



Bruselas, **XXX**  
[...](2014) **XXX**

## COMUNICACIÓN DE LA COMISIÓN

**Proyecto de Comunicación de la Comisión relativa al concepto de ayuda estatal con arreglo al artículo 107, apartado 1, del TFUE**

## COMUNICACIÓN DE LA COMISIÓN

### Proyecto de Comunicación de la Comisión relativa al concepto de ayuda estatal con arreglo al artículo 107, apartado 1, del TFUE

1.	Introducción .....	4
2.	Concepto de empresa y de actividad económica.....	4
2.1.	Principios generales .....	5
2.2.	Ejercicio de la autoridad pública.....	6
2.3.	Seguridad Social.....	7
2.4.	Asistencia sanitaria.....	8
2.5.	Actividades educativas y de investigación.....	9
2.6.	Infraestructura .....	11
3.	Origen estatal .....	12
3.1.	Imputabilidad .....	13
3.1.1.	Indicios de imputabilidad.....	13
3.1.2.	Imputabilidad y obligaciones con arreglo al Derecho de la Unión.....	14
3.2.	Fondos estatales .....	15
3.2.1.	Principios generales .....	15
3.2.2.	Controlar la influencia sobre los fondos .....	17
3.2.3.	Intervención del Estado en la redistribución entre entidades privadas .....	18
4.	Ventaja .....	19
4.1.	Concepto de ventaja en general.....	19
4.1.1.	Principios generales .....	19
4.1.2.	Ventaja indirecta .....	22
4.2.	La prueba del operador en una economía de mercado (OEM) .....	22
4.2.1.	Introducción .....	22
4.2.2.	Principios generales .....	23
4.2.3.	Aplicación de la prueba OEM.....	25
5.	Selectividad.....	35
5.1.	Principios generales .....	35
5.2.	Selectividad material.....	35
5.2.1.	Selectividad de Derecho y de hecho .....	35
5.2.2.	Selectividad derivada de prácticas administrativas discrecionales .....	36

5.2.3.	Evaluación de la selectividad material en aquellas medidas que alivian las cargas de las empresas .....	36
5.3.	Selectividad regional.....	40
5.3.1.	Autonomía institucional.....	41
5.3.2.	Autonomía en materia de procedimiento .....	42
5.3.3.	Autonomía económica y financiera .....	42
5.4.	Cuestiones específicas de las ayudas fiscales .....	43
5.4.1.	Sociedades cooperativas.....	43
5.4.2.	Organismos de inversión colectiva .....	44
5.4.3.	Amnistías fiscales.....	46
5.4.4.	Transacciones y decisiones fiscales .....	46
5.4.5.	Reglas de amortización .....	48
5.4.6.	Régimen fiscal a tanto alzado para actividades específicas .....	49
5.4.7.	Normas antifraude.....	49
5.4.8.	Impuestos sobre consumos específicos.....	50
6.	Efectos en los intercambios y la competencia.....	50
6.1.	Principios generales .....	50
6.2.	Falseamiento de la competencia.....	50
6.3.	Efectos sobre los intercambios.....	51
7.	Disposiciones finales.....	53

## **1. INTRODUCCIÓN**

1. En el contexto del ejercicio de modernización de las ayudas estatales, la Comisión desea seguir aclarando los conceptos clave relativos al concepto de ayuda estatal contemplado en el artículo 107, apartado 1, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), con el fin de contribuir a una aplicación de este concepto más sencilla, transparente y coherente en toda Europa.
2. La presente Comunicación solo se refiere al concepto de ayuda estatal con arreglo al artículo 107, apartado 1, del TFUE, que tanto la Comisión como las autoridades nacionales (incluidos los órganos jurisdiccionales nacionales) deben aplicar junto con la obligación de notificación y de suspensión contemplada en el artículo 108, apartado 3, del TFUE. Por el contrario, la presente Comunicación no se refiere a la compatibilidad de la ayuda estatal con el mercado interior con arreglo al artículo 107, apartados 2 y 3, del TFUE, que debe evaluar la Comisión.
3. Considerando que el concepto de ayuda estatal es un concepto objetivo y jurídico definido directamente por el Tratado, la Comisión simplemente aclarará cómo entiende las disposiciones del Tratado, conforme a la jurisprudencia de la UE, sin perjuicio de la interpretación del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.
4. Cabe destacar que la Comisión está obligada por este concepto objetivo, solo sujeto a situaciones específicas que implican evaluaciones económicas complejas<sup>1</sup>. La legalidad de una Decisión de la Comisión en lo referente a la existencia de ayuda estatal debe evaluarse únicamente en el marco del artículo 107, apartado 1, del TFUE. Por tanto, siempre que sea posible, la Comisión remitirá en la presente Comunicación a la jurisprudencia o, de no haberla, a su práctica decisoria, aun cuando no sea posible resolver todas las cuestiones sobre esta base. Hay que subrayar que la referencia principal para la interpretación del concepto de ayuda es siempre la jurisprudencia de los órganos jurisdiccionales de la Unión.
5. El artículo 107, apartado 1, del TFUE, define las ayudas estatales como aquellas «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, en la medida en que afecten a los intercambios comerciales entre Estados miembros.». La presente Comunicación aclarará los distintos elementos que, según la jurisprudencia, constituyen ayuda estatal con arreglo a dicho artículo: la existencia de una empresa, la imputabilidad de la medida al Estado, su financiación mediante fondos estatales, la concesión de una ventaja, la selectividad de la medida y su efecto potencial sobre la competencia y los intercambios comerciales dentro de la Unión.

## **2. CONCEPTO DE EMPRESA Y DE ACTIVIDAD ECONÓMICA**

6. Según el artículo 107, apartado 1, del TFUE, por regla general, las normas sobre ayudas estatales solo se aplican cuando el beneficiario de la ayuda es una «empresa».

---

<sup>1</sup> A este respecto, véase el asunto C-290/07, Comisión/Scott, Rec. 2010, p. I-7763, apartado 66.

## 2.1. Principios generales

7. Según reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia, una empresa es una entidad que ejerce una actividad económica, con independencia de su estatuto jurídico y de su modo de financiación<sup>2</sup>. La clasificación de una entidad concreta como empresa depende, pues, totalmente de la naturaleza de sus actividades. Este principio general tiene tres implicaciones importantes:
8. En primer lugar, el estatuto jurídico de la entidad en virtud de la legislación nacional no es decisivo. Por ejemplo, una entidad que esté considerada una asociación o un club deportivo por la legislación nacional puede, no obstante, ser considerada una empresa a tenor del artículo 107, apartado 1, del TFUE. Lo mismo ocurre con una entidad que formalmente forme parte de la administración pública. El único criterio relevante al respecto es si ejerce una actividad económica.
9. En segundo lugar, la aplicación de las normas sobre ayudas estatales como tal no depende de si la entidad ha sido creada para generar beneficios. Según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia y del Tribunal General, las entidades sin ánimo de lucro pueden ofrecer bienes y servicios en un mercado<sup>3</sup>. Cuando no sea ese el caso, los prestadores sin ánimo de lucro permanecen fuera del control de las ayudas estatales.
10. En tercer lugar, la clasificación de una entidad como empresa se relaciona siempre con una actividad específica. Una entidad que realiza actividades económicas y no económicas se considerará una empresa únicamente en lo referente a aquellas.
11. Puede considerarse que dos entidades jurídicas distintas forman una única unidad económica a efectos de la aplicación de las normas sobre ayudas estatales. Esa unidad económica es a la que entonces se considera la empresa en cuestión. A este respecto, el Tribunal de Justicia considera si existen participaciones de control y otros vínculos funcionales, económicos u orgánicos<sup>4</sup>.
12. Para aclarar la distinción entre actividades económicas y no económicas, el Tribunal de Justicia ha dictaminado reiteradamente que cualquier actividad consistente en ofrecer bienes o servicios en un determinado mercado constituye una actividad económica<sup>5</sup>.
13. Determinar si existe un mercado para determinados servicios puede depender de cómo se organicen dichos servicios en el Estado miembro en cuestión<sup>6</sup> y puede, por tanto, variar de un Estado miembro a otro. Además, por decisión política o por la evolución económica, la clasificación de una actividad determinada puede cambiar con el tiempo. Lo que hoy no es una actividad económica puede serlo en un futuro, y viceversa.

---

<sup>2</sup> Asuntos acumulados C-180/98 a C-184/98 Pavlov y otros, Rec. 2000, I-6451, apartado 74.

<sup>3</sup> Asuntos acumulados 209/78 a 215/78 y 218/78, Van Landewyck, Rec. 1980, p. 3125, apartado 88; asunto C-244/94 FFSA y otros, Rec. 1995, p. I-4013, apartado 21; asunto C-49/07, MOTOE, Rec. 2008, p. I-4863, apartados 27 y 28.

<sup>4</sup> Asunto C-480/09, P AceaElectrabel Produzione SpA/Comisión, Rec. 2010, p. I-13355, apartados 47 a 55; asunto C-222/04, Cassa di Risparmio di Firenze SpA y otros, Rec. 2006, p. I-289, apartado 112.

<sup>5</sup> Asunto 118/85, Comisión/Italia, Rec. 1987, p. 2599, apartado 7; asunto C-35/96, Comisión/Italia, Rec. 1998, p. I-3851, apartado 36; asuntos acumulados C-180/98 a C-184/98, Pavlov y otros, Rec. 2000, I-6451, apartado 75.

<sup>6</sup> Asuntos acumulados C-159/91 y C-160/91, Poucet y Pistre, Rec. 1993, p. I-637, apartados 16 a 20.

14. La decisión de una autoridad pública de no permitir a terceros prestar determinado servicio (por ejemplo, porque desea prestarlo de forma interna) no excluye la existencia de una actividad económica. A pesar de este cierre del mercado, una actividad económica puede existir cuando otros operadores quieran y puedan prestar el servicio en el mercado en cuestión. En términos más generales, el hecho de que un servicio concreto se preste de forma interna es irrelevante a efectos de la naturaleza económica de la actividad<sup>7</sup>.
15. Puesto que la distinción entre actividades económicas y no económicas depende de decisiones políticas y de la evolución económica de un Estado miembro determinado, no se puede hacer una lista exhaustiva de actividades que *a priori* nunca serían económicas. Una lista así no aportaría verdadera seguridad jurídica y, por lo tanto, sería de escasa utilidad. Los siguientes puntos, por el contrario, pretenden aclarar la distinción con respecto a una serie de ámbitos importantes.
16. Al no haber en los Tratados una definición de actividad económica, la jurisprudencia parece seguir diversos criterios para la aplicación de las normas del mercado interior y para la aplicación del Derecho de la competencia<sup>8</sup>.
17. El mero hecho de que una entidad tenga participaciones, aunque sean de control, en una empresa que ofrece bienes o servicios en un mercado no significa que dicha entidad deba ser considerada automáticamente una empresa a efectos del artículo 107 del TFUE. Cuando dicha circunstancia solo implique el ejercicio de los derechos vinculados a la condición de accionista, así como, en su caso, la percepción de dividendos, que no son más que los frutos que produce la propiedad de un bien, dicha entidad no será considerada una empresa si por sí misma no ofrece bienes o servicios en un mercado<sup>9</sup>.

## 2.2. Ejercicio de la autoridad pública

18. De la jurisprudencia se desprende que el artículo 107 del TFUE no se aplica cuando el Estado actúa «ejerciendo la autoridad pública»<sup>10</sup> o cuando las entidades públicas actúan «en calidad de Administraciones públicas»<sup>11</sup>. Una entidad puede considerarse que actúa ejerciendo la autoridad pública cuando la actividad en cuestión sea una tarea que forme parte de las funciones esenciales del Estado o esté relacionada con dichas funciones por su naturaleza, por su objeto y por las normas a las que está

---

<sup>7</sup> Véanse las Conclusiones del Abogado General Geelhoed en el asunto C-295/05, Asociación Nacional de Empresas Forestales (Asemfo), Rec. 2007, p. I-2999, apartados 110 a 116; Reglamento (CE) n° 1370/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2007, sobre los servicios públicos de transporte de viajeros por ferrocarril y carretera y por el que se derogan los Reglamentos (CEE) n° 1191/69 y (CEE) n° 1107/70 del Consejo, DO L 315 de 3.12.2007, p. 1, artículo 5, apartado 2, y artículo 6, apartado 1; Decisión de la Comisión 2011/501/UE, de 23 de febrero de 2011, relativa a la ayuda estatal C 58/06 (ex NN 98/05) concedida por Alemania a las empresas Bahnen der Stadt Monheim (BSM) y Rheinische Bahngesellschaft (RBG) reunidas en Verkehrsverbund Rhein-Ruhr, DO L 210 de 17.8.2011, p. 1, considerandos 208 y 209.

<sup>8</sup> Asunto C-519/04 P, David Meca-Medina e Igor Majcen/Comisión, Rec. 2006, p. I-6991, apartados 30 a 33; asunto C-350/07, Kattner Stahlbau, Rec. 2009, p. I-1513, apartados 66, 72, 74 y 75; Conclusiones del Abogado General Poiras Maduro en el asunto C-205/03 P FENIN, Rec. 2006, p. I-6295, apartados 50 y 51.

<sup>9</sup> Asunto C-222/04, Cassa di Risparmio di Firenze SpA y otros, Rec. 2006, p. I-289, apartados 107 a 118 y 125.

<sup>10</sup> Asunto 118/85, Comisión/Italia, Rec. 1987, p. 2599, apartados 7 y 8.

<sup>11</sup> Asunto C-30/87, Bodson, Rec. 1988, p. I-2479, apartado 18.

sujeta<sup>12</sup>. En términos generales, salvo que el Estado miembro en cuestión haya decidido introducir mecanismos de mercado, las actividades que forman parte intrínsecamente de las prerrogativas típicas de la autoridad oficial y las desempeña el Estado no constituyen actividades económicas. Ejemplos de esto son las actividades relacionadas con:

- a) el ejército o la policía<sup>13</sup>;
- b) la seguridad y el control de la navegación aérea<sup>14</sup>;
- c) el control y la seguridad del tráfico marítimo<sup>15</sup>;
- d) la vigilancia anticontaminación<sup>16</sup>;
- e) la organización, financiación y ejecución de las penas de prisión<sup>17</sup>; y
- f) la recopilación de datos para ser utilizados con fines públicos, basada en una obligación legal de declaración de dichos datos impuesta a las empresas en cuestión<sup>18</sup>.

19. En la medida en que una entidad pública ejerce una actividad económica que puede disociarse del ejercicio de sus prerrogativas de autoridad pública, dicha entidad, por lo que respecta a esa actividad, actúa como una empresa. Por el contrario, si dicha actividad económica es indisociable del ejercicio de sus prerrogativas de autoridad pública, todas las actividades ejercidas por dicha entidad siguen siendo actividades vinculadas al ejercicio de esas prerrogativas y, por tanto, quedan fuera del concepto de empresa<sup>19</sup>.

### **2.3. Seguridad Social**

20. Los regímenes en el ámbito de la seguridad social se considerarán actividad económica en función de cómo se hayan creado y estructurado. Esencialmente, la jurisprudencia distingue entre regímenes basados en el principio de solidaridad y regímenes económicos.
21. El Tribunal de Justicia y el Tribunal General utilizan una serie de criterios para determinar si un régimen de seguridad social se basa en el principio de solidaridad y, por consiguiente, no implica una actividad económica:
- a) si es obligatoria la afiliación al régimen<sup>20</sup>;
  - b) si el régimen persigue una finalidad de carácter exclusivamente social<sup>21</sup>;

---

<sup>12</sup> Véase, en particular, el asunto C-364/92, SAT, Rec. 1994, p. I-43, apartado 30.

<sup>13</sup> Decisión de la Comisión, de 7 de diciembre de 2011, relativa a la ayuda estatal SA.32820 (2011/NN) – Reino Unido – Ayuda a los servicios forenses, DO C 29 de 2.2.2012, p. 4, considerando 8.

<sup>14</sup> Asunto C-364/92, SAT/Eurocontrol, Rec. 1994, p. I-43, apartado 27; asunto C-113/07 P, Selex Sistemi Integrati/Comisión, Rec. 2009, p. I-2207, apartado 71.

<sup>15</sup> Decisión de la Comisión, de 16 de octubre de 2002, relativa a la ayuda estatal N 438/02 — Bélgica — Ayuda a las autoridades portuarias, DO C 284 de 21.11.2002, p. 2.

<sup>16</sup> Asunto C-343/95, Calì & Figli, Rec. 1997, p. I-1547, apartado 22.

<sup>17</sup> Decisión de la Comisión, de 19 de julio de 2006, relativa a la ayuda estatal N 140/06 —Lituania — Adjudicación de subvenciones a reformatorios, DO C 244 de 11.10.2006, p. 12.

<sup>18</sup> Asunto C-138/11 Compass- Datenbank GmbH, Rec. 2012, p. I-0000, apartado 40.

<sup>19</sup> Asunto C-138/11 Compass- Datenbank GmbH, Rec. 2012, p. I-0000, apartado 38 y asunto C-113/07 P, SELEX Sistemi Integrati/Comisión, Rec. 2009, p. I-2207, apartado 72 y ss.

<sup>20</sup> Asuntos acumulados C-159/91 y C-160/91, Poucet y Pistre, Rec. 1993, p. I-637, apartado 13.

- c) si el régimen no tiene ánimo de lucro<sup>22</sup>;
  - d) si las prestaciones son independientes de la cuantía de las cotizaciones<sup>23</sup>;
  - e) si las prestaciones pagadas no son necesariamente proporcionales a los ingresos del asegurado<sup>24</sup>; y
  - f) si el régimen está sometido al control del Estado<sup>25</sup>.
22. Estos regímenes solidarios deben distinguirse de los regímenes económicos<sup>26</sup>. A diferencia de los regímenes solidarios, los regímenes económicos suelen caracterizarse por:
- a) la afiliación facultativa<sup>27</sup>;
  - b) el principio de capitalización (el derecho a las prestaciones depende de las cotizaciones pagadas y de los resultados financieros de las inversiones)<sup>28</sup>;
  - c) su carácter lucrativo<sup>29</sup>; y
  - d) prestaciones complementarias a las del régimen básico<sup>30</sup>.
23. Algunos regímenes combinan características de ambas categorías. En tales casos, la clasificación del régimen depende de un análisis de diversos elementos y de su importancia respectiva<sup>31</sup>.
- 2.4. Asistencia sanitaria**
24. En la Unión, los sistemas de asistencia sanitaria varían significativamente de un Estado miembro a otro. Si los distintos prestadores de asistencia sanitaria compiten entre sí, y en qué grado, depende de estas particularidades nacionales:
25. En algunos Estados miembros, los hospitales públicos son parte integrante de un servicio nacional de salud y están basados casi en su totalidad en el principio de solidaridad<sup>32</sup>. Estos hospitales se financian directamente con las cotizaciones a la seguridad social y otros recursos del Estado y prestan sus servicios gratuitamente

<sup>21</sup> Asunto C-218/00, *Cisal e INAIL*, Rec. 2002, p. I-691, apartado 45.

<sup>22</sup> Asuntos acumulados C-264/01, C-306/01, C-354/01 y C-355/01, *AOK Bundesverband*, Rec. 2004, p. I-2493, apartados 47 a 55.

<sup>23</sup> Asuntos acumulados C-159/91 y C-160/91, *Poucet y Pistre*, Rec. 1993, p. I-637, apartados 15 a 18.

<sup>24</sup> Asunto C-218/00, *Cisal e INAIL*, Rec. 2002, p. I-691, apartado 40.

<sup>25</sup> Asuntos acumulados C-159/91 y C-160/91, *Poucet y Pistre*, Rec. 1993, p. I-637, apartado 14; asunto C-218/00, *Cisal e INAIL*, Rec. 2002, p. I-691, apartados 43 a 48; asuntos acumulados C-264/01, C-306/01, C-354/01 y C-355/01, *AOK Bundesverband*, Rec. 2004, p. I-2493, apartados 51 a 55.

<sup>26</sup> Véase, en particular, el asunto C-244/94 *FFSA* y otros, Rec.1995, p. I-4013, apartado 19.

<sup>27</sup> Asunto C-67/96, *Albany*, Rec. 1999, p. I-5751, apartados 80 a 87.

<sup>28</sup> Asunto C-244/94 *FFSA* y otros, Rec. 1995, p. I-4013, apartados 9 y 17 a 20; asunto C-67/96, *Albany*, Rec. 1999, p. I-5751, apartados 81 a 85; véanse también asuntos acumulados C-115/97 a C-117/97, *Brentjens*, Rec. 1999, p. I-6025, apartados 81 a 85; asunto C-219/97, *Drijvende Bokken*, Rec. 1999, p. I-6121, apartados 71 a 75; y asuntos acumulados C-180/98 a C-184/98, *Pavlov y otros*, Rec. 2000, p. I-6451, apartados 114 y 115.

<sup>29</sup> Asuntos acumulados C-115/97 a C-117/97, *Brentjens*, Rec. 1999, p. I-6025, apartados 74 a 85.

<sup>30</sup> Asuntos acumulados C-180/98 a C-184/98 *Pavlov y otros* Rec. 2000, I-6451, apartados 67 a 70.

<sup>31</sup> Asunto C-350/07, *Kattner Stahlbau*, Rec. 2009, p. I-1513, apartados 33 y ss.

<sup>32</sup> Según la jurisprudencia de los órganos jurisdiccionales de la Unión, el ejemplo más destacado es el Sistema Nacional de Salud español, (véase el asunto T-319/99, *FENIN*, Rec. 2003, p. II-357 y el asunto C-205/03P, Rec. 2006, p. I-6295, apartados 25 a 28.).

sobre la base de una cobertura universal<sup>33</sup>. El Tribunal de Justicia y el Tribunal General han confirmado que, cuando existe una estructura de este tipo, las entidades en cuestión no actúan como empresas<sup>34</sup>.

26. Cuando exista la citada estructura, incluso actividades que en sí mismas podrían ser de naturaleza económica, pero se ejercen meramente con fines de prestar otro servicio no económico, no son de naturaleza económica. Una entidad que compra un producto, incluso en grandes cantidades, con la finalidad de ofrecer un servicio no económico no actúa como empresa por el simple hecho de que se comporte como un comprador en un mercado<sup>35</sup>.
27. En muchos otros Estados miembros, los hospitales y prestadores de asistencia sanitaria ofrecen sus servicios a cambio de una remuneración, ya sea directamente de los pacientes o de su seguro<sup>36</sup>. En estos sistemas, existe cierto grado de competencia entre hospitales en lo referente a la prestación de los servicios de asistencia sanitaria. Cuando es ese el caso, el hecho de que un servicio sanitario sea prestado por un hospital público no es suficiente para que la actividad no se considere económica.
28. El Tribunal de Justicia y el Tribunal General también han aclarado que los servicios de asistencia sanitaria prestados por médicos independientes y otros profesionales privados a cambio de una remuneración asumiendo su propio riesgo deben considerarse una actividad económica<sup>37</sup>. Los mismos principios se aplicarían a las farmacias independientes.

