 y 108 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a las ayudas *de minimis* (*Reglamento de minimis*) y del nuevo Reglamento 651/2014, de la Comisión, de 17 de junio de 2014, por el que se declaran determinadas categorías de ayudas compatibles con el mercado interior (Reglamento de exención por categorías). A las ayudas tradicionalmente aceptadas (ayudas orientadas 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, las destinadas a las regiones ultraperiféricas, para fomentar la realización de un proyecto importante de interés común europeo o

11.- Por el contrario, el Tribunal concluyó en el asunto *Preussen Electra* (C-379/98), sentencia de 13 de marzo de 2001, que no es ayuda de Estado la obligación impuesta a las empresas suministradoras de adquirir electricidad producida en instalaciones eólicas a un precio superior al valor de mercado, cuando el sobrecoste en que incurren es financiado con sus propios recursos por dichas empresas y otras empresas distribuidoras.

destinadas a poner remedio a una grave perturbación en la economía de un Estado miembro y las orientadas a facilitar el desarrollo de determinadas actividades o de determinadas regiones económicas, ayudas dirigidas a promover la cultura y la conservación del patrimonio...) se incluyen determinadas ayudas a la innovación (*clusters* tecnológicos), ayudas destinadas a reparar los perjuicios causados por determinados desastres naturales, ayudas de carácter social para el transporte en favor de residentes en regiones alejadas, ayudas para infraestructuras de banda ancha, ayudas a la cultura y la conservación del patrimonio, ayudas a infraestructuras deportivas y recreativas multifuncionales y ayudas para infraestructuras locales.

Por último, recordar que la declaración de selectividad de una medida supone ordenar la recuperación de la misma. Dicha decisión sólo será revisable ante instancias comunitarias (sentencia *Scott*, de 5 de octubre de 2006, As. C-232/05). Además, la negativa del Estado o la negligencia del mismo en la recuperación de las ayudas es atacable por la Comisión mediante la presentación de un recurso de incumplimiento ante el propio Tribunal.

3. El llamado *tax lease*.

El término *tax lease* hacía referencia a un negocio complejo denominado en argot técnico, Sistema Español de Arrendamiento Fiscal (SEAF). Se trataba de estructuras negociales y fiscales diseñadas *ad hoc*, con la intermediación de una entidad financiera. Tal entidad mediaba entre un armador o compañía naviera, que pretendía adquirir un buque y un astillero que lo construiría y vendería. La finalidad última de la medida no era otra que fomentar que los astilleros españoles tuvieran carga de trabajo frente a la feroz competencia de las fábricas de barcos del sudeste asiático. De hecho, este régimen especial se empleó en 273 operaciones entre el 1 de enero de 2002 y el 30 de junio de 2010, por un montante total de más de 8.000 millones de euros.

Así, por medio del SEAF, el armador naviero (muchas veces domiciliado en el extranjero, especialmente en Noruega o Dinamarca) pretendía adquirir un

buque. Y, obviamente, lo que hacía era acudir al negocio previsto para ello en el ordenamiento jurídico. Esto es, concertaba la firma de un contrato de construcción de un buque y ulterior transmisión del mismo por un astillero por un precio neto, con pagos escalonados, durante un período de tiempo (normalmente, entre uno y tres años). Sin embargo, se trataba de una adquisición puramente formal. Y ello porque, acto seguido, intervenía una compañía de *leasing* que se subrogaba en la posición del armador por un precio bruto. El contrato de construcción del buque se novaba subjetivamente, y la titular del derecho a adquirir el barco pasaba a ser la sociedad de *leasing*.

A continuación, la sociedad de *leasing* concertaba un arrendamiento financiero del barco a una Agrupación de Interés Económico (AIE), de las previstas en la Ley 12/1992. La AIE firmaba un contrato de arrendamiento financiero con opción de compra por un período de normalmente tres o cuatro años, con el consiguiente pago periódico de las cuotas de arrendamiento. En la AIE participaban inversores procedentes de los sectores más diversos del tejido empresarial español (sector financiero, textil, aluminio, alimentación, distribución...), que a través de la intermediación de la entidad financiera habían adquirido participaciones de dicha AIE. Lo característico de todas estas empresas inversoras es que tenían bases imponibles positivas en el Impuesto de Sociedades y deseaban neutralizarlas a efectos de reducir su tributación. La AIE, como arrendataria financiera, deducía las cuotas pagadas en concepto de recuperación del coste del bien, con el consiguiente efecto de amortización acelerada. Y tales deducciones se trasladan a los partícipes en la AIE, dado el régimen de transparencia fiscal que se aplica a las mismas.

Durante este período, la AIE cedía el buque al armador mediante un *bareboat charter* o contrato de fletamiento a casco desnudo, definido por el Convenio de Naciones Unidas sobre Inscripción de Buques de Ginebra ([UNCTAD](#)), de 7 de febrero de 1986, como un contrato de arrendamiento de un buque por un tiempo determinado, en virtud del cual el arrendatario tiene la posesión y el control pleno del buque, incluido el derecho de designar el capitán y la tripulación por el período de arrendamiento. La

duración de este contrato era breve e incluiría el compromiso del armador de comprar el barco a la finalización del mismo.

Una vez amortizado el buque, la AIE optaba, el primero de enero del ejercicio en el que se devengaba la última cuota de arrendamiento financiero, por la tributación por el régimen especial de tonelaje (*Tonnage Tax*), previsto actualmente en los artículos 113 a 117 de la Ley 27/2014, del Impuesto de Sociedades. Se trata de un sistema de estimación objetiva de la base imponible en el Impuesto de Sociedades para entidades navieras con buques registrados en España o en otro país de la Unión Europea. En este régimen no se tributa por los beneficios reales sino que la base imponible se calcula aplicando una escala de gravamen al número de toneladas de registro. Finalmente, la AIE adquiría el buque ejerciendo una opción de compra y lo transmitía al armador.

En suma, la AIE adquiría buques mediante contratos de arrendamiento financiero a los astilleros para explotarlos con fletamento a casco desnudo, y posteriormente revenderlos a los armadores. De esta forma, el armador acababa haciéndose cargo de la propiedad del barco, pero no adquiriéndolo del astillero sino de la AIE¹².

Así, la AIE disfrutaba de la amortización acelerada fruto de la deducibilidad de las cuotas de arrendamiento propias del *leasing*. Esta amortización acelerada se aplicaba de forma anticipada, antes de que el barco estuviera terminado y entrara en servicio. Ello generaba cuantiosas pérdidas, aprovechadas o transferidas a los inversores como consecuencia de la aplicación del régimen de transparencia fiscal propio de las AIEs en virtud de los artículos 115, 6 y 11, del Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades.

Ejercida la opción de compra por la AIE, el barco se transmitía al armador. Previamente, la AIE se había acogido al régimen especial de estimación objetiva por tonelaje, previsto en los artículos 124 a 128 del Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades. El buque era adquirido

12.- REY SÁNCHEZ, M. "*Tonnage Tax*: El nuevo sistema de estimación objetiva para entidades navieras en el Impuesto de Sociedades", en *Jurisprudencia Tributaria Aranzadi*, nº 15/2003, p. 7.

por la compañía naviera, momento en el cual se producía una transferencia de ventajas a ésta. En ese momento, la plusvalía a la que debería hacer frente la AIE y que neutralizaría el efecto de diferimiento provocado por la amortización anticipada, se mitigaba por la tributación de la empresa naval en el citado régimen objetivo¹³. La determinación objetiva de la base imponible suponía que no se tributaba por la plusvalía, lo que significaba en la práctica, una exención de la misma, siempre que hubiese (como así ocurría) una autorización específica de la Dirección General de Tributos. Es necesario recordar que el Centro Directivo avaló, no sólo operaciones de *tax lease* en cuyas AIEs participaban financiadores españoles, sino operaciones de las que formaban parte empresas de otros países de la Unión Europea. Y aun cuando los barcos se construían materialmente en cualquier otro Estado de la Unión (lo que, dicho sea de paso, disipaba las sospechas de *selectividad* de la medida).

