

La actuación de los Territorios Forales en los procesos abiertos contra normas forales*

(The performance of the Statutory Territories in the processes opened against statutory procedures)

Creus, Antonio
Cuatrecasas
Velázquez, 63
28001 Madrid

BIBLID [1138-8552 (2002), 18; 253-258]

El Abogado General del Tribunal de Justicia de Luxemburgo, Sr. Saggio no ha entendido la naturaleza del Concierto y confunde un régimen existente con anterioridad a la adhesión de España a la Comunidad Europea y otros regímenes fiscales regionales posteriores que en absoluto son equiparables. Es criticable además la utilización de las "ayudas de Estado" por parte de la Comisión Europea. Los incentivos fiscales cuestionados por la Comisión suponen un diferimiento de la carga tributaria, son medidas genéricas y no selectivas y no afecta a la situación competencial de las empresas.

Palabras Clave: Normas forales. Ayudas de estado. Comisión Europea.

Saggio jaunak, Luxenburgoko Justizia Auzitegiko Abokatu Nagusiak, ez du ulertu Kontzertuaren izaera eta nahasi egiten du Espainia Komunitate ari atxiki aurretik bazeen erregimen bat eta ondoren plazeaturiko eskualde erregimen fiskalekin, inola ere pareka ezin daitezkeenak. Gainera zalantzan jar daiteke Europako Batzordeak "Estatu laguntza" direlakoez egiten duen erabilera. Batzordeak salatu dituen pizgarri fiskalek zerga-karga atzeratzea dakarte, neurri orokorrak dira eta ez bereziak, eta ez dute eraginik enpresten lehiakortasun egoerari.

Giltza-Hitzak: Foru arauak. Estatu laguntzak. Europako Batzordea.

L'Avocat Général du Tribunal de Justice de Luxembourg, M. Saggio n'a pas compris la nature de l'Accord et confond un régime existant avant l'adhésion de l'Espagne à la Communauté Européenne et d'autres régimes fiscaux régionaux ultérieurs qui ne sont absolument pas comparables. De plus, l'utilisation des "aides d'Etat" de la part de la Commission Européenne est critiquable. Les incitations fiscales remises en question par la Commission représentent une prorogation de la charge tributaire, sont des mesures génériques et non sélectives et n'affectent pas la situation concurrentielle des entreprises.

Mots Clés: Normes forales. Aides d'état. Commission Européenne.

* Transcripción.

El título de la ponencia es correcto, aunque en realidad no hay una “actuación de los territorios forales en los procesos abiertos” sino que ha habido una actuación de la Comisión frente a los territorios forales y que se van abriendo como frutas de un árbol que van madurando y se nos van cayendo, un árbol que además nos sorprende porque parece que hasta madura en otoño y se le caen algunas frutas que llevaban bastante tiempo en el árbol. Pero lo iremos despojando de su cobertura y viendo cual es la realidad que hay detrás de cada una de estas decisiones.

Hay que traer a colación una primera decisión de mayo del 93 en la cual se cuestionaban ya las normas forales del año 88. Curiosamente, esta decisión las cuestiona como ayuda de Estado en la medida que hay una infracción de la libertad de establecimiento, que es una de las libertades básicas de la Comunidad. Pasa el tiempo y la siguiente sorpresa nos la llevamos con la cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco y en la cual la Comisión veía una semilla que, plantada por otros y regada adecuadamente, podía madurar y darle un arbolito con muchas frutas. Sí es cierto que ya hay una opinión del abogado general, pero no surge efecto porque al retirarse los recursos de base que sustentaban la cuestión prejudicial desaparece la posibilidad de pronunciamiento del Tribunal del Justicia. Y nos hemos quedado sólo con la opinión del Abogado General Sr. Saggio la cual denota que no supo apreciar la verdadera naturaleza de las normas forales. Y es muy claro en su punto 37 como confunde toda una serie de sistemas fiscales regionales con la situación de los territorios forales que hay en este país; analiza situaciones a posteriori, muy recientes, como es la situación fiscal de Valonia o la de Sicilia y las compara con los territorios forales, sin preocuparle que una cosa lleve años y la otra sea reciente, que una sea anterior a la adhesión frente a otra cosa que es reciente, no analiza, no profundiza; para un jurista debería de ser de poca satisfacción el limitarse a un análisis tan somero como el que hizo el Abogado General Saggio.