## **2.5. Actividades educativas y de investigación**

29. Según la jurisprudencia, la educación pública organizada dentro del sistema nacional de educación financiada y supervisada por el Estado puede considerarse una actividad no económica. El Tribunal de Justicia dictaminó que el Estado:  

«al establecer y mantener tal sistema de enseñanza pública, financiado por lo general con cargo a fondos públicos y no por los alumnos o por sus padres, (...) no se propone realizar actividades remuneradas, sino que cumple su misión para con la población en los ámbitos social, cultural y educativo.»<sup>38</sup>.
30. Según la misma jurisprudencia, la naturaleza no económica de la educación pública no se ve afectada en principio por el hecho de que los alumnos o sus padres tengan que pagar gastos o matrículas que contribuyan a los gastos de funcionamiento del sistema. Estas aportaciones financieras a menudo solo cubren una fracción del verdadero coste del servicio y no pueden, por tanto, considerarse una remuneración por el servicio prestado. Por consiguiente, no alteran la naturaleza no económica de un servicio de educación general financiado predominantemente con cargo a fondos

---

<sup>33</sup> En función de las características del sistema, el cobro de solo una pequeña parte del verdadero coste del servicio puede no afectar a su clasificación como no económico.

<sup>34</sup> Asunto T-319/99, FENIN, Rec. 2003, p. II-357, apartado 39 y asunto C-205/03P, Rec. 2006, p. I-6295, apartados 25 a 28.

<sup>35</sup> Asunto T-319/99, FENIN, Rec. 2003, p. II-357, apartado 40.

<sup>36</sup> Véase por ejemplo el asunto C-157/99 Geraets-Smits y otros, Rec. 2001, p. I-5473, apartados 53 a 58.

<sup>37</sup> Véanse los asuntos acumulados C-180/98 a C-184/98, Pavlov y otros, Rec. 2000, p. I-6451, apartados 75 y 77.

<sup>38</sup> Asunto C-318/05, Comisión/Alemania, Rec. 2007, p. I-6957, apartado 68. Véase también la Decisión de la Comisión, de 25 de abril de 2001, relativa a la ayuda estatal N 118/00 Subvenciones públicas a los clubes deportivos profesionales, DO C 333 de 28.11.2001, p. 6.

públicos<sup>39</sup>. Estos principios pueden abarcar servicios de educación pública tales como formación profesional<sup>40</sup>, escuelas primarias<sup>41</sup> y jardines de infancia públicos y privados<sup>42</sup>, enseñanza ejercida como actividad profesional secundaria en universidades<sup>43</sup> y las prestaciones docentes en universidades<sup>44</sup>. Los mismos principios pueden aplicarse a determinados servicios culturales, como las bibliotecas públicas<sup>45</sup>.

31. Debe distinguirse estos servicios de educación pública de los servicios financiados predominantemente por los alumnos o sus padres o por ingresos comerciales. Por ejemplo, la educación superior financiada enteramente por los estudiantes entra claramente en esta última categoría. En algunos Estados miembros, las entidades públicas pueden ofrecer también servicios educativos que, por su naturaleza, estructura de financiación y la existencia de entidades privadas competidoras, deben ser considerados de naturaleza económica.
32. Habida cuenta de los principios anteriores, la Comisión considera que determinadas actividades de las universidades y organismos de investigación no entran en el ámbito de las ayudas estatales. Esto se refiere a sus actividades primarias, en concreto:
  - a) las actividades de formación destinadas a contar con unos recursos humanos mejores y más cualificados;
  - b) la realización de I+D independiente, incluida la I+D en colaboración, para mejorar los conocimientos y la comprensión incluida la investigación colaborativa y el desarrollo; y
  - c) la difusión de los resultados de las investigaciones.
33. La Comisión considera que las actividades de transferencia tecnológica (concesión de licencias, creación de empresas derivadas, y otras formas de gestión de los conocimientos creados por el organismo de investigación) no son de carácter económico cuando tales actividades tienen carácter interno<sup>46</sup> y todos los ingresos

---

<sup>39</sup> Sentencia del Tribunal de la AELC, de 21 de febrero de 2008, en el asunto E-5/07, Private Barnehagers Landsforbund/Órgano de Vigilancia de la AELC, Rec. 2008 p. 62, apartado 83.

<sup>40</sup> Asunto 263/86, Humbel, Rec. 1988, p. 5365, apartado 18.

<sup>41</sup> Asunto C-318/05, Comisión/Alemania, Rec. 2007, p. I-6957, apartados 65 a 71; asunto C-76/05 Schwartz, Rec. 2007, p. I-6849, apartados 37 a 47.

<sup>42</sup> Véase también la sentencia del Tribunal de la AELC, de 21 de febrero de 2008, en el asunto E-5/07, Private Barnehagers Landsforbund/Órgano de Vigilancia de la AELC.

<sup>43</sup> Asunto C-281/06, Jundt, Rec. 2007, p. I-12231, apartados 28 a 39.

<sup>44</sup> Asunto 109/92, Wirth, Rec. 1993, p. I-6447, apartados 14 a 22.

<sup>45</sup> Véase la Decisión de la Comisión, de 16 de abril de 2013, relativa a la ayuda estatal en el asunto SA.35529 – República Checa – Digitalización de libros en bibliotecas.

<sup>46</sup> Según la nota a pie de página nº 25 del Marco comunitario sobre ayudas estatales de investigación y desarrollo e innovación, por «carácter interno» se entiende una situación en la que la gestión de los conocimientos del organismo de investigación corre a cargo o bien de un departamento o de una filial del organismo de investigación o bien se hace conjuntamente con otros organismos de investigación. El hecho de contratar con terceros la prestación de determinados servicios mediante licitación pública no es óbito para el carácter interno de tales actividades.

vuelven a invertirse en las actividades primarias de los organismos de investigación en cuestión<sup>47</sup>.

## 2.6. Infraestructura

34. Hasta fecha reciente, la financiación de infraestructuras se solía considerar que quedaba fuera de las normas sobre ayudas estatales por estimar que una infraestructura constituía una medida general de interés público y no una actividad económica. Por ejemplo, las Directrices sobre aviación de 1994 de la Comisión reflejaban esta opinión al declarar que «[l]a construcción [o] ampliación de proyectos de infraestructura (como aeropuertos, autopistas, puentes, etc.) constituye una medida general de política económica que escapa al control de la Comisión en virtud de las reglas del Tratado sobre las ayudas estatales»<sup>48</sup>.
35. Sin embargo, la sentencia *Aéroports de Paris*, de 12 de diciembre de 2000<sup>49</sup> invalidó esta interpretación, al aclarar que la explotación de un aeropuerto constituye una actividad económica. Más recientemente, la sentencia de 2010 *Leipzig/Halle*<sup>50</sup> confirmó que la construcción de cualquier tipo de infraestructura con la intención de explotarla económicamente, como una pista de un aeropuerto comercial, constituye una actividad económica en sí, lo que significa que se aplican las normas en materia de ayudas estatales en las que está fundada. Aunque los asuntos citados se refieren a un sector específico, los principios desarrollados por el Tribunal parecen ser de interpretación general y, por tanto, aplicables a toda infraestructura explotada para una actividad económica.
36. No obstante, debido a la incertidumbre existente antes de la sentencia *Aéroports de Paris*, las autoridades públicas podían considerar legítimamente que la financiación de infraestructuras concedida antes de la sentencia no constituía ayuda estatal y que, en consecuencia, tales medidas no necesitaban ser notificadas a la Comisión. De esto se deduce que la Comisión no puede poner en tela de juicio las medidas de financiación adoptadas definitivamente antes de la sentencia *Aéroports de Paris* sobre la base de las normas sobre ayudas estatales<sup>51</sup>. Evidentemente, eso no implica ninguna presunción en cuanto a la presencia de ayuda estatal después de la sentencia *Aéroports de Paris*, lo que deberá ser verificado caso por caso<sup>52</sup>.
37. La financiación pública de infraestructuras que no están destinadas a ser explotadas económicamente queda en principio excluida de la aplicación de las normas sobre ayudas estatales. Esto se refiere, por ejemplo, a infraestructuras generales, como

---

<sup>47</sup> Véanse los apartados 3.1.1 y 3.1.2 del Marco comunitario sobre ayudas estatales de investigación y desarrollo e innovación.

<sup>48</sup> «Aplicación de los artículos 92 y 93 del Tratado CE y del artículo 61 del acuerdo EEE a las Ayudas estatales en el sector de la aviación», DO C 350 de 10.12.1994, p. 5, punto 12.

<sup>49</sup> Asunto T-128/98, *Aéroports de Paris/Comisión*, Rec. 2000, p. II-3929, apartado 125. Véase también el asunto T-196/04, *Ryanair/Comisión*, Rec. 2008, p. II-3643, apartado 88.

<sup>50</sup> Asuntos acumulados T-443/08 y T-455/08, *Freistaat Sachsen, Flughafen Leipzig/Halle y otros/Comisión*, Rec. 2011, p. II-1311, en particular apartados 93 y 94, confirmada en casación, véase el asunto C-288/11 *Mitteldeutsche Flughafen AG y Flughafen Leipzig-Halle GmbH/Comisión*, Rec. 2012, p. I-0000.

<sup>51</sup> Decisión de la Comisión, de 3 de octubre de 2012, en el asunto SA.35378 Financiación del aeropuerto de Munich, Terminal 2, DO C 319, 29.11.2013, p. 8, considerandos 74 a 81.

<sup>52</sup> Las aclaraciones anteriores no prejuzgan la aplicación de las normas sobre política de cohesión en esas circunstancias, sobre las que se han dado orientaciones en otros casos.

carreteras, puentes o canales públicos, que se ponen a disposición de uso público sin contrapartidas. Lo mismo se aplica a las infraestructuras pensadas para actividades que el Estado habitualmente desempeña en el ejercicio de la autoridad pública (por ejemplo, la infraestructura relativa al control del tráfico aéreo en aeropuertos, faros u otros equipos para las necesidades de la navegación general, infraestructuras relativas a la policía y aduanas).

38. Cuando una infraestructura que en principio no era económica se reasigna posteriormente a un uso económico (por ejemplo, un aeropuerto militar se transforma para uso civil) solo se tomarán en cuenta los costes incurridos para la conversión de la infraestructura para su uso económico al evaluarla en virtud de las normas sobre ayudas estatales<sup>53</sup>.
39. Si una infraestructura se utiliza tanto para actividades económicas como no económicas, la financiación pública solo estará sujeta a las normas sobre ayudas estatales en la medida en que cubra costes relacionados con actividades económicas. Cuando sea posible separar los costes e ingresos correspondientes a las actividades económicas y no económicas, las normas sobre ayudas estatales solo se aplicarán en lo que respecta al apoyo estatal concedido por encima del importe que cubre los costes de las actividades no económicas.
40. Si, en casos de uso mixto, la infraestructura se utiliza casi exclusivamente para una actividad no económica, su financiación podrá quedar excluida en su totalidad del ámbito de aplicación de dichas normas, siempre que el uso económico sea puramente accesorio, a saber, una actividad que esté relacionada directamente con el funcionamiento de la infraestructura o que esté estrechamente vinculada a su principal uso no económico. En general, esas actividades accesorias consumen los mismos insumos que las actividades principales no económicas; por ejemplo, materiales, equipos, mano de obra, capital fijo. Las actividades económicas accesorias deben ser limitadas en cuanto a la capacidad de la infraestructura<sup>54</sup>. Entre los ejemplos de tales actividades económicas accesorias podrían citarse algunos organismos de investigación que ocasionalmente alquilan sus equipos y laboratorios a socios industriales.

### **3. ORIGEN ESTATAL**

41. La concesión de una ventaja directa o indirectamente mediante fondos estatales y la imputabilidad de dicha medida al Estado son dos condiciones separadas y acumulativas para que exista ayuda estatal<sup>55</sup>. No obstante, se suelen considerar conjuntamente a la hora de evaluar una medida con arreglo al artículo 107, apartado 1, del TFUE, puesto que ambas condiciones están relacionadas con el origen público de la medida en cuestión.

---

<sup>53</sup> Véase la Decisión de la Comisión relativa a la ayuda estatal SA.23324 – Aeropuerto de Tampere-Pirkkala, DO L 309 de 13.11.2013, p. 27.

<sup>54</sup> A este respecto, el uso económico de la infraestructura puede considerarse accesorio cuando la capacidad asignada cada año a dicha actividad no exceda del 15 % de la capacidad anual global de la infraestructura.

<sup>55</sup> Véase, por ejemplo, el asunto C-482/99, Francia/Comisión (Stardust), Rec. 2002, p. I-4397, apartado 24; asunto T-351/02, Deutsche Bahn/Comisión, Rec. 2006, p. II-1047, apartado 103.

### 3.1. Imputabilidad

42. En los casos en que una autoridad pública conceda ayuda a un beneficiario o designe a un organismo privado o público para administrar la medida, esta transferencia es imputable al Estado, aun cuando la autoridad pública goce de autonomía<sup>56</sup>. La imputabilidad es menos evidente, sin embargo, si la ventaja se concede a través de uno o varios organismos intermedios, ya sean públicos o privados, y en particular a través de empresas públicas<sup>57</sup>.
43. En tales casos, es necesario determinar si resulta procedente la conclusión de que las autoridades públicas intervinieron de algún modo en la adopción de la medida<sup>58</sup>.
44. El mero hecho de que una medida haya sido adoptada por una empresa pública no es por sí solo suficiente para considerarla imputable al Estado<sup>59</sup>. No obstante, no necesita demostrarse que, en un caso concreto, las autoridades públicas incitaron específicamente a la empresa pública a adoptar las medidas de ayuda en cuestión. De hecho, habida cuenta de las necesariamente estrechas relaciones existentes entre el Estado y las empresas públicas, existe un peligro real de que a través de ellas se concedan ayudas de Estado con poca transparencia y sin respetar el régimen de ayudas de Estado que establece el Tratado<sup>60</sup>. Por otra parte, precisamente a causa de las relaciones privilegiadas existentes entre el Estado y las empresas públicas, por lo general resultará muy difícil para un tercero demostrar que unas medidas de ayuda adoptadas por una empresa pública en un caso concreto fueron efectivamente decididas siguiendo las instrucciones de las autoridades públicas<sup>61</sup>.
45. Por estas razones, procede reconocer que la imputabilidad al Estado de una medida de ayuda adoptada por una empresa pública puede deducirse de un conjunto de indicios derivados de las circunstancias del asunto y del contexto en el que se adoptó la medida<sup>62</sup>.

#### 3.1.1. Indicios de imputabilidad

46. Una lista no exhaustiva de posibles indicios para establecer la imputabilidad incluye los siguientes<sup>63</sup>:

---

<sup>56</sup> Asunto 358/94, *Air France/Comisión*, Rec. 1996, p. II-2109, apartado 62 y asunto C-248/84, *Alemania/Comisión*, Rec. 1987, p. I-4013, apartados 62 a 68.

<sup>57</sup> El concepto de empresas públicas puede definirse por referencia a la Directiva 2006/111/CE de la Comisión, de 16 de noviembre de 2006, relativa a la transparencia de las relaciones financieras entre los Estados miembros y las empresas públicas, así como a la transparencia financiera de determinadas empresas (DO L 318 de 17.11.2006, p. 17). El artículo 2, letra b), de dicha Directiva define como «empresas públicas», cualquier empresa en la que los poderes públicos puedan ejercer, directa o indirectamente, una influencia dominante en razón de la propiedad, de la participación financiera o de las normas que la rigen.».

<sup>58</sup> Asunto C-482/99, *Francia/Comisión (Stardust)*, Rec. 2002, p. I-4397, apartado 52.

<sup>59</sup> Asunto C-482/99, *Francia/Comisión (Stardust)*, Rec. 2002, p. I-4397. Véase también el Asunto T-442/03, *SIC/Comisión*, Rec. 2008, p. II-1161, apartados 93 a 100.

<sup>60</sup> Asunto C-482/99, *Francia/Comisión (Stardust)*, Rec. 2002, p. I-4397, apartado 53.

<sup>61</sup> Asunto C-482/99, *Francia/Comisión (Stardust)*, Rec. 2002, p. I-4397, apartado 54.

<sup>62</sup> Asunto C-482/99, *Francia/Comisión (Stardust)*, Rec. 2002, p. I-4397, apartado 55.

<sup>63</sup> Asunto C-482/99, *Francia/Comisión (Stardust)*, Rec. 2002, p. I-4397, apartados 55 y 56. Véanse también las Conclusiones del Abogado General Jacobs en el asunto C-482/99, *Francia/Comisión (Stardust)*, Rec. 2002, p. I-4397, apartados 65 a 68.

- i) El organismo en cuestión no pudo adoptar la Decisión impugnada sin tener en cuenta las exigencias de los poderes públicos.
- ii) El hecho de que la empresa pública estuviera obligada a tener en cuenta, además de los factores de naturaleza orgánica que la vinculan al Estado, directrices de organismos gubernamentales.
- iii) La integración de la empresa pública en la estructura de la Administración Pública.
- iv) La naturaleza de las actividades de la empresa<sup>64</sup> y su ejercicio en el mercado en condiciones normales de competencia con operadores privados.
- v) El estatuto jurídico de la empresa (si está regida por el Derecho público o por el Derecho de sociedades común). Sin embargo, el mero hecho de que una empresa pública haya adoptado la forma de sociedad de capital de Derecho común no basta para descartar la imputabilidad<sup>65</sup>, considerando la autonomía que esta forma jurídica le confiere.
- vi) El grado de tutela que ejercen las autoridades públicas sobre la gestión de la empresa.
- vii) Cualquier otro indicio de la intervención de las autoridades públicas o de lo improbable de su falta de intervención en la adopción de la medida, habida cuenta del alcance de esta, de su contenido o de las condiciones que establezca.

### 3.1.2. *Imputabilidad y obligaciones con arreglo al Derecho de la Unión*

- 47. Una medida no es imputable si el Estado miembro está obligado a ejecutarla en virtud del Derecho de la Unión sin ninguna discrecionalidad. En tal caso, la medida se deriva de un acto del legislador de la Unión y no es imputable al Estado<sup>66</sup>.
- 48. No obstante, esta regla no se aplica en situaciones en las que el Derecho de la Unión simplemente permite determinadas medidas nacionales y los Estados miembros gozan de discreción i) sobre si adoptar las medidas en cuestión o ii) a la hora de determinar las características de la medida concreta que son relevantes desde una perspectiva de ayuda estatal. Las medidas que son adoptadas conjuntamente por varios Estados miembros son imputables a todos ellos con arreglo al artículo 107, apartado 1, del TFUE<sup>67</sup>.

---

<sup>64</sup> Por ejemplo, cuando las medidas sean adoptadas por bancos públicos de fomento (asunto T-358/94 Air France/Comisión, Rec. 1996, p. II- 2109, apartados 57 a 62 y asunto T-387/11 Nitrogenmuvek Vegyipari, Zrt./Comisión, Rec. 2013 p. II-0000, apartado 63.

<sup>65</sup> Asunto C-482/99, Francia/Comisión (Stardust), Rec. 2002, p. I-4397, apartado 57.

<sup>66</sup> Véase el asunto C-460/07 Sandra Puffer, Rec. 2009, p. I-3251, apartado 70, sobre el derecho a deducciones fiscales en virtud del régimen del IVA establecido por la Unión, y el asunto T-351/02 Deutsche Bahn AG/Comisión, Rec. 2006, p. II-1047, apartado 102, sobre exenciones fiscales requeridas por el Derecho de la Unión.

<sup>67</sup> Decisión 2010/606/UE de la Comisión, de 26 de febrero de 2010, relativa a la ayuda estatal C 9/2009 (ex NN 49/2008, NN 50/2008 y NN 45/2008) ejecutada por el Reino de Bélgica, la República Francesa y el Gran Ducado de Luxemburgo en favor de Dexia SA, DO L 274 de 19.10.2010, p. 54.

## 3.2. Fondos estatales

### 3.2.1. Principios generales

49. A tenor del artículo 107, apartado 1, del TFUE, únicamente las ventajas otorgadas directa o indirectamente mediante fondos estatales pueden constituir ayuda estatal<sup>68</sup>.
50. Por «fondos estatales» se entiende todos los fondos del sector público<sup>69</sup>, incluidos los fondos de entidades intraestatales (descentralizadas, federadas, regionales o de otra índole)<sup>70</sup> y, en determinadas circunstancias, fondos de organismos privados (véanse los puntos 56 y 57). Es irrelevante si una institución dentro del sector público es autónoma<sup>71</sup>. Los fondos aportados por el banco central de un Estado miembro a instituciones de crédito específicas generalmente entran en el ámbito de las normas sobre ayudas estatales<sup>72</sup>.
51. Los recursos de las empresas públicas también constituyen fondos estatales a tenor del artículo 107, apartado 1, del TFUE porque el Estado puede orientar la utilización de los mismos<sup>73</sup>. A efectos de la legislación sobre ayudas estatales, las transferencias dentro de un grupo público pueden también ser relevantes, por ejemplo, si los recursos se transfieren de la matriz a su filial (aun cuando constituya una única empresa desde el punto de vista económico). La cuestión de si la transferencia de tales recursos es imputable al Estado se aborda en la sección 3.1. El hecho de que una empresa pública sea beneficiaria de una medida de ayuda no excluye que conceda ayuda a otro beneficiario mediante una medida de ayuda diferente<sup>74</sup>.
52. El hecho de que una medida que concede una ventaja no esté financiada directamente por el Estado, sino por organismos públicos o privados creados o designados por él para gestionar la ayuda, no excluye que esa medida esté financiada con fondos estatales<sup>75</sup>. Una medida de la autoridad pública que favorezca a determinadas empresas o productos no pierde su carácter de ventaja gratuita por el hecho de que haya sido financiada total o parcialmente mediante gravámenes impuestos por la autoridad pública y aplicados a las empresas interesadas<sup>76</sup>.

---

<sup>68</sup> Asunto 82/77 Van Tiggele, 82/77, Rec. 1978, p. 25, apartados 25 y 26; asunto C-358/94, Francia/Comisión (Rec. 1990, p. I-2109), apartado 63.

<sup>69</sup> Asunto C-358/94, Air France/Comisión, Rec. 1996, p. I-2109, apartado 56.

<sup>70</sup> Asunto 248/84, Alemania/Comisión, Rec. 1987, p. 4013, apartado 17; asuntos acumulados T-92/00 y T-103/00, Territorio Histórico de Álava y otros/Comisión, Rec. 2002, p. II-1385, apartado 57.

<sup>71</sup> Asunto T-358/94 Air France/Comisión, Rec. 1996, p. II-2109, apartados 58 a 62.

<sup>72</sup> Véase la Comunicación de la Comisión sobre la aplicación, a partir del 1 de agosto de 2013, de la normativa sobre ayudas estatales a las medidas de apoyo en favor de los bancos en el contexto de la crisis financiera («Comunicación bancaria») DO C 216 de 30.7.2013, p. 1. No obstante, la Comisión ha aclarado que cuando un banco central reacciona a una crisis bancaria, no con medidas selectivas a favor de determinados bancos, sino con medidas generales abiertas a todos los operadores del mercado comparables (por ejemplo, concediendo préstamos a todo el mercado en igualdad de condiciones), estas medidas generales no suelen entrar en el ámbito del control de las normas sobre ayudas estatales.

<sup>73</sup> Asunto C-482/99, Francia/Comisión (Stardust), Rec. 2002, p. I-4397, apartado 38. Véase también el asunto C-278/00 Grecia/Comisión, Rec. 2004, p. I-3997, apartado 53 y 54, y asuntos acumulados C-328/99 y C-399/00 Italia y SIM 2 Multimedia SpA/Comisión, Rec. 2003, p. I-4035, apartados 33 y 34.