En suma, la estructura albergaba cinco medidas fiscales de carácter ventajoso. Unas aplicables al contrato de arrendamiento financiero (amortización acelerada y amortización anticipada de determinados bienes), a las AIE (transparencia fiscal) y a las actividades marítimas (régimen especial de tributación por tonelaje), así como el no gravamen de la plusvalía que, más que una ventaja, era un efecto derivado de la aplicación del régimen de tonelaje.

Pues bien, tras la tramitación de un expediente de investigación formal, la Comisión, mediante la decisión de 17 de julio de 2013, declaró la estructura parcialmente incompatible con el mercado interior. Para la Comisión, tres de las cinco medidas fiscales examinadas constituían una ayuda de Estado a las AIE y a sus inversores, ejecutada ilegalmente por España desde el 1 de

13.- Y ello, aunque el régimen de tonelaje contenía vías específicas para poder gravar el beneficio derivado de la venta del buque (el 125,2 del Texto Refundido preveía la tributación si lo transmitido era un buque usado), pero que en el SEAF no se aplican por mor de lo previsto en el artículo 50.3 del Reglamento del Impuesto sobre Sociedades, en su redacción anterior al Real Decreto 1793/2008, de 3 de noviembre, que excluía de la condición de buque usado a los adquiridos mediante opción de compra en un contrato de arrendamiento financiero, si ello había sido previamente autorizado por la Administración.

enero de 2002. En el siguiente epígrafe analizaremos las medidas catalogadas como ayudas de Estado incompatibles.

Por respeto al principio de seguridad jurídica, la Comisión sólo exigió que se recuperase la ayuda concedida a determinadas operaciones. La decisión de la Comisión consideró a los inversores los únicos beneficiados, al entender que fueron ellos los que aplicaron los beneficios fiscales en sus declaraciones del Impuesto sobre Sociedades. Aunque aquí radicaba el primer elemento de discrepancia, pues había argumentos para entender que también se beneficiaron los armadores o compañías navieras, que pudieron adquirir los buques con una reducción media de un 25 %. Consiguientemente, la decisión de 2013, además de disponer que la normativa declarada ilegal fuese modificada, ordenó la recuperación de las ayudas únicamente por cuenta de los inversores.

4. Contenido de la decisión que declara parcialmente como ayuda de Estado al régimen del *tax lease*.

Como hemos señalado, las estructuras denominadas *tax lease* incluían cinco ventajas fiscales, que debemos recordar.

En primer lugar, la amortización acelerada una vez que el activo entraba en servicio, que es fruto de la aplicación del régimen de deducibilidad de las cuotas correspondientes a la recuperación del coste del activo, con el límite del doble del porcentaje que corresponda según tablas (triple si se trata de una entidad de reducida dimensión). Medida prevista en el entonces vigentes artículo 115,6 del Texto Refundido de la Ley del Impuesto de Sociedades.

En segundo lugar, la amortización acelerada anticipada, esto es, antes de que el activo (el buque) entre en servicio (artículo 115,11 del Texto Refundido de la Ley del Impuesto de Sociedades). Así, se permitía que en ciertos activos con un periodo de fabricación superior a seis meses, que no se elaborasen en serie y de carácter singular, la amortización acelerada derivada de la deducción de las cuotas de leasing se aplicase desde el inicio de la construcción, esto es, antes de la entrada en funcionamiento del

activo. Para ello resultaba necesaria una resolución aprobatoria del Ministerio de Economía y Hacienda.

En tercer lugar, la transparencia fiscal de las AIE, que transfería las ventajas a los armadores y a los inversores. Se trataba de entidades transparentes, de manera que las mismas no tributaban y sus beneficios se imputaban a sus socios, que los integraban en sus bases imponibles.

En cuarto lugar, el régimen especial de tributación por tonelaje. Recordemos que es un régimen de estimación objetiva aplicable de modo opcional a entidades que realizan actividades de transporte marítimo. Mediante este régimen tales entidades no tributan por el régimen general (diferencia entre ingresos y gastos) sino mediante un régimen objetivo, en el que se aplica un porcentaje en función del tonelaje del barco. Lo que se cuestiona no es el régimen en sí mismo si no el que se pueda aplicar a supuestos como el previsto en el *tax lease*, en concreto, a empresas que exclusivamente se dedican a fletar buques en arrendamiento a casco desnudo. Y ello porque estas empresas no realizan una verdadera actividad naviera, en tanto llevan a cabo la transferencia del riesgo mediante el *bareboat charter* al arrendatario.

En quinto y último lugar, el no gravamen de la plusvalía en la transmisión del buque en el momento de su venta a una compañía naviera. Ello es consecuencia de lo que se preveía en el artículo 50,3 del Reglamento del Impuesto sobre Sociedades. Se disponía que si una empresa incluía en el régimen de tonelaje un buque cuya propiedad ya ostentaba con anterioridad, debía constituir en ese momento una reserva indisponible por la diferencia entre el valor de mercado del buque y su valor neto contable y tributar cuando transmitía el buque por el importe de la reserva más la diferencia entre la amortización fiscal y la contable del buque enajenado. Esta tributación revertía la amortización, evitando la posible elusión consistente en transmitir el buque por un valor superior a su valor fiscal. Pero el citado 50,3 del Reglamento contemplaba una excepción a esta regla, a la que no se aplicaba esta previsión. Dicha excepción era la del supuesto de buques adquiridos mediante una opción de compra de un contrato de arrendamiento financiero, el cual hubiera sido objeto de previa

autorización administrativa. Es decir, la norma incluía una expresa excepción a esta tributación de la plusvalía para buques adquiridos en *leasing* y con autorización de la Administración, que era lo que ocurría en los contratos de *tax lease*.

Pues bien, la Decisión de 17 de julio de 2013 declaró ayuda de Estado incompatible con el Derecho de la Unión determinados aspectos del régimen del *tax lease*, en concreto, la aplicación de la amortización acelerada de forma anticipada, la aplicación del régimen de tonelaje a las AIEs que no realizan actividades de transporte marítimo y el no gravamen de la plusvalía en la transmisión del buque en el momento de su venta a una compañía naviera. Además, la decisión declaraba beneficiarios de tales ayudas a los financiadores de las operaciones o inversores, dejando al margen a armadores y astilleros.

Como se puede observar, para la Comisión tres de las cinco medidas fiscales examinadas constituían una ayuda de Estado a las AIE y a los inversores. La resolución de la Comisión procedía para ello a una disección de las distintas medidas fiscales contenidas en el régimen del *tax lease*, a efectos de determinar si cada una de ellas individualmente considerada incurría en los presupuestos que permitieran calificarla como ayuda de Estado, contenidos en el artículo 107,1 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

Veremos a continuación el contenido concreto de esta decisión de la Comisión.

4.1. Ventajas que constituyen ayuda de Estado: amortización acelerada, no gravamen de la plusvalía y aplicación del régimen de tonelaje

Para la decisión de la Comisión constituye ventaja fiscal, en primer lugar, la posibilidad de aplicar por parte de las AIE una amortización acelerada de forma anticipada desde el momento en que empieza la construcción del buque, es decir, antes de que el activo comience a ser explotado. Esta amortización acelerada operaba sobre la base de la existencia de una autorización previa de la Administración tributaria española. Y ello porque la posibilidad de amortización acelerada había sido confirmada por multitud de Resoluciones y Consultas Vinculantes de la Dirección General de Tributos.

Se trataría de una medida que se aparta de la regla general que preside la práctica de las amortizaciones, y es que la deducción de la depreciación, en el régimen general, sólo procede a partir de que el bien de inversión entre en funcionamiento. Además, para la Comisión, la exigencia de una previa autorización administrativa suponía que el acceso al régimen se concedía en condiciones de una gran discrecionalidad. Todo ello conformaba a esta medida como selectiva.

