



Sentencia del TJUE sobre el régimen español de arrendamiento financiero.

Alert

3 de agosto de 2018

kpmgabogados.es
kpmg.es



Sentencia del TJUE sobre el régimen español de arrendamiento financiero.

Alerta Legal

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea (**"TJUE"**) en su Sentencia de fecha 25 de julio de 2018, asunto C-128/16P, ha anulado la Sentencia del Tribunal General de la Unión Europea de 17 de diciembre de 2015, en los asuntos acumulados T-515/13 y T-719/13, que anuló a su vez una decisión previa de la Comisión Europea que había declarado que el régimen fiscal de determinados contratos de arrendamiento financiero español (**"Tax Lease"**), constituía una ayuda de estado que infringía el artículo 107 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (**"TFUE"**).

Así, el TJUE ha ordenado devolver el asunto al Tribunal General para que este resuelva definitivamente el litigio.

Antecedentes

Por recordar el tema, que fue bastante polémico en su momento, la cuestión de la compatibilidad del *Tax Lease* con la normativa europea de ayudas de estado (y, en concreto, con el artículo 107 del TFUE), es un asunto cuyo procedimiento se inicia mediante comunicación de la Comisión Europea (la **"Comisión"**) de fecha de 29 de junio de 2011 [C(2011) 4494 final] por la cual comunica el inicio de procedimiento para estudiar la compatibilidad del *Tax Lease* con el artículo 107 del TFUE, todo ello de conformidad con el artículo 108 de dicho Tratado.

1. La Decisión C(2013) 4426 de la Comisión

Como consecuencia de dicho procedimiento, y tras dar audiencia a las Partes que se desearon personar, la Comisión adoptó una decisión de fecha de 17 de julio de 2013 (la **"Decisión"**) por medio de la cual, *grosso modo*:

- (a) Consideraba que las medidas resultantes del artículo 115.11 del Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades (Real Decreto Legislativo 4/2004, **"LIS"**), de la aplicación del régimen de tributación por tonelaje contemplado en la LIS (el **"Régimen de Tonelaje"**) a empresas, buques o actividades no elegibles, y del artículo 50.3 del

Reglamento del Impuesto sobre Sociedades (Real Decreto 1777/2004, **"RIS"**) constituían una ayuda estatal a las Agrupaciones de Interés Económico partícipes (las **"AIEs"**) y sus socios (los **"Inversores"**) en contravención del artículo 108.3 del TFUE.

- (a) Ordenaba que la normativa declarada ilegal fuera modificada poniendo fin al régimen de ayudas.
- (b) Establecía el deber de recuperación de la ayuda incompatible, junto con los intereses generados, de los Inversores sin posibilidad de que dichos Inversores transfirieran la carga a terceros, todo ello salvo determinadas ayudas (o parte de ellas) que se declaraban permitidas.

El Estado español inició entonces un procedimiento de recuperación de ayudas a los Inversores afectados.

La Decisión se basaba en una serie de argumentaciones, que describimos, sin pretensión de exhaustividad, al objeto de que se pueda entender de forma más completa el estado y complejidad de la cuestión.

La Comisión analizó cinco medidas:

- (i) Amortización acelerada de los activos arrendados bajo arrendamiento financiero (art. 115.6 LIS): la LIS contiene un régimen especial de amortización fiscal aplicable a los activos adquiridos bajo la figura del arrendamiento financiero, consistente, *grosso modo*, en la posibilidad de deducir fiscalmente la parte de la cuota correspondiente a la recuperación del coste del activo (con el límite del doble -o el triple en caso de que resulte también de aplicación el régimen de entidades de reducida dimensión- de

la amortización permitida bajo las tablas de amortización del Impuesto sobre Sociedades) siempre que se cumpliesen determinados requisitos. La Comisión determinó que el régimen de arrendamiento financiero y la amortización fiscal concedida bajo dicho régimen no constituía una ayuda ilegal en la medida en que no concedía una ventaja selectiva a las AIEs partícipes en el *Tax Lease*, al ser un régimen aplicable a cualquier tipo de activo.

