

EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD Y LA FISCALIDAD DE LAS REGIONES ULTRAPERIFÉRICAS¹

ÁNGEL FORNIELES GIL

Doctor Europeo en Derecho

Trabajo galardonado con un accésit en la octava edición de los premios "Hacienda canaria", en la modalidad de artículos doctrinales, año 2007

SUMARIO

- I. Planteamiento.
- II. Las regiones ultraperiféricas.
 - 1. El concepto de región ultraperiférica
 - 2. Características del concepto de región ultraperiférica
 - 3. La justificación del sistema diferenciado
 - 3.1. Los costes de ultraperiferia
 - 3.2. La necesidad de desarrollo
- III. La fiscalidad como un instrumento de desarrollo ultraperiférico.
 - 1. La función extrafiscal del sistema tributario
 - 2. La fiscalidad como vía de compensación de costes de producción
 - 3. La fiscalidad como instrumento del desarrollo económico
 - 4. Recapitulación
- IV. El principio de proporcionalidad en la configuración de la fiscalidad de las regiones ultraperiféricas.
 - 1. Ultraperiferia y Mercado Único.
 - 2. El principio de proporcionalidad en el ámbito comunitario
 - 2.1. El principio de proporcionalidad como principio general asentado en la tradición jurídica occidental
 - 2.2. El principio de proporcionalidad en el ordenamiento comunitario
 - 2.3. La proporcionalidad de las medidas fiscales ultraperiféricas
- V. Conclusión.

¹ El presente trabajo es parte de la tesis doctoral presentada en marzo de 2007 en la Universidad de Bolonia por el autor, bajo tutela del prof. Adriano di Pietro, y que lleva por título "*La fiscalità delle regione ultraperiferiche*", obteniendo la calificación de *Excelente cum laude*.

I. PLANTEAMIENTO

Las regiones ultraperiféricas presentan un régimen especial en el ordenamiento comunitario en atención a ciertas características. Esta realidad muestra el objetivo comunitario de desarrollo de las citadas regiones. En efecto, desde su incorporación a las Comunidades Europeas, su desarrollo ha dejado de ser preocupación exclusiva de los Estados, pues Europa asume el compromiso de colaborar en el desarrollo.

Sin embargo, las instituciones comunitarias se han mostrado siempre recelosas de cualquier medida que excepcione o introduzca especialidades en el ordenamiento comunitario. Esto es normal, ya que son las garantías de su funcionamiento frente a las tentaciones de los Estados de introducir perturbaciones que favorezcan los intereses nacionales. Sin embargo, cuando se examina con detalle el régimen ultraperiférico, da la impresión de que el mismo es fruto de la negociación entre unos Estado proponentes que buscan el desarrollo regional y unas instituciones comunitarias a las que sólo interesa la coherencia del ordenamiento comunitario. Parece como si las medidas de ultraperiferia fuesen concesiones graciosas de las instituciones comunitarias, echándose en falta una mayor implicación de estas en la configuración de las citadas medidas.

Quizá una de las razones de esto es la falta de configuración jurídica del régimen ultraperiférico, escasamente atendido por la doctrina. Este trabajo pretende ayudar en la superación de esta situación con un estudio, centrado en lo fiscal pero en gran medida

ampliable a otros ámbitos, que intenta analizar jurídicamente la congruencia del régimen a través de un principio entendido como básico, el principio de proporcionalidad.

El desarrollo del trabajo implicaba hablar, en primer lugar, de las regiones ultraperiféricas y de las especialidades que motivan su peculiar régimen. En segundo lugar, se han hecho breves referencias a las posibilidades del sistema fiscal en el desarrollo ultraperiférico. Con todo ello como base, finalmente, se ha entrado en el estudio del principio de proporcionalidad.

II. LAS REGIONES ULTRAPERIFÉRICAS

1. El concepto de región ultraperiférica

Las regiones ultraperiféricas (en adelante, RUP) conforman una categoría regional en la Unión Europea, caracterizada por la aplicación de un régimen jurídico especial. Se hace necesario comenzar este trabajo mediante la definición del concepto "región ultraperiférica", como primera guía para entender la importancia del principio de proporcionalidad en el ámbito de estudio.

Desde el punto de vista semántico, la primera idea que aparece es la de toda región que se encuentra más allá de la periferia, esto es, de los extremos del territorio que es definido; en este caso, Europa. Por tanto, en un contexto europeo, más específicamente, de Unión Europea, región ultraperiférica será aquella que, geográficamente, se sitúa más allá de la periferia del territorio comunitario continental, esto es, alejada de las costas europeas mediterránea y atlántica.

Esta definición sería completa si existiese plena coincidencia entre la consideración como región ultraperiférica y el cumplimiento de las características de la definición. Y en efecto, todas las RUP cumplen la condición de la definición anterior. Sin embargo, un análisis mínimo de la realidad demuestra que no tienen consideración ultraperiférica todas las regiones que se encuentran más allá de la periferia geográfica.

Algunas regiones que forman parte del territorio de Estados miembros cumplen la condición de la situación geográfica ultraperiférica, pero no han sido incluidas en el listado de regiones que ostentan tal calificativo a nivel comunitario.

¿Qué son, pues, las regiones ultraperiféricas? Literalmente, esta expresión no se encuentra reflejada en el Tratado de la Comunidad Europea, ni el Tratado de la

Unión Europea ni en el Tratado por el que se establece una Constitución para Europa. No obstante, la expresión "regiones ultraperiféricas" es usada comúnmente, tanto en la normativa de desarrollo de los Tratados Comunitarios como en documentos administrativos, para definir el conjunto de las regiones que, en virtud del art. 299.2² TCE, presentan un régimen jurídico específico dentro del ordenamiento comunitario³.

Con palabras de MAURICIO SUBIRANA, se afirma que «el artículo 299.2 no es ni una simple declaración ni un régimen de excepción generalizado, sino un medio para la creación de un régimen específico que tenga en cuenta todas las limitaciones a que se ven sometidas estas regiones por su situación ultraperiférica, sin menoscabo para la coherencia del derecho comunitario y del mercado interior»⁴.

² El art. 299.2 TCE dispone:

“Las disposiciones del presente Tratado se aplicarán a los departamentos franceses de ultramar, las Azores, Madeira y las islas Canarias.

No obstante, teniendo en cuenta la situación estructural social y económica de los departamentos franceses de ultramar, las Azores, Madeira y las islas Canarias, caracterizada por su gran lejanía, insularidad, reducida superficie, relieve y clima adversos y dependencia económica de un reducido número de productos, factores cuya persistencia y combinación perjudican gravemente a su desarrollo, el Consejo, por mayoría cualificada, a propuesta de la Comisión y previa consulta al Parlamento Europeo, adoptará las medidas específicas orientadas, en particular, a fijar las condiciones para la aplicación del presente Tratado en dichas regiones, incluidas las políticas comunes.

El Consejo, al adoptar las medidas pertinentes contempladas en el párrafo segundo, tendrá en cuenta ámbitos tales como las políticas aduanera y comercial, la política fiscal, las zonas francas, las políticas agrícola y pesquera, las condiciones de abastecimiento de materias primas y de bienes de consumo esenciales, las ayudas públicas y las condiciones de acceso a los fondos estructurales y a los programas horizontales comunitarios.

El Consejo adoptará las medidas contempladas en el segundo párrafo teniendo en cuenta las características y exigencias especiales de las regiones ultraperiféricas, sin poner en peligro la integridad y coherencia del ordenamiento jurídico comunitario, incluido el mercado interior y las políticas comunes”.

³ Pese a que su origen no es claro, Guillaumin señala la utilización del término “ultraperiférico” por primera vez en octubre de 1987 por Mota Amaral, entonces presidente de la Conferencia y de las Azores, en la asamblea general de la CRPM (Conferencia de las Regiones Periféricas y Marítimas) en La Reunión. P. Guillaumin, «El concepto de ultraperiferia», en *Seminario sobre los Indicadores de Ultraperiféricidad*, Las Palmas de Gran Canaria, 16 y 17 de enero de 2004. Así también, C. González Laínez, *Las regiones ultraperiféricas de la UE: evolución de las mismas como consecuencia de las políticas específicas aplicadas. Canarias como ejemplo*, Instituto de Estudios Europeos San Pablo-CEU, Madrid, 2005.

⁴ S. Mauricio Subirana, «La Zona Especial Canaria en el marco de la Unión Europea. Una particular referencia al régimen especial de Irlanda», en *Noticias de la Unión Europea*, nº 203, diciembre de 2001, pág. 94.

El artículo 299.2 TCE es, pues, la referencia normativa del régimen jurídico de las regiones ultraperiféricas. Pero, pese a desempeñar ese papel, no utiliza esta terminología ni justifica el porqué de la inclusión de ciertas regiones en su ámbito, con la correspondiente exclusión de otras regiones similares. Se limita a citar las regiones que delimitan el ámbito territorial de su régimen especial y a definir una serie de características comunes a todas ellas, además de recoger el procedimiento para el desarrollo de este régimen.

Pese a que así es entendido en la mayoría de estudios doctrinales y textos normativos atinentes, estas características no pueden considerarse fundamento único de la inclusión de ciertas regiones en ese régimen, ya que otras regiones, con esas características, no han sido incluidas.

A nuestro juicio, la atribución del carácter de ultraperifericidad, desde el punto de vista del Derecho Comunitario, debe entenderse como una opción político-jurídica⁵. Esto es, el listado del art. 299.2 TCE se compone de una serie de regiones incluidas allí por una deci-

sión política común de las Comunidades Europeas y del Estado al que pertenecen dichas regiones. Es cierto que hay circunstancias comunes a todas ellas, pero esas circunstancias no son exclusivas de las llamadas regiones ultraperiféricas⁶: existen regiones que comparten esas circunstancias comunes y que no se consideran ultraperiféricas a los efectos de ese régimen, bien por haberse integrado sin especialidades⁷ en el territorio comunitario, bien por haber quedado fuera de la aplicación del Derecho Comunitario⁸. En el primer caso, se trataría de una exclusión de regiones integradas en el territorio comunitario, mientras que en el segundo caso se trataría de una exclusión jurídica del ordenamiento comunitario⁹.

Si las circunstancias del art. 299.2 TCE no son definitorias, cabe preguntarse cuál es su función. En primer lugar, ha de tenerse en cuenta que cierto peso definitorio sí tienen, ya que, aunque la integración depende en última instancia de la voluntad de cada Estado en sus negociaciones de adhesión con la Unión Europea, las regiones que se adscriben al régimen de ultraperiferia deben presentar esas características comunes. En segundo lugar,

⁵ En este sentido, G. Ciavarinni Azzi, «El modelo de integración específico de las Regiones ultraperiféricas de la Comunidad Europea», en *Canarias en la Comunidad Europea*, Fundación Pedro García Cabrera, Santa Cruz de Tenerife, 1994, pág. 46.

⁶ De hecho, el “Informe de la Comisión sobre las medidas destinadas a aplicar el apartado 2 del artículo 299 las regiones ultraperiféricas de la Unión Europea”, doc. final COM (2000) 147, de 13 de marzo de 2000, dice que “la Unión Europea abarca siete regiones ultraperiféricas” y posteriormente habla de la “situación de estas regiones ultraperiféricas”. El uso del determinante demostrativo hace pensar que el legislador comunitario es consciente de la existencia de otras regiones semánticamente ultraperiféricas.

⁷ O con especialidades, pero no reconducidas a la vía del art. 299.2 TCE.

⁸ Afirma González Ortiz, Viceconsejero de Economía y Asuntos Económicos con la Unión Europea, que “aunque algunas de estas características se pueden encontrar en otras regiones europeas, es la acumulación y combinación de todas ellas lo que identifica el carácter ultraperiférico”. *Vid.* J. González Ortiz, «Presentación», en *Seminario sobre los Indicadores de Ultraperifericidad*, Las Palmas de Gran Canaria, 16 y 17 de enero de 2004. No compartimos del todo esa idea, ya que existen regiones excluidas de este régimen que, sin embargo, presentan todas las características.

⁹ Debo esta conceptualización al prof. Hinojosa Torralvo, a quien agradezco su interés en el trabajo y sus precisas anotaciones, punto de partida de muchas de las reflexiones aquí presentes.

dichas circunstancias serán el fundamento de las medidas que se adopten al amparo del art. 299.2 TCE, de forma que determinan los criterios jurídicos que servirán para enjuiciar la adecuación de cualquier medida al régimen ultraperiférico; dicho de otra manera: son el fundamento de las medidas especiales que se adopten¹⁰. Así, en la normativa que desarrolle este régimen, se habrán de tener siempre en cuenta tales características.

Defendemos, pues, aquí, un concepto jurídico-político de región ultraperiférica. El que una región sea denominada como tal depende de una primera opción política en el marco de la adhesión de un Estado a las Comunidades Europeas¹¹ o en un momento posterior. Así, el Estado podría decidir, conjuntamente con las instancias comunitarias, si incorpora todo su territorio al llamado "territorio comunitario"¹² o excluye a algunas regiones por sus especiales características.

Un camino intermedio es el que ofrecen las "regiones ultraperiféricas": se desea su integración en el ordenamiento comunitario, pero se quieren respetar sus especialidades históricas, económicas y sociales por razón de su alejamiento del continente europeo. Esta

opción política no es absolutamente discrecional, pues debe tratarse de una región ultraperiférica en el sentido semántico del término, como previamente ha sido caracterizada¹³.

La elección de la opción vendrá determinada, por lo general, por las circunstancias constitucionales de cada región con el Estado al que pertenece, lo que puede provocar que un cambio de régimen constitucional pueda tener repercusiones en el ámbito comunitario¹⁴.

No obstante, hay que tener en cuenta que cuando las actuales RUP se adhirieron a las Comunidades Europeas, no se había consolidado aún el concepto de "región ultraperiférica". Las actuales regiones ultraperiféricas se adhirieron con regímenes específicos, que convergieron en un *status* similar. Lo dicho anteriormente tiene una connotación hacia el futuro, en el caso de que se amplíe este grupo de regiones. Esto es, a partir de ahora, en las ampliaciones de la Unión se puede considerar la oportunidad de incluir a una región en el artículo 299.2. Lo mismo puede ocurrir con regiones no integradas en el territorio comunitario, pese a pertenecer a Estados miembros, si desean cambiar su

¹⁰ El art. 299.1 TCE lo deja claro al señalar que las medidas especiales se tomarán "en atención a la especial estructura económica y social" de estas regiones y que "el Consejo adoptará las medidas contempladas en el segundo párrafo teniendo en cuenta las características y exigencias especiales de las regiones ultraperiféricas".

¹¹ Sabemos el momento de cambio que se experimenta en la Unión Europea. No obstante, mantendremos en el presente trabajo las referencias correctas actuales, esto es Comunidades Europeas como referencia al pilar comunitario, Unión Europea como proceso aglutinador de los tres pilares y Comunidad Europea como principal comunidad a la que todas o la gran mayoría de acciones fiscales europeas deben su existencia.

¹² Esto es, el territorio donde se aplican los Tratados constitutivos y todo el Derecho Comunitario.

¹³ Parecen mostrarse partidarios de su definición a partir de una opción política Sobrino Heredia y Sobrido Prieto, cuando presentan a las regiones ultraperiféricas como "unas regiones francesas (Martinica, Guadalupe, Guayana, Reunión), españolas (Canarias) y portuguesas (Azores y Madeira) que aunque en el conjunto de la Unión no tienen una gran dimensión, ni económica (su PIB es el 59% del comunitario) ni demográfica (1% del total) ni territorial (3% del total), sin embargo, sus particulares condiciones las han hecho merecedoras, dentro del territorio de la UE, de una consideración especial". J. M. Sobrino Heredia y M. Sobrido Prieto, «Las regiones ultraperiféricas», en *Revista de Hacienda Canaria*, nº 5, octubre 2003, pág. 6.

¹⁴ *Vid.* M. A. Asín Cabrera, «La Constitución Europea y el estatuto jurídico de las regiones ultraperiféricas», en *Revista de Hacienda Canaria*, nº12, págs. 20 y 21.

régimen de relación con las Comunidades Europeas.

En atención a ese componente político de la definición, debemos afirmar que el listado del art. 299.2 TCE es un listado de *numerus clausus*, ya que los territorios no incluidos allí son territorios expresa y voluntariamente alejados de su régimen. Para incluir, en el futuro, otras regiones, se requerirá la modificación del artículo citado.

A partir de la situación creada, el Grupo Interservicios¹⁵ buscó la definición de este grupo peculiar en el principio de realidad, atendiendo a dos circunstancias concomitantes: su situación geográfica y su situación política. Si bien, su situación geográfica definía las características de falta de desarrollo económico, su integración en la Comunidad Europea marcaba la responsabilidad de ésta hacia aquellas regiones¹⁶.