Pero la guerra continuaba, y en 1999 nos aparece la decisión de Daewo a través de la cual se empieza a cuestionar una serie de puntos que no eran estricto sensu los de una decisión de ayudas de Estado normales. Y al año siguiente nos cae la Decisión Ramondín, que es una versión algo mejorada de la anterior; pues supone un primer avance al reconocer una posibilidad de que parte de lo que ellos consideran “ayuda de Estado” sea compatible.

Tras esto se abre el fuego serio y se empieza a cuestionar el crédito fiscal del 45 % y las minivacaciones fiscales, y se cuestiona contra todos los territorios forales y contra la Comunidad foral de Navarra. Y la fruta reciente que tenemos es el cuestionamiento de las vacaciones fiscales, que muchos creían ya a salvo de la Comisión puesto que ya habían sido cuestionadas en decisiones anteriores y pensaba la Comisión que si el Tribunal de Justicia fallaba a su favor le allanaba el camino. Pero el Tribunal no se lo puso fácil porque no se pronunció, y ahí es cuando la Comisión busca una excusa para “de paso” ver este tema adicionalmente. Para un procedimiento administrativo es bastante cuestionable que con los años pasados podamos abrir casos

de esta magnitud y de este impacto. Sin duda aún más porque las vacaciones en términos parecidos estaban en vigor en el resto del Estado español.

Frente a diversas decisiones tanto finales como de apertura de procedimiento, se han interpuesto recursos ante el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, y ante el Tribunal de primera instancia, donde cabe el recurso de casación y por tanto tiene mayor recorrido que el que tendría un recurso institucional o de un Estado miembro. Actualmente son, creo, doce los procedimientos en curso: hay recursos por parte de la empresa Daewo y por parte del Gobierno vasco, hay unos recursos de Ramondín por parte de la empresa y por parte de la Diputación foral en la cual se le cuestionaba la aplicación, y por parte de todas las Diputaciones forales vascas contra las otras dos aperturas de expediente de infracción sobre el crédito fiscal y sobre las minivacaciones fiscales.

La situación de un recurso frente a una apertura de procedimiento es extraña; en España sería extraordinario pues una apertura de procedimiento no es, ni más ni menos, que un acto de trámite y sería muy cuestionable que un acto de trámite fuera objeto de recurso. Nos hemos basado en la jurisprudencia causada por otras ayudas de Estado cuestionadas del Estado español, y que permite cuestionar la apertura de procedimiento cuando ésta puede significar una toma de postura definitiva de la Comisión, como es este el caso. Si bien habían dudas en muchos lugares de la posible admisibilidad de los recursos, el Tribunal los ha acumulado al fondo a pesar del desagrado del servicio jurídico de la Comisión y también de la Comisión en general puesto que se encuentran en una situación muy incómoda: ¿ahora cómo toman una decisión final cuando está cuestionada la apertura del procedimiento?, ¿tomar una decisión final para que a los cinco meses se les anule la apertura del procedimiento?

Hay un tema previo que me parece importante, y es el concepto de “ayudas de Estado” y cómo hablar de ayudas de Estado con sistemas fiscales, lo que de verdad a veces parece algo un tanto ajeno. Tendré que rebobinar la película a los años cincuenta, cuando los padres fundadores del Tratado plantean una cuestión que es muy novedosa en derecho y es la ayuda de Estado. Significa que los Estados potentes no han de apoyar a sus empresas en detrimento de las empresas de otros Estados para no alterar el equilibrio de competencia y la zona económica integrada. Se trata de una preocupación lícita y muy inteligente para la Europa de aquel momento, pero que ha tenido un desarrollo que nos ha llevado a donde estamos hoy. En el artículo 94 del Tratado, la Comisión tenía que hacer algunas propuestas para que el Consejo aprobase un Reglamento de procedimiento, cosa que no se ha hecho hasta hace dos años, es decir casi cuarenta años después, reglamento que por cierto sorprende por su falta de precisión y de garantías jurídicas (por ejemplo, a la empresa afectada por la ayuda se considera “un tercer interesado”).

