

¿Pueden constituir los *rulings* un régimen de ayudas de Estado? (a propósito de la STG de 14 de febrero de 2019 en los asuntos acumulados T-131/16 y T-263/16)

Can the rulings constitute a State aid scheme? (with reference to the judgment of the general court of February 14, 2019 in the joined cases T-131/16 and T-263/16)

ADA TANDAZO RODRÍGUEZ

Profesora del Centro de Estudios Ramón Areces

PEDRO M. HERRERA MOLINA

Catedrático de Derecho Financiero y Tributario (UNED)

DOI: <https://doi.org/10.36151/MDIPR.2019.003>

Bitácora Millennium, Nº 9 (enero-junio 2019)

Zaragoza, junio 2019

Abstract

Se critica la postura del Tribunal General según la cual un beneficio fiscal de carácter discrecional basado en la ley no puede constituir un “régimen de ayudas”.

According to the General Court a discretionary tax exemption based on a legal provision is not an "aid scheme". The authors criticise such reasoning.

Palabras clave: ayudas de Estado, régimen de ayudas, acuerdos previos en materia tributaria, principio de plena competencia

Key words: *state aids, state aid scheme, tax rulings, arms' length*

Sumario

[I. Contexto](#)

[II. Marco jurídico](#)

[III. La discutida invasión de la soberanía fiscal a través de la prohibición de ayudas de Estado](#)

[IV. Regímenes de ayudas de Estado y ayudas individuales](#)

[V. Carácter selectivo de la medida](#)

[VI. Conclusiones](#)

I. Contexto

Diversas decisiones de la Comisión Europea han considerado ayudas de Estado ciertos acuerdos previos relacionados con el principio de plena competencia (*arms' length*) sobre precios de transferencia¹ (Starbucks², Fiat³, Apple⁴).

La doctrina ha puesto en duda si la Dirección General de la Competencia ha abusado de sus potestades al elaborar un concepto estricto del principio de plena competencia inspirado en los criterios de la OCDE pero anclado autónomamente en el art. 107.1 TFUE, en el que se regulan las ayudas de Estado⁵.

El caso belga es el primero que se resuelve y tiene la peculiaridad de referirse a un “régimen de ayudas” y no a *ayudas individuales*, como los demás. La Sentencia del Tribunal General de 14 de febrero de 2019 en los asuntos acumulados T-131/16 y T-263/16⁶ anula la Decisión de la Comisión (UE) 2016/1699. Tal sentencia ha sido recurrida en casación ante el Tribunal de Justicia (asunto C-337/19 P).

II. Marco jurídico

El Código Belga de los Impuestos Directos (Ley de 1992) establece la tributación por la renta mundial de las sociedades residentes⁷.

Fecha de recepción del original: 6 de mayo de 2019. Fecha de aceptación de la versión final: 18 de junio de 2019.

¹ J. Pueyo Sanz aventura que la jurisprudencia comunitaria respaldará la postura de la Comisión en los casos Apple, Fiat y Starbucks, cfr. “El trato fiscal favorable como ayuda de Estado en el Derecho de la

Competencia: El Caso Apple”, en La Ley, núm. 16723 de 2017, ap. VI.

² Recurso interpuesto el 5 de septiembre de 2016, Starbucks y Starbucks Manufacturing Emea / Comisión (Asunto T-636/16).

³ Recurso interpuesto el 29 de diciembre de 2015, Fiat Chrysler Finance Europe / Comisión (Asunto T-759/15).

⁴ Recurso interpuesto el 19 de diciembre de 2016, Apple Sales International y Apple Operations Europe/Comisión (Asunto T-892/16).

⁵ La existencia de un principio europeo de plena competencia derivado del art. 107.1 TFUE se afirma en la Comunicación de la Comisión relativa al concepto de ayuda estatal conforme a lo dispuesto en el artículo 107, apartado 1, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (2016/C 262/01), ap. 172.

⁶ Sentencia del Tribunal General (Sala Séptima ampliada), de 14 de febrero de 2019, as. T-131 y T-263/16, Reino de Bélgica, Irlanda y Magnetrol Internacional v. Comisión Europea, EU:T:2019:91.

⁷ EU:T:2019:91, ap. 1.