Dicho esto, aunque no sea el objetivo primordial de nuestro trabajo, podemos definir las regiones ultraperiféricas como "Conjunto de regiones que, formando parte del territorio comunitario, se encuentran fuera del continente europeo y admiten excepciones a la aplicación del ordenamiento comunitario en base a su situación geográfica y especiales condiciones referidas en el art. 299.2 TCE".

No se olvide que aquí se defiende un concepto actual de ultraperiferia. Existen propuestas para establecer un concepto de ultraperiferia que se abstraiga del modelo comunitario¹⁷. Este concepto se caracterizaría por 3 notas: a) integración en un doble espacio geoeconómico diferenciado, b) aislamiento relativo (dificultad de acceso, insularidad sin proximidad de grandes núcleos de población) y tamaño reducido (no economías de escala) y c) aspectos geomórficos limitativos. Sin embargo, nuestro objetivo nos limita a tratar de estas regiones según el modelo comunitario. Además, como quiera que son las únicas regiones que actualmente reciben esa denominación, el término comunitario sería pleonástico.

2. Características del concepto de región ultraperiférica

El Parlamento Europeo ha delimitado -que no definido- el concepto de ultraperiferidad relacionando características y aplicación especial de políticas y remarcando con el adjetivo "ciertas" el carácter extrajurídico de su determinación¹⁸.

Aunque la definición ha sido establecida en torno al listado del artículo 299.2 TCE, procede examinar aquí las características propias de la ultraperiferia señaladas por dicho artículo, por la importancia que cobran para el régimen jurídico de las RUP.

¹⁵ Grupo interservicios "DOM, PTOM, Canarias, Azores, Madeira, Ceuta y Melilla". Se trata de un comité creado por la Comisión para el estudio de los asuntos relativos a los referidos territorios.

¹⁶ Vid. P. Guillaumin, «El concepto de ultraperiferia», en *Seminario de indicadores...*, cit.

¹⁷ C. González Laínez, *Las regiones ultraperiféricas de la UE...*, cit., págs. 12 y 13, y P. Guillaumin, «El concepto de ultraperiferia», en *Seminario de indicadores...*, cit.

¹⁸ Considerando C de la Resolución sobre los problemas de desarrollo de las regiones ultraperiféricas de la Unión Europea, DO C150, de 19 de mayo de 1997, pág. 62: "El concepto de ultraperiferia hace referencia tanto al reconocimiento de las especificidades estructurales de ciertas regiones de la Unión como a las respuestas que tales especificidades deben encontrar en las políticas comunitarias para permitir una adecuada integración en igualdad de condiciones de tales regiones en el espacio europeo, en el pleno respeto de sus características propias"

En efecto, estas características adquieren una doble función: de un lado, establecen unas líneas de comprensión del concepto de ultraperiferia, en cuanto se convierten en requisitos para la condición de una región como ultraperiférica; de otro lado, suponen la justificación del régimen jurídico concedido a las RUP. En este apartado, se analizarán sólo en cuanto se refieren al concepto de ultraperiferia.

Las características señaladas por el art. 299.2 TCE impiden que se realice, en plenas garantías de igualdad, con respecto a estas regiones, el Mercado Interior, tal y como el mismo artículo proclama. Si bien las Comunidades Europeas desean establecer un régimen de mercado en plena libertad dentro del territorio comunitario, no ignoran que las especiales situaciones de ciertos territorios provocan dificultades para que algunas zonas puedan concurrir libremente, en un

ámbito de libre competencia, sin perjuicio para sus economías.

Esta percepción aparece en otros puntos de la actuación comunitaria. Así, por ejemplo, es el motivo de las políticas de desarrollo regional y de cohesión, fundamentadas en una concepción de igualdad en el origen, persiguiendo una realidad que permita que sea sólo la calidad del producto o servicio ofrecido la que regule la competitividad¹⁹, aspecto en el que subyace una idea de solidaridad.

Así también, esta percepción motiva que las regiones ultraperiféricas puedan requerir de una aplicación especial del Derecho Comunitario, de modo que se exceptúe o pondere la aplicación de las normas comunitarias. El fundamento de tal excepción será esa serie de características más o menos comunes que impiden que se realice, en plenas garantías de igualdad, el Mercado Interior²⁰.

¹⁹ Ese sentido se haya también en las políticas nacionales con respecto a las regiones. Así, Luchaire considera que el carácter social de la República francesa justifica medidas específicas para los departamentos de ultramar, a fin de que sus habitantes puedan aproximarse al nivel de vida disfrutado por los habitantes de la metrópoli, permitiendo la ruptura de la igualdad formal en la persecución de la igualdad material. F. Luchaire, *Le statut constitutionnel de la France d'outre-mer*, ed. Económica, París, 1.992, págs. 36 y 37.

²⁰ Un resumen del conjunto de estas situaciones puede verse en el "Informe de la Comisión sobre las medidas destinadas a aplicar el apartado 2 del artículo 299 las regiones ultraperiféricas de la Unión Europea", doc. Final COM (2000) 147, en el que se afirma:

«La situación de estas regiones ultraperiféricas dentro de la Unión Europea es única y compleja. Por un lado, su contexto natural está marcado por la insularidad (seis de ellas son islas y guayana está enclavada en la selva amazónica), el clima tropical y el relieve, que es con frecuencia accidentado y volcánico; por otro, se encuentran muy alejadas del continente europeo, al tiempo que, la mayor parte de ellas, están cerca de terceros países generalmente menos desarrollados. Su densidad demográfica es, excepto en un caso, bastante elevada, superior a 210 habitantes por km² en las Islas Canarias y 320 en Madeira, y entre 240 y 360 en los DU excepto guayana que, por el contrario, solamente cuenta con menos de 2 habitantes por km².

Su peso demográfico, económico y territorial es reducido en relación con el del conjunto de la Unión: poseen una población de 3,7 millones de habitantes, es decir, exactamente el 1% de la población de la Unión Europea, y menos del 0,5% de su superficie si se excluye guayana, o más de 3% si se incluye ésta. A nivel socioeconómico, se caracterizan por un PIB que alcanza por término medio el 59% del PIB comunitario (cerca del 75% en las Islas Canarias, pero entre el 40 y el 55% solamente en los otros territorios) y una tasa de desempleo muy elevada en la mayor parte de ellos, en particular, entre los jóvenes.

La lejanía de estas regiones así como su dispersión interna, como en el caso de las Azores, constituyen un freno muy claro a su desarrollo, en la medida en que su reducido tamaño no permite rentabilizar las grandes inversiones ni realizar economías de escala. Sus «importaciones», incluidas las procedentes de los territorios metropolitanos respectivos que constituyen la parte fundamental, por ejemplo un 80% en el caso de los DU, son varias veces superiores a sus envíos al exterior. En resumen, seis de estas regiones, con excepción de las Canarias, se sitúan entre las siete regiones más pobres de la Unión Europea en términos de PIB por habitante. Cinco de ellas poseen las tasas de desempleo más elevadas, por término medio el doble del nivel de la Unión, o incluso el triple si se excluyen Madeira y las Azores, en donde esta tasa se sitúa en torno a la mitad de la media comunitaria».

Los datos ofrecidos en el análisis de las características de la ultraperiferia tienen su fuente, en el caso francés, en la página oficial de la Francia de ultramar: www.outre-mer.gouv.fr; y, para todos los casos, de la página www.regionesultra-perifericas.org. Otra página de referencia es: <http://srea.ine.pt> (Servicio regional de estadística de las Azores).

Tales características son:

- Insularidad

Todas las regiones ultraperiféricas son islas o archipiélagos, a excepción de Guayana. No obstante, a efectos del Mercado Interior, su situación es similar a la de una isla, ya que limita con el mar y con el continente americano, no con el continente europeo. JANUS habla de insularidad en sentido figurado, al estar separada del continente americano por un bosque²¹. La jurisprudencia del TJCE ha establecido que, aunque debe respetarse la realidad en los conceptos geográficos, aquellas zonas continentales que se encuentran en otros continentes y, por tanto, separadas por mar del territorio europeo, deben considerarse islas a efectos del ordenamiento comunitario²². Por tanto, la circunstancia "insularidad" resulta también aplicable a Guayana, cuando se consideren medidas que atiendan a tal circunstancia.

En aquellas regiones que son archipiélagas, hay que tener en cuenta el concepto de "doble insularidad", ya que no sólo se encuen-

tran separadas por mar del continente europeo, sino también entre los territorios que forman la región, aumentando los inconvenientes de la situación de insularidad.

- Lejanía de la metrópoli

Es la circunstancia más cercana al concepto semántico de ultraperiferia. Todas las regiones del art. 299.2 TCE se encuentran a una notable distancia del Estado al que pertenecen, lo que dificulta los intercambios comerciales entre ellas²³. Además, esta lejanía se combina con la cercanía a otras regiones o continentes, menos desarrollados que el europeo y que se convierten en su mercado natural. Esto, a su vez, supone una de las mayores ventajas de la ultraperiferia, despertando un alto interés comunitario, en la medida en que pueden suponer una barbacana hacia las regiones y continentes vecinos.

- Reducida superficie

Guadalupe es un archipiélago de 1702 km², Martinica alcanza los 1.080 km² y La Reunión se extiende por 2510 km²; Azores es un archipiélago con una extensión de 2.355

²¹ M. Janus, *Les Départements d'outre-mer et de la CEE*, Paris, 1995, pág. 14; citado por Sobrino Heredia y Sobrido Prieto, «Las regiones ultraperiféricas», *cit.*, pág. 6.

²² En la sentencia del TJCE de 21 de diciembre de 2004, se discute el tratamiento como isla del Peloponeso (Grecia) a efectos del Reglamento (CEE) n° 3577/92, del Consejo, de 7 de diciembre de 1992, por el que se aplica el principio de libre prestación de servicios a los transportes marítimos dentro de los Estados miembros (cabotaje marítimo) (DO L 364, p. 7). Grecia arguye que Ceuta y Melilla, geográficamente continentales, se consideran islas para el Reglamento. El Tribunal señala que esa consideración es restrictiva a las ciudades señaladas en el propio Reglamento y que tiene sentido su consideración como islas, ya que «si bien es cierto que con respecto al continente africano los puertos de las referidas ciudades son continentales, no es menos cierto que, con respecto al continente europeo y, en particular, a la península ibérica, tales puertos pueden asimilarse a los puertos insulares debido a la falta de conexiones terrestres con España». El mismo razonamiento es aplicable a Guayana, por su relación con Francia. Se dan los dos elementos que parece señalar el tribunal: reconocimiento geográfico y razonabilidad fundamentada en la extracontinentalidad. A nuestro juicio, aunque es claro que el primero de los requisitos baste, el segundo de los requisitos por sí sólo debería bastar también, en atención a una interpretación teleológica de los preceptos, que equipararía "insularidad" con "imposibilidad de comunicación terrestre". Puede verse un comentario al respecto en D. N. Triantafyllou, «La géographie et la Cour de Justice. La contribution du juge à l'usage de termes géographiques (îles, etc.)», *Revue du Marché Commun et de L'Union Européene*, n° 490, juillet-août, 2005, págs. 451 y ss.

²³ Azores se encuentra a 1.500 Kms de Lisboa y Madeira a 1040kms, en el Atlántico; las islas Canarias están a 1200 km de España y a 2000 Kms de Madrid, Guadalupe se encuentra a 6700 kms de Francia continental; Guayana se encuentra a 7500 km de París, Martinica se encuentra a 6.830 kms de París y Reunión se encuentra a 9370 kms. de París. Fuente: Eurostat.

km², mientras que Madeira tiene una superficie de 795 km²; y Canarias tiene una extensión de 7.447 km². La característica insularidad motiva, en general, esta limitación geográfica. Guayana tiene una extensión de 86.504 km². Precisamente es la menos limitada en este sentido, no siendo una isla. De hecho, es el departamento más extenso de Francia.

- Relieve y clima adversos

En todos los casos, se trata de un clima tropical (ecuatorial, en el caso de Guayana), caracterizado por altas temperaturas y lluvias abundantes, lo que motiva una dedicación agrícola especializada en un reducido número de productos. Hay que destacar que el archipiélago canario presenta un clima mucho más suave que el resto.

- Dependencia económica de un reducido número de productos

Por su situación geográfica y climática, dependen de la especialización en ciertos cultivos de tipo tropical, por lo general, exclusivos o, al menos, especialmente característicos de esas regiones, entre los que destacan la piña, el tabaco y el plátano.

Aunque la gran mayoría de los estudios sobre ultraperiferia no lo han destacado, hay circunstancias que no se dan en todas las regiones. Es discutible en primer lugar la "insularidad" de Guayana, aunque la jurisprudencia da argumentos para sortear tal dificultad. Sin embargo, parece más difícil de asu-

mir su "reducida dimensión". Desde la posición que venimos adoptando, el peso político definitivo permite entender que la decisión política sea más poderosa que la ausencia de una característica geográfica para considerar a una región como ultraperiférica. En consecuencia, esa característica no servirá como fundamento del régimen especial aplicado a la región.

En el tenor literal del art. 299.2 TCE se observa que hay dos notas predicables de todas las anteriores características y que se unen a ellas para justificar el régimen: su persistencia y combinación (interacción). En efecto, son notas que, por depender principalmente²⁴ de causas geográficas, han producido históricamente un desarrollo menor que el de la metrópoli.

Sobre la persistencia, debemos comentar que afecta al régimen fiscal de estas regiones. El régimen se orienta a eliminar los efectos de esas características o, al menos, suavizar o compensar los efectos que provocan. En la medida en que estas características y sus efectos tengan un carácter perenne, el régimen deberá mantener una duración indefinida, a lo que se han opuesto sistemáticamente las instituciones comunitarias.

Además, hay que examinar si las causas geográficas que entorpecen el desarrollo de estas regiones pueden ser sorteadas a través de las nuevas tecnologías que permiten al ser humano afrontar cada vez mejor los *handicaps* presentados por el medio que le rodea.

²⁴ Ya que se trata, en todo caso, como se ve fácilmente por encontrarse más allá de la periferia, de antiguas colonias, con independencia de que se puedan considerar ya plenamente integradas en el Estado al que pertenecen.

Sobre la combinación, es claro que la interacción de estos factores en una misma región provoca mayores problemas que la suma de estos problemas de forma aislada.

En opinión de SOBRINO HEREDIA y SOBRIDO PRIETO²⁵, las circunstancias descritas no suponen por sí solas la configuración del régimen especial, sino que necesitan de otra circunstancia objetiva definitoria: la ultraperifericidad. Esta característica puede ser positiva en ciertos aspectos, pero hoy en día son más significativas sus circunstancias negativas. Esta posición doctrinal redundante en la consideración de la posición geográfica de las regiones, de manera que se considera insuficiente el contexto creado por las características sí mencionadas en el art. 299.2 TCE.

En consonancia con ello, resulta criticable que no se haya incluido en el articulado una característica que, aunque se puede encontrar vinculada con las características reseñadas, tiene una importancia y una autonomía suficiente para su inclusión y es clave en la definición ultraperiférica: nos referimos a su mercado natural.

En efecto, una característica que se da en todas ellas es que su mercado natural de referencia no es el comunitario. Mientras su mercado natural se encuentra en otros continentes, su vinculación política con el continente europeo crea la necesidad de relaciones comerciales con el mismo. Constituye Europa lo que podría denominarse su mercado político. Esta situación puede suponer una oportu-

nidad para las relaciones entre la Unión Europea y Estados de otros continentes, pero a su vez crea problemas de desubicación.

El art. 299.2 TCE se refiere a una situación socio-económica estructural peculiar, cuya causa está en las circunstancias señaladas. Esta situación es la que provoca el régimen diferenciado, pero no puede ser comprendida sin las circunstancias que la motivan. Por ello ha de entenderse a estas circunstancias como justificadoras del régimen. Ahora bien, debe considerarse siempre las características de ultraperiferia en relación con la situación que se provoca, de forma que no basta la presencia de una característica para que se pueda justificar una medida, sino que ésta tiene que repercutir en la situación de las regiones.

La persistencia de la que habla el art. 299.2 TCE se refiere a las circunstancias y no a la situación económica y social. Si esta situación fuera también persistente, poco sentido tendrían las medidas especiales. Por ello, el objetivo del régimen debe ser atenuar los efectos de las características de ultraperiferia, para ayudar a estas regiones a superar su realidad.

