

III

(Otros actos)

ESPACIO ECONÓMICO EUROPEO

DECISIÓN DEL ÓRGANO DE VIGILANCIA DE LA AELC

Nº 97/10/COL

de 24 de marzo de 2010

relativa a la imposición de las compañías de seguros cautivas con arreglo a la Ley fiscal de Liechtenstein (Liechtenstein)

El ÓRGANO DE VIGILANCIA DE LA AELC (EN LO SUCESIVO DENOMINADO «EL ÓRGANO»);

VISTO el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo (en lo sucesivo denominado «el Acuerdo EEE») y, en particular, sus artículos 61 a 63 y su Protocolo 26,

VISTO el Acuerdo entre los Estados de AELC por el que se instituyen un Órgano de Vigilancia y un Tribunal de Justicia (en lo sucesivo denominado «el Acuerdo de Vigilancia y Jurisdicción») y, en particular, su artículo 24,

VISTO el Protocolo 3 del Acuerdo de Vigilancia y Jurisdicción (en lo sucesivo denominado «el Protocolo 3») y, en particular, el artículo 1, apartado 2, de la parte I y los artículos 4, apartado 4, 6, 7, apartado 5, y 14, de la parte II,

VISTAS las Directrices del Órgano para la aplicación e interpretación de los artículos 61 y 62 del Acuerdo EEE ⁽¹⁾ y, en especial, el capítulo relativo a la aplicación de las normas de ayuda estatal a las medidas relativas a la fiscalidad directa de las empresas,

VISTA la versión consolidada de la Decisión del Órgano nº 195/04/COL, de 14 de julio de 2004, sobre las disposiciones de aplicación contempladas en el artículo 27 de la parte II del Protocolo 3 (en lo sucesivo denominada «Decisión sobre las disposiciones de aplicación») ⁽²⁾, y

⁽¹⁾ Directrices para la aplicación e interpretación de los artículos 61 y 62 del Acuerdo EEE y del artículo 1 del Protocolo 3 del Acuerdo de Vigilancia y Jurisdicción, adoptadas y promulgadas por el Órgano de Vigilancia el 19 de enero de 1994 (DO L 231 de 3.9.1994, p. 1, y Suplemento EEE nº 32 de 3.9.1994, p. 1). La versión actualizada está disponible en: <http://www.eftasurv.int/state-aid/legal-framework/state-aid-guidelines/>

⁽²⁾ La versión consolidada está disponible en: <http://www.eftasurv.int/media/decisions/195-04-COL.pdf>

Habiendo adoptado la Decisión nº 620/08/COL de incoar el procedimiento previsto en el artículo 1, apartado 2, del Protocolo 3, habiendo invitado a las partes interesadas a presentar sus observaciones de conformidad con esas disposiciones y vistas sus observaciones,

Considerando lo siguiente:

I. HECHOS

1. PROCEDIMIENTO

Mediante carta de 14 de marzo de 2007 (documento nº 393563), el Órgano envió una solicitud de información a las autoridades de Liechtenstein, preguntando sobre diversas excepciones fiscales para ciertas formas de empresas conforme a la Ley fiscal de Liechtenstein. Las autoridades de Liechtenstein contestaron por carta de 30 de mayo de 2007 (documento nº 423398).

Posteriormente tuvo lugar un intercambio de correspondencia y reuniones entre representantes del Órgano y de las autoridades de Liechtenstein y, finalmente, el 24 de septiembre de 2008, el Órgano adoptó la Decisión nº 620/08/COL de incoar un procedimiento formal de investigación. Esta Decisión se publicó en el *Diario Oficial de la Unión Europea* y en el correspondiente Suplemento del EEE ⁽³⁾. El Órgano invitó a las partes interesadas a que presentaran sus observaciones y recibió observaciones de 12 partes interesadas. Mediante carta de 22 de julio de 2009 (documento nº 525074), el Órgano de Vigilancia remitió dichas observaciones a las autoridades de Liechtenstein, con el fin de que pudieran presentar sus comentarios sobre las mismas, cosa que hicieron mediante carta de 2 de octubre de 2009 (documento nº 532480).

⁽³⁾ DO C 75 de 31.3.2009, p. 45, Suplemento EEE nº 17 de 26.3.2009, p. 1.

2. DISPOSICIONES FISCALES ESPECIALES REFERENTES A LAS COMPAÑÍAS DE SEGUROS CAUTIVAS

En virtud de una ley con fecha de 18 de diciembre de 1997 que modificaba la Ley fiscal de Liechtenstein ⁽⁴⁾, las autoridades de Liechtenstein introdujeron normas fiscales especiales aplicables a las compañías de seguros cautivas [nuevos apartados 82.a) y 88.d).3] se introdujeron en la Ley fiscal con efectos a partir del 1 de enero de 1998, apartados que siguen vigentes.

2.1. Impuestos sobre el capital y sobre la renta

La parte 4 del título B de la Ley fiscal —Impuestos especiales de sociedades («Besondere Gesellschaftssteuern») — artículos 82 a 88, contiene disposiciones fiscales especiales para ciertas formas de empresas tales como las compañías de seguros, las sociedades de cartera, las empresas domiciliadas y las empresas de inversión. El artículo 82.a) de la Ley fiscal hace referencia a las compañías de seguros cautivas.

El artículo 82.a), apartado 1, de la Ley fiscal, establece lo siguiente: «las compañías de seguros, de conformidad con la definición de la Ley sobre la supervisión de las compañías de seguros, que ejercen exclusivamente actividades en el ámbito de los seguros cautivos («Eigenversicherung»), pagarán un impuesto sobre el capital del 1 ‰ sobre el capital propio de la empresa [véase el artículo 82.a).1 de la Ley fiscal]. Para el capital que exceda de 50 millones, el tipo impositivo se reducirá al ¾ ‰, y para el capital que exceda de 100 millones, al ½ ‰». ⁽⁵⁾

Es decir, en vez de pagar el impuesto sobre el capital normal del 0,2 ‰, las compañías de seguros cautivas solo están obligadas a pagar el 0,1 ‰, y este tipo se reduce más para los importes superiores a 50 millones CHF y 100 millones CHF.

Conforme al artículo 82.a), apartado 2, de la Ley fiscal, las compañías de seguros que se dedican tanto a los seguros cautivos como a actividades de seguro ordinarias a favor de terceros están obligadas a pagar el impuesto sobre el capital y el impuesto sobre la renta (establecidos en los artículos 73 a 81 de la Ley fiscal) por la parte de sus actividades correspondiente al seguro a terceros.

Puesto que el artículo 82.a) de la Ley fiscal constituye una *lex specialis* con respecto al artículo 73 de la misma Ley, puede concluirse que las compañías de seguros cautivas no pagan impuesto sobre la renta ⁽⁶⁾.

En conclusión, las compañías de seguros cautivas solamente pagan un impuesto sobre el capital reducido según lo descrito en el artículo 82.a).1 de la Ley fiscal, y no pagan impuesto sobre la renta.

2.2. Impuesto sobre cupones («Couponsteuer»)

Conforme a la legislación de Liechtenstein, se recauda un impuesto sobre cupones por los cupones de títulos o documentos equivalentes a títulos emitidos por una entidad «nacional», a un tipo del 4 ‰, sobre todos los repartos de dividendos o de be-

neficios. En virtud del artículo 88.d).3 de la Ley fiscal, las acciones o partes del capital de las compañías de seguros cautivas están exentas del pago del impuesto sobre cupones.

2.3. Objetivo de la ayuda

Las autoridades de Liechtenstein han afirmado que estas disposiciones se introdujeron para atraer empresas a Liechtenstein y establecer y desarrollar el sector de los seguros cautivos como nuevo sector de actividad económica.

2.4. Razones que motivaron la incoación del procedimiento

En su decisión de apertura de la investigación formal, el Órgano planteó dudas relativas a la compatibilidad de la clasificación fiscal de las compañías de seguros cautivas con las normas sobre ayudas estatales. Contrariamente a los argumentos presentados por las autoridades de Liechtenstein, el Órgano adoptó la opinión inicial de que la prestación de seguros es un servicio que constituye una actividad económica, y que cualquier entidad que ejerza una actividad económica es una empresa, con independencia de su forma jurídica, de su estatuto de filial o de su financiación. Además, el Órgano tenía dudas en cuanto a si podía decirse que la exención fiscal en favor de las compañías de seguros cautivas respondía a la naturaleza y lógica del sistema fiscal, tal como alegaban las autoridades de Liechtenstein.

Sobre esta base, el Órgano no podía excluir que las normas fiscales aplicables a las compañías de seguros cautivas (exención total del pago del impuesto sobre la renta y del impuesto sobre cupones y exención parcial del pago del impuesto sobre el capital) constituyesen ayuda estatal en el sentido del artículo 61, apartado 1, del Acuerdo EEE. El Órgano también tenía dudas sobre si estas medidas podían considerarse compatibles con las disposiciones sobre ayuda estatal del Acuerdo EEE, en especial el artículo 61, apartado 3, letra c).

3. OBSERVACIONES DE TERCEROS

Se recibieron las siguientes observaciones de terceros durante el curso de la investigación formal.

3.1. Observaciones de la Compañía A

La Compañía A presentó observaciones en dos cartas con fecha de 22 de mayo y de 9 de septiembre de 2009, enviadas por sus representantes legales. La Compañía A RE gestiona una empresa de reaseguros cautiva en Liechtenstein desde 1997 a través de su filial, la Compañía A RE Aktiengesellschaft.

En opinión de la Compañía A, las medidas fiscales de Liechtenstein para las compañías de seguros cautivas no implican ayuda estatal. Con carácter subsidiario, la Compañía A alegó que en caso de que el Órgano concluyese que existe ayuda, debe considerarse ayuda existente; de lo contrario la empresa alega que tenía expectativas legítimas de que la legislación fiscal era legal y no debe exigírsele por tanto la recuperación de la ayuda.

⁽⁴⁾ En virtud de la Ley de 18 de diciembre de 1997 sobre la modificación de la Ley fiscal de Liechtenstein, Gaceta Jurídica 1998, n.º 36.

⁽⁵⁾ Traducción realizada por los servicios del Órgano.

⁽⁶⁾ Esto se confirmó en una carta de 30 de mayo de 2007 de las autoridades de Liechtenstein.

La Compañía A alegó que las medidas fiscales no implican ayuda estatal por las siguientes razones:

- su compañía de seguros cautiva no es una empresa en el sentido del artículo 61, apartado 1, del Acuerdo EEE, porque no actúa en un mercado abierto ⁽⁷⁾ y porque las operaciones de reaseguro cautivas son distintas de otras operaciones de mercado abierto dado que los riesgos cubiertos por las compañías cautivas no son asegurables o solo podrían asegurarse con una prima prohibitiva,
- el tratamiento fiscal de las compañías cautivas en Liechtenstein es una medida general, pues constituir una compañía cautiva no requiere un determinado poder económico, y se aplica a todas las categorías de empresas, citando semejanzas con decisiones de la Comisión Europea referentes a un régimen irlandés de sociedades de cartera ⁽⁸⁾ y a un régimen español que reduce el impuesto sobre los ingresos de ciertos inmovilizados inmateriales ⁽⁹⁾,
- a título subsidiario, la Compañía A alegó que en caso de que la medida sea selectiva, se justifica por la naturaleza y lógica del régimen fiscal de Liechtenstein, puesto que las empresas de reaseguro cautivas y las empresas de reaseguro del mercado abierto están en una posición fáctica y jurídica distinta; las primeras merecen un tratamiento fiscal diferente (más clemente) si sus actividades se prestan a un grupo limitado de empresas,
- las empresas de reaseguros cautivas no distorsionan la competencia ni afectan al comercio en el EEE, pues las empresas cautivas no compiten por la cuota de mercado y los servicios que prestan no son comercializables.

La Compañía A también alegó que las medidas fiscales de Liechtenstein para las compañías de seguros cautivas, introducidas en 1997, eran anteriores a cualquier evaluación de la apreciación del Órgano o de la Comisión Europea en el sentido de que tales impuestos sobre las actividades en el interior del grupo podrían constituir ayuda estatal. A título subsidiario, la Compañía A alegó que en vista de los principios de expectativas legítimas y de seguridad jurídica, el Órgano no debe pedir la recuperación si concluye que se ha concedido ayuda estatal.

En su segunda alegación, la Compañía A se extendió en su argumento de que las compañías de seguros cautivas no están en una posición fáctica y jurídica comparable a la de las com-

pañías de seguros que prestan servicios a empresas independientes, y que se justifica un tratamiento fiscal diferente, haciendo referencia a la Decisión de la Comisión relativa al régimen holandés *Groepsrentebox* ⁽¹⁰⁾.

3.2. Observaciones de la Compañía B

La Compañía B es una compañía cautiva de seguros directos, con sede en Liechtenstein, que pertenece a la Compañía C. La Compañía C no solo utiliza los servicios de su compañía de seguros cautiva, sino que también suscribe seguros y reaseguros en los mercados internacionales. Subrayó, sin embargo, que no puede asegurar todos los riesgos en que incurre, porque tal cobertura no está disponible o porque no se justifica financieramente.

La Compañía B se fundó en Liechtenstein en 2004 como reacción a la evolución negativa del mercado de seguros después de 2001, cuando las aseguradoras y reaseguradoras comerciales comenzaron a exigir retenciones más elevadas, a reducir su capacidad y a comercializar seguros y reaseguros a precios más elevados y en condiciones más restrictivas.

La Compañía C alegó en particular que la transferencia de un riesgo comercial (a una aseguradora general) implica siempre que el cliente soporta una cierta parte del riesgo. Declaró que se considera antieconómico e ineficaz obtener una transferencia del riesgo hasta un cierto nivel de retención del riesgo. La Compañía C afirmó que existía un consenso en el mercado sobre los niveles de riesgo asumidos por las empresas y que por debajo de este nivel «no se puede hablar de mercado de seguros líquido».

La Compañía C también consideró que ciertos riesgos no son asegurables y que por tanto son retenidos forzosamente por las empresas, y que en este ámbito las compañías de seguros cautivas no sustituyen a las aseguradoras comerciales.

La Compañía C explicó que, en su opinión, la constitución de compañías cautivas es simplemente una manera de formalizar y organizar el riesgo retenido por una empresa, que no es una opción limitada a grandes empresas y que no confiere una ventaja económica con respecto a las empresas que no crean compañías cautivas. Aunque la Compañía C declaró que no es una opción limitada a grandes empresas, también admitió, sin embargo, que las empresas más grandes tienen un coste más bajo del riesgo (debido a las economías de escala, la estructura del capital y la diversificación del riesgo) que las más pequeñas, y es más probable que posean compañías de seguros cautivas.