- (ii) Aplicación discrecional de la amortización acelerada incluso durante el periodo de fabricación del activo en cuestión (art. 115.11 LIS). Se permitía que ciertos activos con unas determinadas características (de modo general, un periodo de fabricación superior a doce meses, no ser fabricados en serie y unas especiales características de singularidad en su utilización y no afectación al cálculo de la base imponible derivada de su uso o disposición) pudiesen comenzarse a amortizar fiscalmente bajo el régimen descrito en el apartado (i) aun antes de que el activo estuviera en funcionamiento (e.g. desde la fecha de inicio de su construcción). Esta posibilidad requería de una aprobación específica por parte del Ministerio de Economía y Hacienda. Para la Comisión el hecho de que esta posibilidad requiriera de la previa autorización por parte de las autoridades españolas unido a que las condiciones para el acceso al régimen y la posibilidad de solicitar documentación adicional permitieran un grado de discrecionalidad en el otorgamiento de la aprobación hacían que este régimen fuera selectivo y, por tanto, no pudiera argumentarse que era una medida de tipo general.
- (iii) Transparencia fiscal de las Agrupaciones de Interés Económico. Las AIE son entidades fiscalmente transparentes (respecto de sus socios españoles), por lo que los resultados fiscales de su actividad así como los atributos fiscales se imputan a sus socios residentes fiscales en España. Este régimen no concede, en la opinión de la Comisión, una ventaja a los Inversores o las AIEs, por lo que no es cuestionado en la Decisión.

- (iv) El Régimen de Tonelaje. Bajo este régimen, las entidades acogidas al mismo no tributan conforme al régimen general del Impuesto sobre Sociedades (diferencia entre ingresos y gastos) sino conforme a un tipo fijo establecido según el tonelaje de los buques que explota (una suerte de estimación objetiva). En este sentido, lo que cuestiona la Comisión no es tanto el régimen en sí, sino la facultad de que, empresas que se dedican única o principalmente a fletar buques en arrendamiento a casco desnudo (un tipo de arrendamiento donde los riesgos asociados con la navegación se trasladan íntegramente al arrendatario), puedan acogerse a un régimen que está limitado a las empresas que realizan actividades de transporte marítimo. Por ello, la conclusión de la Comisión es que las AIEs no realizan actividades de transporte marítimo y, por lo tanto, la posibilidad de que las AIEs puedan acogerse a Tonelaje constituye una ayuda de estado no amparada bajo las Directrices comunitarias sobre ayudas de Estado al transporte marítimo [Comunicación C(2004) 43 de la Comisión, las **"Directrices"**].
- (v) Artículo 50, apartado 3 del RIS: al objeto de aislar las bases imponibles aplicables al sujeto pasivo cuando comienza a tributar bajo el Régimen de Tonelaje, la LIS preveía (de forma resumida) que las entidades que incluyeran en el Régimen de Tonelaje buques cuya titularidad ya tenían al momento de acceder a dicho régimen debían, en el primer ejercicio en que sea de aplicación el régimen, constituir una reserva indisponible por la diferencia entre el valor de mercado del buque y el valor neto contable, tributando, cuando se transmita el buque, por el valor de la reserva junto por la diferencia entre la amortización fiscal y contable del buque enajenado. De esta regla, que buscaba evitar que mediante este régimen se evitaran pagar impuestos a través de la transmisión de activos con un valor contable inferior al de mercado o, sobre todo, muy superior al valor fiscal, se exceptuaban, según el artículo 50.3 del RIS, aquellos buques adquiridos mediante el ejercicio de una opción de compra de un contrato de arrendamiento financiero que hubiera sido objeto de previa autorización por la Administración

tributaria, excepción que, además, no fue comunicada a las autoridades comunitarias al tiempo de la comunicación de la voluntad de aplicar el Régimen de Tonelaje. Por todo lo anterior, la Comisión entendió que el artículo en cuestión comportaba una ventaja selectiva a las empresas que adquirirían buques mediante arrendamientos financieros previamente aprobados (como son los arrendamientos del artículo 115.11 LIS) y, en particular a las AIE y sus miembros.

Por las anteriores consideraciones, la Comisión decidió que la segunda, cuarta y quinta medida utilizadas constituía un sistema conjunto por medio del cual se concede una ventaja cuyos beneficiarios son las AIEs y sus miembros. Así, la Decisión descartó que los astilleros españoles puedan ser beneficiarios, en la medida en que no queda acreditado que el *Tax Lease* solo se aplicara a buques construidos en España. Tampoco consideró que los armadores hayan obtenido una ventaja por el *Tax Lease*, dado que no son ellos los destinatarios de las normas fiscales que lo amparan y, si existe algún tipo de reparto acordado entre el armador y la AIE en una operación de *Tax Lease* concreta, esto es un acuerdo privado que no cambia la decisión que la Comisión deba adoptar sobre la ayuda en cuestión.