La Ley de 24 de diciembre de 2002 contempló un mecanismo de “acuerdos previos” para otorgar seguridad jurídica sobre la aplicación del impuesto sobre sociedades en casos concretos. Dichos acuerdos no podían formularse respecto de situaciones que ya hubieran producido consecuencias tributarias para el interesado. Además, no podían suponer la exoneración ni la reducción del impuesto. Por regla general, su vigencia quedaba limitada a cinco años, con posibilidad de prórroga en algunos supuestos.

La reforma del Código de los Impuestos Directos por la Ley de 21 de junio de 2004, introdujo en el ordenamiento belga el principio de plena competencia⁸. Como una supuesta aplicación de dicho principio, se regula la *exención de los beneficios extraordinarios declarados por sociedades belgas integradas en grupos multinacionales que hayan sido objeto de ciertas reestructuraciones*. El objetivo estaba en exonerar los beneficios derivados de las sinergias que implicaba la pertenencia al grupo internacional⁹.

En la práctica, el importe de la exención se calculaba mediante un mecanismo basado en el método del “margen neto de beneficios” (*TNMM*) aunque sin tener en cuenta los criterios que deberían determinar el reparto de tales beneficios entre las sociedades del grupo multinacional. No obstante ni la Ley de 2004 ni la Circular de 4 de julio 2006, que clarifica sus mandatos, indican con detalle los criterios para calcular el exceso de beneficios que disfrutará de la exención.

La Ley presupone que los beneficios exentos habrán tributado en el extranjero, pero no exige expresamente la prueba de esta circunstancia. En la práctica, dicha prueba no se requiere por la Administración.

La exención se subordina a la concesión de un “acuerdo previo” (*ruling*) en el que la Administración valore las circunstancias del caso concreto.

III. La discutida invasión de la soberanía fiscal a través de la prohibición de ayudas de Estado

Un sector importante de la doctrina¹⁰ considera que las decisiones de la Comisión declarando ayudas de Estado determinados *rulings* constituye una invasión

⁸ EU:T:2019:91, ap. 7.

⁹ EU:T:2019:91, ap. 3.

¹⁰ Cfr. Cfr. L. Lovdahl Gormsen, *European State Aid and Tax Rulings*, Edward Elgar, Cheltenham, 2019, pp. 136 y ss.; M. Tenore, “Chapter 9: APAs and State Aid: A New Era of European Tax Law?”, en D. Weber (Ed.), *EU Law and the Building of Global Supranational Tax Law: EU BEPS and State Aid*, IBFD, 2017, ap. 9.2.2 [nota: siempre que hemos podido manejar un texto paginado hacemos

desproporcionada de la soberanía fiscal de los Estados miembros motivada por las dificultades para conseguir la armonización de la imposición directa¹¹. En particular, se considera excesivo que la Comisión haya formulado una doctrina estricta sobre el principio de plena competencia y los precios de transferencia, basada supuestamente en el art. 107 TFUE.

La sentencia que comentamos rechaza que, en términos abstractos, el control de los beneficios fiscales constituya una injerencia indebida en las competencias de los Estados miembros¹². En términos generales, este pronunciamiento es acertado¹³. El problema está en determinar si la Comisión se excede al valorar como ayudas de Estado determinadas aplicaciones nacionales del principio de plena competencia. Esta cuestión sigue abierta, puesto que el Tribunal General no se pronuncia sobre el carácter selectivo de las ayudas belgas, sino que anula la Decisión de Comisión por considerar que no constituía un “régimen de ayudas de Estado” de tal modo que, a su juicio, la Comisión debía haber perseguido cada una de las ayudas individuales.