La Compañía C puso de relieve que la Compañía B solo puede prestar servicios en su grupo de empresas, y que no participa en el mercado comercial de seguros directos.

⁽⁷⁾ A este respecto, la Compañía A hace referencia a los asuntos 118/85, Rec. 1987, p. 2599, apartado 7, y C-35/96, Rec. 1998, p. I-3851, apartado 36 (ambos Comisión contra República Italiana); asunto C-222/04 Ministero dell'Economia e delle Finanze contra Cassa di Risparmio di Firenze SpA, Rec. 2006, p. I-289; y Decisión del Órgano de Vigilancia de la AELC n.º 349/07/COL sobre una denuncia relativa al departamento noruego de carreteras, administración del condado de Møre y Romsdal (DO C 310 de 20.12.2007, p. 35 y Suplemento EEE n.º 61 de 20.12.2007, p. 35).

⁽⁸⁾ Decisión de la Comisión de 22 de septiembre de 2004, Ayuda Estatal N 354/04, mencionada de nuevo *infra*.

⁽⁹⁾ Decisión de la Comisión de 13 de febrero de 2008, Ayuda Estatal N 480/07, mencionada de nuevo *infra*.

⁽¹⁰⁾ Decisión de la Comisión C 4/07 de 8 de julio de 2009 (ex N 465/06), mencionada de nuevo *infra*.

Por último, la Compañía C alegó que su compañía de seguros cautiva no compite con otros beneficiarios del mercado, y puesto que la Compañía C no puede obtener de otros operadores del mercado los servicios prestados por su compañía cautiva, la competencia a nivel transfronterizo no se ve afectada.

3.3. Observaciones de la Compañía D

La Compañía D se describió a sí misma como la principal entidad gestora de compañías de seguros cautivas de Liechtenstein, que presta servicios de gestión a 6 de las 12 compañías de seguros cautivas establecidas actualmente en el Principado.

En su carta, recibida el 11 de mayo de 2009, la Compañía D declaró que en su opinión las medidas fiscales a que están sujetas las compañías de seguros cautivas no distorsionan la competencia, dado que las empresas no tienen competidores y por tanto no existe ningún mercado.

La Compañía D reconoció que en términos de sustitución de la oferta, «muchas aseguradoras comerciales pueden asegurar los riesgos que aseguran las compañías cautivas», pero alegó que en términos de sustitución de la demanda, los tomadores de seguros no consideran a las aseguradoras cautivas y a las aseguradoras comerciales como alternativas, sino como productos separados. Esto se debe a que se considera que el seguro comercial no es una herramienta de gestión del riesgo tan eficaz como la utilización de una compañía cautiva, porque los riesgos asegurables son diferentes (los productos son complementarios en vez de intercambiables) y porque en algunos países las aseguradoras comerciales y las compañías cautivas están sujetas a requisitos diferentes de autorización y regulación (en opinión de la Compañía D, no es razonable considerar que las compañías cautivas operan en el mismo mercado que las aseguradoras comerciales cuando no tienen la misma oportunidad de participar en ese mercado).

La Compañía D también alegó que cualquier decisión del Órgano que exija la recuperación de la ayuda estatal ilegal concedida a las compañías cautivas de Liechtenstein sería contraria a los principios generales del Derecho, pues dicha medida sería retroactiva e infringiría las expectativas legítimas de las compañías de que no estarían sujetas a una mayor presión fiscal.

3.4. Observaciones de la Compañía E

La Compañía E es una compañía de seguros cautiva con sede en Liechtenstein. En su carta, recibida por el Órgano el 12 de mayo de 2009, alegaba que el Órgano había hecho suposiciones incorrectas en su decisión de incoar el procedimiento formal. La Compañía E alegó que una compañía de seguros cautiva no

recurre al reaseguro para compensar los riesgos, según afirma la Comisión Europea (y menciona el Órgano) en su Decisión relativa a la ayuda en favor de compañías de seguros cautivas de la región de Åland (Finlandia) ⁽¹¹⁾, explicando que una compañía cautiva soporta todos los riesgos de su compañía matriz. La Compañía E también alegó que el seguro a través de una compañía cautiva no constituye una alternativa a la suscripción de un seguro en el «mercado general», y que las compañías cautivas están en desventaja en comparación con las aseguradoras generales, pues no pueden repartir los riesgos, y deben ser comparadas no con las aseguradoras generales, sino con los riesgos no asegurados que soportan las empresas.

La Compañía E alegó que actualmente no ofrece a su grupo seguros que no puedan ser suscritos en el mercado internacional. La Compañía E declaró que la constitución de una compañía cautiva implica costes considerables y que solo se justifica por razones comerciales. Según informó al Órgano, una de las razones para constituir la compañía en Liechtenstein era que el Principado «no era desfavorable» en términos fiscales en comparación con otros lugares, y que un cambio del régimen fiscal «afectaría negativamente a la viabilidad de Liechtenstein como sede de compañías cautivas».

3.5. Observaciones de la Compañía F

La Compañía F comenzó por explicar cómo se organizan las empresas cautivas de seguros y reaseguros, y en particular la Compañía F como parte del Grupo [...]. Subrayó el hecho de que las compañías cautivas tienen por objeto el reparto de riesgos de un grupo de empresas a fin de permitir una gestión y una financiación eficaz del riesgo. También consideró que la constitución de una compañía cautiva crea una mayor transparencia de los riesgos en el grupo.

La Compañía F hizo referencia a los requisitos de integración del mercado menos exigentes que existen entre los Estados AELC del EEE en comparación con los de la UE. Hizo referencia en especial a los artículos 113, 114, apartado 2, y 115 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea relativos a la aproximación de las legislaciones en el ámbito fiscal, que no tienen disposiciones análogas en el Acuerdo EEE.

La Compañía F alegó que las medidas fiscales en favor de las compañías de seguros cautivas de Liechtenstein no constituyen ayuda estatal en el sentido del artículo 61, apartado 1, del Acuerdo EEE. Esta declaración se basó en dos razones: las compañías cautivas no son empresas, y las medidas fiscales no benefician selectivamente a ninguna empresa.

⁽¹¹⁾ Decisión de la Comisión, de 10 de julio de 2002, relativa a la ayuda estatal concedida por Finlandia en favor de compañías de seguros cautivas de la región de Åland (DO L 329 de 5.12.2002, p. 22).

Refiriéndose a la Decisión del Órgano sobre una denuncia relativa al departamento noruego de carreteras, administración del condado de Møre y Romsdal⁽¹²⁾, la Compañía F alegó que las compañías cautivas no son empresas ya que solo prestan servicios de seguros «internos». Además, las actividades realizadas por las compañías de seguros cautivas no revisten un carácter económico, puesto que se limitan exclusivamente a la transferencia de riesgos inherentes a las actividades de las otras compañías del Grupo [...]. Señalando su desacuerdo con los argumentos expuestos por el Órgano en la decisión de incoar el procedimiento formal, la Compañía F alegó que la razón que justifica el establecimiento de una compañía cautiva no reside en el hecho de que sea económicamente ventajoso, sino en el hecho de que los riesgos del grupo se centralizan para una gestión de los riesgos más eficaz y una mayor transparencia. Esta función específica no puede ser asumida por una compañía «externa», y por tanto no existe ningún mercado para este tipo particular de actividades. La Compañía F alega también que no hay posibilidad de mercado libre para el servicio que presta.

Además, la Compañía F opina que la referencia a la Decisión Åland de la Comisión Europea es discutible, dado que el Órgano no está vinculado por las decisiones de la Comisión, sino que debe apreciar las medidas independientemente y basándose solamente en las disposiciones del Acuerdo EEE.

Asimismo, la Compañía F alega que las medidas fiscales en cuestión no se refieren a una empresa particular, sino a una función particular, por lo que no son selectivas. La Compañía considera que el carácter selectivo de la medida no está vinculado al poder económico de la empresa, y que la cuestión de si puede establecer una compañía de seguros cautiva no fue tratada correctamente ni por el Órgano ni por la Comisión en el marco del asunto Åland. Considera que, en el asunto Åland, la Comisión no apreció plenamente la selectividad de las medidas, puesto que no examinó si estas correspondían a la naturaleza y lógica del régimen fiscal. Haciendo referencia, en este contexto, a la Decisión de la Comisión en el asunto relativo al régimen fiscal aplicado a las sociedades de cartera irlandesas⁽¹³⁾, la Compañía F precisa que el Órgano habría debido examinar la cuestión de si las compañías de seguros cautivas están en una situación fáctica y jurídica similar y habría debido llegar a la conclusión que las disposiciones particulares por las que se rigen estas compañías [en particular, la Directiva 2005/68/CE del Parlamento Europeo y del Consejo⁽¹⁴⁾ que define lo que hay que entender por «empresa de reaseguros cautiva», así como la Directiva «Solvencia II»] demuestran que no es el caso. Citando la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la AELC, la Compañía F alega que «para que pueda considerarse justificada, toda discriminación directa o indirecta debe derivar de la lógica del régimen general y de las condiciones objetivas definidas en el marco de este régimen».

⁽¹²⁾ Decisión del Órgano de Vigilancia de la AELC n° 349/07/COL, de 18 de julio de 2007, sobre una denuncia relativa al departamento noruego de carreteras, administración del condado de Møre y Romsdal (para las referencias de publicación, véase la nota 7 a pie de página).

⁽¹³⁾ Decisión de la Comisión, de 22 de septiembre de 2004, en el asunto N 354/04 (DO C 131 de 28.5.2005, p. 10).

⁽¹⁴⁾ DO L 323 de 9.12.2005, p. 1.

Como argumentos secundarios, la Compañía F alega que la medida fiscal en cuestión ya existía en Liechtenstein antes de la entrada en vigor del Acuerdo EEE, y que la compañía ha estado sujeta a las mismas normas fiscales desde su establecimiento en 1990. Estas normas se aplicaron explícitamente a las compañías de seguros cautivas a partir de enero de 1998 y no han sido objeto de modificaciones sustanciales desde entonces. La Compañía F afirma que es únicamente la evolución de las disposiciones del Acuerdo EEE lo que llevó a considerar como ayuda estatal las medidas fiscales aplicables a las compañías cautivas establecidas en Liechtenstein. La práctica decisoria de la Comisión entre 1960 y 1990, período durante el cual el régimen fiscal en cuestión se introdujo en Liechtenstein, no asimilaba las medidas fiscales a una ayuda estatal.

Por último, haciendo referencia a algunas decisiones previas de la Comisión que consideraron que disposiciones fiscales similares no constituían ayuda estatal, la Compañía F mantiene que en este caso concreto no debe solicitarse la recuperación de la ayuda, en virtud de los principios de seguridad jurídica y de protección de la confianza legítima.

3.6. Observaciones de la Compañía G

En sus cartas con fecha de 1 de diciembre de 2008 y de 25 de mayo de 2009, la Compañía G expresó su sorpresa respecto al procedimiento de investigación, dado que había confiado en la legalidad del régimen fiscal de Liechtenstein durante más de diez años y que hasta la fecha no había existido ningún indicio de que las normas aplicables a las compañías de seguros cautivas pudieran constituir ayudas estatales. En su opinión, no puede esperarse que una empresa compruebe si una legislación vigente desde hace más de diez años se ha notificado al Órgano. Además, dicha Compañía opina que el pago retroactivo de impuestos es cuestionable desde el punto de vista jurídico y contraproducente desde el punto de vista económico, en particular en el contexto de la crisis financiera actual. Por último, aduce también los principios de confianza legítima y seguridad jurídica.

3.7. Observaciones de la Compañía H

En sus cartas con fecha de 17 de octubre de 2008 y de 27 de mayo de 2009, la Compañía H manifiesta su preocupación por la posibilidad de que la legislación fiscal en favor de las compañías de seguros cautivas establecidas en Liechtenstein se considere ayuda estatal incompatible. La Compañía manifestó que había confiado en la legalidad de la legislación existente durante más de diez años y que no sería realista exigirle que se asegure de que esta legislación es conforme con las disposiciones del Acuerdo EEE relativas a las ayudas estatales. Pedir la recuperación de las ayudas equivaldría a infringir los principios de la confianza legítima y la seguridad jurídica y sería contrario, además, al principio de igualdad de trato en el EEE en la medida en que la Comisión Europea, durante este período, ha aceptado que se concedan millones de euros en forma de ayuda estatal, con el fin de aliviar la crisis financiera.

3.8. Observaciones de la Compañía I

La Compañía I comunicó su inquietud respecto de la posibilidad de que la fiscalidad de las compañías de seguros cautivas en Liechtenstein se considere constitutiva de ayuda estatal incompatible. Hace hincapié en el hecho de que confió en la legislación vigente en Liechtenstein desde hacía diez años, lo que justifica, en su opinión, que el Órgano tenga en cuenta los principios de la confianza legítima y la seguridad jurídica en el marco de una posible recuperación.

3.9. Observaciones de la Compañía J

En sus cartas de 13 de noviembre de 2008 y de 20 de abril de 2009, la Compañía J expresa su inquietud respecto de la posible incompatibilidad del régimen fiscal de Liechtenstein en favor de las compañías de seguros cautivas con las normas en materia de ayuda estatal.

Dicha Compañía destaca que la presencia, en la nueva legislación «Solvencia II», de disposiciones especiales para las compañías de seguros cautivas es reveladora, debido a que estas últimas no ejercen sus actividades en el mismo mercado y no están sujetas a los mismos mecanismos reguladores que las otras compañías de seguros. La Compañía J observa también que cualquier empresa puede constituir una compañía de seguros cautiva, de modo que la medida en cuestión no es en modo alguno selectiva.

Someter a las compañías de seguros cautivas a un impuesto uniforme sobre sus ganancias netas implicaría, según la Compañía J, una desigualdad de trato entre las empresas. La Compañía alega que las cautivas constituyen un mecanismo de autoseguro y solo deberían estar sujetas a impuesto por los ingresos procedentes de los ramos de seguro sujetos a la obligación legal de seguro en el Estado del asegurador. De otra manera, las empresas que crean una compañía cautiva se verían en peor posición, desde el punto de vista fiscal, que las que no disponen de una compañía de seguros cautiva y que deciden no asegurar riesgos que no deben asegurarse obligatoriamente en virtud de la legislación. Las cautivas proponen pólizas de seguro que cubren riesgos para los cuales no existe mercado. Por tanto, los ingresos percibidos sobre estas actividades no deberían someterse a impuesto.