En segundo lugar, la Comisión también consideró ayuda de Estado prohibida la medida consistente en el no gravamen de la plusvalía en la transmisión del buque en el momento de su venta a una compañía naviera. Como dijimos, este efecto se producía por la aplicación del artículo 50,3 del Reglamento del Impuesto sobre Sociedades, que disponía una excepción para buques adquiridos en *leasing* y con autorización de la Administración. El efecto de esta ventaja fiscal no es sólo que una plusvalía no es gravada sino que al no gravarse esta plusvalía se neutralizaba la reversión de la amortización por el aprovechamiento por el armador del régimen del tonelaje (no gravamen de la plusvalía en la transmisión del buque). La razón por la cual esta medida es considerada ayuda de Estado es porque sólo se aplicaba en la práctica a operaciones de este tipo y bajo autorización administrativa, por lo que se consideraba selectiva. Además, para la Comisión, esta excepción no había sido notificada a las autoridades comunitarias al tiempo de la comunicación de la voluntad de aplicar el Régimen del Tonelaje. Ello suponía que se trataba de una ventaja selectiva exclusiva para empresas que adquirirían buques mediante arrendamiento financiero.

Por último, constituye una ventaja fiscal que determina la concurrencia de una ayuda de Estado, la aplicación del régimen de tributación por tonelaje a las AIEs en vez del régimen general del Impuesto de Sociedades. Entiende la Comisión que ello también supone una ventaja y, por lo tanto, una ayuda estatal. La Comisión toma en cuenta en este punto las Directrices comunitarias sobre ayudas de Estado al transporte marítimo (Comunicación C (2004) 43 de la Comisión). Pero entiende la decisión de la Comisión que a las AIEs, participantes en el *tax lease* no les resultan aplicables tales que

Directrices, que declaran admisibles ciertas ayudas a compañías navieras. Y ello porque no eran compañías marítimas que realizasen actividades de transporte marítimo, sino arrendadores de buques. La posibilidad de que estas AIEs se acojan al régimen de tonelaje es una ayuda de Estado, que no tendría amparo en las Directrices comunitarias de ayudas de Estado al transporte marítimo.

4.2. Ventajas que no constituyen ayudas de Estado y que se consideran compatibles: amortización a partir de la entrada en funcionamiento del buque y transferencia de las ventajas a los armadores e inversores.

Por el contrario se consideran compatibles con el mercado interior, al no ser ventajas constitutivas de ayudas selectivas, en primer lugar, la amortización acelerada a partir de que el activo entre en servicio, en la medida en que .es aplicable a todas las empresas y a todos los bienes susceptibles de inversión. La razón es obvia; la amortización una vez que el activo entra en funcionamiento es la regla común. Por tanto, estamos ante una medida fiscal general, lo que excluye su posible carácter selectivo y por lo tanto, la condición de ayuda en el sentido del Tratado. Por tanto, ni el régimen de arrendamiento financiero ni la amortización fiscal concedida constituyen ayuda de Estado. Y ello porque no otorgan una ventaja selectiva a las AIEs partícipes del *tax lease*, ya que cualquier activo fijo puede ser objeto del régimen ordinario de amortización, con las excepciones (que, como ocurre con el suelo y los terrenos) se prevén también con carácter general en el régimen ordinario de las amortizaciones.

En segundo lugar, se considera compatible con el mercado interior, en virtud del art. 107.3 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, la transferencia de ventajas a las compañías navieras consistente en una rebaja, con el argumento de que ha contribuido, en cierta medida, a la realización de los objetivos de interés común perseguidos por las Directrices sobre ayudas de Estado al transporte marítimo. Dado que la rebaja la concede la AIE y no es imputable al Estado, la Comisión considera que no constituye una ayuda estatal para la compañía naviera. En efecto, el

concepto autónomo y objetivo de *ayuda* requiere que ésta sea otorgada “por el Estado o mediante fondos públicos”. Por otro lado, dicha transferencia es fruto de la imputación de bases positivas o negativas, propio del régimen de transparencia fiscal, que es el que se aplica a las AIE. Y se aplica a todos los supuestos de Agrupación de Interés Económico. No estamos ante una ventaja selectiva para los inversores o para las AIEs, a juicio de la Comisión.

4.3. Beneficiarios, orden de recuperación y principio de confianza legítima.

Toda decisión de la Comisión en materia de ayudas de Estado debe ordenar su recuperación e identificar al obligado a devolver, sobre la base de que esta condición recaerá preferentemente en el beneficiario real.

En virtud de lo anterior, la decisión considera beneficiarios de las ayudas a las AIEs, y, por aplicación del régimen de transparencia fiscal propia de las mismas, a los inversores cuando tengan actividad económica. La exclusión de los demás operadores se lleva a cabo por un análisis de la normativa objetiva. Se descarta que los astilleros sean beneficiarios en la medida en que no queda acreditado que el *tax lease* sólo se aplicara a buques construidos en España, por lo que no concurriría la exigible selectividad. Tampoco los armadores serían beneficiarios de las ayudas, porque las normas ventajosas no están orientadas a otorgarles a ellos los correspondientes beneficios. Si las navieras disfrutaran de beneficios porque se las transfieren las AIE, para la Comisión ello no tiene relevancia ya que la AIE sólo sería un acuerdo privado. Y un pacto privado no podría determinar el beneficiario de una ayuda de Estado. Al mismo tiempo se señala que los inversores, declarados beneficiarios, no podrían transferir la carga de la restitución de las ayudas a terceros.

Los inversores serían los únicos beneficiarios porque las ventajas que obtienen provocan un falseamiento del comercio, en tanto permiten a las AIEs y a tales inversores reducir su carga fiscal. Ello lleva a que estos inversores puedan competir en una situación ventajosa en los sectores a los que pertenecen. Ya hemos dicho que tales inversores provenían de las más

variadas actividades económicas (bancos, empresas textiles, del aluminio...). A través del beneficio fiscal que obtienen del *tax leasing* esas empresas operaban con ventaja respecto a sus competidores, consecuencia de lo anterior, la decisión incluye una orden de recuperación, al amparo del artículo 14-1 del Reglamento 659/199.9 Recuérdese que este precepto exige en casos de ayuda ilegal que la Comisión ordene al Estado que recupere los beneficios de las ayudas ilegales, salvo que tal recuperación sea contraria a un principio general del Derecho de la Unión (como lo son los de seguridad jurídica, confianza legítima y proporcionalidad). Por su parte, el artículo 14.3 de dicho Reglamento dispone que la recuperación "se efectuará sin dilación y con arreglo a los procedimientos del Derecho nacional del Estado miembro interesado, siempre que permitan la ejecución inmediata y efectiva de la decisión de la Comisión".

Los destinatarios de la decisión son los Estados, pero la orden de recuperación se ejecutará, obviamente, sobre los declarados por la decisión como beneficiarios de las ayudas que, en el presente caso y como hemos dicho, son los inversores. Al Estado español, y, en concreto, a la Agencia Tributaria, le correspondía calcular el importe de las ayudas que debían ser devueltas, descontando la parte de las ayudas que se consideraban permitidas y liquidando los correspondientes intereses de demora generados.