IV. Regímenes de ayudas de Estado y ayudas individuales

La Decisión de la Comisión (UE) 2016/1699 de 11 de enero de 2016 *sobre el régimen de ayudas estatales en la forma de exención de los beneficios extraordinarios aplicado por Bélgica* consideró que el beneficio fiscal constituía un “régimen de ayudas, en el sentido del art. 107 TFUE, ap. 1, incompatible con el mercado interior y que se había aplicado infringiendo el art. 108 TFUE, ap. 3”.

referencia a las páginas; cuando se trata de un texto electrónico que, además, no se encuentra paginado, nos referimos al apartado correspondiente]; S. Moreno González, *Tax rulings: Intercambio de información y ayudas de Estado en el contexto post-BEPS*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, p. 297; S. Moreno González, “Ayudas de estado y tax rulings: ¿Un instrumento adecuado para dar respuesta a los problemas BEPS?” en *Revista Española de Derecho Financiero*, núm. 175, 2017, ap. 2.2; P. Lampreave Márquez, “La competencia fiscal desleal vs. las ayudas de Estado fiscales, dos caras de la misma moneda?”, en *Quincena Fiscal*, núm. 8, 2018, ap. V. El uso de un concepto amplio de selectividad ya había sido criticado tempranamente por R. Falcón y Tella, “Hacia un nuevo concepto de ayuda de Estado, basado en el beneficio a determinadas empresas o producciones del mismo Estado, y no en los efectos sobre la competencia: las Decisiones del Tribunal General de 7 de noviembre de 2014”, en *Quincena Fiscal*, núm. 22, 2014, último párrafo.

¹¹ L. Cerioni ha puesto de relieve cómo la aprobación de una base imponible armonizada en el impuesto sobre sociedades podría servir, de modo simultáneo, para resolver los problemas de la falta de armonización fiscal y las ayudas de Estado, *The European Union and Direct Taxation. A Solution for a Difficult Relationship*, Routledge, 2015, p. 216.

¹² EU:T:2019:91, aps. 65 y ss.

¹³ Cfr., en este sentido, G. García Álvarez, “Ayudas de estado y tax rulings: el control de los acuerdos entre Administración y contribuyente desde el Derecho Comunitario”, en P. Chico de la Cámara (Coord.) *Una propuesta para la introducción en nuestro sistema administrativo y tributario de medidas alternativas de resolución de conflictos (ADR)*, INAP, Madrid, 2018, p. 128.

A diferencia de lo sucedido en otros casos (Starbucks, Fiat, Apple), la Comisión no reacciona contra las ayudas individuales¹⁴ sino contra el “régimen de ayudas”. Se trata de un concepto regulado en el art. 1.d) del Reglamento (UE) 2015/1589 por el que se establecen normas detalladas para la aplicación del art. 108 TFUE¹⁵.

Según este precepto el “régimen de ayudas” constituye:

“el dispositivo con arreglo al cual se pueden conceder ayudas individuales a las empresas definidas en el mismo de forma genérica y abstracta, sin necesidad de medidas de aplicación adicionales, así como todo dispositivo con arreglo al cual pueda concederse ayuda, no vinculada a un proyecto específico, a una o varias empresas por un período indefinido o por un importe ilimitado”.

Por tanto, la existencia de un régimen de ayudas presupone unos criterios *genéricos y abstractos* que permitan aplicarlas *sin necesidad de medidas adicionales*.

Estos “criterios genéricos y abstractos” pueden establecerse directamente por normas jurídicas, o bien derivar de una práctica administrativa uniforme (así se deduce de la STJUE de 13 de abril de 1994, as. Acumulados C-324/90 y C-342/90, EU:C:1994:129)¹⁶.

Si la Comisión demuestra la existencia de un “régimen de ayudas”, puede calificar de ayuda de Estado el régimen en sí mismo sin estar “obligada a efectuar un análisis de la ayuda concedida en cada caso individual sobre la base de este régimen. La situación individual de cada empresa afectada solo debe comprobarse al proceder a la recuperación de las ayudas” (STJ de 9 de junio de 2011, as. acumulados C-71/09 P, C-73/09 P y C-76/09 P, ECLI:EU:C:2011:368, ap. 63, con cita, en el mismo sentido, de la STJ de 7 de marzo de 2002, Italia/Comisión, C-310/99, Rec. p. I-2289,

¹⁴ En concreto, según señala el Tribunal General, se concedieron 66 ayudas.

¹⁵ F. Álvarez Arroyo ha destacado que la existencia de un “régimen de ayudas” puede hacer más complejo el procedimiento de recuperación por parte de los Estados miembros, “Presentación y reflexiones sobre el nuevo procedimiento de recuperación de ayudas de Estado que afecten al ámbito tributario”, en *Nueva Fiscalidad*, núm. 5, 2016, ap. 3.4.