En opinión de la Compañía J, esperar que una empresa cuestiona una legislación que lleva aplicándose más de diez años equivaldría a contradecir el principio de seguridad jurídica. Dicha Compañía alega que había confiado legítimamente en la legalidad de las medidas fiscales y considera que, si el Órgano llegase a la conclusión de que se trata de una ayuda estatal, las medidas deberían considerarse ayuda existente; en caso contrario, la recuperación de la ayuda infringiría los principios fundamentales del Derecho.

Por último, la Compañía J menciona la crisis financiera y la incidencia que ha tenido en la evaluación de las ayudas estatales. En su opinión, muchas de las medidas adoptadas por varios Estados miembros de la Unión Europea no tendrán un carácter temporal, sino que se convertirán en permanentes. En este contexto, la Compañía J espera que el Órgano no exija la modificación de la legislación fiscal de Liechtenstein aplicable a las compañías cautivas.

3.10. Observaciones de la Compañía K

La Compañía K presentó observaciones en diciembre de 2008 y en abril de 2009, en las que expresa su sorpresa respecto de que la legislación fiscal aplicada en Liechtenstein durante los diez últimos años pueda implicar la concesión de una ayuda estatal incompatible. Alega que cualquier petición de reembolso de la ayuda constituiría una infracción del principio de seguridad jurídica (señalando, a este respecto, que la legislación de Liechtenstein prevé un plazo de prescripción de cinco años en materia de obligaciones fiscales). La Compañía K describe la historia de la fundación de la compañía y precisa que está exenta de impuestos en Suiza y que cubre solamente los riesgos inherentes a su grupo, que no tiene ánimo de lucro y que asegura también contra riesgos no cubiertos o no cubiertos íntegramente por el mercado de seguros; y que sus primas se calculan sobre la base del historial y la experiencia en materia de siniestralidad. La Compañía K considera que, en caso de que el Órgano concluya que se concedió una ayuda estatal incompatible, la recuperación de la ayuda infringiría los principios de seguridad jurídica, homogeneidad y confianza legítima.

4. OBSERVACIONES DE LAS AUTORIDADES DE LIECHTENSTEIN

4.1. Observaciones sobre la decisión de incoación

En una carta de 25 de noviembre de 2008, las autoridades de Liechtenstein destacan que la evaluación de las ayudas estatales en el contexto de la fiscalidad de las empresas evolucionó desde principios de los años ochenta; hacen también referencia a la publicación de una comunicación sobre la aplicación de las normas relativas a las ayudas estatales a las medidas sobre fiscalidad directa de las empresas, así como a las decisiones de la Comisión Europea adoptadas a partir del año 2000 [por ejemplo, sobre los centros de coordinación establecidos en Bélgica ⁽¹⁵⁾].

Dichas autoridades alegan que las compañías de seguros cautivas no operan en un mercado libre, puesto que sus actividades se limitan a la gestión de los «riesgos en el interior del grupo», es decir de los riesgos incurridos por su propio grupo de empresas. Cualesquiera que sean los ingresos generados por los seguros cautivos en el marco de las transacciones efectuadas en el grupo, no son ingresos ordinarios que deban estar sujetos al impuesto sobre la renta, dado que la administración de sus propios activos no constituye una actividad comercial imponible. En opinión de las autoridades de Liechtenstein, una entidad que no ejerce su actividad en un mercado en competencia con otros operadores, no puede considerarse que ejerza una actividad económica como empresa ⁽¹⁶⁾. Aunque las compañías cautivas prestasen servicios en el mercado «libre», el régimen de Liechtenstein vela por que las actividades ejercidas en el mercado libre estén sujetas a los tipos impositivos ordinarios. Según

⁽¹⁵⁾ Decisión de la Comisión, de 17 de febrero de 2003, relativa al régimen de ayudas ejecutado por Bélgica en favor de los centros de coordinación establecidos en Bélgica (DO L 282 de 30.10.2003, p. 25). Se hace referencia también a esta decisión en la sección 4 *infra*.

⁽¹⁶⁾ Las autoridades se refieren aquí al asunto C-222/04, Ministero dell'Economia e delle Finanze/Cassa di Risparmio di Firenze SpA, Rec. 2006, p. I-289.

las autoridades de Liechtenstein, solo en la medida en que las compañías realicen estas actividades «libres» pueden ser consideradas como empresas.

Dichas autoridades consideran que las compañías de seguros cautivas (al igual que las compañías de reaseguros) constituyen un mercado distinto del seguro directo, habida cuenta de la distribución de los riesgos dentro de un grupo, del diferente marco regulador y de la función de gestión que las compañías cautivas deben asumir en el grupo al que pertenecen. Estas compañías cubren solamente los riesgos de su propio grupo (cuando no existe mercado para estos riesgos, o cuando los costes de las pólizas son demasiado elevados) y no los de terceras partes.

Por lo que se refiere al carácter selectivo de las medidas fiscales, las autoridades de Liechtenstein mantienen que el régimen fiscal aplicado en favor de las compañías de seguros cautivas no es selectivo a nivel material y hacen referencia, a este respecto, al régimen de las compañías de seguros cautivas de la región de Åland así como al de las sociedades de cartera irlandesas. La ausencia de selectividad material se debe, según ellas, a que las condiciones para estas sociedades son de carácter horizontal y pueden ser cumplidas por cualquier empresa. En otras palabras, la constitución de una compañía de seguros cautiva por una empresa no requiere que esta última haya adquirido un nivel de poder económico específico. Por tanto, el régimen fiscal en cuestión se aplica a todo tipo de sociedades. Sobre esta base, cualquier persona jurídica, independientemente de su sector de actividad o volumen de sus actividades, puede optar a la reducción fiscal prevista por el régimen en cuestión, constituyendo su propia compañía de seguros cautiva.

De acuerdo con el enfoque jurisprudencial de la sentencia «Gil Insurance»⁽¹⁷⁾, las autoridades de Liechtenstein alegan, con carácter subsidiario, que las medidas se justifican por la naturaleza y sistema del régimen fiscal, destacando que: «Lo que importa es saber si la excepción aparente se ajusta realmente a la lógica interna de la medida. [...] Una medida fiscal solo es selectiva si establece una discriminación injustificada entre situaciones fácticas y jurídicas comparables a la luz de los objetivos perseguidos por el régimen fiscal». Según la legislación de Liechtenstein, una compañía de seguros cautiva puede definirse como una compañía de seguros de objetivo limitado, cuyo fin específico es financiar los riesgos incurridos por el grupo de empresas al que pertenece: «Se trata por tanto de un mecanismo de autoseguro interno. La cobertura de seguro ofrecida por una compañía cautiva se establece sobre la base de los recursos propios de su grupo y sigue, por lo tanto, el principio según el cual procede aplicar un tratamiento fiscal diferente cuando algunos riesgos están cubiertos por recursos propios».

Por otra parte, las autoridades de Liechtenstein hacen hincapié en el diferente tratamiento aplicado a las compañías de seguros cautivas con relación a las compañías de seguros convencionales, mencionando algunos ejemplos de la legislación de la UE y el EEE, en el marco de las Directivas sobre reaseguros y «Solvencia II». Mantienen que este tratamiento tiene en cuenta la naturaleza específica de las compañías cautivas de seguros y

reaseguros, y que se admite que su diferente situación particular se tenga en cuenta en la medida en que solamente cubren los riesgos del grupo industrial o comercial al que pertenecen.

Por último, las autoridades de Liechtenstein consideran con carácter subsidiario que la Ley fiscal de 1997 debe considerarse ayuda existente, dado que no constituía una ayuda en la fecha en que entró en vigor, y que únicamente más tarde, debido a la evolución de la legislación del EEE, se calificó de ayuda. Consideran por otra parte que, en el supuesto de que el Órgano califique las medidas de «nueva ayuda», existen motivos suficientes para no pedir la recuperación de la ayuda. Estos se basan en dos razones: la primera, la protección de la confianza legítima en el enfoque adoptado por la Comisión en sus decisiones relativas a los incentivos fiscales para centros de tesorería en el interior del grupo en Francia y a los incentivos fiscales para actividades financieras internacionales en los Países Bajos; y la segunda razón es la seguridad jurídica, ya que cuando Liechtenstein se adhirió al EEE en 1995, la práctica de la Comisión en materia de ayudas estatales (que forma parte del acervo comunitario) no consideraba que la fiscalidad de las actividades en el interior del grupo estuviese sujeta a las normas relativas a las ayudas estatales.

4.2. Comentarios sobre las observaciones de terceras partes

Las autoridades de Liechtenstein destacan que casi todas las compañías de seguros cautivas que ejercen actividades en Liechtenstein presentaron observaciones durante el procedimiento formal de investigación, lo que es revelador de la importancia de la cuestión. Destacan que la decisión de incoar un procedimiento formal de investigación sorprendió a estas compañías, puesto que el régimen fiscal de Liechtenstein se adoptó hace más de diez años. Manifestando su acuerdo con las observaciones formuladas por las terceras partes, las autoridades de Liechtenstein alegaron lo que se expone a continuación.

4.2.1. Las compañías cautivas no pueden ser consideradas empresas

Las autoridades opinan que las observaciones presentadas por la Compañía B describen bien las actividades de las compañías de seguros cautivas. Reconocen, en particular, que no existe un «mercado líquido de seguros» para todas las actividades de las compañías cautivas y remiten, en este contexto, al documento publicado por la Asociación Internacional de Inspectores de Seguros (AIIS) sobre las compañías de seguros cautivas, en el que se afirma lo siguiente:

«En los mercados tradicionales de seguros es a menudo muy difícil, o incluso imposible, asegurar algunos tipos de riesgos, como la responsabilidad derivada de productos sensibles, la responsabilidad medioambiental, la responsabilidad farmacéutica y casos específicos de responsabilidad profesional, cualesquiera que sean los antecedentes de siniestralidad. Cuando se proponen coberturas, las compañías exigen primas elevadas o condiciones inaceptables, aunque los antecedentes de siniestralidad del asegurado sean aceptables.»

⁽¹⁷⁾ Asunto C-308/01, *Gil Insurance y otros contra Commissioners of Customs & Excise*, Rec. 2004, p. I-4777.

Las autoridades de Liechtenstein reiteran que las actividades de todas las compañías cautivas establecidas en Liechtenstein se refieren únicamente a la gestión de riesgos en el interior del grupo. Además, los riesgos asegurados por las compañías cautivas a menudo no son transferibles a otras aseguradoras comerciales. Las compañías cautivas pueden por tanto cubrir riesgos para los que el mercado de seguros tradicional no ofrece soluciones viables a nivel económico. Además, las compañías cautivas difieren considerablemente de las compañías de seguros directos, en el sentido de que estas últimas cubren numerosos tipos de riesgos y pueden por tanto distribuir los riesgos para compensar los siniestros. Tal no es el caso de la compañía cautiva, que solo asegura los riesgos de las compañías de su propio grupo y que no está en condiciones de compensar estos riesgos. Las autoridades de Liechtenstein consideran, por tanto, que el mercado de las compañías de seguros cautivas es distinto del mercado de seguros tradicional y que las compañías cautivas no hacen competencia a las compañías de seguros. Se remiten también a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, según la cual una entidad que no ejerce su actividad en un mercado «en competencia con otros operadores» no puede considerarse que ejerce una actividad económica como empresa, así como a la Decisión del Órgano sobre una denuncia relativa al departamento noruego de carreteras, administración del condado de Møre y Romsdal, que confirma según dichas autoridades que las entidades cuyas actividades son únicamente internas no son empresas puesto que no ejercen ninguna actividad económica.

4.2.2. *El tratamiento fiscal de las compañías cautivas constituye una medida general*

4.2.2.1 Selectividad material

Las autoridades de Liechtenstein alegan que el tratamiento fiscal de las compañías cautivas no reviste un carácter de selectividad material, ya que se trata de una opción disponible para todas las sociedades y no requiere un nivel de poder económico particular. Las medidas fiscales no se limitan a algunos sectores, a algunos tipos de sociedades o a algunas zonas del territorio de Liechtenstein; tampoco se fija ninguna restricción por lo que se refiere al volumen de negocios, el tamaño de la compañía o su personal, y no es necesario formar parte de un grupo multinacional. Las autoridades deducen pues que las disposiciones fiscales previstas para las compañías de seguros cautivas no son selectivas a nivel material.

Con el fin de apoyar su argumento según el cual la fiscalidad de las compañías de seguros cautivas en Liechtenstein no es selectiva a nivel material, las autoridades de Liechtenstein remiten a las decisiones de la Comisión Europea relativas al régimen fiscal de las compañías de seguros cautivas de la región de Åland y al régimen de las sociedades de cartera irlandesas, así como al régimen español de reducción del impuesto sobre el rendimiento de activos inmateriales y al régimen de los Países Bajos de reducción del tipo impositivo sobre las rentas generadas por préstamos en el interior del grupo (*Groepsrentebox*)⁽¹⁸⁾. La Decisión relativa al régimen de los Países Bajos se cita del siguiente modo:

«Por lo que respecta a las actividades de financiación de la deuda, las empresas asociadas se encuentran en una situación fáctica y jurídica que no es comparable a la de las empresas no asociadas. Esto se debe a que cuando las empresas asociadas intentan obtener una financiación intragrupal mediante empréstito o mediante la adquisición de participaciones, se trata de una operación que no es puramente comercial, al contrario de las operaciones entre empresas no asociadas. La sociedad matriz y la filial tienen los mismos intereses, lo que no es el caso en una operación comercial con un proveedor de fondos no asociado, en la que cada parte intenta obtener el máximo beneficio en detrimento de la otra parte.»

4.2.2.2 Justificación por la naturaleza y por la estructura general del régimen

Incluso si el Órgano considerase que las medidas en cuestión son selectivas a nivel material, las autoridades de Liechtenstein alegan que, en cualquier caso, se justifican por la naturaleza y por la estructura general del régimen fiscal de Liechtenstein. De este modo, manifiestan su acuerdo con las opiniones expresadas por las terceras partes sobre este punto.

Dichas autoridades apoyan los argumentos relativos a la definición y al tratamiento de las compañías de seguros cautivas en las Directivas sobre reaseguros y «Solvencia II», afirmando que las actividades de las compañías de seguros cautivas deben distinguirse de las ejercidas por las compañías de seguros clásicas. Consideran que se justifica aplicar a las compañías cautivas un tratamiento fiscal diferente, habida cuenta del sector de actividad limitado en el que operan y a que se producen específicamente en el interior del grupo.

4.2.3. *Ausencia de falseamiento de la competencia y de repercusión en los intercambios entre las Partes contratantes*

Las autoridades de Liechtenstein comparten la opinión de la Compañía A RE, según la cual los servicios prestados por compañías cautivas no son comerciales ya que, para algunos riesgos, no se ofrece ninguna cobertura en el mercado libre. Por consiguiente, las medidas en cuestión no falsean el juego de la competencia ni afectan a los intercambios entre las partes signatarias del Acuerdo EEE.