<sup>74</sup> Asuntos acumulados T-443/08 y T-455/08, Freistaat Sachsen y Land Sachsen-Anhalt y otros/Comisión, Rec. 2011, p. II-1311, apartado 143.

<sup>75</sup> Asunto 78/76, Steinike & Weinlig, Rec. 1977, p. 595, apartado 21.

<sup>76</sup> Asunto 78/76, Steinike & Weinlig, Rec. 1977, p. 595, apartado 22.

53. La transferencia de fondos estatales puede revestir diversas formas, tales como subvenciones directas, préstamos, garantías, inversión directa en el capital de empresas y beneficios en especie. El compromiso firme y concreto de facilitar fondos estatales en un momento posterior también se considera una transferencia de fondos estatales. No es necesaria una transferencia positiva de fondos puesto que es suficiente con los ingresos no percibidos por el Estado. Renunciar a ingresos que, de lo contrario, se habrían pagado al Estado, constituye una transferencia de fondos estatales<sup>77</sup>. Por ejemplo, un «déficit» en los ingresos fiscales y de la seguridad social generado por exenciones o reducciones fiscales en impuestos o cotizaciones a la seguridad social concedidas por los Estados miembros, o la exoneración de la obligación de pago de multas u otras sanciones pecuniarias, cumple el requisito de fondos estatales del artículo 107, apartado 1, del TFUE<sup>78</sup>. La creación de un riesgo suficientemente concreto que imponga una carga adicional para el Estado en el futuro, mediante una garantía o una oferta contractual, es suficiente a efectos del artículo 107, apartado 1<sup>79</sup>.
54. Si las autoridades públicas o las empresas públicas suministran bienes o prestan servicios a un precio inferior a los tipos de mercado, implica una renuncia a fondos estatales (así como la concesión de una ventaja).
55. La concesión de acceso a dominio público, o recursos naturales o la concesión de derechos especiales o exclusivos<sup>80</sup> sin una remuneración adecuada acorde con los tipos de mercado, puede constituir ingresos no percibidos por el Estado (y de nuevo, también la concesión de una ventaja)<sup>81</sup>.
56. En esos casos, hay que determinar si el Estado, además de su función de gestión del patrimonio público, actúa como un regulador que persigue unos objetivos políticos al supeditar el proceso de selección de las empresas en cuestión a criterios cualitativos (establecidos *ex ante* de manera transparente y no discriminatoria)<sup>82</sup>. Cuando el Estado actúa como regulador, puede decidir legítimamente no maximizar los ingresos que, de otro modo, podría haber obtenido, sin entrar en el ámbito de las

---

<sup>77</sup> Asunto C-83/98 P Francia/Ladbroke Racing Ltd y Comisión, Rec. 2000, p. I-3271, apartados 48 a 51.

<sup>78</sup> Asunto C-387/92 Banco Exterior de España, Rec. 1994, I-877, apartado 14, relativo a las exenciones fiscales. Por otra parte, las excepciones a las normas comunes en materia de quiebra, que permiten que las empresas continúen su actividad económica en circunstancias en las que no se les permitiría si se aplicaran las normas habituales, pueden implicar una carga adicional para el Estado si los organismos públicos figuran entre los principales acreedores de esa empresa o cuando tal acción equivale a una renuncia de facto a los créditos públicos, véase el asunto C-295/97 Piaggio, Rec. 1999, p. I-3761, apartados 40 a 43 y el asunto C-200/97 Ecotrade, Rec.1998, p. I-7907, apartado 45.

<sup>79</sup> Asunto C-200/97 Ecotrade, Rec.1998, p. I-7907, apartado 41, y asuntos acumulados C-399/10 P y C-401/10 P, apartados 137 a 139.

<sup>80</sup> Definidos en el artículo 2, letras f) y g), de la Directiva 2006/111/CE de la Comisión, de 16 de noviembre de 2006, relativa a la transparencia de las relaciones financieras entre los Estados miembros y las empresas públicas, así como a la transparencia financiera de determinadas empresas (DO L 318 de 17.11.2006, p. 17).

<sup>81</sup> Véase también la Comunicación de la Comisión relativa a la aplicación de las normas de la Unión Europea en materia de ayudas estatales a las compensaciones concedidas por la prestación de servicios de interés económico general, DO C 8 de 11.1.2012, p. 4, punto 33.

<sup>82</sup> Véase el asunto T-475/04 Bouygues SA/Comisión, Rec. 2007, p. II-2097, en el que el Tribunal General señaló que, al conceder acceso a un recurso público escaso, como las radiofrecuencias, las autoridades nacionales tuvieron al mismo tiempo una función de regulación de las telecomunicaciones y una función de gestión del patrimonio público (apartado 104).

normas sobre ayudas estatales, siempre y cuando todos los operadores afectados reciban el mismo trato, y exista un vínculo inherente entre lograr el objetivo de regulación y no percibir ingresos<sup>83</sup>.

57. En cualquier caso, existe una transferencia de fondos estatales si, en un caso concreto, las autoridades públicas no cobran la cantidad normal con arreglo a su sistema general de acceso al dominio público o los recursos naturales o por la concesión de derechos especiales o exclusivos.
58. Que las medidas de regulación repercutan indirectamente de forma negativa en los ingresos del Estado no constituye una transferencia de fondos estatales, cuando sea inherente a la medida<sup>84</sup>. Por ejemplo, una excepción a las disposiciones del Derecho laboral que altere el marco de las relaciones contractuales entre empresas y trabajadores no constituye una transferencia de fondos estatales, a pesar de que pueda reducir las cotizaciones a la seguridad social o los impuestos a pagar al Estado<sup>85</sup>.

### 3.2.2. *Controlar la influencia sobre los fondos*

59. El origen de los fondos es irrelevante siempre y cuando, antes de ser transferidos directa o indirectamente a los beneficiarios, estén bajo control público y, por lo tanto, a disposición de las autoridades nacionales<sup>86</sup>, incluso si los fondos no son propiedad de la autoridad pública<sup>87</sup>.

---

<sup>83</sup> Véase al respecto la Decisión de la Comisión de 20 de julio de 2004 relativa a la ayuda estatal NN 42/2004 – Francia - Modificación retroactiva de los cánones debidos por Orange y SFR por las licencias UMTS, DO C 275 de 8.11.2005, p. 3, considerandos 28-30, confirmada por los órganos jurisdiccionales de la Unión (asunto T-475/04 Bouygues SA/Comisión Rec. 2007, p. II-2097, apartados 108-111 y 123, y asunto C-431/07 P Bouygues y Bouygues Télécom/Comisión, Rec. 2009, p. I-2665, apartados 94-98 y 125). En ese asunto, en cuanto a la concesión de licencias de radiofrecuencias UMTS, el Estado tuvo al mismo tiempo una función de regulación de las telecomunicaciones y una función de gestión del patrimonio público y persiguió los objetivos de regulación fijados por la Directiva 97/13/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 10 de abril de 1997 relativa a un marco común en materia de autorizaciones generales y licencias individuales en el ámbito de los servicios de telecomunicaciones (DO L 117, 7.5.1997, p. 15). En tal situación, los órganos jurisdiccionales de la UE confirmaron que la concesión de licencias sin maximizar los ingresos que se podrían haber obtenido no implicaba ayuda estatal, considerando que las medidas en cuestión estaban justificadas por los objetivos de regulación fijados por la Directiva 97/13/CE y respetaron el principio de no discriminación. Por el contrario, en el asunto C-279/08 P Comisión/Países Bajos, Rec. 2011, p. I-7671, apartados 88 y ss., el Tribunal no encontró motivos regulatorios que justificaran la concesión sin contrapartidas de la libre compraventa de derechos de emisión.

<sup>84</sup> C-379/98, PreussenElektra, Rec. 2001, p. I-2099, apartado 62.

<sup>85</sup> Asuntos acumulados C-72/91 y C-73/91, Sloman Neptun Schiffahrts, Rec. 1993, p. I-887, apartados 20 y 21. Véanse también los asuntos acumulados C-52/97, C-53/97 y C-54/97 Viscido y otros, Rec.1998, p. I-2629, apartados 13 y 14, y asunto C-189/91, Kirsammer-Hack, Rec.1993, p. I-6185, apartados 17 y 18, sobre el hecho de que la no aplicación de determinadas disposiciones de Derecho laboral no constituye una transferencia de fondos estatales.

<sup>86</sup> Véase, por ejemplo, el asunto C-206/06, Essent Netwerk Noord, Rec. 2008, p. I-5497, apartado 70; asunto C-83/98 P Francia/Ladbroke Racing Ltd y Comisión, Rec. 2000, p. I-3271, apartado 50.

<sup>87</sup> Véase el asunto T-358/94 Air France/Comisión, Rec.1996, p. II-2109, apartados 65 a 67, relativo a una ayuda concedida por *Caisse des Dépôts et Consignations* que se financió con depósitos voluntarios de particulares que podían retirarlos en todo momento. Esto no afectó a la conclusión de que dichos fondos eran fondos estatales porque *Caisse* podía utilizar el saldo resultante de los ingresos y reintegros como si estuvieran permanentemente a su disposición. Véase también el asunto C-83/98 P Francia/Ladbroke Racing Ltd y Comisión, Rec. 2000, p. I-3271, apartado 50.

60. Así pues, las subvenciones financiadas mediante tasas parafiscales o contribuciones obligatorias impuestas por el Estado y gestionadas y asignadas con arreglo a las disposiciones de normas públicas implican una transferencia de fondos estatales, aunque no estén administrados por las autoridades públicas<sup>88</sup>. Por otra parte, la mera circunstancia de que las subvenciones estén financiadas en parte por contribuciones privadas facultativas no basta para descartar la presencia de fondos estatales, puesto que el factor relevante no es el origen de los fondos, sino el grado de intervención de la autoridad pública en la definición de la medida y sus modalidades de financiación<sup>89</sup>. La transferencia de fondos estatales solo puede descartarse en circunstancias muy específicas, especialmente si los fondos de los miembros de una corporación profesional se destinan a una finalidad específica en interés de los miembros, decidida por una organización privada con fines puramente comerciales, siempre y cuando el Estado actúe simplemente como vehículo para dar carácter obligatorio a las cotizaciones introducidas por las organizaciones del sector<sup>90</sup>.
61. También existe transferencia de fondos estatales si los fondos están a la disposición conjunta de varios Estados miembros que deciden conjuntamente sobre el uso de dichos fondos<sup>91</sup>. Este sería el caso, por ejemplo, de los fondos del Mecanismo Europeo de Estabilidad (MEDE).
62. Los fondos procedentes de la Unión (por ejemplo, los Fondos Estructurales) o de instituciones financieras internacionales, como el FMI o el BERD, también deben considerarse fondos estatales si las autoridades nacionales tienen discreción en cuanto a su uso (en particular, la selección de beneficiarios)<sup>92</sup>. Por el contrario, si dichos fondos los concede directamente la Unión o las instituciones financieras internacionales, sin discreción por parte de las autoridades nacionales, no constituyen fondos estatales (por ejemplo, financiación concedida en gestión directa en virtud del programa marco Horizon 2020 o el programa COSME)<sup>93</sup>.
- 3.2.3. *Intervención del Estado en la redistribución entre entidades privadas*
63. La regulación que da lugar a la redistribución financiera de una entidad privada a otra sin otra intervención del Estado no implica una transferencia de fondos estatales si el dinero pasa directamente de una entidad privada a otra, sin pasar por un organismo público o privado designado por el Estado para gestionar la transferencia.

---

<sup>88</sup> Asunto 173/73, Italia/Comisión, Rec. 1974, p. 709, apartado 16; asuntos acumulados C-78/90 a C-83/90, Compagnie Commerciale de l'Ouest, Rec. 1992, p. I-1847, apartado 35. Asunto C-206/06, Essent Netwerk Noord, Rec. 2008, p. I-5497, apartados 58-74.

<sup>89</sup> Asuntos acumulados T-139/09, T-243/09 y T-328/09 Francia y otros/Comisión, Rec. 2012, p. II-0000, apartados 63 y 64.

<sup>90</sup> Véase el asunto C-345/02 Pearle, Rec. 2004, p. I-7139, apartado 41, y Asunto C-677/11 Doux élevages SNC y otros, Rec. 2013, p. I-0000.

<sup>91</sup> Decisión 2010/606/UE de la Comisión, de 26 de febrero de 2010, relativa a la ayuda estatal C 9/2009 (ex NN 49/2008, NN 50/2008 y NN 45/2008) ejecutada por el Reino de Bélgica, la República Francesa y el Gran Ducado de Luxemburgo en favor de Dexia SA, DO L 274 de 19.10.2010, p. 54.

<sup>92</sup> Véase, por ejemplo, en lo referente a Fondos Estructurales, la Decisión de la Comisión, de 22 de noviembre de 2006, relativa a la ayuda estatal N 157/06, Reino Unido - Proyecto de banda ancha digital en el sur de Yorkshire, considerandos 21 y 29, relativa a una medida financiada parcialmente por el Fondo Europeo de Desarrollo Regional (FEDER), DO C 80 de 13.4.2007, p 2.

<sup>93</sup> No obstante, en este asunto también suelen ser aplicables principios similares a las disposiciones sustantivas de legislación sobre ayudas estatales mediante el Derecho derivado de la Unión puesto que suelen imponer requisitos de coherencia.

64. Por ejemplo, una obligación, impuesta por un Estado miembro a los proveedores privados de electricidad, de adquirir a precios mínimos establecidos la electricidad procedente de fuentes de energía renovables, no implica la transferencia directa o indirecta de fondos estatales a las empresas que producen este tipo de electricidad<sup>94</sup>. En este caso, las empresas afectadas (es decir, los proveedores privados de electricidad) no han sido nombrados por el Estado para gestionar un régimen de ayudas, sino que están ligados por una obligación de adquirir un tipo específico de electricidad con sus propios recursos financieros.
65. Sin embargo, existen fondos estatales cuando las tasas pagadas por particulares pasan a través de una entidad pública o privada designada para canalizarlas a los beneficiarios.
66. Por ejemplo, los suplementos impuestos por ley a particulares pueden ser considerados fondos estatales. Es así incluso cuando una empresa privada está encargada por ley del cobro de dichos suplementos en nombre del Estado y de canalizarlos a los beneficiarios, sin permitir a la empresa recaudadora utilizar el producto del impuesto para otros fines que los establecidos por la ley. En este caso, las cantidades en cuestión siguen estando bajo control público y, por lo tanto, a disposición de las autoridades nacionales, lo que es suficiente para que sean consideradas fondos estatales<sup>95</sup>. Puesto que este principio se aplica tanto a organismos públicos como a empresas privadas encargadas de recaudar los impuestos y tramitar los pagos, el cambio del estatus del intermediario de entidad pública a privada es irrelevante en cuanto al criterio de los fondos estatales si el Estado continúa controlando estrictamente esa entidad<sup>96</sup>.

## **4. VENTAJA**

### **4.1. Concepto de ventaja en general**

#### *4.1.1. Principios generales*

67. Una ventaja, a tenor del artículo 107, apartado 1, del TFUE, es todo beneficio económico que una empresa no habría obtenido en condiciones normales de mercado, es decir, sin la intervención estatal<sup>97</sup>. La sección 4.2 de la presente Comunicación ofrece orientaciones detalladas sobre la cuestión de si puede considerarse que un beneficio ha sido obtenido en condiciones normales de mercado.

---

<sup>94</sup> C-379/98, PreussenElektra, Rec. 2001, p. I-2099, apartados 59 a 62. El Tribunal dictaminó que la imposición de una obligación de compra a empresas privadas no constituye una transferencia directa o indirecta de fondos estatales y que esto no cambia porque los menores ingresos de las empresas sujetas a esa obligación probablemente causen una disminución de ingresos fiscales, ya que es inherente a la medida. En este caso, la empresa privada no podía repercutir sus costes adicionales a sus clientes. Véase también el asunto C-222/07 UTECA, Rec. 2009, p. I-1407, apartados 43 a 47, sobre las cotizaciones obligatorias impuestas a los radiodifusores para la producción cinematográfica que no implica una transferencia de fondos estatales.

<sup>95</sup> Asunto C-206/06 Essent Netwerk Noord, Rec. 2008, p. I-5497, apartados 69 a 75.

<sup>96</sup> Decisión 2011/528/UE de la Comisión relativa a la ayuda estatal C 24/09 (ex NN 446/08) – Austria – Ley de electricidad ecológica, DO L 235 de 10.9.2011, p. 42, considerando 76.

<sup>97</sup> Asunto C-39/94 SFEI y otros, Rec. 1996, p. I-3547, apartado 60; asunto C-342/96 España/Comisión, Rec. 1999, p. I-2459, apartado 41.

68. Solo es relevante el efecto de la medida en la empresa, no la causa ni el objetivo de la intervención estatal<sup>98</sup>. Siempre que la situación financiera de una empresa mejore como resultado de la intervención estatal, hay una ventaja. Para evaluarla, debe compararse la situación financiera de la empresa a raíz de la medida con su situación financiera si no se hubiera introducido la medida<sup>99</sup>. Puesto que solo cuenta el efecto de la medida en la empresa, es irrelevante si la ventaja es obligatoria para la empresa puesto que esta no podía evitarla ni rechazarla<sup>100</sup>.
69. La forma precisa de la medida también es irrelevante para determinar si confiere una ventaja económica a la empresa<sup>101</sup>. No solo la concesión de ventajas económicas positivas es relevante para el concepto de ayuda estatal, sino que la liberación de cargas económicas también puede constituir una ventaja. Esta última es una amplia categoría que comprende todo aquello que alivie a una empresa de las cargas que normalmente recaen sobre su presupuesto<sup>102</sup>. Aquí entran todas las situaciones en las que los operadores económicos son liberados de los costes inherentes a sus actividades económicas<sup>103</sup>, aun cuando no haya obligación legal de asumir esos costes<sup>104</sup>.
70. La existencia de una ventaja no se rige por el mero hecho de que las empresas competidoras en otros Estados miembros estén en una posición más favorable<sup>105</sup>, porque el concepto de ventaja se basa en un análisis de la situación financiera de una empresa en su propio contexto jurídico y fáctico, con y sin la medida en cuestión.
71. Los costes ocasionados por las obligaciones regulatorias impuestas por el Estado pueden considerarse en principio que están relacionados con los costes inherentes a su actividad económica, por lo que toda compensación de dichos costes confiere una ventaja a la empresa. Esto significa que la existencia de una ventaja no está descartada en principio por el hecho de que el beneficio no supere la compensación de un coste originado por la imposición de una obligación regulatoria. Lo mismo se aplica a aliviar de los costes que la empresa no habría tenido que realizar si no hubiera tenido el incentivo de la medida estatal porque, sin dicho incentivo, habría

<sup>98</sup> Asunto 173/73, Italia/Comisión, Rec. 1974, p. 709, apartado 13.

<sup>99</sup> Asunto 173/73, Italia/Comisión, Rec. 1974, p. 709, apartado 13.

<sup>100</sup> Decisión 2004/339/CE de la Comisión, de 15 de octubre de 2003, relativa a las medidas aplicadas por Italia a favor de RAI SpA, DO L 119 de 23.4.2004, p. 1. Conclusiones del Abogado General Fennelly en el asunto C-251/97, Francia/Comisión, Rec. 1999, p. I-6639, apartado 26.

<sup>101</sup> Asunto C-280/00, Altmark Trans, Rec. 2003, p. I-7747, apartado 84.

<sup>102</sup> Asunto C-387/92 Banco Exterior de España, Rec. 1994, I-877, apartado 13; asunto del Tribunal de Justicia C-156/98, Alemania/Comisión, Rec. 2000, p. I-6857, apartado 25; asunto C-6/97 Italia/Comisión, Rec. 1999, p. I-2981, apartado 15; asunto C-172/03, Heiser, Rec. 2005, p. I-1627, apartado 36.

<sup>103</sup> Asunto C-126/01 GEMO SA, Rec. 2003, p. I-13769, apartados 28 a 31, recogida y eliminación de residuos.

<sup>104</sup> Asunto C-241/94, Francia/Comisión, Rec. p. I-4551, apartado 40; asunto C-5/01, Bélgica/Comisión, Rec. 2002, p. I-11991, apartados 38 y 39; asunto T-565/08 Corsica Ferries France SAS/Comisión, Rec. 2012, p. II-0000, apartados 137 y 138.

<sup>105</sup> Asunto 173/73, Italia/Comisión, Rec. 1974, p. 709, apartado 17. Véase también el asunto T-55/99, Confederación Española de Transporte de Mercancías (CETM)/Comisión, Rec. 2000, p. II-3207, apartado 85.

estructurado sus actividades de diferente manera<sup>106</sup>. La existencia de una ventaja tampoco se descarta si una medida compensa cargas de diferente naturaleza que no guardan relación con la medida<sup>107</sup>.

72. Por lo que se refiere a la compensación por los gastos ocasionados por la prestación de un servicio de interés económico general, el Tribunal aclaró en la sentencia *Altmark* que puede excluirse la concesión de una ventaja si se reúnen cuatro condiciones acumulativas<sup>108</sup>. En primer lugar, la empresa beneficiaria debe estar efectivamente encargada de la ejecución de obligaciones de servicio público y estas deben estar claramente definidas. En segundo lugar, los parámetros para el cálculo de la compensación deben establecerse previamente de forma objetiva y transparente. En tercer lugar, la compensación no puede superar el nivel necesario para cubrir total o parcialmente los gastos ocasionados por la ejecución de las obligaciones de servicio público, teniendo en cuenta los ingresos correspondientes y un beneficio razonable. En cuarto lugar, cuando la elección de la empresa encargada de ejecutar obligaciones de servicio público no se haya realizado según un procedimiento de contratación pública para seleccionar a un candidato capaz de prestar estos servicios originando el menor coste para la colectividad, el nivel de la compensación necesaria debe calcularse sobre la base de un análisis de los costes que una empresa media, bien gestionada y adecuadamente equipada para satisfacer las exigencias de servicio público requeridas, habría soportado para ejecutar estas obligaciones, teniendo en cuenta los ingresos correspondientes y un beneficio razonable por la ejecución de estas obligaciones. La Comisión explicó estas condiciones en su Comunicación relativa a la aplicación de las normas de la UE en materia de ayudas estatales a las compensaciones concedidas por la prestación de servicios de interés económico general<sup>109</sup>.
73. Además, la existencia de una ventaja debe excluirse en el caso de la devolución de gravámenes indebidamente percibidos<sup>110</sup>, una condena que obligue a las autoridades nacionales a compensar por el perjuicio que hayan causado a determinadas empresas<sup>111</sup> o el pago de una compensación por expropiación<sup>112</sup>.

---

<sup>106</sup> Por ejemplo, si una empresa recibe una subvención para realizar una inversión en una región asistida, no se puede alegar que no alivia costes que normalmente recaen sobre el presupuesto de la empresa, considerando que, sin la subvención, la empresa no habría realizado la inversión.