¹⁶ Según el ap. 14 de sentencia EU:C:1994:129, aunque “la Decisión [impugnada] no indica ningún acto jurídico que establezca un programa de ayudas (...) la Comisión (...) basó su conclusión en hechos”. El ap. 15 precisa que “en términos generales, no cabe excluir la posibilidad de que la Comisión se base en un conjunto de circunstancias que puedan hacer detectar la existencia real de un programa de ayudas. A este respecto, la Comisión señala tres hechos que, a su juicio, pueden demostrar que, en el presente caso, existe un programa de esta índole.” Aunque la sentencia es anterior al vigente Reglamento (UE) 2015/1589, las consideraciones que realiza sobre los anteriores “programas de ayudas” parecen trasladables al actual concepto de “régimen de ayudas”.

aps. 89 y 91)¹⁷. *A sensu contrario*, si no existiera un “régimen de ayudas” la Comisión debería dirigirse contra cada uno de los *rulings* que constituya una ayuda individual. La sentencia del Tribunal General que comentamos asume este planteamiento basándose en los pronunciamientos del Tribunal de Justicia antes citados.

Pues bien, el Tribunal General rechaza que la exención belga a los beneficios extraordinarios constituya un “régimen de ayudas”, aunque sí pueda dar lugar a ayudas individuales.

Recordemos que el régimen de ayudas puede adoptar dos modalidades:

- a) Una base normativa que no requiere ulteriores medidas de aplicación, salvo el mero control técnico de los requisitos por parte de la Administración.
- b) Un *régimen de facto*, basado en un “enfoque sistemático” en la aplicación de las ayudas, aunque no se base en normas expresas, sino en una práctica administrativa.

Según el Tribunal General, para que estemos en el primer supuesto (*régimen normativo*), deben darse dos condiciones¹⁸:

- Los elementos esenciales de la ayuda (supuesto de hecho, beneficiarios y cuantificación) deben estar regulados con suficiente precisión en la norma que delimita el “régimen”.
- La Administración no puede disponer de facultades discrecionales para conceder o no la ayuda ni para determinar su importe. Por el contrario debe limitarse a comprobar la concurrencia de los elementos esenciales regulados por la norma.

¹⁷ Según el citado ap. 89 de la sentencia EU:C:2002:143 “La Comisión no estaba obligada a dar explicaciones más detalladas a este respecto. En el caso de un programa de ayudas, la Comisión puede limitarse a estudiar las características del programa controvertido para apreciar, en los motivos de su decisión, si dicho programa, debido a las modalidades que prevé, concede una ventaja sensible a los beneficiarios en relación con sus competidores y puede beneficiar sustancialmente a empresas que participan en los intercambios entre Estados miembros (véase, en particular, la sentencia de 14 de octubre de 1987, Alemania/Comisión, antes citada, apartado 18).” Téngase presente que esta sentencia es anterior al vigente Reglamento (UE) 2015/1589, aunque sus argumentos parecen mantener vigencia.

¹⁸ EU:T:2019:91, aps. 86 y ss.

Entendemos que este segundo requisito (ausencia de auténticas facultades discrecionales) constituye el envés del primero: la existencia de una norma que precise los elementos esenciales de la ayuda. Si tal norma existe y es suficientemente precisa, parece obvio que no puede concurrir una auténtica discrecionalidad administrativa.

Pues bien, a juicio del Tribunal General, las normas belgas (la ley de 2004 y la Circular de 2006) no regulan suficientemente los presupuestos de la ayuda, el ámbito de los beneficiarios, ni el modo de calcular su cuantía. En cuanto al supuesto de hecho la obtención del acuerdo previo se subordina a algunas modificaciones en la estructura o actividades de la empresa, sin que la norma precise en qué han de consistir tales alteraciones. Esta circunstancia implica también la indeterminación del ámbito de beneficiarios. Por lo que se refiere a la cuantificación, no existen criterios precisos¹⁹.

Además, el Tribunal insiste en que la Administración dispone de un amplio margen para conceder o no el beneficio y para fijar su cuantía. Aunque algunos acuerdos hagan referencia al *Transactional net Margin Method (TNMM)* este no se aplica siempre²⁰.

