

## Las decisiones de la Comisión Europea, su incidencia en el Concierto Económico y las soluciones adoptadas.

(Bilbao, febrero 1995)

José Luis Vivanco Mugarza

### 1. Una breve aproximación a la capacidad normativa de los Territorios Históricos del País Vasco

Cuando se trata de establecer o explicar la capacidad o autonomía normativa de los Territorios Históricos en materia tributaria hemos acudido casi siempre al mismo esquema y en esta ocasión volvemos a repetirlo.

La capacidad normativa de los Territorios Históricos (en adelante TH) nace del propio Estatuto de Autonomía para el País Vasco <sup>1</sup>, en cuyo artículo 41.2 se establece que: "*a) Las instituciones competentes de los Territorios Históricos podrán mantener, establecer y regular, dentro de su territorio, el régimen tributario, atendiendo a la estructura general impositiva del Estado, a las normas que para la coordinación, armonización fiscal y colaboración con el Estado se contengan en el propio Concierto Económico, y a las que dicte el Parlamento Vasco para idénticas finalidades dentro de la Comunidad Autónoma. El Concierto se aprobará por Ley.*"

Se concreta, posteriormente, en el propio Concierto Económico <sup>2</sup>, cuyo artículo 2º dispone que: "*1. Las Instituciones competentes de los Territorios Históricos podrán mantener, establecer y regular, dentro de su territorio, el régimen tributario, salvo los tributos que se integran en la Renta de Aduanas, los que se recaudan a través de Monopolios Fiscales y la imposición sobre alcoholes, cuya regulación es competencia del Estado.*"

Y se consolida, definitivamente, cuando el Tribunal Supremo sentencia <sup>3</sup>: "*(.....) si los Territorios Históricos se vieran obligados a mantener los mismos tipos impositivos y las mismas bonificaciones que las concedidas por el Estado, el legislador foral se convertiría en un mero amanuense con lo que, la autonomía proclamada en el artículo 41.2 del Estatuto de Autonomía antes citado desaparecería, incumplándose además la autorización concedida en el mismo que no solo habla de mantener su propio régimen tributario, sino de establecerlo y de regularlo.*"

### 2. Una Decisión de la Comisión Europea sobre los Incentivos a la Inversión en el País Vasco

La capacidad normativa de los TH para establecer su propio régimen tributario, en ocasiones diferente del de territorio común, se ha visto afectada por determinadas actuaciones de la Unión Europea que ha entendido que algunas "normas" dictadas por las instituciones competentes de los TH del País Vasco vulneraban principios del Tratado de Roma.<sup>4</sup>

Así las Normas Forales de Incentivos Fiscales a la Inversión promulgadas por las Juntas Generales de

<sup>1</sup> Ley Orgánica 3/1979, de 18 de diciembre (BOE de 22 de diciembre).

<sup>2</sup> Ley 12/1981, de 13 de mayo, por la que se aprueba el Concierto Económico con la Comunidad Autónoma del País Vasco (BOE de 28 de mayo).

<sup>3</sup> Sentencia del Tribunal Supremo 64/1990, de 5 de abril.

<sup>4</sup> Tratado Constitutivo de la CEE de 25 de marzo de 1957 (BOE de 1 de enero de 1986).

Alava, Bizkaia y Gipuzkoa <sup>1</sup>, fueron recurridas al entender la Comisión que atentaban contra el artículo 52 del mencionado Tratado.

La Decisión de la Comisión de la CEE <sup>2</sup> que definitivamente recayó sobre las Normas Forales de Incentivos Fiscales a la Inversión afirmaba en su artículo 1:

Primero.- Que las ayudas fiscales a la inversión en el País Vasco son, en lo que respecta al Impuesto sobre Sociedades y al Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, incompatibles con el mercado común de conformidad con el artículo 92.1 del Tratado de Roma, habida cuenta de que se conceden de forma contraria al artículo 52 del Tratado. <sup>3</sup>

Segundo.- Que España deberá modificar el sistema fiscal de ayudas fiscales a la inversión en el País Vasco, a mas tardar, el 31 de diciembre de 1993, con el fin de eliminar las distorsiones del artículo 52 del Tratado no pudiendo conceder, a partir de esa fecha, ninguna ayuda de este tipo.