4.2.4. *En su caso, se trataría de ayuda existente*

Las autoridades de Liechtenstein alegan que si las medidas en cuestión se consideran ayuda estatal, deben considerarse ayuda existente, según lo dispuesto en el artículo 1 de la parte I y en el artículo 1.b.v) de la parte II del Protocolo 3. Sobre este punto comparten también la opinión de las terceras partes.

⁽¹⁸⁾ Véanse las notas 5 a 8 a pie de página.

Las autoridades de Liechtenstein afirman que las compañías cautivas han sido objeto de un impuesto sobre el capital a un tipo reducido del 0,1 % desde 1989, antes de que se promulgase una legislación específica para las compañías de seguros cautivas. Apoyan, además, los argumentos según los cuales las medidas fiscales solo se consideraron ayuda a raíz de la evolución del Acuerdo EEE. Adhiriéndose a los argumentos alegados por la Compañía F, las autoridades de Liechtenstein consideran que la evolución que se produjo a finales de los años noventa es posterior a la introducción, mediante la Ley de 18 de diciembre de 1997, de medidas fiscales específicas para las compañías de seguros cautivas.

4.2.5. *La recuperación de la ayuda sería incompatible con los principios generales del Derecho comunitario*

En consonancia con las declaraciones de las Compañías A y F, las autoridades de Liechtenstein alegan que las compañías cautivas no habrían podido imaginar que las medidas, cuando se adoptaron en 1997, podían constituir una ayuda estatal, habida cuenta de las semejanzas existentes entre su situación y los casos relativos a actividades en el interior del grupo. En opinión de todas las partes interesadas, nada permitía pensar en aquel momento que las conclusiones preliminares del Órgano fueran probables o previsibles.

En la misma línea que las afirmaciones de todas las partes interesadas, las autoridades de Liechtenstein también consideran que la recuperación de la ayuda constituiría una infracción del principio de seguridad jurídica. El requisito fundamental de la seguridad jurídica consiste en garantizar el carácter evidente y previsible de la aplicación del Derecho de la Unión Europea y del EEE. Dichas autoridades mantienen, además, que es tanto más importante velar por el estricto respeto de este requisito cuando hay consecuencias financieras. Observan que, cuando Liechtenstein se adhirió al Acuerdo EEE en 1995, el acervo comunitario (incluida la práctica de toma de decisiones de la Comisión en materia de ayudas estatales) no calificaba la fiscalidad de las actividades en el interior del grupo como ayuda estatal, y que no hubo ningún hecho nuevo entre 1995 y 1997 (fecha en la que se adoptaron las medidas) que hiciera pensar que la posición de la Comisión iba a cambiar.

II. EVALUACIÓN

1. EXISTENCIA DE AYUDA ESTATAL

El artículo 61, apartado 1, del Acuerdo EEE reza como sigue:

«Salvo que el presente Acuerdo disponga otra cosa, serán incompatibles con el funcionamiento del presente Acuerdo, en la medida en que afecten a los intercambios comerciales entre las Partes contratantes, las ayudas otorgadas por los Estados miembros de las CE, por los Estados de la AELC o mediante fondos estatales, bajo cualquier forma, que falseen o amenacen con falsear la competencia favoreciendo a determinadas empresas o producciones.»

1.1. Existencia de recursos del Estado

Las medidas de ayuda deben ser concedidas por el Estado o por medio de recursos estatales.

Mientras que el tipo del impuesto sobre el capital está fijado actualmente en Liechtenstein en el 0,2 %, las compañías de seguros cautivas allí establecidas están sujetas a un tipo reducido del 0,1 % (que pasa al 0,075 % para los capitales que exceden de 50 millones CHF, y al 0,05 % para los capitales que exceden de 100 millones CHF). Además, las compañías de seguros cautivas están totalmente exentas del impuesto sobre la renta y del impuesto sobre cupones.

La concesión de una exención total o parcial del impuesto implica una pérdida de ingresos fiscales para el Estado, que equivale al consumo de recursos estatales en forma de gastos fiscales⁽¹⁹⁾. Las autoridades de Liechtenstein se privan de ingresos fiscales debido al impago del impuesto sobre la renta y del impuesto sobre cupones, así como al pago de un impuesto reducido sobre el capital.

Por estos motivos, el Órgano opina que las medidas fiscales especiales que se aplican a las compañías de seguros cautivas se conceden mediante fondos estatales.

1.2. Medida que favorece a determinadas empresas o producciones

1.2.1. Empresa

Una ayuda estatal solo puede concederse a empresas que ejercen una actividad económica.

Según el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, el concepto de empresa, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 87 del Tratado CE (ahora artículo 107 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea), que corresponde al artículo 61, apartado 1, del Acuerdo EEE, comprende «cualquier entidad dedicada a una actividad económica, independientemente de su forma jurídica y de la manera en que se financie»⁽²⁰⁾. Además, el Tribunal de Justicia ha declarado que «constituye una actividad económica toda actividad que consista en ofrecer bienes o servicios en un mercado determinado»⁽²¹⁾.

La prestación de seguros es un servicio considerado, en principio, como una actividad económica⁽²²⁾. Las compañías de seguros cautivas prestan servicios de seguros en un mercado determinado a cambio del pago de una prima. El hecho de que su

⁽¹⁹⁾ Véase el punto 3.3 de las Directrices del Órgano sobre la aplicación de las Normas sobre ayudas estatales a las medidas relacionadas con la fiscalidad directa de las empresas.

⁽²⁰⁾ Asunto C-41/90, Höfner y Elser contra Macrotron GmbH, Rec. 1991, p. I-1979, apartado 21.

⁽²¹⁾ Asuntos acumulados C-180/98 a C-184/98, Pavlow, Rec. 2000, p. I-6451, apartado 75.

⁽²²⁾ El código NACE es un sistema de clasificación paneuropeo que agrupa a las empresas en función de sus actividades económicas. Sección K65: Seguros, reaseguros y planes de pensiones, excepto la seguridad social obligatoria.

clientela se limite exclusivamente a las empresas del grupo al que pertenecen no afecta a esta conclusión. En vez de suscribir un seguro de una tercera parte, las empresas del grupo al que pertenece la compañía cautiva deciden suscribir un seguro con otra compañía de su grupo, que presta este tipo de servicios. Como se destaca a continuación, el Órgano considera, por tanto, que los servicios prestados por las compañías de seguros cautivas constituyen una solución alternativa a la suscripción de un seguro con un tercero. El hecho de que las compañías de seguros cautivas presten cobertura a determinadas empresas basta para concluir que ofrecen sus servicios en este mercado. En caso de constitución de una compañía cautiva, los riesgos del grupo son asegurados de forma «cautiva» por una compañía del grupo, lo que significa que ninguna de las otras compañías de seguros activas en el mercado pueden competir para asegurar los riesgos del grupo. Estos riesgos estarían normalmente asegurados por otro prestador de servicios comerciales, pero en este caso el servicio es prestado por la compañía cautiva creada por el grupo.

En Liechtenstein, una compañía de seguros cautiva se constituye como una persona jurídica distinta y como cualquier otra sociedad. Los servicios que presta son remunerados y los riesgos se le transfieren en condiciones normales de mercado, se lleva una contabilidad separada y está sujeta a impuestos en virtud del Derecho nacional. Las compañías de seguros cautivas son, en efecto, imponibles en Liechtenstein en primer lugar puesto que se trata de empresas que ejercen una actividad económica en el territorio de este Estado. La constitución de una compañía distinta es una elección deliberada de las empresas que deciden crear compañías cautivas, y estas últimas se establecen generalmente en Estados donde la fiscalidad es poco elevada, para beneficiarse de tipos de imposición bajos. Si no se crease una compañía distinta y los riesgos fueran objeto de autoseguro en la estructura existente, en general la relación coste-beneficios que podría alcanzarse renunciando a recurrir a aseguradoras comerciales se traduciría simplemente en costes inferiores y, por consiguiente, en beneficios superiores, que serían objeto de impuesto al tipo normal vigente en el territorio fiscal donde esté establecida la compañía. Crear una compañía y establecer su sede en el extranjero significa que los servicios de seguros pueden prestarse fuera de la jurisdicción fiscal donde se sitúa la sede del grupo, permitiendo a este beneficiarse [entre otras ventajas ⁽²³⁾] de un nivel de imposición más bajo sobre los beneficios obtenidos a través de la decisión del grupo de autoasegurarse ⁽²⁴⁾.

Durante el procedimiento formal de investigación, algunas de las partes interesadas alegaron que las compañías cautivas no son empresas, en primer lugar porque solamente prestan servicios de seguro «internos» y, en segundo lugar, porque no ofrecen en el mercado libre los servicios prestados, dado que los

servicios de seguros se refieren a riesgos comunes, que son muy frecuentes y que generalmente son soportados por las empresas, o a riesgos complejos, que tienen un valor elevado y no pueden asegurarse en el mercado, o asegurarse con costes prohibitivos.

Disposiciones relativas a los servicios prestados en el interior del grupo

Como ya se ha mencionado, durante el procedimiento de investigación se hizo específicamente referencia a la Decisión del Órgano sobre una denuncia relativa al departamento noruego de carreteras, administración del condado de Møre y Romsdal. El departamento noruego de carreteras se reorganizó en 1995 y se dividió en distintas oficinas de distrito, cada una con un departamento de producción encargado de la construcción y el mantenimiento de las carreteras, túneles y puentes y, por otra parte, con un departamento administrativo responsable de la planificación de las obras y la administración de las licitaciones. Los departamentos de producción efectuaban tareas responsabilidad de la administración de carreteras, de acuerdo con las normas de calidad y las condiciones marco aplicables, pero no ejercían ninguna función que no fuera responsabilidad de dicha administración, por ejemplo en el mercado libre. Dado que las actividades del departamento de producción de la Oficina del distrito de Møre y Romstal se limitaban a las responsabilidades públicas «internas», el Órgano concluyó que no entraban en competencia con las ejercidas por otros agentes del mercado. Por consiguiente, el departamento no fue considerado una empresa y su financiación no se calificó como ayuda estatal.

Las partes interesadas alegaron que el mismo razonamiento podía aplicarse a las compañías de seguros cautivas. Sin embargo, el Órgano no comparte esta opinión. De acuerdo con la jurisprudencia ⁽²⁵⁾, los principios a los que se hace referencia en la Decisión sobre el departamento noruego de carreteras se aplican cuando las autoridades públicas ejercen su derecho a realizar ellas mismas servicios públicos, sin abrir un concurso público en el mercado libre. Tal como precisó el Tribunal de Justicia en la sentencia Stadt Halle ⁽²⁶⁾: «Una autoridad pública, siendo una entidad adjudicadora, tiene la posibilidad de realizar las tareas de interés público que le corresponden con sus propios medios administrativos, técnicos y de cualquier otro tipo, sin verse obligada a recurrir a entidades externas y ajenas a sus servicios». Aludiendo a la diferencia que existe entre esta situación y una que implica a una empresa privada, el Tribunal prosigue explicando que: «es necesario señalar ... que la relación entre una autoridad pública, que es una entidad adjudicadora, y sus propios servicios se rige por consideraciones y exigencias características de la persecución de objetivos de interés público. Por el contrario, cualquier inversión de capital privado en una empresa obedece a consideraciones características de los intereses privados y persigue objetivos de naturaleza distinta».

⁽²³⁾ Por ejemplo, la creación de tal compañía puede también implicar la constitución, por la sociedad, de una reserva legal obligatoria que es fiscalmente deducible.

⁽²⁴⁾ Véase el razonamiento desarrollado en la citada Decisión de la Comisión, de 10 de julio de 2002, relativa a la ayuda estatal concedida por Finlandia en favor de compañías de seguros cautivas de la región de Åland (apartado 51).

⁽²⁵⁾ Véase la sentencia de 18 de noviembre de 1999 en el asunto C-107/98, Teckal Srl y Comune di Viano, Azienda Gas-Acqua Consorziale (AGAC) di Reggio Emilia.

⁽²⁶⁾ Asunto C-26/03, Stadt Halle y RPL Recyclingpark Lochau GmbH contra Arbeitsgemeinschaft Thermische Restabfall- und Energieverwertungsanlage TREA Leuna, Rec. 2005, p. I-1, apartado 48.

De conformidad con este razonamiento, el Órgano considera que la situación fáctica y jurídica de las compañías de seguros cautivas es muy diferente de la de autoridades públicas que prestan servicios de interés público. En efecto, las compañías de seguros cautivas prestan servicios comerciales a empresas privadas y no están en una situación comparable. Por tanto, cualquier ayuda concedida por el Estado a compañías cautivas en forma de exenciones fiscales debe examinarse en este contexto.

Las compañías cautivas prestan servicios que no prestan las compañías de seguros comerciales

La Comisión Europea ha finalizado recientemente una investigación del sector de seguros europeo. En su informe provisional ⁽²⁷⁾, la Comisión explicó que las compañías de seguros pueden clasificarse de distintas maneras, por ejemplo ⁽²⁸⁾:

- según se trate de sociedades anónimas o de mutualidades,
- según el ramo de seguro en que operan,
- según se trate de aseguradoras directas o de reaseguradoras,
- según sean independientes en relación con los asegurados o, por el contrario, estén estrechamente asociadas a un tomador o grupo de tomadores específico (como en el caso de las aseguradoras o reaseguradoras cautivas).

La competencia en el mercado de seguros está influenciada por la disponibilidad de alternativas a la suscripción de productos de seguros tradicionales ⁽²⁹⁾. El Órgano considera que existen tres opciones principales: el autoseguro, el seguro «cautivo» y productos alternativos de «transferencia de riesgos» ⁽³⁰⁾. En todos los casos, la principal razón de la utilización de una opción distinta al seguro tradicional es la posibilidad de reducir costes. Una compañía de seguros cautiva permite mantener en el grupo los rendimientos de las inversiones en primas, lo que permite una mayor flexibilidad por lo que se refiere al diseño de las primas. Si bien las compañías cautivas no son sustitutos perfectos del seguro tradicional, imponen algunas restricciones a la competencia en el mercado de seguros. Estas compañías son consideradas por tanto como una solución alternativa a los seguros de responsabilidad civil disponibles en el mercado. Según el informe de la Comisión, «los clientes comerciales importantes (y son cada vez más importantes, dado que muchos de ellos son el resultado de fusiones y adquisiciones) pueden ahora utilizar el argumento de su importancia para justificar el hecho de que contratan menos seguros en vez de contratar más. Tienen una mayor exposición al riesgo, toman franquicias de importe superior y prefieren recurrir cada vez más a las compañías

cautivas y a otras formas de sociedades, antes que a las compañías de seguros comerciales».