Esta situación peculiar de las RUP no es única en el territorio comunitario. Lo que es peculiar son sus causas. Ahí entra en juego el concepto ultraperiférico definido también en el artículo 299.2 TCE, ya que no pueden obtener un tratamiento igual a zonas que presenten el mismo desarrollo económico, por tener

²⁵ J. M. Sobrino Heredia y M. Sobrido Prieto, «Las regiones ultraperiféricas», *cit.*

unas causas especiales²⁶, de carácter geográfico y climático.

Como ese fundamento, entendemos que puede aplicarse a estas características el concepto de “hechos diferenciales”. El hecho diferencial es un concepto creado en la doctrina constitucionalista española para justificar el desarrollo asimétrico de las Comunidades Autónomas²⁷. Sin entrar en el debate existente en España sobre la utilidad de este concepto²⁸, el mismo es aprovechable para el Derecho Comunitario²⁹.

3. La justificación del sistema diferenciado

3.1. Los costes de ultraperiferia

Hemos visto cuáles son las características mencionadas por el artículo 299.2 TCE como justificación de las medidas especiales para las regiones ultraperiféricas. En este apartado analizaremos, con mayor detenimiento, cómo los condicionantes geográficos y climatológicos que van unidos a la situación

de ultraperiferia producen una serie de costes económicos y sociales ya considerados por el Derecho Comunitario, para tenerlos presentes a la hora de valorar el principio de proporcionalidad en este ámbito.

Si bien ya se expuso de forma breve cuáles eran los datos que se han considerado claves para detectar el cumplimiento de las condiciones que determinan el régimen especial, cabe hacer una reflexión general sobre como este tipo de condicionantes geográficos y climáticos actúan sobre las estructuras económicas de una región.

La mención a los costes introduce factores económicos en un trabajo que es predominantemente jurídico. No obstante, entendemos necesario hacer esa referencia, ineludible para entender el significado exacto de la autorización del artículo 299.2 TCE. En ese sentido, si el jurista actúa como *perito peritorum* (cualidad del juez, como voz última del Derecho), nuestra labor en ese sentido será la de aproximarnos a los estudios doctrinales sobre la materia para obtener conclusiones aplicables al campo jurídico.

²⁶ Así Cabrera expresa, literalmente, “La “ultraperiferia” se caracteriza por la permanencia, combinación y acumulación de una serie de desventajas estructurales, en particular la “lejanía, insularidad, reducida superficie, relieve y clima adversos y dependencia económica respecto de un reducido número de productos”, todos ellos factores **que traen por causa** un perjuicio grave en el desarrollo socio-económico de las siguientes regiones: Guadalupe, Guayana Francesa, Martinica, Reunión, las Azores, Madeira y las islas Canarias”. Entendemos, no obstante, que se trata de un error de redacción y que la autora se refería a “que tienen por consecuencia”, pues lo contrario no parece lógico ni entendible. M. A. Asín Cabrera, «La Constitución Europea y el estatuto jurídico de las regiones ultraperiféricas», *cit.*, pág. 16.

²⁷ J. F. López Aguilar, «Constitución, autonomía y hecho diferencial. El Estado autonómico y «el hecho diferencial constitucionalmente relevante»», en *Cuadernos de Derecho Público*, nº2, septiembre-diciembre de 1997, págs. 25 y ss. Para el autor, “hechos diferenciales constitucionalmente relevantes son aquellos de los que pueda predicarse directa o indirectamente una consignación constitucional razonable, de la que quepa colegir un mandato de tutela, una «apuesta» o expresión de la voluntad constitucional de proteger ese hecho”.

²⁸ J. García Roca, «¿A qué llamamos, en Derecho, hechos diferenciales?», en *Cuadernos de Derecho Público*, nº 11, septiembre-diciembre 2000, págs. 74 y ss.

²⁹ Sobre el concepto de hecho diferencial en las Comunidades Europeas, *vid.* J. A. Corriente Córdoba, «El hecho diferencial regional y su tratamiento en el Derecho Comunitario Europeo», en *Anuario de Derecho Internacional*, nº XVI, 2000, págs. 347 y ss.

Por otro lado, no se olvide que el punto de partida es estrictamente jurídico. Si atendemos a la repercusión económica de las circunstancias del artículo 299.2 TCE, ello está motivado precisamente porque dicho artículo las convierte en justificación del sistema.

Así, hemos de recordar que los condicionamientos geológicos y climatológicos definidos en el Tratado como origen de su situación y justificación del régimen especial son: insularidad, lejanía respecto de la metrópoli, relieve y clima adverso y reducida superficie.

Con ese origen, podemos hablar de costes de ultraperiferia como el conjunto de costes que soportan las empresas situadas en las regiones ultraperiféricas debidos a las circunstancias ultraperiféricas y que se suman a los costes normales de producción en el resto de regiones de Europa³⁰.

Se pueden destacar 3 características principales de este tipo de costes³¹:

- a) Son costes diferenciales, ya que marcan una diversificación notable entre las economías ultraperiféricas y las economías no ultraperiféricas.
- b) Son inevitables si se quiere operar en una economía ultraperiférica.
- c) Son permanentes: no se alteran de forma significativa en el tiempo. Puede que las tecnologías ayuden a superar estos costes o a mitigarlos, pero

no parece que puedan ser totalmente eliminados.

Son numerosos los estudios económicos que se han producido intentando determinar el coste real de factores geográficos y climatológicos en el desarrollo económico de una región, desde los meramente descriptivos de la situación hasta aquellos que intentan responder a la posibilidad de uso de las nuevas tecnologías para superar esas dificultades.

No obstante, la dificultad de establecer un acuerdo sobre la influencia concreta de cada factor obliga a que nos ciñamos a algunos de los estudios más interesantes, sin querer con ello dar por cerrado el tema, sino ofrecer unas orientaciones mínimas.

Si atendemos al factor distancia, que puede entenderse incluido tanto en la lejanía de la metrópoli como en insularidad, debemos afirmar que, pese a la existencia de nuevas tecnologías que favorecen el transporte, la distancia supone aún una barrera importante en la competitividad, al añadir costes a la producción y afectar de manera negativa a las interacciones económicas.

Además, aumentan los costes de almacenaje, ya que la necesidad de transporte –lo que implica un mayor tiempo– obliga a mantener *stocks* para atender a las contingencias que provoque un consumo mayor³². Y, por

³⁰ Referido a Canarias, M. D. Rodríguez Mejías y otros (Centro de Estudios Económicos Fundación Tomillo); «Los costes de ultraperiferia de la Economía Canaria», en *Revista de Hacienda Canaria*, nº 2, octubre de 2002, pág. 186.

³¹ M. D. Rodríguez Mejías y otros (Centro de Estudios Económicos Fundación Tomillo); «Los costes...», *cit.*, pág. 191.

³² M. D. Rodríguez Mejías y otros (Centro de Estudios Económicos Fundación Tomillo); «Los costes...», *cit.*, pág. 197.

otro lado, aumenta el tiempo invertido en la realización de las operaciones³³.

Para la cuantificación de la importancia del factor distancia en las relaciones económicas se usa el "gravity model"³⁴, que mide las interacciones entre un par de Estados a su masa económica y el coste de la interacción entre ellos³⁵.

Por otro lado, no pueden simplificarse los términos hasta el punto de considerar que el coste de distancia crece en la misma proporción que la distancia, ya que entran en juego otros factores, como el tipo de transporte que se requiere para cada tramo del recorrido³⁶.

No sólo los costes de producción se ven resentidos por la distancia, sino que es un problema que afecta a toda la estructura económica de una región, al minorar la inversión exterior. Así, DI MAURO mide la elasticidad de los flujos de inversiones exteriores con respecto a la distancia³⁷, demostrando una esca-

sa flexibilidad que disminuye los efectos atractivos para inversiones.

Esta repercusión negativa de la distancia puede ser atenuada con una correcta inversión tecnológica. Sin embargo, la distancia supone también un perjuicio en los flujos tecnológicos, como muestra KELLER³⁸. Frente a esta situación, la realización de servicios a través de internet –donde sea posible– elimina los costes de la distancia, mientras que el desarrollo de más y mejores medios de transporte puede disminuir considerablemente esos costes.

En cuanto al factor "reducida dimensión", este provoca que no se puedan desarrollar zonas industriales lo suficientemente importantes como para vencer los efectos negativos de las economías externas. A esa dificultad se une la de doble insularidad, ya que entonces el área de la región se ve fragmentado. Se dificulta así la rentabilización de grandes inversiones y la realización de economías de escala.

³³ A. J. Venables, «Geography and international inequalities: the impact of new technologies», en J. M. Mella Márquez (coord.) y otros; *Cambios regionales en la Unión Europea y nuevos retos territoriales*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 2002, pág. 29.

³⁴ A. J. Venables, «Geography and international inequalities...», *cit.*, págs. 23-25. Describe este modelo a través de la fórmula $y_{ij} = s_i m_j t_{ij}^0$; esto es, las exportaciones desde el país *i* hacia el país *j* se definen a partir de las características del Estado exportador (s_i) y del Estado importador (m_j) y de una serie de factores que miden los costes entre ambos Estados (t_{ij}^0). El autor cita otros estudios que, utilizando métodos diferentes, hablan de repercusión negativa de la distancia en términos similares. Del estudio de este modelo se deriva la flexibilidad del flujo comercial dependiente de la distancia entre -0.9 y -1.5, marcando, pues, una tendencia negativa.

³⁵ Aunque con iguales resultados, Schürman varía la perspectiva al referirse al problema de la distancia como "índice de accesibilidad", centrandó la cuestión en la accesibilidad a los insumos de producción y definiendo a la distancia como «una función inversa de la accesibilidad potencial». C. Schürman, «El índice de accesibilidad», en *Seminario de indicadores de ultraperiferia...*, *cit.*, pág. 62.

³⁶ Eurisles, *Las regiones insulares y el precio de transporte de mercancías intracomunitario*, pág. 27. En la páginas 32 y ss. pueden verse cuadros con costes de transporte para cada región ultraperiférica.

³⁷ F. Di Mauro, «The impact of economic integration on FDI and exports: a gravity approach», CEPS working document n° 156, Bruselas, 2000.

³⁸ W. Keller, *The geography and channels of diffusion at the world's technology frontier*, processed University of Texas, 2001, citado por A. J. Venables, «Geography and international inequalities...», *cit.*, pág. 24.

Unido a lo anterior, la reducida población disminuye las posibilidades de encontrar personal cualificado, obligando a la empresa a asumir los costes de formación³⁹.

El factor de insularidad va íntimamente relacionado con el factor distancia, aunque considera también otros factores anteriores como la reducida dimensión. Es un factor que puede considerarse como una suma de los anteriores⁴⁰. La doble insularidad puede provocar el coste añadido de establecer varios centros en un área donde normalmente se situaría un menor número de centros.

Esta perspectiva hace que critiquemos la visión de FORTUNA, DENTINHO y VIEIRA, que se centran sólo en la lejanía y reducida dimensión para definir la ultraperiferia⁴¹. Ya expusimos que en su definición hay un componente de decisión política. Ceñirse a las características geográficas es adoptar una posición económica que olvida el concepto jurídico. Pero, además, existen otras circunstancias, como las condiciones climáticas, que completan esa definición.

ARMSTRONG y READ hablan de 8 factores, recogidos por la doctrina económica, para describir los *handicaps* de desarrollo de las

regiones insulares: reducido tamaño del mercado doméstico, bases limitadas de recursos limitados, limitaciones de área territorial, procesos de industrialización con alta necesidad de migración exterior, especialización en nichos de mercados, inestabilidad de precios de exportación y de beneficios, limitaciones para sustitución de importaciones, catálogo de políticas limitado⁴². Como se ve, gran parte de estos *handicaps* se recogen como criterios individuales de ultraperiferia o se pueden asociar a otros criterios de ultraperiferia.

En cuanto al relieve y clima adversos, es claro que hacen a las producciones, en especial las agrícolas, centrarse hacia determinados productos. Además, la posibilidad de catástrofes naturales se convierte en un problema que puede paralizar la economía.

Muy relacionado con el anterior, la dedicación a un determinado número de productos impide la diversificación del riesgo y sujeta excesivamente a las economías ultraperiféricas a la situación del mercado de esos productos.

Más allá de estos planteamientos teóricos, los datos demuestran que todas las regiones ultraperiféricas sufren, efectivamente,

³⁹ M. D. Rodríguez Mejías y otros (Centro de Estudios Económicos Fundación Tomillo); «Los costes...», *cit.*, pág. 196.

⁴⁰ No obstante, no debemos olvidar las palabras de Bardolet, cuando afirma que: “un estudio sobre el coste de insularidad es un tema tan complejo que admite distintas interpretaciones, que si son racionales merecen el respeto de cualquier profesional de la vida económica y política”. E. Bardolet, *El coste de la insularidad*; Cambra Oficial de Comerç, Indústria i. Navegació de Mallorca, Ibiza y Formentera, Palma, 1989, pág. 37.

⁴¹ Los citados autores señalan que “una región central es aquella que tiene accesibilidad y dimensión. Una región periférica es aquella que tiene dimensión pero no accesibilidad. Una región marginal es accesible, pero no tiene tamaño. Finalmente, la región ultraperiférica no tiene ni tamaño ni accesibilidad”. M. J. Amaral Fortuna, T. Ponce Dentinho y J. A. Cabral Vieira, *The cost of peripherality*, Workings Papers 01-2001, Parlamento Europeo (REGI 111 EN), 2001, pág. 27.

⁴² H. W. Armstrong y R. Read, «Micro-Estados, Islas y el desarrollo económico de las regiones ultraperiféricas», en *Seminario de Indicadores...*, *cit.*, págs. 32-35.

mayores costes que frenan su desarrollo, cuya naturaleza viene a coincidir con lo arriba expuesto. No obstante, habrá de tenerse en cuenta la estructura y causas de ese aumento de costes en cada región, para el juicio de adecuación de las medidas tomadas⁴³.

Además, se ha de considerar que estos costes no sólo limitan a las empresas ya establecidas, sino que suponen un elemento disuasor importante para aquellas empresas que se planteen invertir en las regiones ultraperiféricas, lo que, además de suponer un valor añadido a estos costes, influye de manera determinante en el desarrollo retardado de las regiones.

Por último, hemos de hacer referencia a las tablas "input"- "output" como uno de los métodos más utilizados para examinar los costes diferenciales que presenta una economía con respecto a otra, lo que hace que se conviertan en un elemento de referencia para la continua comparación de la existencia de costes ultraperiféricos en relación con los costes habituales en el mercado comunitario. Consiste en la comparación de las matrices de relaciones interindustriales y de inputs de las economías relacionadas⁴⁴.

En todo caso, la tendencia actual con respecto a la ultraperiferia no es la de aplicar los métodos tradicionales de la ciencia económica para cada una de las características que definen el entorno ultraperiférico. Existe la conciencia de que la ultraperiferia, como combinación de una serie de factores, supone un plus a la suma de cada uno de estos factores individualizados, por lo cual no basta con la aplicación de estudios anteriores para conocer el coste real que produce la ultraperiferia.

Muestra de esta tendencia es la definición, a nivel económico, de las características que fundamentan el régimen jurídico como "indicadores" o "índices" de ultraperiferia, por lo que se ha de proceder a la medición de cada indicador en su contexto exacto⁴⁵.

Del mismo modo, como no se dan todos estos indicadores en el mismo grado en cada una de estas regiones, habrá que atender a cómo actúan en cada región, para conseguir el marco de referencia para la aplicación de las políticas comunitarias y de las excepciones admisibles al ordenamiento comunitario⁴⁶.

Por otro lado, hay que tener en cuenta que la situación de ultraperiferia presenta

⁴³ Sin poder aquí desarrollar los datos, un estudio de referencia puede encontrarse en AA.VV.; *Los costes de ultraperiferia de la Economía Canaria*; Consejería de Economía y Hacienda de Canarias, Tenerife, 2001.

⁴⁴ Pueden verse ejemplos de ello en J. C. Collado Curiel, «Los costes de la ultraperiferia en Canarias: el coste público», en *Revista de Hacienda Canaria*; nº 7, Febrero de 2004, págs. 5 y ss.

⁴⁵ Además, esa combinación provoca que se proponga el estudio de otros indicadores, como la "resistencia económica". L. Briguglio, «Los pequeños Estados insulares: índices de vulnerabilidad», en *Seminario de Indicadores de ultraperiferia...*, cit., pág. 22. Sin embargo, aunque puedan tenerse en cuenta, dentro del factor, desarrollo económico, no pueden individualizarse para la aplicación del régimen ultraperiférico, por no señalarlo así el art. 299.2 TCE.