Aun así, podría existir la segunda modalidad de “régimen de ayudas”: aquél basado en una práctica administrativa (lo que la sentencia denomina un “enfoque sistemático”). Pues bien, según el Tribunal este enfoque tampoco existe o, al menos, no ha sido probado suficientemente por la Comisión.

El Tribunal General indica que la Comisión ha deducido la existencia de un “enfoque sistemático” del análisis de 22 de los 66 acuerdos previos adoptados. Sin embargo, en la Decisión solo se mencionan 6 acuerdos, sin que expliquen los criterios para su selección²¹. Además -continúa el Tribunal- los recurrentes han aportado algunos acuerdos que no siguen el método de cálculo que, según la Comisión, forma parte del “régimen”²².

El Tribunal añade que la Comisión debía haber probado la presencia de un “enfoque sistemático” en la propia Decisión que declaró su existencia, sin que puedan ser tenidas en cuenta sus posteriores alegaciones ante el Tribunal²³.

¹⁹ EU:T:2019:91, aps. 94 y ss.

²⁰ EU:T:2019:91, aps. 104 y ss.

²¹ EU:T:2019:91, aps. 127 y 128.

²² EU:T:2019:91, ap. 130.

²³ EU:T:2019:91, ap. 131.

La postura del Tribunal puede parecer coherente con una interpretación literal del art. 1.d) del Reglamento (UE) 2015/1589. Ahora bien, esta posición conduce, a nuestro juicio, a unas consecuencias inaceptables.

A nuestro entender, la posibilidad de conceder beneficios fiscales de modo discrecional a determinadas empresas cumple, por definición, los requisitos previstos en el art. 107.1 para que estemos ante una ayuda de Estado incompatible con el mercado interior: el beneficio fiscal supone la presencia de *fondos públicos*, el carácter discrecional implica la *selectividad* y los otros dos requisitos (incidencia sobre el comercio intracomunitario y falseamiento de la competencia) se presumen con carácter general.

Por tanto, una norma que permita a la Administración conceder *discrecionalmente* beneficios fiscales a determinadas empresas o producciones generará -o, al menos, podrá generar²⁴- ayudas de Estado cada vez que se aplique. En estos casos ¿es razonable exigir a la Comisión que se dirija contra cada ayuda individual sin que pueda reaccionar, de una sola vez, contra el precepto que permite su concesión?

Si se admitiera tal exigencia, se concedería un mejor trato a la norma tributaria más ambigua. De este modo se incentivaría a los Estados a incrementar la discrecionalidad administrativa en la concesión de beneficios fiscales, pues la norma que estableciera tal discrecionalidad no podría considerarse un “régimen de ayudas”.

Recordemos el art. 1.d) del Reglamento:

Constituye un régimen de ayudas “el dispositivo con arreglo al cual se pueden conceder ayudas individuales a las empresas definidas en el mismo de forma genérica y abstracta, sin necesidad de medidas de aplicación adicionales, *así como todo dispositivo con arreglo al cual pueda concederse ayuda, no vinculada a un proyecto específico, a una o varias empresas por un período indefinido o por un importe ilimitado*”.

Es cierto que la primera parte del precepto se refiere a la existencia de un “dispositivo” que no requiera medidas adicionales de aplicación. Un precepto que conceda facultades discrecionales para otorgar beneficios fiscales no responde a

²⁴ Según el ap. 107 (EU:T:2019:91) “como acertadamente sostienen el Reino de Bélgica y Magnetrol International, si, con arreglo a la misma disposición, la Administración fiscal belga puede adoptar tanto decisiones que, según la Comisión, confieren ayudas de Estado como decisiones que no confieren tales ayudas, no puede sostenerse válidamente que la función de esta Administración se circunscribe a una aplicación técnica del régimen controvertido”. A nuestro entender, la sentencia no justifica suficientemente este argumento.

esta definición. Ya sabemos que este “dispositivo” puede consistir en una norma o en una práctica administrativa (un “enfoque sistemático”)

Sin embargo, el precepto también se refiere a “todo dispositivo con arreglo al cual pueda concederse ayuda (...) a una o varias empresas por un período indefinido o por un importe ilimitado”. Esta definición sí parece compatible con la existencia de una amplia discrecionalidad administrativa. Si la cuantía del beneficio es “ilimitada” esto supone una discrecionalidad a la hora de fijar el beneficio.