<sup>107</sup> Asunto C-81/10 P *France Télécom SA/Comisión*, Rec. 2011, apartados 43 a 50. Esto lógicamente se aplica al alivio de costes realizados por una empresa que sustituye el régimen de funcionarios por un régimen de personal laboral comparable al de sus competidores, lo que confiere una ventaja a la empresa en cuestión (sobre lo que anteriormente había ciertas dudas tras la sentencia del Tribunal General en el asunto T-157/01, *Danske Busvognmoend/Comisión*, Rec. 2004, p. II-917, apartado 57). Véase también sobre compensación de costes irrecuperables el asunto T-25/07 *Iride SpA e Iride Energia SpA/Comisión*, Rec. 2009, p. II-245, apartados 46 a 56.

<sup>108</sup> Asunto C-280/00, *Altmark Trans*, Rec. 2003, I-7747, apartados 87 a 95.

<sup>109</sup> DO C 8 de 11.1.2012, p. 4.

<sup>110</sup> Asunto 61/79 *Amministrazione delle finanze dello Stato*, Rec. 1980, p. 1205, apartados 29 a 32.

<sup>111</sup> Asuntos acumulados 106 a 120/87 *Asteris AE y otros/Grecia*, Rec. 1988, p. 5515, apartados 23 y 24.

<sup>112</sup> Asunto T-64/08 *Nuova Terni Industrie Chimiche SpA/Comisión*, Rec. 2010, p. II-125, apartados 59 a 63 y 140 a 141, que aclara que, aunque el pago de una compensación por expropiación no concede una ventaja, una ampliación posterior de dicha compensación puede constituir ayuda estatal.

#### 4.1.2. *Ventaja indirecta*

74. La ventaja puede conferirse a empresas distintas de aquellas a las que se transfieren directamente los fondos estatales (ventaja indirecta)<sup>113</sup>. Una medida puede también constituir tanto una ventaja directa para la empresa beneficiaria como indirecta para otras empresas, por ejemplo, las empresas que operan en niveles posteriores de actividad<sup>114</sup>. El beneficiario directo de la medida puede ser o bien una empresa o una entidad (persona física o jurídica) que no realiza ninguna actividad económica<sup>115</sup>.
75. Tales ventajas indirectas deben distinguirse de los meros efectos económicos secundarios que son inherentes a casi todas las medidas de ayuda estatal (por ejemplo, mediante un incremento del rendimiento). Con este fin, deben examinarse previamente los efectos previsibles de la medida. Existe una ventaja indirecta si la medida está ideada de forma que canalice sus efectos secundarios hacia empresas o grupos de empresas identificables. Es el caso, por ejemplo, si la ayuda directa, de hecho o de Derecho, está condicionada a la adquisición de bienes o servicios producidos únicamente por determinadas empresas (por ejemplo, solo las empresas establecidas en determinadas zonas)<sup>116</sup>.

### 4.2. **La prueba del operador en una economía de mercado (OEM)**

#### 4.2.1. *Introducción*

76. El ordenamiento jurídico de la Unión es neutro en cuanto al régimen de la propiedad<sup>117</sup> y no prejuzga en modo alguno el derecho de los Estados miembros de actuar como operadores económicos. Sin embargo, cuando las autoridades públicas realizan directa o indirectamente transacciones económicas bajo cualquier forma<sup>118</sup>, están sometidas a las normas sobre ayudas estatales de la Unión.
77. Las transacciones económicas realizadas por un organismo público o una empresa pública no confieren una ventaja a su destinatario y, por consiguiente, no constituyen ayuda, si se realizan con arreglo a las condiciones normales de mercado<sup>119</sup>. Este principio ha sido desarrollado en relación con diferentes transacciones económicas. Los órganos jurisdiccionales de la Unión han desarrollado el «principio del inversor en una economía de mercado» para detectar la presencia de ayuda estatal en casos de inversión pública (en particular, de aportaciones de capital): para determinar si la inversión de un organismo público constituye ayuda estatal, se ha de apreciar si, en circunstancias similares, un inversor privado de un tamaño comparable que opere en

---

<sup>113</sup> Asunto C-156/98, Alemania/Comisión, Rec. 2000, p. I-6857, apartados 26 y 27; asunto C-403/10, Mediaset SpA/Comisión, Rec. 2011, p. I-117, apartados 73 a 77; asunto C-382/99, Países Bajos/Comisión, Rec. 2002, p. I-5163, apartados 60 a 66; asunto T-424/05, Italia/Comisión, Rec. 2009, p. II-23, apartados 136 a 147. Véase también el artículo 107, apartado 2, letra a), del TFUE.

<sup>114</sup> En caso de que una empresa intermediaria sea un mero vehículo para transferir la ventaja al beneficiario y no conserve ninguna ventaja, generalmente no debe considerarse beneficiaria de ayuda estatal.

<sup>115</sup> Asunto C-403/10 P Mediaset SpA/Comisión, Rec. 2011, p. I-117, apartado 81.

<sup>116</sup> Por el contrario, un mero efecto económico secundario consistente en un incremento del rendimiento (que no suponga ayuda indirecta) puede darse cuando la ayuda simplemente se canaliza a través de una empresa (por ejemplo, un intermediario financiero) que lo repercute en su totalidad al beneficiario de la ayuda.

<sup>117</sup> El artículo 345 del TFUE dispone que «(L)os Tratados no prejuzgan en modo alguno el régimen de la propiedad en los Estados miembros».

<sup>118</sup> Véase, por ejemplo, el asunto C-40/85, Bélgica/Comisión, Rec. 1986, p. I-2321, apartado 12.

<sup>119</sup> Asunto C-39/94 SFEI y otros, Rec. 1996, p. I-3547, apartados 60 y 61.

condiciones normales de una economía de mercado, podría haber sido inducido a realizar la inversión en cuestión<sup>120</sup>. De forma similar, los órganos jurisdiccionales de la Unión han desarrollado la «prueba del acreedor privado» para examinar si las renegociaciones de deuda por parte de los acreedores públicos implican ayuda estatal, comparando el comportamiento de un acreedor público con el de hipotéticos acreedores privados que se encontrarán en una situación similar<sup>121</sup>. Por último, los órganos jurisdiccionales de la Unión han desarrollado la «prueba del vendedor privado» para apreciar si una venta realizada por un organismo público implica ayuda estatal, considerando si un vendedor privado, en condiciones normales de mercado, podría haber obtenido el mismo precio u otro mejor<sup>122</sup>.

78. Estos principios o pruebas son variaciones del mismo concepto básico de que el comportamiento de las autoridades públicas o de las empresas debe compararse con el de operadores económicos privados similares en condiciones normales de mercado para determinar si las transacciones económicas realizadas por dichas autoridades o empresas conceden una ventaja a sus destinatarios. En la presente Comunicación, por consiguiente, la Comisión se referirá, de manera general, a la «prueba del operador en una economía de mercado» («OEM») como método relevante para evaluar si una serie de transacciones económicas realizadas por autoridades públicas, organismos públicos o empresas públicas se producen en condiciones normales de mercado y, por lo tanto, si implican la concesión de una ventaja (que no se habría producido en condiciones normales de mercado) a las empresas en cuestión. Los principios generales y los criterios relevantes para aplicar la prueba OEM se especifican más adelante.

#### 4.2.2. Principios generales

79. La finalidad de la prueba OEM es apreciar si el Estado ha concedido una ventaja a una empresa al no actuar como un operador en una economía de mercado con respecto a una transacción determinada. A este respecto, es irrelevante si la intervención constituye un medio racional para las autoridades públicas de perseguir consideraciones de interés público (por ejemplo, de empleo). De la misma manera, la rentabilidad o falta de rentabilidad para el beneficiario no es en sí misma un factor decisivo para determinar si la transacción económica en cuestión se ajusta o no a las condiciones de mercado. El elemento decisivo es si las autoridades públicas actuaron como habría actuado un operador en una economía de mercado en una situación similar. Si no es así, la empresa beneficiaria ha recibido una ventaja económica que

---

<sup>120</sup> Véase, por ejemplo, el asunto C-142/87 Bélgica/Comisión («Tubemeuse»), Rec. 1990, p. I-959, apartado 29, y el asunto C-305/89 Italia/Comisión («Alfa Romeo»), Rec. 1991, p. I-1603, apartados 18 y 19; asunto T-16/96 Cityflyer Express/Comisión, Rec. 1998, p. II-757, apartado 51, asuntos acumulados T-129/95, T-2/96 y T-97/96 Neue Maxhütte Stahlwerke y Lech-Stahlwerke/Comisión, Rec. 1999, p. II-17, apartado 104; asuntos acumulados T-228/99 y T-233/99, Westdeutsche Landesbank Girozentrale y Estado federado de Renania del Norte-Westfalia/Comisión, Rec. 2003, p. II-435.

<sup>121</sup> Asunto C-525/04 P España/Comisión, Rec. 2007, p. I-9947, asunto C-73/11 P Frucona/Comisión, Rec. 2013, p. I-0000; asunto C-256/97, DMTransport, Rec. 1999, p. I-3913.

<sup>122</sup> Asuntos acumulados T-268/08 y T-281/08 Land Burgenland y Austria/Comisión, Rec. 2012 p. II-0000.

no habría obtenido en condiciones normales de mercado<sup>123</sup>, colocándola en una situación financiera más favorable que a sus competidores<sup>124</sup>.

80. A efectos de la prueba OEM, solo se deben tener en cuenta los beneficios y las obligaciones ligados a la situación del Estado en calidad de operador económico – con exclusión de los que le correspondan como poder público –<sup>125</sup>. De hecho, la prueba OEM no es aplicable si el Estado actúa en calidad de autoridad pública y no como operador económico. Si una intervención estatal se inicia por razones de interés público (por ejemplo, de desarrollo social o regional), el comportamiento del Estado puede ser lógico desde una perspectiva de interés público, pero, al mismo tiempo, no ajustarse a las condiciones de mercado, porque los operadores en una economía de mercado normalmente no se guiarían por esas consideraciones. En consecuencia, la prueba OEM debe aplicarse dejando de lado toda consideración de tipo social, regional y sectorial relacionada con la función de un Estado miembro como autoridad pública<sup>126</sup>.
81. La evaluación de si una intervención estatal se ajusta a las condiciones de mercado debe realizarse previamente, teniendo en cuenta la información disponible en el momento en que se decidió la intervención<sup>127</sup>. Cualquier operador prudente en una economía de mercado generalmente llevaría a cabo su propia evaluación previa de la estrategia y las perspectivas financieras de un proyecto<sup>128</sup>, por ejemplo, mediante un plan empresarial.
82. Por consiguiente, si un Estado miembro alega que una transacción económica es acorde con la prueba OEM, cuando haya dudas, debe aportar pruebas que demuestren que la decisión de realizar la transacción fue adoptada, en aquel momento, sobre la base de evaluaciones económicas comparables a las que, en circunstancias similares, un operador privado racional (de características similares a las del organismo público en cuestión) habría realizado para determinar la rentabilidad o ventajas económicas de la transacción<sup>129</sup>. Para estos fines no son

---

<sup>123</sup> Asuntos acumulados T-228/99 y T-233/99, Westdeutsche Landesbank Girozentrale y Estado federado de Renania del Norte-Westfalia/Comisión, Rec. 2003, p. II-435, apartado 208.

<sup>124</sup> Véase al respecto el asunto C-124/10 P Comisión/EDF, Rec. 2012, apartado 90; asunto C-387/92, Banco Exterior de España, Rec. 1994, p. I-877, apartado 14, y asunto C-6/97, Italia/Comisión, apartado 16.

<sup>125</sup> Asunto C-124/10, Comisión/EDF, Rec. 2012, p. I-0000, apartados 79 a 81; asunto 234/84, Bélgica/Comisión, Rec. 1986, p. 2263, apartado 14; asunto 40/85, Bélgica/Comisión, Rec. 1986, p. 2321, apartado 13; asuntos acumulados C-278/92 a C-280/92 España/Comisión, Rec. 1994, I-4103, apartado 22; y asunto C-334/99, Alemania/Comisión, Rec. 2003, p. I-1139, apartado 134.

<sup>126</sup> Asunto C-124/10 P, Comisión/EDF, Rec. 2012, p. I-0000, apartados 79 a 81; asunto 234/84, Bélgica/Comisión, Rec. 1986, p. 2263, apartado 14; asunto 40/85, Bélgica/Comisión, Rec. 1986, p. 2321, apartado 13; asuntos acumulados C-278/92 a C-280/92 España/Comisión, Rec. 1994, I-4103, apartado 22; y asunto C-334/99, Alemania/Comisión, Rec. 2003, p. I-1139, apartado 134; asuntos acumulados T-228/99 y T-233/99, Westdeutsche Landesbank Girozentrale y Estado federado de Renania del Norte-Westfalia/Comisión, Rec. 2003, p. II-435; T-20/03 Kahla Thüringen Porzellan/Comisión, Rec. 2008, p. II-2305, asunto T-98/00 Linde/Comisión, Rec. 2002, p. II-3961.

<sup>127</sup> Asunto C-124/10 P Comisión/EDF, Rec. 2012, p. I-0000, apartados 83-85 y 105, asunto C-482/99 Francia/Comisión, Rec. 2002, p. I-4397, apartados 71 y 72 y asunto T-16/96 Cityflyer Express/Comisión, Rec. 1998, p. II-757, apartado 76.

<sup>128</sup> Asunto C-124/10, Comisión/EDF, Rec. 2012, p. I-0000, apartados 84, 85 y 105.

<sup>129</sup> El nivel de elaboración de esta evaluación previa puede variar dependiendo de la complejidad de la transacción en cuestión y del valor de los activos, bienes o servicios de que se trate. Generalmente, estas evaluaciones previas deben realizarse con la asistencia de expertos con las competencias y experiencia

relevantes las evaluaciones efectuadas después de que se realizara la transacción, basadas en una apreciación retroactiva de si era o no efectivamente rentable, o en justificaciones ulteriores de la elección del procedimiento efectivamente seguido<sup>130</sup>.

83. La evaluación de si una transacción se ajusta a las condiciones de mercado debe realizarse teniendo en cuenta los efectos de la transacción para la empresa afectada, sin considerar si los medios específicos utilizados para llevarla a cabo estarían a disposición de los operadores de mercado. Por ejemplo, la aplicabilidad de la prueba OEM no puede excluirse atendiendo únicamente a la naturaleza fiscal de los medios empleados por el Estado<sup>131</sup>.
84. En algunos casos, varias medidas consecutivas de una intervención estatal, a los efectos del artículo 107, apartado 1, del TFUE, deben ser consideradas como una única intervención. Este podría ser el caso, en particular, cuando las intervenciones consecutivas tienen vínculos tan estrechos entre sí, especialmente a la luz de su cronología, su finalidad y la situación de la empresa que resulta imposible disociarlas<sup>132</sup>. Por ejemplo, las intervenciones estatales posteriores que tienen lugar en relación con la misma empresa en un periodo de tiempo relativamente corto, están vinculadas entre sí, o todas se planearon o eran previsibles en el momento de la primera intervención, generalmente deben evaluarse conjuntamente. Por el contrario, cuando la última intervención fue resultado de acontecimientos que no se previeron en el momento de la intervención anterior<sup>133</sup>, las dos medidas generalmente deben evaluarse por separado.
85. Para evaluar si determinadas transacciones son acordes con las condiciones de mercado deben considerarse todas las circunstancias relevantes. Por ejemplo, puede haber circunstancias excepcionales en las que la adquisición de bienes o servicios por una autoridad pública, aun realizada a precios de mercado, puede no ser considerada acorde con las condiciones de mercado<sup>134</sup>.

#### 4.2.3. *Aplicación de la prueba OEM*

86. Al aplicar la prueba OEM, resulta útil distinguir entre situaciones en las que puede demostrarse empíricamente que la transacción respeta las condiciones de mercado mediante datos de mercado específicos, y aquellas en las que, debido a que se carece

---

requeridas. Estas evaluaciones siempre deben basarse en criterios objetivos y no estar afectadas por consideraciones políticas. Las evaluaciones realizadas por expertos independientes pueden reforzar la credibilidad de las mismas.

<sup>130</sup> Asunto C-124/10, Comisión/EDF, Rec. 2012, p. I-0000, apartado 85.

<sup>131</sup> Asunto C-124/10, Comisión/EDF, Rec. 2012, p. I-0000, apartado 88.

<sup>132</sup> Asuntos acumulados C-399/10 P y C-401/10 P Bouygues SA, Bouygues Télécom SA/Comisión, Rec. 2013, p. I-0000, apartado 104; asuntos acumulados T-415/05, T-416/05 y T-423/05 Grecia y otros/Comisión, Rec. 2010, p. II-4749, apartado 177 y asunto T-11/95 BP Chemicals/Comisión, Rec. 1998, p. II-3235, apartados 170 y 171.

<sup>133</sup> Decisión de la Comisión de 19 de diciembre de 2012 en el asunto SA.35378 Financiación del aeropuerto de Berlín Brandenburgo, Alemania, DO C 36 de 8.2.2013, p. 10, considerandos 14 a 33.

<sup>134</sup> En el asunto T-14/96 BAI/Comisión, Rec. 1999, p. II-139, el Tribunal General dictaminó que, a la vista de las circunstancias específicas del asunto, podía concluirse que la adquisición de vales de viaje por autoridades nacionales a P&O Ferries no satisfacía una necesidad real, por lo que las autoridades nacionales no actuaron de manera similar a un operador privado en condiciones normales de economía de mercado. En consecuencia, esa adquisición otorgó una ventaja a P&O Ferries que no habría obtenido en condiciones normales de mercado y todas las cantidades pagadas en ejecución del acuerdo de compra constituían ayuda estatal.

de tales datos, debe evaluarse sobre la base de otros métodos disponibles si la transacción respeta las condiciones de mercado.

4.2.3.1. Casos en los que puede demostrarse empíricamente si la transacción respeta las condiciones de mercado

87. Puede demostrarse empíricamente mediante datos de mercado específicos si la transacción respeta las condiciones de mercado i) cuando la transacción se realiza «*pari passu*» por entidades públicas y operadores privados o ii) cuando se refiere a la venta y adquisición de activos, bienes y servicios (u otras transacciones comparables) realizadas mediante una licitación abierta, transparente, no discriminatoria e incondicional. En tales casos, si los datos de mercado específicos relativos a la transacción muestran que esta no se ajusta a las condiciones de mercado, en general sería conveniente utilizar otros métodos de evaluación para llegar a una conclusión diferente<sup>135</sup>.

i) Transacciones en las mismas condiciones (*pari passu*)

88. Cuando una transacción la realizan en las mismas condiciones (y, por tanto, con el mismo nivel de riesgo y remuneración) organismos públicos y operadores privados que se encuentran en una situación comparable (una transacción «*pari passu*»)<sup>136</sup>, puede deducirse por regla general que dicha transacción se ajusta a las condiciones de mercado<sup>137</sup>. Por el contrario, si los organismos públicos y los operadores privados que se encuentran en una situación comparable participan en la misma transacción al mismo tiempo pero en condiciones diferentes, ello suele indicar que la intervención del organismo público no se ajusta a las condiciones de mercado<sup>138</sup>.

89. En particular, para considerar que una transacción se realiza en las mismas condiciones, deben evaluarse los siguientes criterios:

- 1) si la intervención de los organismos públicos y los operadores privados se decide y se realiza en el mismo momento (es decir, las intervenciones son «concomitantes») o si hay un lapso de tiempo y se ha producido un cambio en la situación económica entre ambas intervenciones;
- 2) si las condiciones de la transacción son las mismas para las entidades públicas y todos los operadores privados implicados, teniendo también en cuenta la posibilidad de aumentar o disminuir el nivel de riesgo con el tiempo;

---

<sup>135</sup> Véanse al respecto, los asuntos acumulados T-268/08 y T-281/08 Land Burgenland y Austria/Comisión (privatización del Bank Burgenland), Rec. 2012, p. II-0000, apartado 72, en los que el Tribunal General concluyó que los precios de mercado establecidos mediante informes no son relevantes si ha habido una verdadera licitación. En este último caso, el precio de mercado resulta de ofertas concreta y válidamente presentadas en la licitación.

<sup>136</sup> No puede considerarse que las condiciones sean las mismas si los organismos públicos y los operadores privados intervienen en las mismas condiciones pero en momentos distintos, tras un cambio en la situación económica.

<sup>137</sup> Véase, a este respecto, el asunto T-296/97 Alitalia/Comisión, Rec. 2000, p. II-3871, apartado 81.

<sup>138</sup> No obstante, si las transacciones son diferentes y no se realizan al mismo tiempo, el mero hecho de que las condiciones sean diferentes no es un indicio decisivo (positivo o negativo) sobre si la transacción realizada por el organismo público es acorde con las condiciones de mercado.

- 3) si la intervención de los operadores privados tiene un impacto económico real y no es meramente simbólica o marginal<sup>139</sup>, y
  - 4) si la posición de partida de las entidades públicas y los operadores privados implicados es comparable por lo que respecta a la transacción, teniendo en cuenta, por ejemplo, su exposición previa con respecto a las empresas en cuestión (véase la sección 4.2.3.3), las posibles sinergias que pueden lograrse<sup>140</sup>, el grado en que los diferentes inversores soportan costes de transacción similares<sup>141</sup>, o cualquier otra circunstancia específica del operador privado o público que pudiera falsear la comparación. Naturalmente, la decisión adoptada por el operador privado no debe haber sido influida por las autoridades públicas.
90. La condición «*pari passu*» puede no ser aplicable cuando la implicación pública sea un requisito estricto para que los operadores privados participen en la transacción, puesto que podría implicar que la entidad pública en cuestión puede hacer una aportación única a la transacción que ningún operador de mercado puede igualar.
- ii) La venta y adquisición de activos, bienes y servicios (u otras transacciones comparables) mediante licitaciones abiertas, transparentes, no discriminatorias e incondicionales.
91. Si la venta y adquisición de activos, bienes y servicios (u otras transacciones comparables<sup>142</sup>) se realiza siguiendo un procedimiento de licitación abierto, transparente, suficientemente anunciado, no discriminatorio e incondicional, respetando los principios de las Directivas sobre contratación pública<sup>143</sup> (incluso en

<sup>139</sup> Por ejemplo, en el asunto Citynet Amsterdam, la Comisión estimó que dos operadores privados que poseen un tercio del capital en acciones total de una empresa (considerando también la estructura accionarial global y que sus acciones son suficientes para formar una minoría de bloqueo en cualquier decisión estratégica de la empresa) podía considerarse que tenían un impacto económico (véase la Decisión 2008/729/CE de la Comisión, de 11 de diciembre de 2007, relativa a la ayuda estatal C53/2006 Citynet Amsterdam, Países Bajos. DO L 247 de 16.9.2008, p. 27, considerandos 96 a 100). Por el contrario, en el asunto N429/2010 Banco Agrícola de Grecia (ATE), DO C 317 de 29.10.2011, p. 5, la participación privada alcanzó solo el 10 % de la inversión, frente al 90 % del Estado, por lo que la Comisión concluyó que no se reunían las condiciones de una transacción «*pari passu*» puesto que el capital aportado por el Estado no iba acompañado de una participación comparable de un accionista privado ni era proporcional al número de acciones propiedad del Estado. Véase también el asunto T-296/97 Alitalia/Comisión, Rec. 2000, p. II-3871, apartado 81.

<sup>140</sup> Deben tener también la misma lógica industrial, Decisión de la Comisión 2005/137/EC relativa a la ayuda estatal C25/2002 Participación financiera de la Región Valona en la empresa CARSID - Acero CECA, DO L 47 de 18.2.2005, p. 28 considerandos 67 a 70.