No obstante, la decisión de la Comisión valora aspectos relacionados con el principio de seguridad jurídica para delimitar el ámbito de aplicación de la orden de devolución. Así, la fecha de limitación de la orden de devolución, por expresa consideración del principio de seguridad jurídica se fija a partir del *efecto anuncio* que supuso la publicación en el Diario Oficial de la Unión Europea de la Decisión de la Comisión relativa a los *GIE* fiscales franceses, lo que tuvo lugar el 30 de abril de 2007¹⁴. Para la Comisión, y dadas las

14.- CALVO, R.-PASTORIZA VÁZQUEZ, S.-"Últimos expedientes españoles en materia de ayudas de Estado fiscales. El *tax lease* y el fondo de comercio financiero en adquisición de holdings", op. cit., pag. 2. La Decisión nada menciona acerca de si esa fecha se debe tener en cuenta sólo a los efectos de las ayudas basadas en las Resoluciones de la Dirección General de Tributos con carácter previo a esa fecha, o si la misma se tiene en cuenta a los

similitudes entre los *GIE fiscaux* y el *tax lease*, con la publicación de la decisión sobre los GIE se disipa la incertidumbre, y deja de haber una confianza protegible, ya que cualquier operador económico diligente dudaría desde entonces de la legalidad del *tax lease*. De acuerdo con reiterada doctrina jurisprudencial del TJUE -entre otras, la Sentencia de 16 de diciembre de 2010, *Kahla Thüringen Porzellan/Comisión*, asunto C-537/08- para que dicho principio de protección de la confianza legítima se aplique es necesario que las autoridades competentes de la Unión Europea hayan dado al interesado garantías concretas, incondicionales y concordantes, que emanen de fuentes autorizadas y fiables¹⁵. Por tanto, no se considera que reúnan estos requisitos otras actuaciones, singularmente la carta de la comisaria Neelie Kroes de marzo de 2009, confirmando la validez del *tax lease*.¹⁶

Por el contrario, ni se ha invocado ni se ha tenido en cuenta la dilación a la hora de adoptar la resolución, como una posible causa de generación de confianza protegible. Así, la sentencia del Tribunal de Justicia de 24 de noviembre de 1987, *RSV/Comisión* (223/85, apartado 17) dispuso que, en

efectos de la aplicación de la ayuda concedida. Esta última ha sido la interpretación que dio el TJUE en el caso C-129/12 *Magdeburger Mühlenwerke GmbH*.

15.- PÉREZ BERNABEU, B., B., *Ayudas de Estado en la jurisprudencia comunitaria. Concepto y tratamiento*, op. cit., pag. 160.

16.- La carta en cuestión debe tener relevancia jurídica para generar una confianza legítima protegible. La misma era una respuesta a la entonces ministra noruega de Industria, Sylvia Brustad, que había expresado sus sospechas sobre supuestas distorsiones de competencia que podría generar el *tax lease* español. Para la entonces comisaria, no existían evidencias de trato discriminatorio. "el Tribunal recuerda que las empresas beneficiarias de una ayuda sólo pueden, en principio, depositar una confianza legítima en la validez de la ayuda cuando ésta se conceda con observancia del procedimiento que prevé dicho artículo, y, por otra parte, en circunstancias normales, todo agente económico diligente debe poder comprobar si ha sido observado dicho procedimiento"; URIOL EGIDO, C., "STJCE 15.12.2005, As. C-148/04: Ayudas de Estado", *Comentarios de Jurisprudencia Comunitaria, Crónica Tributaria*, nº 131, 2009, pag. 270.

determinadas circunstancias, el retraso de la Comisión en decidir que una ayuda es ilegal y que debe ser suprimida y recuperada por el Estado miembro puede originar en los beneficiarios de dicha ayuda una confianza legítima suficiente para impedir que se ordene la restitución. En el caso presente, la investigación de la Comisión se inició en 2006 y concluyó el pasado 17 de julio de 2013, por lo que, entendemos, podría haberse invocado dicha dilación, como una circunstancia excepcional que podría haber justificado la confianza legítima en la regularidad de dicha ayuda y haber servido para oponerse a la devolución. No obstante, el Tribunal requiere que se acrediten de forma fehaciente dichas circunstancias excepcionales, restringiendo la aplicación de las mismas—por todas la Sentencia del Tribunal General (Sala Quinta) de 1 de julio de 2010, asunto T-62/08-.

4.4. Cálculo del importe a recuperar

Se trata quizás, de una las cuestiones más complejas en lo que concierne a la ejecución de la decisión de la Comisión de 17 de julio de 2013.

Para establecer la cuantía a restituir por cada beneficiario, en primer lugar, es necesario calcular la ventaja fiscal generada por cada operación concreta. Para ello, se utiliza un concepto matemático, el valor actual neto (VAN) de las ventajas fiscales obtenidas por la AIE o sus inversores. El cálculo se lleva a cabo antes de la deducción de la parte de esas ventajas transferidas a la empresa naviera a través de un descuento sobre el precio. Recordemos que la adquisición por la empresa naval se hacía con una reducción del precio del buque, y ese descuento era una manera de transferir el beneficio de la operación a las navieras. Este VAN se determinaba tomando en consideración la fecha de inicio de la amortización anticipada autorizada por las autoridades tributarias y los porcentajes de descuento utilizados.

En segundo lugar, se requiere un cálculo de la ventaja fiscal que sería directamente imputable a las medidas tributarias de alcance general aplicadas a la operación, es decir, a las medidas que no se declararon ayuda de Estado y que, por ende, no debían restituirse. Habría que calcular un VAN, pero teniendo en cuenta el importe de las ventajas fiscales que

habrían obtenido la AIE o sus inversores en una situación en la que solo se hubiera utilizado la amortización acelerada desde el momento en que se comenzó a explotar el buque. Esto es, si se hubiera aplicado el régimen general, de manera que la plusvalía obtenida con la venta del buque a la empresa naviera hubiese sido gravada por el Impuesto de Sociedades en la fecha en que esta última hiciera efectiva la opción.

En tercer lugar, procedería lo que la decisión llamaba un *cálculo de la ventaja fiscal equivalente a la ayuda estatal*. Tal ventaja se determinaría por diferencia entre los dos VAN calculados en los términos expuestos. Este cálculo permitiría una primera aproximación a la cuantía de la ayuda ilegal que han recibido la AIE y sus inversores en su calidad de beneficiarios.

Por último, es necesario determinar cuantitativamente lo que podríamos denominar la *ayuda compatible*, fijando el importe de la ventaja transferida que hubiera sido catalogada como compatible si se hubiera considerado beneficiaria a la naviera. Es decir, es necesario determinar el porcentaje de la ayuda transferida a la empresa naviera sobre la base de un cálculo similar al presentado por las AIE en su solicitud a la Administración tributaria. Debe tomarse en cuenta también una remuneración conforme al mercado por la intermediación, que tampoco debe ser objeto de recuperación.

De la cuantía total resultante del cálculo de la ventaja transferida a la empresa naviera hay que fijar el importe que sería compatible si a dicha empresa, al buque de que se trate y a las actividades de transporte les resultara de aplicación las Directrices marítimas. El importe compatible debe determinarse de conformidad con el capítulo 11 de las Directrices, teniendo en cuenta todas las ayudas ya concedidas a esa empresa naviera en el Espacio Económico Europeo. En particular, los importes de las ayudas concedidas en España deben sumarse a las que se hubieran otorgado o percibido en el país de establecimiento de la empresa, si se trata de un Estado del Espacio Económico.

Lo anterior pone de manifiesto la complejidad del cálculo que correspondió realizar a la Agencia Estatal de Administración Tributaria. Efectuado el cálculo, se procedió a notificar a cada inversor el resultado del mismo, con

la apertura del consiguiente plazo de ingreso voluntario. La Decisión establece que los beneficiarios (las AIEs y las empresas participantes, es decir, los inversores) no pueden transferir a terceras partes (por ejemplo, los astilleros, o a la entidad financiera) la obligación de reembolsar la ayuda, incluso en virtud de contratos vigentes firmados por las partes en operaciones de *tax lease*. Y ello porque, a través de las cláusulas de asunción de responsabilidad económica por parte de los astilleros, podía estar trasladándose la carga económica de la devolución a un sujeto que no es el beneficiario material.

El acto por el que se comunicó la cuantía de la ayuda recuperable a cada beneficiario tiene naturaleza de liquidación y fue recurrido en la mayoría de los casos. De hecho, el procedimiento de determinación de las ayudas a devolver es un procedimiento de regularización tributaria. Así debe calificarse, por ejemplo, el procedimiento *de recuperación de ayudas de Estado que* Título VII, por la Ley 34/2015, de 21 de septiembre. Aunque, como dice LÓPEZ GÓMEZ, antes de iniciar los citados procedimientos se debería haber incoado un procedimiento de revocación de las resoluciones de la Dirección General de Tributos que autorizaban la aplicación de la amortización anticipada y del régimen de tonelaje, ya que, como este autor señala "la decisión de la Comisión Europea es un título dirigido contra el Estado miembro, no contra el beneficiario de la ayuda, que no ha hecho otra cosa que aplicar la legislación vigente"¹⁷.