⁴⁶ Para su medición como índices compuestos, Briguglio se refiere a 3 métodos: 1) Estandarización de los componentes (se otorga un valor ponderado a cada índice, para proceder a la suma de los componentes de todos los índices), 2) Clasificación usando una escala de categorías (Se elabora una escala, promediando el resultado de cada índice para cada región) y 3) Método de las regresiones (Media ponderada en la que los coeficientes son pesos y los valores previstos en la variable independiente son puntuaciones de vulnerabilidad compuesta). L. Briguglio, «Los pequeños Estados insulares...», cit., pág. 22.

algunas ventajas que pueden atenuar estos costes en algunos casos, llegando a resultar beneficiosos en determinados sectores⁴⁷, aunque con el peligro de que con ello la economía ultraperiférica se especialice en demasía, con las vulnerabilidades que ello implica.

La afección de las circunstancias analizadas a los costes experimentados en las regiones ultraperiféricas tiene, además de lo dicho en el artículo 299.2 TCE, reconocimiento jurídico en la mayoría de textos comunitarios que hacen referencia a las regiones ultraperiféricas⁴⁸, sean normativos, jurisprudenciales o de relevancia interpretativa.

3.2. La necesidad de desarrollo

Los condicionantes geográficos y económicos provocan un contexto que ha limitado el desarrollo de las regiones ultraperiféricas, derivando en una situación social y económica estructuralmente deficitaria. Esta es la principal preocupación del art. 299.2 TCE.

La relación entre los costes de ultraperiferia analizados en el apartado anterior y la situación de falta de desarrollo es clara. Así, el Dictamen del Comité Económico y Social sobre el tema «Estrategia de futuro para las

regiones ultraperiféricas de la Unión Europea», (2002/C 221/10), C 221/37 DOCE de 17.09.2002, recoge en su apartado 1.5 que «la situación de las RUP se caracteriza por un retraso de desarrollo significativo respecto de otras regiones de la UE que, aunque en ciertos aspectos ha disminuido a lo largo de los años, en gran medida con el apoyo recibido de la Comunidad, sigue siendo importante, debido a la estructuralidad, permanencia e intensidad de los factores que caracterizan la ultraperifericidad».

Debe considerarse que los desarrollos se producen en un lugar y en un momento histórico determinado y son capaces de extender su influencia en función de la distancia, lo que ha dificultado que estas regiones hayan experimentado procesos como la Revolución Industrial del siglo XIX, partiendo desde una posición desventajosa con respecto al continente europeo⁴⁹.

Esta situación hace que la relación entre circunstancias ultraperiféricas y falta de desarrollo se encuentre mediada por los costes adicionales de ultraperiferia.

No obstante, basta constatar la falta de desarrollo en las regiones ultraperiféricas

⁴⁷ El Dictamen del Comité de Económico y Social Europeo sobre la «Comunicación de la Comisión – Estrechar la asociación con las regiones ultraperiféricas», COM (2004) 343 final, (2005/C 294/05) señala que “el dinamismo del sector turismo aporta un fuerte valor añadido que contribuye a reforzar la competitividad de las economías en las regiones ultraperiféricas. Pero ello no debe propiciar el crecimiento desmesurado de este sector por el desequilibrio que ello origina y por la incidencia negativa en la sostenibilidad medioambiental de estas regiones”.

⁴⁸ Así, el punto 1.4 del Dictamen del Comité Económico y Social sobre el tema «Estrategia de futuro para las regiones ultraperiféricas de la Unión Europea», (2002/C 221/10), C 221/37 DOCE de 17.09.2002 dice que “las RUP soportan, por lo tanto, costes adicionales en comparación con el resto del territorio de la UE que, a su vez, impiden la plena participación de estas regiones en la dinámica del mercado interior”.

⁴⁹ El senador francés Jean-Paul Virapoullé, en su *Rapport: Les Départements d’Outre-Mer, Régions Ultra-périphériques et Traits-d’Union de l’Europe, remis à Monsieur le Premier Ministre le 12 mars 2003*, se refiere a dos fenómenos como ejemplo de la influencia de la distancia en los desequilibrios de desarrollo: el proceso de alfabetización de Europa y la Revolución Industrial.

para justificar medidas que se dirijan directamente al desarrollo de estas economías. Así, la doctrina no tiene dificultad en reconocer la relación directa entre la falta de desarrollo y la ultraperiferia, aunque no exista acuerdo absoluto en el peso de cada factor de aumento del coste de ultraperiferia⁵⁰.

Además, esta falta de desarrollo se convierte también en un *handicap* para el crecimiento regional, ya que la capacidad de ajuste frente a perturbaciones macroeconómicas es menor que en el continente europeo⁵¹.

III. LA FISCALIDAD COMO UN INSTRUMENTO DE DESARROLLO ULTRAPERIFÉRICO

El artículo 299.2 TCE recoge la política fiscal como uno de los ámbitos de aplicación del régimen especial de las regiones ultraperiféricas, de cara a posibilitar el desarrollo económico de estas regiones y su plena integración en el ordenamiento comunitario.

La instrumentalidad de la política fiscal en pos del desarrollo de una región enlaza con la función extrafiscal de los tributos. Esta función se puede dirigir a la consecución de dos fines, de cara al cumplimiento de los objetivos ultraperiféricos: la reducción de costes de la producción empresarial y la atracción de inversión.

1. La función extrafiscal del sistema tributario

El fin principal⁵² de todo tributo debe ser la recaudación, esto es, la obtención de recursos dinerarios por parte del ente público titular para el sostenimiento de sus gastos. Por ello, el fin primero del Derecho Financiero es articular el conjunto de ingresos y gastos de los Estados y del resto de los entes públicos. De ahí surge su naturaleza instrumental, ya que ese fin no es querido directamente por el ente público, sino en la medida en que es un instrumento para la consecución de otros fines, procurando la satisfacción de necesidades públicas.

La finalidad recaudatoria ha sido una constante histórica en el instituto del tributo. Desde los primeros tributos⁵³, esporádicos y normalmente impuestos a los pueblos vencidos militarmente, hasta los modernos sistemas tributarios, la recaudación pecuniaria a favor del ente público ha marcado su esencia.

Ahora bien, también va unida a la historia del tributo la conciencia de que sus efectos sobre la economía, en todos los planos, no son en nada desdeñables, lo que motiva una articulación del sistema tributario en la que se da cabida al cumplimiento de otros fines.

⁵⁰ M. D. Rodríguez Mejías y otros (Centro de Estudios Económicos Fundación Tomillo); «Los costes de ultraperiferia de la Economía Canaria», *cit.*, pág. 187.

⁵¹ A. Rodríguez Pose y G. Petrakos, «Integración económica y desigualdades regionales en la Unión Europea», en J. M. Mella Márquez (coord.) y otros; *Cambios regionales en la Unión Europea y nuevos retos territoriales*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 2002, pág. 49.

⁵² Que no necesariamente más importante, pues con tal calificación se hace referencia a un orden lógico-temporal y no a un orden axiológico.

⁵³ Puede verse un apunte histórico del Derecho Tributario y del tributo en J. M. Martín Delgado, *Derecho Tributario y Sistema Democrático, Lección de Apertura del Curso Académico 1983-84*, Universidad de Málaga, 1983.

Estos fines pueden superar, desde una perspectiva axiológica, al fin recaudatorio. Es lo que, a nuestro juicio⁵⁴, ha sucedido en algunos Estados con el reconocimiento de su función redistributiva de la renta y como instrumento de solidaridad⁵⁵ entre los ciudadanos.

Es claro que, en la ordenación de actividad pública en que consiste el Derecho Financiero, entrarán valores enlazados a los fines del ordenamiento. No bastará asumir su carácter instrumental para la conformación de los principios básicos que lo orientan, sino que se tendrán en cuenta objetivos distintos. Estos objetivos se basarán en los efectos que el sistema financiero pueda producir, más allá de la mera recaudación o el mero gasto para la Hacienda Pública.

Así, en la rama de los gastos, tanto el montante de los mismos como su distribución dependerán de la concepción que se tenga del Estado. Un *Estado-policía*, como se conoce al Estado del siglo XIX, concebido como un ente de mínima protección para permitir la libre

actuación de los ciudadanos, tendrá una serie de gastos más pequeño que un Estado intervencionista de la segunda mitad del siglo XX. La distribución de esos gastos también será reflejo de los valores del Estado⁵⁶ en cada momento.

Por lo que respecta a los ingresos, su cuantía, igualmente, dependerá de la cifra de gastos prevista. Pero donde de mejor forma es visible la relación entre ingresos públicos y valores dominantes del Estado es en la forma de distribución de las entradas financieras públicas en un triple plano: el subjetivo, el objetivo y el institucional.

Plano subjetivo es el que determina qué personas serán gravadas. Este plano se hace casi imperceptible en el momento en que la igualdad y la generalidad son valores de la sociedad, ya que se grava a todos los sujetos con personalidad jurídica plena. Por plano objetivo se entiende la riqueza gravada. Son claras en ese sentido las diferencias de un sistema basado en la imposición sobre la renta

⁵⁴ Tal opinión se recoge en nuestro trabajo A. Fornieles Gil, *Los principios de justicia tributaria en el ordenamiento comunitario*, de próxima publicación.

⁵⁵ Especialmente clara su unión con la idea de solidaridad aparece en la doctrina italiana. Así, A. Fedele, «Dovere tributario e garanzie dell'iniziativa economica e della proprietà nella costituzione italiana», en B. Pezzini y C. Sacchetti, *Dalle costituzioni nazionali alla Costituzione europea. Potestà, diritti, doveri e giurisprudenza costituzionale in materia tributaria. Atti del Convegno, Palazzo della Ragione-Bergamo Alta, 29-30 ottobre 1999*, Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 2001, pág. 22 y ss. y F. Moschetti, «Orientaciones generales de la capacidad contributiva», *Revista Española de Derecho Financiero y Hacienda Pública*, n° 269, septiembre-diciembre 2003, págs. 516 y ss. En la doctrina portuguesa, también se ha mostrado del parecer J. Casalta Nabais, *Estudos di direito fiscal. Por um Estado fiscal suportável*, Edições Almedina, Coimbra, 2005, págs. 105 y ss. Las nuevas realidades de internacionalización económica y favorecimiento de la productividad a través de la reducción de la carga fiscal llevan a hablar de un cambio en este papel del Derecho Tributario en el desarrollo de la solidaridad. Vid. M. Fabra Valls, «Solidaridad y Derecho Financiero en una sociedad neocompetitiva», *Revista Española de Derecho Financiero*, n° 120, octubre-diciembre de 2003, pág. 630.

⁵⁶ Se habla de valores del Estado y no de valores de la sociedad en el entendimiento de que ambos no tienen por qué ser absolutamente coincidentes. Si bien es cierto que idealmente debe ser considerado, la realidad no refleja tal conexión. De hecho, el constitucionalismo actual consiste, básicamente, en la protección de las minorías en la garantía del gobierno de la mayoría. Esto quiere decir que hay cuestiones en las que la opinión social mayoritaria -aún siendo casi absoluta- no imperará, por existir una mínima garantía a la minoría. Se ha de reconocer que es probablemente acertado pensar que ello se debe a una propia limitación de la sociedad, que tiene como uno de los valores más alto (en una jerarquía de valores) el admitir los valores del Estado, probablemente como garantía de convivencia. Ello, no obstante, merece una reflexión más profunda de la que este trabajo puede dedicar.

personal y de un sistema articulado sobre la imposición al consumo. Por plano institucional, se entiende la forma de gravar tal riqueza, esto es, el instituto jurídico creado a tal fin y la estructura presentada por el mismo: así, por ejemplo, puede gravarse de manera proporcional o de manera progresiva la renta de la persona.

Desde tal perspectiva, el Derecho Financiero no permanece en una postura aséptica ante los valores de los Estados actuales. No se limita a ser un mero vehículo del flujo monetario del Estado, sino que debe embeberse del sistema de valores, principios y fines que los ordenamientos constitucionales reflejan.

En efecto, la extrafiscalidad, esto es, la persecución de fines distintos del meramente recaudatorio en las prestaciones patrimoniales públicas, es un fenómeno consustancial a la existencia de tales prestaciones. Es imposible imaginar un tributo que no tenga consecuencias no fiscales, incluso cuando se predica la "neutralidad" del tributo, pues eso implica su utilización para unos objetivos económicos⁵⁷.

Así, por extrafiscalidad se entiende todo fin perseguido por un tributo que no sea el fin recaudatorio. Como ha dicho HINOJOSA TORRALVO, esta función extrafiscal puede expresarse a través de dos facetas: "de una

parte, mediante tributos específicamente instrumentales, y, de otra, mediante la introducción de normas tributarias de aquella naturaleza en las que se contengan exclusiones, exenciones, incentivos fiscales, deducciones y otras, que sirvan para no sujetar, eximir de la obligación del pago, facilitar o bonificar el ejercicio de determinados comportamientos económicos"⁵⁸.

Desde esa perspectiva, el sistema tributario es un instrumento ideal para la intervención económica de los entes públicos. El sistema fiscal se ha mostrado siempre como una herramienta imprescindible de la política económica, en varios sentidos: de un lado, permite el desarrollo de ciertas actividades, mediante el establecimiento de beneficios fiscales; de otro lado, puede establecer mayores gravámenes a aquellas actividades cuyo peso en el sistema económico desee aminorar. De igual modo, no sólo puede fomentar u obstaculizar actividades concretas, sino que también puede conducir a la sociedad hacia el ahorro o el consumo (y la inversión), como principal dicotomía macroeconómica.

Siguiendo a GALPER⁵⁹, las tres funciones principales de la política económica (estabilización, redistribución y asignación eficiente de recursos⁶⁰) pueden ser cumplidas mediante medidas fiscales (aumento de la presión fiscal para mantener el equilibrio presupues-

⁵⁷ Vid. G. Casado Ollero, «Los fines no fiscales de los tributos», en la obra colectiva *Comentarios a la LGT y líneas para su reforma*, en homenaje a F. Sainz de Bujanda, Vol. I., IEF, Madrid, 1991, págs. 103 y ss.

⁵⁸ J. J. Hinojosa Torralvo, «Los tributos regionales extrafiscales, con especial referencia al Impuesto andaluz sobre Tierras infrautilizadas», en *Impuestos*, nº 26, 1989, pág. 137.

⁵⁹ H. Galper, «El papel de la política tributaria en el desarrollo económico», en *El papel de la política tributaria y de la Administración Tributaria en el desarrollo económico*, Conferencia Técnica del CIAT, Instituto de Estudios Fiscales, 1992, págs. 189 y ss.

⁶⁰ R. Musgrave, *The theory of public finance*, McGraw-Hill, New York, 1959.

tario, sistemas progresivos de tributación y estructura del sistema enfocada a tal fin y presión fiscal estructurada de la forma menos dañina posible, respectivamente).

Es en esa línea cuando cobra sentido que el artículo 299.2 TCE reconozca la fiscalidad como uno de los campos a través de los cuales operar para conseguir el desarrollo de las regiones ultraperiféricas. Si los principales *handicaps* de las RUP se concentran en la existencia de unos más altos costes productivos y en la ausencia de desarrollo, corresponde analizar cómo la fiscalidad puede coadyuvar a la minoración o superación de los mismos, a través de la reducción de los costes productivos, de un lado, y a través de la atracción de la inversión privada como fuente de desarrollo de las estructuras económicas, de otro lado.

2. La fiscalidad como vía de compensación de costes de producción

La fiscalidad puede ser un instrumento válido para la compensación de los costes de producción de una empresa en una doble dirección:

a) Puede reducirse el propio coste que supone la tributación empresarial. Así pues, pese a que el sistema tributario debe ser considerado como un sistema de recepción de recursos públicos en base a la capacidad económica; desde el punto de vista empresarial,

se considera como un coste a analizar a la hora de realizar inversiones y de establecer el coste marginal de producción de una unidad⁶¹.

En consecuencia, toda actuación pública que suponga la reducción del montante general tributario pagado por la empresa significará una minoración del coste productivo y facilitará la competitividad del producto. Desde el punto de vista de las regiones ultraperiféricas, una disminución de la fiscalidad ayudaría a compensar los costes mayores que su situación geográfica y condiciones climáticas deparan.

b) Puede reducirse el coste de producción mediante la disminución de la carga impositiva de las operaciones destinadas a la producción y distribución. Medidas con esa finalidad recaerán en la tributación sobre operaciones de entrada y salida: adquisición de materias primas y la recepción de servicios destinados al cumplimiento de los fines empresariales, por un lado, y venta de productos y oferta de servicios, por otro lado.