Tercero.- Que en caso de no eliminar las distorsiones del artículo 52 las ayudas concedidas a partir del 31 de diciembre de 1993 serán incompatibles con el mercado común y deberán suprimirse por la vía del reembolso.

De esta Decisión obteníamos, en diciembre de 1993 <sup>4</sup>, una serie de conclusiones, ciertamente positivas, que resumidas podrían enunciarse como que la Comisión no cuestionaba en ningún momento la capacidad de los TH para establecer incentivos fiscales diferentes a los existentes para el territorio de régimen común y que, al no obligar al reembolso de las ayudas o beneficios fiscales obtenidos durante el tiempo de su vigencia (1988 a 1993), consolidaba de forma indirecta pero clara su validez.

En esa misma fecha y a través del mencionado artículo ya opinábamos que las distorsiones ocasionadas por las Normas Forales recurridas nada tenían que ver con su **contenido**, sino mas bien con su **ámbito de aplicación subjetivo**.

Efectivamente, por la literalidad de artículo 6.2ª del vigente Concierto Económico, los TH no tienen competencia normativa sobre los "no residentes" ya que el Estado se la reserva como exclusiva y, por ello, las empresas extranjeras que operen en el País Vasco están sometidas a normativa de territorio común no pudiendo acogerse a los beneficios de las mencionadas Normas Forales produciéndose una discriminación por razón de nacionalidad contraria al ya reiterado artículo 52 del Tratado de Roma.

Ante la exigencia hecha al Estado español por la Comisión para que, antes de 31 de diciembre de 1993, eliminara las distorsiones puestas de manifiesto, proponíamos dos posibles actuaciones. O modificar el Concierto Económico cediendo a los TH la competencia normativa sobre los no residentes o modificar la legislación de régimen común para que los no residentes pudieran acogerse a los beneficios establecidos o que se establezcan por los TH del País Vasco.

<sup>1</sup> **Alava:** NF 28/1988, de 18 de julio (BOTH de 1 de agosto); **Bizkaia:** NF 8/1988, de 5 de julio (BOB de 16 de julio) y **Gipuzkoa** NF 6/1988, de 14 de julio (BOG de 19 de julio).

<sup>2</sup> Decisión de la Comisión (93/337/CEE, de 10 de enero).

<sup>3</sup> El art. 92.1 del Tratado de Roma establece que "(...) serán incompatibles con el mercado común, en la medida en que afecten a los intercambios comerciales entre Estados miembros, las ayudas otorgadas por los Estados o mediante fondos estatales, bajo cualquier forma, que falseen o amenacen falsear la competencia, favoreciendo a determinadas empresas o producciones." El art. 52 prohíbe "(...) las restricciones a la libertad de establecimiento de los nacionales de un Estado miembro en el territorio de otro Estado miembro (...)".

<sup>4</sup> Ver: "Los Incentivos Fiscales en el País Vasco (El caso de Bizkaia)" en el núm. 1 de 1994 de la Revista Técnica Semanal de Doctrina y Jurisprudencia Tributaria "Actualidad Tributaria".

### 3. Una Disposición Adicional que propone una solución. ¿Definitiva o provisional?

"Buceando entre" mas que "leyendo" el fárrago de disposiciones adicionales y transitorias de las Leyes de Presupuestos del Estado para 1995 y de "acompañamiento", nefasto hábito que tenemos y que en ocasiones depara más de una sorpresa, hemos encontrado la solución que el Estado ha dado para cumplir el mandato de la Comisión y que, como era de esperar, no es ninguna de las que proponíamos.