4.5. Otras consecuencias de la decisión de la Comisión de 17 de julio de 2013.

Además de la declaración de ayuda de Estado y la orden de devolución, la Decisión de 17 de julio de 2013 tiene otras consecuencias. En primer lugar,

¹⁷.- LÓPEZ GÓMEZ, A.-GARCÍA NOVOA, C., "Reflexiones sobre el *tax lease*. A propósito de la Jornada desarrollada en Santiago de Compostela", Asociación Española de Asesores Fiscales, 3 de marzo de 2014, pags. 7 y 8.

conmina a España a poner fin de forma inmediata al régimen declarado como ayuda de Estado. Para dar cumplimiento a dicho mandato, se aprobó la Disposición Final Quinta del Real Decreto-ley 11/2013 de 2 de agosto, que se aplica a aquellas estructuras que subsistan a esa fecha sin haberse disuelto o sin haberse producido la venta del buque al armador adquirente. La Disposición Final introdujo, con efectos desde el 4 de agosto de 2013, la Disposición Transitoria cuadragésima segunda del Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades. En líneas generales, esta Disposición establece que, si en relación con un buque había una parte pendiente de amortizar anticipadamente, dicha amortización ya no sería posible, debiéndose aplicar el régimen general. La amortización se difería, por tanto, al momento de la puesta en funcionamiento del barco. Se disponía además la imposibilidad ya de aplicar el régimen de tonelaje, pasándose a aplicar el régimen general a las AIEs. Ello suponía la necesidad de revertir de forma positiva todos los ajustes de amortización anticipada, y lo que es más relevante, suponía que cuando el armador adquiría el buque, la AIE computaba la plusvalía. Dicha plusvalía se imputaría por los inversores en sus respectivas bases imponibles y sería objeto de tributación.

En cualquier caso, ya se había modificado el entonces vigente artículo 115.11 del Texto Refundido de la Ley del Impuesto de Sociedades para eliminar cualquier posible ayuda de Estado. La modificación tuvo lugar mediante Ley 16/2012, de 27 de diciembre, por la que se adoptaban diversas medidas tributarias dirigidas a la consolidación de las finanzas públicas y al impulso de la actividad económica.

La modificación, que entró en vigor el 1 de enero de 2013, corregía buena parte de los defectos de los que adolecía el régimen entonces vigente. Concretamente, se suprimían del artículo 115,11 del Texto Refundido de la Ley del Impuesto (actual artículo 106, 8 de la Ley del Impuesto de Sociedades 27/2014) las referencias genéricas a la peculiaridad del bien, a la singularidad de su utilización económica o a la no afectación al cálculo de la base imponible. De manera que el régimen actual contempla la posibilidad de amortización desde el inicio de la construcción, siempre que se trate de activos adquiridos por arrendamiento financiero (no sólo

buques) y que las cuotas se satisfagan antes de la finalización de la construcción. Además, que su período de fabricación sea como mínimo de un año, y que se trate de activos diseñados de manera singular. En la línea de eliminar aspectos discrecionales, se ha suprimido la autorización previa que se sustituye por una comunicación y cabe la posibilidad de que el bien sea fabricado fuera de España. En su momento se había eliminado el apartado tercero del artículo 50 del Reglamento del Impuesto sobre Sociedades (que, en el Reglamento vigente, aprobado por Real Decreto 634/2015, d 10 de julio, corresponde al artículo 52) con lo que se suprime la excepción a la norma que establecía un régimen especial singular para los buques usados que accedían al régimen especial de tributación por tonelaje. Se requiere, en primer lugar, que quienes comiencen a tributar bajo el régimen de tonelaje realicen actividades de gestión náutica, acreditando de esta manera que se trata de una entidad que realmente lleva a cabo una actividad de transporte marítimo. Ello permitiría cumplir las exigencias de las Directrices comunitarias sobre ayudas de Estado al transporte marítimo. De manera que, cuando se constituye una AIE y se acoge al régimen de tonelaje, la misma debe ser propiedad de un armador, al que se le exigirá gestionar a través de la AIE la explotación del buque. Mediante decisión de 20 de noviembre de 2012, confirmada después por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, la Comisión declaró que el nuevo régimen no constituía ayuda de Estado.

En segundo lugar, la mayoría de los contratos a través de los cuales se constituían las AIEs, y que desarrollaban la colaboración entre inversores y astilleros para la construcción de buques, incluían una cláusula mediante la cual el astillero asumía la responsabilidad en el caso de que la Administración o los tribunales cuestionasen las ayudas fiscales.

Se trata de un típico ejemplo de cláusula sobre cuestiones fiscales, contenida en un contrato privado. Sobre la admisibilidad de este tipo de cláusulas se ha pronunciado reiteradamente la doctrina y la jurisprudencia. Desde el punto de vista del Derecho Privado, la existencia de posibles acuerdos entre particulares no afecta a la configuración del tributo, porque en tanto tales acuerdos tienen su origen en una obligación privada resultan

indiferentes al Derecho Tributario. De hecho, la *realidad tributaria* puede ser una circunstancia a tener en cuenta en el campo estrictamente privado, pero desde la perspectiva del Derecho Tributario, la misma resultará ajena a la configuración del tributo y, por tanto, devendrá inoponible a la Hacienda Pública¹⁸. No obstante estos pactos sí son admisibles desde el punto de vista del ordenamiento iusprivatista, donde juega la autonomía de la voluntad – en este sentido se pronuncia la sentencia de la Audiencia Nacional de 21 de octubre de 1997, aceptando las “donaciones libres de impuestos”¹⁹ –. No existe una expresa prohibición en el ordenamiento privado de estos pactos, resultando simplemente extraños al orbe tributario. Por tanto, no hay dificultad en aceptar estos pactos privados como admisibles desde el punto de vista jurídico. La materia tributaria, aunque forme parte del denominado *orden público económico*, no resulta sustraída al libre juego de la autonomía de la voluntad ni está prohibido que una circunstancia de tipo tributario condicione la eficacia de un negocio. Por tanto, se trataba de pactos válidos, y como tales, cabía invocarlos ante los correspondientes tribunales civiles. Así, en el ámbito estrictamente privado, estos pactos legitimaban acciones civiles de los inversores obligados a devolver las ayudas contra los astilleros. Y ello, a pesar de que la decisión insistía en que no era posible transferir a terceros la obligación de reembolsar.

En suma, la Decisión de la Comisión no sólo ordena recuperar las ayudas otorgadas a pasado, sino que impide la aplicación del régimen a futuro, generando que los inversores en estas estructuras que continúen existiendo en el momento actual deban abonar el Impuesto sobre Sociedades sobre la

¹⁸ .- HINOJOSA TORRALBO, J.J., “Eficacia de los pactos privados sobre las obligaciones tributarias en la adquisición de inmuebles”, *Tribuna Fiscal*, nº 55, 1995, pag. 46. También, ALBIÑANA GARCIA-QUINTANA, C., “Los pactos privados en las obligaciones tributarias”, *Tapia*, 1988, nº 43, pags. 9 y ss; RODRIGO FERNÁNDEZ, J., “Las cláusulas de asunción de impuestos” en *Estudios sobre Tributación Bancaria*, Civitas, Madrid, 1985, pags. 637 y ss.

¹⁹ .- *Impuestos*, número 12, 1998. Véase también IBÁÑEZ GARCIA, I., “Las donaciones libres de impuestos. Comentario a la Resolución del TEAC de 7 de septiembre de 1994”, *Jurisprudencia Tributaria*, 1994, III, páginas 1229-1231.

plusvalía por la venta del buque. Pero no impide que, de acuerdo con pactos privados válidos, los inversores puedan reclamar contra los astilleros en los tribunales civiles.