La diferencia entre esta opción y la anterior es, principalmente, una cuestión de justificación de las medidas. En las medidas analizadas en segundo lugar, la justificación de beneficios fiscales se situaría en un intento de reducir los costes necesarios para la producción; ya que se disminuyen de manera direc-

⁶¹ En sentido similar, la propia jurisprudencia del TJCE, en la sentencia de 12 de abril de 1994, asunto C-1/93, *Halliburton*.

ta los costes de los bienes y servicios encaminados a ese fin. Se tratará de una actuación basada en la imposición indirecta.

La primera de las opciones estudiadas, sin embargo, se produce sobre toda la carga tributaria y su justificación es menos clara. Un sistema tal cual fundamentaría sus beneficios fiscales en una menor capacidad económica de la empresa, recayendo principalmente sobre la imposición directa. Su justificación es más complicada ya que la capacidad económica ya es medida, en el supuesto general de un impuesto directo sobre la renta, en la proporcionalidad o progresividad del impuesto, a través de la cuantificación de la Base Imponible⁶². Optar por un sistema como el descrito supone ir más allá de la diferenciación cuantitativa de capacidad económica, para establecer una diferenciación cualitativa que discrimina en pos del desarrollo de determinadas empresas, en este caso, las empresas radicadas o con intereses en las regiones ultraperiféricas.

Ambas opciones son compatibles, si bien es verdad que la segunda opción –reducción de los costes productivos a través de la imposición indirecta– suele aparecer como opción preferida, con justificación en la reducción de los costes productivos. La primera opción sólo se justificaría en relación a la aminoración de costes si la primera opción no fuese suficiente para compensar los sobrecostes.

Si se atiende a los costes de ultraperiferia que motivan el sistema, es lógico pensar que la reducción de costes impositivos sea paralela al aumento natural de costes que experimentan las empresas de las RUP por su localización. Así, por ejemplo, si uno de los mayores problemas es el coste de transporte, este puede suavizarse mediante una menor tributación tanto en el servicio de transporte como en las operaciones de entrada y salida de bienes materiales, ya sean materias primas y elementos productivos, ya sean productos elaborados.

3. La fiscalidad como instrumento del desarrollo económico

Además de por los costes de ultraperiferia, y como consecuencia de ellos, las RUP se caracterizan por un crecimiento económico menor a la media comunitaria, revelando no sólo situaciones transitorias, sino deficiencias estructurales. Corresponde a continuación, en consonancia con lo dicho, examinar la capacidad de la política fiscal para coadyuvar al desarrollo económico, de modo que se elaboren los fundamentos de la política fiscal ultraperiférica en este sentido.

Siguiendo a BISES⁶³, podemos individualizar tres factores de los que depende el crecimiento del PIB de una región determinada:

⁶² En el caso de que el impuesto a aplicar fuese el Impuesto sobre la Renta, la progresividad de este impuesto establecería una doble diferenciación cuantitativa, en la base imponible y en el tipo de gravamen.

⁶³ B. Bises, *Lezioni di Scienza delle finanza, Parte I, L'intervento pubblico nel sistema economico*, G. Giapichelli editore, Turín, 2005, pág. 192. En el mismo sentido, N. Pollari, *Diritto Tributario. Tra Principi Giuridici ed Economia della Finanza Pubblica*, Roma, 1995, págs. 81 y ss.

- variaciones en la cantidad o calidad de los bienes capitales privados y públicos utilizados en la producción.
- variaciones en la cantidad o calidad de la fuerza del trabajo disponible.
- modificación en la combinación de los factores productivos.

Es una consideración que se refiere exclusivamente a la estructura económica, sin hacer referencia a otro tipo de costes, como los geográficos característicos de la RUP, por lo que resulta un modelo idóneo para este apartado.

El primer factor va a depender principalmente de la inversión, tanto privada como pública. A tal fin, la disminución de la carga fiscal en un sector o en una región es uno de los mejores incentivos que puede utilizar el Estado para atraer la inversión privada. La menor tributación conlleva un aumento del beneficio real en iguales circunstancias⁶⁴. Si el objetivo de toda inversión es la maximización del beneficio, la reducción de los costes adheridos a ese beneficio realza el potencial de la inversión.

La fiscalidad es considerada un coste a la producción desde el punto de vista empre-

sarial, con lo que su reducción llevará aparejado un aumento del beneficio. Esto se produce tanto si la rebaja fiscal se aplica sobre la imposición a la producción unitaria como si se aplica sobre la imposición al beneficio final. Además, la menor tributación produce ahorro empresarial, permitiendo disponer de una mayor suma monetaria para destinar a inversiones⁶⁵.

Ahora bien, la rebaja en imposición indirecta o que busque la eliminación de los costes productivos no atañe de modo directo al beneficio del inversor, sino a la disminución de costes y a la competitividad del producto o servicio. Sólo con referencia a esto se repercutirá en el beneficio del inversor.

La rebaja en la imposición directa que grava la renta producida por la inversión produce sus efectos directamente sobre el neto percibido como resultado de la inversión, con lo que a menor imposición directa sobre el beneficio, mayor atractivo para la inversión⁶⁶.

De esta realidad es muestra el proceso que desde hace unos años viene experimentando la imposición societaria de los Estados miembros. Éstos tienden a la disminución del nivel de gravamen, con la intención de atraer

⁶⁴ *A sensu contrario*, Corona señala que «los tipos marginales elevados afectan notablemente a la asignación internacional del capital y de las actividades económicas, generando incentivos de gran magnitud para el desarrollo de estrategias de planificación fiscal internacional (es decir, de prácticas de elusión fiscal que se plasman en reducciones de la recaudación)». J. F. Corona, «La fiscalidad en el sistema comparado y la armonización fiscal en la UE», En J. F. Corona, J. M. González Páramo y C. Monasterio, (coord.) *Reforma fiscal y crecimiento económico*, Papeles de la fundación para el análisis y los estudios sociales, n° 47, pág. 263.

⁶⁵ N. Pollari, *cit.*, pág. 81.

⁶⁶ Bises relaciona estos aspectos mediante la descripción de una “condición de equilibrio” a partir de la cual el inversor se decidirá a operar: según esto, la tasa del rendimiento esperado neto (rendimiento total menos tributos efectivamente realizados) sea igual a la tasa de interés de mercado relevante para la empresa. Esta última, por su parte, mide el interés de una inversión en atención a la oferta y demanda de ahorro existente en el mercado. B. Bises, *Lezioni di Scienza delle Finanze, Parte I, L'intervento pubblico nel sistema economico*, G. Giappichelli editore, Turín, 2005, págs. 195-196.

o evitar la fuga de inversiones, en lo que se llamado "competencia fiscal". La rebaja fiscal en imposición directa no consistirá exclusivamente en un tipo de gravamen menor, sino que va a depender de otros parámetros, como la mayor posibilidad de deducciones, la no sujeción a supuestos de doble imposición, etc⁶⁷.

La Comunicación de la Comisión "Hacia un mercado interior sin obstáculos fiscales"⁶⁸ refleja a la perfección la situación. De un lado, reconoce las dificultades para establecer una metodología económica exhaustiva, capaz de dar respuesta a todas las variables que influyen. De otro lado, y pese a lo anterior, señala como el tipo global nacional resulta determinante, más incluso que la base imponible, para maximizar la rentabilidad de una inversión.

No obstante, no ha de menospreciarse el efecto que debe tener la imposición indirecta en la decisión de implantación de actividades, sobre todo ante la dificultad de su medición en los beneficios reales⁶⁹ y su papel de equilibrio en los intercambios comerciales.

Por lo que respecta al resto de variables que influyen en el desarrollo económico, disposiciones que permitan deducciones fiscales en imposición directa con motivo de la realización de mejoras tecnológicas y esfuerzos

de contratación pueden tener los efectos reseñados con anterioridad⁷⁰.

Ahora bien, para que se produzca un crecimiento económico como consecuencia de la rebaja fiscal, es necesario que esta requiera una inversión activa y real, debiendo evitarse, en consecuencia, la aplicación de estas medidas a aquellas entidades que se limitan a los servicios financieros y, sobre todo, a aquellas que montan un entramado jurídico sin desarrollo efectivo de actividad.

4. Recapitulación

Se han señalado algunas pautas de política fiscal que puedan subvenir al desarrollo de las RUP, atendiendo a sus particularidades. Ahora bien, esto presenta un carácter más económico que jurídico. Por esa razón, sólo caben aquí unas líneas mínimas, en ningún caso perseguidoras de exhaustividad. Sin embargo, no por ello carece de interés para los estudios jurídicos.

En efecto, la proporcionalidad de las medidas que limitan la integridad y coherencia del ordenamiento comunitario a favor de las RUP, así como la finalidad que persiguen motivan la necesidad de vincular siempre la medida tomada con el objetivo buscado. Las

⁶⁷ Pollari se refiere tanto a la disminución de la imposición como a la aceleración de la amortización fiscal para favorecer las inversiones. N. Pollari, *cit.*, pág. 91.

⁶⁸ Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo y al Comité Económico y Social de 23 de octubre de 2001, *Hacia un mercado interior sin obstáculos fiscales. Una estrategia destinada a dotar a las empresas de una base imponible consolidada del impuesto sobre sociedades para sus actividades a escala comunitaria*, Documento COM (2001) 582 final.

⁶⁹ C. P. Corbin, «The role of indirect taxes in valuing business», en *International Tax Journal*, volumen 31, n° 2, primavera de 2005, págs. 5 y ss.

⁷⁰ No obstante, Pollari considera que la mejor vía para alcanzar el objetivo de crecimiento en empleo es la inversión pública en programas de formación, un sistema de sanidad adecuado y un sistema de transportes públicos eficaz, que permita la movilidad. F. Pollari, *cit.*, pág. 82. El autor no se plantea los beneficios de un sistema de deducciones por incorporación de trabajadores.

consecuencias de esto se manifiestan en dos aspectos: de un lado, se atenderá a esa relación medida-objetivo para admitir o no la excepción al ordenamiento comunitario y, de otro lado, el mantenimiento temporal de la medida dependerá de la eliminación o no de la situación ultraperiférica que la motiva.

IV. EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD EN LA CONFIGURACIÓN DE LA FISCALIDAD DE LAS REGIONES ULTRAPERIFÉRICAS

1. Ultraperiferia y Mercado Único

Las medidas pensadas en el artículo 299.2 TCE suponen generalmente una excepción a las medidas comunitarias adoptadas a favor del desarrollo del Mercado Único. Esta situación puede provocar una distorsión en la efectiva persecución del principal objetivo comunitario, lo que conlleva que el propio artículo recoja un límite al régimen especial ultraperiférico.

Tal límite pone en relación el objetivo de desarrollo de las regiones ultraperiféricas con el de realización del Mercado Único. Así, el Tratado de la Comunidad Europea dispone que se asegure que el cumplimiento del primer objetivo no llegue al punto de poner en riesgo la integridad y coherencia del ordenamiento comunitario.

Toda excepción al Derecho Comunitario supone, de por sí, un riesgo a que sus objetivos principales no se realicen, al menos en

algunos sectores o regiones. No puede decaer el principal objetivo comunitario, por poseer este carácter, de manera que ningún objetivo específico justifica una excepción de tal calibre que ponga en juego la realización del Mercado Interior.

Pero la prevención del artículo 299.2 no es un simple límite. Una correcta interpretación debe tener en cuenta que las medidas a favor del desarrollo ultraperiférico se dirigen hacia la aplicación plena y real del mercado en las RUP. Por tanto, la excepción al ordenamiento comunitario tiene, en este caso, también como objetivo la realización del mercado, aunque sea en última instancia.

A tal conclusión se llega fácilmente si se recuerda que las regiones ultraperiféricas son territorio comunitario y están integradas en las Comunidades Europeas. De no desear que se realice el Mercado Interior en ellas, no se hubiera producido la opción de la integración. Por lo tanto, la medida de la contraexcepción aparecida en el artículo 299.2 TCE se sitúa en el objetivo de no poner en peligro la libre competencia ni dentro del territorio ultraperiférico ni en todo el territorio comunitario.

El sentido, pues, de las medidas es la atenuación de la aplicación del Mercado Interior en el territorio ultraperiférico, atenuación que no puede suponer su eliminación o exclusión y que debe tener como objetivo preparar a las regiones ultraperiféricas para poder ser partícipes plenas del Mercado Comunitario de manera progresiva⁷¹.

⁷¹ Esta idea ha estado siempre presente, de una manera u otra, en las instituciones comunitarias. El objetivo último es la plena integración de las RUP en el territorio comunitario. Así, referido al proceso de integración canario, Cuenca García muestra como el mantenimiento de los principios básicos comunitarios impide que la situación procomunitaria se mantenga. Antes de la

El objetivo del artículo 299.2 es suavizar o excepcionar la aplicación del derecho comunitario, con el objetivo de que los fines del Tratado puedan ser plenamente aplicables a ellas. Se trata de una adaptación necesaria, debido a las circunstancias de partida. Pero ello no obsta a que el fin último del artículo sea el mismo fin que el conjunto normativo que exceptúa o suaviza. Esto es, no debe olvidarse que el objetivo final -y que lleva a la excepción de las normas habituales que rigen el Mercado interior- es el deseo de poder integrar a las RUP en tal mercado, lo que implica un fin último que no puede ser olvidado. El desarrollo de las RUP tiene un fin último y esto puede tener consecuencias en el juicio de las medidas que se adopten⁷². En el marco ultraperiférico, las medidas especiales no son barreras al desarrollo de las libertades comunitarias, sino medios de superar las auténticas barreras, las conformadas por las circunstancias del art. 299.2 TCE⁷³.

Corresponde ahora preguntar cómo se puede establecer cuando una medida atenúa la aplicación del Mercado Interior en los límites permitidos y cuando excede ese límite. Es

evidente que la medida será excesiva cuando se constate un riesgo real y de magnitud suficiente como para afectar gravemente al ordenamiento comunitario; ya que afectará al fin último de la norma. La adaptación al ordenamiento comunitario para alcanzar las condiciones para aplicarlo de manera real y posible no puede poner en peligro el propio ordenamiento comunitario.

Desde esa perspectiva, el último párrafo del artículo citado parece superfluo. Sin embargo, puede considerarse que su utilidad consiste en manifestar el especial régimen ultraperiférico y la necesidad de ponderar la relación entre los beneficios de la medida para las RUP y los perjuicios para la integridad y coherencia del ordenamiento comunitario.

En todo caso, la literalidad del artículo 299.2 TCE hace pensar en el mismo esquema lógico que presenta un principio recogido en el art. 5 del TCE⁷⁴ y usado frecuentemente por la jurisprudencia comunitaria. Se trata del principio de proporcionalidad, que en el supuesto de las regiones ultraperiféricas tiene como punto de referencia las distorsiones causadas en el Mercado Único⁷⁵.

entrada en el TCE, el Estado se preocupa por el desarrollo económico de la región como un fin en sí mismo. Ahora esto se convierte, desde la óptica comunitaria, en un medio para la plena integración. En efecto, señala el autor que “parece que no va a ser posible que la Comunidad asuma los costes de la insularidad en los mismos términos que lo había venido haciendo el Estado español hasta ahora. Bruselas se ha mostrado inflexible en la defensa de algunos de sus principios básicos, a pesar de su buena predisposición con el caso canario”. E. Cuenca García, «Comunidad-Canarias: última etapa», en *Revista Aduanas*, nº 349, 1985, pág. 33.

⁷² Así, la Decisión 89/688/CEE, del Consejo, de 22 de diciembre de 1989, relativa al régimen del “octroi de mer” en los departamentos franceses de ultramar, DO nº L 399 de 30 de diciembre de 1989, págs. 46-47, recoge en sus considerandos que “determinados elementos [...] exigen su reforma con el fin de integrar plenamente a los departamentos de ultramar en el proceso de realización del mercado interior, teniendo en cuenta sus frágiles estructuras económicas”.

⁷³ La Decisión 2004/162/CE, del Consejo, de 10 de febrero de 1994, relativa al régimen del arbitrio insular en los departamentos franceses de ultramar y por la que se proroga la Decisión 89/688/CEE; DO L 52, de 21 de febrero de 2004, págs. 64-69.

⁷⁴ El artículo 5 TCE viene referido a la distribución de competencias y se complementa con el principio de subsidiariedad para determinar el ámbito competencial de Comunidad Europea y Estados.

⁷⁵ J. González Ortiz, Presentación, en *Indicadores...*, *cit.*, “este reconocimiento de un estatuto específico se basa en los principios de igualdad y proporcionalidad que permiten tratar de forma diferente la situación distinta de estas regiones, de manera que los ciudadanos europeos que residan en ellas, se beneficien de las mismas oportunidades que el resto de los ciudadanos europeos”. Así también, J. P. Jacqué, *Droit institutionnel de l'Union Européenne*, ed. Dalloz, 2001, pág. 99.