<sup>141</sup> Los costes de la transacción pueden estar relacionados con los costes en los que incurren los respectivos inversores con el fin de examinar y seleccionar el proyecto de inversión, negociar las condiciones del contrato o hacer un seguimiento de los resultados mientras dure el contrato. Por ejemplo, cuando bancos de propiedad pública soportan los costes de examinar proyectos de inversión para la financiación de préstamos, el mero hecho de que inversores privados conviertan al mismo tipo de interés no basta para excluir la existencia de ayuda.

<sup>142</sup> Por ejemplo, el arrendamiento de determinados bienes o el otorgamiento de concesiones para la explotación comercial de recursos naturales.

<sup>143</sup> Directiva 2004/17/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre la coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de los servicios postales (DO L 134 de 30.4.2004, p. 1) y Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos

casos en los que dichas Directivas no son aplicables como tales), se puede suponer que dichas transacciones se ajustan a las condiciones de mercado.

92. Un procedimiento de licitación que cumpla estos principios debe reunir los siguientes criterios:
93. Una licitación tiene que ser abierta para que puedan participar en ella todos los licitadores interesados y cualificados. Por lo que se refiere a las características de la licitación, un «procedimiento abierto»<sup>144</sup> con arreglo a lo establecido en las normas de contratación pública es sin duda aceptable, pero también puede considerarse suficiente un «procedimiento restringido»<sup>145</sup> para establecer el precio de mercado, salvo que se impida a los operadores interesados licitar, sin motivos válidos<sup>146</sup>.
94. El procedimiento ha de ser transparente para permitir a todos los licitadores interesados estar igual y razonablemente informados en cada fase del procedimiento de licitación. La accesibilidad de la información, tiempo suficiente para los licitadores interesados, y la claridad de los criterios de selección y adjudicación son todos ellos elementos cruciales de un procedimiento de selección transparente. Una licitación tiene que ser suficientemente anunciada, de manera que pueda llegar a oídos de todos los compradores potenciales. El grado de publicidad necesario para garantizar suficiente visibilidad en un caso determinado depende de las características de los activos, bienes y servicios en venta. Los activos, bienes y servicios que, por su elevado valor u otras características, puedan atraer inversores que operan a escala europea o internacional, deben anunciarse de tal manera que atraigan a compradores potenciales que operan a escala europea o internacional.
95. La igualdad de trato y no discriminación de todos los licitadores y unos criterios de selección y adjudicación especificados previamente al proceso son condiciones indispensables para garantizar que la transacción resultante sea acorde con las condiciones de mercado. Para garantizar la igualdad de trato, los criterios de adjudicación deben permitir comparar las ofertas y evaluarlas de manera objetiva.
96. Una licitación para la venta de activos, bienes o servicios es incondicional cuando todo comprador potencial, independientemente de si se dedica a determinado negocio, es libre en general de adquirir los activos, bienes y servicios en venta y utilizarlos para sus propios fines. Si existe una condición de que el comprador asuma obligaciones especiales - que no sean las impuestas por la legislación nacional general o por decisión de las autoridades de planificación - en beneficio de las

---

de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios (DO L de 30.4.2004, p.114).

<sup>144</sup> Artículo 1, apartado 11, letra a), de la Directiva 2004/18/CE y artículo 1, apartado 9, letra a), de la Directiva 2004/17/CE.

<sup>145</sup> Artículo 1, apartado 11, letra b), de la Directiva 2004/18/CE y artículo 1, apartado 9, letra b), de la Directiva 2004/17/CE.

<sup>146</sup> Por otra parte, un diálogo competitivo o un procedimiento negociado sin publicación previa de un anuncio de licitación confieren un amplio margen de apreciación al poder adjudicador y pueden restringir la participación de operadores interesados. Por consiguiente, estos procedimientos solo pueden considerarse suficientes para establecer precios de mercado en casos excepcionales. El procedimiento negociado sin publicación de un anuncio de licitación no puede garantizar que el procedimiento lleve a la selección del licitador capaz de prestar esos servicios a precio de mercado. Véase el punto 66 de la Comunicación SIEG, DO C 8 de 11.1.2012, p. 4.

autoridades públicas o en interés público general, la licitación no puede considerarse incondicional.

97. Cuando los organismos públicos venden activos, bienes y servicios, el único criterio relevante para seleccionar al comprador debe ser el precio más elevado<sup>147</sup>, teniendo también en cuenta los necesarios acuerdos contractuales (por ejemplo, la garantía de venta del vendedor u otros compromisos postventa). Solo se tomarán en consideración ofertas vinculantes<sup>148</sup> y creíbles<sup>149</sup>.
98. Cuando los organismos públicos compran activos, bienes y servicios, toda condición específica impuesta en la licitación debe guardar relación estrecha y objetiva con el asunto del contrato y debe permitir a la oferta económicamente más ventajosa igualar el valor del mercado<sup>150</sup>.
99. Para determinar un precio de mercado, la licitación debe suscitar un nivel de competencia suficiente para poder considerarse un procedimiento de licitación. En el caso de procedimientos en los que es evidente que solo un operador, de forma realista, puede presentar una oferta creíble, la licitación no puede considerarse competitiva y, por tanto, no puede considerarse que determine de manera adecuada el precio de mercado de la transacción.
- 4.2.3.2. Determinar si una transacción se ajusta a las condiciones de mercado sobre la base de una evaluación comparativa o de otros métodos de evaluación.
100. Si no se puede determinar empíricamente que una transacción se ajusta a las condiciones de mercado mediante datos de mercado específicos como se ha indicado, puede evaluarse mediante i) una evaluación comparativa o ii) otros métodos de evaluación<sup>151</sup>.
- i) Evaluaciones comparativas
101. Para determinar si una transacción es acorde con las condiciones de mercado, puede evaluarse a la vista de las condiciones en las que se han producido transacciones comparables realizadas por operadores privados comparables en situaciones comparables (evaluación comparativa).

---

<sup>147</sup> Asuntos acumulados T-268/08 y T-281/08 Land Burgenland y Austria/Comisión, Rec. 2012, p. II-0000, apartado 87.

<sup>148</sup> Una oferta no solicitada también puede ser creíble, dependiendo de las circunstancias del asunto y, en particular, si la oferta es vinculante (véase el asunto T-244/08 Konsum Nord/Comisión, Rec. 2011, apartados 73 a 75).

<sup>149</sup> Por ejemplo, los simples anuncios sin requisitos vinculantes no se tomarán en consideración en el procedimiento de licitación: véanse asuntos acumulados T-268/08 y T-281/08 Land Burgenland y Austria/Comisión, Rec. 2012 p. II-0000, apartado 87 y asunto T-244/08 Konsum Nord/Comisión, Rec. 2011, apartados 67 y 75.

<sup>150</sup> Los criterios deben definirse de tal manera que hagan posible una competencia efectiva que aporte al licitador seleccionado una rentabilidad normal, no superior. En la práctica, esto implica recurrir a licitaciones que den mucha importancia al componente «precio» de la oferta o que puedan lograr de otro modo un resultado competitivo (por ejemplo, algunas licitaciones temporales con criterios de adjudicación suficientemente precisos).

<sup>151</sup> Cuando el precio de mercado se fija mediante transacciones «pari passu» o licitación, estos resultados no pueden ser puestos en entredicho por otros métodos de evaluación – por ejemplo, informes periciales independientes (véanse los asuntos acumulados T-268/08 y T-281/08 Land Burgenland y Austria/Comisión, Rec. 2012, apartado 72).

102. Para identificar una referencia adecuada, es necesario prestar especial atención al tipo de operador en cuestión (por ejemplo, una sociedad *holding*, una empresa operativa, un fondo especulativo, o un inversor a largo plazo que busque asegurarse beneficios a largo plazo), el tipo de transacción de que se trate (participación en el capital u operaciones de crédito) y el mercado o mercados de referencia (por ejemplo, mercados financieros, mercados tecnológicos en rápido crecimiento, mercados de servicios públicos o de infraestructuras). El momento de las transacciones es también especialmente relevante cuando se han producido acontecimientos económicos importantes. Cuando proceda, puede haber que ajustar las referencias de mercado disponibles en función de las particularidades específicas de la transacción estatal (por ejemplo, la situación de la empresa beneficiaria y del mercado de referencia)<sup>152</sup>. La evaluación comparativa puede no ser un método adecuado para determinar precios de mercado si los valores de referencia disponibles no han sido definidos con respecto a consideraciones de mercado, o los precios existentes están muy falseados por intervenciones públicas.
103. La evaluación comparativa no suele establecer un valor de referencia «preciso» sino que establece más bien una horquilla de posibles valores evaluando una serie de transacciones comparables. Cuando el objetivo de la evaluación consiste en considerar si la intervención estatal es acorde con las condiciones de mercado o no lo es, por lo general, es adecuado considerar medidas de tendencia central, tales como la media o la mediana de la serie de transacciones comparables. En algunos casos, cuando hay una variación considerable en torno a la medida de tendencia central, puede ser más adecuado centrarse en la mediana, en lugar de en la media.
- ii) Otros métodos de evaluación
104. Si no es de aplicación ninguno de los criterios de evaluación anteriores, puede determinarse si una transacción se ajusta a las condiciones de mercado sobre la base de métodos de estimación comúnmente aceptados<sup>153</sup>. Estos métodos deben estar basados en datos disponibles objetivos, verificables y fiables<sup>154</sup>, que deben ser suficientemente minuciosos y reflejar la situación económica en el momento en que se decidió la transacción, teniendo en cuenta el nivel de riesgo y las expectativas futuras<sup>155</sup>. Dependiendo del valor de la transacción, la solidez de la evaluación generalmente debe ser corroborada realizando un análisis de sensibilidad, que evalúe distintos escenarios empresariales, prepare planes de contingencia y compare los resultados con métodos de evaluación alternativos. Puede ser necesario realizar una nueva valoración (previa) si la transacción se retrasa y hay que tener en cuenta cambios recientes en las condiciones de mercado.
105. A modo de ejemplo, un método de estimación comúnmente aceptado para determinar la rentabilidad (anual) de los fondos invertidos consiste en calcular la tasa interna de rentabilidad (TIR)<sup>156</sup>. También puede evaluarse la decisión de invertir en términos de

---

<sup>152</sup> Véanse los asuntos acumulados T-228/99 y T-233/99, Westdeutsche Landesbank Girozentrale y Estado federado de Renania del Norte-Westfalia/Comisión, Rec. 2003, p. II-435, apartado 251.

<sup>153</sup> Véase el asunto T-366/00 Scott/Comisión, Rec. 2007, p. II-797, apartado 134.

<sup>154</sup> Véase el asunto T-274/01 Valmont Nederland BV/Comisión, Rec. 2004, p. II-3145, apartado 71.

<sup>155</sup> Véase el asunto T-366/00 Scott/Comisión, Rec. 2007, p. II-797, apartado 158.

<sup>156</sup> La TIR no se basa en ganancias contables de un ejercicio dado, sino que tiene en cuenta la corriente de flujos de efectivo futuros que el inversor espera recibir a lo largo de toda la duración de la inversión. Se

Valor Actual Veto (VAN)<sup>157</sup>, que produce resultados equivalentes a la TIR en la mayoría de los casos<sup>158</sup>. Para evaluar si la inversión se realiza en condiciones de mercado, la rentabilidad de la inversión debe compararse con la rentabilidad esperada de mercado. Una rentabilidad esperada normal (o coste de capital de la inversión) puede definirse como la rentabilidad media esperada que el mercado exige de la inversión sobre la base de criterios generalmente aceptados, principalmente, el riesgo de la inversión, teniendo en cuenta la situación financiera de la empresa y las particularidades específicas del sector, la región o el país. Si esta rentabilidad normal no puede esperarse razonablemente, entonces lo más probable es que la inversión no se realizara en condiciones de mercado. En general, cuanto más arriesgado es el proyecto, mayor es la tasa de rentabilidad que pedirán los proveedores de fondos, es decir, mayor el coste del capital.

106. Elegir un método de evaluación adecuado depende de la situación del mercado<sup>159</sup>, las disponibilidad de datos o del tipo de transacción<sup>160</sup>. Por ejemplo, mientras que un inversor busca generar un beneficio al invertir en empresas (en cuyo caso, la TIR o el VAN son probablemente los métodos más adecuados), un acreedor busca obtener el pago de cantidades (el principal y sus correspondientes intereses) que le adeuda un deudor dentro del periodo determinado contractual y legalmente<sup>161</sup> (en cuyo caso, la evaluación de colaterales, es decir, el valor de los activos, podría ser más relevante).

---

define como el tipo actualizado para el que el VAN de una corriente de flujos de efectivo es igual a cero.

<sup>157</sup> El VAN es la diferencia entre los flujos de tesorería positivos y negativos mientras dure la inversión, actualizada a la rentabilidad adecuada.

<sup>158</sup> La correlación entre VAN e TIR es perfecta en los casos en los que la TIR es igual a los costes de oportunidad del inversor. Cuando el VAN de una inversión es positivo, supone que el proyecto tiene una TIR que supera la tasa de rentabilidad requerida (costes de oportunidad del inversor). En ese caso, vale la pena realizar la inversión. Si el proyecto tiene un VAN igual a cero, la TIR del proyecto equivale a la tasa de rentabilidad requerida. En tal caso, para el inversor tanto da realizar la inversión o invertir en otra parte. Cuando el VAN es negativo, la TIR es inferior al coste de capital y la inversión no es suficientemente rentable, puesto que existen otras oportunidades mejores. Cuando la TIR y el VAN llevan a decisiones de inversión diferentes (esta diferencia podría surgir, especialmente, en proyectos mutuamente excluyentes), en principio debe preferirse el método VAN conforme a la práctica de mercado.

<sup>159</sup> Por ejemplo, en el caso de la liquidación de una empresa, una valoración basada en el valor de liquidación o en el valor de los activos podrían ser los métodos de evaluación más adecuados.

<sup>160</sup> Por ejemplo, en el caso de ventas de terrenos, cuando el método comparativo (evaluación comparativa) puede no ser adecuado y otros métodos generalmente aceptados no parece que puedan determinar con exactitud el valor del terreno, podría utilizarse un método alternativo, como el método de valoración *Vergleichspreissystem* propuesto por Alemania (confirmado para terrenos agrícolas y forestales en la Decisión de la Comisión relativa a la ayuda estatal SA.33167 - Método alternativo propuesto para evaluar terrenos agrícolas y forestales en Alemania cuando son vendidos por las autoridades públicas, DO C 43 de 15.2.2013, p. 7). Sin embargo, «[...] no podría excluirse que, en determinados casos, el método previsto por esta disposición de Derecho nacional proporcionara un resultado diferente del valor de mercado. En tales circunstancias, en virtud de la obligación que incumbe a todos los órganos del Estado, incluidos los órganos jurisdiccionales nacionales y las autoridades administrativas, de excluir la aplicación de una normativa nacional contraria al Derecho de la Unión, dicho órgano jurisdiccional y las autoridades administrativas encargadas de su aplicación estarían obligadas a excluir la aplicación de dicha disposición nacional.». Asunto C-239/09, Seydaland Vereinigte Agrarbetriebe GmbH & Co. KG/BVVG Bodenverwertungs- und -verwaltungs GmbH, Rec. 2010, p. I-13083, apartado 52.

<sup>161</sup> Véanse, por ejemplo, el asunto 342/96, España/Comisión, Rec. 1999 p. 2459, apartado 46, y C-256/97, DMTransport, Rec. 1999, p. I-3913, apartado 24.

107. De los métodos para determinar la TIR o el VAN de una inversión no suele resultar un valor preciso que pueda aceptarse como el único precio de mercado posible, sino más bien una horquilla de posibles precios de mercado (dependiendo de las circunstancias económicas, jurídicas y otras específicas de la transacción inherentes al método de evaluación). Cuando el objetivo de la evaluación consiste en considerar si la intervención estatal es acorde con las condiciones de mercado, suele ser adecuado considerar medidas de tendencia central, tales como la media o la mediana de la serie de transacciones comparables.
108. Los OEM prudentes suelen evaluar sus intervenciones utilizando diversos métodos (por ejemplo, validar los cálculos del VAN mediante métodos de evaluación comparativa) para corroborar las estimaciones. Los diferentes métodos que convergen en el mismo valor aportarán otro indicio más para determinar un auténtico precio de mercado. Así pues, se considerará un signo positivo la presencia de métodos de valoración complementarios que, al evaluar si una transacción se ajusta a las condiciones de mercado, corroboren mutuamente sus resultados.
- 4.2.3.3. Análisis contrafáctico en el caso de exposición previa a la empresa en cuestión
109. El hecho de que la entidad pública en cuestión tenga una exposición económica previa a una empresa (por ejemplo, si es accionaria o si ha aportado préstamos o garantías) debe tenerse en cuenta al examinar si una transacción es acorde con las condiciones de mercado. No obstante, esta exposición previa no debe ser en sí misma el resultado de ayuda estatal anterior<sup>162</sup> o de una intervención que no se realizó en condiciones de mercado<sup>163</sup>.
110. La exposición previa debida a intervenciones realizadas en condiciones de mercado debe considerarse en el marco de escenarios contrafácticos a efectos de la prueba OEM. Por ejemplo, en el caso de una intervención de fondos propios o de deuda en una empresa pública en crisis, la rentabilidad esperada de tal inversión debe compararse con la rentabilidad esperada en el escenario contrafáctico de la liquidación de la empresa. En el caso de que la liquidación ofrezca mayores ganancias o menores pérdidas, un operador prudente en una economía de mercado elegiría esta opción<sup>164</sup>. A estos efectos, los costes de la liquidación a tomar en cuenta no deben incluir los costes vinculados a las responsabilidades de las autoridades públicas, sino únicamente los costes en los que incurriría un operador racional en una economía de mercado<sup>165</sup>, teniendo en cuenta también la evolución del contexto social, económico y medioambiental en el que opera<sup>166</sup>.

---

<sup>162</sup> Véase el asunto C-334/99, Alemania/Comisión, Rec. 2003, p. I-1139, apartados 133 a 141; asuntos acumulados T-268/08 y T-281/08, Land Burgenland y Austria/Comisión, Rec. 2012 p. II-0000, apartados 155 a 159, y asuntos acumulados T-228/99 y T-233/99, Westdeutsche Landesbank Girozentrale y Estado federado de Renania del Norte-Westfalia/Comisión, Rec. 2003, p. II-435, apartados 313 a 315.

<sup>163</sup> Asunto C-334/99, Alemania/Comisión, Rec. 2003, p. I-1139, apartados 137 a 142.

<sup>164</sup> Véase al respecto el asunto T-296/97 Alitalia/Comisión, Rec. 2000, p. II-3871 o el asunto C-73/11 P Frucona/Comisión, Rec. 2013, p. I-0000, apartados 79 y 80.

<sup>165</sup> Asunto C-334/99, Alemania/Comisión, Rec. 2003, p. I-1139, apartado 140.

<sup>166</sup> Asunto T-565/08, Corsica Ferries France/Comisión, Rec. 2012, p. II-0000, apartados 79 a 84. El Tribunal General confirmó en este asunto que, en principio, debe ser racional a largo plazo desde el punto de vista económico para los inversores privados, en particular grandes grupos empresariales, pagar indemnizaciones complementarias (por ejemplo, para proteger la imagen de marca de un grupo).

- 4.2.3.4. Consideraciones específicas para determinar si las condiciones de préstamos y garantías se ajustan a los precios de mercado
111. Como en cualquier otra transacción, los préstamos y garantías concedidos por entidades públicas (incluidas las empresas públicas) pueden conllevar ayuda estatal si no son acordes con las condiciones de mercado.
112. Por lo que se refiere a las garantías, por lo general se debe analizar toda situación triangular en la que participe una entidad pública como garante, el prestatario y el prestamista<sup>167</sup>. En la mayoría de los casos, solo puede haber ayuda al nivel del prestatario, puesto que la garantía pública podría concederle una ventaja, al permitirle obtener préstamos a un tipo que no habría podido obtener en el mercado sin la garantía<sup>168</sup> (u obtener préstamos en una situación en la que, excepcionalmente, no podría haber logrado un préstamo en el mercado al tipo que fuera). Sin embargo, en determinadas circunstancias específicas, la concesión de una garantía pública puede también entrañar ayuda para el prestamista, en particular cuando se concede con posterioridad a una obligación existente entre prestamista y prestatario, o cuando un préstamo garantizado se utiliza para devolver otro préstamo no garantizado<sup>169</sup>.
113. Toda garantía concedida en condiciones más favorables que las del mercado, teniendo en cuenta la situación económica del prestatario, confiere una ventaja a este último (que paga comisiones que no reflejan adecuadamente el riesgo que asume el garante)<sup>170</sup>. En general, las garantías ilimitadas no son acordes con las condiciones normales de mercado. Lo mismo se aplica a las garantías implícitas derivadas de la responsabilidad del Estado por las deudas de empresas públicas insolventes protegidas de las normas generales de quiebra<sup>171</sup>.
114. Sin información empírica del mercado sobre una transacción de deuda concreta, el respeto de las condiciones de mercado por parte del instrumento de deuda puede establecerse sobre la base de una comparación con transacciones de mercado comparables (es decir, mediante una evaluación comparativa). En el caso de los préstamos y garantías, la información sobre los costes de financiación de la empresa pueden obtenerse, por ejemplo, de otros préstamos (recientes) concedidos a la empresa en cuestión, de rendimientos sobre obligaciones emitidas por la empresa o de los diferenciales de permutas de cobertura por incumplimiento crediticio (CDS) de esa empresa. Por transacciones de mercado comparables también puede entenderse las transacciones de préstamo/garantía similares realizadas por una

---

No obstante, la necesidad de pagar tales indemnizaciones complementarias debe demostrarse exhaustivamente en el caso concreto en el que es necesaria la protección de la imagen de sus actividades y que tales pagos son una práctica habitual entre las empresas privadas en circunstancias similares (no bastan los simples ejemplos).

<sup>167</sup> Sobre la evaluación que hay que efectuar en cuanto a la posible concesión de ayuda estatal en forma de garantía, véase también la Comunicación de la Comisión relativa a la aplicación de los artículos 87 y 88 del Tratado CE a las ayudas estatales otorgadas en forma de garantía (2008/C 155/02), que está integrada en la presente Comunicación, pero no sustituida por esta.

<sup>168</sup> Véase el asunto C-275/10, *Residex Capital/Gemeente Rotterdam*, pendiente de publicación, apartado 39.

<sup>169</sup> Véase el asunto C-275/10, *Residex Capital/Gemeente Rotterdam*, pendiente de publicación, apartado 42.

<sup>170</sup> Véase el asunto T-154/10, *Francia/Comisión Europea*, pendiente de publicación, apartado 106.

<sup>171</sup> Véase el asunto T-154/10, *Francia/Comisión Europea*, pendiente de publicación, apartados 82 a 88 y 91 a 94.

muestra de empresas de comparación, obligaciones emitidas por una muestra de empresas de comparación o diferenciales CDS sobre una muestra de empresas de comparación. En el caso de las garantías, si no puede hallarse en los mercados financieros el correspondiente precio de referencia, el coste de financiación total del préstamo garantizado, incluidos los tipos de interés del préstamo y la prima de garantía, deben compararse con el precio de mercado de un préstamo similar no garantizado. Los métodos de evaluación comparativa pueden complementarse con métodos de evaluación basados en el rendimiento del capital<sup>172</sup>.