5. La resolución del recurso de anulación de 17 de diciembre de 2015 por el Tribunal General de la Unión.

La decisión de la Comisión era susceptible de recurso de anulación, dadas las amplias posibilidades que atribuye el artículo 173 TFUE a esta vía de revisión. No cabe duda que las decisiones de la Comisión son recurribles ante el Tribunal General, en los términos del artículo 256 del propio Tratado de Funcionamiento, ya que, según este precepto, el Tribunal General es competente para conocer de los recursos directos interpuestos por personas físicas o jurídicas contra los actos de las instituciones y de los órganos y organismos de la Unión Europea de los que sean destinatarias o que les afecten directa e individualmente. Y también contra los actos reglamentarios que les atañen y que no incluyan medidas de ejecución o contra la inacción de dichas instituciones, órganos y organismos.

Una de las cuestiones más polémicas que se suscitó en su momento fue la de quiénes estarían legitimados para interponer dicho recurso de anulación. Como afirmaba LÓPEZ GÓMEZ, la decisión se notificó a España el 18 de julio de 2013, sólo un día después de que la misma fuera conocida. Esta notificación convirtió al Reino de España en destinatario de la decisión y lo colocó en la tesitura de poder recurrirla en virtud del artículo 263 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, que legitima para interponer recurso a "toda persona física o jurídica", siempre que sea "destinataria" de los actos recurridos o que tales actos le afecten "directa e individualmente"²⁰. En función de ello, resultaba patente y no discutible la legitimación del Reino de España, que la hizo efectiva con la presentación

²⁰.- LÓPEZ GÓMEZ, A.-GARCÍA NOVOA, C., "Reflexiones sobre el *tax lease*. A propósito de la Jornada desarrollada en Santiago de Compostela", op. cit., pag. 7.

del recurso de anulación en el cual se consideraba que la decisión vulneraba el artículo 107 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, en la medida en que no se trataría de un ayuda selectiva, "por no falsear o amenazar con falsear la competencia y "por no afectar al comercio entre los Estados miembros". Subsidiariamente, el Reino de España pidió en el citado recurso que no se procediese a la recuperación de las ayudas, en tanto se entiende que la decisión de la Comisión vulneraba los principios de seguridad jurídica, confianza legítima e igualdad de trato.

Por otro lado, desde el momento mismo en que se abrió el procedimiento de infracción contra el Reino de España (29 de junio de 2011) fueron muchos los particulares (astilleros e inversores) que se personaron y que también fueron notificados en diversas fechas de la decisión de modo previo a su publicación general. Surge aquí la cuestión de si éstos particulares estaban también legitimados para plantear recurso de anulación.

En tal sentido, conviene recordar que, según el artículo 263, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, los particulares tienen legitimidad para interponer el recurso en tres supuestos diferentes: cuando se trate de actos de los que sean destinatarios, frente a actos que les incumban directa e individualmente (sentencia Tribunal de Justicia de 15 de julio de 1963, *Plaumann*, 25/92) y cuando se trate de actos reglamentarios que les afecten directamente y que no incluyan medidas de ejecución.

En primer lugar, era necesario determinar si esta decisión era un acto reglamentario a efectos de recurso de anulación, ya que una vez determinado que se trata de un acto reglamentario, la legitimación de los particulares dependerá de que tal acto les afecte directamente y, además, de que el mismo no contenga medidas de ejecución. Así, y siempre que los particulares acrediten que el acto les afecta directamente (en los términos amplios en que lo prevé la sentencia Tribunal de Justicia de 15 de julio de 1963, *Plaumann*, 25/92), habrá que determinar si tiene naturaleza reglamentaria a los efectos de fijar si debe excluirse la concurrencia de medidas de ejecución.

No cabe duda de que la decisión de la Comisión de 17 de julio de 2013 sería un acto reglamentario, por no haber sido adoptado siguiendo un

procedimiento legislativo. De acuerdo con la doctrina sentada en las sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 25 de octubre de 2011, *Microban International y Microban (Europe)/Comisión* (T-262/10, Rec. p. II-0000), en el auto del Tribunal General de 4 de junio de 2012, *Eurofer/Comisión* (T-381/11, Rec. p. II-0000) o en la sentencia de 3 de octubre de 2013, *Inuit Tapiriit Kanatami y otros/Parlamento y Consejo*, C-583/11 P., se entiende que son actos reglamentarios los *actos generales no legislativos*, término que se define desde un punto de vista formal. Y serían actos *no legislativos* desde esta perspectiva aquéllos que no se hubieran desarrollado siguiendo el procedimiento legislativo del art. 289 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, circunstancia que concurre en relación con la decisión aquí tratada.

Si estamos ante un acto reglamentario, la legitimación, como dijimos, dependerá de que la decisión afecte directamente al recurrente y se tenga un interés legítimo en el ejercicio de la acción y que la misma no incluya medidas de ejecución.

Este segundo requisito fue el más controvertido, pues parecía evidente que la decisión de la Comisión de 17 de julio de 2013, incluía en sus artículos 4 y 5 una medida de ejecución, al establecer que España tendría que recuperar de forma inmediata y efectiva las ayudas declaradas incompatibles con el Derecho Comunitario. Son medidas de ejecución, de acuerdo con lo dispuesto en el número 36 de la sentencia en casación del Tribunal de Justicia de la UE de 19 de diciembre de 2013 Asunto C-274/12 P - *Telefónica/Comisión, las medidas destinadas a aplicar la decisión de incompatibilidad, entre ellas, en particular, la consistente en denegar la posibilidad de acogerse a la ventaja fiscal controvertida.*

En suma, para que la decisión no incluya *medidas de ejecución* no debe incorporar *medidas nacionales adoptadas en su aplicación (...) hasta que se haya completado la recuperación de la ayuda concedida en virtud del régimen controvertido*, ya que la propia existencia de esas medidas de recuperación, *que constituyen medidas de ejecución, justifica que la decisión impugnada se considere un acto que incluye medidas de ejecución*

(Auto de 21 de marzo de 2012 de la Sala Octava del Tribunal General en el asunto T-228/10). Parecía que este requisito no se daba en la decisión de la Comisión de 2013 y que, por tanto, los particulares afectados por la resolución que ordena devolver las ayudas no podrían recurrir contra la decisión de la Comisión ante el Tribunal General sino que tendrían que hacerlo a través de los cauces internos y contra las medidas concretas de aplicación de la decisión de recuperación. Esto es, tendrían que recurrir las liquidaciones tributarias en que se concretase la recuperación ante los Tribunales Económico Administrativos competentes –generalmente el TEAC– y en vía contenciosa administrativa, pudiendo solicitar el planteamiento de una cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

Sin embargo, la postura de los organismos comunitarios resultó favorable a la legitimación de los particulares, optando por una interpretación *pro actione*. Así, se entendió que cuando el artículo 263 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, al decir que *toda persona física o jurídica podrá interponer recurso contra los actos de los que sea destinataria o que le afecten directa e individualmente o indirectamente y contra los actos reglamentarios que le afecten directamente y que no incluyan medida de ejecución*, estaría fijando un primer supuesto de legitimación de aplicación preferente. Estaría diciendo que pueden recurrir quienes, aun sin ser destinatarios directos de la resolución, el acto les afecta directa e individualmente o indirectamente. Por tanto, aun cuando la decisión de la Comisión de 17 de julio de 2013 contenga medidas de ejecución, un particular que no sea destinatario estaría legitimado para recurrir si la resolución le afecta directa e individualmente. Y según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, una decisión afectará a un particular cuando la misma le atañe debido a ciertas cualidades que les son propias (sentencia de 15 de junio de 1963 *Plauman/Comisión*). Y, por tanto, tendrían la condición de individualmente afectados los beneficiarios efectivos de una ayuda individual concedida con arreglo a un régimen de ayudas, (sentencias de 2 de febrero de 1988, *Van der Kooy/Comisión* (67/85, 68/85 y 70/85, Rec. p. 219), apartado 15, y de

7 de diciembre de 1993, *Federmineraria y otros/Comisión* (C-6/92, Rec. p. I-6357).