El TJCE consagró la aplicación del principio de proporcionalidad a las medidas ultraperiféricas en la sentencia «Chevassus-Marche»⁷⁶. No obstante, lo hizo en referencia a las previsiones de los antiguos arts. 226 y 227 TCE. El actual art. 299.2 TCE nada dice sobre dicho principio. Sin embargo, tanto la vinculación a los fines de dicho artículo como las causas de ultraperiferia que menciona, a lo que se añade la práctica de las instituciones comunitarias, conduce a entender que el espíritu de dicho pronunciamiento se mantiene.

En conclusión, se puede hablar de un doble límite a la acción comunitaria de carácter ultraperiférico. El primer límite, absoluto, es el mantenimiento de la integridad del mercado. El segundo límite, relativo, es la imposición de trabas al desarrollo del mercado. Esto sucederá cuando no se afecte a su integridad, pero si se alteren sus condiciones normales de funcionamiento. Será entonces el principio de proporcionalidad el que permita discernir las alteraciones aceptables.

2. El principio de proporcionalidad en el ámbito comunitario

2.1. El principio de proporcionalidad como principio general asentado en la tradición jurídica occidental

El Derecho, como la sociedad a la que regula, es cada vez más complejo. La protec-

ción de bienes jurídicos y la persecución de fines y objetivos diversos producen la interacción entre los mismos a la hora de buscar su aplicación efectiva. Como resultado, la tutela de unos bienes conduce normalmente a la minoración del grado de protección de otros.

Esta realidad supone un problema básico del Derecho: los textos normativos de referencia –las constituciones, los Tratados constitutivos de la Unión Europea...- no contienen las directrices que permitan conocer cómo deben interactuar las tutelas de sus valores fundamentales. Se recogen enunciadamente valores, fines o intereses tutelados, y medidas de aplicación de los mismos, pero no se dan criterios cuando estas medidas entran en conflicto.

El principio de proporcionalidad ha surgido en la literatura jurídica y en la jurisprudencia⁷⁷, desarrollándose especialmente en el último siglo, para establecer los parámetros según los cuales resulta admisible una restricción a un valor, fin o interés tutelado al máximo nivel normativo. Pone en relación los elementos en conflicto, para atender a soluciones específicas.

No debe entenderse que con ello se establezca una jerarquía entre valores, fines o intereses. Esta consideración debe negarse desde varios argumentos: en primer lugar, el principio de proporcionalidad da una solución

⁷⁶ Sentencia TJCE de 19 de febrero de 1998, asunto C-212/96, *Chevassus-Marche*.

⁷⁷ Situando su origen en la jurisprudencia económico-administrativa de Prusia en el siglo XIX, Barnes dice de él que “constituye un principio general del Derecho, ampliamente reconocido, que se aplica con absoluta naturalidad por los Tribunales europeos y los jueces nacionales de los derechos fundamentales en tantos Estados occidentales”. B. Barnes, «El principio de proporcionalidad. Estudio preliminar», en *Cuadernos de Derecho Público*, nº 5, septiembre-diciembre de 1998, pág. 22. Para el caso francés, Philippe gráficamente considera que «la proporcionalidad en el Derecho público francés viene a ser como el azúcar en la leche caliente: ¡se encuentra en toda ella, pero no es fácil de ver!», X. Philippe, «El principio de proporcionalidad en Derecho público francés», en *Cuadernos de Derecho Público*, nº 5, septiembre-diciembre de 1998, pág. 255.

para el caso concreto. No define criterios absolutos aplicables siempre que se repita el conflicto. Sus parámetros ponen en relación todos los aspectos del supuesto, no siendo posible la abstracción que olvide o menosprecie alguno de esos elementos. En segundo lugar, el principio de proporcionalidad hace una valoración de grado. Lo que se valora principalmente es el grado de vulneración y el grado de satisfacción que se proyectan sobre los elementos en conflicto. Evidentemente, también puede haber una jerarquización clara entre esos elementos, pero normalmente esa situación supone la exclusión o aceptación de la medida sin necesidad del recurso al principio de proporcionalidad.

Su ámbito de aplicación es el de las posibles limitaciones a los derechos, libertades o fines esenciales de un sistema jurídico. En el caso de las constituciones nacionales, se refieren principalmente a los derechos y libertades fundamentales, así como a cuestiones relativas a la integridad y seguridad del Estado. En el caso del Derecho Comunitario, las libertades fundamentales y los fines comunitarios definen esta realidad.

El principio de proporcionalidad es un principio relativo o relacional⁷⁸, en cuanto que no actúa como valor o criterio de modo abs-

tracto, sino que necesita que se relacionen dos elementos en conflicto, para medir cómo debe desarrollarse esa relación en el caso concreto. Constituye, en ese sentido, un principio transversal.

La doctrina ha convenido, y así puede constatarse en la experiencia jurisprudencial, en señalar su contenido como la ejecución de tres *test*⁷⁹ que permitirán aceptar o no la medida en juicio: el *test* de idoneidad, el *test* de necesidad y el *test* de proporcionalidad en sentido estricto⁸⁰.

El *test* de idoneidad es un *test* que permite, en una primera aproximación, entender si la medida es adecuada al fin perseguido. La relación con el bien o el valor jurídico protegido es mínima: sólo se atiende a él como fundamento de la aplicación del principio de proporcionalidad. Se trata de examinar si la medida es adecuada para la consecución del fin perseguido. Este examen no se realiza en relación al perjuicio causado por la medida. Sólo sirve para plantear su adecuación, ya que sin perjuicio no existiría juicio que conllevara la aplicación del principio de proporcionalidad.

El *test* de necesidad es un *test* que permite conocer la posibilidad de recurrir a otras medidas menos restrictivas para conseguir el

⁷⁸ B. Barnes, «El principio de proporcionalidad. Estudio preliminar», en *Cuadernos de Derecho Público*, nº 5, septiembre-diciembre de 1998, pág. 17.

⁷⁹ Kluth se refiere a subprincipios. La diferente denominación pone de manifiesto un problema de concepto. El principio de proporcionalidad es un principio cuyo contenido es el de un juicio, el juicio de proporcionalidad basado en los tres *test*. Esto hace que principio de proporcionalidad y juicio de proporcionalidad se confundan. La diferencia radica en su naturaleza. El principio se refiere a la integración del ordenamiento mediante su capacidad para responder a problemas jurídicos, el juicio se refiere a la estructura procedimental mediante la que se llega a tales respuestas. W. Kluth, «Prohibición de exceso y principio de proporcionalidad en Derecho alemán», en *Cuadernos de Derecho Público*, nº 5, septiembre-diciembre de 1998, págs. 226 y ss.

⁸⁰ Evidentemente, existen mecanismos racionales previos, como la constatación de la producción de una vulneración y la atención a la posible recepción de esa limitación en el texto que recoge el bien o valor vulnerado. Así, por ejemplo, para el caso del TEDH, B. Fassbender, «El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos», en *Cuadernos de Derecho Público. El principio de proporcionalidad*, nº 5, septiembre-diciembre de 1998, pág. 55.

fin⁸¹. La relación con el bien o valor jurídico susceptible de lesión se da en dos aspectos: primero, puede requerirse un grado de necesidad mayor en atención al peso en el sistema del bien o valor susceptible de lesión; segundo, puede relacionarse para ver si las otras medidas posibles son menos restrictivas, en el caso de que las otras medidas también influyan sobre el valor o bien jurídico referido o sobre otros. Pero se puede entender que esto último supone un nuevo juicio de proporcionalidad sobre las medidas propuestas, juicio que se limitaría al test de proporcionalidad en sentido estricto⁸².

El test de proporcionalidad en sentido estricto.- Es aquí cuando se ponen plenamente en relación los valores o bienes jurídicos. Se ha de atender al grado de tutela que supone para el fin perseguido la medida y el grado de afectación que supone para el valor o bien en riesgo de vulneración. Pero no debe entenderse como una aplicación matemática, pues es posible que exista cierta graduación entre esos valores.

Además, el núcleo esencial de ciertos bienes jurídicos –los derechos fundamentales– no puede ser traspasado, por lo que la proporcionalidad de una medida termina, en todo caso, donde comienza la tutela del contenido esencial de un derecho fundamental⁸³.

Los primeros dos *test* se refieren a la exclusión de la medida en términos generales, sin necesidad de ponderación de grados o niveles, característica propia del juicio de proporcionalidad en sentido estricto. Se convierten en pasos previos, lo que provoca un notable riesgo.

En efecto, la determinación de la idoneidad de una medida para la consecución de un fin es una cuestión de apreciación que poseerá inevitables tintes de subjetividad. Para impedir que la libertad del legislador (y del normador en general) en sus opciones políticas se vea coartada, se requiere que el juez no atienda a sus criterios personales, sino a la razonabilidad de los argumentos que llevan a considerar al normador la idoneidad de la medida.

Por lo que respecta al test de necesidad, debe aplicarse la misma consideración. La opción por unas medidas u otras para la consecución de un fin es, en la mayoría de los casos, reflejo de una tendencia política determinada. La salvaguarda de la libertad política dentro de los parámetros constitucionales o del Derecho Primario Comunitario conlleva que la existencia de otras medidas no restrictivas o poco restrictivas no determine automáticamente a la consideración ilegítima de la medida.

⁸¹ Será paso previo, por tanto, “la identificación de todos los medios posibles de actuación para la consecución del fin», W. Kluth, *cit.*, pág. 227.

⁸² Consideramos que cuando se propone la medida alternativa, se ha pasado ya el *test* de idoneidad. Así también, el *test* de necesidad nos llevaría a un problema lógico, pues o nos devolvería al primer juicio de proporcionalidad (en el caso de que la otra medida existente fuera la que motivó el primer juicio) o a nuevos juicios de proporcionalidad, que nos devolverían a juicios anteriores cuando no apareciesen nuevas medidas.

⁸³ Esta cuestión dista de estar clara. Para algunos, el contenido esencial es irrenunciable, por más que la medida parezca proporcionada. Para otros, la proporcionalidad termina donde comienza el contenido esencial. Quizá, sin dar un juicio definitivo sobre el asunto, pueda entenderse que la proporcionalidad es la que da el verdadero contenido esencial al derecho. *Vid.* J. Barnes, *cit.*, pág. 42.

Cuando las otras medidas manifiesten un planteamiento político totalmente opuesto al presentado en la medida inicial, debe considerarse apta la medida en este segundo *test* y atender al *test* de proporcionalidad en sentido estricto, en el que se determinará si resulta inaceptable el grado de vulneración. Resulta la manera más adecuada de conciliar el respeto al pluralismo político –que también es un valor constitucional- con la protección de los derechos y libertades fundamentales.

Por otro lado, se ha de hacer notar como en ocasiones la jurisprudencia altera esta estructura básica del principio de proporcionalidad. Así, por ejemplo, el TEDH en algunas sentencias no ha estudiado simplemente la “necesidad” de la medida, sino que ha exigido, para la superación del *test*, la absoluta o estricta necesidad. Se introducen así elementos propios del tercer *test*, ya que se pretende reforzar la necesidad de la medida en relación con la vulneración producida, reforzando esa necesidad según el bien o valor en cuestión⁸⁴.

El principio de proporcionalidad debe respetar la libertad política del órgano competente, de manera que del juicio debe considerarse una relación desproporcionada sólo cuando se desborde alguna de las prohibiciones contenidas en los *test* de manera “evidente y manifiesta”⁸⁵. En consecuencia, no es apto ni para imponer el propio y legítimo juicio de proporcionalidad ni para juzgar si hay

una actuación pública más proporcionada. Debe únicamente medirse si la actuación propuesta o realizada no es desproporcionada.

2.2. El principio de proporcionalidad en el ordenamiento comunitario

El principio de proporcionalidad, dentro del Derecho Primario, sólo se encuentra recogido en el art. 5 TCE, además de en el Protocolo sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad. Ambas referencias normativas se desarrollan en el marco de la distribución competencial entre Comunidades y Estados y, en consecuencia, no reflejan el pleno sentido que interesa en este punto.

El principio de proporcionalidad, como integrador de intereses contrapuestos, ha sido reconocido por el TJCE, configurándolo como principio general de Derecho Comunitario⁸⁶, en cuanto que tradición constitucional común. Esta metodología de búsqueda de principios generales, que ha jugado su papel principal en el reconocimiento de los derechos fundamentales en el seno comunitario, se basa en una actividad comparatista entre ordenamientos, para la modulación de los principios comunes a las características del ordenamiento comunitario.

Si de la jurisprudencia de los Estados miembros parecía deducirse una fundamentación en el Estado de Derecho⁸⁷ por su valor

⁸⁴ B. Fassbender, «El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos», en *Cuadernos de Derecho Público*, nº 5, septiembre-diciembre 1998, págs. 54 y ss.

⁸⁵ J. Barnes, «El principio de proporcionalidad. Estudio preliminar», en *Cuadernos de Derecho Público*, nº 5, septiembre-diciembre de 1998, pág. 16.

⁸⁶ Así, por ejemplo, Sentencia TJCE de 11 de julio de 1989, asunto 265/87, *Hermann Schraeder*.

⁸⁷ La relación del principio de proporcionalidad con el Estado de Derecho puede verse en la sentencia TJCE de 13 de julio de 1962, asunto 19/61, *Mannesman*.

para conocer la adecuación al sistema jurídico de las limitaciones de los derechos fundamentales, en el ámbito comunitario el principio de proporcionalidad se presenta para enjuiciar las limitaciones a lo fundamental en ese sistema jurídico: las libertades comunitarias y los objetivos de la Unión, especialmente, la realización del mercado interior⁸⁸.

El esquema seguido por el Tribunal de Justicia es similar al que se obtiene de la experiencia jurisprudencial de los Estados miembros. De ahí se deriva que las líneas sobre el principio planteadas más arriba sean perfectamente trasladables. Ahora bien, es necesario hacer una serie de puntualizaciones.

La aplicación de los tres *tests* de que se compone el juicio de proporcionalidad no sigue siempre este mismo orden jerárquico, de manera que o bien se altera el orden o bien se realiza de manera casi automática alguno de los *tests*⁸⁹. Así también, la profundidad de estudio del principio de proporcionalidad en el caso concreto suele ser bastante genérica, limitándose en ocasiones a la mera referencia a la proporcionalidad de la medida⁹⁰.

Por otra parte, se puede observar una conducta diferente en el Tribunal según el origen de los actos o normas estudiados. El TJCE tiende a reconocer la discrecionalidad o la dificultad de medios para realizar un juicio estricto de proporcionalidad cuando el acto o

norma procede de instancias comunitarias. Sin embargo, realiza un control más minucioso en los supuestos en los que la norma o acto tenga origen estatal⁹¹.

Esta tendencia puede explicarse si se considera que el Estado planteará excepciones al ordenamiento comunitario que tienen por objeto, generalmente, valores o fines propios, mientras que las instituciones comunitarias siempre presentarán valores o fines comunitarios.

Pese a ello, el Tribunal ha reconocido que el principio de proporcionalidad debe respetar el contenido político de decisiones, por lo que la existencia de otras actuaciones posibles no hace decaer necesariamente una actuación que se considera por sí proporcionada.

Por lo que respecta al plano fiscal, el principio de proporcionalidad ha sido invocado para admitir excepciones a las prohibiciones de discriminación y restricción de las libertades comunitarias. Estas excepciones pueden ser el interés fiscal estatal y la coherencia del sistema tributario. Sólo tendrán cabida cuando se muestren proporcionadas.

2.3. La proporcionalidad de las medidas fiscales ultraperiféricas

a') Relación con los objetivos ultraperiféricos

⁸⁸ Si bien es cierto que desde el reconocimiento de los derechos fundamentales como principios generales del ordenamiento comunitario realizado por el TJCE a partir de las sentencias *Nold* y *Hauer*, el principio de proporcionalidad también ha sido invocado para enjuiciar las limitaciones a los derechos fundamentales recepcionados por el ordenamiento comunitario.

⁸⁹ Sentencia TJCE de 11 de julio de 1989, asunto 265/87, *Hermann Schraeder*.

⁹⁰ Sentencia TJCE, de 20 de febrero de 1979, asunto 120/78, *Cassis De Dijon*.

⁹¹ D. U. Galetta, «El principio de proporcionalidad en el Derecho comunitario», en *Cuadernos de Derecho Público*, nº 5, septiembre-diciembre de 1998, págs. 82 y ss.