Concretamente la Disposición Adicional 8.<sup>a</sup> de la Ley de acompañamiento <sup>1</sup> referida a la Concesión de incentivos fiscales y subvenciones a los residentes en el resto de la Unión Europea que no lo sean en territorio español, establece: *"Los residentes en la Unión Europea, que no lo sean en España, y que por su condición de tales, deban someterse a la legislación tributaria del Estado, sin que, por esa circunstancia, puedan acogerse a la de la Comunidad Autónoma o Territorio Histórico del País Vasco o Navarra en el que operen tendrán derecho, en el marco de la normativa comunitaria, al reembolso por la Administración Tributaria del Estado de las cantidades que hubieran pagado efectivamente en exceso con respecto al supuesto de haberse podido acoger a la legislación propia de dichas Comunidades Autónomas o Territorios Históricos, en los términos que reglamentariamente se establezcan."*

#### Conclusión

La solución adoptada por el legislador estatal resuelve, por una parte, el problema planteado por la Comisión <sup>2</sup> sobre la discriminación por razón de nacionalidad lo cual es loable y, por otra, reconoce de forma indirecta la capacidad de los TH para dictar normas de contenido diferente de las existentes para territorio común lo cual es mas loable aún y debe considerarse como un refrendo importantísimo al Concerto Económico, sin embargo es, a nuestro juicio, susceptible de crítica por otros motivos.

–Elimina las distorsiones puestas de manifiesto por la Comisión europea pero soslaya el problema de fondo al continuar sin ceder a las instituciones de los TH la competencia normativa sobre los no residentes.

–Afecta únicamente a los residentes en la Unión Europea, por lo que los residentes de los denominados "terceros países" seguirán estando discriminados.

–Las medidas que debieran serles de aplicación no lo son de forma inmediata, sino que, por el contrario, parece que les serán aplicados por vía de reembolso o devolución, mediante el procedimiento que reglamentariamente se establezca.

–Ello obligará a los sujetos pasivos afectados a efectuar una doble liquidación tributaria (una de acuerdo con la legislación de régimen común a la que siguen sometidos y otra de acuerdo con la normativa tributaria del Territorio Histórico en el que operen para poder establecer las posibles diferencias).

Por último hay que hacer una reflexión, mas que crítica, sobre la entrada en vigor de la disposición adicional comentada. Efectivamente, esta disposición adicional entra en vigor, a efectos del Impuesto sobre Sociedades, para los ejercicios iniciados a partir del 1 de enero de 1995.

Podemos deducir por tanto que, hasta el 31 de diciembre de 1993, los incentivos fiscales de los que se hayan beneficiado las empresas por aplicación de la normativa foral están "legalizados" por la Comisión según el apartado 2 de la Decisión comunitaria comentada y que, a partir del 1 de enero de 1995, también lo están por aplicación de la propia disposición adicional aceptada por la Comisión.

Ahora bien ¿qué va a ocurrir con los incentivos aplicados durante el periodo de 1 de enero a 31 de diciembre de 1994 en virtud de lo dispuesto en las Normas Forales de Apoyo a la inversión e Impulso de la Actividad Económica? A nuestro juicio probablemente no ocurrirá absolutamente nada, pero de la literalidad del apartado 3 de la Decisión comunitaria debiera desprenderse que han sido incompatibles con el

<sup>1</sup> Ley 42/1994, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y de orden social (BOE del 31).

<sup>2</sup> Existe constancia de que esta Disposición Adicional ha sido bien recibida por la autoridades comunitarias quienes han manifestado que su incorporación al sistema tributario de régimen común evita la discriminación de las medidas de incentivos dictadas por las instituciones competentes de los Territorios Históricos del País Vasco.

Referencia
0 4 0

## OPINION

---

---

mercado común y debieran suprimirse por la vía del reembolso. Esta cuestión que nadie puede calificar de "sin importancia" podría haberse solucionado fácilmente dando una entrada en vigor retroactiva a la disposición adicional 8.<sup>a</sup> trasladando sus efectos al 1 de enero de 1994.

Resumiendo, tarde y mal.