La Comisión consideró también que la ayuda constituida por las medidas del *Tax Lease* que se han considerado que constituyen una ventaja falsean el comercio dado que permite a las AIEs y sus Inversores competir en diversos sectores en ventaja respecto de otros competidores, nacionales o comunitarios.

Como consecuencia de todo lo anterior, y habiendo descartado que existan razones para concluir que no procede la devolución de la ayuda (salvo para aquellas anteriores a 30 de abril de 2007), se determina la obligación de devolver la ayuda por parte de las AIEs y sus Inversores de conformidad con las normas comunitarias.

2. La Sentencia del Tribunal General de la Unión Europea de 17 de diciembre de 2015

Por medio de Sentencia del Tribunal General de la Unión Europea (el “**Tribunal General**”) de 17 de diciembre de 2015 (la “**Sentencia 2015**”) el Tribunal General anuló la Decisión condenando en costas a la Comisión.

El fallo de la Sentencia 2015 se basó en los siguientes argumentos:

- (a) Las AIEs como tales no pueden ser beneficiarias de las ayudas, dado que, siendo dichas entidades transparentes, son sus socios españoles los únicos que, en su caso, se pudieron beneficiar de las ayudas del *Tax Lease*.
- (b) Al no ser la AIE la beneficiaria de la ayuda, sino los Inversores, no existe el requisito de selectividad inherente a la determinación de una ayuda como ilegal, y ello es así porque:
 - a. El *Tax Lease* no beneficia a Inversores que participen en una determinada actividad sino que cualquier tipo de operador podía beneficiarse de ello participando (“invirtiendo”) en las operaciones con independencia de la actividad que realicen. El hecho de que dichos Inversores tengan que realizar una concreta inversión no confiere al *Tax Lease* el carácter de selectivo, en la medida de que cualquier entidad pueda realizar la inversión en cuestión y beneficiarse de la ayuda.
 - b. Tampoco venía esa selectividad atribuida por el hecho de que la concesión del 115.11 de la LIS y, por tanto, de otros beneficios inherentes al *Tax Lease*, necesitara de una previa aprobación administrativa. La razón es que la aprobación estaba relacionada con la operación en sí, no con sus Inversores, dado que estos podrían entrar incluso tras la aprobación.
 - c. No cabe tampoco determinar que la ayuda sea selectiva dado que los Inversores ejercen, a través de las AIEs, una determinada actividad económica (el arrendamiento a casco desnudo de buques y su compraventa). La razón es que la Sentencia 2015 considera que los Inversores no realizan esa actividad, sino otras y muy diversas, siendo la actividad de arrendamiento y compraventa ejercida por la AIE, no por los Inversores. Si la Comisión, en la Decisión, quería haber hecho valer el argumento de que una AIE y sus Inversores son, a los efectos de realizar la actividad, una misma entidad, esto debería haberse argumentado de forma detallada en la Decisión, lo que no se hizo.

- (c) No se ha motivado suficientemente el falseamiento de la competencia y afectación de los intercambios comerciales. Al haberse determinado que los Inversores son los beneficiarios de las ayudas y que estos actúan en una variedad de sectores, si la Comisión quería demostrar el falseamiento de la competencia en esos sectores tendría que haberlo argumentado de forma especial. Tampoco argumentó por qué consideraba que Inversores y AIEs eran una misma entidad, que actuaban en un determinado mercado (compraventa y arrendamiento a casco desnudo de buques), siendo esa falta de argumentación razón suficiente para determinar que no se puede considerar suficientemente demostrado el falseamiento de la competencia y la afectación a los intercambios comerciales.

La Sentencia del TJUE

Tal y como anticipábamos, el TJUE en su Sentencia de fecha 25 de julio de 2018, asunto C-128/16P (la **"Sentencia 2018"**) casa y anula la Sentencia 2015, en base a los siguientes argumentos.

- (a) Es erróneo considerar que únicamente los Inversores, y no la AIE, son los beneficiarios de la ayuda al ser las AIEs entidades transparentes fiscalmente. En opinión del TJUE, son las AIE las beneficiarias del *Tax Lease*, dado que son ellas las destinatarias de las medidas consideradas ilegales, y las beneficiarias de las ventajas. El hecho de que, en virtud de su especial estatus jurídico, las AIEs traspasen este beneficio a sus miembros, no cambia la consideración del destinatario de la ayuda, dado que es jurisprudencia reiterada que el estatus jurídico de las empresas afectadas no influye sobre la calificación de una medida como ayuda de estado.
- (b) Considera el TJUE, por tanto, que el Tribunal General ha cometido un error de apreciación al analizar la selectividad de la medida únicamente desde el criterio de que el beneficiario son los Inversores, por lo que debería examinar si la facultad discrecional otorgada a la Administración bajo el 115.11 de la LIS puede favorecer las actividades de las AIEs.