Pues bien, esta circunstancia era obvio que concurría en los inversores calificados por la decisión como beneficiarios de la ayuda y condenados a su restitución. Los inversores en el *tax lease* plantearon recurso de anulación y la Comisión, en su contestación a la demanda, admitió esta legitimación, al decir que "los demandantes en los asuntos acumulados son inversores en AIE que parecen haberse beneficiado de la ayuda"²¹.

En virtud de la postura de la Comisión, el Tribunal General no entendió que procediese denegar el planteamiento por los afectados de recursos de anulación contra la resolución de la propia Comisión por incluir la resolución medidas de ejecución. Así, se presentaron y admitieron a trámite un total de 19 recursos de anulación que la Comisión, en solicitud de 28 de enero de 2014, pidió que "sean tratados por los mismos agentes de una manera coordinada y coetánea", en tanto estaban "estrechamente relacionados entre sí". Se trataba de recursos de diversos inversores privados que habían participado en estructuras de *tax lease* y que han presentado observaciones ante la Comisión, en concepto de *interesados*²².

21.- Especialmente importante ha sido la admisión de la legitimación por la Comisión en el caso de *Aluminios Cortizo*. La Comisión, en la contestación a la demanda a la interposición del recurso por este inversor, de 7 de abril de 2014, que "en virtud del artículo 263 TFUE, párrafo cuarto, toda persona física o jurídica podrá interponer recurso contra los actos de los que sea destinataria o que la afecten directa e individualmente y contra los actos reglamentarios que la afecten directamente y que no incluyan medidas de ejecución". Se recuerda que el Tribunal de Justicia ha declarado que la afectación directa exige, por una parte, que la medida impugnada surtiera efectos directamente en la situación jurídica del particular y, por otra parte, que no dejara ninguna facultad de apreciación a los destinatarios de tal medida encargados de su aplicación, "por tener ésta carácter meramente automático y derivarse únicamente de la normativa en litigio, sin aplicación de otras normas intermedias". Respecto a la afectación individual, se trae a colación LA reiterada jurisprudencia según la cual se podrá alegar afectación individual si el acto le atañe en razón de determinadas cualidades que les son propias o de una situación de hecho que los caracteriza frente a cualquier otra persona y, por ello, le individualiza *de manera análoga a la del destinatario de tal decisión*. En este sentido, cuando se trata de una decisión de la Comisión en materia de ayudas de Estado, en su sentencia *Italia y Sardegna Lines/Comisión*, el Tribunal de Justicia declaró que un demandante es afectado individualmente "en su calidad de beneficiaria efectiva de una ayuda individual concedida en virtud de este régimen y cuya recuperación ha ordenado la Comisión".

22.- Además, determinadas entidades privadas favorables a la validez de la Decisión (generalmente representativas del sector de la construcción naval), han solicitado intervenir en los respectivos procesos como coadyuvantes, al amparo del artículo 40 del Estatuto del

Se planteó en aquel momento, además, si era jurídicamente defendible solicitar, como medida cautelar, la suspensión de la ejecución de la decisión. Se manejaron a favor de esta posibilidad diversos argumentos (que se podía acarrear un daño irreparable, la regla del *fumus boni iuris*...). No obstante, prevaleció la aplicación del artículo 278 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, que establece el principio del carácter no suspensivo de los recursos. Además, la propia Comisión en su Comunicación relativa a la aplicación de la normativa sobre ayudas estatales por los órganos jurisdiccionales nacionales, de 9 de abril de 2009, dispuso la necesidad de ejecutar las decisiones de reembolso aunque se tramiten recursos.

En virtud de ello, el Tribunal General que, recordémoslo, es un tribunal de Primera Instancia, anuló en su sentencia de 17 de diciembre de 2015 la decisión de la Comisión de 17 de julio de 2013, al estimar el recurso planteado por el Reino de España, suspendiéndose la resolución de los recursos de los inversores particulares a resultas de la reacción de la Comisión.

El argumento principal del Tribunal General para proceder a tal anulación se basó en la conclusión de que *las AIE no podían ser las beneficiarias de una ayuda estatal por el único motivo de que, en razón de la transparencia fiscal de estas agrupaciones, eran los inversores, y no las AIE, quienes se beneficiaron de las ventajas fiscales y económicas derivadas de esas medidas*. El Tribunal General ratificaba así la tesis de que la selectividad de las ayudas de Estado en el *tax lease* exigía concluir que sólo los inversores pudieran ser considerados beneficiarios de las mismas.

6. El contenido de la sentencia de la Gran Sala de 25 de julio de 2018 (As. C-128/16P).

Tribunal de Justicia de la Unión Europea y de los artículos 115 y 116 del Reglamento de Procedimiento del Tribunal General de la Unión Europea.

Al final de todo este periplo, nos encontramos con la reciente sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, dictada en casación por la Gran Sala. La sentencia casa y anula la anterior sentencia del Tribunal General de 17 de diciembre de 2015.

La principal aportación de la sentencia se refiere a la determinación de los beneficiarios de las ayudas de Estado. Para la sentencia de casación es erróneo considerar que únicamente los inversores son los beneficiarios de las ayudas y no las AIEs, al ser éstas entidades transparentes. Para el Tribunal no debe tomarse en consideración un efecto tributario, como puede ser el hecho de que fueran los inversores los que obtuvieran una ventaja fiscal. A lo que hay que atender es a quiénes están dirigidas las medidas consideradas ilegales y, por tanto, quienes son *destinatarios naturales* de las ventajas. Y ese estatus de beneficiarias no se ve alterado como consecuencia de la aplicación de un régimen fiscal que transfiere el efecto económico a terceros. En suma, para la Gran Sala, las AIEs también pueden ser beneficiarias, ya que su régimen de transparencia fiscal no impide que deban ser consideradas como empresas a los efectos de las ayudas de Estado. Y ello porque desarrollan una actividad económica en el mercado.

La afirmación de la Gran Sala es completamente lógica. Las ayudas se refieren a un ámbito económico concreto, que es la construcción naval. Y la alteración a la libre competencia se produce en ese sector que es la construcción de barcos. Los inversores, por el contrario, pertenecen a los más diversos sectores económicos. Son entidades financieras, empresas textiles, del sector alimentario o de la fabricación de aluminio. Ninguno de estos sectores experimenta alteración alguna a la competencia como consecuencia del *tax lease*. Estos operadores son simples inversores que buscan una rentabilidad fiscal y económica de una medida ofertada aparentemente con el respaldo de la Administración Tributaria.

Por ello, la Gran Sala entiende que el Tribunal General ha cometido un error de apreciación a la hora de valorar la selectividad de las ayudas. Y ello porque las ha concebido desde la errónea perspectiva de que los únicos beneficiarios de las mismas son los inversores. El Tribunal de Justicia entiende que ello es una *premisa errónea*. Para la Gran Sala, la

circunstancia anteriormente expuesta de que los supuestos beneficiarios de las ayudas pertenecen a sectores económicos distintos no excluye, por sí misma, la posible catalogación de la medida como selectiva, si la misma supone una excepción a un régimen común y permite a unos operadores y no a otros, beneficiarse de ella. Pero es necesario que la Comisión demuestre que tales medidas tratan de forma diferenciada a operadores que, en relación con los fines perseguidos por la norma, están en una situación comparable. Y el Tribunal General, para la Gran Sala, no ha procedido a valorar si la Comisión había acreditado que las medidas fiscales controvertidas establecían un tratamiento diferenciado entre operadores, cuando los operadores que se beneficiaban de las ventajas fiscales y los que estaban excluidos de las mismas se encontraban en una situación fáctica y jurídica comparable en relación con el objetivo perseguido por dicho régimen fiscal. Por el contrario, el eludir este análisis y considerar apriorísticamente que las ventajas obtenidas por los inversores que participaron en las operaciones no podían considerarse selectivas por el hecho de que podía participar en ellas, en las mismas condiciones, cualquier empresa sin distinción, constituye un error de Derecho del Tribunal General²³.