El informe de la Comisión indica que los principales objetivos que se buscan al crear una compañía cautiva son los siguientes:

- beneficiarse plenamente de las técnicas de control de riesgos de la sociedad matriz o del grupo, pagando primas fijadas sobre la base de su propia experiencia,
- evitar los gastos generales y costes administrativos aplicados por los aseguradores directos,
- mantener dentro del grupo la mayor parte posible de las primas y de los rendimientos de las inversiones en primas,
- obtener ventajas fiscales y aprovechar los menores costes debidos a la normativa (menos rigurosa) que regula las sociedades deslocalizadas,
- obtener un nivel global de primas de riesgo más bajo, tomando seguros «al por mayor» y a un coste inferior al cobrado por las aseguradoras convencionales o directas.

El Órgano manifiesta su desacuerdo con las alegaciones de algunas terceras partes, según las cuales los servicios prestados por compañías cautivas no sustituyen a los de las aseguradoras comerciales. Como se ha indicado anteriormente, el Órgano opina que el seguro «cautivo» es un servicio que puede sustituir al seguro comercial ⁽³¹⁾. Aunque es posible que algunos riesgos no puedan ser asegurados en el mercado (o, más probablemente, no al precio que el potencial tomador considera razonable), el Órgano rechaza la tesis según la cual las compañías de seguros cautivas prestan exclusivamente servicios de seguros que no prestan las aseguradoras comerciales. Considera, además que el hecho de que estos servicios se presten a tarifas prohibitivas por las aseguradoras comerciales no significa en modo alguno que las compañías de seguros cautivas no ejerzan actividades económicas que hacen competencia a estas aseguradoras. Para asegurar sus riesgos, las empresas pertenecientes a un grupo pueden decidir contratar seguros (obligatorios y voluntarios) con una aseguradora comercial, o bien crear una compañía de seguros cautiva. Si eligen la segunda opción, excluyen la competencia en el mercado de seguros por lo que se refiere a la cobertura de sus riesgos. Por tanto, la competencia con otros proveedores de seguros existe en el momento de la creación de la compañía cautiva, y en cada momento en que el cliente decide en qué medida desea que sus riesgos estén cubiertos por la cautiva o si procede contratar un seguro (o reaseguro) en el mercado libre.

⁽²⁷⁾ Investigación sobre el sector de los seguros destinados a empresas, realizada con arreglo al artículo 17 del Reglamento (CE) n.º 1/2003 — Informe intermedio de enero de 2007, disponible en la siguiente dirección: http://ec.europa.eu/competition/sectors/financial_services/inquiries/interim_report_24012007.pdf

⁽²⁸⁾ Véase el capítulo 5: Mercados de seguros: estructura básica, Informe de la Comisión, p. 32.

⁽²⁹⁾ Véase el capítulo 4.2.1: «Substitutes for insurance» [Soluciones de sustitución a los seguros] del informe de la *Financial Services Authority* (FSA).

⁽³⁰⁾ Véase, por ejemplo, el informe elaborado en diciembre de 2007 por CRA International para la *Financial Services Authority* (FSA) del Reino Unido.

⁽³¹⁾ Véase el informe de la FSA, p. 51.

El Órgano también observa que las compañías de seguros cautivas están sujetas actualmente al impuesto en Liechtenstein, al igual que las demás empresas, aunque se benefician de exenciones y de tipos diferentes.

El Órgano concluye por tanto que las actividades ejercidas por las compañías de seguros cautivas, en el marco de la prestación de servicios de seguros (o de reaseguros) a empresas asociadas, constituyen actividades económicas. Sobre esta base, las compañías cautivas son empresas según lo dispuesto en el artículo 61, apartado 1, del Acuerdo EEE.

1.2.2. Ventaja

La medida confiere una ventaja a las compañías de seguros cautivas incluidas en el ámbito del artículo 82.a) de la Ley fiscal de Liechtenstein, en la medida en que las exime de cargas (exención del pago del impuesto sobre la renta y pago reducido del impuesto sobre el capital) que deberían normalmente ser soportadas por su presupuesto.

El pago de impuestos es un coste de funcionamiento que se deriva del ejercicio de la actividad económica de una empresa y que esta debe normalmente asumir. Por regla general, una exención de impuesto o la aplicación de un tipo inferior al normal confiere una ventaja a las sociedades beneficiarias. Estas sociedades obtienen una ventaja ya que se reducen sus gastos de funcionamiento en comparación con otras sociedades que están en una posición de hecho y jurídica similar.

Una de las terceras partes alegó que las compañías cautivas cubren riesgos para los cuales no existe mercado y que los ingresos percibidos por estas actividades no deberían estar sujetos a impuesto. De nuevo, el Órgano desestima esta alegación: asegurar sus riesgos en una compañía independiente constituida en condiciones normales de mercado, que obtiene una remuneración por los servicios prestados, es una elección deliberada del grupo de empresas en cuestión. Las normas fiscales no se refieren a los riesgos asegurados, sino a los ingresos generados, independientemente de dónde procedan. La empresa recibe una ventaja en forma de exención o reducción del impuesto sobre las rentas y capitales que se derivan de esta fuente de actividad económica.

Al exonerar las acciones o partes del capital de las compañías de seguros cautivas del pago del impuesto sobre cupones, la legislación de Liechtenstein hace también más interesantes las inversiones en compañías de seguros cautivas que en otras empresas. Por tanto, las personas jurídicas que invierten en compañías de seguros cautivas se benefician de una ventaja⁽³²⁾. La exención confiere además una ventaja a las compañías de seguros cautivas en el sentido de que les permite acceder más fácilmente a capitales⁽³³⁾.

⁽³²⁾ Cuando los inversores son personas físicas, la concesión de una exención fiscal no constituye ayuda estatal según lo dispuesto en el artículo 61, apartado 1, del Acuerdo EEE.

⁽³³⁾ Decisión de la Comisión, de 21 de enero de 1998, relativa a las desgravaciones fiscales concedidas en virtud del párrafo 52.8, de la Ley alemana del impuesto sobre la renta (DO L 212 de 30.7.1998, p. 50). Asunto C-156/98, Alemania contra Comisión, Rec. 2000 p. I-6857, apartado 26.

1.2.3. Selectividad

Para que una medida constituya ayuda, debe ser selectiva en el sentido de favorecer «a determinadas empresas o producciones».

1.2.3.1 Apreciación de la selectividad material

Según el artículo 73 de la Ley fiscal, las personas jurídicas que realizan actividades comerciales en Liechtenstein (incluidas las empresas extranjeras que tienen una filial en Liechtenstein) están sujetas al impuesto sobre la renta y sobre el capital. Los ingresos anuales netos de las empresas establecidas en Liechtenstein están sujetos al impuesto de sociedades («Ertragssteuer») ⁽³⁴⁾ cuyo tipo varía entre el 7,5 % y el 15 % ⁽³⁵⁾. Al final del ejercicio financiero (generalmente el 31 de diciembre), las compañías establecidas en Liechtenstein pagan también un impuesto sobre el capital («Kapitalsteuer») del 0,2 %, que afecta al capital social suscrito, al capital nominal, al capital en acciones o al capital inicial, así como a las reservas de la sociedad que constituyen fondos propios ⁽³⁶⁾. Asimismo, se grava un impuesto sobre los cupones de los títulos (o documentos equivalentes a títulos) emitidos por una sociedad «nacional»; este impuesto, cuyo tipo se fija en el 4 %, se aplica al reparto de dividendos o a la participación en beneficios.

No obstante, con arreglo al artículo 82.a) de la Ley fiscal de Liechtenstein, las compañías de seguros cautivas («Eigenversicherung») pagan un impuesto sobre el capital del 0,1 % solamente, en vez del tipo del 0,2 % generalmente aplicable. Este tipo se reduce aún más para los capitales que exceden de 50 millones CHF y 100 millones CHF. Tal como confirmaron las autoridades de Liechtenstein, las compañías de seguros cautivas están exentas del impuesto sobre la renta en virtud de la disposición previamente mencionada. Por otra parte, el artículo 88.d).3 de la Ley fiscal prevé que se exonere a las compañías de seguros cautivas también del impuesto sobre cupones.

Al no estar sujetas ni al impuesto sobre la renta ni al impuesto sobre cupones y pagar solo un impuesto sobre el capital con un tipo reducido, las compañías de seguros cautivas se benefician de una ventaja selectiva con relación a otras empresas que están sujetas a la imposición ordinaria sobre los ingresos generados por sus actividades comerciales. De conformidad con la legislación de Liechtenstein y, en particular, el artículo 82.a), apartado 1, de la Ley fiscal, estas reducciones fiscales se aplican solamente a las compañías de seguros que operan exclusivamente en el ámbito de los seguros cautivos («Eigenversicherung»). Las otras compañías de seguros, así como todas las demás empresas activas en otros sectores de la economía están sujetas al régimen fiscal ordinario.

El Órgano también opina que las medidas fiscales contienen un elemento suplementario de selectividad, debido a que prevén reducciones fiscales superiores para las compañías de seguros cautivas cuyo capital excede de 50 millones CHF o de 100 millones CHF.

⁽³⁴⁾ Véase el artículo 77 de la Ley fiscal.

⁽³⁵⁾ El tipo del impuesto sobre la renta depende de la relación entre los ingresos netos y el capital imponible. Este tipo puede aumentarse en 1 a 5 puntos porcentuales como máximo, de modo que el impuesto sobre la renta no puede exceder del 20 %.

⁽³⁶⁾ Véase el artículo 76 de la Ley fiscal.

En el contexto de la apreciación de la selectividad, se hizo referencia a la Decisión de la Comisión Europea relativa a la ayuda estatal concedida por Finlandia en favor de compañías de seguros cautivas de la región de Åland⁽³⁷⁾. En esta Decisión, la Comisión consideró que la medida fiscal prevista para las compañías de seguros cautivas, es decir la aplicación de un tipo impositivo inferior al normalmente aplicado a las empresas, constituía una medida selectiva porque favorece exclusivamente a las compañías de seguros cautivas como principales beneficiarias de la desgravación fiscal. El Órgano comparte esta opinión y considera que este elemento es suficiente en sí para considerar que las medidas son selectivas⁽³⁸⁾. Refiriéndose a las conclusiones del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el asunto GIL Insurance⁽³⁹⁾, recuerda que «En efecto, el artículo 87 CE, apartado 1, requiere que se examine si, en el marco de un régimen jurídico concreto, una medida estatal puede favorecer a “determinadas empresas o producciones” en relación con otras empresas que se encuentren en una situación fáctica y jurídica comparable habida cuenta del objetivo perseguido por el referido régimen». El Órgano opina pues que las empresas que se encuentran, en este caso concreto, en una situación fáctica y jurídica comparable son las que están sujetas al pago (íntegro) de los impuestos sobre la renta, sobre el capital y sobre cupones en Liechtenstein. Concluye que, en comparación con estas empresas, las compañías de seguros cautivas establecidas en Liechtenstein se benefician de una ventaja selectiva. Contrariamente a numerosos asuntos recientes que se refieren a desgravaciones fiscales, los objetivos de la medida en cuestión quedan claros: mientras que los impuestos a los tipos normales generan ingresos para el Estado, las medidas de reducción y exención aplicables a las compañías de seguros cautivas se diseñaron (según admiten las propias autoridades de Liechtenstein) para atraer al Principado a un sector de servicios móvil (y sensible desde el punto de vista fiscal). Por su parte, las compañías de seguros cautivas se constituyen y se establecen en principio en un lugar distinto del resto de las empresas de su grupo (al menos en parte) con el fin de beneficiarse de una menor imposición sobre los beneficios generados por una modalidad de seguro propio formalizada.

El Órgano considera, por tanto, que nada permite concluir que las compañías de seguros cautivas se encuentran en una situación fáctica y jurídica diferente de la de otras empresas sujetas al régimen fiscal de Liechtenstein.

1.2.3.2 Evaluación de la selectividad en decisiones previas relativas a ayudas estatales por lo que respecta a medidas fiscales

Durante el procedimiento formal de investigación, algunas terceras partes afirmaron que las exenciones fiscales aplicadas en

⁽³⁷⁾ Decisión de la Comisión, de 10 de julio de 2002, relativa a la ayuda estatal concedida por Finlandia en favor de compañías de seguros cautivas de la región de Åland, citada *supra*.

⁽³⁸⁾ La Comisión destacó también que la medida impedía a las compañías de seguros que aseguran normalmente a empresas independientes (o a cualquier empresa) operar en el mismo mercado y en las mismas condiciones que las compañías de seguros cautivas. El Órgano también coincide con este enfoque.

⁽³⁹⁾ Asunto C-308/01, GIL Insurance y otros, Rec. 2004, p. I-4777, apartado 68. Véase también el asunto C-143/99, Adria-Wien Pipeline, Rec. 2001, p. I-8365, apartado 41, y el asunto C-409/00, España contra Comisión, Rec. 2003, p. I-1487, apartado 47.

Liechtenstein no son selectivas, dado que cualquier empresa que ejerza una actividad económica es libre para constituir una compañía cautiva. El Órgano considera que esto no es una consideración jurídica válida y, en cualquier caso, no está de acuerdo con los hechos alegados para fundar este argumento. El Órgano opina que, en este caso, deben cumplirse dos condiciones para que pueda constituirse una compañía de seguros cautiva. La primera es que solo pueden hacerlo las empresas que están en condiciones de absorber los costes fijos inherentes a la creación de una compañía de seguros cautiva. La segunda condición, y también la más importante, se deriva del hecho de que la constitución de una compañía de seguros cautiva es esencialmente un medio formal de autoasegurarse. El Órgano considera que solamente las empresas que disponen de recursos importantes (principalmente las grandes empresas) pueden cubrir los riesgos vinculados al autoseguro⁽⁴⁰⁾ y que los principios en vigor en el ámbito del seguro imponen tener un tamaño suficiente y actividades diversificadas para poder gestionar los riesgos sin tener que contratar un seguro con un tercero. En opinión del Órgano, esta doble necesidad (tamaño y diversidad) es evidente, habida cuenta del hecho de que la más pequeña de las empresas tiene el riesgo, en función de su actividad, de enfrentarse a importantes obligaciones financieras (por ejemplo, debido al deterioro de sus inmovilizados materiales tras un accidente o un incendio, o debido a daños causados por productos o servicios prestados de forma negligente) que no podrían cubrir. La Comisión consideró también (en la Decisión Åland) que las condiciones previstas para la aplicación de la medida (la capacidad para constituir una compañía cautiva) exigen implícitamente un determinado poder económico y, por tanto, solo pueden aplicarse a compañías que pertenecen a grupos de un tamaño suficientemente importante⁽⁴¹⁾.