- (c) Asimismo considera el TJUE que el hecho de que una medida suponga una excepción a un régimen común, permitiendo a unos operadores beneficiarse de ella y a otros, que están en una situación comparable, no, le confiere carácter selectivo, y ello aun cuando las empresas que se vean favorecidas por la medida estén en distintos sectores de actividad. El Tribunal General deberá, entonces, analizar si la Comisión ha demostrado que las medidas controvertidas han tratado de forma diferente a operadores que, en relación con el objetivo perseguido, están en una situación comparable.
- (d) Respecto de la falta de motivación suficiente de la Decisión, el TJUE recuerda que el Tribunal General requirió una motivación especial y superior a la ordinaria debido a dos razones:
- que por actuar los Inversores en varios sectores se necesitaba reforzar la motivación de por qué las ventajas atribuidas a los Inversores (y no a los astilleros o armadores) falseaba la competencia; y
 - que, habida cuenta de que son dos entidades con personalidad jurídica separada, era necesario motivar por qué se consideraba que los Inversores y las AIEs eran una única entidad que actuaba en el sector del fletamento a casco desnudo y compraventa de buques.

El TJUE señala que la necesidad de motivación especial requerida asume siempre que el beneficiario no era la AIE, sino los Inversores, y esa premisa es errónea por las razones expuestas. Además, entiende que la Comisión argumentó suficientemente por qué consideraba que tanto las AIEs como los Inversores eran los beneficiarios de la ayuda, destacando que las AIEs, en opinión de la Comisión, son empresas y destinatarias de las ayudas que han favorecido la actividad de adquirir buques y arrendarlos a casco desnudo, para su posterior venta (y no meros vehículos para que los Inversores realicen una inversión), lo que determina la selectividad. También explicó suficientemente, en opinión de la Sentencia 2018, por qué entendía que las ayudas podrían haber afectado al comercio entre los Estados miembros y falseado la competencia.

Consecuencias

Procede analizar las consecuencias de la Sentencia 2018 desde un doble prisma.

1. Consecuencias sobre la Decisión

El TJUE devuelve el asunto al Tribunal General, no resolviendo sobre el fondo. Por tanto, el Tribunal General deberá pronunciarse no solo sobre los motivos alegados por las partes en el recurso a la Decisión y que no se analizaron en la Sentencia 2015, sino también sobre aquellos aspectos sobre los que el TJUE no ha resuelto y le ha pedido que analice más profundamente, como son los mencionados en el apartado anterior párrafos (b) y (c). Por tanto, entendemos que se puede esperar aún un procedimiento largo y de resultado incierto (sin perjuicio de que la Sentencia 2018 contiene un refuerzo a los argumentos de la Comisión para la Decisión, al confirmar en buena parte algunos de los argumentos más cuestionables, en nuestra opinión, de la Decisión).

2. Consecuencias sobre el nuevo régimen del *Tax Lease*

Por otro lado, conviene recordar que los argumentos de la Comisión se refieren al régimen normativo del *Tax Lease* vigente hasta 2013.

Desde entonces se han realizado cambios en la normativa fiscal que buscan evitar los aspectos más controvertidos del régimen del *Tax Lease*, adaptándose a lo requerido por la Decisión incluso aunque no se compartan sus conclusiones.

Así, destacaríamos los siguientes aspectos:

- (A) El artículo 115.11 de la LIS (actual artículo 106.8 de la actual Ley 27/2014 del Impuesto sobre Sociedades) ha suprimido las referencias genéricas a la peculiaridad del bien, la singularidad de su utilización económica o la no afectación al cálculo de la base imponible, aspectos todos ellos criticados en la Decisión. Así, actualmente, se puede establecer el comienzo de la amortización fiscal al momento efectivo de la construcción del activo siempre que:
 - a. sean activos adquiridos por arrendamiento financiero cuando las cuotas se satisfagan de forma significativa antes de la finalización de la construcción.

- b. que la construcción sea por un periodo no inferior a doce meses; y
- c. que sean activos que reúnan requisitos técnicos y de diseño singulares, y que no se correspondan con producciones en serie.

Como se ve, se han recortado los criterios que determinan la aplicabilidad del régimen, al objeto de hacerlos más objetivos y, por tanto, evitar la discrecionalidad. Así, los requisitos incluidos se han considerado por la Comisión (Decisión C(2012) 8252 final) coherentes con la lógica de la medida, considerando que no incluyen elementos de selectividad.