115. Para facilitar la evaluación de si una medida cumple la prueba OEM para autoridades públicas, la Comisión ha elaborado valores para determinar el carácter de ayuda de préstamos y garantías.
116. En el caso de los préstamos, los métodos para calcular un tipo de referencia, que haga la función de valor para el precio de mercado en situaciones en las que no es fácil identificar transacciones de mercado comparables (que es más probable que se apliquen a transacciones que implican cantidades limitadas y/o transacciones en las que participen PYME), figuran en la Comunicación sobre el tipo de referencia<sup>173</sup>. Cabe recordar que este tipo de referencia no es más que un valor<sup>174</sup>. Si las transacciones comparables habitualmente se han producido a un precio inferior al indicado como valor por el tipo de referencia, los Estados miembros pueden considerar que este precio inferior es el precio de mercado. Si, por otra parte, la misma empresa ha realizado transacciones similares recientes a un precio superior al tipo de referencia y su situación financiera y el entorno del mercado han permanecido sustancialmente invariables, el tipo de referencia puede que no constituya un valor válido de los tipos de mercado en ese caso concreto.
117. Por lo que se refiere a las garantías, la Comisión ha elaborado orientaciones detalladas sobre los valores (y primas refugio para las PYME) en la Comunicación sobre las garantías<sup>175</sup>. Según dicha Comunicación, para descartar la presencia de ayuda suele ser suficiente que el prestatario no se encuentre en una situación financiera difícil, que la garantía esté vinculada a una transacción específica, que el prestamista corra con parte del riesgo y que el prestatario pague por la garantía un precio basado en el mercado.

---

<sup>172</sup> Por ejemplo, mediante el RAROC (rendimiento del capital ajustado al riesgo), que es lo que prestamistas e inversores exigen para aportar financiación de una referencia de riesgo y vencimiento similares a una empresa del mismo sector.

<sup>173</sup> Véase la Comunicación de la Comisión relativa a la revisión del método de fijación de los tipos de referencia y de actualización, DO C 14 de 19.1.2008, p. 6. Por lo que se refiere a los préstamos subordinados, que no están cubiertos en la Comunicación sobre el tipo de referencia, puede utilizarse el método expuesto en la Decisión de la Comisión, de 11 de diciembre de 2008, relativa a la ayuda estatal N55/2008, GA/EFRE Nachrangdarlehen, DO C 9 de 14.1.2009.

<sup>174</sup> No obstante, cuando los reglamentos o decisiones de la Comisión sobre regímenes de ayuda se refieren al tipo de referencia para la identificación del importe de la ayuda, la Comisión lo considerará como un valor de referencia fijo exento de ayuda (valor refugio).

<sup>175</sup> Comunicación de la Comisión relativa a la aplicación de los artículos 87 y 88 del Tratado CE a las ayudas estatales otorgadas en forma de garantía, DO C 155 de 20.6.2008, p. 10.

## 5. SELECTIVIDAD

### 5.1. Principios generales

118. Para entrar en el ámbito del artículo 107, apartado 1, del TFUE, una medida estatal debe favorecer a «determinadas empresas o producciones». Por tanto, no todas las medidas que favorecen a operadores económicos entran en el concepto de ayuda, sino solo aquellas que conceden una ventaja de manera selectiva a determinadas empresas o categorías de empresas o a determinados sectores económicos.
119. Las medidas generales, que están efectivamente abiertas a todas las empresas que operan dentro de un Estado miembro en situación de igualdad, no son selectivas. Sin embargo, para que las medidas sean verdaderamente de carácter general, no estarán *de facto* reducidas en su ámbito de aplicación por factores que restrinjan su efecto práctico. Ni el elevado número de empresas beneficiarias (que puede incluso incluir a todas las empresas de un determinado sector), ni la diversidad e importancia de los sectores industriales a los que pertenecen, permiten considerar que una iniciativa estatal constituye una medida general de política económica, si no pueden beneficiarse de ella todos los sectores económicos<sup>176</sup>. El hecho de que el ámbito de aplicación de una medida se determine de manera objetiva no es suficiente por sí mismo para acreditar su carácter general y no excluye la selectividad<sup>177</sup>.
120. Para aclarar el concepto de selectividad según la legislación sobre ayudas estatales, conviene distinguir entre selectividad material y geográfica. Por otra parte, conviene dar unas orientaciones sobre algunas cuestiones específicas de las medidas fiscales (o similares).

### 5.2. Selectividad material

121. La selectividad material de una medida implica que la medida solo se aplica a determinadas empresas (o grupos empresariales) o a determinados sectores de la economía en un determinado Estado miembro. La selectividad material puede acreditarse de Derecho o de hecho.

#### 5.2.1. *Selectividad de Derecho y de hecho*

122. La selectividad de derecho resulta directamente de los criterios jurídicos para la concesión de una medida que está reservada, desde un punto de vista formal, únicamente a determinadas empresas (por ejemplo, las de determinado tamaño, situadas en una zona determinada, que se dedican a determinados sectores, con determinada forma jurídica, empresas constituidas durante un periodo concreto, o empresas pertenecientes a un grupo de determinadas características o empresas a las que se encomiendan determinadas funciones dentro de un grupo). La selectividad de hecho puede determinarse en casos en los que, aunque los criterios formales para la aplicación de la medida están formulados en términos generales y objetivos, la

---

<sup>176</sup> Véase, por ejemplo, el asunto C-143/99 P, *Adria-Wien Pipeline*, Rec. 2001, p. I-8365, apartado 48.

<sup>177</sup> Véase, por ejemplo, el asunto C-379/09 *Italia/Comisión*, Rec. 2012, p. I-0000, apartado 47. La medida en cuestión en el presente asunto era una exención parcial de los impuestos especiales sobre el gasóleo utilizado para calefacción en invernaderos. El Tribunal General dictaminó que el hecho de que la exención pudiera beneficiar a todas las empresas que optaran por la producción en invernadero no era suficiente para acreditar el carácter general de la medida.

estructura de la medida es tal que sus efectos favorecen significativamente a un grupo de empresas concreto (como en los ejemplos anteriores)<sup>178</sup>.

123. La selectividad de hecho puede deberse a las condiciones o barreras impuestas por los Estados miembros que impiden a determinadas empresas beneficiarse de la medida. Por ejemplo, aplicar una medida fiscal (como un crédito fiscal) únicamente a inversiones que superen determinado umbral puede suponer que la medida de hecho está reservada a empresas que cuentan con considerables recursos económicos<sup>179</sup>.

#### 5.2.2. *Selectividad derivada de prácticas administrativas discrecionales*

124. Las medidas que, a primera vista, se aplican a todas las empresas, pero están (o pueden estar) limitadas por la facultad discrecional de la administración, son selectivas<sup>180</sup>. Ese es el caso cuando cumplir determinados criterios no da derecho automáticamente a acogerse a la medida.

125. Las autoridades tienen facultad discrecional para aplicar una medida, en particular, cuando los criterios para la concesión de la ayuda están formulados de manera muy vaga o general que necesariamente implica un margen discrecional en su evaluación. Por ejemplo, la administración fiscal puede variar las condiciones para otorgar una concesión fiscal en función de las características del proyecto de inversión que debe evaluar. De la misma manera, si las autoridades competentes tienen amplia discrecionalidad para determinar los beneficiarios o las condiciones en las que se concede la ventaja fiscal sobre la base de criterios ajenos al sistema fiscal, como mantener el empleo, el ejercicio de dicha discrecionalidad debe entonces considerarse que favorece «a determinadas empresas o producciones»<sup>181</sup>.

#### 5.2.3. *Evaluación de la selectividad material en aquellas medidas que alivian las cargas de las empresas*

126. Cuando los Estados miembros adoptan medidas *ad hoc* positivas que benefician a una o varias empresas bien definidas (por ejemplo, concediendo fondos o activos a determinadas empresas), suele ser fácil concluir que tales medidas son de carácter selectivo, puesto que dan un trato favorable a una o algunas empresas<sup>182</sup>.

127. La situación suele ser menos clara cuando los Estados miembros adoptan medidas más amplias, aplicables a todas las empresas que reúnen determinados criterios, que alivian las cargas que normalmente tendrían que soportar esas empresas (por

---

<sup>178</sup> Ese era el caso en los asuntos acumulados C-106/09 P y C-107/09 P Comisión y España/Government of Gibraltar y Reino Unido, Rec. 2011, sobre la reforma fiscal de Gibraltar, que de hecho favorecía a las sociedades extraterritoriales. Véanse los apartados 101 y ss. de dicha sentencia. La reforma introdujo un régimen integrado por tres impuestos aplicable a todas las empresas gibraltareñas, a saber: un impuesto sobre el número de empleados (*payroll tax*), un impuesto por superficie ocupada (*BPOT, business property occupation tax*) y una tasa de registro (*registration fee*). El límite máximo del impuesto sobre el número de empleados y del BPOT era igual al 15 % de los beneficios. El Tribunal consideró que esa combinación de impuestos excluía de principio toda imposición a las sociedades extraterritoriales, puesto que no tenían base imponible al carecer de empleados y de locales en Gibraltar.

<sup>179</sup> Véanse, por ejemplo, los asuntos acumulados T-92/00 y T-103/00 Ramondín SA y Ramondín Cápsulas SA/Comisión, Rec. 2002, p. II-1385, apartado 39.

<sup>180</sup> Asunto C-256/97, Déménagements-Manutention Transport (DMT) SA, Rec. 1999, p. I-3913, apartado 27.

<sup>181</sup> Véase el asunto C-6/12 P, Oy, Rec. 2013, p. I-0000, apartado 27.

<sup>182</sup> Véanse las Conclusiones del Abogado General Mengozzi, de 27 de junio de 2013, en el asunto C-284/12 Deutsche Lufthansa, apartado 52.

ejemplo, exenciones fiscales o de la seguridad social para las empresas que reúnan determinados criterios).

128. En tales casos, la selectividad de las medidas debe evaluarse habitualmente por medio de un análisis en tres fases. En primer lugar, debe identificarse el sistema de referencia. En segundo lugar, debe determinarse si una medida dada constituye una excepción de dicho sistema al establecer diferencias entre operadores económicos que, habida cuenta de los objetivos intrínsecos al sistema, se encuentren en una situación fáctica y jurídica comparable. Determinar si existe una excepción es el elemento clave de esta parte de la prueba y permite sacar una conclusión sobre si la medida es a priori selectiva. Si la medida en cuestión no constituye una excepción del sistema de referencia, no es selectiva. No obstante, si constituye una excepción (y, por lo tanto, es a priori selectiva), debe determinarse, mediante la prueba en tres fases, si la medida de excepción encuentra justificación en la naturaleza o la economía general del sistema (de referencia)<sup>183</sup>. Si una medida a priori selectiva encuentra justificación en la naturaleza o la economía general del sistema de referencia, no se considerará selectiva y, por tanto, no entrará en el ámbito del artículo 107, apartado 1, del TFUE<sup>184</sup>.
129. No obstante, el análisis en tres fases no puede aplicarse en ciertos casos particulares, teniendo en cuenta los efectos prácticos de las medidas en cuestión. De hecho, hay que destacar que el artículo 107, apartado 1, del TFUE no distingue según las causas o los objetivos de las intervenciones estatales, sino que los define en función de sus efectos, independientemente de las técnicas utilizadas<sup>185</sup>. Esto significa que, en determinados casos, no basta examinar si una medida dada constituye una excepción de las normas del sistema de referencia definido por el Estado miembro afectado, sino que también es necesario evaluar si los límites del sistema de referencia han sido concebidos de manera coherente o, por el contrario, de forma claramente arbitraria o sesgada para favorecer a determinadas empresas que se encuentran en una situación comparable, tomando en consideración la lógica subyacente del sistema en cuestión.
130. Así, en los asuntos acumulados C-106/09 P y C-107/09 P<sup>186</sup> sobre la reforma fiscal de Gibraltar, el Tribunal de Justicia consideró que el sistema de referencia definido por el Estado miembro en cuestión, aun estando basado en criterios de carácter general, discriminaba en la práctica entre sociedades que se encontraban en una situación comparable tomando en consideración el objetivo perseguido por la reforma fiscal, a saber, que daba lugar a que se concediera una ventaja selectiva a las sociedades extraterritoriales<sup>187</sup>. A este respecto, el Tribunal de Justicia consideró que la circunstancia de que las sociedades extraterritoriales no estuvieran sujetas a

---

<sup>183</sup> Véase, por ejemplo, el asunto C-279/08 P Comisión/Países Bajos (*NOx*), Rec. 2011, p. I-7671, apartado 62 y asunto C-143/99 *Adria-Wien Pipeline*, Rec. 2001, p. I-8365.

<sup>184</sup> Véanse, por ejemplo, los asuntos acumulados C-78/08 a C-80/08, *Paint Graphos* y otros, Rec. 2011, p. I-7611, apartados 49 y ss.; asunto C-308/01 *GIL Insurance*, Rec. 2004, p. I-4777.

<sup>185</sup> Véase el asunto C-487/06 P *British Aggregates/Comisión*, Rec. 2008, p. I-10515, apartados 85 y 89, y jurisprudencia citada; asunto C-279/08 P Comisión/Países Bajos, Rec. 2011, p. I-7671, apartado 51; asuntos acumulados C-106/09 P y C-107/09 P Comisión y España/*Government of Gibraltar* y Reino Unido, Rec. 2011, p. I-0000, apartado 87.

<sup>186</sup> Asuntos acumulados C-106/09 P y C-107/09 P Comisión y España/*Government of Gibraltar* y Reino Unido, Rec. 2011, p. I-0000.

<sup>187</sup> Asuntos acumulados C-106/09 P y C-107/09 P Comisión y España/*Government of Gibraltar* y Reino Unido, Rec. 2011, p. I-0000, apartados 101 y ss.

imposición no era una consecuencia aleatoria del régimen, sino la consecuencia ineluctable del hecho de que las bases impositivas estaban precisamente concebidas de forma que las sociedades extraterritoriales no tuvieran base imponible<sup>188</sup>.

131. También puede ser necesaria una verificación similar en determinados casos relacionados con impuestos especiales, cuando haya elementos que indiquen que los límites del impuesto han sido concebidos de forma claramente arbitraria o sesgada, para favorecer a determinadas producciones o actividades que se encuentran en una situación comparable tomando en consideración la lógica subyacente de los impuestos en cuestión. Por ejemplo, en *Ferring*<sup>189</sup>, el Tribunal de Justicia consideró que era selectivo un gravamen sobre las ventas directas de medicamentos realizadas por los laboratorios farmacéuticos pero no por los mayoristas. Habida cuenta de las particulares circunstancias fácticas puestas en conocimiento del Tribunal – tales como el claro objetivo de la medida y sus efectos – este no se limitó a examinar si la medida en cuestión daría lugar a una excepción del sistema de referencia que constituía el gravamen. Además comparó la situación de los laboratorios farmacéuticos (sujetos al gravamen) y la de los mayoristas (excluidos de este), y concluyó que la no sujeción de los mayoristas al gravamen sobre las ventas directas suponía concederles una exención fiscal a priori selectiva<sup>190</sup>.

#### 5.2.3.1. Identificación del sistema de referencia

132. El sistema de referencia constituye el marco por el cual se evalúa la selectividad de una medida. Define los límites para examinar si determinadas empresas se benefician de una excepción de las normas generales que juntas forman ese sistema de referencia y reciben, por tanto, un trato de favor frente a otras empresas sometidas a las normas generales del sistema.
133. El sistema de referencia se compone de un conjunto de normas coherentes que generalmente se aplican – sobre la base de criterios objetivos – a todas las empresas que entran en su ámbito de aplicación definido por su objetivo. Habitualmente, estas normas no solo definen el ámbito de dicho sistema, sino también las condiciones en las que se aplica el sistema, los derechos y obligaciones de las empresas sujetas a él y los aspectos técnicos de su funcionamiento.
134. En el caso de los impuestos, la construcción del sistema de referencia se basa en elementos como la base imponible, el sujeto pasivo, el hecho imponible y los tipos impositivos. Por ejemplo, podría identificarse un sistema de referencia para el sistema del impuesto de sociedades<sup>191</sup>, el sistema del IVA<sup>192</sup>, o el sistema general de tributación de los seguros<sup>193</sup>. Lo mismo se aplica a las exacciones especiales

---

<sup>188</sup> Asuntos acumulados C-106/09 P y C-107/09 P Comisión y España/Government of Gibraltar y Reino Unido, Rec. 2011, p. I-0000, apartado 106.

<sup>189</sup> Asunto C-53/00, *Ferring*, Rec. 2001, p. I-9067, apartado 20.

<sup>190</sup> Asunto C-53/00, *Ferring*, Rec. 2001, p. I-9067, apartados 19 y 20.

<sup>191</sup> Véanse, por ejemplo, los asuntos acumulados C-78/08 a C-80/08, *Paint Graphos* y otros Rec. 2011, p. I-7611, apartado 50. El Tribunal a veces aplica en este contexto el término de «régimen de Derecho común» (véanse asuntos acumulados C-182/03 y C-217/03, *Bélgica y Forum 187/Comisión*, Rec. 2006, p. I-5479, apartado 95) o «régimen fiscal ordinario» (véase el asunto C-66/02, *Italia/Comisión*, Rec. 2005, p. I-10901, apartado 100).

<sup>192</sup> Véase la motivación del Tribunal relativa a la selectividad en el asunto C-172/03, *Heiser*, Rec. 2005, p. I-1627, apartados 40 y ss.

<sup>193</sup> Véase el asunto C-308/01 *GIL Insurance* Rec. 2004, p. I-4777, apartados 75 y 78.

(autónomas), como las exacciones sobre determinados productos o actividades con un impacto negativo sobre el medio ambiente o la salud, que no forman parte realmente de un sistema impositivo más general. Como resultado, y sin perjuicio de casos especiales ilustrados en los puntos 124 a 126, el sistema de referencia es, en principio, el propio impuesto<sup>194</sup>.

#### 5.2.3.2. Excepción al sistema de referencia

135. Una vez establecido el sistema de referencia, el siguiente paso del análisis consiste en examinar si una medida determinada hace distinciones entre empresas haciendo excepciones a dicho sistema. Para ello, es necesario determinar si la medida probablemente favorezca a determinadas empresas o producciones en comparación con otras empresas que están en una situación fáctica y jurídica comparable, habida cuenta del objetivo intrínseco del sistema de referencia<sup>195</sup>. Sin embargo, a estos efectos, los Estados miembros no pueden invocar objetivos de política externa – tales como objetivos regionales, medioambientales o de política industrial – para justificar el trato diferenciado de empresas en virtud de un régimen determinado.
136. A este respecto, la estructura de determinadas exacciones especiales (y, en particular, su base imponible), tales como tasas medioambientales y sanitarias impuestas para disuadir de determinadas actividades o productos que tienen efectos adversos para el medio ambiente o la salud humana, generalmente integran los objetivos estratégicos perseguidos. En tales casos, un trato diferenciado para actividades o productos cuya situación es diferente habida cuenta del objetivo intrínseco perseguido, reflejado en la estructura del impuesto, no da lugar a un trato de excepción<sup>196</sup>.
137. Si una medida favorece a determinadas empresas o producciones que se encuentran en una situación de hecho y de Derecho comparable, se considerará que la medida es a priori selectiva.

#### 5.2.3.3. Justificación por la naturaleza o la economía general del sistema de referencia

138. Una medida que se aparta del sistema de referencia (selectividad a priori) todavía puede considerarse que no es selectiva si está justificada por la naturaleza o la economía general de ese sistema. Es el caso cuando una medida deriva directamente de los principios fundadores o rectores intrínsecos del sistema de referencia o cuando

---

<sup>194</sup> Asunto T-210/02 RENV, Comisión/ British Aggregates Association, Rec. 2012, p.II-0000, apartados 49 y 50. Aun cuando se introduzca en el sistema jurídico nacional una exacción para incorporar una Directiva de la UE, esa exacción sigue siendo el sistema de referencia.

<sup>195</sup> En general, se considera que todas las empresas que tienen ingresos están en una situación de hecho y de Derecho comparable desde el punto de vista de la fiscalidad directa de las empresas. En su sentencia *Paint Graphos*, el Tribunal señaló, no obstante, que habida cuenta de las características específicas de las sociedades cooperativas que tienen que regirse por principios de funcionamiento particulares, no puede considerarse que esas empresas se encuentren en una situación de hecho y de Derecho comparable a la de las sociedades comerciales, dado que actúan persiguiendo el interés económico de sus socios y mantienen con estos una relación no meramente comercial, sino personal particular, en la que los socios están activamente implicados y tienen derecho a un reparto equitativo de los resultados económicos (véanse los asuntos acumulados C-78/08 a C-80/08, *Paint Graphos* y otros, Rec. 2011, p. I-7611, apartado 61).

<sup>196</sup> A este respecto, una exacción introducida en el sistema jurídico nacional que incorpore una Directiva de la UE que prevé en su ámbito de aplicación el trato diferenciado para determinadas actividades o productos, puede indicar que tales actividades o productos se encuentran en una situación diferente habida cuenta del objetivo intrínseco perseguido.

es el resultado de aspectos inherentes necesarios para el funcionamiento y efectividad del mismo<sup>197</sup>. Por el contrario, los objetivos de política externos ajenos al sistema no pueden invocarse a estos efectos<sup>198</sup>.

139. La base de una posible justificación podría ser, por ejemplo, la necesidad de luchar contra el fraude o la evasión fiscal, la necesidad de tener en cuenta requisitos contables específicos, la gestionabilidad administrativa, el principio de neutralidad fiscal, la naturaleza progresiva del impuesto sobre la renta y su finalidad redistributiva, la necesidad de evitar la doble imposición<sup>199</sup>, y el objetivo de optimizar la recuperación de la deuda tributaria.
140. Los Estados miembros deben, no obstante, establecer y aplicar procedimientos de control y vigilancia apropiados para garantizar la coherencia de las medidas de excepción con la lógica y la economía general del sistema fiscal<sup>200</sup>. Para que las medidas de excepción estén justificadas por la naturaleza o la economía general del sistema, todavía habrá que comprobar que son conformes al principio de proporcionalidad y no exceden de lo necesario para lograr el legítimo objetivo perseguido, en el sentido de que dicho objetivo no podría lograrse mediante medidas de menor alcance<sup>201</sup>.
141. El Estado miembro que introduzca una diferenciación entre empresas tiene que demostrar que esta diferenciación está efectivamente justificada por la naturaleza y la economía del sistema de que se trata<sup>202</sup>.

### 5.3. Selectividad regional

142. En principio, solo aquellas medidas cuyo ámbito engloba la totalidad del territorio del Estado escapan al criterio de selectividad establecido en el artículo 107, apartado 1, del TFUE. No obstante, como se subraya más adelante, el sistema de referencia no tiene necesariamente por qué coincidir con el territorio del Estado miembro considerado<sup>203</sup>. Por consiguiente, una medida que favorezca a empresas activas en una parte del territorio nacional no debe ser considerada selectiva automáticamente.

---

<sup>197</sup> Véanse, por ejemplo, los asuntos acumulados C-78/08 a C-80/08, *Paint Graphos* y otros Rec. 2011, p. I-7611, apartado 69.