El principio de proporcionalidad ha sido utilizado por la jurisprudencia comunitaria de cara a plantear excepciones a las normas fundamentales del ordenamiento comunitario. Ese planteamiento permite su consideración como el principio ideal para conocer si las medidas adoptadas en virtud del artículo 299.2 TCE son admisibles o no en relación a la violación que se produce con respecto a la libre competencia, al respeto de las libertades comunitarias y al correcto funcionamiento del Mercado Interior.

Este principio ha estado presente en el desarrollo del régimen ultraperiférico con el fin de establecer la relación entre el fin de desarrollo ultraperiférico y el fin de protección del mercado interior, de forma que toda medida adoptada en este ámbito ha requerido un juicio de proporcionalidad⁹². Ha sido invocado tanto por la Comisión como por el Consejo, además de tener plasmación jurisprudencial.

La proporcionalidad de la medida implica la demarcación del fin perseguido, dentro de los fines particulares de ultraperiferia, y la descripción del ámbito al que se destina, de

forma que deberá examinarse cuál es la situación específica de la región, en relación al grado y efectividad de cada uno de los factores de ultraperiferia, y la efectividad de la medida en la reducción de los costes descritos o en la contribución al desarrollo regional.

El principio de proporcionalidad ha de exigir una primera impresión de eficiencia. La medida planteada debe, desde el principio, tener apariencia de servir a los fines perseguidos, de forma que se optimice la relación beneficio obtenido-daño ocasionado. Esto mismo hace que, con posterioridad, se pueda contradecir la medida jurídicamente si acaba demostrando su ineficiencia o una eficiencia sustancialmente menor a la esperada⁹³. Esto se ve principalmente en el *test* de idoneidad.

El test de idoneidad, por otra parte, realza la definición de los fines, ya que la idoneidad de las medidas se refiere a ellos. Así, cuando el fin es el desarrollo económico, se suele excluir de los beneficios fiscales a aquellas entidades que no realicen actividad productiva, incluyendo ahí a los centros financieros⁹⁴.

⁹² Como ejemplo de esto en el ámbito fiscal, el Considerando 3 de la Propuesta de decisión del Consejo relativa al régimen de impuesto AIEM aplicable en las islas canarias apunta: “En materia de fiscalidad, las medidas que mejor se adapten a los objetivos de desarrollo regional y apoyo a estas regiones recurriendo a medidas fiscales excepcionales de larga duración, cumpliendo con los criterios de coherencia del Derecho comunitario y del mercado interior, y siempre que estas medidas sean necesarias y proporcionales a los objetivos perseguidos”.

⁹³ Del Villar García destaca como esta eficiencia también es requerida, aunque desde un punto de vista político, cuando la medida consista (como sucede normalmente) en exenciones fiscales o en una más baja tributación, ya que implica la no obtención de recursos para el erario público; aunque reconoce la dificultad de medir esta eficiencia. En el trabajo citado puede verse un análisis comparativo de los distintos modelos desarrollados para el examen de esta eficiencia. A. Del Villar García, «Efecto de los incentivos fiscales de la Reserva para Inversiones en Canarias sobre la inversión empresarial»; en *Revista de Hacienda Canaria*, n.º 8, 2004, págs. 33 y ss.

⁹⁴ Decisión de la Comisión de 4 de febrero de 2000 en el procedimiento sobre ayuda de Estado n.º 708/98, Islas Canarias (España), régimen de ayudas fiscales al funcionamiento. Zona Económica Especial (ZEC). En ella se recoge que “las condiciones exigidas para la inscripción como beneficiario de la ZEC tienen por objetivo que sólo puedan beneficiarse de dichas ventajas las operaciones realizadas efectiva y materialmente a partir de este territorio geográfico de las Islas Canarias”. En la Decisión de la Comisión de 11 de diciembre de 2002 relativa al régimen que adapta el sistema fiscal nacional a las particularidades de la Región Autónoma de las Azores en lo relativo a la reducción de los tipos del impuesto sobre la renta, Doc 2003/442/CE, la Comisión señala que, por lo referido a empresas dedicadas al sector financiero, “la Comisión señala que estas no se justifican por su contribución al desarrollo regional y que su nivel no es proporcional a las deficiencias que pretende atenuar”.

Por lo que se refiere al principio de proporcionalidad en sentido estricto, se puede obtener un límite de proporcionalidad que se relaciona con los fines de la medida, ya que ha de entenderse que el fin del sistema ultraperiférico es eliminar la discriminación que suponen los costes ultraperiféricos. Cuando se supera este efecto, se realiza una discriminación no soportable⁹⁵. En el lado opuesto, si la medida es necesaria para evitar crisis económicas, su peso será determinante, ya que se produce mayor vulneración de los objetivos comunitarios en su ausencia⁹⁶.

En este sentido, ASÍN CABRERA señala que “la aplicación diferenciada o modulada del acervo comunitario en estas regiones no debe repercutir en desventaja de los Estados miembros de la Unión. Por ello, resulta fundamental que la medida específica o particular que se adopte sea tan imprescindible al propio desarrollo de la colectividad territorial, que su carencia produzca una situación discriminatoria para la misma. En otras palabras, que se justifique por la justicia de su motivación o “necesidad objetiva” con vistas a un desarrollo económico y social de estas regiones”⁹⁷.

La finalidad de la medida se debe ponderar respecto a la situación específica de cada región, atendiendo al peso de los costes ultraperiféricos y a la situación estructural en cada momento⁹⁸. Ahora bien, cabe plantearse si estos costes deben limitarse a las características delimitadas en el art. 299.2 TCE o cabe incluir otras medidas. De la literalidad del precepto, se deduce su consideración como un listado de *numerus clausus*, lo que no obsta a la interpretación extensiva de estas circunstancias⁹⁹.

Evidentemente, esto no impide la adopción de una medida especial en una RUP sin atender a estos condicionantes. Sin embargo, esa medida debe considerarse fuera del orden ultraperiférico.

El lugar en que se manifieste el principio de proporcionalidad dependerá del acto en el que se plasme la medida. Si se trata de una norma de las instituciones, en los considerandos se reflejará esta proporcionalidad¹⁰⁰, que será ponderada antes de la adopción de la norma. Igualmente, en el caso de ayudas de

⁹⁵ Así, el considerando 16 de la Decisión 2004/162/CEE, del Consejo, de 10 de febrero de 2004, relativa al régimen del arbitrio insular en los departamentos franceses de ultramar y por la que se prorroga la Directiva 89/688/CEE, DO L 52, de 21 de febrero de 2004, págs. 64-69, limita las posibilidades del arbitrio insular al señalar que: “esta disposición no debe en ningún caso dar lugar a que los máximos previstos se sobrepasen en más de cinco puntos porcentuales”.

⁹⁶ Decisión de la Comisión de 17 de julio de 2002, en el procedimiento sobre ayudas de Estado n° 179/2002 – Francia, Tasas de accisas reducidas sobre el ron “tradicional” producido en los departamentos de ultramar.

⁹⁷ M. A. Asín Cabrera, «La Constitución Europea y el estatuto jurídico de las regiones ultraperiféricas», *cit.*, págs. 18-19.

⁹⁸ Decisión de la Comisión de 11 de diciembre de 2002, en el procedimiento sobre ayudas de Estado n° 222/A/2002, Portugal, régimen de ayudas de la Zona Franca de Madeira para el período de 2003-2006, Documento C (2002)4811 fin.

⁹⁹ Es lo que sucede, a nuestro entender, con la Decisión 2004/162/CE, del Consejo, de 10 de febrero de 1994, relativa al régimen del arbitrio insular en los departamentos franceses de ultramar y por la que se prorroga la Decisión 89/688/CEE; DO L 52, de 21 de febrero de 2004, págs. 64-69. En ella parece aludirse a la posibilidad de valorar otras características, cuando dice: “Además, es preciso tener en cuenta las catástrofes naturales, tales como ciclones, erupciones volcánicas o movimientos sísmicos que se producen con cierta frecuencia”. Todo ello es reconducible a la condición “relieve y clima adversos”.

¹⁰⁰ Así, por ejemplo, tras un análisis de la situación económica canaria, el Considerando 15 de la Decisión 2002/546/CE, del Consejo, de 20 de junio de 2002, relativa al régimen del impuesto AIEM aplicable en las Islas Canarias, DO L 179, de 9 de julio de 2002, págs. 22-27, expone: “Conviene no obstante combinar las exigencias del apartado 2 del artículo 299 y el artículo 90 del Tratado con el respeto de la coherencia del Derecho comunitario y el mercado interior. Esto supone por tanto limitarse a las medidas estrictamente necesarias y adaptadas a los objetivos perseguidos, teniendo en cuenta las desventajas de la situación ultraperiférica”.

Estado, los Estados deberán justificar la idoneidad, la necesidad y la proporcionalidad de la medida, referidas a las directrices de la Comisión en la materia. La Comisión, por su parte, deberá enjuiciar si las medidas responden proporcionalmente a estos aspectos.

En ese juicio de proporcionalidad, la Comisión parece requerir, antes de la petición de la declaración de compatibilidad de una ayuda de Estado, la recolección de los datos, por parte del Estado¹⁰¹, que permitan enjuiciar la proporcionalidad de la medida. Ante la dificultad en varios supuestos de medir esta dificultad, se ha optado por admitir la existencia de una "cierta proporcionalidad"¹⁰². Igualmente ocurre en la presentación de una propuesta normativa ante el Consejo.

Tal juicio de proporcionalidad va a depender de la finalidad de la medida, de manera que cuando se trate de la compensación de los sobrecostes de ultraperiferia, se requerirá la cuantificación de estos sobrecostes, para establecer el objetivo de la medida. La determinación de los costes no debe entenderse como un límite, ni máximo ni mínimo, de los efectos de la medida a favor de las RUP, sino como el punto de tendencia de dichos efectos. Esto es, las medidas deben tender a sufragar esos costes, siendo la situa-

ción ideal aquella en la que el efecto beneficioso de las medidas es idéntico al efecto perjudicial de los costes.

Sin embargo, esta medición resulta imposible, por más que se realicen estimaciones iniciales, ya que el montante total de sobrecostes y el alcance final de la ayuda dependerán de factores tan diversos como variables¹⁰³. En ese sentido, la Comisión se ha interesado por la sistematización de los datos obtenidos de los informes estatales¹⁰⁴. En la medida en que se avance en ello, se podrá determinar con mayor exactitud, desde una teoría general de ultraperiferia, las implicaciones del principio de proporcionalidad.

Mayor dificultad presenta el estudio de la proporcionalidad cuando el fin de la medida es el desarrollo social y económico de estas regiones. Dista de ser claro incluso desde el plano teórico. Aún así, el grado de desarrollo determinará el grado de excepcionabilidad del ordenamiento comunitario¹⁰⁵.

No se debe olvidar además que la medición de los efectos de las medidas se realiza sobre modelos econométricos abstractos que, en numerosas ocasiones, no desarrollan una descripción minuciosa de la realidad¹⁰⁶.

¹⁰¹ En su respuesta a la Pregunta Escrita E-1943/99, de Isidoro Sánchez García (ELDR) a la Comisión, DO 219 E, de 1 de agosto de 2000, págs. 49-50, la Comisión desestimó emplear el programa estadístico comunitario para atender a los indicadores de ultraperifericidad, remitiéndose a los datos oficiales emanados por las autoridades regionales.

¹⁰² Decisión de la Comisión de 11 de diciembre de 2002 en el procedimiento sobre ayudas de Estado nº222/A/2002, Portugal, régimen de ayudas en la Zona Franca de Madeira para el período 2003-2006, Documento C(2002)4811 fin.

¹⁰³ Piénsese, por ejemplo, en subidas del precio del combustible, para el caso de ayudas al transporte, o en la necesidad del cálculo de operaciones realizadas de forma apriorística.

¹⁰⁴ Comunicación de la Comisión: Estrechar la asociación con las regiones ultraperiféricas, COM/2004/0343 final.

¹⁰⁵ Cuando se trata de ayudas que tienen por objeto fomentar el desarrollo mediante la inversión empresarial, puede tomarse como referencia el coste de realización de dicha inversión, vinculando los incentivos fiscales a la misma. Así, Decisión de la Comisión de 2 de agosto de 2000 en el procedimiento sobre ayudas de Estado nº 55/2000, Portugal, régimen de desgravaciones fiscales en Madeira.

¹⁰⁶ En ese sentido, N. Pollari, *cit.*, pág. 94.

Por otro lado, ha de tenerse en cuenta que la proporcionalidad no tiene porque medirse exclusivamente en términos monetarios en el ámbito de la fiscalidad. En efecto, puede que las medidas fiscales no persigan sólo la eliminación de sobrecostes o la atracción de inversiones, sino que puede dirigirse a factores de mejora económica, como la creación de empleo o la producción tecnológica. Igualmente, puede atenderse a la exigencia de requisitos más o menos estrictos según la situación económica de la región o de algunas zonas dentro de ella¹⁰⁷.

En todo caso, aparecen dos requisitos de carácter formal para la evaluación correcta del principio de proporcionalidad: la definición de los fines de la normativa y la justificación del sistema en base a modelos económicos capaces de describir la situación motivante y los posibles efectos de las medidas. Esto conlleva a recomendar la existencia de estudios regionales sobre los aspectos que puedan influir en el estudio de la proporcionalidad, así como aquellos que ayuden a estimar los efectos reales de las medidas desarrolladas, de cara a la petición de renovación de medidas o a la proposición de medidas diferentes.

La Comisión tiende a establecer parámetros de comparación para el estudio de las medidas a desarrollar y los efectos de las mismas. De esta forma, la experiencia de otras

regiones en la aplicación de sistemas fiscales similares puede contribuir a la determinación de la idoneidad y proporcionalidad de la medida. Para establecer esta comparación, no basta que existan similitudes fácticas, sino que deben tener un régimen normativo idéntico en los campos estudiados¹⁰⁸.

Esto permite que se pueda considerar la convergencia futura de los sistemas fiscales de las regiones ultraperiféricas, en cuanto que la experiencia de una región sirve como fundamento para la solicitud de aplicación de un régimen similar.

Mediante la utilización de la experiencia acumulada, se va conformando un modelo económico-jurídico sobre medidas fiscales y la compensación de costes y desarrollo económico, sobre todo en lo que se refiere a las ayudas de Estado. En efecto, los distintos pronunciamientos de la Comisión reconocen efectos positivos con respecto a las finalidades en ciertas medidas, que pueden ser alegados *a posteriori* por los Estados para justificar las medidas a aplicar. Evidentemente, este modelo se irá matizando con la experiencia y valoración de los distintos sistemas fiscales aplicados.

No obstante, tal convergencia no impide la necesidad de existencia de diferencias jurídicas entre regiones. Aunque las soluciones

¹⁰⁷ Así, la Comisión entiende proporcional el hecho de establecer requisitos más estrictos para las empresas que se beneficien del régimen por actuar en zonas menos desarrolladas, dentro de la misma región. Decisión de la Comisión en el procedimiento sobre ayudas de Estado nº N376/2006-España, Zona Especial Canaria, C (2006) 6632 final, de 20 de diciembre de 2006.

¹⁰⁸ Así, en la declaración de compatibilidad del régimen de ayudas de la Zona Franca de Madeira para el período 2003-2006, procedimiento de ayuda estatal N222/A/2002, de 11 de diciembre de 2002, las autoridades portuguesas solicitaban la comparación con las medidas efectuadas en las islas del Canal y las islas Canarias. Sin embargo, la Comisión entendió que la única comparación posible se efectuaba con las Islas Canarias, tras la adopción de las Orientaciones relativas a las ayudas estatales con finalidad regional.

resulten estructuralmente parecidas, las diferencias reales deben plasmarse. Así, en el caso de que la experiencia determine la bondad de un determinado número de actuaciones fiscales, el grado de las mismas será diferente. Resultarán, por ejemplo, sistemas fiscales de estructura parecida, pero de niveles de imposición diversa. Claro que esta situación puede conllevar a una competencia fiscal entre RUP, lo que debe ser tenido en cuenta a la hora de establecer los sistemas de cada región.

La proporcionalidad exigida tiene que mantenerse durante el período de vigencia de la medida. La Comisión hará notar la desaparición de la proporcionalidad si las circunstancias motivadoras han cambiado. Del deber de cooperación se extrae que el Estado debe vigilar y comunicar los cambios percibidos. Sin embargo, no parece vincularse una consecuencia jurídica al incumplimiento. Aunque en ocasiones los Estados han manifestado su compromiso de vigilancia¹⁰⁹, las mutaciones suelen traducirse en cambio de realidad para el enjuiciamiento de futuras medidas tras el fin de vigencia de las anteriores.