Desde luego, conviene evitar razonamientos radicales. Un cierto margen de apreciación (“discrecionalidad técnica”) resulta preciso para la aplicación administrativa de las normas tributarias. Esto resulta especialmente cierto en el caso de los *precios de transferencia* (derivados del principio de plena competencia), puesto que no existe una metodología única y universalmente aceptada, y, además, la aplicación de cada método no puede realizarse de modo automático²⁵.

Además, el rigor probatorio es distinto en los “régimenes de ayudas” y en las “ayudas individuales”. Como indica la STJUE de 4 de junio de 2015, as. C-15/14 P, EU:C:2015:366, en sus observaciones preliminares:

“debe observarse que la exigencia de selectividad diverge según que la medida en cuestión se prevea como un régimen general de ayuda o como una ayuda individual. En este último caso, la identificación de la ventaja económica permite, en principio, presumir su selectividad. En cambio, al examinar un régimen general de ayuda, es necesario identificar si la medida en cuestión, a pesar de constatar que procura una ventaja de alcance general, lo hace en beneficio exclusivo de determinadas empresas o de determinados sectores de la actividad”²⁶.

²⁵ Cfr., en este sentido, L. Lovdahl Gormsen, *European State Aid and Tax Rulings*, Edward Elgar, Cheltenham, 2019, pp. 136 y ss.; G. Canalejo Lasarte *et al*, “La decisión de la Comisión Europea en el asunto Apple. Los tax rulings y las ayudas de Estado”, en *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, núm. 45, 2017, p. 74.

²⁶ Además, prosigue la sentencia, “como señaló el Abogado General en el punto 86 de sus conclusiones, existe una diferencia fundamental entre, por una parte, el examen de la selectividad de los régimenes generales de exenciones o de desgravaciones que, por definición, confieren una ventaja y, por otra, el examen de la selectividad de las disposiciones facultativas de Derecho nacional que prevén la imposición de cargas adicionales. En caso de que las autoridades nacionales impongan tales cargas con el fin de preservar la igualdad de trato entre los operadores, el mero hecho de que las citadas autoridades dispongan de un cierto margen de apreciación definido por la Ley y no limitado, como alega la Comisión en el marco de su recurso de casación, no es suficiente para acreditar la selectividad del régimen correspondiente”.

Como indica Mario Tenore²⁷, la sentencia exige un mayor rigor en la prueba de la selectividad para los regímenes de ayudas que para las ayudas individuales. En nuestra opinión, cuando estemos ante regímenes de ayudas que confieren un auténtico margen de discrecionalidad, convendría desglosar en dos fases el análisis de la selectividad. Si el marco legal, aunque insuficiente e impreciso, es en sí mismo selectivo, todas las ayudas concedidas serán selectivas. Además, aunque dicho marco no fuera necesariamente selectivo, el hecho de que la Administración pueda conceder o no las ayudas o fijar su cuantía sin criterios objetivos, constituye, en sí mismo, un factor de selectividad.

Pues bien, en el caso belga los propios supuestos de aplicación del beneficio fiscal, el ámbito de los beneficiarios y los criterios de cuantificación parecen haberse dejado, en una medida excesiva, en manos de la Administración.

V. Carácter selectivo de la medida

El Tribunal General ha evitado pronunciarse sobre el carácter selectivo de la medida. La Decisión de la Comisión afirmó dicho carácter siguiendo los tres pasos tradicionales: determinar el marco general de referencia, comprobar la existencia de una excepción a dicho marco y examinar si tal excepción está o no justificada por los principios generales del sistema tributario²⁸.