<sup>198</sup> Véanse asuntos acumulados C-78/08 a C-80/08, *Paint Graphos* y otros Rec. 2011, p. I-7611, apartados 69 y 70; asunto C-88/03, Portugal/Comisión, Rec. 2006, p. I-7115, apartado 81; asunto C-279/08 P, Comisión/Países Bajos (NOx), Rec. 2011, p. I-7671; asunto C-487/06 P *British Aggregates Association/Comisión*, Rec. 2008, p. I-10515.

<sup>199</sup> En los asuntos acumulados C-78/08 a C-80/08, *Paint Graphos* y otros, Rec. 2011, el Tribunal remitió a la posibilidad de invocar la naturaleza o la economía general del sistema fiscal nacional para justificar que las sociedades cooperativas que distribuyen a sus miembros todos sus beneficios no estén gravadas como tales, en la medida en que se exige el pago del impuesto a sus miembros (apartado 71).

<sup>200</sup> Asuntos acumulados C-78/08 a C-80/08, *Paint Graphos* y otros Rec. 2011, p. I-7611, apartado 74.

<sup>201</sup> Asuntos acumulados C-78/08 a C-80/08, *Paint Graphos* y otros Rec. 2011, p. I-7611, apartado 75.

<sup>202</sup> Véanse asuntos acumulados C-106/09 P y C-107/09 P *Comisión y España/Government of Gibraltar y Reino Unido*, Rec. 2011, p. I-0000, apartado 146; asunto C-159/01, Países Bajos/Comisión, Rec. 2004, p. I-4461, apartado 43; asunto C-88/03, Portugal/Comisión, Rec. 2006, p. I-7115

<sup>203</sup> Asunto C-88/03 Portugal/Comisión, Rec. 2006, p. I-7115, apartado 57; asuntos acumulados C-428/06 a C-434/06 *Unión General de Trabajadores de La Rioja*, Rec. 2008, p. I-6747, apartado 47.

143. Según reiterada jurisprudencia<sup>204</sup>, las medidas de ámbito de aplicación regional o local pueden no ser selectivas si cumplen ciertos requisitos.
144. A este respecto, cabe distinguir tres situaciones en lo referente a las medidas fiscales<sup>205</sup>:
- 1) En la primera situación, que da lugar a selectividad regional de una medida, el Gobierno central decide unilateralmente aplicar un tipo impositivo inferior en una determinada zona geográfica.
  - 2) La segunda situación corresponde a la delegación simétrica de atribuciones en materia tributaria<sup>206</sup> - un modelo de distribución de competencias tributarias en el que todas las entidades infraestatales de un determinado nivel (regiones, municipios u otros) de un Estado miembro tienen las mismas competencias de hecho o de Derecho para fijar el tipo impositivo aplicable en la zona sujeta a su jurisdicción, independientemente del Gobierno central. En este caso, las medidas decididas por las entidades infraestatales no son selectivas puesto que es imposible determinar un tipo impositivo normal capaz de constituir el marco de referencia.
  - 3) En la tercera situación – la de la delegación asimétrica de competencias tributarias<sup>207</sup> - solo algunas entidades regionales o locales pueden adoptar medidas fiscales aplicables en su territorio. En este caso, la evaluación del carácter selectivo de la medida considerada depende de si la entidad en cuestión es suficientemente autónoma del Gobierno central del Estado miembro<sup>208</sup>. Se considerará que la entidad regional o local es suficientemente autónoma del Gobierno central del Estado miembro si desempeña un papel fundamental en la definición del medio político y económico en el que operan las empresas<sup>209</sup>. Ese es el caso cuando se reúnen tres criterios de autonomía acumulativos: autonomía institucional, de procedimiento y económica<sup>210</sup>. Si se reúnen todos esos criterios de autonomía cuando una entidad regional o local decide adoptar una medida fiscal aplicable únicamente en su territorio, entonces la región en cuestión, y no el Estado miembro, constituye el marco geográfico de referencia.

### 5.3.1. *Autonomía institucional*

145. La existencia de autonomía institucional puede acreditarse cuando la decisión sobre la medida fiscal ha sido adoptada por una entidad regional o local dentro de su propio estatuto constitucional, político y administrativo distinto del estatuto del Gobierno central. En el asunto de las Azores, el Tribunal señaló que la Constitución Portuguesa reconocía a las Azores como Región Autónoma con su propio estatuto político-

<sup>204</sup> Asunto C-88/03 Portugal/Comisión, Rec. 2006, p. I-7115, apartados 57 y ss.; asuntos acumulados C-428/06 a C-434/06 UGT Rioja y otros, Rec. 2008, I-6747, apartados 47 y ss.

<sup>205</sup> Asunto C-88/03 Portugal/Comisión, Rec. 2006, p. I-7115, apartados 63 a 66.

<sup>206</sup> Véanse las Conclusiones del Abogado General Geelhoed de 20 de octubre de 2005 en el asunto C-88/03 República Portuguesa/Comisión, apartado 60.

<sup>207</sup> Ídem.

<sup>208</sup> Asunto C-88/03, Portugal/Comisión, Rec. 2006, p. I-7115, apartado 58. «No puede excluirse que una entidad infraestatal cuente con un estatuto jurídico y fáctico que la haga lo suficientemente autónoma del Gobierno central de un Estado miembro como para que sea ella misma, y no el Gobierno central, quien, mediante las medidas que adopte, desempeñe un papel fundamental en la definición del medio político y económico en el que operan las empresas.»

<sup>209</sup> Asuntos acumulados C-428/06 a C-434/06 UGT Rioja y otros, Rec. 2008, I-6747, apartado 55.

<sup>210</sup> Asunto C-88/03, Portugal/Comisión, Rec. 2006, p. I-7115, apartado 67.

administrativo y sus propios órganos de gobierno, que tienen sus propias competencias en materia fiscal y están facultadas para adaptar las normas fiscales nacionales a las particularidades regionales<sup>211</sup>.

146. La evaluación de si se ha cumplido este criterio en cada caso concreto debe incluir, en particular, el examen de la constitución y otras leyes relevantes de un Estado miembro dado para verificar si una determinada región realmente tiene su propio estatuto político-administrativo y si cuenta con sus propios órganos de gobierno, facultados para ejercer sus propias competencias en materia fiscal.

### 5.3.2. *Autonomía en materia de procedimiento*

147. La existencia de autonomía en materia de procedimiento puede acreditarse cuando la decisión sobre la medida fiscal ha sido adoptada sin que el Gobierno central pueda intervenir directamente en la determinación de su contenido.
148. El criterio esencial a la hora de determinar si existe autonomía en materia de procedimiento no es el alcance de las competencias que se reconoce que tiene la entidad infraestatal, sino la capacidad de dicho organismo, habida cuenta de sus competencias, de adoptar una decisión sobre una medida fiscal independientemente, es decir, sin que el Gobierno central pueda intervenir directamente en cuanto a su contenido.
149. El hecho de que haya un procedimiento de consulta o de conciliación entre las autoridades centrales y regionales para evitar conflictos no excluye que se establezca una autonomía en materia de procedimiento de una entidad infraestatal, siempre que sea esa entidad, y no el Gobierno central, quien tenga la última palabra sobre la adopción de la medida<sup>212</sup>.
150. El mero hecho de que los actos que adopte la entidad infraestatal estén sujetos a un control jurisdiccional no significa en sí que dicha entidad carezca de autonomía en materia de procedimiento, puesto que la existencia de este es inherente al Estado de Derecho<sup>213</sup>.

### 5.3.3. *Autonomía económica y financiera*

151. La existencia de autonomía económica y financiera puede acreditarse cuando una entidad infraestatal asume la responsabilidad de las consecuencias políticas y financieras de una medida de desgravación fiscal. No puede ser el caso si la entidad infraestatal no es responsable de la gestión de un presupuesto, es decir, cuando no tiene el control ni de los ingresos ni de los gastos.
152. Por consiguiente, a la hora de determinar la existencia de autonomía económica y financiera, las consecuencias financieras de la medida fiscal en la región no deben compensarse con ayudas o subvenciones de otras regiones o del Gobierno central. Así pues, la existencia de un vínculo causal directo entre la medida fiscal adoptada por la entidad infraestatal y el apoyo financiero de otras regiones o del Gobierno central del Estado miembro en cuestión excluye la existencia de tal autonomía.

---

<sup>211</sup> Asunto C-88/03, Portugal/Comisión, Rec. 2006, p. I-7115, apartado 70.

<sup>212</sup> Asuntos acumulados C-428/06 a C-434/06 UGT Rioja y otros, Rec. 2008, I-6747, apartados 96 a 100.

<sup>213</sup> Asuntos acumulados C-428/06 a C-434/06 UGT Rioja y otros, Rec. 2008, I-6747, apartados 80 a 83.

153. La existencia de autonomía económica y financiera no se ve menoscabada por el hecho de que un déficit de ingresos fiscales como resultado de la ejecución de las competencias tributarias transferidas (es decir, un tipo impositivo inferior) se compense con un incremento paralelo de los mismos ingresos debido a la llegada de nuevos negocios atraídos por los tipos más bajos.
154. Si se reúnen los tres criterios de autonomía anteriores, el marco de referencia geográfico para determinar la selectividad de una medida es el territorio en el que la entidad regional o local tiene competencias.
155. Una medida fiscal regional no tiene por qué estar completamente separada de un sistema fiscal más general para que no constituya ayuda estatal. En particular, no es necesario que el sistema fiscal en cuestión (bases de evaluación, tipos impositivos, normas y exenciones de recaudación fiscal) esté totalmente transferido a la entidad infraestatal. Por ejemplo, podría considerarse que la transferencia del impuesto de sociedades limitada a la facultad de variar los tipos impositivos dentro de una horquilla limitada, sin transferir la capacidad de cambiar las bases de evaluación (bonificaciones y exenciones fiscales, etc.), cumple la condición de autonomía en materia de procedimiento si los tipos predefinidos permiten a la región en cuestión ejercer competencias tributarias autónomas importantes, sin que el Gobierno central pueda intervenir directamente en cuanto a su contenido.
156. Además, los criterios de autonomía no exigen que las normas que rigen la recaudación fiscal sean transferidas a las entidades regionales o locales, ni que los ingresos fiscales sean realmente recaudados por dichas entidades. El Gobierno central puede seguir siendo responsable de recaudar los impuestos transferidos si los costes de la recaudación son sufragados por la entidad infraestatal.

#### **5.4. Cuestiones específicas de las ayudas fiscales**

157. Los Estados miembros son libres para escoger aquella política económica que juzguen más apropiada y especialmente para repartir como estimen oportuno la carga fiscal impuesta sobre los diferentes factores de producción. Ahora bien, los Estados miembros deben ejercer estas competencias de conformidad con la legislación de la Unión<sup>214</sup>.

##### *5.4.1. Sociedades cooperativas.*

158. En principio, las sociedades cooperativas se rigen por principios de funcionamiento que las diferencian del resto de los operadores económicos<sup>215</sup>. En particular, están sujetas a disposiciones específicas relativas a las condiciones de adhesión y sus actividades tienen por objeto el beneficio mutuo de los socios<sup>216</sup>, no el interés de inversores externos. Además, las reservas y los activos son indivisibles y deben dedicarse al interés común de los socios. Por último, las cooperativas suelen tener un acceso limitado a los mercados de capitales y generan márgenes de beneficios bajos.

---

<sup>214</sup> En particular, los Estados miembros no deben introducir o mantener legislación que implique ayuda estatal o discriminación que sea contraria a las libertades fundamentales. Véase, entre otros, el asunto C-182/08 Glaxo Wellcome, Rec. 2009, p. I-8591, apartado 34 y la jurisprudencia allí citada.

<sup>215</sup> Véanse los considerandos del Reglamento (CE) n° 1435/2003 del Consejo, de 22 de julio de 2003, relativo al Estatuto de la sociedad cooperativa europea (SCE).

<sup>216</sup> El control de las cooperativas es asumido por sus socios a partes iguales, reflejando así la regla «una persona, un voto».

159. Habida cuenta de estas particularidades, puede considerarse que las cooperativas no se encuentran en una situación de hecho y de Derecho comparable a la de las sociedades comerciales, por lo que un trato fiscal preferente para ellas puede no entrar en el ámbito de las normas sobre ayudas estatales dado que<sup>217</sup>:
- actúan persiguiendo el interés económico de sus socios;
  - mantienen con estos una relación no meramente comercial, sino personal particular;
  - los socios están activamente implicados en su funcionamiento; y
  - tienen derecho a un reparto equitativo de los resultados económicos.
160. No obstante, si se considera que la sociedad cooperativa examinada es comparable a las sociedades comerciales, es necesaria una segunda fase para determinar si el régimen fiscal en cuestión está justificado por la lógica del sistema fiscal<sup>218</sup>.
161. A estos efectos, hay que señalar que la medida tiene que ser acorde con los principios fundadores o rectores del sistema fiscal del Estado miembro (por referencia a los aspectos inherentes al propio sistema fiscal). Puede invocarse la lógica del sistema fiscal si puede acreditarse que las sociedades cooperativas que distribuyen a sus miembros todos sus beneficios no están gravadas como tales, en la medida en que se exige el pago del impuesto a sus miembros. Sin embargo, no puede verse válidamente justificada una medida nacional que permita la exención del impuesto sobre los beneficios procedentes de intercambios con terceros no socios de la cooperativa o la deducción de importes abonados a estos últimos en concepto de remuneraciones. En cualquier caso, la imposición reducida debe ser conforme al principio de proporcionalidad y no exceder los límites de lo necesario. Por otra parte, el Estado miembro en cuestión debe aplicar procedimientos de control y vigilancia apropiados.

#### 5.4.2. *Organismos de inversión colectiva*<sup>219</sup>

162. Generalmente se acepta que los instrumentos de inversión, como los organismos de inversión colectiva<sup>220</sup>, deben estar sujetos a un nivel impositivo adecuado puesto que básicamente operan como organismos intermediarios entre los inversores (terceros) y las empresas objetivo en las que se invierte. La falta de normas fiscales especiales para los fondos y sociedades de inversión podría dar lugar a que se tratara a un fondo de inversión como un contribuyente aparte – aplicando un impuesto adicional a todo ingreso o ganancia del instrumento intermediario<sup>221</sup>. A este respecto, los Estados

---

<sup>217</sup> Véanse los asuntos acumulados C-78/08 a C-80/08 *Paint Graphos* y otros, Rec. 2011, p. I-7611, Ventajas fiscales concedidas a las cooperativas italianas, apartados 55 y 61.

<sup>218</sup> Véanse los asuntos acumulados C-78/08 a C-80/08, *Paint Graphos* y otros Rec. 2011, p. I-7611, apartados 69 a 75.

<sup>219</sup> Esta sección no se limita a los organismos de inversión colectiva a tenor de la Directiva 85/611/CEE del Consejo por la que se coordinan las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas sobre determinados organismos de inversión colectiva en valores mobiliarios (OICVM). Abarca también otros tipos de organismos de inversión colectiva no cubiertos por dicha Directiva.

<sup>220</sup> Estos organismos pueden revestir la forma contractual (fondos comunes de inversión gestionados por una sociedad de gestión) o de «trust» («unit trust»), o la forma estatutaria (sociedad de inversión). Véase el artículo 1, apartado 3, de la Directiva OICVM.

<sup>221</sup> Fondo Monetario Internacional, 1998, *Tax Law Design and Drafting*, volumen 2; Capítulo 22, Imposición de los fondos de inversión. Según la publicación del FMI, hay un acuerdo general en cuanto

miembros suelen intentar reducir los efectos adversos de la imposición sobre las inversiones realizadas mediante fondos y sociedades de inversión frente a las inversiones directas de inversores individuales y, en la medida de lo posible, garantizar que la carga fiscal final total sobre la cesta de los diversos tipos de inversiones sea aproximadamente la misma, independientemente del instrumento utilizado para la inversión.

163. Las medidas fiscales destinadas a garantizar la neutralidad fiscal de la inversiones en los fondos y organismos de inversión colectiva no deben considerarse selectivas cuando dichas medidas no tengan el efecto de favorecer a determinados organismos de inversión colectiva o determinados tipos de inversiones<sup>222</sup>, sino más bien el de reducir o eliminar la doble imposición económica de conformidad con los principios generales inherentes al sistema fiscal en cuestión. A efectos de la presente sección, neutralidad fiscal significa que los contribuyentes son tratados de la misma manera tanto si invierten directamente en activos, como títulos del Estado y acciones de sociedades anónimas, o indirectamente en esos activos a través de fondos de inversión. En consecuencia, un régimen fiscal para organismos de inversión colectiva que persiga los fines de transparencia fiscal a nivel del instrumento intermediario puede constituir una posible justificación con arreglo a la lógica del sistema fiscal en cuestión. Podría ser el caso si evitar la doble imposición económica constituye un principio inherente al sistema fiscal en cuestión. Por el contrario, el trato fiscal preferente limitado a unos instrumentos de inversión bien definidos que cumplen ciertos requisitos particulares<sup>223</sup> en detrimento de otros instrumentos de inversión que se encuentran en una situación jurídica y fáctica comparable debe considerarse selectivo<sup>224</sup>.
164. Sin embargo, neutralidad fiscal no significa que esos instrumentos de inversión deban estar totalmente exentos de cualquier impuesto o que los gestores del fondo deban estar exentos del impuesto sobre las tarifas que cobran por gestionar los activos que invierten en los fondos<sup>225</sup>. Tampoco justifica un trato fiscal más favorable para una inversión colectiva que para una inversión individual para los regímenes fiscales en cuestión<sup>226</sup>. En tales casos, el régimen fiscal sería

---

a que, como mínimo, las normas fiscales no deben obstaculizar ni impedir indebidamente el desarrollo de los fondos de inversión.

<sup>222</sup> Véase el asunto T-445/05 Associazione italiana del risparmio gestito y Fineco Asset Management/Comisión, Rec. 2009, p. II-289, apartado 78 y ss. en el que el Tribunal General ratificó la Decisión de la Comisión 2006/638/CE, de 6 de septiembre de 2005, DO L 268 de 27.9.2006, p. 1, declarando incompatible con el mercado común un régimen de ayuda que ofrece incentivos fiscales a determinados organismos de inversión colectiva en valores mobiliarios especializados en acciones de sociedades de pequeña y mediana capitalización cotizadas en un mercado regulado europeo.

<sup>223</sup> Por ejemplo, que el trato fiscal preferente para el instrumento de inversión esté condicionado a que el 75 % de los activos del fondo se inviertan en PYME.

<sup>224</sup> Véase el asunto T-445/05 Associazione italiana del risparmio gestito y Fineco Asset Management/Comisión, Rec. 2009, p. II-289, apartado 150.

<sup>225</sup> La lógica de neutralidad que subyace a la imposición especial de los organismos de inversión se aplica al fondo de capital pero no a la gestión de los fondos y capital propios de los organismos. Véase la Decisión del Órgano de Vigilancia de la AELC sobre la ayuda estatal de 18 de marzo de 2009 por lo que se refiere a la imposición de organismos de inversión en Liechtenstein.

<sup>226</sup> Véase la Decisión de la Comisión, de 12 de mayo de 2012, N131/2009, Finlandia, Régimen de Sociedad de Inversión Inmobiliaria (REIT), DO L 131 de 22.5.2012, p. 7, considerando 33.

desproporcionado y excedería de lo necesario para lograr el objetivo de evitar la doble imposición y, por tanto, constituiría una medida selectiva.

#### 5.4.3. *Amnistías fiscales*

165. Las amnistías fiscales suelen implicar la inmunidad de sanciones penales, multas y del pago (total o parcial) de intereses. Mientras que algunas amnistías requieren el pago de la totalidad de la deuda tributaria<sup>227</sup>, otras conllevan una renuncia parcial al importe de dicha deuda<sup>228</sup>.
166. En general, una medida de amnistía fiscal que se aplica a las empresas puede considerarse una medida general si se cumplen las condiciones siguientes<sup>229</sup>.
167. En primer lugar, la medida debe tener carácter excepcional, ofrecer un fuerte incentivo para que las empresas cumplan voluntariamente con sus obligaciones fiscales y mejorar la recaudación de la deuda tributaria. En segundo lugar, debe estar efectivamente abierta a cualquier empresa de cualquier sector o que tenga deudas fiscales pendientes pagaderas en la fecha fijada por la medida, sin favorecer a ningún grupo de empresas predefinido. En tercer lugar, no debe entrañar selectividad de hecho en favor de determinadas empresas o sectores. En cuarto lugar, la acción de la administración tributaria debe limitarse a gestionar la ejecución de la amnistía fiscal sin facultad discrecional para intervenir en la concesión o intensidad de la medida. Por último, la medida no debe conllevar una renuncia a la verificación.
168. La aplicación temporal limitada de las amnistías fiscales, que se aplican únicamente durante un breve periodo<sup>230</sup> a deudas fiscales pagaderas antes de una fecha predeterminada y todavía pendientes en el momento de la introducción de la amnistía fiscal, es inherente al concepto de una amnistía fiscal que pretende mejorar tanto la recaudación de impuestos como la observancia de las normas por parte de los contribuyentes.
169. Las medidas de amnistía fiscal pueden también considerarse medidas generales si persiguen el objetivo del legislador nacional, que es garantizar que se respete un principio general del Derecho, el principio del plazo razonable<sup>231</sup>.

#### 5.4.4. *Transacciones y decisiones fiscales*

170. Dar a los contribuyentes un trato discrecional puede significar que la aplicación individual de una medida general revista las características de una medida selectiva, especialmente cuando el ejercicio de la facultad discrecional exceda de la mera gestión de ingresos fiscales por referencia a criterios objetivos<sup>232</sup>.
171. Si bien, en la práctica cotidiana, se han de interpretar las normas fiscales, estas no deben permitir un trato discrecional de las empresas. Toda decisión de la administración que se aparte de las normas fiscales generales y favorezca a

---

<sup>227</sup> La amnistía fiscal puede también ofrecer la posibilidad de regularizar activos o ingresos no declarados.

<sup>228</sup> Véase el asunto C-417/10, Ministero dell'Economia e delle Finanze, Rec. 2012, p. I-0000, apartado 12.

<sup>229</sup> Véase la Decisión de la Comisión, de 11 de julio de 2012, sobre la medida de amnistía fiscal notificada por Letonia, SA.33183, DO C 1 de 4.1.2013, p. 6.

<sup>230</sup> El periodo de aplicación debe ser suficiente para que todos los contribuyentes a los que se aplica la medida traten de beneficiarse de ella.

<sup>231</sup> Véase el asunto C-417/10 Ministero dell'Economia e delle Finanze, Rec. 2012, p. I-0000, apartados 40 a 42.

<sup>232</sup> Asunto C-241/94 Francia/Comisión (Kimberly Clark Sopalín) Rec. 1996, p. I-4551, apartados 23 y 24.

determinadas empresas da pie a la presunción de ayuda estatal y ha de ser analizada en profundidad.