Hay una jurisprudencia que va interpretando todos los conceptos de manera muy amplia, considerando que cualquier cosa es “ayuda”, es decir

significa transferencia de fondos públicos a una parte privada. Y las consecuencias lógicas de esta evolución es lo que ahora veremos. Bien es cierto que recientemente el director general de la Comisión de competencia pensaba ya en voz alta que las reglas de ayudas de Estado deben evolucionar al mismo nivel en que están las reglas de derecho de la competencia en general, artículos 81 y 82, y deben tener mayores matices, se debe examinar con mayor detalle lo que es afectación del comercio entre Estados miembros (en los años setenta, un acuerdo de intercambio de electricidad del 0'01 % entre centrales nucleares escocesas con Francia se denunció que afectaba al comercio entre Estados miembros). La Comisión, es cierto, está rompiendo con este pasado pero no lo ha hecho aún con ayudas de Estado. Y precisamente esto coincide con las alegaciones que se han ido haciendo por las Diputaciones forales frente al Tribunal de Justicia y frente a la propia Comisión.

Abordemos sin mayor demora el tema de la Comisión. La Comisión dice: hay ayuda de Estado porque hay fondos públicos. Y hay fondos públicos porque hay una pérdida de ingresos por las instituciones forales, en nuestro caso, y esto equivale a una aportación de fondos públicos. La ignorancia llega al punto craso y supino que la Comisión llegó a pedir en algunas cartas que las empresas devolvieran en dinero a las Diputaciones forales. Creían que ahí había traslado de fondos públicos al sector privado, cuando no existía, al menos en el caso de las vacaciones fiscales, como se explica a continuación. Y es que si no hay trasvase de fondos públicos no hay ayuda de Estado y se cae toda la construcción.

Pero conforme vamos avanzando las frutas son cada vez más maduras y se va viendo más claro. Pongamos el caso de las vacaciones fiscales. Nos dicen que hay trasvase, ¿pero dónde? Porque, ¿y los dividendos que se obtengan qué ocurre, hay deducción por doble imposición? No la hay, por tanto como mucho habrá un diferimiento. ¿Dónde está la ayuda, en el diferimiento, qué valor le ponemos, cómo la colocamos? Hay que colocarse de nuevo en la posición correcta. Nos encontramos, como mucho, ante un diferimiento y por lo tanto el uso de fondos públicos no existirá.

Hay otra cuestión que también subyace, y ante la que la Comisión quiere cerrar los ojos: ¿no es tan ayuda con fondos públicos el que el Reino Unido haya bajado su tipo de sociedades cinco puntos para hacer atractivo el país a las empresas? Habría poca duda aquí. Lo que ocurre es que debería haber una competencia entre zonas, y el que a uno le den una ayuda de tipo fiscal para instalarse en Georgia o en Florida, no escandaliza a nadie en EE.UU. Si son fondos que se entregan directamente a alguien para que se instale, quizás me parecería a mí mal, pero si se instala alguien por un régimen fiscal favorable eso es aplicable a todos los que están ahí.

Un segundo punto. Uno de los análisis que se hacía de los fondos públicos era que si la fiscalidad era favorable para todas las empresas de un Estado, no hay ayudas específicas. La Comisión lo tuvo bastante fácil en su decisión de 1993 porque había una cuestión de establecimiento, ¿pero qué