Por tanto, el Órgano opina que la medida es accesible y aplicable solamente a las empresas que disponen de recursos suficientes para constituir una compañía de seguros cautiva. Observa que una restricción de esta naturaleza condujo al Tribunal de Primera Instancia a concluir que las exenciones fiscales en cuestión en el asunto Territorio Histórico de Álava⁽⁴²⁾ eran selectivas.

⁽⁴⁰⁾ El Órgano se refiere al informe del FSA que indica lo siguiente: «Las entrevistas con clientes pusieron claramente de manifiesto que solamente las grandes empresas recurren a compañías cautivas y a productos de transferencia alternativa de riesgo. El autoseguro es también una práctica más corriente entre las grandes empresas, aunque el 33 % de las compañías con una dimensión del orden de los 20 a 100 millones de libras esterlinas recurren al autoseguro para cubrir algunos riesgos. [...] La competencia en materia de intermediación en soluciones alternativas al seguro, como el autoseguro, las compañías de seguros cautivas y los productos alternativos de transferencia de riesgo, se limitan a las grandes empresas». Además, el Órgano considera significativo que, según el informe de la Comisión sobre el mercado de los seguros destinados a las empresas, en 2005 el número de compañías de seguros cautivas existentes en todo el mundo ascendía a 200. Este número es, evidentemente, muy escaso en relación al número total de empresas existentes a nivel mundial, y apoya la conclusión del Órgano de que la creación de una compañía de seguros cautiva no es una opción que esté al alcance de la mayoría de las empresas.

⁽⁴¹⁾ Véase el apartado 52 de la Decisión Åland. La Comisión consideró que la creación de una compañía cautiva implicaba que el grupo con el que se suscribirían las pólizas de seguros sería suficientemente grande para generar un volumen de negocios que le permitiera cubrir los costes fijos y obtener beneficios.

⁽⁴²⁾ Asuntos acumulados T-92/00 y T-103/00, Territorio Histórico de Álava y otros contra Comisión (Ramondín), Rec. 2002, p. II-1385, apartado 39.

Durante el procedimiento de investigación, se hizo referencia también a la Decisión de la Comisión Europea relativa al régimen fiscal de las sociedades de cartera irlandesas. En este asunto, la Comisión consideró que no procedía calificar como materialmente selectiva una exención del impuesto de las plusvalías obtenidas por la cesión de participaciones, por inversores poseedores de al menos un 5 % del capital en acciones ordinarias durante un período ininterrumpido de al menos 12 meses. A la luz del objetivo perseguido por la medida, la Comisión concluyó que un requisito de participación mínima del 5 % no favorecía a ninguna empresa que se encontrara en una situación fáctica y jurídica comparable, dado que dicha medida se aplicaba a las empresas independientemente de su tamaño o su estructura jurídica⁽⁴³⁾. Por otra parte, la medida fiscal que se aprecia en el marco de la presente Decisión se aplica solamente a empresas que revisten una forma jurídica particular y que ejercen una actividad económica particular, es decir, las compañías de seguros cautivas y en cualquier caso se trata de compañías que pueden estar constituidas solamente por entidades que disponen de recursos suficientes para fundar una compañía de este tipo y para autoasegurarse contra los riesgos empresariales.

En el procedimiento formal de investigación, también se hizo mención a la Decisión de la Comisión relativa a la reducción fiscal sobre activos inmateriales aplicada en España. En este asunto, la Comisión consideró que el tratamiento fiscal privilegiado de las rentas procedentes de activos inmateriales constituía una excepción a las normas ordinarias de fiscalidad de las sociedades. No obstante, la Comisión concluyó, por una parte, que la medida no era selectiva ya que podía aplicarse a toda compañía sujeta al impuesto de sociedades en España que genere activos inmateriales y, por otra parte, que cualquier empresa sujeta al impuesto (independientemente de su tamaño, su estructura jurídica o su sector de actividad) contemplada por la medida podía beneficiarse de la misma. Las autoridades españolas habían proporcionado a la Comisión estadísticas que ponían de manifiesto que todos los sectores de la economía, incluido el de los servicios, tenían activos inmateriales (y las actividades de I+D que los preceden). La Comisión consideró que la medida no reforzaba la posición de ninguna categoría particular de empresas con relación a otras empresas competidoras en el comercio comunitario⁽⁴⁴⁾ y que se aplicaba sin distinción a todos los agentes económicos⁽⁴⁵⁾. De nuevo, el Órgano considera que dicha decisión no es pertinente por lo que se refiere a la fiscalidad de las compañías de seguros cautivas en Liechtenstein.

Por último, se hizo referencia a la Decisión de la Comisión sobre el régimen *Groepsrentebox*, una medida introducida por los Países Bajos para reducir la diferencia de tratamiento fiscal entre dos instrumentos de financiación en el interior del grupo, a saber, la deuda y el capital propio. En virtud de esta medida, el saldo positivo entre los intereses percibidos y los intereses pa-

gados en el marco de las operaciones de financiación en el interior del grupo se impone en un *groepsrentebox* [categoría fiscal de los intereses del grupo], al tipo del 5 %, en vez del tipo normal del 25,5 % del impuesto de sociedades. La Comisión consideró que la ventaja conferida a una empresa que concede un préstamo a una empresa asociada no puede considerarse discriminatoria, dado que un préstamo a una empresa asociada no puede compararse con un préstamo a una empresa no asociada. La Comisión opinó que el requisito relativo al ejercicio de un control sobre otra empresa constituye un criterio horizontal aplicable a todas las empresas, independientemente de su tamaño, su sector de actividad o cualquier otra distinción. Un tipo de imposición diferente para la financiación mediante deuda entre empresas asociadas no hace sino reflejar las diferencias objetivas y no tiene ninguna incidencia en la neutralidad fiscal.

Si bien el Órgano reconoce que existen ciertas semejanzas entre los asuntos mencionados y las medidas fiscales objeto de examen, en particular por lo que se refiere a la naturaleza intragrupal de los regímenes aplicados en Irlanda y los Países Bajos, considera que el razonamiento de la Comisión no se aplica en este caso. En cada uno de los dos asuntos antes citados, una parte esencial del razonamiento de la Comisión se basaba en la idea que la medida que da lugar a la ventaja fiscal estaba abierta a todas las empresas. En este contexto, el Órgano considera significativo que el valor mínimo de los importes de las transacciones financieras (para la creación de una empresa en los Países Bajos, y el valor mínimo de la sociedad de cartera, en Irlanda) se haya suprimido. Por las razones expuestas, el Órgano opina que la creación de una compañía de seguros cautiva no está al alcance de todas las empresas (y concluye que, en cualquier caso, una exención fiscal reservada a una forma específica de sociedad es diferente de las circunstancias del presente caso).

1.2.4. Lógica del régimen fiscal

Una medida fiscal específica o selectiva puede sin embargo justificarse por la lógica general del régimen fiscal⁽⁴⁶⁾. Las medidas destinadas a exonerar parcial o íntegramente a sociedades activas en un sector particular de las cargas derivadas de la aplicación normal del régimen general pueden constituir una ayuda estatal, si esta exención no se justifica de ninguna manera por la naturaleza y la estructura general del régimen fiscal⁽⁴⁷⁾. Por tanto, es posible que las normas fiscales específicas que se aplican a las compañías de seguros cautivas no sean selectivas, si

⁽⁴³⁾ Tras las negociaciones con la Comisión, se decidió suprimir en el marco de las medidas el requisito del valor mínimo de 50 millones EUR.

⁽⁴⁴⁾ Asunto C-53/00, Ferring contra ACOSS, Rec. 2001, p. I-9067, apartado 21.

⁽⁴⁵⁾ Asunto C-156/98, Alemania contra Comisión, Rec. 2000, p. I-6857, apartado 22; en este asunto, el Tribunal de Justicia reconoció que la desgravación fiscal puede constituir una medida general si se aplica sin distinción a todos los agentes económicos. Véase también el asunto C-75/97, Bélgica contra Comisión, Rec. 1999, p. I-3671, apartado 28.

⁽⁴⁶⁾ Asunto E-6/98, Noruega contra Órgano de Vigilancia de la AELC, EFTA Court Report, 1999, p. 76, apartado 38; asuntos acumulados E-5/04, E-6/04 y E-7/04, Fesil y Finnjord, PIL y otros y Noruega contra Órgano de Vigilancia de la AELC, EFTA Court Report 2005, p. 117, apartados 84 y 85; asuntos acumulados T-127/99, T-129/99 y T-148/99, Territorio Histórico de Álava y otros contra Comisión, EFTA Court Report 2002, p. II-1275, apartado 163; asunto C-143/99, Adria-Wien Pipeline, Rec. 2001, p. I-8365, apartado 42; asunto T-308/00, Salzgitte contra Comisión, Rec. 2004, p. II-1933, apartado 42; asunto C-172/03, Wolfgang Heiser, Rec. 2005, p. I-1627, apartado 43.

⁽⁴⁷⁾ Asunto E-6/98, Noruega contra Órgano de Vigilancia de la AELC, antes citado, apartado 38; asuntos acumulados E-5/04, E-6/04 y E-7/04, Fesil y Finnjord, PIL y otros y Noruega contra Órgano de Vigilancia de la AELC, antes citados, apartados 76 a 89; asunto 173/73, Italia contra Comisión, Rec. 1974, p. 709, apartado 16.

se justifican por la naturaleza y la lógica general del régimen fiscal de Liechtenstein. El Órgano debe apreciar si la diferenciación entre empresas en materia de ventajas o cargas, introducida por la medida fiscal, deriva de la naturaleza o de la lógica del régimen general aplicable. Si esta diferenciación se basa en finalidades distintas de la perseguida por el régimen general, la medida se considera en principio selectiva.

Según una jurisprudencia reiterada, corresponde al Estado de la AELC que introdujo tal diferenciación entre empresas demostrar que se justifica efectivamente por la naturaleza y la lógica del régimen en cuestión ⁽⁴⁸⁾. El Órgano debe posteriormente examinar si las normas fiscales especiales aplicables a las compañías de seguros cautivas responden a los objetivos inherentes al régimen fiscal de Liechtenstein o persiguen otras finalidades.

Las autoridades de Liechtenstein declararon que las ventajas fiscales en cuestión se introdujeron con el fin de contribuir al establecimiento y desarrollo de un nuevo ámbito de actividad económica en Liechtenstein, el sector de las compañías de seguros cautivas. En opinión del Órgano, se trata claramente de un objetivo económico y político no inherente a un impuesto sobre la renta, que no corresponde por tanto a la lógica de un régimen fiscal ⁽⁴⁹⁾.

En el sentido de las declaraciones de algunas terceras partes, las autoridades de Liechtenstein hicieron valer, por otra parte, que el tratamiento fiscal diferenciado que se aplica a las compañías cautivas en comparación con otras compañías de seguros es admitido por la legislación del EEE en el marco del Derecho derivado relativo a las compañías de seguros y, más concretamente, por la Directiva «Reaseguros» (2005/68/CE) y por la nueva Directiva «Solvencia II» 2009/138/CE del Parlamento Europeo y del Consejo ⁽⁵⁰⁾. Dichas autoridades alegan que estas dos últimas directivas establecen una distinción entre las compañías de seguros cautivas y las compañías de seguros tradicionales o comerciales, precisando que esta distinción es coherente con el tratamiento fiscal diferenciado previsto por la legislación de Liechtenstein.

El Órgano reconoce que la distinción entre compañías cautivas y otras compañías de seguros puede basarse en motivos válidos, por lo que respecta a los requisitos reglamentarios del mercado interior que garantizan la retención, por ejemplo, de un determinado porcentaje del capital. No obstante, no entiende de qué manera estos requisitos podrían justificar una fiscalidad distinta de las plusvalías y rentas generadas por la actividad económica consistente en prestar servicios de seguros. En opinión del Órgano, estas consideraciones, por válidas que sean, no se refieren

⁽⁴⁸⁾ Asunto E-6/98, Noruega contra Órgano de Vigilancia de la AELC, antes citado, apartado 67; asunto C159/01, Países Bajos contra Comisión, Rec. 2004, p. I-4461, apartado 43.

⁽⁴⁹⁾ Véase la argumentación similar expuesta en la Decisión de la Comisión, de 17 de febrero de 2003, relativa al régimen de ayudas ejecutado por los Países Bajos en favor de las actividades de financiación internacional, apartado 95.

⁽⁵⁰⁾ DO L 335 de 17.12.2009, p. 1.

a la lógica del régimen de fiscalidad sobre la renta y sobre el capital, y no pueden considerarse como una justificación de las medidas de exención fiscal total o parcial aplicables solamente a las compañías de seguros cautivas. La lógica de la fiscalidad sobre la renta y sobre el capital consiste en recaudar a partir de los capitales y las rentas generados por una actividad económica. La cuestión si esta actividad está sujeta a requisitos reglamentarios más o menos estrictos no es pertinente en este contexto.

Por los motivos anteriormente mencionados, el Órgano considera que las exenciones fiscales en favor de las compañías de seguros cautivas en Liechtenstein no se justifican por la naturaleza y por la lógica general del régimen fiscal de Liechtenstein.

1.3. Distorsión de la competencia y repercusiones sobre los intercambios entre las Partes contratantes

Para estar contemplada por el artículo 61, apartado 1, del Acuerdo EEE, la medida debe falsear o amenazar con falsear la competencia y afectar a los intercambios entre las Partes contratantes.

Se considera que una medida falsea la competencia si el beneficiario de la ayuda está en competencia con otras empresas en mercados abiertos a la competencia, y la medida en cuestión afecta a los intercambios intracomunitarios, reforzando la posición de una empresa con relación a otras empresas competidoras en los intercambios intracomunitarios ⁽⁵¹⁾. Como se ha indicado anteriormente, el Órgano opina que las compañías de seguros cautivas ejercen una actividad económica que consiste en ofrecer servicios de seguros como solución alternativa al seguro comercial. El mercado de seguros está abierto a la competencia, y por tanto cualquier ventaja concedida a las compañías de seguros cautivas tiene como efecto falsear la competencia. Esta ventaja constituye una medida destinada a incitar a algunos grupos de empresas a establecer sus propias compañías de seguros, con el fin de cubrir riesgos que de otra manera se asegurarían en el mercado libre.

Dado que los servicios de seguros prestados por las compañías en cuestión son objeto de intercambios entre las Partes Contratantes, se considera que el comercio en el EEE está asimismo afectado ⁽⁵²⁾. Además, los intercambios se consideran afectados dado que la medida también podría beneficiar a los grupos a los que pertenecen las compañías cautivas, y que pueden ejercer actividades en mercados abiertos a la competencia transfronteriza.