- (B) Adicionalmente, se ha eliminado el requisito de autorización previa al objeto de poderse beneficiar del régimen del art. 115.11 de la LIS (artículo 106.8 de la actual Ley del Impuesto sobre Sociedades) sustituyéndolo por una mera notificación, al objeto de que la Administración no pueda decidir a quién le concede la medida, de nuevo con el objetivo de eliminar el carácter de selectividad de la medida.
- (C) Por último, se ha eliminado el apartado tercero del artículo 50 del RIS (artículo 52 del actual Reglamento del Impuesto sobre Sociedades) con lo que se elimina la excepción a la norma que establecía una tributación específica para los buques usados que accedían al Tonelaje.

Por otro lado, en las estructuras actuales, la AIE, una vez comienza a tributar bajo el Régimen de Tonelaje (de ser ese el caso, lo que no necesariamente ocurre), debe realizar actividades de gestión náutica del buque, al objeto de que se pueda considerar que realiza una actividad real de transporte marítimo y, por tanto, esté dentro de lo requerido por las Directrices. Así, en estas estructuras, la AIE, una vez tributa por éste Régimen, es propiedad de un armador, que deberá explotar el buque a través de la AIE en la forma que considere más oportuna según sus propias necesidades.

Como se puede ver, la estructura actual de *Tax Lease* ha buscado evitar los elementos que fueron considerados controvertidos por la Decisión. Por tanto, un eventual pronunciamiento judicial confirmando la Decisión no debería afectar a estructuras, como la actual, que no contengan los elementos controvertidos.

Contactos

**Luis
Fernández
Santos**
Partner
KPMG Abogados
Tel. 91 451 31 14
luisfernandez@kpmg.es

**Julio César
García Muñoz**
Partner
KPMG Abogados
Tel. 91 456 59 08
juliocesargarcia@kpmg.es

**Arturo
Morando
Llerandi**
Partner
KPMG Abogados
Tel. 91 456 34 67
amorando@kpmg.es

Oficinas de KPMG en España

A Coruña

Calle de la Fama, 1
15001 A Coruña
T: 981 21 8241
Fax: 981 20 02 03

Alicante

Edificio Oficentro
Avda. Maisonnave, 19
03003 Alicante
T: 965 92 0722
Fax: 965 22 75 00

Barcelona

Torre Realia
Plaça de Europa, 41
08908 L'Hospitalet de Llobregat
Barcelona
T: 932 53 2900
Fax: 932 80 49 16

Bilbao

Torre Iberdrola
Plaza Euskadi, 5
48009 Bilbao
T: 944 79 7300
Fax: 944 15 29 67

Girona

Edifici Sèquia
Sèquia, 11
17001 Girona
T: 972 22 0120
Fax: 972 22 22 45

Las Palmas de Gran Canaria

Edificio San Marcos
Dr. Verneau, 1
35001 Las Palmas de Gran Canaria
T: 928 33 2304
Fax: 928 31 91 92

Madrid

Torre de Cristal
Paseo de la Castellana, 259 C
28046 Madrid
T: 91 456 3400
Fax: 91 456 59 39

Málaga

Marqués de Larios, 12
29005 Málaga
T: 952 61 1460
Fax: 952 30 53 42

Oviedo

Ventura Rodríguez, 2
33004 Oviedo
T: 985 27 6928
Fax: 985 27 49 54

Palma de Mallorca

Edifici Ca'n de Segura
Avda. del Comte de Sallent, 2
07003 Palma de Mallorca
T: 971 72 1601
Fax: 971 72 58 09

Pamplona

Edificio Iruña Park
Arcadio M. Larraona, 1
31008 Pamplona
T: 948 17 1408
Fax: 948 17 35 31

San Sebastián

Avenida de la Libertad, 17-19
20004 San Sebastián
T: 943 42 2250
Fax: 943 42 42 62

Sevilla

Edificio Menara
Avda. Buhaira, 31
41018 Sevilla
T: 954 93 4646
Fax: 954 64 70 78

Valencia

Edificio Condes de Buñol
Isabel la Católica, 8
46004 Valencia
T: 963 53 4092
Fax: 963 51 27 29

Vigo

Arenal, 18
36201 Vigo
T: 986 22 8505
Fax: 986 43 85 65

Zaragoza

Centro Empresarial de Aragón
Avda. Gómez Laguna, 25
50009 Zaragoza
T: 976 45 8133
Fax: 976 75 48 96