La Comisión considera que el marco de referencia está constituido por la normativa del Impuesto sobre Sociedades, que contiene un principio de tributación de la renta mundial. La excepción viene dada por la exención de parte del beneficio declarado por ciertas sociedades multinacionales residentes en Bélgica. En cuanto al tercer paso, según las autoridades belgas, la exención se basa en un principio general de su ordenamiento tributario: la eliminación de la doble imposición. Sin embargo, según advierte la Comisión y acepta el Tribunal General:

“la falta de imposición de los beneficios extraordinarios en el caso de autos, tal como fue aplicada por las autoridades fiscales belgas, no parecía tener como finalidad evitar la doble imposición. En efecto, la aplicación de las medidas controvertidas no se supeditaba al requisito de probar que estos beneficios se habían incluido en los beneficios de otra sociedad. Tampoco se exigía probar que estos beneficios extraordinarios habían sido efectivamente gravados en otro país” (ap. 72).

²⁷ M. Tenore, “Chapter 9: APAs and State Aid: A New Era of European Tax Law?”, en Dennis Weber (Ed.), *EU Law and the Building of Global Supranational Tax Law: EU BEPS and State Aid*, IBFD, 2017, apud nota 17.

²⁸ EU:T:2019:91, ap. 19 y ss.

Por otra parte, el Tribunal pone de relieve, aunque sea de modo incidental, la inconsistencia en la aplicación del método del margen neto de beneficios a la hora de calcular el importe de la exención.

De todos modos, una decisión definitiva sobre el carácter selectivo de la exención podría haber requerido un pronunciamiento sobre la naturaleza del principio de plena competencia tal y como lo aplica la Comisión (es decir, como una consecuencia del art. 107 TFUE)²⁹. El Tribunal General ha evitado esta cuestión al declarar la nulidad de la Decisión basándose en que las exenciones belgas no constituían un “régimen de ayudas de Estado”, de modo que la cuestión deberá resolverse en los asuntos Apple, Starbucks y Fiat.

Como señala Mario Tenore, la aplicación del criterio de la selectividad *en los casos de precios de transferencia* requiere especiales cautelas. Por un lado, dado el relativo grado de indeterminación de las técnicas para calcular dichos precios, solo deberían considerarse ayudas de Estado las ventajas desproporcionadas (*out of proportion advantages*), además, en los casos de operaciones transnacionales, no solo debe tenerse en cuenta la pérdida de recaudación en un Estado miembro, sino el correlativo aumento de gravamen en otro Estado (*symmetry in the allocation of profits and overall advantage*)³⁰. La aplicación de estas “cautelas” resulta compleja y el Tribunal ha eludido llevarlas a cabo al eludir pronunciarse sobre el criterio de la selectividad.

VI. Conclusiones

La sentencia del Tribunal General ha sido recurrida por la Comisión ante el Tribunal de Justicia (Recurso de Casación as. C-337/19 P). Sin aventurarnos a anticipar el contenido de la futura sentencia, consideramos conveniente que el Tribunal de Justicia admita la posibilidad de declarar ayudas de Estado *aquellos preceptos que atribuyen amplias facultades discrecionales (y no una mera discrecionalidad técnica) a la Administración para otorgar beneficios fiscales a determinadas empresas.*

²⁹ Se muestra favorable a la naturaleza comunitaria de este principio R. Sanz Gómez, “Cesión dinámica de soberanía en el marco de la Unión Europea: el caso del régimen de ayudas de Estado fiscales y su aplicación en los tax rulings”, en A. Pérez Miras et al. (Coord.) *Stato, autonomie territoriali e processi di integrazione sopranazionale*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2018, págs. 237 y ss.

³⁰ M. Tenore, op. cit. ap. 9.2.2.2 y 9.2.2.3. Una idea semejante a la “out of proportion advantages” (ventajas desproporcionadas) se reflejaba ya, con la denominación de “manifest breach of the arm's length principle” (quebrantamiento manifiesto del principio de plena competencia en el documento de la Dirección General de la Competencia “DG Competition Working Paper on State Aid and Tax Rulings” de 3 de junio de 2016, ap. 24.

Personalmente, nos inclinamos por considerar que el régimen belga constituye una auténtica ayuda de Estado, no solo por el desdibujado método de cálculo, sino, ante todo, por otorgarse solo a algunas empresas multinacionales y no estar justificado en evitar la doble imposición.

Consideremos que el control de los *rulings* como posibles ayudas de Estado no quebranta la soberanía fiscal. Al mismo tiempo, nos ofrece dudas que el art. 107 TFUE formule un principio de plena competencia con contornos tan precisos como los que dibuja la Comisión.