⁽⁵¹⁾ Asunto T-214/95, Het Vlaamse Gewest contra Comisión, Rec. 1998, p. II-717; asunto 730/79, Philip Morris contra Comisión, Rec. 1980, p. 2671, apartado 11.

⁽⁵²⁾ Decisión de la Comisión, de 10 de julio de 2002, relativa a la ayuda estatal concedida por Finlandia en favor de compañías de seguros cautivas de la región de Åland, citada *supra*.

1.4. Conclusión

El Órgano concluye que las normas fiscales especiales aplicables a las compañías de seguros cautivas establecidas en Liechtenstein constituyen ayuda estatal según lo dispuesto en el artículo 61, apartado 1, del Acuerdo EEE.

2. REQUISITOS DE PROCEDIMIENTO

De conformidad con el artículo 1, apartado 3, de la parte I del Protocolo 3³, «el Órgano de Vigilancia será informado de los proyectos dirigidos a conceder o modificar ayudas con la suficiente antelación para poder presentar sus observaciones... El Estado interesado no podrá ejecutar las medidas proyectadas antes de que en dicho procedimiento haya recaído decisión definitiva.».

Las normas especiales acerca de los impuestos sobre el capital, la renta y cupones que se aplican a las compañías de seguros cautivas se integraron en la Ley fiscal en diciembre de 1997, es decir, después de la entrada en vigor del Acuerdo EEE. Las autoridades de Liechtenstein no notificaron al Órgano esta modificación de la Ley fiscal.

Las autoridades de Liechtenstein y algunas terceras partes alegaron que el régimen fiscal de Liechtenstein en favor de las compañías de seguros cautivas constituye una ayuda existente. Afirman que las medidas fiscales solo se convirtieron en ayuda a raíz de la evolución de la legislación del EEE, dado que en la fecha en que entraron en vigor, es decir, el 1 de enero de 1998⁽⁵³⁾, ninguna disposición ni precedente indicaba la existencia de relación alguna entre la concesión de una ayuda estatal y las medidas fiscales⁽⁵⁴⁾. El artículo 1.b).v), de la parte II del Protocolo 3 del Acuerdo de Vigilancia y Jurisdicción dispone que una ayuda se considera existente si puede establecerse que no constituía ayuda en el momento de su entrada en vigor, sino que se convirtió en ayuda más tarde debido a la evolución del EEE, y si el Estado de la AELC no modificó posteriormente la medida.

El Órgano opina, sin embargo, que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea estableció claramente, a partir de los años 70, que las exenciones fiscales del tipo de las que son objeto de la presente evaluación podían constituir ayudas estatales. En 1974⁽⁵⁵⁾, el Tribunal consideró que cualquier medida destinada a eximir a empresas de un sector particular de las cargas pecuniarias que se derivan de la aplicación normal de un régimen fiscal (sin que esta exención se justifique por la naturaleza o la lógica de este régimen) constituye ayuda estatal. En 1987⁽⁵⁶⁾, el Tribunal declaró explícitamente que una pérdida de ingresos fiscales equivale al consumo de recursos estatales en forma de gastos fiscales.

⁽⁵³⁾ Las medidas en cuestión se promulgaron el 18 de diciembre de 1997.

⁽⁵⁴⁾ Las autoridades de Liechtenstein y algunas terceras partes alegaron que la Comisión había declarado, de hecho, que medidas comparables vinculadas a la fiscalidad en el interior del grupo (véase a continuación) no constituían ayudas estatales.

⁽⁵⁵⁾ Asunto 173/73, Italia contra Comisión, Rec. 1974, p. 709.

⁽⁵⁶⁾ Asunto 248/84, Alemania contra Comisión, Rec. 1987, p. 4013.

Este enfoque se refleja también en distintas decisiones dictadas por el Órgano antes de la aplicación de la Ley fiscal de Liechtenstein, en las que el Órgano estableció que las exenciones fiscales concedidas a empresas por Finlandia en 1994⁽⁵⁷⁾ y por Noruega en 1995⁽⁵⁸⁾ y 1997⁽⁵⁹⁾, constituían ayudas estatales (incompatibles). Además, después de un extenso debate sobre la necesidad de una acción coordinada a nivel europeo para luchar contra la competencia fiscal perjudicial, el Consejo ECOFIN adoptó, el 1 de diciembre de 1997, una serie de conclusiones y manifestó su acuerdo sobre una Resolución relativa a un Código de Conducta sobre la fiscalidad de las empresas⁽⁶⁰⁾. En el marco del acuerdo adoptado, la Comisión decidió contribuir al objetivo de la lucha contra la competencia fiscal perjudicial, a través de la publicación de una Comunicación⁽⁶¹⁾ relativa a la aplicación de las normas sobre ayudas estatales a las medidas relacionadas con la fiscalidad directa de las empresas. En esta Comunicación, de diciembre de 1998, la Comisión se comprometió a «velar escrupulosamente por que se apliquen con todo rigor las normas relativas a las citadas ayudas». La Comunicación disponía que «con arreglo a una práctica y a una jurisprudencia perfectamente asentadas⁽⁶²⁾, se consideran constitutivas de ayuda las medidas fiscales que tengan principalmente por efecto favorecer a uno o varios sectores de actividad⁽⁶³⁾». La Comisión se comprometía, por tanto, a aplicar de manera más rigurosa las normas ya existentes⁽⁶⁴⁾.

El Órgano rechaza la tesis según la cual los argumentos alegados por las autoridades de Liechtenstein y las terceras partes demostrarían que los criterios aplicados por la Comisión (o el Órgano) en su apreciación de las medidas fiscales, con el fin de establecer su carácter selectivo, cambiaron desde la adopción de las medidas fiscales en cuestión. La Comunicación de la Comisión sobre la fiscalidad de las empresas y las correspondientes Directrices del Órgano se basan en una jurisprudencia bien establecida del Tribunal de Justicia y del Tribunal de Primera Instancia, y confirman que los artículos 107 y 108 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) y el artículo 61, apartado 1, del Acuerdo EEE se aplican (respectivamente) a las medidas fiscales. De acuerdo con la jurisprudencia, ni siquiera suponiendo que pudiera establecerse que la práctica decisoria sufrió un cambio, podría aceptarse el argumento de que las medidas fiscales en cuestión son ayuda existente, ya que no se demuestra que el cambio de criterios aplicados por la Comisión o por el Órgano para determinar la selectividad se deban a la «evolución del Espacio Económico Europeo», según lo dispuesto en el artículo 1.b).v), de la parte II del Protocolo 3⁽⁶⁵⁾.

⁽⁵⁷⁾ La Decisión del Órgano nº 213/94/COL de 1 de diciembre de 1994 dio lugar a la supresión de las reducciones fiscales sobre la producción industrial en Finlandia.

⁽⁵⁸⁾ Decisión del Órgano nº 106/95/COL, de 31 de octubre de 1995, relativa a una exención del impuesto básico para los envases de vidrio sobre envases no reutilizables.

⁽⁵⁹⁾ Decisión del Órgano nº 145/97/COL, de 14 de mayo de 1997, relativa a las ayudas estatales concedidas en forma de fiscalidad de la seguridad social diferenciadas por región.

⁽⁶⁰⁾ DO C 2 de 6.1.1998, p. 1.

⁽⁶¹⁾ La Comunicación de la Comisión se adoptó en noviembre de 1988 (DO C 384 de 10.12.1998, p. 3). En junio de 1999, se incorporó una comunicación similar, como capítulo 17B, a las Directrices del Órgano.

⁽⁶²⁾ Véase, entre otros, el asunto C-387/92, Banco Exterior de España SA contra Ayuntamiento de Valencia, Rec. 1994, p. I-877.

⁽⁶³⁾ Apartado 18 de la Comunicación.

⁽⁶⁴⁾ Véase la Sección J del Código de Conducta.

⁽⁶⁵⁾ Asuntos acumulados T-346/99, T-347/99 y T-348/99, Territorio Histórico de Álava y otros contra Comisión, Rec. 2002, p. II-4259, apartado 84.

Por consiguiente, el Órgano considera que las medidas no pueden definirse como ayuda existente aplicada antes de una evolución del Acuerdo EEE. Por tanto, la medida en cuestión constituye una ayuda nueva no notificada al Órgano y, en consecuencia, las autoridades de Liechtenstein no cumplieron las obligaciones que les incumben con arreglo al artículo 1, apartado 3, de la parte I del Protocolo 3.

3. COMPATIBILIDAD DE LA AYUDA

Las medidas de apoyo consideradas ayuda estatal según lo dispuesto en el artículo 61, apartado 1, del Acuerdo EEE son generalmente incompatibles con el funcionamiento del Acuerdo EEE, a menos que se aplique una de las excepciones contempladas en el artículo 61, apartado 2, o 61, apartado 3, del Acuerdo EEE.

La excepción prevista en el artículo 61, apartado 2, no se aplica a la ayuda en cuestión, ya que esta última no persigue ninguna de las finalidades enumeradas en dicha disposición. Tampoco se aplica el artículo 61, apartado 3, letras a) y b), del Acuerdo EEE.

La ayuda en cuestión no está vinculada a ninguna inversión en capital de producción. Tiene por objeto reducir las cargas financieras que las empresas deberían normalmente soportar en el ejercicio de sus actividades diarias y debe, por tanto, calificarse de ayuda de explotación. Una ayuda de explotación, en principio, no se considera adecuada para facilitar el desarrollo de determinadas actividades económicas o de determinadas regiones, tal como prevé el artículo 61, artículo 3, letra c), del Acuerdo EEE. La ayuda de explotación solo se autoriza en circunstancias especiales (por ejemplo, para algunos tipos de ayuda medioambiental o regional), cuando las Directrices del Órgano prevén tal excepción. Ninguna de estas Directrices se aplica a la ayuda en cuestión.

Por tanto, el Órgano concluye que las normas fiscales especiales aplicadas por Liechtenstein en favor de las compañías de seguros cautivas no son compatibles con el Acuerdo EEE.

4. CONFIANZA LEGÍTIMA Y SEGURIDAD JURÍDICA

Los principios jurídicos fundamentales de la confianza legítima y la seguridad jurídica pueden ser alegados por los beneficiarios de una ayuda para oponerse a una orden de recuperación de una ayuda concedida ilegalmente. No obstante, estos principios solo se aplican en circunstancias excepcionales y la empresa beneficiaria de una ayuda solo podría tener, en principio, una confianza legítima en la legitimidad de la ayuda si esta se concedió de conformidad con el procedimiento de notificación al Órgano [o a la Comisión Europea, según el caso ⁽⁶⁶⁾]. El Tribunal de Justicia recientemente reafirmó este principio en estos términos: «En una situación como la del asunto principal, tampoco cabe admitir la existencia de una circunstancia excepcional a la luz del principio de seguridad jurídica, dado que el Tribunal de Justicia ya ha afirmado, en esencia, que, hasta que la Comisión no adopte una decisión de aprobación, [...], el beneficiario

no tiene certeza alguna acerca de la legalidad de la ayuda, de modo que no pueden invocarse ni el principio de protección de la confianza legítima ni el de la seguridad jurídica» ⁽⁶⁷⁾.

En principio, la jurisprudencia del Tribunal ha establecido que la confianza legítima en la legalidad de una ayuda solo puede alegarse si esta se concedió en cumplimiento del procedimiento previsto por el artículo 1, apartado 3, de la parte I del Protocolo 3 ⁽⁶⁸⁾. El Tribunal señaló, a este respecto, que un operador económico diligente debe normalmente estar en condiciones de determinar si se ha seguido este procedimiento ⁽⁶⁹⁾.

A pesar de esto, el Tribunal también ha admitido que, en circunstancias excepcionales, el beneficiario de una ayuda concedida ilegalmente porque no se ha notificado, puede alegar su confianza legítima en el carácter legal de esta ayuda, para oponerse a su reembolso ⁽⁷⁰⁾. El Tribunal ha considerado que una entidad puede basarse en el principio de protección de la confianza legítima cuando una autoridad comunitaria le haya hecho albergar esperanzas fundadas ⁽⁷¹⁾. En el contexto que nos ocupa, este enfoque implica que un Estado o el beneficiario de la ayuda tienen que haber basado su confianza en actos previos del Órgano relativos, por ejemplo, a la aprobación de una medida de ayuda idéntica o similar. Ahora bien, el Órgano no ha adoptado ningún acto en este sentido; por el contrario [como se ha mencionado anteriormente ⁽⁷²⁾], las decisiones del Órgano rechazando las medidas de ayuda fiscal en Finlandia y Noruega poco tiempo antes de la aplicación de la Ley fiscal de Liechtenstein habrían debido dejar claro que las medidas fiscales que favorecen a determinadas empresas o grupos de empresas deben notificarse al Órgano ⁽⁷³⁾.

⁽⁶⁷⁾ Asunto C-1-09, Centre d'Exportation du Livre Français (CELF), Ministre de la Culture et de la Communication contra Société Internationale de Diffusion et d'Édition, sentencia de 11.3.2010 (aún no publicada). Véase también el asunto C-91/01, Italia contra Comisión, Rec. 2004, p. I-4355, apartados 66 y 67.

⁽⁶⁸⁾ Asunto C-5/89, Comisión contra Alemania, Rec. 1990, p. I-3437, apartado 14, y Regione Autonoma della Sardegna contra Comisión, Rec. 2005, p. II-2123, apartado 64.

⁽⁶⁹⁾ Asunto C-5/89, Comisión contra Alemania, Rec. 1990, p. I-3437, apartado 14; asunto C-169/95, España contra Comisión, Rec. 1997, p. II-135, apartado 51.

⁽⁷⁰⁾ Asuntos acumulados C-183/02 P y C-187/02 P, Demesa y Territorio Histórico de Álava contra Comisión, Rec. 2004, p. I-10609, apartado 51.

⁽⁷¹⁾ Asunto T-290/97, Mehibas Dordstelaan contra Comisión, Rec. 2000, p. II-15; asuntos acumulados C-182/03 y C-217/03, Bélgica y Forum 187 ASBL contra Comisión, Rec. 2006, p. I-05479, apartado 147.

⁽⁷²⁾ Véase las notas 54 y 55 a pie de página, relativas a Decisiones del Órgano sobre reducciones fiscales sobre la producción industrial, una exención del impuesto básico para los envases de vidrio y ayudas estatales concedidas en forma de fiscalidad de la seguridad social diferenciadas por región.