En este punto, conviene analizar la cuestión de la unidad o diversidad de las regiones agrupadas en el marco de la ultraperiferia. Algún autor ha destacado como el art. 299.2

TCE ha desperdiciado la ocasión de señalar las diversidades que se encuentran dentro de cada región, de manera que cuestiona la adopción, sin más de un régimen autónomo¹¹⁰.

Esa visión crítica con la uniformidad de régimen también parece mostrarla ASÍN CABRERA, al señalar que “los actos de derecho comunitario que en su caso se adopten para fijar “las condiciones para la aplicación de la Constitución en dichas regiones, incluidas las políticas comunitarias” en modo alguno significa que hayan de ser aplicadas globalmente y de forma idéntica en todas ellas. Ello es debido a que la identidad del adjetivo común de ultraperiferia, no se corresponde con sus respectivas trayectorias comunitarias, ni con sus condicionamientos particulares de índole geográfico, político-constitucional y estructuras socio-económicas específicas de cada una de estas regiones”¹¹¹.

Sin embargo, si se relaciona el art. 299.2 TCE con el principio de proporcionalidad, obtenemos una respuesta adecuada, ya que establece un marco general para estas regiones, a la vez que permite la individualización de problemas en el análisis de cada uno de los factores determinantes de la ultraperiferia, a través de la ejecución del principio de proporcionalidad¹¹².

¹⁰⁹ Así, en el procedimiento de ayudas de Estado N 107/04 – Francia, *Régime de l’octroi de mer dans les départements d’outre-mer*, Documento C(2004)1974, de 27 de mayo de 2004, se manifiesta que las autoridades francesas se comprometieron a excluir las posibilidades de sobrecompensación de costes ultraperiféricos.

¹¹⁰ Así, G. Núñez Pérez, *Dictamen que a instancia del Consejo Económico y Social de Canarias presenta sobre determinados aspectos del Régimen Económico y Fiscal de Canarias*, Universidad de la Laguna, 1998, págs. 46 y ss. Citado por S. Mauricio Subirana, «La Zona Especial Canaria en el marco de la Unión Europea. Una particular referencia al régimen especial de Irlanda», en *CISS. Noticias de la Unión Europea*, nº 203, diciembre de 2001, págs. 94 y 95.

¹¹¹ M. A. Asín Cabrera, «La Constitución Europea y el estatuto jurídico de las regiones ultraperiféricas», *cit.*, pág. 17. Aunque se refiere al texto del Tratado Constitucional, lo dicho es perfectamente aplicable a la situación actual.

¹¹² Así parece mostrarse la Comisión cuando, sin cuestionarse la unidad del concepto ultraperiférico, con referencia a las islas Canarias y Madeira, expresa que “las especificidades de cada una de estas regiones parece, con todo, justificar un tratamiento diferenciado”. Decisión de la Comisión de 11 de diciembre de 2002, en el procedimiento sobre de ayudas de la Zona Franca de Madeira para el período 2003-2006, procedimiento de ayuda estatal N222/A/2002.

MIRANDA CALDERÍN, para significar la insuficiencia del art. 299 TCE en el caso canario, señala las buenas condiciones climáticas y la superpoblación de las islas Canarias como factor de diversificación importante, con respecto al resto de las RUP¹¹³. Si bien se observa, la primera cuestión deriva en la no consideración del aspecto climático en la valoración de la situación dimanada de la ultraperiferia en Canarias. En cuanto a la superpoblación, es perfectamente reconducible a la “estructura social y económica” que menciona el art. 299.2 TCE.

En otro orden de cosas, el juicio de proporcionalidad realizado por las instituciones comunitarias que intervienen en el proceso normativo no excluye una visión distinta por parte del TJCE. Éste puede anular una norma o decisión que siga los pasos descritos, si considera que estos no se han dado en manera conveniente. Sin embargo, igual que la Comisión puede entender proporcional una medida en la que no se ha demostrado de

forma precisa e irrefutable el cumplimiento de los tres criterios (idoneidad, necesidad, proporcionalidad), por la imposible matematización del principio, el TJCE deberá respetar esto en un doble sentido: respetando la apreciación del Estado miembro y la de las instituciones que hayan participado en la norma comunitaria o decisión comunitaria, siempre que haya una proporcionalidad razonable¹¹⁴.

Como consideración final, ha de señalarse que el juicio de proporcionalidad seguido por las instituciones comunitarias, en especial por la Comisión, desprende una obligación distinta en cada caso. Por una parte, en ocasiones se requiere una minuciosidad difícil de alcanzar a los Estados, mientras que en otras ocasiones, la propia Comisión determina la superación de los *tests* de proporcionalidad sin un juicio de fondo¹¹⁵, al menos reflejado en la motivación. En general, el detallismo del examen suele coincidir con los datos o propuestas que presente previamente el Estado¹¹⁶. Eso sí, la Comisión suele realizar un estudio más exhaustivo cuando se

¹¹³ S. Miranda Calderín y J. A. Dorta Velázquez, *La reserva para inversiones en Canarias: un enfoque integrador desde las perspectivas académica y profesional*, ed. DAR, 2003, págs. 31-32.

¹¹⁴ *Mutatis mutandi*, el Consejo de Estado francés, a la hora de enjuiciar la necesidad de adaptación de la legislación francesa a los DOM, respeta el criterio seguido por el órgano competente, salvo caso de error manifiesto. Así, en F. Luchaire, *Le statut constitutionnel de la France d'outre-mer*, Economica, Paris, 1992.

¹¹⁵ En la Decisión de la Comisión de 13 de julio de 2000, en el procedimiento sobre ayuda de Estado nº 96/2000, Portugal, régimen de desgravaciones fiscales a favor de las inversiones en Madeira, se expone “la Comisión considera que las modalidades de aplicación del régimen arriba mencionado, tal como se refieren en la presente carta, incluyen todas las condiciones necesarias para asegurar que estas ayudas se destinen a favorecer el desarrollo económico de la Región Autónoma de Maderia, que es una de las más desfavorecidas de la Unión, sin no obstante (*sic*) alterar las condiciones de intercambios comerciales de una manera contraria al interés común”. En esa afirmación, ni define el interés común como la integridad y coherencia del mercado, ni permite intuir cuál es su contenido, ni establece los parámetros que le llevan a considerar la proporcionalidad. Bastaría al menos otras decisiones parecidas en materia ultraperiférica.

¹¹⁶ Relacionándolo con la nota anterior, Portugal presentó para la región de Azores un estudio econométrico sobre ayudas presentadas con carácter posterior a su ejecución y consideradas como ayudas no notificadas. Pues bien, en esta ocasión la Comisión considera que “a pesar de la plausible solidez del análisis efectuado por las autoridades portuguesas y el significado aparente de los resultados obtenidos, en la fase actual dicho estudio no le permite comprobar si las ayudas en cuestión se justifican en función de su contribución al desarrollo regional y de su naturaleza y si su importe es proporcional a los costes adicionales que pretenden compensar”. Invitación a presentar observaciones, en aplicación del apartado 2 del artículo 88 del Tratado CE, ayuda C 35/02 (ex NN 10/2000) – Adaptación del sistema fiscal nacional a las particularidades de la Región Autónoma de las Azores, Documento 2002/C 127/07, publicado en DO C 127 de 29 de mayo de 2002, págs. 16 a 23.

muestra contraria a una medida que cuando, *prima facie*, la reputa admisible.

b') Relación con medidas de otra naturaleza

El principio de proporcionalidad ha sido considerado como oportuno en el juicio de corrección de las medidas tomadas a favor de las regiones ultraperiféricas, en el sentido de determinar lo adecuado de las medidas a los fines por ellas perseguidas y al grado de violación de las libertades comunitarias experimentado.

Ahora bien, la medición correcta de la proporcionalidad de cada medida en concreto ha de hacerse teniendo en cuenta el resto de las medidas, por lo que, cuando se quiera evaluar la adecuación de las medidas fiscales al Derecho Comunitario, debe considerarse también las medidas de otra naturaleza existentes y, con ello, atender a su peso y afectación al sistema de libertades comunitarias, para poder determinar la proporcionalidad del conjunto.

Dentro de los tres *tests* que componen el principio, es claro que el primer *test*, el de la idoneidad, no presenta relación con el resto de medidas que se pueden adoptar en el marco del art. 299.2 TCE; pues este *test* sólo relaciona a la medida con el fin perseguido, sin atender a otras medidas. La relación de la proporcionalidad considerando otras medidas posibles aplicables a las RUP se encuentra en los dos restantes *tests*.

El test de necesidad requiere el análisis de la existencia de otras medidas para el mismo fin que sean menos restrictivas o que no sean restrictivas. De existir medidas no restrictivas que muestren la misma idoneidad, estas serán preferidas. En tal supuesto, las medidas no serían aplicación del art. 299.2 TCE, pues no supondrían especialidad respecto al Derecho Comunitario, de donde se colige que el régimen del mencionado artículo sólo es aplicable en ausencia de otras medidas no restrictivas que no puedan alcanzar el fin.

Si se analiza el resto de medidas de ultraperiferia, se observa que, como norma general, tienen un fin o un campo de aplicación distinto a las medidas de naturaleza fiscal. Así, la intervención de los fondos estructurales se dirige más bien a la financiación pública o a la creación de infraestructuras y no a personas (físicas o jurídicas) concretas, como es el caso de las medidas de naturaleza fiscal.

Cierto es que la inversión de los fondos regionales en infraestructuras de transporte tiene el mismo fin que ciertas medidas fiscales, especialmente las de disminución de la imposición indirecta. Ahora bien, deben considerarse medidas complementarias, ya que la acción de la política regional en este campo no logra eliminar los mayores costes. Por otra parte, el resto de medidas, en especial las agrícolas, se destinan a cubrir las necesidades básicas y no al desarrollo económico de estas regiones¹¹⁷.

¹¹⁷ La Comisión ha apreciado la necesidad de vincular las ayudas fiscales generales, en aquello que afecte a los regímenes agrícolas, a los límites de las Directrices comunitarias para las ayudas estatales en el sector agrícola. Así, Decisión de la Comisión de 2 de agosto de 2000 en el procedimiento sobre ayudas de Estado nº 55/2000, Portugal, régimen fiscal de las desgravaciones fiscales en Madeira. Igualmente, para el sector de la pesca, en la Decisión de la Comisión de 27 de mayo de 2004 en el procedimiento sobre ayudas de Estado nº 107/04, Francia, régimen del *octroi de mer* en los departamentos de ultramar, Documento C(2004) 1974.

El *test* de proporcionalidad en sentido estricto se aplicará en dos supuestos¹¹⁸.-

El primer supuesto se refiere a la posibilidad de que las otras medidas que aparezcan como posibles para alcanzar los fines concretos supongan también restricción al ordenamiento comunitario. Se habrá de optar, entonces, por la medida que produzca una menor vulneración, a un mismo beneficio producido.

El segundo supuesto se refiere a la posibilidad de que las otras medidas no eliminen el coste ultraperiférico, aunque estén destinadas al mismo fin.- En este supuesto, se ha de tener en cuenta que la existencia de otras medidas pueden afectar a la proporcionalidad de las medidas que se propongan, incluso cuando persiguen un fin específico distinto¹¹⁹. La proporcionalidad se mide en los términos exactos de cada caso y en atención al fin específico perseguido. Ahora bien, todas las medidas del régimen de ultraperiferia se aplican con un fin general: el desarrollo de las RUP para la aplicación del ordenamiento comunitario en plenitud. Esto causa que los beneficios derivados de otras medidas -que persigan el mismo fin o fines distintos dentro de los fines

del art. 299.2 TCE- no puedan ser obviados en el *test* de proporcionalidad en sentido estricto con respecto a una medida específica; ya que las medidas diversas, en la medida en que inciden en el desarrollo de las RUP, hacen que el beneficio producido por una medida específica sea menor que si sólo ella fuera aplicada en el marco general de las RUP¹²⁰.

La Comisión ha mostrado, en sus decisiones respecto a la compatibilidad de ayudas de Estado regionales, la necesidad de coherencia del sistema a través de la consideración como proporcional de una medida con la excepción de aquellos ámbitos en los que ya existían otro tipo de medidas. Cuestión distinta es plantearse si esta actuación está motivada por la creencia de que las otras medidas resultaban más convenientes o si el único criterio utilizado era el de la preexistencia, de modo que la existencia de una serie de medidas excluye medidas futuras de otro tipo sobre el mismo sector, sin ninguna comparación de utilidad.

En todo caso, la normativa y las decisiones de la Comisión referidas al régimen especial de las RUP suele contener referencias a la posibilidad de acumulación o no de

¹¹⁸ No obstante, la Comisión, al igual que se veía con respecto al TJCE, no sigue siempre el esquema del principio de proporcionalidad. Así, por ejemplo, en la Decisión de la Comisión de 4 de febrero de 2000 en el procedimiento por ayudas de Estado nº 708/98, Islas Canarias (España), régimen de ayudas fiscales al funcionamiento. Zona Económica Especial (ZEC), se desarrollan el *test* de idoneidad y el *test* de proporcionalidad en sentido estricto, pero no el de necesidad.

¹¹⁹ Como ejemplo de ello, siguiendo a Bises, podemos señalar que la inversión pública en infraestructuras aumenta el capital disponible para la colectividad y el consecuente aumento de posibilidades de desarrollo económico y de obtención de beneficios en una inversión, con lo que debe medirse sus beneficios en relación con la necesidad o no, así como con el grado, tanto de medidas fiscales que busquen la reducción de costes como de medidas fiscales que persigan la atracción de inversiones. B. Bises, *Lezioni di Scienza delle Finanze, cit.*, págs. 194-195.

¹²⁰ La Decisión 2004/162/CE, del Consejo, de 10 de febrero de 2004, relativa al régimen del arbitrio insular en los departamentos franceses de ultramar y por la que se proroga la Decisión 89/688/CEE, DO L 52, de 21 de febrero de 2004, págs. 64 a 69 señala, en su considerando 17: “por razones de coherencia con el Derecho Comunitario, es preciso descartar un diferencial impositivo en lo que atañe a los productos alimenticios que gozan de las ayudas previstas en los artículos 2 y 3 del Reglamento (CE) nº 1452/2001”.

medidas en un mismo sector, con lo que se expresa que estas medidas han sido consideradas en el juicio de proporcionalidad. En el caso de no pronunciarse al respecto, surge la duda de compatibilidad en su combinación. A nuestro juicio, si nada obsta en la normativa comunitaria, deben entenderse compatibles. No obstante, una interpretación teleológica de los textos bien pudiera llevar a una solución distinta¹²¹.

Se ha de recordar que la aplicación del principio de proporcionalidad no puede suponer la ejecución de criterios de carácter matemático, ya que existe en todo caso cierta libertad política que debe ser respetada. Por ello, cuando en las líneas precedentes ha sido preterida la aplicación de unas medidas a favor de otras más necesarias o menos restrictivas, se ha omitido la que debe ser consciencia de que la relación con otras medidas debe respetar las opciones políticas, con lo que no bastará una mínima menor lesividad de otras medidas.

V. CONCLUSIÓN

El principio de proporcionalidad se ha mostrado, en la historia de las regiones ultraperiféricas, como el principio determinante de su régimen, ya que permite vincular el sis-

tema especial de estas regiones a los fines perseguidos, evaluando la corrección de las medidas.

Esto motiva que toda propuesta que presenten los Estados (o las regiones) a las Comunidades Europeas relativa al régimen de ultraperiferia deba tener en cuenta este principio y su desarrollo en este ámbito tanto por la Comisión por el TJCE, a fin de que las posibilidades de éxito de la propuesta sean mayores.

En ese sentido, la experiencia demuestra que las propuestas innovadoras o que puedan suponer una mayor excepción al ordenamiento comunitario deben justificarse en mayor medida mediante los razonamientos propios del principio de proporcionalidad, a lo que beneficiaría un sistema estadístico unificado de las regiones ultraperiféricas.

En conclusión, el principio de proporcionalidad juega un papel importante en la configuración de los sistemas fiscales de las regiones ultraperiféricas, ya que es la pieza clave del origen normativo de estos sistemas, permitiendo la aprobación de la Comisión o del Consejo de las medidas, así concediendo parámetros de enjuiciamiento que permitan comprobar los beneficios del régimen ultraperiférico en estas regiones.

¹²¹ En efecto, la Comisión expone que es “necesario un control estricto al fin de excluir toda la posibilidad de sobrecompensación de los sobrecostes resultantes de los handicaps de la ultraperiferia. Este control es particularmente importante en consideración de la posibilidad de acumulación de ayudas al funcionamiento”. Decisión de la Comisión de 27 de mayo de 2004, en el procedimiento sobre ayudas de Estado n° 107/04, Francia, régimen del octroi de mer en los departamentos de ultramar, Documento C(2004) 1974.