Por lo tanto, y contrariamente a lo que entendió el Tribunal General, las AIEs pueden ser consideradas como beneficiarias directas de las ayudas.

23.- Dice el párrafo 58 de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, C-128/16 P, de 25 de julio de 2018 sobre *tax lease*, que *ahora bien, es necesario señalar que estas consideraciones se basan en la premisa errónea de que solo los inversores, y no las AIE, podían considerarse beneficiarios de las ventajas derivadas de las medidas fiscales controvertidas y que, en consecuencia, el requisito relativo a la selectividad debía examinarse con respecto a los inversores y no con respecto a las AIE. Por tanto, el Tribunal General incurrió en error de Derecho al no examinar si el sistema de autorización de la amortización anticipada tal como se establece en los artículos 48, apartado 4, y 115, apartado 11, de la Ley del Impuesto de Sociedades y en el artículo 49 del Reglamento del Impuesto de Sociedades otorgaba a la administración tributaria una facultad discrecional que favorecía a las actividades ejercidas por las AIE que participaban en el SEAF o tenía por efecto favorecer tales actividades.*

Además, para la Gran Sala, la Comisión no ha incidido lo suficiente en la importancia que tiene la discrecionalidad del régimen contenido en el entonces vigente artículo 115,11 del Texto Refundido de la Ley del Impuesto de Sociedades (posibilidad de amortización acelerada antes de la entrada en funcionamiento) para la selectividad de la medida. En concreto, dice el párrafo 58 de la sentencia que *...por tanto, el Tribunal General incurrió en error de Derecho al no examinar si el sistema de autorización de la amortización anticipada tal como se establece en los artículos 48, apartado 4, y 115, apartado 11, de la Ley del Impuesto de Sociedades y en el artículo 49 del Reglamento del Impuesto de Sociedades otorgaba a la administración tributaria una facultad discrecional que favorecía a las actividades ejercidas por las AIE que participaban en el SEAF o tenía por efecto favorecer tales actividades.*

Una segunda línea argumental que sirve a la Gran Sala para cuestionar la sentencia del Tribunal General de 2015 es la relativa a la deficiente motivación de la decisión de la Comisión. Sobre todo, la insuficiente motivación de la circunstancia de que los inversores pertenezcan a sectores económicos diversos. Ello exigía especificar pormenorizadamente porqué las ventajas fiscales falseaban la competencia ya que los inversores competían en diversos mercados (financiero, textil, del aluminio...) y ninguno lo hacía en el de la construcción naval. En segundo lugar se debería haber motivado porqué los inversores y las AIEs eran consideradas una única entidad que actuaba en el sector del fletamiento a casco desnudo y compraventa de buques, cuando jurídicamente se trataba de entidades diferenciadas.

Pues bien, para la Gran Sala, el sofisma de asumir que los beneficiarios son los inversores, lleva al Tribunal General a no razonar las circunstancias expuestas. En concreto, señala el parágrafo 40 de la sentencia, que *el Tribunal General llegó a la conclusión de que las AIE no podían ser las beneficiarias de una ayuda estatal por el único motivo de que, en razón de la transparencia fiscal de estas agrupaciones, eran los inversores, y no las AIE, quienes se beneficiaron de las ventajas fiscales y económicas derivadas de esas medidas.* Pero en su pretensión de no resolver sobre el fondo, la Gran Sala insiste en una cuestión de ausencia de motivación. Así, añade en

el parágrafo 47 que *no afecta a esta conclusión la decisión de la Comisión de ordenar la recuperación de las ayudas incompatibles únicamente de los inversores de las AIE, sobre cuya legalidad no ha de pronunciarse el Tribunal de Justicia en el marco del presente recurso de casación.*

Así, para la Gran Sala, el argumentario de la sentencia de 2015 no tiene el peso suficiente como para desvirtuar los razonamientos de la Comisión en su Decisión de 2013 acerca de que las AIEs son beneficiarias. En concreto, había argumentado la Comisión que las AIEs deberían ser consideradas beneficiarias pues eran destinatarias de las ayudas y habían realizado una actividad económica sustantiva en relación con los contratos de adquisición de buques y *bareboat charter*. Rechaza pues la Gran Sala que las AIEs puedan quedar fuera del ámbito de los beneficiarios por su dudosa consideración instrumental de meros *vehículos de inversión*, condición que difícilmente tendrían. Y la Comisión, además, afirmó convincentemente según la Gran Sala, que las ayudas podían afectar al comercio entre Estados. Frente a ello, la motivación de la sentencia del Tribunal General de 2015 es endeble, y carece de la contundencia suficiente para enervar las argumentaciones de la Comisión. Y así lo entiende la sentencia de casación.

7. Consecuencias de la sentencia de la Gran Sala de 25 de julio de 2018.

Como hemos dicho, la Gran Sala no resuelve sobre el fondo. La consecuencia de su resolución se sintetiza en los párrafos 104 y 105 de la sentencia. Así, en el parágrafo 104 señala que *de conformidad con el artículo 61, párrafo primero, del Estatuto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en caso de anulación de la resolución del Tribunal General, el Tribunal de Justicia podrá o bien resolver él mismo definitivamente el litigio, cuando su estado así lo permita, o bien devolver el asunto al Tribunal General para que este resuelva.* Y en el 105 establece que, *en el caso de autos, dado que el Tribunal General solo se pronunció sobre una parte de los motivos formulados por las partes, el Tribunal de Justicia considera que el estado del presente litigio no permite su resolución.* Por ello, la Gran Sala

en la sentencia de 25 de julio de 2018, resuelve devolver el asunto al Tribunal General.

Será, por tanto, el Tribunal General el que, en un futuro próximo, tenga que pronunciarse sobre los argumentos alegados por las partes en el recurso. Y también sobre determinados motivos de impugnación referidos a la existencia de confianza legítima, que se incluyeron en las demandas originales pero que no fueron abordados en la sentencia ahora casada. Esto es, se requiere un nuevo pronunciamiento sobre las cuestiones respecto a las cuales la Gran Sala del Tribunal de Justicia de la Unión Europea exige una mayor argumentación. A nuestro juicio, va a ser imprescindible que la resolución del Tribunal General explique porqué se altera la libre competencia y el comercio entre Estados cuando los inversores pertenecen a sectores económicos distintos y porqué, dándose esas circunstancias, se considera que son ellos y no las AIEs las únicas beneficiadas de las ayudas. Máxime cuando son las AIEs las destinatarias *naturales* de las medidas declaradas ilegales.

La sentencia de la Gran Sala no cuestiona pues, la consideración como ayudas de Estado de las medidas catalogadas como tales por la Comisión. En este sentido puede afirmarse que la sentencia refuerza los argumentos de la Comisión. La resolución incide en la determinación de quiénes son beneficiarios. Y por tanto afectará al procedimiento de devolución de las ayudas, en tanto la restitución de las mismas no se haya llevado a cabo.

Pero, no olvidemos que la sentencia se refiere al régimen del *tax lease* que fue derogado. En su lugar, como dijimos, se aprobó el nuevo régimen vigente desde 2013 que, como expusimos, elimina las objeciones que la Comisión había formulado desde la perspectiva del Derecho de la Unión Europea. Además, el nuevo régimen, que cuenta con el aval de la Comisión, no se va a ver afectado por la sentencia a la que nos estamos refiriendo, Lo que lleva a afirmar el alcance limitado de la resolución de la Gran Sala del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 25 de julio de 2018, ya que aquellas entidades que se estén beneficiando en la actualidad del nuevo *tax lease* no se verán afectadas por la sentencia.

Por tanto, el principal efecto de esta sentencia de la Gran Sala del Tribunal de Justicia de la Unión Europea es dar la posibilidad de una nueva resolución del Tribunal General que puede llegar a anular la obligación de restitución a cargo exclusivamente de los inversores. Se abre, por tanto, un período de espera, que seguramente será largo.

© Copyright Seast – Tutti i diritti riservati