ocurre con todas las normas cuestionadas donde esto no es aplicable? Porque no es que se le haya dado a un grupo o sector una ventaja que no se ha dado a los demás, sino que al que esté instalado y cumpla unas normas se le da. Y entonces la Comisión entra en conceptos curiosos, como el de “selectividad”. Pero es que esto es una discriminación, porque también para acceder y obtener fondos comunitarios hay que cumplir unas características. No pueden decir, como dijeron antes, que es ayuda a un sector empresarial frente a otro, ya no lo pueden decir, y entonces dicen “es que ustedes tienen un poder para examinar que se han cumplido los requisitos”... ¡Y la Comisión, que tiene una unidad anti-fraude que se dedica a examinar si la gente cumple con los requisitos o su control presupuestario! En definitiva, ¿cuando el control presupuestario lo hace la Comisión está bien, pero si lo hace una Diputación foral es ejercicio del poder discrecional? La verdad es que es bastante curioso. Y nos dicen, “pero es que las normas son temporales”. Ya, pero tienen una vocación de permanencia, y la prueba es que usted está diciendo que han estado mucho tiempo en vigor, ¿en qué quedamos: es una norma temporal puntual o tiene permanencia? Y en debate nos dicen, “es que tenías que haberlo puesto en ley”. Pero es que una ley la apruebo y al día siguiente la modifico o la derogo y me quedo tan ancho; al menos aquí tiene vigencia de un año y queda advertido el público en general que estas normas están ahí para el año que viene, y por lo tanto van a funcionar durante todo un año.

La Comisión no responde mucho a esto y sigue achicando balones, e insistiendo en que hay discriminación por los 2.500 millones, por los 80... Y llega incluso a decir que estas son decisiones en el fondo comparables a las del Gobierno vasco dando ventajas y subvenciones: se ve muy claro en la decisión de Demesa y lo sugiere también en los escritos posteriores. Son cosas distintas, uno está actuando dentro de su marco competencial en materia fiscal, está vigilando por la recaudación, y el otro está actuando en otro marco competencial distinto donde sí puede haber un trasvase de fondos públicos. Parece cuanto menos sorprendente. “Distorsión de la competencia, se da siempre”: ahí sí que la Comisión tiene la culpa acumulada de muchos años al haber considerado que todo afectaba a la competencia.

Pero la verdad es que hay que hacer un análisis en mayor profundidad de la afectación del derecho a la competencia porque, como he dicho, los padres fundadores del Tratado no querían una armonización fiscal por vías distintas, sino lo que buscaban es que no hubiera unas ventajas de unas empresas frente a otras y por tanto se alterara lo que habían protegido con los artículos 85 a 90. Esto lo hemos ido desnaturalizando al punto de que ahora “al que se mueva lo pilló”; hombre, no, hagamos un análisis detallado. Cierto es que los tiempos van a exigir cambios si no queremos llegar a la desnaturalización del articulado.

Afectación de intercambios comunitarios. Una de las más curiosas decisiones que existen es una en materia de mediciones de audiencia de televisión en Italia, en la cual se decía que en Italia como se anuncian productos del extranjero y pasan extranjeros y ven la televisión, esto es ya suficiente

para medir la afectación del comercio entre Estados miembros. Con análisis tan desprovistos de rigor y seriedad no se puede ir a ningún sitio, y es obvio que la Comisión está intentando centrarlo en su nuevo reexamen en materia de derecho de la competencia porque de lo contrario, y de mantenerse esta provisión, lo único que aplicaremos va a ser derecho comunitario de la competencia porque el artículo 3 del nuevo Reglamento nº 17 que va a ser un artículo de atribución de competencias entre normas nacionales y normas comunitarias en materia de competencia...

Respecto a los regímenes de Sicilia y el de Valonia, no hay ninguna comparativa, no hay autoridades propias, no hay una competencia originaria, no hay la mitad de las cosas que realmente se hallan en los territorios forales. Por lo tanto, creo que con tino y cordura por parte de la Comisión puede solventarse y, si no, deberá ser el sistema jurídico que hemos puesto a nivel comunitario, y entonces entraría en juego el Tribunal de Justicia para corregir lo que es la postura de la Comisión, lo cual en materia de ayudas de Estado ya lo está haciendo, y además es una ventaja adicional poder acudir al tribunal de primera instancia porque allí la parte fáctica de hechos es analizada con gran detalle y las vistas suelen ser bastante duras y difíciles (la exposición del abogado dura entre 15 y 20 minutos, y a continuación se nos somete a preguntas por los miembros del tribunal durante 3, 4, 5 horas o varios días).

Debo concluir: Lo que a mí me anima es que predomine la cordura y se examine la situación de los regímenes fiscales de los territorios forales bajo la óptica de la armonización en general y no bajo la óptica de un sistema de ayudas de Estado.

Muchas gracias. Eskerrik asko.