⁽⁷³⁾ Según el informe al Parlamento de Liechtenstein relativo al Acuerdo EEE (Bericht und Antrag der Regierung an den Landtag des Fürstentums Liechtenstein betreffend das Abkommen über den Europäischen Wirtschaftsraum vom 2. Mai 1992), las autoridades de Liechtenstein reconocen que, en principio, las reducciones fiscales constituyen, según lo dispuesto en el artículo 61, apartado 1, del Acuerdo EEE, una ayuda estatal, y que en determinadas circunstancias puede ser necesario notificar las medidas fiscales adoptadas en Liechtenstein (p. 134). Véanse también las explicaciones aportadas en el informe presentado al Parlamento de Liechtenstein relativo a la participación de este Estado en el Espacio Económico Europeo (Bericht und Antrag der Regierung an den Landtag des Fürstentums Liechtenstein betreffend die Teilnahme am Europäischen Wirtschaftsraum (EWR) 2. Teil, Nr. 1995/1), p. 168.

⁽⁶⁶⁾ Asunto C-5/89, Comisión contra Alemania, Rec. 1990, p. I-3437, apartado 14; asunto C-169/95, Comisión contra España, Rec. 1997, p. I-135, apartado 51; asunto C-24/95, Land Rheinland-Pfalz contra Alcan Deutschland GmbH, Rec. 1997, p. I-1591, apartado 25.

Las medidas fiscales fueron introducidas por las autoridades de Liechtenstein en un momento en el que la aplicación de las normas relativas a las ayudas estatales concedidas en forma de exenciones fiscales era objeto de importantes evoluciones. Los debates sobre la competencia en Europa en el ámbito de la fiscalidad de las empresas estaban en curso desde hacía algún tiempo cuando, en 1996, se constituyó un grupo para elaborar un código de conducta entre los Estados miembros de la Comunidad Europea destinado a luchar contra la competencia fiscal perjudicial. Como ya se ha mencionado, el Código de Conducta se adoptó a finales de 1997⁽⁷⁴⁾ (previamente a la introducción de las medidas fiscales especiales), a lo que siguió la Comunicación de la Comisión y las Directrices del Órgano sobre la aplicación de las normas relativas a las ayudas estatales a las medidas sobre fiscalidad directa de las empresas. Tanto la Comunicación como las Directrices contienen referencias específicas a la fiscalidad de las actividades en el interior del grupo. Estos hechos también sugieren que las medidas fiscales especiales en favor de las compañías de seguros cautivas habrían debido notificarse al Órgano.

Sin embargo, las autoridades de Liechtenstein y algunas terceras partes hicieron referencia a las conclusiones de la Comisión en asuntos relativos a los centros de coordinación establecidos en Bélgica. En dos decisiones adoptadas, respectivamente, en 1984⁽⁷⁵⁾ y en 1987, la Comisión consideró que un régimen fiscal en favor de centros de coordinación que prestaban servicios en el interior del grupo a multinacionales no constituía una ayuda estatal. Además, la Comisión mencionó, en respuesta a una pregunta parlamentaria publicada en 1991, que no había planteado ninguna objeción contra el régimen en cuestión. No obstante, como ya se ha indicado, tras la aprobación del Código de Conducta sobre la fiscalidad de las empresas (adoptado el 1 de diciembre de 1997), la Comisión comenzó a revisar su apreciación con respecto a los asuntos previamente mencionados⁽⁷⁶⁾. El 17 de julio de 2000, la Comisión comunicó a Bélgica que el régimen constituía probablemente una ayuda; el 11 de julio de 2001, propuso medidas adecuadas para eliminar los efectos del régimen, y el 27 de febrero de 2002, incoó un procedimiento formal de investigación, concluyendo, el 17 de febrero de 2003, que el régimen fiscal aplicado en favor de los centros de coordinación constituía una ayuda compatible con el mercado común⁽⁷⁷⁾.

⁽⁷⁴⁾ El Código de Conducta, adoptado el 1 de diciembre de 1997, se describió como un «acuerdo decisivo» en la lucha contra la competencia fiscal desleal. Los Estados miembros de la Unión Europea manifestaron su acuerdo para congelar las medidas fiscales en favor de las empresas a principios de 1998 y para consultar a la Comisión antes de aplicar toda nueva legislación relativa a la fiscalidad de las empresas.

⁽⁷⁵⁾ El XIV Informe sobre la política de competencia hace referencia a la Decisión de 1984, aunque esta no se haya publicado.

⁽⁷⁶⁾ El Código de Conducta dispone (en la sección J) que «la Comisión tiene intención de examinar o reexaminar cada uno de los regímenes fiscales vigentes y los nuevos proyectos legislativos de los Estados miembros, para garantizar la coherencia e igualdad de trato en la aplicación de las normas y la persecución de los objetivos del Tratado» (DO C 2 de 6.1.1998).

⁽⁷⁷⁾ DO L 282 de 30.10.2003, p. 25. Ese mismo día, la Comisión llegó a la misma conclusión en su Decisión relativa al régimen de ayudas ejecutado por los Países Bajos en favor de las actividades de financiación internacional [Decisión C(2003) 568, DO L 180 de 18.7.2003, p. 52].

El Órgano admite que las decisiones de la Comisión relativas a los centros de coordinación en Bélgica, y una serie de otros regímenes similares aplicados en Estados miembros de la Unión Europea, hayan podido generar una cierta confusión por lo que se refiere a la fiscalidad de las empresas y, más concretamente, de las actividades en el interior del grupo. El Órgano reconoce, además, que existen semejanzas entre el asunto de los centros de coordinación belgas y el de la fiscalidad de las compañías de seguros cautivas. Puede ser, por tanto, que las compañías de seguros cautivas establecidas en Liechtenstein hayan tenido motivos para pensar que la fiscalidad del servicio en el interior del grupo que prestaban (seguros) podía ser diferente, sin que ello constituya no obstante una ayuda estatal.

Por otra parte, el Órgano opina que en el contexto más amplio del EEE, es posible que los beneficiarios de medidas de ayuda en los Estados del EEE hayan basado su confianza en acciones previas de la Comisión Europea o en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia. El Órgano es asimismo consciente del enfoque adoptado por la Comisión Europea desde el año 2000 respecto de la cuestión de la confianza legítima, cuando rechaza algunos regímenes fiscales similares⁽⁷⁸⁾. Habida cuenta de la práctica decisoria de la Comisión, y con el fin de garantizar un enfoque uniforme de este principio en el conjunto del EEE, el Órgano concluye que los beneficiarios pueden haber tenido una confianza legítima en el hecho de que las medidas fiscales no constituían una ayuda estatal en el momento de su introducción.

No obstante, esta confianza no podía continuar indefinidamente, a la luz de las evoluciones observadas durante este período en la apreciación de las ayudas estatales concedidas en forma de medidas fiscales. El 11 de julio de 2001⁽⁷⁹⁾, la Comisión incoó el procedimiento formal de investigación respecto de la ayuda estatal concedida por Finlandia en favor de compañías de seguros cautivas en la región de Åland, comunicando sus dudas en cuanto a la compatibilidad de las medidas con las normas relativas a las ayudas estatales. Este procedimiento dio lugar a la notificación de la medida por las autoridades finlandesas el 15 de julio de 1998, o sea, siete meses después de la aplicación de las medidas en Liechtenstein. Las autoridades finlandesas suspendieron la introducción de las medidas fiscales a la espera de la decisión de la Comisión, que se emitió el 10 de julio de 2002 y concluyó que las exenciones fiscales en favor de las compañías de seguros cautivas constituían una ayuda estatal incompatible con el mercado común. Las medidas fiscales aplicadas por Liechtenstein son esencialmente idénticas a las propuestas para las compañías de seguros cautivas en la región de Åland, por lo que el Órgano considera que todos los

⁽⁷⁸⁾ Véase no solo la Decisión acerca de los centros de coordinación en Bélgica (DO L 282 de 30.10.2003, p. 25), sino también otros asuntos relativos a un tratamiento fiscal preferencial que se consideraron similares, entre los que figuran, en particular, la Decisión C(2002) 3740 de la Comisión relativa al régimen de ayudas estatales —Centros de coordinación— ejecutado por Luxemburgo (DO L 170 de 9.7.2003, p. 20) y la Decisión C(2003) 568 relativa al régimen de ayudas ejecutado por los Países Bajos en favor de las actividades de financiación internacional (DO L 180 de 18.7.2003, p. 52).

⁽⁷⁹⁾ DO C 309 de 6.11.2001, p. 4.

beneficiarios⁽⁸⁰⁾ habrían debido tener conocimiento de que era probable que las medidas constituyesen ayuda estatal incompatible, en la fecha de publicación de la decisión de la Comisión de incoar un procedimiento formal de investigación respecto de las medidas fiscales similares introducidas en Åland el 6 de noviembre de 2001 a más tardar. Las dudas manifiestas expresadas por la Comisión en cuanto a la compatibilidad de las exenciones fiscales específicas establecidas por Liechtenstein en favor de las compañías de seguros cautivas, suprimieron cualquier confianza legítima que podrían haber alimentado las compañías de seguros cautivas beneficiarias de estas exenciones.

El Órgano opina, por tanto, que los beneficiarios pueden haber alimentado una confianza legítima en el hecho de que las exenciones fiscales aplicables a las compañías de seguros cautivas establecidas en Liechtenstein no constituían una ayuda estatal desde la fecha de su introducción el 1 de enero de 1998 hasta la fecha de publicación en el *Diario Oficial* de la Decisión de la Comisión de incoar el procedimiento formal de investigación respecto del régimen fiscal en favor de las compañías cautivas en la región de Åland (6 de noviembre de 2001), pero no más allá de esta fecha.

Por último, el Órgano considera que ninguno de los argumentos relativos a la seguridad jurídica puede considerarse fundado en este caso concreto, habida cuenta de la jurisprudencia del Tribunal y del extenso ámbito de aplicación del artículo 61 del Acuerdo EEE y del artículo 107 del TFUE. La conclusión de que las medidas fiscales objeto del procedimiento formal de investigación podían constituir una ayuda estatal era claramente previsible en todo momento.

5. CONCLUSIÓN

El Órgano considera que las medidas fiscales especiales aplicables a las compañías de seguros cautivas con arreglo al artículo 82.a) y al artículo 88.d).3 de la Ley fiscal de Liechtenstein que entró en vigor el 18 de diciembre de 1998 constituyen ayuda según lo dispuesto en el artículo 61, apartado 1, del Acuerdo EEE. Por los motivos mencionados, estas medidas no pueden considerarse compatibles con las disposiciones del Acuerdo EEE en materia de ayudas estatales.

El Órgano considera, además, que las medidas de ayuda en cuestión infringen el artículo 1, apartado 3, de la parte I del Protocolo 3 y constituyen, por tanto, ayuda ilegal.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 14 del Protocolo 3, en caso de que se adopten decisiones negativas acerca de una ayuda ilegal, el Órgano decidirá que el Estado de la AELC en cuestión adopte las medidas necesarias para recuperar la ayuda de los beneficiarios. El Órgano no exigirá la recuperación de la ayuda si ello fuera contrario a un principio general del Derecho del EEE. Habida cuenta de la inseguridad relativa a la apreciación de las medidas fiscales en el interior del grupo como ayuda estatal, el Órgano reconoce que las empresas pueden haber alimentado una confianza legítima respecto de la posibilidad de que las medidas fiscales introducidas en Liechtenstein no constituyesen ayuda estatal. Sin embargo, dichas expectativas

no podían mantenerse después de la decisión de la Comisión de incoar el procedimiento formal de investigación respecto de las medidas fiscales establecidas en la región de Åland en favor de las compañías de seguros cautivas. Por este motivo, el Órgano pide la recuperación de la ayuda solamente a partir del 6 de noviembre de 2001, fecha de publicación de dicha Decisión de la Comisión en el *Diario Oficial de la Unión Europea*.

El importe de la ayuda que debe recuperarse se calculará evaluando los importes de los impuestos sobre la renta, el capital y cupones de las compañías de seguros cautivas en caso de que no se les hubieran aplicado normas específicas, de los que se deducirán los importes del impuesto sobre el capital ya pagados por los beneficiarios.

HA ADOPTADO LA PRESENTE DECISIÓN:

Artículo 1

Las medidas de ayuda aplicadas por las autoridades de Liechtenstein en favor de las compañías de seguros en virtud del artículo 82.a) y del artículo 88.d).3 de la Ley fiscal de Liechtenstein, que entró en vigor el 18 de diciembre de 1998, constituyen ayuda estatal ilegal según lo dispuesto en el artículo 61, apartado 1, del Acuerdo EEE y, por consiguiente, son incompatibles con el funcionamiento del Acuerdo EEE.

Artículo 2

1. Liechtenstein derogará las medidas contempladas en el artículo 1, de modo que no se apliquen a partir del ejercicio fiscal 2010 (inclusive).
2. Las autoridades de Liechtenstein informarán al Órgano de las fases legislativas que se seguirán para suprimir la medida el 30 de junio de 2010 a más tardar.

Artículo 3

1. Las autoridades de Liechtenstein adoptarán todas las medidas necesarias para recuperar de los beneficiarios la ayuda contemplada en el artículo 1 puesta ilegalmente a disposición de estos últimos, desde el 6 de noviembre de 2001 hasta el 31 de diciembre de 2009.
2. El importe de la ayuda que debe recuperarse se calculará evaluando los importes de los impuestos sobre la renta, el capital y cupones de las compañías de seguros cautivas en caso de que no se les hubieran aplicado normas específicas, de los que se deducirán los importes del impuesto sobre el capital ya pagados por los beneficiarios.
3. Las cantidades que deben recuperarse incluyen los intereses devengados entre la fecha en que se aplicaron las deducciones fiscales a las empresas en cuestión y la fecha de su recuperación efectiva.
4. Los intereses se calcularán sobre una base compuesta, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 9 de la Decisión nº 195/04/COL del Órgano de Vigilancia de la AELC, modificada por la Decisión nº 789/08/COL del Órgano, de 17 de diciembre de 2008, relativa a las medidas de ejecución contempladas en el artículo 27 de la parte II del Protocolo 3.

⁽⁸⁰⁾ E, indudablemente, las autoridades de Liechtenstein.

Artículo 4

La recuperación de la ayuda contemplada en el artículo 1 se realizará sin demora y, en cualquier caso, el 30 de septiembre de 2010 a más tardar, de acuerdo con los procedimientos del Derecho nacional, siempre que estos últimos permitan la ejecución inmediata y efectiva de la presente Decisión.

Artículo 5

El destinatario de la presente Decisión será el Principado de Liechtenstein.

Artículo 6

El texto en lengua inglesa es el único auténtico.

Hecho en Bruselas, el 24 de marzo de 2010.

Por el Órgano de Vigilancia de la AELC

Per SANDERUD
Presidente

Kurt JAEGER
Miembro del Colegio