#### 5.4.4.1. Transacciones fiscales

172. Las transacciones fiscales suelen tener lugar en el contexto de litigios entre el contribuyente y las autoridades tributarias en cuanto al importe de la deuda tributaria. Constituyen una práctica habitual en numerosos Estados miembros. La conclusión de estas transacciones fiscales permite a las autoridades tributarias evitar litigios jurídicos prolongados ante los órganos jurisdiccionales nacionales y garantiza la rápida recuperación de la deuda tributaria. Aunque las competencias de los Estados miembros en este ámbito son indiscutibles, puede existir ayuda estatal, en particular, cuando parezca que el importe de los impuestos adeudado se ha reducido considerablemente sin una justificación clara (como optimizar la recuperación de la deuda) o de manera desproporcionada en beneficio del contribuyente.
173. A este respecto, una transacción entre la Administración fiscal y un contribuyente puede en particular conllevar una ventaja selectiva<sup>233</sup>:
- cuando, al hacer concesiones desproporcionadas a un contribuyente, parezca que la Administración aplica un trato fiscal discrecional más favorable que a otros contribuyentes que se encuentren en una situación fáctica y jurídica comparable;
  - cuando parezca que el acuerdo sea contrario a las disposiciones fiscales aplicables y dé como resultado un importe del impuesto inferior. Este podría ser el caso, por ejemplo, cuando hechos acreditados hayan llevado a evaluaciones diferentes del impuesto sobre la base de las disposiciones aplicables (pero el importe del impuesto adeudado se ha reducido ilegalmente).

#### 5.4.4.2. Decisiones fiscales administrativas

174. Por razones de seguridad jurídica, numerosas autoridades tributarias nacionales comunican decisiones administrativas previas sobre qué trato fiscal recibirán determinadas transacciones<sup>234</sup>. Puede ser el caso para determinar el beneficio de plena competencia para las transacciones con partes vinculadas cuando la incertidumbre pueda justificar una decisión previa para cerciorarse de si determinadas transacciones controladas se realizan según el principio de plena competencia<sup>235</sup>.
175. Las decisiones administrativas que son simplemente una interpretación de las disposiciones fiscales relevantes sin desviarse de la jurisprudencia y la práctica administrativa no suscitan la presunción de ayuda. No obstante, la falta de publicación de las decisiones fiscales y el margen de maniobra del que gozan a veces las autoridades fiscales respalda la presunción de ayuda. Ello no impide que los

---

<sup>233</sup> Véase la Decisión de la Comisión 2011/276/UE de 26 de mayo de 2010 relativa a la ayuda estatal C 76/03, Umicore SA, DO L 122 de 11.5.2011, p. 76, considerando 155.

<sup>234</sup> Algunos Estados miembros han adoptado circulares que regulan el ámbito y alcance de sus prácticas decisorias. Algunos de ellos también publican sus decisiones.

<sup>235</sup> Decisión de la Comisión de 24 de junio 2003 relativa a un régimen de rulling fiscal aplicable a las *US Foreign Sales Corporations* (sociedades de venta estadounidenses), DO L 23 de 28.1.2004, p. 14, considerando 61.

Estados miembros puedan ofrecer a sus contribuyentes seguridad jurídica y previsibilidad en la aplicación de las normas fiscales generales.

176. En consecuencia, las decisiones fiscales solo deben estar destinadas a ofrecer seguridad jurídica sobre el trato fiscal de determinadas transacciones y no tener como efecto la concesión a las empresas en cuestión de una imposición inferior a la de otras empresas en una situación de hecho y de Derecho comparable (pero a las que no se han concedido tales decisiones). Como demuestra la práctica decisoria de la Comisión, las decisiones que permiten a los contribuyentes utilizar métodos alternativos para calcular el beneficio imponible, por ejemplo, el uso de márgenes fijos para un método de precio de coste incrementado o del método del precio de reventa para determinar un precio de transferencia adecuado, puede implicar ayuda estatal<sup>236</sup>.
177. Las decisiones administrativas previas implican selectividad en particular cuando:
- las autoridades fiscales tienen discrecionalidad para conceder decisiones administrativas;
  - las decisiones no están a disposición de empresas que se encuentran en una situación fáctica y jurídica similar<sup>237</sup>;
  - la Administración parece aplicar un trato fiscal discrecional más favorable que a otros contribuyentes que se encuentren en una situación fáctica y jurídica comparable;
  - la decisión ha sido adoptada contraviniendo las disposiciones fiscales aplicables y dé como resultado un importe del impuesto inferior.

#### 5.4.5. Reglas de amortización

178. En general, las medidas fiscales de carácter puramente técnico, como las reglas de amortización no constituyen ayuda estatal (medidas generales). El método para calcular la amortización de activos varía de un Estado miembro a otro, pero tales métodos pueden ser inherentes a los sistemas fiscales a los que pertenecen.
179. La dificultad para evaluar la posible selectividad por lo que se refiere al tipo de amortización de determinados activos reside en el requisito de establecer un tipo de referencia (con respecto a la cual podría ser una excepción un tipo o método de amortización específico). Aunque en términos contables, la finalidad de este ejercicio suele reflejar la amortización económica de los activos con el objetivo de presentar

---

<sup>236</sup> Véase la Decisión de la Comisión 2003/438/CE, de 16 de octubre de 2002, relativa a la ayuda estatal C 50/2001, Sociedades de financiación de Luxemburgo, DO L 153 de 20.6.2003, p. 40, considerandos 43 y 44; la Decisión de la Comisión 2003/501/CE, de 16 de octubre de 2002, relativa a la ayuda estatal C 49/2001, Centros de coordinación de Luxemburgo, DO L 170 de 9.7.2003, p. 20, considerandos 46-47 y 50; la Decisión de la Comisión 2003/755/CE, de 17 de febrero de 2003, Centros de coordinación belgas, DO L 282 de 30.10.2003, p. 55, considerandos 89 a 95 y los asuntos acumulados relacionados C-182/03 y C-217/03 Bélgica y Forum 187/Comisión, Rec. 2006, p. I-5479, apartados 96 y 97; y la Decisión de la Comisión 2004/76/CE, de 13 de mayo de 2003, Sedes centrales y centros de logística franceses, DO L 23 de 28.1.2004, p. 1, considerandos 50 y 53.

<sup>237</sup> Por ejemplo, este sería el caso si algunas empresas implicadas en transacciones con entidades controladas no están autorizadas a solicitar dichas decisiones, contrariamente a una categoría de empresas predeterminada. Véase al respecto la Decisión de la Comisión de 24 de junio 2003 relativa a un régimen de rulling fiscal aplicable a las *US Foreign Sales Corporations* (sociedades de venta estadounidenses), DO L 23 de 28.1.2004, p. 14, considerandos 56 a 62.

una imagen fiel de la situación financiera de la empresa, el proceso fiscal persigue otros fines, como permitir a las empresas repartir los gastos deducibles en el tiempo.

180. Los incentivos de la amortización (como un plazo de amortización más corto, un método de amortización más favorable<sup>238</sup>, la amortización anticipada, etc.) para determinados tipos de activos o empresas, que no están basados en los principios rectores de las normas de amortización en cuestión, pueden dar lugar a la existencia de ayuda estatal. Por el contrario, las normas de amortización acelerada y anticipada para activos arrendados pueden considerarse medidas generales si los contratos en cuestión están realmente al alcance de empresas de todos los sectores y tamaños<sup>239</sup>.
181. Evidentemente, si la administración fiscal puede establecer de forma discrecional plazos de amortización o métodos de valoración diferentes, por empresas y sectores, en ese caso se puede presumir la existencia de selectividad. De la misma manera, la autorización previa de una administración fiscal como condición para aplicar un régimen de amortización implica selectividad si la autorización no se limita a la verificación previa de los requisitos legales<sup>240</sup>.

#### 5.4.6. *Régimen fiscal a tanto alzado para actividades específicas*

182. Determinadas disposiciones específicas que no consten de elemento discrecional alguno que permitan, por ejemplo, fijar el impuesto sobre la renta de forma global, es posible que se justifiquen por la naturaleza y la economía del sistema, especialmente en caso de que tengan en cuenta determinados requisitos contables o la importancia del factor inmobiliario en los activos que son propios de determinados sectores.
183. Por tanto, tales disposiciones no son selectivas, si
- el régimen a tanto alzado se justifica por el deseo de evitar una carga administrativa desproporcionada a determinados tipos de empresas por su pequeño tamaño y/o sector de actividad (por ejemplo, en los sectores agrícola y pesquero); y
  - como media, el régimen a tanto alzado no tiene el efecto de implicar una carga fiscal inferior para ellas comparadas con otras empresas excluidas de su ámbito de aplicación y no implica ventajas para una subcategoría de beneficiarios de este régimen.

#### 5.4.7. *Normas antifraude*

184. Las normas antifraude pueden estar justificadas por la lógica de evitar la evasión fiscal por parte de los contribuyentes<sup>241</sup>. Sin embargo, tales normas pueden ser selectivas si establecen una excepción (la no aplicación de las normas antifraude) a

---

<sup>238</sup> Método de amortización degresiva o la suma numérica de los años frente al método lineal, el más habitual.

<sup>239</sup> Véase la Decisión de la Comisión, de 20 de noviembre de 2012, en el asunto SA.34736 relativo a la amortización anticipada de determinados activos adquiridos mediante arrendamiento financiero, DO C 384 de 13.12.2012, p. 1.

<sup>240</sup> Véase la Decisión de la Comisión de 20 de diciembre de 2006 sobre la amortización de activos arrendados por agrupaciones de interés económico (AIE), DO L 112 de 30.4.2007, p. 41, considerando 122.

<sup>241</sup> Asunto C-308/01 GIL Insurance Rec. 2004, p. I-4777, apartados 65 y ss.

empresas o transacciones específicas, que no serían acordes con la lógica subyacente a las normas antifraude en cuestión<sup>242</sup>.

#### 5.4.8. *Impuestos sobre consumos específicos*

185. Aunque los impuestos sobre consumos específicos están ampliamente armonizados a nivel de la Unión (lo que puede afectar al criterio de imputabilidad – véase la sección 3), esto no implica automáticamente que cualquier desgravación de impuestos en estos campos quedaría fuera del ámbito de las normas sobre ayudas estatales. De hecho, un impuesto sobre consumos específicos reducido puede conceder una ventaja selectiva a las empresas que utilizan el producto en cuestión como insumo o lo venden en el mercado<sup>243</sup>.

## 6. EFECTOS EN LOS INTERCAMBIOS Y LA COMPETENCIA

### 6.1. Principios generales

186. El artículo 107, apartado 1, del TFUE solo prohíbe el apoyo público a las empresas si «falsea o amenaza falsear la competencia, favoreciendo a determinadas empresas o producciones» y solo «en la medida en que afecte a los intercambios comerciales entre Estados miembros.».
187. Se trata de dos elementos distintos y necesarios del concepto de ayuda. En la práctica, sin embargo, estos criterios suelen tratarse conjuntamente al evaluar las ayudas estatales puesto que, como norma, se consideran estrechamente vinculados<sup>244</sup>.

### 6.2. Falseamiento de la competencia

188. Se considera que una medida concedida por el Estado falsea o amenaza falsear la competencia cuando es probable que mejore la posición competitiva del beneficiario frente a otras empresas con las que compite<sup>245</sup>. A todos los efectos prácticos, un falseamiento de la competencia a tenor del artículo 107 del TFUE se presume, por tanto, en cuanto el Estado concede una ventaja financiera a una empresa en un sector liberalizado en el que hay, o podría haber, competencia<sup>246</sup>.
189. El hecho de que las entidades locales encomienden un servicio público a un prestador interno (aunque sean libres de encomendar ese servicio a terceros) no excluye un posible falseamiento de la competencia. Sin embargo, se excluye un posible falseamiento de la competencia si i) un determinado servicio está sujeto a un

---

<sup>242</sup> Véase la Decisión 2007/256/CE de la Comisión, de 20 de diciembre de 2006, relativa al régimen de ayudas ejecutado por Francia en virtud del artículo 39 CA del *Code général des impôts*, DO L 41 de 30.4.81, p. 41.

<sup>243</sup> Véase, por ejemplo, la Decisión de la Comisión 1999/779/CE, de 3 de febrero de 1999, sobre una ayuda concedida por Austria en forma de exención del impuesto sobre bebidas, al vino y a otras bebidas fermentadas vendidas directamente al consumidor en el lugar de producción, DO L 305 de 30.11.1999, p. 27.

<sup>244</sup> Asuntos acumulados T-298/07, T-312/97 etc. Alzetta, Rec. 2000, p. II-2325, apartado 81.

<sup>245</sup> Asunto 730/79, Philip Morris, Rec. 1980, p. 267, apartado 11. Asuntos acumulados T-298/97, T-312/97 etc. Alzetta, Rec. 2000, p. II-2325, apartado 80.

<sup>246</sup> Esto excluye aquellos mercados que, tanto en virtud del Derecho de la Unión como nacional, están cerrados a la competencia. Asuntos acumulados T-298/97, T-312/97 etc. Alzetta, Rec. 2000, p. II-2325, apartados 141 a 147; asunto C-280/00, Altmark Trans, Rec. 2003, p. I-7747.

monopolio legal (establecido con arreglo a la legislación de la UE)<sup>247</sup> y no compite con servicios (liberalizados) similares y ii) el prestador del servicio no puede participar (por restricciones reglamentarias o normativas) en ningún otro mercado liberalizado (geográfico o de producto).

190. El apoyo público probablemente falsee la competencia aunque no ayude a la empresa beneficiaria a expandirse y obtener cuotas de mercado. Basta que la ayuda le permita mantener una posición competitiva más fuerte de la que habría tenido de no habérsela concedido. A este respecto, para que se presuma que la ayuda falsea la competencia, se suele considerar suficiente que esta conceda al beneficiario una ventaja liberándolo de los costes propios de su gestión corriente con los que normalmente debería haber cargado<sup>248</sup>. La definición de ayuda estatal no requiere que el falseamiento de la competencia o los efectos sobre el comercio sean significativos o determinantes. El hecho de que el importe de la ayuda sea pequeño o que la empresa beneficiaria sea pequeña no descarta de por sí un falseamiento, o la amenaza de falseamiento de la competencia<sup>249</sup>, siempre y cuando, no obstante, la probabilidad de ese falseamiento no sea meramente hipotética<sup>250</sup>.

### 6.3. Efectos sobre los intercambios

191. Por lo general, se presumirá que toda ventaja concedida a una empresa que opere en un mercado abierto a la competencia la falsea y también que probablemente afecte a los intercambios entre Estados miembros. Efectivamente, «cuando una ayuda económica otorgada por el Estado refuerza la posición de una empresa frente a otras que compiten con ella en los intercambios comerciales intracomunitarios, procede considerar que la ayuda influye sobre dichos intercambios»<sup>251</sup>.
192. Puede considerarse que el apoyo público es capaz de afectar a los intercambios comerciales dentro de la UE aun cuando el beneficiario no participe directamente en intercambios comerciales transfronterizos. Por ejemplo, la subvención puede hacer más difícil que los operadores de otros Estados miembros entren en el mercado, manteniendo o aumentando la oferta local<sup>252</sup>.
193. Incluso una subvención pública concedida a una empresa que presta únicamente servicios locales o regionales y que no presta servicios fuera de su Estado de origen puede, a pesar de ello, tener una incidencia en los intercambios entre los Estados miembros cuando empresas de otros Estados miembros podrían prestar esos servicios (también mediante el derecho de establecimiento) y esta posibilidad no es solo

<sup>247</sup> Existe un monopolio legal cuando un determinado servicio está reservado por ley o por medidas reglamentarias a un prestador exclusivo, con una prohibición clara de que cualquier otro operador preste ese servicio (ni siquiera para satisfacer una posible demanda residual de determinados grupos de clientes). Por el contrario, el mero hecho de que la prestación de un servicio público se encomiende a una empresa específica no significa que esa empresa disfrute de un monopolio legal. Un monopolio legal no solo excluye la competencia en el mercado, sino también para el mercado, puesto que excluiría toda posible competencia para convertirse en el prestador exclusivo del servicio en cuestión (véase al respecto la Decisión de la Comisión, de 7 de julio de 2002, relativa a la ayuda estatal N° N 356/2002 - Reino Unido - Network Rail, DO C 232 de 28.9.2002, p. 2, considerandos 75-77).

<sup>248</sup> Asunto C-172/03, Heiser, Rec. 2005, p. I-1627, apartado 55.

<sup>249</sup> Asunto T-55/99, CETM, Rec. 2000, p. I-3207, apartado 89. Asunto C-280/00, Altmark Trans, Rec. 2003, I-7747, apartado 81.

<sup>250</sup> Asunto C-280/00, Altmark Trans, Rec. 2003, I-7747, apartado 79.

<sup>251</sup> Asunto T-288/07 Friulia Venezia Giulia, Rec. 2001, p. II-1619, apartado 41.

<sup>252</sup> Asunto C-280/00, Altmark Trans, Rec. 2003, I-7747, apartado 78.

hipotética. Por ejemplo, cuando un Estado miembro concede una subvención pública a una empresa para la prestación de servicios de transporte, la prestación de esos servicios, debido a la subvención, puede mantenerse o aumentar, disminuyendo con ello las posibilidades de las empresas establecidas en otros Estados miembros de prestar sus servicios de transporte en el mercado de dicho Estado miembro<sup>253</sup>. No obstante, ese efecto es menos probable cuando el ámbito de la actividad económica es muy pequeño, como puede poner de manifiesto un volumen de negocios muy bajo.

194. En principio, los intercambios también pueden verse afectados aunque el beneficiario exporte toda o parte de su producción fuera de la Unión, pero en tales situaciones el efecto es menos inmediato y no puede inferirse del mero hecho de que el mercado esté abierto a la competencia<sup>254</sup>.
195. A la hora de determinar la existencia de un falseamiento de la competencia o los efectos sobre los intercambios no es necesario delimitar el mercado o examinar con detalle el impacto de la medida sobre la posición competitiva del beneficiario y sus competidores<sup>255</sup>. Todo lo que hay que demostrar es la probabilidad de que la ayuda afecte a los intercambios comerciales entre los Estados miembros y que falsee la competencia.
196. Sin embargo, en diversos asuntos la Comisión ha considerado que, por sus circunstancias específicas, determinadas actividades tenían un impacto estrictamente local y, por consiguiente, no afectaban a los intercambios comerciales entre Estados miembros. Estas decisiones tienen en común<sup>256</sup> que:
- a) la ayuda no hace que la demanda ni las inversiones se desvíen a la región en cuestión y no crea obstáculos al establecimiento de empresas de otros Estados miembros;
  - b) los bienes o servicios producidos por el beneficiario sean meramente locales o tienen una zona de atracción geográficamente limitada;
  - c) tienen al menos un efecto marginal en los mercados y los consumidores en Estados miembros vecinos;
197. He aquí algunos ejemplos:
- piscinas y otras instalaciones recreativas para uso predominante en una zona de influencia local<sup>257</sup>.
  - museos u otras infraestructuras culturales que probablemente no atraigan a visitantes de otros Estados miembros<sup>258</sup>;

---

<sup>253</sup> Asunto C-280/00 Altmark Trans GmbH, Rec. 2003, p. I-7747, apartados 77 y 78.

<sup>254</sup> Asunto C-494/06 P Comisión/República italiana y Wam SpA, Rec. 2009, p. I-3639, apartado 62.

<sup>255</sup> Asunto 730/79, Philip Morris, Rec. 1980, p. 2671; asunto T-211/2005 Italia/Comisión, Rec. 2009, p. II-2777, apartados 157 a 160, asuntos acumulados T-298/97, T-312/97 etc. Alzetta, Rec. 2000, p. II-2325, apartado 95.

<sup>256</sup> Véase también, para infraestructuras locales, las orientaciones en la Comunicación de la Comisión sobre el procedimiento simplificado para tramitar determinadas ayudas estatales, punto 5 b) viii), DO C 136 de 16.6.2009, p. 7.

<sup>257</sup> Véase, por ejemplo, la Decisión de la Comisión relativa a la ayuda estatal N 258/2000, Piscina recreativa de Dorsten, DO C 172 de 16.6.2001, p. 16.

- hospitales y otros centros sanitarios destinados a la población local<sup>259</sup>;
- medios informativos o productos culturales que, por razones lingüísticas y geográficas, tienen un público restringido localmente<sup>260</sup>;
- un centro de conferencias cuya ubicación y efecto potencial de la ayuda sobre los precios no es probable que quite usuarios a otros centros en otros Estados miembros<sup>261</sup>;
- por lo que se refiere a la financiación de transporte por cable (y, en particular, de telesillas), la práctica de la Comisión aclaró que deben tenerse en cuenta habitualmente los siguientes factores para distinguir entre instalaciones que probablemente tengan una zona de influencia local y otros<sup>262</sup>: a) la ubicación de la instalación (por ejemplo, dentro de ciudades o uniendo pueblos); b) su horario de funcionamiento; c) usuarios predominantemente locales (proporción de pases diarios/semanales); c) número total y capacidad de las instalaciones en relación al número de usuarios residentes; d) otras instalaciones relacionadas con el turismo en la zona. Factores similares podrían, con los necesarios ajustes, ser también relevantes para otros tipos de instalaciones.

## 7. DISPOSICIONES FINALES

198. Quedan derogadas las siguientes comunicaciones de la Comisión: la Comunicación de la Comisión a los Estados miembros - Aplicación de los artículos 92 y 93 del Tratado CEE y del artículo 5 de la Directiva 80/723/CEE de la Comisión a las empresas públicas del sector de fabricación (DO C 307 de 13.11.1993, p. 3), la Comunicación de la Comisión relativa a los elementos de ayuda en las ventas de terrenos y construcciones por parte de los poderes públicos y la Comunicación de la Comisión relativa a la aplicación de las normas sobre ayudas estatales a las medidas relacionadas con la fiscalidad directa de las empresas.
199. La presente Comunicación sustituirá toda disposición contraria relativa al concepto de ayuda estatal incluida en todas la comunicaciones y marcos de la Comisión existentes.

<sup>258</sup> Véanse, por ejemplo, las decisiones de la Comisión en los asuntos de ayuda estatal N 630/2003 Museos locales en la región de Cerdeña, DO C 275 de 8.11.2005, p. 3, y SA.34466 Chipre- Centro de Artes Visuales e Investigación, DO C 1 de 4.1.2013, p. 10.

<sup>259</sup> Véanse, por ejemplo, las decisiones de la Comisión en los asuntos de ayuda estatal N 543/2001 Irlanda - Desgravaciones fiscales para los hospitales, DO C 154 de 28.6.2002, p. 4 o SA.34576 Portugal - Unidad de cuidados continuados Jean Piaget/Nordeste, DO C 73 de 13.3.2013, p. 1.

<sup>260</sup> Véanse, por ejemplo, las decisiones de la Comisión en los asuntos de ayuda estatal N 257/2007 Programa de ayudas destinadas a la promoción de la producción teatral en el País Vasco, DO C 173 de 26.7.2007, p. 1; N 458/2004 Editorial Andaluza Holding; SA.33243 Jornal de Madeira, DO C 131 de 28.5.2005, p. 12.

<sup>261</sup> Véase, por ejemplo, la Decisión de la Comisión en el asunto de ayuda estatal N 486/2002 Suecia - Palacio de congresos en Visby, DO C 75 de 27.3.2003, p. 2.

<sup>262</sup> Comunicación de la Comisión dirigida a los Estados miembros y demás interesados en relación con la ayuda estatal N 376/01 - Régimen de ayudas estatales a las instalaciones de transporte por cable, DO C 17 de 18.7.2002, p. 2.